

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL

175/2024

Monográfico sobre las políticas estatales  
y autonómicas de empleo

**40<sup>o</sup> Aniversario**  
(1984-2024)

175

---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**175**

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

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

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN

Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

### VOCALES

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

### CONSEJO DE REDACCIÓN

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

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

### SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide

### SECRETARIA

AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

#### Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200

Boletín de suscripción disponible en publicaciones.carl.ceeta@juntadeandalucia.es

## PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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

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

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

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



## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

## HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresasytabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html>

## FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

### 0. CONFIGURACIÓN PÁGINA

Margen superior: 2,5

Margen inferior: 2,5

Margen izquierda: 3,0

Margen derecha: 3,0

Encabezado: 1,25

Pie de página: 1,25

### 1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

Número ORCID del autor, alineado a la derecha.

### 2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

### 3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3.).

### 4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresado en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

### 5. TEXTO

Times New Roman 12, a un espacio, sin sangrado

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una indicación concreta en su primer uso a través de paréntesis.

La referencia a artículos dentro de una norma debe efectuarse al final de una frase entre paréntesis. Por ejemplo, la libertad de contratación está presente en el reconocimiento de la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE).

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (\*).

### 6. NOTAS

Times New Roman 10, a un espacio, sin sangrado.

Las referencias numéricas y de fechas a las normas deben recogerse siempre en notas a pie de página, de modo que en el texto principal aparezca sólo la abreviatura de la norma.

Las referencias a jurisprudencia deben ir en todo caso en las notas a pie de página, sin que deban citarse en el texto principal del trabajo. Las sentencias se citarán del siguiente modo: Tribunal que lo dicta, fecha de la sentencia, número de recurso y referencia ECLI. Por ejemplo, STS 23 de marzo de 2017, rec. 81/2016, ECLI:ES:TS:2017:1275

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecomillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", Temas Laborales 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

### 7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

### 8. REMISIÓN

Correo electrónico: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es)

### 9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

### 10. CESIÓN DE DERECHOS Y GRATUIDAD

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca. Se garantiza la completa gratuidad de la publicación para los autores, que no deberán sufragar cantidad alguna por la edición de sus trabajos.

## COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista:

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html>

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 175/2024**

**Monográfico sobre las políticas estatales y autonómicas de empleo**

**ÍNDICE**

**PRESENTACIÓN**

40 años de la Revista de Temas Laborales.....	9
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ, PRESIDENTE DEL CARL	

**1. ESTUDIOS**

Normas y políticas en la gestión del empleo.....	15
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
Derecho al trabajo digno y política de empleo en el ordenamiento jurídico comunitario.....	45
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
Reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de empleo.....	121
AMPARO M <sup>a</sup> MOLINA MARTÍN	
Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo .....	145
SOFÍA OLARTE ENCABO	
La orientación profesional como instrumento de la empleabilidad .....	183
ESTHER CARRIZOSA PRIETO	
Las políticas de formación y recualificación para el empleo .....	215
MARÍA NIEVES MORENO VIDA	
Las medidas estatales de fomento del empleo.....	251
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA	

Las medidas autonómicas de fomento del empleo.....	281
SUSANA DE LA CASA QUESADA	
Flujos migratorios y gestión del mercado de trabajo .....	315
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
Reestructuraciones empresariales y políticas de recolocación en el empleo ..	349
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	
La promoción y protección del empleo desde la negociación colectiva .....	379
EVA GARRIDO PÉREZ	
Las políticas “pasivas” de empleo: reformas de activación de las prestaciones por desempleo y sus límites jurídicos.....	419
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
La Agencia Española para el Empleo.....	451
ANTONIO COSTA REYES	
El Servicio Andaluz de Empleo .....	479
LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ	
Agentes de la intermediación en la Ley 3/2023, de empleo: las agencias de colocación y las empresas de selección en la intermediación laboral .....	495
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ	
Las empresas de trabajo temporal como instrumento de gestión del empleo .	531
MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO	

**LABOUR AFFAIRS**  
**INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN REVIEW**  
**Nº 175/2024**

*Monograph about state and regional employment policies*

**INDEX**

**PRESENTACIÓN**

<i>40 Th Aniversary of Revista Temas Laborales .....</i>	9
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ, PRESIDENT OF CARL	

**1. STUDIES**

<i>Laws and policies in employment management .....</i>	15
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
<i>Right to decent work and employment policy in the community legal system .....</i>	45
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
<i>Distribution of competences between the state and the autonomous communities in respect of employment .....</i>	121
AMPARO M <sup>a</sup> MOLINA MARTÍN	
<i>Priority attention groups for employment policy .....</i>	145
SOFÍA OLARTE ENCABO	
<i>Career guidance as an instrument of employability .....</i>	183
ESTHER CARRIZOSA PRIETO	
<i>Training and requalification policies for employment .....</i>	215
MARÍA NIEVES MORENO VIDA	
<i>State measures to promote employment .....</i>	251
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA	



<i>Autonomous measures to promote employment .....</i>	281
SUSANA DE LA CASA QUESADA	
<i>Migration flows and labor market management .....</i>	315
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
<i>Business restructuring and employment relocation policies.....</i>	349
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	
<i>The promotion and protection of employment through collective bargaining .....</i>	379
EVA GARRIDO PÉREZ	
<i>“Passive” employment policies: reforms for activation of unemployment benefits and their legal limits .....</i>	419
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
<i>The Spanish Agency for Employment.....</i>	451
ANTONIO COSTA REYES	
<i>The Andalusian Employment Service.....</i>	479
LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ	
<i>Intermediation agents in Law 3/2023, on employment: placement agencies and selection companies in labor intermediation .....</i>	495
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ	
<i>Temporary employment agencies as an instrument of employment management .....</i>	531
MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO	

## PRESENTACIÓN

# 40 AÑOS DE LA REVISTA TEMAS LABORALES

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ  
*Presidente del Consejo Andaluz de  
Relaciones Laborales*

Celebramos con el número 175 de Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, cuarenta años de la edición en 1984 del primer número de la publicación académica de referencia en Andalucía para el Derecho del Trabajo, las relaciones laborales y la protección social. Cuarenta años que se unen a la celebración en 2023 del cuadragésimo aniversario fundacional del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales<sup>1</sup>, que es el órgano colegiado de participación social de la Junta de Andalucía que edita ininterrumpidamente la revista desde entonces, y a la conmemoración del vigésimo quinto aniversario en 2024 de la puesta en funcionamiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA)<sup>2</sup>. Dos años de celebraciones en el CARL que avalan la solidez de la institución, y que completaremos con una jornada técnica conmemorativa en el mes de enero en la que presentaremos el último número editado.

La Consejería de Empleo ha sido siempre un referente editorial dentro de la Junta de Andalucía gracias al CARL, no existiendo una línea de publicaciones tan sólida y permanente en toda la Administración andaluza como la de Temas Laborales. Además de los cuatro números trimestrales de la Revista, se edita un quinto número monográfico todos los años desde 2000. En la línea editorial de libros monográficos que se puso en marcha en 2002 (Monografías de Temas Laborales), se publicaron hasta 2011 numerosas monografías individuales y libros de estudios colectivos, con un breve periodo en el que el CARL otorgó premios de publicación a tesis doctorales, libros que se intercalaron con la publicación de las más de cuarenta Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, siendo las primeras editadas en esta línea editorial las XX Jornadas Universitarias de Jerez de la Frontera celebradas en 2002 (número 3 de Monografías de Temas Laborales), además de varios libros homenaje a profesores jubilados o desaparecidos, hasta sumar un total de 67 monografías.

Para los laboristas andaluces la Revista Temas Laborales ha constituido siempre un trasunto del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, y hemos seguido el paso de sus presidencias a través de la edición puntual de la Revista. En un análisis breve del recorrido temporal por la historia de sus impulsores y directores comprobamos que Temas Laborales ha sido un legado que se ha tratado con esmero y cuidado a lo largo de estos cuarenta años. El creador e impulsor de la Revista fue Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

<sup>1</sup> Celebrado el 15 de noviembre de 2023 en la Fundación Tres Culturas, Sevilla.

<sup>2</sup> Celebrado el 18 de septiembre de 2024 en la sede del Parlamento de Andalucía.

al frente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales como primer Presidente durante el periodo 1983-1985, año este último en el que fue nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional. De su mano salieron los números 1/1984 al 6/1986, siendo Director y Secretario de la Revista, en un mismo cargo, Santiago González Ortega. A continuación, bajo la presidencia del CARL de Antonio Portillo García y siendo Secretario General del Consejo Joaquín Cuevas López, vieron la luz los números 7/1986 al 18/1990 siguiendo como Director Santiago González Ortega y siendo primer Secretario de la Revista Manuel Pérez Pérez hasta el número 13/1987, incorporándose en el número 14/1989 como Secretario Ramón Valle Cabrera. Se da la circunstancia de que no se editó la Revista durante 1988, recuperándose al año siguiente. En el número 12/1987 se incorporó Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer como Secretaria General del CARL (1987-2001) que impulsó la revista hasta su número 115/2012, siendo la Presidenta en cuyo mandato (2001-2012) más números se han editado, y siendo Eduardo Candau Camacho Secretario General del CARL desde 2001.

Bajo la presidencia del CARL de Enrique Vila Vilar se editan los números 19-20/1990 al 27/1993, manteniéndose como Director de la Revista Santiago González Ortega e incorporándose Félix Salvador Pérez como Secretario a partir del número 22/1991. A finales de 1993 desaparece el cargo de Presidente del CARL, que se recuperará en 2001, pero continúa la Revista de la mano de su Secretaria General, Mercedes Rodríguez-Piñero, incorporándose como Director de la misma Francisco J. Prado de Reyes que dirigirá la publicación desde el número 26/1993 al 49/1998 con Félix Salvador Pérez de Secretario. A partir del número 50/1999 se nombra Director de la Revista a Jesús Cruz Villalón y Secretario a Sebastián de Soto Rioja que han mantenido sus cargos desde entonces, habiendo sido confirmados por Ángel J. Gallego Morales como Presidente del CARL entre los números 116/2012 al 164/2022, y refrendados por el actual Presidente a partir del número 165/2022. En este número, y como consecuencia del incremento en el volumen de trabajo, se crea la Subdirección de la Revista que pasa a ocupar Sebastián de Soto, siendo nombrada Secretaria Amparo Molina Martín.

La Revista ha tenido desde sus orígenes un Consejo de Redacción que siempre ha estado presidido por el Consejero del ramo, cambiando su denominación a Consejo Asesor de la Revista a partir del número 94/2008 con una estructura de vocalías, actualmente bajo la presidencia de la Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, Dña. Rocío Blanco Eguren. Además, la Revista cuenta con un Consejo de Redacción y un Equipo de Dirección. Las vocalías del Consejo Asesor son ocupadas por la Viceconsejera de Empleo, el Presidente del CARL y el Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como por siete Catedráticos entre los que figuran los exdirectores de la revista y su fundador, entre otros. El Consejo de Redacción, por su parte, lo componen la Consejera, el Presidente del CARL, el equipo de Dirección de la Revista y los cuatro expertos del Pleno del CARL. Está prevista la recomposición y reforma de estos órganos con motivo de la celebración de la efemérides, cuestión que habrá de ser sometida al Pleno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

A lo largo de estos cuarenta años se han producido varios cambios de formato en la edición de papel, que no se ha renunciado a seguir publicando a pesar de las dificultades, y que se ha complementado con la edición electrónica de acceso libre que se cuelga en

la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales<sup>3</sup>, así como en otras plataformas digitales como Dialnet<sup>4</sup>. Esos cambios han generado cuatro series de portadas de distinto color y formato que van desde el número 1/1984 al 21/1991, del 22/1991 al 45/1998, del 46/1998 al 99/2009, y del 100/2009 al 175/2024. Más allá del cambio de aspecto formal, que es propio de líneas editoriales longevas, es esencial destacar que la identidad y rigor de la Revista Temas Laborales se ha mantenido incólume a lo largo de estos cuarenta años. Incluso en situaciones presupuestarias comprometidas como consecuencia de las crisis económicas los ajustes de presupuesto en el CARL, que han sido muchos, generalmente in peius, han evitado siempre que la Revista se dejara de publicar en papel, lo que ha reforzado su proyección nacional y su solidez académica.

Sin duda alguna, la Revista ha servido, y sigue haciéndolo, para dar a conocer la mejor doctrina iuslaboralista andaluza, y ha mantenido la invitación a participar a relevantes figuras de la doctrina nacional e internacional lo que da idea de la proyección real que esta línea editorial ha tenido. En el número 1/1984, aparecían ya Massimo Roccella, Giorgio Ghezzi o Antoine Lyon-Caen, a los que siguieron en el 5/1985, Wolfgang Däubler, o Marco Biagi en el 8/1986. Antoine Jeanmaud ha sido otro de los asiduos de la Revista Temas Laborales, o Ulrich Zachert, por poner solo algunos ejemplos del pasado inaugural de la publicación.

El incremento en el número medio de páginas de la Revista ha sido consecuencia de la masiva incorporación de jóvenes profesores a nuestras universidades andaluzas, que han reclamado poder participar en sus diferentes números, dándole la frescura necesaria para mantenerla viva y trayendo a sus páginas los nuevos territorios del Derecho del Trabajo. Si hasta finales de los 90 se publicaban números con entre 200 y 250 páginas, a partir del número 50/1999, que coincide con la incorporación del actual Equipo de Dirección, se pasa a un tamaño medio de entre 300 y 350 páginas, con números especiales como el 100/2009, dedicado a las Relaciones Laborales en Andalucía, que ocupó tres volúmenes y un total de 1.364 páginas. Posteriormente, se han ido moderando los tamaños para no sobrepasar las 300 páginas -cosas de la sostenibilidad financiera- aunque algunos números monográficos como el 168/2023, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, volvieron a sobrepasar las 500.

Pero la ciencia jurídica no se mide en tamaño, ni tampoco al peso -aunque las agencias de evaluación lo hayan desvirtuado todo- sino en calidad, y ese es el camino que la Revista Temas Laborales ha tomado y no debe abandonar. Con IDR Métricas de Dialnet el Índice de Impacto de la Revista estaba en 0,42 puntos en 2023, con 116 citas -ha llegado a tener 147 en 2021, con un Índice de 0,64 en 2019- manteniéndose en la posición 35/355 en el área de Derecho, cuartil C1, en la posición 8/38 de las revistas de Derecho del Trabajo, cuartil C1 y la posición 33/151, cuartil C1, en Economía. Temas Laborales forma parte de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (IALLJ) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas como -citaremos sin ánimo

<sup>3</sup> Vid. <https://juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html>

<sup>4</sup> Vid. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1409>

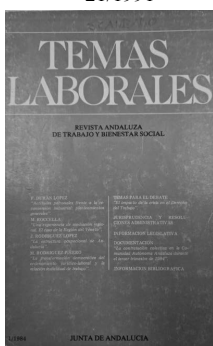
exhaustivo– Lavoro e Diritto, Revista de Derecho Social, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, E-Journal of International and Comparative Labour Studies o la Revue de Droit du Travail. Se encuentra en las clasificaciones bibliográficas de las más destacadas bases de datos y organismos, tales como In-RecJ, Dialnet, ANVUR, ANECA, DICE, Latindex, ISOC o Carhus Plus+. Debo hacer constar en estas páginas mi agradecimiento personal al Equipo de Dirección que tanto celo está poniendo en la mejora de la calidad científica de la Revista.

Deseo como actual Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, larga vida a la Revista Temas Laborales, que es una obra de éxito colectivo y compartido, sobre la que todos hemos construido buena parte de nuestros curricula investigadores. Haremos en el ejercicio de nuestras competencias todos los esfuerzos presupuestarios para mantener sus niveles de calidad y frecuencia de publicación, y buscaremos recursos nuevos para hacerla crecer, porque es un patrimonio que nos pertenece a todos los iuslaboralistas andaluces y debemos cuidarlo y acrecentarlo.

Feliz 40º aniversario de Temas Laborales.

#### 1º Serie

Números 1/1984 al  
21/1991



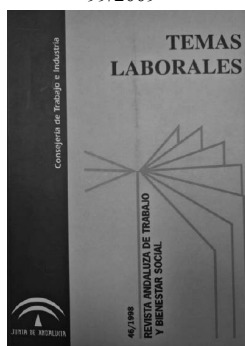
#### 2º Serie

Números 22/1991 al  
45/1997



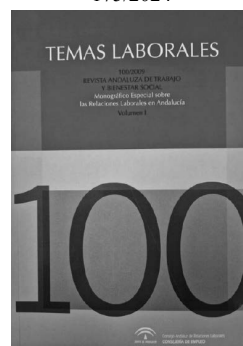
#### 3º Serie

Números 46/1998 al  
99/2009



#### 4º Serie

Números 100/2009 al  
175/2024



### MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

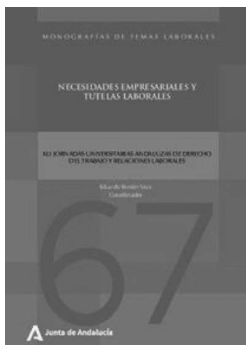
#### 1º Serie

Números 1/2002 al  
40/2009



#### 2º Serie

Números 41/2009 al  
67/2024







# NORMAS Y POLÍTICAS EN LA GESTIÓN DEL EMPLEO

## LAWS AND POLICIES IN EMPLOYMENT MANAGEMENT

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
*Director de Temas Laborales*  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla  
ORCID: 0000-0002-1275-5289

### RESUMEN

**Palabras clave:** empleo, mercado de trabajo, políticas públicas, transformaciones laborales

La gestión del empleo, en el marco de un mercado de trabajo cada vez más diverso y complejo, constituye uno de los objetivos y preocupaciones tradicionales del Derecho del Trabajo y, en general, del conjunto de políticas que pretenden actuar sobre el ámbito de las relaciones laborales. Los cambios que se presentan en los más diversos ámbitos de la economía y del trabajo exigen nuevos enfoques de la materia, con modernización de las normas y de las políticas que actúan en el campo del Derecho del Empleo. Este trabajo pretende ofrecer una pequeña aproximación tanto a las alteraciones como a los desafíos a los que se enfrenta el Derecho del Empleo en estos momentos, esencialmente desde dos perspectivas básicas. De un lado, las adaptaciones o extensiones desde el punto de vista normativo, institucional y subjetivo de las políticas de empleo, donde, sobre todo, destaca una visión omnicomprendensiva del ámbito de actuación, donde hacemos hincapié en la voluntad de intervención universal en lo subjetivo de las políticas de empleo, integrando, sobre todo, al trabajo autónomo. De otro lado, las nuevas miradas del Derecho del Empleo, en un contexto en el que crece notablemente la ocupación, con perspectivas de aproximarnos a unos niveles de desempleo meramente friccionales y donde, por tanto, las preocupaciones se centran en otros frentes más cualitativos y de carácter estructural.

### ABSTRACT

**Keywords:** *employment, labour market, public policies, labour transformations*

*Employment management, in the context of an increasingly diverse and complex labour market, is one of the traditional objectives and concerns of Labour Law and, in general, of the set of policies that aim to act on the field of labour relations. The changes that occur in the most diverse areas of the economy and labour require new approaches to the subject, with modernisation of the regulations and policies that act in the field of Employment Law. This work aims to offer a brief approximation to both the changes and the challenges that Employment Law is facing currently, essentially from two basic perspectives. On the one hand, the adaptations or extensions from the normative, institutional and subjective point of view of employment policies, where above all a comprehensive vision of the field of action stands out, where above all we emphasize the will of universal intervention in the subjective aspect of employment policies, integrating above all self-employment. On the other hand, the new perspectives on employment law, in a context in which employment is growing significantly, with prospects of approaching merely frictional unemployment levels and where, therefore, concerns are focused on other more qualitative and structural fronts.*



## ÍNDICE

1. ÁMBITOS DE LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA DE EMPLEO
  - 1.1. La transversalidad de la intervención de los poderes públicos
  - 1.2. El ámbito institucional de intervención
  - 1.3. El ámbito subjetivo de las políticas de empleo: el trabajo autónomo
2. ALGUNOS ASUNTOS CLAVE DE LA GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO
  - 2.1. La gestión de los flujos migratorios
  - 2.2. El peso muerto de los incentivos para el fomento del empleo
  - 2.3. Digitalización y protección de datos personales en procesos de colocación
  - 2.4. En particular el despliegue de la inteligencia artificial en el proceso de colocación

## 1. ÁMBITOS DE LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA DE EMPLEO

### 1.1. La transversalidad de la intervención de los poderes públicos

El devenir del empleo en el mercado de trabajo, tanto desde la perspectiva cuantitativa como de la cualitativa, depende de una pluralidad tan amplia de factores que provoca que la intervención de los poderes públicos en este ámbito se desarrolle en los ámbitos más diversos imaginables. Al propio tiempo, la trascendencia que presenta el empleo, como vehículo tanto de subsistencia económica de la población en edad de trabajar como de elemento de dignificación humana, da lugar a que todos los poderes públicos atiendan al impacto de sus políticas públicas sobre el trabajo, incluso que, en la generalidad de las ocasiones, legitimen sus actuaciones en los más diversos campos en atención a los efectos pretendidamente positivos que tienen sobre el empleo. En estos términos, más allá de que habitualmente cuando hablamos de normas y políticas de empleo nos centremos en las instituciones que directamente se ocupan de la gestión del empleo, no se puede olvidar que el conjunto de las políticas públicas se enfoca y suele tener una repercusión decidida sobre el mercado de trabajo y, por ende, sobre el empleo. Más aún, ha de partirse de la premisa de que las actuaciones de los poderes públicos en ámbitos de lo más diverso presentan un impacto real mucho más relevante que aquellas otras que habitualmente identificamos como las propias de la gestión del empleo entendidas en el sentido estricto del término. Se produce una profunda transversalidad de la gestión del empleo, en términos tales que políticas públicas de muy diversa confección inciden muy decisivamente sobre el propio empleo; por decirlo en términos ejemplificativos, que la repercusión sobre el empleo resulta de primer nivel a resultas del diseño general de la política económica, de la política presupuestaria, de la política fiscal, de la política industrial, de la política educativa y de formación profesional, de la política de vivienda, de la política de protección social, de la política familiar, de las políticas de igualdad, de la política medio

ambiental y de transición ecológica, de las políticas de transporte y de movilidad, de la política agrícola, etc.

Eso sí, fácil resulta comprender que, dentro de los modestos objetivos del presente estudio, incluso dentro de las limitaciones personales de especialización científica, es imposible abordar todas estas vertientes de las intervenciones de los poderes públicos que tienen incidencia sobre el empleo. Sin dejar de tener presente ni olvidar este carácter transversal de las políticas públicas que tienen impacto sobre el empleo, necesariamente nos tenemos que ceñir al ámbito de las normas y políticas laborales.

Más aún, incluso el espectro de lo laboral hoy en día es tan amplio que también desborda lo que pretende ser el objeto del presente comentario. En efecto, mientras que en el pasado la legislación laboral se enfocaba hacia un objetivo estrictamente de tutela de la posición jurídica del trabajador, sin dejar de olvidar ni marginar las causas determinantes del surgimiento del ordenamiento laboral en esa clave tan clásica de reequilibrio de intereses, desde hace ya bastantes décadas ello se ve acompasado con la mirada complementaria de la gestión del empleo. Dicho de otro modo, todo el Derecho del Trabajo con esa mirada acaba convirtiéndose en un Derecho del Empleo. Más aún, cuando hoy en día se pretende que las políticas de empleo no se centren exclusivamente en lo cuantitativo, es decir, en el incremento o mantenimiento de los niveles de ocupación dentro del mercado de trabajo, sino también en lo cualitativo, en el logro de empleos dignos y de calidad.

Baste a tal efecto resaltar lo que en este orden de cosas se presenta por la actual Ley de Empleo como su finalidad: “contribuir a la creación de empleo y reducción del desempleo, mejorar la empleabilidad, reducir las brechas estructurales de género e impulsar la cohesión social y territorial”<sup>1</sup>; reforzado por la orientación que deben tener las políticas activas de empleo: “la contribución a la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo de pleno empleo”<sup>2</sup>.

Si se quiere en una proyección europea, baste con mencionar la identificación de objetivos marcada por el Tratado de la Unión Europea en el establecimiento de un mercado interior: “Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social” (art. 3.3 TUE); o bien cuando marca la Unión Europea sus objetivos a través de su Tratado de Funcionamiento: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado...” (art. 9 TFUE). En este

<sup>1</sup> Artículo 1 Ley 3/2023, de 28 de febrero (BOE 1 de marzo), de Empleo.

<sup>2</sup> Art. 2.2 Ley de Empleo.

ámbito de la Unión Europea destaca especialmente la evolución que ha tenido el método de intervención en el campo de la coordinación de las políticas de empleo. Me refiero al hecho de que, a partir del momento en el que el Tratado de Funcionamiento atribuye a las instituciones europeas una competencia singular de coordinación de estas políticas, en una primera fase, cobró especial trascendencia el desarrollo del denominado método abierto de coordinación a través de su diseño e implementación de manera autónoma como política propia de la Unión Europea. Sin embargo, en una fase sucesiva, agotada la fórmula inicial, se pasa a un formato diferente, por medio del cual dicha coordinación se inserta dentro de los Planes Nacionales de Reforma, lo que, a los efectos que nos interesa destacar en este momento, comporta interconectar la política de empleo con el resto de las acciones europeas de modernización y adaptación del conjunto de las políticas económicas y, más en general, del conjunto de las políticas que giran en torno a la profundización en el modelo europeo de mercado interior; en suma, la conexión de las políticas de empleo con el resto de las políticas públicas de la Unión.

O bien, en el ámbito constitucional nacional, la conexión del logro del pleno empleo con el resto de las políticas públicas: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo” (art. 40.1 CE).

Así, en términos ejemplificativos, siempre que se debate en torno a la subida del salario mínimo se valora su posible impacto sobre el empleo; las propuestas relativas a la reducción de la jornada de trabajo se enfocan desde el prisma de su repercusión sobre el mercado de trabajo; la regulación de la contratación temporal y del régimen del despido se valoran en lo que puedan afectar a los niveles de empleo y a su calidad; el modelo de negociación colectiva, sus tasas de cobertura y su capacidad de gestionar las políticas de rentas e, incluso, de actuar directamente sobre las políticas de empleo, etc. De nuevo, una vez más, habría que decir que la gestión del empleo tiene un carácter transversal en la perspectiva del análisis del conjunto de las instituciones típicas del ordenamiento laboral.

Sobre la base de lo expuesto, no compartimos la tesis de quienes pretenden que la evolución de la materia va en la línea de que el Derecho del Empleo cobre una autonomía tal que deje de formar parte del Derecho del Trabajo. Por el contrario, esta infinidad de vasos comunicantes entre las instituciones propias del ordenamiento laboral, en proceso de influencias constantes entre ellas, provoca una imbricación cada vez más profunda entre las instituciones de gestión de las políticas activas y pasiva de empleo, de un lado, y las instituciones típicas de regulación del contrato de trabajo y del derecho sindical, de otro. No se puede establecer una ficticia frontera entre las fases previas y posteriores a la celebración del contrato de trabajo, en términos tales que institucionalmente se presentan como un continuum,

por lo que nos reafirmamos en una concepción del Derecho del Empleo como una parte inescindible del Derecho del Trabajo.

Más aún, existen instituciones que típicamente situamos en el terreno del Derecho del Empleo que actúan no sólo en las fases previas de la colocación sino también en las fases sucesivas de desarrollo de la relación contractual laboral: formación profesional, actuación de las empresas de trabajo temporal, políticas de recolocación en el marco de los procesos de reestructuración empresarial, evaluación y reconocimientos médicos del trabajador previos y posteriores a la contratación laboral, actuación de la Inspección de trabajo de control del cumplimiento de la legislación laboral, etc. Por mucho que, en ocasiones, las instituciones conectadas directamente con el empleo presenten una cierta lógica singular, ello no le hace desgajarse del conjunto del ordenamiento laboral, al que pertenece desde sus orígenes.

Incluso en clave técnico formal hay vertientes que sólo son comprensibles desde la inserción del Derecho del Empleo en el seno del Derecho del Trabajo: la estrecha conexión en el ámbito de la Unión Europea entre la política de empleo (Título IX Tercera Parte TFUE) y la política social (Título X Tercera Parte TFUE). La prueba ejemplificativa más elocuente de ello es que, al identificarse los objetivos de la política social de la Unión, basamento de la armonización de la legislación laboral, lo primero que se menciona es el objetivo del “fomento del empleo” (art. 151 TFUE).

Del mismo modo, debe destacarse a nivel nacional la imbricación en el texto Constitucional del derecho al trabajo con el Estatuto de los Trabajadores (art. 35.1 CE), así como resulta imprescindible tener en cuenta la jurisprudencia constitucional relativa al reparto competencia entre Estado y Comunidades Autónomas en materia relativa a la legislación laboral y a su ejecución por lo que afecta a las políticas de empleo, tal como veremos inmediatamente a continuación (art. 149.1.7 CE).

Diferente es que, a efectos organizativos de la actuación de la Administración laboral, a efectos de ordenación docente de explicación de la materia, o bien a efectos de otros ámbitos de actuación se establezcan ciertos repartos de contenidos entre el empleo y la contratación. Pero todo ello sin desconocer que, al final, se trata de un todo unitario agrupado en torno a la idea de legislación laboral y, más ampliamente, Derecho del Trabajo.

## **1.2. El ámbito institucional de intervención**

Centrados a partir de ahora en lo que hemos considerado como instituciones integradas dentro del Derecho del Empleo en el sentido estricto del término, la decidida transcendencia que presenta la gestión del mercado de trabajo, el interés por una actuación lo más eficiente de la misma, así como su indiscutible pluralidad

de vertientes, determina que la actuación en este terreno se desarrolle en niveles y ámbito diversos. Y ello, por efecto derivado, desemboca en una voluntad de intervenir por parte del conjunto de los poderes públicos hoy en día presentes en nuestro territorio. Todos ellos, con perspectiva de ordinario complementaria, convergen en el diseño e implementación de las políticas de empleo: se desarrolla, en primer lugar, por parte de las instituciones de la Unión Europea en el marco tanto de la coordinación de la política de empleo como de su política social, en los términos ya anticipados; se implementa a través de la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de legislación laboral a través de la cual aprueba toda la normativa en materia de empleo; se complementa vía la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de la ejecución legislación laboral, que incluye todo lo relativo a la intervención de la Administración laboral en materia de empleo, tal como lo interpreta nuestra jurisprudencia constitucional<sup>3</sup>; incluso, dentro del amplísimo ámbito de actuación competencial propio de las entidades locales, estas Administraciones Públicas también desarrollan en su ámbito territorial específicas típicas políticas de fomento del empleo.

A estos efectos, las relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas suelen ser relativamente pacíficas y fluida la cooperación entre las mismas. No

<sup>3</sup> Por todas, SSTC 95/2002, de 25 de abril (*BOE* de 22 de mayo), 190/2002, de 17 de octubre (*BOE* de 22 de noviembre), 228/2003 y 230/2003, de 18 de diciembre (*BOE* de 20 de enero de 2004), 158/2004, de 23 de septiembre (*BOE* de 22 de octubre), sobre competencia autonómica en materia de gestión de Formación Profesional continua de trabajadores ocupados sobre idéntica materia a la anterior; 111/2012, de 24 de mayo (*BOE* de 20 de junio), sobre reparto competencial en materia de desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica de cualificaciones y de la formación profesional; 244/2012, de 18 de diciembre (*BOE* de 22 de enero de 2013), 35/2013 y 37/2013, de 14 de febrero (*BOE* de 12 de marzo), 62/2013 y 65/2013, de 14 de marzo (*BOE* de 10 de abril), sobre competencia estatal en materia de regulación del subsistema de formación profesional continua; 95/2013, de 22 de abril (*BOE* de 23 de mayo), sobre competencia autonómica en materia de acciones de formación continua en las empresas; 22/2014, de 13 de febrero (*BOE* de 11 de marzo), sobre constitucionalidad de los preceptos relativos a la política y ejecución de la política de empleo contemplados en la Ley 53/2003, de 16 de diciembre, de empleo; 27/2014, de 13 de febrero (*BOE* de 11 de marzo), sobre nulidad del precepto reglamentario que atribuye al Servicio Público de Empleo Estatal la competencia para autorizar y evaluar las actividades formativas que se realicen en diversas Comunidades Autónomas; 272/2015, de 17 de diciembre, sobre nulidad de atribución de la titularidad de la potestad sancionadora de determinadas infracciones al Servicio Público de Empleo Estatal en detrimento del autonómico vasco; 100/2017, de 20 de julio (*BOE* 11 de agosto), sobre competencia autonómica en materia de gestión de ayudas económicas al programa de recalificación profesional; 156/2017, de 21 de diciembre (*BOE* 17 de enero de 2018), sobre competencia autonómica en materia de gestión de ayudas económicas al programa de activación para el empleo; 69/2018, de 21 de junio (*BOE* 25 de julio), sobre nulidad de la atribución a la Administración de Estado de la competencia en materia de autorización administrativa previa a la constitución de empresas de trabajo temporal y de recepción de la declaración responsable para actuar como agencias de colocación; 71/2018, de 21 de junio (*BOE* 25 de julio), sobre nulidad de la atribución a la Administración del Estado del ejercicio de potestades ejecutivas relativas a la financiación de programas formativos que incluyan compromisos de contratación y para nuevas funciones encomendadas a los agentes sociales.

obstante, hay dos frentes concretos, especialmente entre la Administración estatal y la autonómica, en los que se producen ciertos solapamientos que requerirían un análisis con cierta profundidad.

El primero de ellos se refiere a las actividades administrativas o, más ampliamente dicho, de ejecución de la normativa sobre empleo, que se percibe bastante bien a resulta de las sentencias dictadas por parte de nuestro Tribunal Constitucional, que hemos citado a pie de página. A tal efecto, conviene aclarar que, si bien la separación en materia legislativa es clara en esta materia, por cuanto que, indubitadamente, se trata de una competencia exclusiva de titularidad estatal, el deslinde resulta más complejo por lo que se refiere a la delimitación del alcance de la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas. A estas alturas del desarrollo del modelo autonómico en nuestro país, la totalidad de las Comunidades Autónomas han asumido la competencia de ejecución, habiéndose implementado ello por vía de la correspondiente transferencia de funciones y servicios por parte del Estado a las autonomías. La prueba más potente de ello es la gestión de los servicios públicos de empleo por parte de las Administraciones autonómicas, con el ejercicio de todas las funciones anejas a la misma, desde la intermediación, al asesoramiento y a la formación profesional, así como de las ayudas económicas al empleo y a la recolocación gestionadas igualmente por las Comunidades Autónomas; sin olvidar, del mismo modo, la asunción de competencia en el terreno del control y de la colaboración con los agentes privados que actúan en el mercado de trabajo (agencias de colocación, empresas de trabajo temporal, empresas de selección), ni desconocer las facultades sancionatorias a resultas de la tipificación de infracciones en materia de colocación.

A pesar de ello, el corte en esta materia no resulta limpio, en términos tales que la asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas comporte, en sentido negativo, una exclusión plena de la actuación ejecutiva por parte de la Administración General del Estado.

Ante todo, cabe una intervención ejecutiva “residual” por el Estado en ciertas ocasiones en las que la actuación lo es en ámbitos territoriales supraautonómicos. Es cierto que en ocasiones se amplía el ámbito de actuación autonómico, de modo que, a veces, sus funciones ejecutivas despliegan efectos expansivos en el resto de los territorios; por ejemplo, en algunos aspectos. Sin embargo, son muchos otros los supuestos en los que tal cosa no sucede, en términos tales que la Administración General del Estado conserva competencias importantes en este ámbito. Baste con tener presente toda la intervención administrativa en ciertos procesos de reestructuración empresarial, con inmediata repercusión sobre el empleo, que son gestionados en el ámbito estatal; caso paradigmático es el de la exclusiva intervención del Estado en relación con el sistema RED de los ERTES. Pero incluso eso se presenta en ciertos aspectos de las labores de control de la legislación sobre colocación, de ciertos aspectos conectados con el diseño de

programas de formación profesional, la vertiente de la concertación social en el ámbito estatal que tengan contenidos en el ámbito del empleo, etc.

De otra parte, particular relevancia a estos efectos presenta la circunstancia de que el mantenimiento de la gestión estatal de competencias formalmente ajenas a la legislación laboral propiamente dicha y, por tanto, al empleo, permite, en ocasiones, por vías indirectas, actuar en el ámbito de las políticas activas de empleo.

Baste a tal efecto tener presente el arraigado desarrollo de medidas de fomento de empleo, general o selectiva, por medio de las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social: en la medida en que el Estado conserva la competencia exclusiva en materia de régimen económico de la Seguridad Social, gestionando tanto desde la vertiente normativa como desde la sucesiva de ejecución de todo lo relativo a la cotización a la Seguridad Social, tiene en sus manos este importante instrumento para establecer el canal más importante de incentivos económicos al empleo por vía de las mencionadas bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social. Baste con remitirnos, en primer lugar, al importante paquete de medidas en materia de incentivos a la contratación aprobado por el Gobierno de la nación<sup>4</sup>. Sólo en términos cuantitativos, lo destinado al fomento del empleo vía bonificaciones en las cotizaciones sociales comporta, con seguridad, cantidades muy superiores a las gestionadas por las Comunidades Autónomas a través de sus ayudas económicas directas al fomento del empleo.

Complementariamente a lo anterior, y en la misma línea, en la medida en que todo lo relativo a la prestación por desempleo de Seguridad Social es algo que corresponde al ámbito competencial del Estado, tanto en lo normativo como en su ejecución, toda la política de empleo que gira en torno a esta perspectiva se ubica precisamente en ese ámbito de lo estatal; y, desde la perspectiva amplia que estamos tratando la materia, esa ubicación le permite al poder estatal no sólo actuar sobre la vertiente pasiva del empleo, sino, igualmente, conjugarla con la vertiente activa en el sentido de orientar las actuaciones de este ámbito hacia la recolocación y hacia la motivación a la búsqueda de empleo.

En tercer lugar, de notable trascendencia se presenta la política de inmigración, aspecto de notable importancia, a la vista del peso cada vez más intenso que presenta la población inmigrante dentro de nuestro mercado de trabajo. Tan es así que, según la Encuesta de Población Activa, la población extranjera ocupada en estos momentos supera ya los tres millones de trabajadores; del mismo modo que, en paralelo, el total de extranjeros afiliados en alta a la Seguridad Social se cifra prácticamente en los 2,9 millones, lo que muestra, en términos generales, una buena gestión de los flujos migratorios, por cuanto que el grueso de los mismos se

<sup>4</sup> Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero (BOE 11 de enero), de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

encuentra regularizado y, como tal, no engrosa la bolsa de empleo sumergido como pudiera pensarse a primera vista.

Ante todo, en esta materia se aprecia una importante intervención en el ámbito de la Unión Europea, cada vez más preocupada por diseñar una política de inmigración en el marco de flujos migratorios que se presentan como tendencias globales regionales, que trascienden el concreto contexto de un determinado Estado miembro. Se trata de ser conscientes de que existen flujos hacia el conjunto del territorio de la Unión, con fuertes vasos comunicantes entre las fronteras nacionales de los diversos Estados miembros. La presión, por añadidura se produce, no sólo por la intensidad de los flujos que estamos viviendo, sino de la percepción que se produce en el conjunto de la población, que llega a provocar la emergencia de posiciones políticas populistas de fuerte impronta xenófoba, que no hace nada fácil un diseño racional y coherente en el tiempo en materia de inmigración. Desde esta perspectiva, las instituciones europeas están interviniendo en un marco de indiscutible tensión política, que no facilita en nada que sus políticas se asuman con cierta convergencia por parte de los diversos Estados miembro.

Más allá de lo anterior, desde la perspectiva interna lo relevante es que en España el protagonismo en las políticas de empleo en lo que afecta a los flujos migratorios corresponde igualmente al Estado. Ante todo, la competencia legislativa en materia de derechos y libertades de los extranjeros actualmente regulada, a través de una Ley orgánica que establece un régimen común para todo el mercado de trabajo español. Y, precisamente, dicha ley orgánica contempla los supuestos y condiciones en los que se debe conceder el permiso de trabajo, así como el permiso de residencia vinculado al mismo, permiso este último que siempre y en todo caso corresponde conceder al Estado. Por lo que se refiere al permiso de trabajo, con carácter general, el mismo también lo gestiona la Administración General del Estado, salvo en el caso de Cataluña, que se encuentra reconocido en su Estatuto de Autonomía y materialmente transferida la competencia a esta Comunidad Autónoma<sup>5</sup>. Se trata de una competencia reconocida en su Estatuto de Autonomía de 2006, transferida materialmente desde 2009 y avalada en su constitucionalidad por la sentencia de propio Tribunal Constitucional<sup>6</sup>. También Andalucía lo tiene formalmente reconocido en su correspondiente Estatuto de Autonomía, si bien la Administración autonómica en este caso no ha llegado a reclamar para sí la transferencia de la gestión de esta competencia en términos materiales<sup>7</sup>. En todo caso, respecto del caso singular de Cataluña deben destacarse los siguientes elementos: el otorgamiento del permiso de trabajo se encuentra

<sup>5</sup> Art. 138 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, Estatuto de Autonomía de Cataluña. RD 1463/2009, de 18 de septiembre (BOE 22 de septiembre), sobre traspaso de competencias a Cataluña en materia de autorización de trabajo a extranjeros.

<sup>6</sup> STC 31/2010, de 28 de junio (BOE 16 de julio).

<sup>7</sup> Art. 62 Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.



condicionado al correspondiente de residencia otorgado por la Administración General del Estado; la concesión del permiso de trabajo, en modo alguno, se presenta como un acto discrecional por parte de Cataluña, pues debe gestionarse conforme a la normativa estatal referenciada; lo transferido en estos momentos es exclusivamente el permiso inicial y circunscrito al territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña; una vez concedido el permiso de trabajo, rige un principio de igualdad en el acceso al mercado de trabajo y en las condiciones de trabajo respecto de quien no es extracomunitario. Por último, más allá de lo relativo al permiso de trabajo, y ahora en relación con la totalidad de las Administraciones autonómicas, al situarse en el ámbito de su gestión el control del cumplimiento de la normativa laboral, también desde tiempo atrás todas ellas vienen ejerciendo, a través de la Inspección de Trabajo, la vigilancia del cumplimiento de la prohibición de que las empresas efectúen contrataciones de inmigrantes irregulares.

### **1.3. El ámbito subjetivo de las políticas de empleo: el trabajo autónomo**

En correspondencia con lo que ha constituido el origen y desarrollo durante largas décadas del Derecho del Trabajo, las instituciones más genuinas de la política de empleo se han circunscrito al trabajo subordinado, incluso, para algunas de sus vertientes más señaladas, siguen situándose exclusivamente en este terreno.

Más aún, algunas de sus instituciones más típicas hasta tiempo reciente han quedado extramuros, o bien con un régimen muy particular, en lo que refiere al ámbito de las relaciones laborales especiales, singularmente alta dirección, servicio doméstico, artistas en espectáculos públicos, deportistas profesionales, penados en instituciones penitenciarias; anteriormente como relación especial, también con muchas singularidades, la actividad de estiba y desestiba en los puertos de interés general. Más aún, el importante ámbito del empleo público ha funcionado como territorio autónomo respecto de las típicas instituciones estrictas de las políticas de empleo, a tenor de las características muy singulares de quien actúa como empleador, sobre todo derivado de su sometimiento del régimen de acceso al empleo público conforme a principios de concurrencia pública conforme a criterios objetivos de mérito y capacidad. Eso sí, progresivamente, cierto tipo de principios generales orientadores de diseño de las políticas de empleo tienden a universalizarse, para alcanzar al conjunto del trabajo subordinado, con independencia de que el mercado de trabajo cada vez resulta más diverso y complejo según actividades profesionales y perfil del empleador, lo que requiere del desarrollo de una diversidad de impacto del conjunto de las políticas públicas de empleo.

En todo caso, me interesa sobre todo destacar la importancia que presenta esa idea expansiva en lo subjetivo, para tender a una actuación sobre el conjunto del mercado de trabajo, que se materializa en los últimos tiempos en una voluntad de integrar dentro de las políticas de empleo a todos cuantos ejecutan de manera personal y directa una prestación de servicios. Ello se concreta especialmente en

una orientación de las políticas de empleo dirigida no sólo al conjunto del trabajo subordinado, sino, igualmente, al ámbito del trabajo autónomo en los términos definidos por la Ley del trabajo autónomo: “personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”<sup>8</sup>.

En esta materia las líneas de actuación más sólidas se observan en el ámbito de la Unión Europea. Para empezar, los preceptos generales sobre empleo en los Tratados constitutivos se presentan de manera genérica e indiferenciada al fomento del empleo; por tanto, sin diferenciación a estos efectos entre trabajo subordinado y trabajo autónomo. Adicionalmente, preceptos de los Tratados de aplicación al conjunto de las competencias de la Unión, que abren paso a intervenciones transversales que permite la incorporación en su ámbito aplicativo de un régimen que abarque a los trabajadores autónomos: tutela frente a conductas discriminatorias, protección de datos personales, profundización en el mercado interior, etc. Finalmente, los preceptos del capítulo del Tratado de Funcionamiento relativo al empleo se refieren igualmente de forma indistinta a la política de empleo, sin mención específica al trabajo subordinado, diferenciándose a estos efectos de la política social de armonización de la legislación laboral que sí se circunscribe al ámbito del trabajo subordinado. Más aún, cada vez más, las instituciones europeas desarrollan actuaciones de carácter transversal que, sobre la base de títulos competenciales diversos, ajenos a los propios de la política social de armonización de la legislación laboral, permiten actuar genéricamente sobre el conjunto del mercado de trabajo, incluyendo, pues, lo relativo al trabajo autónomo. Se trata de medidas dirigidas, sobre todo, a atender al colectivo de lo que desde las instituciones europeas se califican como autónomos vulnerables, por su situación de especial debilidad en el mercado de trabajo, a la vista del desequilibrio contractual que presentan respecto de las empresas clientes para las que prestan servicios.

Basta con mencionar algunas de las actuaciones más emblemáticas a estos efectos por parte de las instituciones europeas: la Directiva que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al extender la prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo a la actividad por cuenta propia, que, recientemente, una sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha validado su respeto a los Tratados, incluso con una lectura ampliatoria de lo literalmente previsto por la Directiva<sup>9</sup>; la consideración de una serie de supuestos respecto de los cuales se entiende que desarrollar procesos de negociación colectiva entre trabajadores autónomos vulnerables sin asalariados puede ser plenamente

<sup>8</sup> Art. 1.1 Ley 20/2007, de 11 de julio (BOE 12 de julio), del Estatuto del Trabajo Autónomo.

<sup>9</sup> Art. 3.1 Directiva 2000/78, de 27 de noviembre (DOCE 2 de diciembre): STJUE de 12 de enero de 2023, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9

compatible con el derecho de la competencia<sup>10</sup>; la Directiva relativa a derechos de autor y afines reconoce el derecho a una remuneración adecuada y proporcionada a los artistas y ejecutantes que ejerzan su actividad como autónomos; aunque se trata de una regla transpuesta con pereza a nuestro ordenamiento interno<sup>11</sup>; el Reglamento sobre protección de datos, con garantía de un amplio universos de sujetos, entre los que cabe incluir a los trabajadores autónomos<sup>12</sup>; la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, es decir relativa a la protección del denunciante de actos de corrupción, que igualmente se extiende en particular a cuantos por su proximidad puedan acceder al conocimiento de estos actos por su condición de trabajadores, sean asalariados o autónomos<sup>13</sup>; el reciente Reglamento europeo sobre inteligencia artificial, que si bien tiene apelaciones exclusivas a los trabajadores subordinados y a sus representantes, también contiene referencias expresas al acceso al mercado de trabajo por parte de los trabajadores autónomos y, en general, la noción de sujetos afectados por el despliegue de la inteligencia artificial tutela también a los autónomos<sup>14</sup>; la propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas, que, aparte de intentar deslindar los supuestos de empleos asalariados y autónomos en este campo, contiene algunas reglas que resultan de aplicación también a quienes realicen su trabajo como auténticos autónomos, especialmente en materia de protección de datos y de información sobre la situación de estos trabajadores.

También desde la perspectiva del ordenamiento nacional interno cabe hacer una lectura de determinados preceptos constitucionales en clave extensiva de aplicación al conjunto de quienes desarrollan una actividad profesional de manera personal y directa, con independencia de que lo hagan en la condición de asalariados o como autónomos. Preceptos que sin fundamento que lo justifique se han leído tradicionalmente exclusivamente orientados a los trabajadores subordinados, realmente pueden interpretarse más ampliamente, para abarcar también a los trabajadores autónomos. Así lo manifiesta con toda razón de manera directa el Estatuto del Trabajo Autónomo respecto de derechos que tienen una estrecha conexión con el Derecho del Empleo: “la Constitución, sin hacer una referencia expresa al trabajo por cuenta propia, recoge en algunos de sus preceptos derechos aplicables a los trabajadores autónomos. Así, el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado; el artículo 35, en su apartado 1, reconoce para todos los españoles el deber de trabajar

<sup>10</sup> STJUE 4 de diciembre de 2014, C-413/12, ECLI:EU:C:2014:2411. Comunicación de la Comisión relativa a las directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativo a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (2022/C374/02), DOUE de 30 de septiembre de 2022.

<sup>11</sup> Art. 18 Directiva 2019/790, de 17 de abril (DOUE 17 de mayo).

<sup>12</sup> Reglamento 2016/679, de 27 de abril (DOUE 4 de mayo de 2016).

<sup>13</sup> Directiva 2019/1937, de 23 de octubre (DOUE 26 de noviembre)

<sup>14</sup> Reglamento 2024/1689, de 13 de junio (DOUE 12 de julio).

y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo; el artículo 40, en su apartado 2, establece que los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales, velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”; a los que por nuestra parte añadiríamos la mención al apartado 1 del artículo 40, cuando se remite a los poderes públicos para que “de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

En ese marco, el propio Estatuto del Trabajo Autónomo reitera en su articulado la referencia a los precedentes derechos conectados con las políticas de empleo, recogiendo en particular un título completo relativo al fomento y promoción del del trabajo autónomo (arts. 27 ss). En concreto, el Estatuto incorpora medidas típicas de actuación sobre el mercado de trabajo respecto de los autónomos (art. 27.2):

- a) Remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica o profesional por cuenta propia.
- b) Facilitar y apoyar las diversas iniciativas de trabajo autónomo.
- c) Establecer exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social.
- d) Promover el espíritu y la cultura emprendedora.
- e) Fomentar la formación y readaptación profesionales.
- f) Proporcionar la información y asesoramiento técnico necesario.
- g) Facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa, de forma que se mejore la productividad del trabajo o servicio realizado.
- h) Crear un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y profesionales en el marco del trabajo autónomo.
- i) Apoyar a los emprendedores en el ámbito de actividades innovadoras vinculadas con los nuevos yacimientos de empleo, de nuevas tecnologías o de actividades de interés público, económico o social.

En esa línea puede afirmarse que, a resultas del Estatuto, el Derecho del Empleo despliega todas sus políticas públicas, ahora orientadas específicamente al trabajo autónomo, sin ningún tipo de exclusión.

Complementariamente a ello, puede analizarse la Ley de Empleo igualmente con un enfoque en principio generalista, en términos tales que no se aprecia una lectura reduccionista en lo subjetivo de su ámbito de actuación. Incluso, en ciertos preceptos, se efectúa una mención explícita al trabajo autónomo: 1) identificación de las competencias del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo (art. 10.2 e); previa consulta a los Consejos de Trabajo Autónomo a la elaboración de la

Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo (art. 12.1); identificación como eje 6 de la Estrategia la relativa al fomento del trabajo autónomo (art. 12.4 f), así como el eje 5 del Plan anual (art. 13.3 e); consulta a las organizaciones representativas del trabajo autónomo en el marco de la estructura organizativa de la Agencia Española de Empleo (art. 21 p. 2); la atribución a la Agencia Española de Empleo de competencias de coordinación de los Centros de Orientación, Emprendimiento, Acompañamiento e Innovación para el Empleo (art. 22.m); la articulación de programas de fomento de empleo que permitan la compatibilización, aunque sea parcial, del trabajo por cuenta propia con las prestaciones por desempleo de Seguridad Social, incluido el cese de actividad (art. 49.1); identificación dentro del Catálogo de servicios garantizados a los demandantes de servicios de empleo el asesoramiento para el autoempleo, con apoyo integral y acompañamiento a la activación de proyectos viables (art. 56.1. e). La propia regulación de los servicios públicos de empleo y entidades colaboradoras se contempla sin mención expresa al trabajo subordinado. En particular, cuando se atiende a las agencias de colocación como agentes de intermediación, no se especifica que esta deba efectuarse necesariamente entre un trabajador subordinado y un demandante de empleo como empleador (art. 41.1 b).

En todo caso, a pesar de todas estas menciones, subyacen en la mente del legislador, sin llegar a decirlo expresamente, la idea de que la actividad de los organismos, entidades y agencias que actúan en el ámbito del empleo se dedican preferentemente al empleo en el ámbito del trabajo subordinado. Ello se deduce de algunos concretos pasajes legales, aunque lo sea de manera indirecta. Cuando menos, cabe mencionar tres ejemplos prototípicos de ello. En primer lugar, que cuando se identifican las competencias de la Agencia Estatal de Empleo a la misma no se le encomienda internamente efectuar las funciones de fomento del emprendimiento autónomo, sino exclusivamente de coordinar los Centros externos que asumen estas tareas (art 22.m). En segundo lugar, que cuando se refiere de manera específica a las labores de intermediación se menciona expresamente las que se realizan con “personas, empresas y demás entidades empleadoras” (art. 42.2). Finalmente, a nuestro juicio, el presupuesto más determinante es que cuando la Ley identifica el fundamento competencial de aprobación de la misma como norma estatal se alude a los efectos que nos interesa al apartado 7 del art. 149.1 CE, es decir, a la exclusividad normativa estatal en materia laboral que conforme a la jurisprudencia constitucional se reconduce al régimen de quienes sean contratados laboralmente (disp. final 14<sup>a</sup>); a diferencia del Estatuto del Trabajo autónomo que contiene referencia expresa a los apartados 6 y 8 del mismo precepto constitucional, apartados, estos otros, que conectan con la legislación mercantil y civil de contratación de autónomos.

Lo anterior se plasma de manera bien emblemática en la estructura administrativa de algunas Comunidades Autónomas. Por ejemplo, para la Junta de Andalucía todo lo relacionado con el desarrollo y ejecución de las políticas

de empleo en el ámbito del trabajo autónomo viene asumido por Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, a pesar de que, expresamente, se apele sistemáticamente a la promoción de la “actividad emprendedora”, sin mención literal al trabajo autónomo<sup>15</sup>. A resultas de ello, de manera implícita, se sobreentiende que el objeto central de la actividad del paralelo Servicio Andaluz de Empleo se centra en las políticas relacionadas con la colocación y el empleo del trabajo subordinado.

## **2. ALGUNOS ASUNTOS CLAVE DE LA GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO**

Las políticas de empleo deben someterse a procesos constantes de adaptación, a la vista de las transformaciones que se producen en el mercado de trabajo y de las opciones de política legislativa que se producen en muy diversos ámbitos no exclusivamente centrados en lo laboral. En unas ocasiones, se trata de transformaciones coyunturales y, en otros casos, de carácter estructural, lo que es clave para saber calibrar el alcance temporal en el corto o en el medio plazo del alcance de las medidas. En todo caso, no siempre resulta fácil efectuar las proyecciones a futuro de las transformaciones que detectamos en los momentos actuales, en términos tales que, a veces, lo que se diagnostica como coyuntural acaba siendo estructural y viceversa; incluso, peor todavía, en ocasiones, lo que se diagnostica como transformación es un mero continuum y, a la inversa, lo que se detecta como continuidad esconde subterráneamente cambios de cierta profundidad.

Con todas estas cautelas parecen percibirse cambios en nuestro mercado de trabajo, en términos tales que vamos hacia cifras elevadas de ocupación, de modo que el desempleo que vamos a vivir en los próximos tiempos puede llegar a ser friccional. Si ello se confirma así, las preocupaciones dejarán de centrarse en lo cuantitativo, en el logro de mayores niveles de empleo y reducir las tasas de desempleo, para orientarnos hacia la consecución de un empleo digno o retribuciones suficientes para poder atender las necesidades de consumo de la población. Incluso, dicho con cierta simplificación, se puede apreciar que la primera preocupación de la población deja de ser el empleo como tal cuanto que ese empleo permita afrontar el gasto desmesurado de la vivienda.

A la vista de ello, las claves de la actuación de las políticas de empleo se pueden situar en aspectos parcialmente diversos de los que hemos contemplado en las últimas décadas y, por ello, intentamos centrarnos en esos “nuevos” aspectos de obligada toma en consideración.

<sup>15</sup> Cfr. Resolución de 25 de noviembre de 2013 (BOJA 18 de diciembre) por la que se aprueba la Carta de Servicios de Andalucía Emprende.

## 2.1. La gestión de los flujos migratorios

En ese nuevo escenario, de confirmarse en el tiempo, uno de los primeros aspectos a tratar es el relativo a los procesos migratorios, en términos tales que los mismos puedan dar respuesta a los requerimientos de un mercado de trabajo en crecimiento y que puede comenzar a mostrar tasas importantes de puestos de trabajos vacantes con dificultad de cobertura. A esta materia hemos hecho alusión en apartados precedentes, al referirnos al reparto competencial en materia de empleo, sobre todo en la dualidad entre las competencias estatales y las autonómicas.

Una de las transformaciones de mayor impacto generalizado, producida en nuestra sociedad, se encuentra en la importante afluencia de población extranjera al territorio español, que ha llegado para asentarse de manera estable, con voluntad de permanencia en el tiempo, residiendo y trabajando aquí. Basta con tener en cuenta que, a principios de siglo, la cifra total de población extranjera era inferior al millón de personas, cuando, a principios de 2024, supera los 6,4 millones; expresado en términos de porcentaje, los extranjeros han pasado de representar hace apenas 15 años el 1,6 % de la población total, a suponer el 11,68 % en el momento actual. Cifra que resulta sensiblemente superior si la referimos a personas en su origen extranjera por su lugar de nacimiento, pero que, residiendo de manera continuada y prolongada aquí, han obtenido la nacionalidad española por el paso del tiempo y por arraigo; así, por ejemplo, si a la cifra anterior le sumamos quienes gozan de doble nacionalidad, nos situaríamos en un total de 8,3 millones.

Dicho de manera sencilla, en un período relativamente corto, hemos pasado de vivir en una sociedad bastante homogénea, donde las diferencias más palpables derivaban de una migración interna entre Comunidades Autónomas, a extenderse un modelo social presidido por la diversidad por razón de la nacionalidad. Como es fácil de percibir, esa diversidad impacta sobre todas las vertientes, desde lo cultural y religioso, a las formas de vida, al uso extendido de la diversidad lingüística, a la división de condiciones económicas y de calidad de vida, formación, etc.

En un mundo lleno de incertidumbres de todo tipo frente a los cambios sociales, económicos, tecnológicos, ambientales esa diversidad es percibida de formas muy dispares por la población. Tan es así que llega al extremo de que está dando lugar a tensiones importantes desde el ámbito político, siendo uno de los elementos de fricción y de confrontación más importantes respecto de valores que hasta hace bien poco tiempo formaban parte del consenso democrático del conjunto de la sociedad. Consenso en estos momentos roto a resultas de la emergencia de posiciones xenófobas, de odio al extranjero incomprensibles desde la más mínima racionalidad y objetividad de la realidad que estamos viviendo.

Paradójicamente, frente a esos puntos de disrupción política, incrementada exponencialmente a través de las redes sociales, el ambiente es completamente diverso en el día a día de la calle y, especialmente, en el funcionamiento de la

actividad económica y, particularmente, de la evolución del mercado de trabajo. Conviene situarnos en un plano más equilibrado, otorgándole todo el significado que se merece el enorme valor positivo que aporta la inmigración laboral a nuestra realidad, pues, de lo contrario, perderemos el norte.

El grueso de esa afluencia de la población extranjera se produce de manera palpablemente pacífica por las expectativas de trabajo que se ofrecen y por las mismas necesidades de la inmigración como elemento imprescindible para la expansión de la economía que estamos viviendo, que sería inconcebible en los actuales momentos de indiscutible crecimiento del empleo sin la aportación que proviene de la población inmigrante. Tan es así que, posiblemente con un cierto grado de exageración a nuestro juicio, el Banco de España ha calculado que España necesitará casi 25 millones de trabajadores extranjeros a la altura de 2053, para evitar el proceso de envejecimiento de la población y resolver los desajustes que podrían surgir en el mercado de trabajo. Según la Encuesta de Población Activa, la población extranjera ocupada en estos momentos supera ya los tres millones de trabajadores. Ello supone que tasa de ocupación media respecto de la población en edad de trabajar resulta superior entre la población extranjera, casi dos puntos porcentuales superior respecto de la española; circunstancia en la que posiblemente influye, sobre todo, la presencia de una población más joven entre los extranjeros.

A pesar de todo lo anterior, la gestión de los flujos migratorios constituye, sin lugar a duda, una de las políticas especialmente complejas de diseñar y, más aún, se presenta como una de las más difíciles de gestionar en la práctica.

Como elemento de contraste a todo lo anterior nos enfrentamos a una realidad donde un número no desdeñable de la población que ingresa en el territorio español, en muchas ocasiones, no lo hace a través de los canales formalmente establecidos para un acceso a nuestro mercado de trabajo. La presión de países en situación fuertemente deprimida, derivada de circunstancias económicas o de conflictos, es muy fuerte, con unas fronteras muy abiertas tanto por vía marítima como aérea, accediendo a nuestro territorio personas de todas edades y muchas de ellas con notables carencias formativas y/o de condiciones para trabajar. De este modo, el punto de arranque es el de una población extranjera que ingresa en nuestro territorio de forma irregular, por tanto, inicialmente al margen de la gestión preestablecida por los canales previstos conforme a la política de inmigración.

A pesar de que esa población en breve plazo se incorpora a nuestro mercado de trabajo, a resultas de la existencia de una efectiva demanda de empleo para esta población, no deja de hacerlo por canales informales, con grave precariedad laboral y, existiendo también en ocasiones, un importante desajuste entre demanda y oferta de empleo. Los datos comparativos entre la cifra de ocupados de la EPA y las de afiliados en alta en la Seguridad Social muestran la posible presencia de una cifra importante de extranjeros trabajando en situación irregular, al carecer del correspondiente permiso de residencia y de trabajo.



A pesar de todo ello, el diferencial entre extranjeros efectivamente trabajando y los afiliados en alta en la Seguridad Social no es tan elevado como a veces se da a entender y, sobre todo, resulta mucho más reducido del que se presenta en los países europeos de nuestro entorno. Ello supone que tenemos una regulación de concesión de los permisos de residencia y de trabajo que resulta bastante acorde con los flujos migratorios y las necesidades del mercado de trabajo. En todo caso, también debe indicarse que el sistema resulta mejorable, en términos tales que debería incrementarse la eficiencia de los diversos procedimientos de integración plena y conforme a derecho de la población extranjera, que inicialmente carece de los correspondientes permisos de trabajo y de residencia. Se trata, a la postre, de lograr un funcionamiento eficiente de los diversos sistemas de regularización por arraigo, que constituyen el mecanismo por excelencia que permite que los tiempos de presencia irregular sean los menores posibles. Especialmente interesante es el mecanismo del arraigo por formación, que debería potenciarse en su desarrollo, conjurando los obstáculos derivados del hecho de que, en muchas ocasiones, resulta muy difícil compatibilizar el trabajo irregular que se realiza con el tiempo requerido para seguir los cursos de formación.

Al final, son los requerimientos del mercado de trabajo los que mandan y, por añadidura, siendo bienvenidos cuando se logra de un modo natural y sin conflictos reales. Dentro de esos requerimientos de nuestro mercado de trabajo, uno de los principales retos se plantea a resultas de la circunstancia de que mantenemos muchas actividades de carácter cíclico a lo largo del año, de modo que se precisa de un importante volumen de mano de obra, pero concentrado en cortos períodos de tiempo. Este carácter cíclico de las demandas de empleo es bien conocido desde tiempo atrás respecto de determinadas actividades agrícolas y de transformación de productos del campo; pero también se extiende a otras actividades conectadas con el carácter igualmente estacional del turismo. Las políticas de inmigración circular, por medio de la cual se contrata temporalmente en origen a trabajadores extranjeros para prestar servicios durante un período limitado y, posteriormente, regresar a su país de origen, están contempladas en nuestra regulación desde tiempo atrás. Requiere de acciones muy variadas, desde la consular, de desplazamiento, a la de acogida con ofrecimiento de los servicios públicos correspondientes, comenzando por el de una vivienda digna, con la necesaria coordinación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. La experiencia a estos efectos proporciona ejemplos de buenas prácticas, pero también ofrece resultados poco alentadores y de clara explotación de una mano de obra en situación muy precaria, que, por lo demás, no acaba retornando a sus países de origen. El perfeccionamiento de estas políticas de migración circular es imperioso, por mucho que no resuelva el conjunto del problema y no siempre atiende a las expectativas de quien responde a estos llamamientos de desplazamiento meramente temporal en nuestro territorio.

A la postre, la política de inmigración laboral, de necesario perfeccionamiento, debe necesariamente orientarse a una adecuada gestión de los flujos en función

de lo que requiera el mercado y, sobre todo, de una política de integración de la población extranjera sobre la premisa de la presencia de una sociedad cada vez más diversa y a la que necesariamente nos debemos adaptar todos por lo positiva que resulta.

## **2.2. El peso muerto de los incentivos para el fomento del empleo**

Una de las medidas más típicas y extendidas de fomento del empleo son las consistentes en el ofrecimiento de incentivos económicos a las empresas para la contratación laboral o como autónomos, especialmente las dirigidas a la contratación de cierto perfil de trabajadores con mayores dificultades de inserción en el mercado de trabajo o bien de infrarrepresentación en cierto tipo de profesiones. Ello se ha canalizado sobre todo a través del mecanismo de las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, tanto de la contratación laboral de trabajadores subordinados como del lanzamiento de una actividad empresarial por parte de trabajadores autónomos. Por otras vías, especialmente por parte de las Comunidades Autónomas, se establecen incentivos adicionales, pero los más conocidos y probablemente los de mayor entidad económica son los que se canalizan a través de las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social.

Se trata de unas medidas que se han extendido entre nosotros desde bastantes décadas atrás, que han supuesto desembolsos importantes de fondos públicos, pero, al mismo tiempo, han sido puestas en cuestión por el importante peso muerto que se detecta respecto de estas. El peso muerto de estas medidas, dicho de manera sencilla, se produce cuando no incentivan ni condicionan al empleador, por cuanto que su decisión de contratar y, en particular, la de contratar al concreto perfil del trabajador seleccionado, se produce en todo caso, con anterioridad a la comprobación del tipo de incentivo existente y, en todo caso, en términos tales que la decisión empresarial hubiera sido la misma de no haber existido tal incentivo.

Entre nosotros el peso muerto viene acentuado por el hecho de que el abanico de demandantes de empleo beneficiados por estos incentivos es amplísimo. Si bien lo sea con diferente intensidad, el porcentaje de demandantes de empleo que, por una u otra vía, ofrecen a las empresas bonificaciones en las cotizaciones sociales es muy elevado, en términos tales que resultan indiscutible las posibilidades de que ello provoque una elevada tasa de peso muerto. A tenor de lo anterior, la efectividad de estas medidas y, por tanto, una decisiva eliminación de su peso muerto, sólo se garantizaría si se concentra drásticamente el perfil de los beneficiarios de los incentivos en las cotizaciones sociales en relación con aquellos demandantes que presentan hándicaps más elevados para ser contratados y el porcentaje de la reducción en la cotización a la Seguridad Social resulta especialmente importante.

A estos efectos, el peso muerto es bastante seguro que se acentúa a medida que nos movemos dentro de un escenario de constante crecimiento del empleo y con progresivas caídas del desempleo, especialmente del de larga duración.

Este contexto debe hacer reflexionar, por tanto, en torno al uso extensivo de las medidas de incentivos consistentes en reducciones en las cotizaciones sociales. Ello no supone que deban eliminarse por completo tales medidas, por cuanto que las mismas pueden mantener su sentido para grupos de demandantes de empleos con acentuadas dificultades en el acceso al mercado de trabajo, como es el caso prototípico de los demandantes de empleo discapacitados y de los desempleados de larga duración que han perdido importantes competencias profesionales. Eso sí, más allá de ellos, probablemente las bonificaciones se encuentran poco justificadas en estos momentos.

Incluso en ocasiones, aunque las medidas puedan presentar cierta efectividad en un primer momento, su impacto puede ser bastante limitado en el tiempo. En la medida en que en muchas ocasiones las bonificaciones no son indefinidas, sino por un tiempo predeterminado, concluido el tiempo del incentivo, se presenta un importante riesgo de discontinuidad en el mantenimiento del empleo. Incluso en la hipótesis de que el requisito para percibirlo sea el de celebrar un contrato por tiempo indefinido, al obligarse al mantenimiento del contrato por un determinado período de tiempo, concluido éste se actualiza el riesgo de extinción del contrato celebrado. A la postre, los incentivos a contrataciones que no responden a las efectivas necesidades de la empresa, o bien al dejar de ser rentables en términos económicos, la estabilidad en el empleo se pone en riesgo; sin olvidar nunca que las políticas legislativas orientadas a la contratación por tiempo indefinido no constituyen una finalidad de por sí, sino un medio que actúe como instrumento de alargamiento de la duración media de los contratos laborales y, con ello, la reducción de la rotación laboral indeseada.

Es precisamente en este escenario en el que se anuncia una posible medida de bonificación en las cotizaciones a favor de las micro y pequeñas empresas que contraten nuevos trabajadores para cubrir las horas de trabajo no realizadas por quienes se vean beneficiados por la reducción de jornada de trabajo que se podría producir como consecuencia de la anunciada modificación de la jornada máxima legal de trabajo, que pasaría de las 40 horas semanales en promedio anual a las 37,5 horas semanales en idéntico período referencial. De introducirse tal bonificación, su alcance sería muy importante, dada la fuerte presencia en nuestro mercado de trabajo de empresas de menos de 50 trabajadores, así como del elevado número de empleados que prestan servicios para las mismas. Naturalmente es una medida que, de tener éxito, tendría un fuerte impacto en el terreno de la creación de empleo, si bien la fórmula concreta y, por tanto, los requisitos que deberían rodear la bonificación deberían ser muy precisos y con una regulación que aporte una clara seguridad jurídica a sus beneficiarios. En todo caso, una vez más, la medida debería ser compensada con la reducción o eliminación de los incentivos a favor de otras situaciones, pues de lo contrario podríamos reiterar los efectos de peso muerto de la medida en cuestión.

### 2.3. Digitalización y protección de datos personales en procesos de colocación

Las permanentes e intensas innovaciones tecnológicas, hoy en día centradas en los procesos de digitalización y, en particular, en el despliegue de la inteligencia artificial, constituyen uno de los elementos que están impactando con mayor intensidad en las prácticas públicas y privadas que actúan sobre el Derecho del empleo. Una vez más, un cambio trascendental en el ámbito de lo tecnológico que incide decididamente sobre todas las relaciones sociales, resulta el proceso de colocación uno de los ámbitos donde ha penetrado con mayor rapidez y profundidad la digitalización y, en particular, la inteligencia artificial. Desde ese frente, el legislador y la propia Administración pública no se han quedado parados, sino que han intentado canalizar y controlar los procesos de digitalización y de despliegue de la inteligencia artificial, especialmente para evitar que ello repercuta negativamente sobre la garantía de los valores que se encuentran tras el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. En este ámbito sobresale, en particular, la preocupación por la invasión indebida que se puede producir de la intimidad personal por el uso del procesamiento indiscriminado en masa de la enorme información que circula a través de muy diversos canales y, en conexión con ello, la siempre necesaria atención que se debe prestar a los sesgos discriminatorios que pueden producirse con la digitalización y con la inteligencia artificial. La normativa más relevante a estos efectos se sitúa en el Reglamento europeo sobre protección de datos<sup>16</sup>, con el complemento de la propia normativa nacional<sup>17</sup>, en el Reglamento europeo sobre inteligencia artificial<sup>18</sup>, así como en la propia Ley de Empleo española<sup>19</sup>. A pesar del indiscutible valor de las intervenciones normativas y de políticas públicas que se producen en relación con estos fenómenos, tampoco se puede desconocer que la velocidad de los cambios y las dificultades de captar sus posibles efectos negativos en muchas ocasiones retarda la acción de control en este ámbito de las políticas de empleo.

Atendiendo a las concretas manifestaciones más significativas que se producen en este campo, conviene comenzar por señalar la cada vez más recurrente utilización de las redes sociales, que, a su vez, actúan de forma extendida con procesos digitalizados, que incluyen, igualmente, el despliegue de la inteligencia artificial.

<sup>16</sup> Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 (DOUE 4 de mayo), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. y a la libre circulación de estos datos.

<sup>17</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (BOE 6 de diciembre), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

<sup>18</sup> Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 (DOUE 12 de julio), por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial

<sup>19</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero (BOE 1 de marzo), de Empleo.

A pesar de que no poseemos datos estadísticos concretos de contraste, hay indicios más que suficientes como para poder considerar que se está produciendo una importantísima deriva hacia los procedimientos de búsqueda de empleo a través de internet por parte de los demandantes de ocupación y, en idénticos términos, de publicación de las ofertas de empleo por parte de las empresas. Ciertamente debemos dejar al margen las formas más clásicas de contratación por vías de proximidad (familiares, amigos, red social local y similares), que mantienen un mecanismo muy tradicional de contratación directa, de encuentro sin intermediación, que tradicionalmente ha escapado a las vías institucionales de intermediación, sean públicas o privadas; esas formas clásicas perviven en lo esencial, aunque, en algunos casos, también han pasado a vehicularse a través de procedimientos digitalizados. Especialmente, me interesa resaltar que el fenómeno de la digitalización está impactando con intensidad, sobre todo, respecto de los procesos de colocación hasta hace pocos años gestionados por los agentes oficiales típicos y tradicionales de la intermediación, sean públicos o privados. En efecto, se percibe cómo las empresas de medianas y grandes dimensiones, que tienen sus propios departamentos de recursos humanos o bien que acuden a simples gabinetes de selección, difunden directamente sus ofertas de empleo a través de las redes sociales. Y, en correspondencia con ello, cada vez más, los demandantes de empleo intensifican sus búsquedas también directamente a través de las redes sociales.

El efecto reflejo indirecto no es otro que el de la pérdida de peso e influencia de los agentes intermediadores clásicos, lo sean tanto públicos como privados. Lo más llamativo de ello se presenta a resultas de la aparición de plataformas digitales que -de manera exclusiva, principal o parcial-propician el encuentro entre demandantes y oferentes de empleo, en una típica actividad de intermediación en el mercado de trabajo. Se trata de fenómenos que se integran con nitidez y sin la menor duda dentro de la definición que legalmente se realiza de intermediación laboral por parte de la Ley de Empleo: “conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades desde un enfoque integral. Incluye actividades de prospección y captación de ofertas de empleo, puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras” (art. 3.c).

En algunos casos, el fenómeno se llega a reconducir por la vía de que aquellas entidades que de manera profesionalizada y exclusiva desarrollen su actividad a través de un específico y propio portal de internet sin oficinas físicas, se les da el tratamiento de agencias de colocación que desarrollan labores de intermediación a todos los efectos.

Por tanto, se trata de sujetos que se les mantiene dentro del entramado institucional de los intermediarios en la colocación y, con ello, se someten al régimen jurídico completo contemplado a todos los efectos. Ello resulta especialmente relevante a los efectos de la imposición de la obligatoriedad de

sometimiento al principio de igualdad de trato en los procesos de selección por parte de las agencias de colocación y las facultades de control establecidas al efecto por parte del Servicio Público de colocación<sup>20</sup>.

Por otra parte, la anterior posibilidad de calificación de estos portales como intermediarios en la colocación podría no suceder siempre, por cuanto que hay dos supuestos, cuando no tres, que podrían escapar por completo a la consideración de intermediarios en la colocación.

En primer lugar, cuando el portal de internet no se dedica profesionalmente o en exclusiva a los procesos de intermediación que estamos tratando y, por tanto, no se puede calificar en términos jurídicos, de agencias de colocación virtuales, lo que puede provocar que escapen a los controles legales establecidos a los efectos. Sin la menor duda, aquellos que desarrollan esa actividad como un servicio sin pretensión de profesionalización escaparían por completo a las actuales previsiones legales previstas por el Derecho del Empleo. Eso sí, comoquiera que la legislación sobre protección de datos personales, así como sobre inteligencia artificial, presentan un carácter transversal, ha de advertirse que, en todo caso, se encuentran sometidos a la misma. Las dificultades en este terreno, sin embargo, no pueden ocultarse, en la medida en que, en muchos casos de este tipo, quien puede poner en riesgo de manera directa la garantía de los derechos a la intimidad y provocar sesgos discriminatorios es el usuario de tales plataformas, que es quien introduce los datos en la plataforma de manera inmediatamente y no quien es la titular o quien gestiona como tal la plataforma; a pesar de ello, desde el punto de vista jurídico, debe afirmarse que titular y gestor de la plataforma no quedan exentos de responsabilidad, por cuanto que es a través de su canal como se produce la lesión de los derechos de intimidad personal o de vulneración de la discriminación, por lo que le son exigibles la adopción de medidas de evitación de los efectos negativos del uso de tal plataforma y de asumir las posibles sanciones por los daños ocasionados, incluida la posibilidad de reclamación de indemnización económica por daños y perjuicios.

Más discutibles serían aquellos otros supuestos en los, dentro de un servicio profesionalizado y, si se quiere, lucrativo, no concurre la actividad en exclusiva y hasta qué punto ello pudiera calificarse como una actividad ilícita no permitida por la regulación vigente. Pero, en todo caso, al mismo, también le resultarían de aplicación las normas extralaborales y de carácter laboral que hemos mencionado previamente.

El segundo supuesto que escapa a la vía de la institucionalización de la intermediación es cuando la oferta de empleo a través de las redes sociales la efectúa directamente la empresa y es ella quien recibe en los mismos términos los currículums de los demandantes de empleo. En estos casos no existe intermediación

<sup>20</sup> Artículo 43.2 f Ley de Empleo.

alguna, por cuanto que estamos ante fenómenos de contratación directa. Pero, de nuevo, se somete a los requerimientos y controles derivados de la legislación sobre protección de datos personales y sobre inteligencia artificial.

El tercer supuesto puede derivar de la interpretación exacta que se le otorgue a una nueva previsión legal que puede resultar peligrosa en función de cómo se aplique la misma. Me refiero al dato de que cuando la nueva Ley define qué se entiende por intermediación laboral, indica que “En cualquier caso, para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados”<sup>21</sup>. El problema puede residir en que una interpretación literal de esta regla podría conducir a que ciertos portales que realizan labores lucrativas de puesta en contacto entre trabajadores demandantes de empleo y empresas que efectúan ofertas de trabajo, diseñen un procedimiento de actuación por medio del cual afirmen que ellas llevan a cabo toda la labor por medios automatizados y que, por tanto, conforme a la definición legal, no están efectuando una labor de intermediación laboral. Es decir, se trataría para estos portales de un fácil mecanismo para afirmar que quedan fuera del tratamiento como agencias de colocación y que, por tanto, las mismas no se someten a los condicionamientos ni a los controles establecidos al efecto por la normativa vigente. El error de técnica jurídica en este caso, que no podemos ni debemos ocultar, deriva del hecho de haber introducido este elemento de automatización en el procesamiento de los datos en la definición de la intermediación, cuando debería haberlo hecho en el momento de establecer su tratamiento o régimen jurídico. La única forma de salvar este riesgo es realizar una interpretación finalista de la norma, considerando como torticera o fraudulenta la que deriva de la dicción literal del precepto: lo que pretende el legislador materialmente es que quien realice esta labor de puesta en conexión de las ofertas y demandas de empleo, aunque lo haga por canales virtuales y utilizando procesos de manipulación de información de datos en masa, desarrolla en todo caso una labor de intermediación laboral, de modo que, siendo un intermediario laboral, se somete al imperativo en todo caso de no poder realizar dicha actividad exclusivamente por medios automatizados.

A mayor abundamiento, la previsión legal es confusa, en la medida en que también pudiera entenderse que está alterando los condicionantes establecidos al efecto por el Reglamento de la Unión Europea sobre protección de datos personales. En efecto, es obligado tener presente que conforme a este Reglamento todo interesado tiene derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos en él o afecte significativamente de modo similar<sup>22</sup>. A destacar que en una intermediación su actividad por excelencia es la de “elaboración de perfiles” y que ello, sin lugar a duda, tiene efectos jurídicos en el demandante de empleo y,

<sup>21</sup> Artículo 3 c Ley de Empleo.

<sup>22</sup> Art. 22.1 Reglamento 2016/1679, ya citado.

por efectos derivados, también en la empresa que realiza la oferta de empleo. Por tanto, la obligatoriedad de que la intermediación laboral no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados se impone y se imponía con antelación a lo que se establece en la Ley de Empleo, de modo que no es algo que derive como novedoso por parte de esta norma. Más aún, esa regla del Reglamento es tan universal que abarca a cualquier otra entidad que, sin realizar intermediación, procese datos en el marco de la colocación de trabajadores; por ejemplo, respecto de las empresas de selección o respecto de la puesta a disposición por parte de las empresas de trabajo temporal o por parte de las plataformas digitales de reparto de mercancías en el momento de asignar encargos a sus trabajadores. Incluso, la previsión legal en la Ley de Empleo no podría interpretarse como una fórmula de reforzamiento de la imposibilidad de tratamiento automatizado de los datos, por cuanto que estuviera excluyendo a todos los efectos las excepciones que se permiten a esta imposibilidad conforme a lo establecido por el propio Reglamento de la Unión Europea<sup>23</sup>. Si bien no cabe impedir que los Estados miembros sean más rigurosos, en términos tales que acoten mejor el juego de la excepción para cada caso concreto, lo que entendemos que no puede hacer el ordenamiento interno de los Estados miembros es eliminar por completo las excepciones contempladas por el Reglamento UE, ni siquiera es pensable que la Ley de Empleo estuviese pensando en llevar a cabo tal tipo de supresión completa.

#### **2.4. En particular el despliegue de la inteligencia artificial en el proceso de colocación**

Por lo que se refiere al despliegue de la inteligencia artificial, conviene comenzar por tener presente los diversos niveles de riesgos que se contemplan en el Reglamento sobre inteligencia artificial, ya citado, que, a los efectos que nos interesa tomar en consideración aquí, obligan a ponderar en qué medida las acciones que se producen por empresas e intermediarios pudieran calificarse como inaceptables o bien como de alto riesgo.

Por lo que afecta a las catalogadas como de inaceptables y, como tales, directamente prohibidas, ha de tenerse presente que casi todas ellas podrían estar presentes en la intervención de los diversos sujetos en los procesos de colocación, particularmente en los de intermediación y selección de trabajadores. Baste con enumerar para tomar constancia de ello cinco de las 8 prácticas de inteligencia artificial declaradas como inaceptables por el Reglamento (art. 5): 1) las que se

<sup>23</sup> “2. El apartado 1 (imposibilidad de tratamientos automatizados) no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado”.



sirvan de “técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que una persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de un modo que provoque, o sea probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas”; 2) las “que explote alguna de las vulnerabilidades de una persona o un colectivo de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica específica, con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho colectivo de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona o a otra”; 3) las que se implanten “con el fin de evaluar o clasificar a personas físicas o a grupos de personas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque” un trato perjudicial o desfavorable; 4) “sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo...excepto cuando el sistema de IA esté destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad”; 5) “uso de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual”.

Más allá de lo anterior, que se sitúa en el plano de lo extremo o destacadamente patológico, especialmente significativo puede resultar que prácticamente todos los despliegues de la inteligencia artificial en el ámbito de los procesos de colocación se pueden calificar como de alto riesgo en los términos definidos por el Reglamento europeo. Éste, en su anexo III, enumerador de las prácticas de alto riesgo, contiene un apartado específico, el número 4, dedicado al empleo y las condiciones de trabajo. En concreto, se consideran sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo en relación con el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo los siguientes: 1) sistemas de inteligencia artificial destinados a ser utilizados para la “contratación o la selección de personas físicas”, en particular, para “publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos”; 2) sistemas de inteligencia artificial destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones. Aparte de ello, con carácter general, en el apartado 1 de ese mismo anexo III, aunque de evidente

repercusión sobre la gestión del empleo, se incluyen también dentro de la categoría de los sistemas de alto riesgo los sistemas de inteligencia artificial que utilicen la biometría, en la que medida en que su uso esté permitido por el Derecho de la Unión o nacional aplicable.

Aunque no se consideran de alto riesgo cuando no plantean un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales, esta excepción no se aplica cuando el sistema suponga la “elaboración de perfiles de personas físicas” (art. 6.3), en cuyo caso siempre se considera como de alto riesgo. A estos efectos, cabe interpretar que todos los sistemas relacionados con el empleo siempre inciden sobre la elaboración de perfiles de personas físicas, pues tal condición la tienen siempre los trabajadores y demandantes de empleo, por lo que ha de considerarse que en todos estos casos se trata de sistemas de alto riesgo.

Para todos estos sistemas calificados como de alto riesgo, partiéndose de la licitud de su despliegue, se establecen importantes cautelas para evitar sus efectos potencialmente dañinos.

Las medidas que se adoptan son las siguientes antes de proceder a su comercialización: sistemas adecuados de evaluación y mitigación de riesgos; alta calidad de los conjuntos de datos que alimentan el sistema para minimizar los riesgos y los resultados discriminatorios; registro de la actividad para garantizar la trazabilidad de los resultados; documentación detallada que proporcione toda la información necesaria sobre el sistema y su finalidad para que las autoridades evalúen su conformidad; información clara y adecuada para el implementador; medidas adecuadas de supervisión humana para minimizar el riesgo; alto nivel de robustez, seguridad y precisión.

Por tanto, en la medida en que las garantías precedentes se establecen antes de proceder a su comercialización, los proveedores son los responsables de garantizar que su producto cumple plenamente todos los requisitos exigidos por el Reglamento (art. 8.2). Eso sí, comoquiera que los sujetos implicados en el proceso de elaboración, distribución y comercialización pueden ser diversos y actuando en una cadena sucesiva de valor de la inteligencia artificial, el Reglamento se preocupa de establecer un régimen de extensión subjetiva acumulada de responsabilidades. En concreto, a todos ellos se les impone el conjunto de obligaciones previstas para lo que en el sentido estricto del término se conoce con la condición de proveedor: “Cualquier distribuidor, importador, responsable del despliegue o tercero será considerado proveedor de un sistema de IA de alto riesgo a los efectos del presente Reglamento y estará sujeto a las obligaciones del proveedor previstas” en el mismo (art. 25.1).

Por lo que nos afecta en estos momentos respecto de los objetivos de las medidas que deben adoptarse, destacaría que la evaluación previa impuesta incluye, en particular, “el examen atendiendo a posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas, afectar negativamente a los derechos fundamentales

o dar lugar a algún tipo de discriminación prohibida por el Derecho de la Unión, especialmente cuando las salidas de datos influyan en las informaciones de entrada de futuras operaciones” (art. 10.2 f).

Comoquiera que todas las obligaciones precedentes impuestas al proveedor van dirigidas a una correcta gestión de la inteligencia artificial por parte del responsable de su despliegue, se establece un criterio general de transparencia: “los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente sus resultados de salida” (art. 13.1).

En la fase sucesiva de implementación del sistema los sujetos de referencia son esencialmente los responsables del despliegue, entendiendo por tal a la “persona física o jurídica, autoridad pública, órgano u organismo que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional” (art. 3.4). Sin poder entrar en mayores detalles, cabe entender que, desde la perspectiva de la implementación de la inteligencia artificial en el ámbito del trabajo, el responsable del despliegue será, en la práctica totalidad de las ocasiones, el empleador respecto de sus trabajadores subordinados o la empresa cliente respecto de los trabajadores autónomos que prestan servicios personales para la misma a través de una organización en red. Especialmente claro al respecto es algún concreto precepto del Reglamento que, desde la perspectiva del trabajo subordinado, califica al empleador como el responsable del despliegue (art. 26.7).

No obstante, debe tenerse presente también que en muchas ocasiones las empresas (sobre todo, las medianas y grandes), pueden llegar a externalizar el despliegue de la inteligencia artificial, convirtiéndose ellos en unos meros usuarios de un proceso gestionado por terceros. En estos casos, tales terceros podrán considerarse los responsables del despliegue, sin que ello exima de responsabilidad a las propias empresas. Por lo demás, es obvio que, en igual medida, los intermediarios en los procesos de colocación pueden actuar como responsables del despliegue y, como tal, asumir las obligaciones y responsabilidades que derivan de la normativa europea.

En esta fase habría que hacer hincapié en que se establece una regla general orientada al desarrollo de una vigilancia humana de la implementación de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, en términos tales que no se permita un funcionamiento plenamente autónomo del sistema de inteligencia artificial: “Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de un modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas” (art. 14.1);

Asimismo, al responsable del despliegue de sistemas de alto riesgo se le impone la obligación de adoptar medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que utilizan dichos sistemas con arreglo a las instrucciones de uso que los acompañen (art. 26.1), debiendo encomendar la supervisión humana a personas físicas que tengan la competencia, la formación y la autoridad necesarias (art. 26.2).

Como regla específica en el ámbito de lo laboral se establece que, antes de poner en servicio o utilizar un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue que sean empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que se encuentran expuestos a la utilización del sistema de inteligencia artificial de alto riesgo. Aunque da la impresión de que este deber de información se dirige a la fase de ejecución ya del contrato de trabajo, no se puede excluir que la misma deba extenderse también a las fases previas de desarrollo del proceso de colocación y, en particular, de selección de los trabajadores a contratar, cuando menos en aquellos supuestos en los que ello se realiza directamente por parte del empleador. Esta información se debe facilitar, cuando proceda, con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho nacional y de la Unión y conforme a las prácticas en materia de información a los trabajadores y sus representantes (art. 26.7).

La legislación española, en concreto, hasta el momento presente ya establece un deber de información en asuntos próximos a lo precedente. En concreto, la representación de los trabajadores en la empresa tiene derecho a ser informada por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles (art. 64.4 d ET). Obsérvese que aquí expresamente se menciona a las decisiones que puedan incidir en “el acceso” al empleo. Más aún, con carácter general, los representantes de los trabajadores en la empresa tienen el derecho a ser consultados con carácter previo a la adopción de decisiones del empleador de reestructuración empresarial que comporten alteraciones en el empleo o en las condiciones de trabajo, especialmente cuando comportan la introducción de nuevas tecnologías; en particular, esa consulta debe producirse siempre que comporten la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo (art. 64.5 f ET). Un entendimiento amplio del Derecho del empleo también debe englobar estos procesos de reestructuración empresarial, ya que comportan “alteraciones en el empleo”. En términos comparativos, entre las previsiones de la legislación laboral y el Reglamento sobre inteligencia artificial, éste último, respetando lo contemplado en la primera, establece esencialmente dos garantías adicionales. De un lado, precisa el alcance de la información a recibir en estos casos por parte de los representantes de los trabajadores, en términos tales que deberá indicar que

los trabajadores a los que representan se encuentran expuestos a la utilización de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, lo que presupone una explicación precisa de lo que ello implica. De otro lado, esta información se ha de transmitir por el empleador directamente a los trabajadores expuestos a los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, sin que sea suficiente con la información que, por vía indirecta, le transmitan sus representantes; esta información directa a los trabajadores no se encontraba prevista de manera expresa en la legislación laboral española, de modo que es una importante novedad derivada de la entrada en vigor del Reglamento. En particular, a nuestro juicio, cabría efectuar una interpretación finalista y sistemática del término “trabajador”, en términos tales que ello abarque no sólo al empleado ya contratado por la empresa, sino también al demandante de empleo que se somete a un proceso de selección previa para ser contratado por la empresa.

Por lo demás, la previsión en el Reglamento del deber de información se presenta como un reconocimiento muy general y, por ello, es clave la remisión que se contiene en el mismo al Derecho nacional respecto de su desarrollo y articulación práctica. Dicho de otro modo, el Reglamento está implícitamente llamando a una regulación complementaria del cumplimiento de este deber de información a llevar a cabo por las legislaciones laborales de cada uno de los Estados miembros.

# DERECHO AL TRABAJO DIGNO Y POLÍTICA DE EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

## *RIGHT TO DECENT WORK AND EMPLOYMENT POLICY IN THE COMMUNITY LEGAL SYSTEM*

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

Presidente de la Asociación de Salud y Seguridad Social  
ORCID: 0000-0002-0230-6615

### RESUMEN

**Palabras clave:** Trabajo digno, Política de empleo, Economía social, Derecho del Empleo, Estrategia Europea

La política de empleo de la Unión considera el empleo como valor añadido al crecimiento económico, de manera que no sería posible dissociar el crecimiento en términos económicos y en términos sociales: “progreso” económico y “progreso” social deben estar unidos en virtud de las políticas públicas integradas en los sistemas democrático-sociales (artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea). La organización de las políticas de empleo requiere de políticas activas y de la creación de un marco mínimo de armonización europea de las legislaciones de los Estados miembros a través de normas jurídicas del ordenamiento jurídico europeo; y se constata, sin embargo, que la orientación que preside actualmente las intervenciones comunitarias son las propias del “Derecho débil” o soft law, y no el establecimiento de normas jurídicas comunitarias vinculantes para todos los Estados miembros. Ese “Derecho débil” persigue ante todo la aproximación y convergencia por objetivos perseguibles de los Derechos nacionales (técnicas de coordinación comunitaria como el llamado “método abierto de coordinación”, basado prevalentemente en instrumentos jurídicamente no vinculantes o de juridicidad débil según las materias a las que afecte y atendiendo a posibles contenidos imperativos que se recogen en las directrices sobre el empleo).

### ABSTRACT

**Keywords:** *Decent work, Employment policy, Social market economy, Employment Law, European Strategy*

*The Union's employment policy considers employment as an added value to economic growth, so that it would not be possible to dissociate growth in economic and social terms: economic “progress” and social “progress” must be united by virtue of public policies integrated in the democratic-social systems (Article 3.3 of the Treaty on European Union). The organization of employment policies requires active policies and the creation of a minimum framework for European harmonization of the legislation of the Member States by means of legal standards of the European legal order; and it is noted, however, that the orientation currently presiding over Community interventions is that of “soft law” rather than the establishment of Community legal standards binding on all the Member States. This “weak law” pursues above all the approximation and convergence of national laws (Community coordination techniques such as the so-called “open method of coordination”, based mainly on legally non-binding instruments or instruments of weak legality depending on the matters concerned and taking into account the possible mandatory contents included in the guidelines on employment).*

*“La Edad Moderna trajo consigo la glorificación teórica del trabajo, cuya consecuencia ha sido la transformación de toda la sociedad en una sociedad de trabajo. Por lo tanto, la realización del deseo, al igual que sucede en los cuentos de hadas, llega en un momento en que sólo puede ser contraproducente. Puesto que se trata de una sociedad de trabajadores que está a punto de ser liberada de las trabas del trabajo, y dicha sociedad desconoce esas otras actividades más elevadas y significativas por cuyas causas merecería ganarse esa libertad. [...]. Nos enfrentamos con la perspectiva de una sociedad de trabajadores sin trabajo, es decir, sin la única actividad que les queda. Está claro que nada podría ser peor”.*

HANNAH ARENDT<sup>1</sup>

## ÍNDICE

1. PERSPECTIVA GENERAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA
2. ANÁLISIS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO DE LA UNIÓN EUROPEA
  - 2.1. El Derecho al trabajo y la política de empleo como instrumento del Derecho Social Comunitario
  - 2.2. La política migratoria en el marco de la política de empleo de la Unión Europea y más allá de ella

### 1. PERSPECTIVA GENERAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

La política de “empleo” constituye un ámbito de la política social y económica cuyo objeto es acomodar, en sentido cualitativo y cuantitativo, las ofertas y las demandas de empleo mediante un conjunto articulado de medidas, actividades e instituciones, funcionalmente orientadas. Su función es instrumental en relación al Derecho social fundamental al trabajo, en sus diversas manifestaciones fundamentales, y muy especialmente (aunque no exclusivamente, se insiste), en su expresión más generalizada y conflictiva (“la cuestión social del empleo”), el “empleo asalariado”. Ello no obstante, la tendencia de política del Derecho en los países más avanzados viene siendo a ampliar su alcance a todo el trabajo profesional (en esa tendencia se insertan las iniciativas de la Organización Internacional del Trabajo), señaladamente al trabajo autónomo, semiautónomo y las nuevas figuras problemáticas como el “trabajo parasubordinado” (en España, el llamado “trabajador autónomo económicamente dependiente”). Nuestra Constitución (en adelante, CE)

<sup>1</sup> Arendt, H.: *La condición humana* (1958), trad. R. Gil Novalés, Introducción de M. Cruz, Barcelona, Paidós Ibérica, 1993, Prólogo de Hannah Arendt, pág. 17.

impone a los poderes público la realización de una política de programación de los mercados de trabajo y de protección de las personas en el marco de las políticas económicas y sociales del Estado Social y Democrático de Derecho (art.1 CE). La política de empleo incorpora el empleo como valor añadido al crecimiento económico, de manera que no sería posible disociar el crecimiento en términos económicos y en términos sociales: “progreso” económico y “progreso” social deben estar unidos en virtud de las políticas públicas integradas en los sistemas democrático-sociales (paradigmáticamente, art. 40.1 CE). La política de empleo es una expresión de la dimensión material del Estado Social de Derecho. De ello se infiere una tarea del Estado de configuración del modelo socioeconómico, es decir, esa forma de Estado habilita a una configuración de la sociedad con arreglo a los principios y valores supremos consagrados en la Constitución Normativa. En una “economía social de mercado” (expresión utilizada en el art. 3.3 TUE), los objetivos de la política social (que incluye el empleo digno<sup>2</sup>) deben ser desde el principio incorporados a la política económica. En este sentido la planificación que esto presupone corresponde a las condiciones constitucionales de toda política pública (paradigmáticamente, la relación sistémica de las previsiones establecidas en los artículos 40.1 y 131.1 CE<sup>3</sup>).

Una vez afirmada la interdependencia de la política de empleo con las políticas económicas y sociales, es necesario precisar que la política de pleno empleo tiene un ámbito de actuación específica, de manera que no puede ser reducida a una supuesta variable dependiente y subordinada respecto de las políticas económicas, pues, lejos de ello, debe interactuar con ellas *al servicio de su propia lógica de racionalización del empleo*.

En el plano jurídico, dicha estrategia de política constitucional cristaliza actualmente en un nuevo proceso de sectorialización funcional del Derecho Social (utilizando esta expresión en un sentido general y sin adjetivos, como el tipo de Derecho propio y específico del Constitucionalismo o garantismo democrático-social)<sup>4</sup>, a saber: el llamado “Derecho del Empleo”, el cual está llamado a

<sup>2</sup> Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, Capítulo II (“La dignidad de la persona que trabaja como expresión “materializada” del principio de dignidad humana: la indivisibilidad de los derechos laborales genéricos o inespecíficos y de los derechos específicos sociales”), págs. 161-261.

<sup>3</sup> No es baladí retener la habilitación constitucional contenida en el art. 131.1 CE, conforme al cual “el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su justa distribución”.

<sup>4</sup> Gurvitch, G.: *La idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el Siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Edición crítica, traducción y estudio preliminar, “La idea del ‘Derecho Social’ en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch” (pp. VII-LV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005; Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de*



instrumentar jurídicamente el derecho al trabajo y el derecho a la reinserción laboral, junto con el principio constitucional de orientación de las políticas públicas hacia la consecución del pleno empleo (principio rector de la política económica y social). Se puede afirmar, pues, que partiendo del principio jurídico general recogido ex art. 40.1 CE, se puede transitar desde la fase preeminentemente «política» a otra más «juridificada», que dejaría emerger un auténtico y genuino «Derecho del» empleo (dimensión objetiva o institucional) articulado sobre el «derecho al» empleo (dimensión subjetiva). Como el propio Derecho del Trabajo general, tronco del que se desgaja y al que sobrepasa (pero con el cual establece inevitablemente fuertes vínculos de unión no sólo por varias de sus instituciones y técnicas, sino también porque el Derecho del Empleo todavía se ocupa en su mayor parte del “empleo asalariado”, dada –al menos por el momento- la estructura ocupacional de la población activa), también es en su constitucionalización donde primero podemos encontrar las bases de este conjunto sistemático y heterogéneo de principios y normas sobre el «empleo» que se caracteriza por su transversalidad u horizontalidad, es decir, su carácter de sector del ordenamiento laboral caracterizado, complejamente, tanto por razón de los sujetos, como de las relaciones sociales o de los objetos jurídicos. Para el Tribunal Constitucional «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente [...]. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica... un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma.» (STC 22/1981, 2 de julio, fj. 8). Como se indicará de inmediato algunas de las bases constitutivas de la política y del Derecho del Empleo nos la ofrece el Sistema de los Tratados de la Unión Europea.

En estas coordenadas de política del Derecho, la política de empleo ha afrontado las permanentes “crisis del empleo” en sus dos manifestación fundamentales: las normalizadas en el mundo del capitalismo, como crisis “coyunturales” (las cíclicas habituales en el capitalismo como sistema económico y modo de producción) y las “estructurales”, vinculadas éstas hoy en día a la más compleja y amplia crisis del empleo como crisis de la “sociedad salarial” con el emergente desplazamiento progresivo de la “sociedad del trabajo” industrial hacia la “sociedad del riesgo”<sup>5</sup> y de la incertidumbre, siempre fuertemente condiciona por el cambio tecnológico (“sociedad post-industrial” o “sociedad post-fordista” como se suele denominar). La sociedad del trabajo se había fabricado conforme

*Derecho. La teoría Política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

<sup>5</sup> Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.

a criterios de racionalidad y eficiencia. En la sociedad del riesgo, el trabajo como empleo deviene en un bien escaso, y paulatinamente en un “empleo débil” (ocupado por un trabajador “flexible”). Se produce, así, un cambio axial en la nueva modernidad. Se está operando un proceso de desconstrucción de la empresa tradicional, dispersándola por el espacio circundante, hasta reducir al máximo la diferencia entre los lugares de la actividad productiva organizada y los lugares de la vida social que había sido constitutiva de la primera modernidad económica (desde las dos revoluciones industriales precedentes). (La misma externalización a través del *outsourcing* lo posibilita al poder recurrir a proveedores externos para realizar las actividades necesarias para alcanzar la finalidad de la empresa). La dinámica de la productividad tiende crecientemente a depender de la producción inmaterial y de la utilización de facultades humanas cognitivas (en la lógica de desplazamiento del capitalismo industrial fordista al capitalismo cognitivo flexible, que realza la nueva naturaleza del trabajo, de la función del conocimiento como eje del proceso de creación de riqueza, de las fuentes de valorización y de las estructuras de dominio sobre las cuales se fundamenta el proceso de acumulación y las contradicciones que se operan).

Las fuerzas productivas de la sociedad han adquirido una nueva morfología con la expansión de las nuevas tecnologías digitales, la inteligencia artificial (que actúan bajo el soporte de los algoritmos). La misma “sociedad de la vigilancia” (el capitalismo de la vigilancia)<sup>6</sup> incide en las relaciones de poder en las organizaciones, en el empleo y en los derechos socio-laborales vinculados al empleo, teniendo en cuenta la capacidad predictiva conductual de los algoritmos que puede lesionar los principios de igualdad y no discriminación (se ha podido hablar, con propiedad de “discriminación algorítmica”). Pero también la neurotecnología, cuya incidencia en la actividad laboral está haciendo emerger los llamados “neuroderechos laborales”.

La incidencia de la digitalización sobre el trabajo y el empleo es extraordinariamente relevante. La digitalización –como ha acontecido casi siempre en el cambio tecnológico<sup>7</sup>– ha tenido un impacto en los niveles de empleo (crea y

<sup>6</sup> Véase Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (2019), Barcelona, Paidós, 2020, espec., pp. 657 y ss.

<sup>7</sup> Véase, paradigmáticamente, la que fue en su momento una gran obra de referencia y que continúa siendo de interés, Richta, R.: *La civilización en la encrucijada*, trad. D. Iribar, Madrid, Ayuso, 2ª ed., 1974 (la 1ª, 1972), Capítulo I (“La naturaleza de la revolución-científico-técnica”), págs. 33 y sigs., Capítulo II (“Los cambios en el trabajo, la cualificación y la instrucción”), págs. 125 y sigs., Capítulo III (“La civilización moderna y el desarrollo del hombre”), págs. 185 y sigs., Capítulo IV (“Los rasgos dominantes de la evolución social en la época de la revolución científico-técnica”), págs. 249 y sigs. Ya antes Veblen, TH.: *Teoría de la empresa de negocios*, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen” (pp. VII-XXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009, págs. 3 y sigs., 17 y sigs., 83 y sigs., 109 y sigs., 161 y sigs. (“Los principios comerciales en el derecho y la política”), 181 y sigs., 221 y sigs.; y Polanyi, K.: *La Gran transformación. Crítica del liberalismo económico* (1944), Presentación y traducción de J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1989, págs.

destruye) y en la transformación de los empleos. Pero incide también en los sistemas de cualificación profesional, en la organización del trabajo (facilita el trabajo a distancia; la externalización del proceso productivo, la utilización la Inteligencia Artificial creativa es disruptiva respecto al “simple” proceso de automatización, etcétera), mejora la productividad, e impacta de manera preocupante en la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales de la persona que trabaja<sup>8</sup>. Esto supone

69 y sigs., 215 y sigs., y 351 y sigs.; Landes, D.S.: *Progreso tecnológico y revolución industrial* (1969), Madrid, Tecnos, 1979, 56 y sigs., 384 y sigs, y 515 y sigs.; Aglietta, M.: *Regulación y crisis del capitalismo*, Madrid, Siglo XXI, 1979, págs. 88 y sigs., y 192 y sigs.; Piore, M.J y Sabel, C.H.F.: *La segunda ruptura industrial (1984)*, Madrid, Alianza, 1990, págs. 31 y sigs., 237 y sigs., y 362 y sigs. O, por ejemplo, en fecha posterior, Baethge, M., Oberbeck, H.: *El futuro de los empleos* (1986), Presentación de J.J. Castillo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, capítulo 1 (sobre la racionalización sistémica, el futuro de los empleos y lo nuevo en las modernas tecnologías”), págs. 19 y sigs.; Hyman, R., Streeck, W.: *Nuevas tecnologías y relaciones industriales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993; Rifkin, J.: *Fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: El nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 5ª ed., 1997, Primera parte (“Las dos caras de la tecnología”), págs. 23 y sigs., Segunda parte (“La tercera revolución industrial”), págs. 85 y sigs., Tercera Parte (“El declive de la fuerza de trabajo global”), Cuarta parte (“El precio del progreso”; “Ganadores y perdedores de la alta tecnología...”), págs. 201 y sigs. Entre nosotros cabe recordar el trabajo de Alonso Olea, M.: *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Madrid, Civitas, 1995; *Ibid.*, “El trabajo como bien escaso”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.33 (2001). Las reflexiones que se han venido haciendo después de cada una de las grandes revoluciones industriales son relevantes para valorar con la prudencia necesaria el alcance real y los elementos de “novedad” de las referencias a las tecnologías “disruptivas”, al “fin del trabajo”, y otras expresiones conceptuales que se utilizan –y utilizamos– en la doctrina científica.

<sup>8</sup> La bibliografía es ya inmensa en la materia, puede consultarse por todos, Mercader Uguina, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, Capítulo I (“Algoritmos e inteligencia artificial: dos compañeros en el viaje hacia el Derecho Digital del Trabajo”), págs. 17 y sigs., y Capítulo III (“La gestión algorítmica del trabajo”), págs. 69 y sigs.; *Ibid.*, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; Pérez Del Prado, D.: *Derecho, Economía y Digitalización. El impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, Capítulo II (“El impacto de la digitalización sobre el empleo”), págs. 49 y sigs., y Capítulo III (“El impacto de la digitalización sobre las condiciones de trabajo”), págs. 117 y sigs.; Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Cizur Menor (Navarra), 2020; Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M, Pérán Quesada, S. (DIRS): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021, 1152 pp.; Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. «Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 11-37; Molina Hermosilla, O.: “Inteligencia artificial, Bigdata y Derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras. Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS), núm.6, 2023, pp. 89–117. <https://doi.org/10.24310/rejlls.vi6.16225>; Gómez Salado, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2021; Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Pamplona, Aranzadi, 2023; Abadías Selma, A. y García González, G. (Coords.): *Protección de los trabajadores e inteligencia*

todo un desafío para las políticas públicas de empleo que hacen valer el derecho al trabajo y el buen funcionamiento del mercado de trabajo en términos de equilibrio entre racionalidad económica y racionalidad social. Actualmente, se ha reforzado la idea de que una correcta planificación de la política de empleo (como también acontece, por cierto, con las políticas de Seguridad Social y de protección social pública en su conjunto) para ese buen gobierno tiene que incorporar necesariamente el factor de la disrupción digital. El uso cada vez más generalizado de la IA en el mercado interior comunitario, exige, de suyo, una planificación tanto en los aspectos relativos a las actividades económicas como respecto a los mercados de trabajo europeos y, como es obvio, en todo lo relativo a las políticas de empleo comunitarias. La planificación supone regulación jurídica y actividades públicas de control y vigilancia del uso de las nuevas *tecnologías digitales*. La Unión Europea ha percibido la trascendencia de AI y su impacto en el espacio económico-social europeo<sup>9</sup>. Del mismo modo que ha sido necesario regular el impacto de la IA a través de “derecho fuerte”, no cabe la menor duda de que sería necesario proseguir en la línea de establecer un marco normativo e institucional que garantice el derecho al trabajo digno y una política de empleo no exclusivamente orientada hacia la racionalidad económica y la productiva, sino combinando lo que el Derecho Social ha tratado de conciliar en la tradición del constitucionalismo democrático social, a saber: la racionalidad económica y la racionalidad social. Los mecanismos “sofw law” como es el caso típico del Método Abierto de coordinación<sup>10</sup> están siendo

*artificial: La tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2022; Ortega Lozano, P.G., Guindo Morales, S., y López Insua, B.M. (Dirs.): *Retos tecnológicos en el derecho de la protección laboral y de la seguridad social*, López Bedmar, R.J, y Velasco Fernández, D. (Coords.), Barcelona, Atelier, 2024.

<sup>9</sup> Comisión Europea: *Configurar el futuro digital de Europa, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020. Pero sobre todo el Reglamento (UE) 2024/1689 Del Parlamento Europeo y Del Consejo de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

<sup>10</sup> El método abierto de coordinación (MAC) de la Unión Europea (UE) puede definirse como una forma de «Derecho indicativo». Se trata de una forma intergubernamental de hacer política que no deriva en medidas legislativas de la UE de carácter vinculante ni exige que los países de la UE introduzcan nuevas leyes o modifiquen su legislación. El MAC, creado inicialmente en la década de los noventa en el marco de la política de empleo y el proceso de Luxemburgo, se definió como un instrumento de la estrategia de Lisboa (2000). En ese momento, la integración económica de la UE avanzaba rápidamente, pero los países de la UE eran reticentes a ceder más competencias a las instituciones europeas. El MAC ha proporcionado un nuevo marco de cooperación entre los países de la UE con objeto de lograr la convergencia entre las políticas nacionales para realizar algunos objetivos comunes. En el marco de este método intergubernamental, los países de la UE evalúan a otros («control de grupo») y la Comisión desempeña únicamente una función de supervisión. El Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia prácticamente no intervienen en el proceso del MAC. El MAC se aplica a los ámbitos que son competencia de los países de la UE, como el empleo, la protección social, la educación, la juventud y la formación profesional. Se basa principalmente

insuficientes tanto en materia de empleo como en a través de la coordinación comunitaria de la Seguridad Social, que se muestran insuficientes y deficientes y están cada vez más siendo desbordados por la necesidad objetiva de promulgar instrumentos jurídicos normativamente vinculantes (“hard law”).

Por otra parte, la política de empleo, con carácter general, viene caracterizándose por su acentuada territorialización y descentralización, en la idea-fuerza de atender a las particularidades de los distintos territorios. Un mejor reparto de las oportunidades de empleo requiere tener en cuenta la dimensión territorial y la conjunción de todos los poderes públicos, en sus diversos niveles competenciales, de los interlocutores sociales, de las fuerzas económicas y de la ciudadanía para impulsar y potenciar la creación de empleo. Por lo demás, la dimensión territorial vincula el empleo con el entorno y el desarrollo económico en ese espacio. Básicamente, la política de empleo se diseña y desarrolla en el espacio geopolítico de la Unión Europea a través de la interacción de cuatro instancias decisorias con competencias en la materia (la propia Unión Europea, los Estados miembros, las Comunidades Autónomas, las Regiones y también las Entidades Locales)<sup>11</sup>. La descentralización territorial no se agota en el plano autonómico de un “Estado compuesto”, que se resuelve en la organización de “fragmentos de Estado”, por

en: la identificación y definición común de objetivos que deben cumplirse (adoptados por el Consejo); instrumentos de medida definidos conjuntamente (estadísticas, indicadores, directrices); la «evaluación comparativa», es decir, la comparación de los resultados de los países de la UE y el intercambio de las mejores prácticas (supervisión efectuada por la Comisión). <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/open-method-of-coordination.html>

<sup>11</sup> La base jurídica de la Política de Empleo y de la Estrategia Europea de Empleo está formada principalmente por el grupo normativo siguiente integrado por el art. 3, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y artículos 8 a 10, 145 a 150, 156 a 159 y 162 a 164 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La Estrategia Europea de Empleo, se articula a través de ciertos objetivos: crecimiento inteligente basado en el conocimiento y la innovación; crecimiento sostenible encaminado a la promoción de una economía que utilice racionalmente los recursos (la totalidad de las fuerzas productivas, incluyendo las tecnologías disponibles), verde y competitiva; y crecimiento integrador en cuanto dirigida a fomentar una economía con alto nivel de empleo (o incluso pleno empleo) de calidad que mantenga la cohesión social y territorial dentro de cada país y entre los Estados miembros de la Unión Europea dentro de un espacio común europeo.

Por su parte, como se sabe, la coordinación en materia de Seguridad Social se lleva a cabo en el Reglamento (CE) N.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y en el Reglamento (CE) N.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.

Esa interacción –en sentido análogo a otros países de la Unión– se manifiesta, por ejemplo, en el art. 6 (“Planificación de la política de empleo”), de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo que la política de empleo se desarrollará, dentro de la planificación de la política económica en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (apartado 1). Preside, en esto, la lógica de una creciente “comunitarización” de las políticas públicas de empleo, la cual ya estaba presente en anteriores versiones de la Ley de Empleo.

utilizar la terminología de Georg Jellinek<sup>12</sup>. En coherencia con la creciente dimensión territorial del empleo, que introduce en la gestión de toda política ocupacional la vertiente local, y en paralelo al actual proceso de modernización institucional orientada al reforzamiento global del poder local, también las Entidades Locales, a través de acuerdos con las CCAA, y por delegación, están creando sus propios Servicios Públicos o “Centros de Empleo”, con la misma estructura y funciones, si bien para su radio de acción territorialmente delimitado y más reducido.

Los problemas de descoordinación ya evidenciados como consecuencia del proceso de descentralización autonómica, que dispersa la gestión del proceso de colocación, pueden agravarse con este segundo proceso de descentralización local. Pero el principio de proximidad respecto a los problemas concretos que con ello se propicia tiene también sus ventajas.

La territorialización de las políticas de empleo requiere de la implantación de eficaces mecanismos de coordinación institucional, que prevenga frente al peligro de fragmentación y “aislamiento” de los mercados (locales) de trabajo, tarea prioritaria para garantizar un eficaz funcionamiento del “Sistema Nacional de Empleo” (artículos 5 a 7 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.), pero también del Sistema Comunitario, a través de la denominada Red EURES (Servicios Europeos de Empleo).

## 2. ANÁLISIS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 2.1. El Derecho al trabajo y la política de empleo como instrumento del Derecho Social Comunitario

El art. 15 CDFUE<sup>13</sup> (que garantiza la “libertad profesional y el derecho a trabajar”)<sup>14</sup> tiene que conectarse necesariamente con el bloque normativo de la

<sup>12</sup> Jellinek, G.: *Fragmentos de Estado*, Introducción de M. Herrero de Miñón, Madrid, Civitas, 1978, Capítulo IV (“Fragmentos de Estado con territorio y súbditos propios”), págs. 65-69.

<sup>13</sup> Sastre Ibarreche, R.: *El Derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996; Monereo Pérez, J.L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (artículo 15)”, en VV.AA.: *La Europea de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2012, págs. 331-374; *Ibid.*, “Derecho al trabajo, derecho de trabajar y derecho a la libre elección del trabajo (Artículo 23.1 DUDH; Artículo 6.1 PIDSC, y normas concordantes)”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2014, págs. 773-796; *Ibid.*, “Derecho al trabajo (artículo 1)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 361-393.

<sup>14</sup> La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Bruxellas, 28 septiembre 2000, Niza 7-9 diciembre 2000, con rango de Tratado Europeo en virtud del art. 6.1 del TUE, en la

norma fundamental europea regulador de la “política” y del “Derecho del Empleo”; un bloque que tiene como centro neurálgico, los artículos 15, 145 a 150 (dentro del Título IX “empleo”), 151 a 166 del TFUE. Ese conjunto normativo permite reconocer ya, en una primera aproximación, la verdadera significación y alcance del “empleo” en el “programa” de la normativa fundamental europea.

En efecto, el art. 15 CDFUE<sup>15</sup>, en su plasmación en el sistema normativo de los Tratados Fundamentales de la Unión, garantiza –aunque sólo sea implícitamente y en interpretación teológica con la Carta Social Europea Revisada de referencia– el derecho al trabajo, como derecho social (derecho social individual al trabajo), el cual encuentra su instrumentación en el ámbito de las políticas públicas y del Derecho Social, en la protección de la persona del trabajador en el “empleo” y en el “mercado de trabajo” (introduciendo un componente estatutario en el contrato de trabajo “normado” y un conjunto de intervenciones normativas e instituciones en el mercado de trabajo), pero también fuera o al margen del mercado de trabajo a través de las políticas de protección de Seguridad Social por desempleo (y protecciones sociales públicas afines y conexas, entre ellas el Ingreso Mínimo Vital)<sup>16</sup>. El derecho al trabajo contempla al individuo socialmente situado en la estructura social productiva; su garantía impone obligaciones positivas de intervención a los poderes públicos para hacerlo valer; es decir, necesita ser “organizado”. El Estado Social se convirtió en un Estado desmercantilizador, constituyendo espacios de lo social al margen del mercado. En estas coordenadas de política del Derecho constitucional, la política de “pleno empleo” o de consecución de “un nivel de empleo elevado y duradero” (al decir de los artículos 9 y 151 del TFUE; aunque, ciertamente, el art. 3.3 del TUE, hace referencia –en una perspectiva general– a que la Unión “obrará en pro del desarrollo de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva

redacción dada por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican los, por entonces vigentes, Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea) garantiza a todo individuo el derecho de trabajar y de ejercitar una profesión libremente elegida o aceptada (art. 15. “Libertad profesional y derecho de trabajar”). Para un estudio completo de esta Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), véase Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europea de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

<sup>15</sup> Consúltese, Monereo Pérez, J.L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europea de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 331-374.

<sup>16</sup> Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. Véase, Monereo Pérez, J., Rodríguez Iniesta, G., Trillo García, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, 2ª edición ampliada y actualizada, Murcia, Laborum, 2023; *Ibid.*, *El Ingreso Mínimo Vital: Nuevo pilar del pacto social intergeneracional entre jóvenes y mayores. Cuatro años de su implantación en España (2020-2024)*, Número Especial 4º, 2024, de las *Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/issue/view/68/73>

tendente al pleno empleo y el progreso social y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”) constituye el instrumento más idóneo (no el único) que permite y hace posible la realización efectiva del “derecho a trabajar” y del “derecho al trabajo” (es la garantía más adecuada para la efectividad del derecho al trabajo), pues como expresa nuestro propio art. 40.1 CE (relativo a la política de empleo y al derecho social al empleo en su dimensión colectiva e institucional), “los poderes públicos *promoverán* [imperativo categórico] las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

En la lógica de ese grupo normativo se consagra la centralidad del trabajo en sus diversas formas; el trabajo como posible realización de la persona y como contribución social; y el trabajo productivo como relación contractual de intercambio patrimonial. Este entendimiento pone en conexión permanente el binomio trabajo-ciudadanía, la cual solamente se lleva a cabo a través del Derecho del constitucionalismo democrático-social y en particular desde la proyección de los principios constitucionales como estatuto mínimo conferido a las distintas formas de trabajo. En la “sociedad del trabajo” (“sociedad en que las oportunidades económicas, participativas y vitales están acopladas –directamente o a través de unidades económicas privadas y públicas– al trabajo lucrativo, los que no encuentran alojamiento duradero en el sistema ocupacional y los que con frecuencia más que suficiente ven desplazado su potencial del trabajo hacia una tierra de nadie, están amenazados por el estigma del fracaso”<sup>17</sup>), éste adquiere una especial centralidad, como hacer, productivo y necesario, conforme a un plan encaminado a la transformación del medio exterior realizando una actividad humana socialmente útil en condiciones de ajenidad y dependencia o subordinación (relaciones sociales de tipo económico cuyo objeto es el trabajo entendido como actividad). Pero la dependencia no es una mera subordinación técnica del trabajador, pues encubre una verdadera relación jurídica de poder, que el ordenamiento laboral reconoce, pero que limita para proteger a la persona del trabajador. Se trata de un orden socioeconómico en el cual las relaciones entre empresario y trabajador se formalizan en un tipo contractual que permite en la práctica la utilización productiva de un hombre a cambio de una compensación económica. De este modo, el trabajo en la forma dominante y generalizada de la edad moderna (no la única, porque existen otras formas de trabajo profesional para otro en el mercado en régimen de autonomía y por cuenta propia; trabajo autónomo) se percibe como “empleo” u ocupación, esto es, como relación jurídico-patrimonial de intercambio mercantil, trabajo profesional prestado para otro en el marco de una organización productiva de titularidad ajena.

<sup>17</sup> Offec, C: *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, trad. de Jaime Nicolás, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pág. 10.



Con el constitucionalismo democrático-social y la transformación de la constitución liberal del trabajo (y su forma política de Estado liberal) en constitución democrático-social del trabajo (y su forma política específica de Estado Social en sus diversas manifestaciones, señaladamente, el Estado del Bienestar Social instaurado a partir de la Segunda Postguerra Mundial), el “empleo” mercantilizado es “externamente” heterorregulado dotándolo de un “estatuto protector” tanto en el ámbito estrictamente laboral como en la esfera de la protección social pública. Ello se tradujo en una desmercantilización relativa del trabajo abstracto impidiendo la utilización de la persona como una pura mercancía “sui generis” sujeta a condiciones de adquisición y uso determinadas por el prevalente poder contractual del empresario, en cuanto detentador de un poder directivo legitimado contractualmente<sup>18</sup>. De este modo se conectó el binomio trabajo como “empleo” y “ciudadanía” (condición de pertenencia a la comunidad política que confiere la titularidad y uso efectivos en el ámbito del mercado y de la organización productiva no sólo de los derechos sociales, sino también de los llamados derechos generales e inespecíficos de la persona, civiles y políticos) precisamente para limitar la mercantilización total del trabajo y de la persona del trabajador en una organización productiva y disciplinaria dirigida, organizada y controlada unilateralmente por el empleador. De ahí que el trabajo en la empresa contemporánea se haya desarrollado como una mezcla del contrato y de estatuto. Esa “constitución democrático-social del trabajo” –en el “empleo” y en el “mercado”– ha sido una de las grandes contribuciones “civilizatorias” de la forma política del Estado Social y Democrático de Derecho, que no solamente ha sido un Estado distribuidor de bienes, sino también un Estado intervencionista “organizador”, “limitador” y “distribuidor” de poderes sociales, individuales y colectivos; también en el ámbito de las organizaciones productivas y más ampliamente en el conjunto del sistema de relaciones laborales. He aquí el lugar propio y específico del Derecho Social del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social. La preocupación por la tutela del trabajo como “empleo” explica, que el derecho al trabajo se haya centrado especialmente en su manifestación más problemática y conflictiva, el trabajo como empleo asalariado; y en relación a ello se haya predispuesto la realización de una política de “empleo”, como ámbito de la política pública encaminada, en primer lugar, a “crear”, “fomentar” y “repartir” el “empleo”, principalmente el

<sup>18</sup> Monereo Pérez, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización””, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs.7-46; *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, Capítulo I.2 (“Los modelos de Estados del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna”), págs. 27 y sigs., Capítulo II (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 45 y sigs.; *Ibid.*, *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, Capítulo I, págs.11 y sigs., Capítulo IV, págs.157 y sigs.

empleo asalariado, para pasar después a fomentar otras formas de trabajo-empleo, como el autoempleo y el trabajo autónomo en expansión, de la primera y de la “segunda generación”. Pero igualmente, en un segundo momento, a proteger a las personas “des-empleadas” –involuntariamente inactivas, como regla– a través de medidas “pasivas” (prestaciones reparadoras por desempleo) y “activas” (medidas encaminadas a la reinserción laboral o profesional de la persona desempleada).

En este contexto normativo, la política de “empleo” constituye un ámbito de la política social y económica cuyo objeto es acomodar, en sentido cualitativo y cuantitativo, las ofertas y las demandas de empleo mediante un conjunto articulado de medidas, actividades e instituciones, funcionalmente orientadas. Su función es instrumental en relación al Derecho social fundamental al trabajo, en sus diversas manifestaciones fundamentales, y, muy especialmente (aunque no exclusivamente, se insiste), en su expresión más generalizada y conflictiva (“la cuestión social del trabajo asalariado”), el “empleo asalariado”. El texto fundamental de la Unión impone a los poderes público la realización de una política de planificación de los mercados de trabajo y de las técnicas de protección de las personas en el marco de las políticas económicas y sociales del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea; TUE)<sup>19</sup>. La política de empleo de la Unión considera el empleo como valor añadido al crecimiento económico, de manera que no sería posible dissociar el crecimiento en términos económicos y en términos sociales: “progreso” económico y “progreso” social deben estar unidos en virtud de las políticas públicas integradas en los sistemas democrático-sociales. Una vez afirmada la interdependencia de la política de empleo con las políticas económicas y sociales, es necesario precisar que la política de pleno empleo tiene un ámbito de actuación específica, de manera que no puede ser reducida a una supuesta variable dependiente y subordinada respecto de las políticas económicas, pues, lejos de ello, debe interactuar con ellas al servicio de su propia lógica de racionalización del empleo. En todo caso, tanto en el plano jurídico-formal como en el jurídico-material, la articulación de las políticas de empleo requiere de la elaboración de políticas activas y de la creación de un marco mínimo de armonización europea de las legislaciones de los Estados miembros a través de normas jurídicas del ordenamiento jurídico europeo; y se constata, sin embargo, que la orientación que preside actualmente las intervenciones comunitarias son las propias del “Derecho débil” o *soft law*, y no el establecimiento de normas jurídicas comunitarias vinculantes para todos los Estados miembros. Ese “Derecho débil”

<sup>19</sup> Conforme al art. 3.3 TUE: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros [...]”.

persigue ante todo la aproximación y convergencia por objetivos perseguibles de los Derechos nacionales (técnicas de coordinación comunitaria como el llamado “método abierto de coordinación”, basado prevalentemente en instrumentos jurídicamente no vinculantes o de jurisdicción débil según las materias a las que afecte y atendiendo a posibles contenidos imperativos que se recogen en las directrices sobre el empleo)<sup>20</sup>.

Conforme al art. 2.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): “Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia”; a tal fin, la UE “tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas” (art. 5.2 TFUE). Se consagra, así, el método abierto de coordinación en materia de empleo.

Tras el Tratado de Ámsterdam, las competencias de la UE en materia de empleo se despliegan fundamentalmente a través de un procedimiento anual contemplado en el Título de Empleo y que en la actualidad se regula por el vigente Título IX del TFUE. Ello supone la institucionalización permanente –en el Derecho originario– de la intervención comunitaria en materia de empleo, esto es la incorporación formal de una actuación comunitaria que ya venía desempeñándose *de facto* tras el Consejo de Essen.

Según el art. 146.1 TFCE, los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, contribuirán al logro de los objetivos contemplados en el art. 145 TFCE, “de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión” adoptadas con arreglo al apartado 2 de art. 121 TFCE<sup>21</sup>. La norma supone una clara supeditación de las políticas de empleo a las políticas económicas, que siguen siendo la prioridad en el marco de la UE. Ello refleja la preferencia del principio axial de eficiencia económica. Por su parte, el art. 146.2 establece que teniendo en cuenta las prácticas nacionales relativas a las responsabilidades de los interlocutores sociales, los “Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común y coordinarán sus actuaciones al respecto en el seno del Consejo”, de conformidad el procedimiento contemplado por el Título IX TFUE.

<sup>20</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo”, “La Unión Europea y las políticas activas de empleo”, y Molina Hermosilla, O.: “Clasificación de la política de empleo: políticas activas y pasivas”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernant, J.A., y López Insua, B.M. (Dir. y Coords.): *Las políticas activas de empleo: Configuración y Estudio de su Regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2015, págs. 45-130, 189-228, y 133-156, respectivamente. En este libro se realiza un análisis completo de todas las políticas activas de empleo. Asimismo, García Quiñones, J.C.: *Políticas activas de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

<sup>21</sup> Véase los artículos 1 y 2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

En esta política, el papel de la UE consiste en contribuir “a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones” (art. 147.1 TFUE). Para remarcar el principio de subsidiariedad se indica que al hacerlo, “se respetarán las competencias de los Estados miembros”. Por otra parte, el art. 147.2 TFUE señala que: “Al formular y aplicar las políticas y medidas de la Unión deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo”. A nivel de los Tratados se opta por eludir la referencia al pleno empleo y se utiliza la más modesta de alcanzar el objetivo de “un alto nivel de empleo”.

Conforme al procedimiento establecido para esta política de coordinación (basada en el “open method of coordination”), el Consejo Europeo examinará anualmente la situación del empleo en la Unión y adoptará *conclusiones* al respecto, basándose en un informe conjunto anual elaborado por el Consejo y la Comisión (art. 148.1 TFUE). Basándose en las conclusiones del Consejo Europeo, el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo, elaborará anualmente *orientaciones* que los Estados miembros tendrán en cuenta en sus respectivas políticas de empleo (las denominadas “Directrices” de empleo que se publican en el DOCE). Dichas orientaciones serán compatibles con las orientaciones generales adoptadas con arreglo a lo dispuesto en el art. 121.2 (Recomendaciones sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión) (art. 148.2 TFUE). Las Directrices son propuestas concretas sobre medidas de empleo dirigidas a los Estados miembros sobre aquellos aspectos que requieren mayor esfuerzo para la creación de empleo y en la lucha contra el desempleo. Pero carecen de carácter jurídicamente vinculante, su incumplimiento carece de cualquier sanción jurídica (en todo caso, cabría un reproche “político” que tiene un carácter persuasivo). Así pues, los Estados miembros, dependiendo de su buena voluntad, darán o no cumplimiento a las orientaciones comunitarias.

En una tónica de continuismo formal y sustancial, las Directrices se agrupan en cuatro pilares, relativos a las siguientes materias agrupadas (de manera no demasiado coherente –v. gr. se diferencia artificiosamente “empleabilidad” y “adaptabilidad”-) por objetivos: aumento de la empleabilidad; desarrollo del espíritu de empresa y creación de empleo; fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas; reforzamiento de la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En las directrices existe un cierto acervo común que diferencia una serie de pilares básicos: políticas activas de empleo para ciertos colectivos de personas (jóvenes, mujeres, desempleados de larga duración, marginados, etc.); políticas de formación y recalcificación profesional de carácter permanente, presididas por la idea-fuerza de la empleabilidad, la cual asume la lógica de prevención del desempleo atendiendo a las causas sociales reales de la situación de paro forzoso.

Las Directrices comunitarias emanadas del Consejo son recibidas por los Estados miembros en sus respectivos *Planes Nacionales de Acción* (los actuales “Planes Nacionales de Reformas”), donde se plasman, de acuerdo con las propuestas comunitarias y en atención a la realidad de los mercados de trabajo, las líneas de actuación de las respectivas políticas de empleo de cada uno de los Estados miembros.

La elaboración de los Planes, cuya aprobación recae en los Gobiernos estatales, puede producirse con la participación tanto de instancias internas propias de sus diferentes estructuras descentralizadas como de los interlocutores sociales. Estas estrategias de implicación de agentes públicos y privados permitirán que los Planes atiendan con mayor precisión y eficacia a la situación de los concretos mercados de trabajo.

Para comprobar el grado de realización de las Directrices comunitarias, el Tratado establece que “sobre la base de las orientaciones comunitarias de empleo, cada Estado miembro facilitará al Consejo y a la Comisión un *informe anual* sobre las principales medidas adoptadas para aplicar su política de empleo” (art. 148.3 TFUE). Basándose en dichos informes y tras recibir las opiniones del Comité de Empleo, el Consejo efectuará anualmente un examen de la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros a la vista de las orientaciones referentes al empleo. El Consejo, sobre la base de una recomendación de la Comisión, podrá formular *recomendaciones* a los Estados miembros, si lo considera pertinente a la vista de dicho examen (art. 148.3 TFUE). Así pues, el Consejo analiza la situación de empleo en la UE y, al mismo tiempo, en cada uno de los Estados miembros. Ello le permite acometer la tarea de realizar determinadas recomendaciones a todos o aquellos Estados miembros que por su tarea de aplicación de las directrices necesiten de concretos apercebimientos.

Pero conviene tener presente que el instrumento comunitario utilizado a estos efectos es la recomendación, que, por definición, constituye un mecanismo no vinculante en virtud del cual el Consejo invita a los Estados miembros a que adopten, en esta caso, un cambio de orientación en su política de empleo. De ahí que pueda hablarse de obligaciones de baja intensidad a las asumidas por los Estados miembros a la luz del ordenamiento comunitario. Los cambios propuestos pueden consistir en incidir más sobre determinadas materias o bien atender a otras sobre las que se haya omitido actuación alguna. También cabe la posibilidad de que a través de este mecanismo se traten de extender las denominadas “buenas prácticas”, esto es, la descripción de aquellas medidas adoptadas por los Estados miembros que han servido más efectivamente a la lucha contra el desempleo o la creación de empleo. Por tanto, el instrumento puede servir de trasvase de información para que los Estados miembros analicen la extrapolación de prácticas que hayan sido exitosas dentro de la política nacional de empleo de otro socio comunitario.

Transcurridos cinco años desde su puesta en práctica, la Estrategia Europea de Empleo se evaluó, y las directrices pasan a dictarse cada tres años en lugar

de anualmente y los Planes nacionales de acción también asumen una duración plurianual con la intención de dotarles de una mayor estabilidad. Sobre la base del resultado de dicho examen, el Consejo y la Comisión prepararán un *informe anual conjunto* para el Consejo Europeo sobre la situación del empleo en la Unión y sobre la aplicación de las orientaciones para el empleo. Este informe es un elemento crucial para la elaboración de las propuestas de directrices para la anualidad siguiente.

Además de este procedimiento, en materia de política de empleo se prevé (*ex art. 149 TFUE*) que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar *medidas de fomento* para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo. Actividad que se canalizará a través de “iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto”. Sin embargo, el mecanismo trata de ser absolutamente respetuoso con la soberanía estatal, pues se señala que “estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

El Consejo, por mayoría simple, previa consulta al Parlamento Europeo, creará un Comité de Empleo de carácter consultivo para “fomentar la coordinación entre los Estados miembros en materia de políticas de empleo y del mercado laboral” (*art. 150 TFUE*). El Comité de Empleo es el órgano encargado de gestionar toda la maquinaria procedimental contemplada en el *art. 148 TFUE*. Las tareas del Comité de Empleo, que no se limitan a las expresamente contempladas en el *art. 150 TFUE*, son las siguientes:

- Supervisar la situación del empleo y las políticas en materia de empleo de los Estados miembros y de la Unión (esto es, coopera en el examen colectivo de los informes nacionales de empleo).
- Elaborar, dictámenes a petición del Consejo, de la Comisión o por propia iniciativa, y contribuir a la preparación de las medidas del Consejo, contenidas en el *art. 148 TFUE*. Estos dictámenes son preceptivos para la Comisión o para el Consejo, pero no son vinculantes, de manera que su capacidad de influencia sobre las decisiones comunitarias queda condicionada a la admisión de sus apreciaciones por parte de las instituciones comunitarias.
- Participar en la preparación del informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y el Consejo y la redacción del dictamen sobre las Directrices.
- Actuar de foro de debate permanente sobre las políticas de empleo y las políticas estructurales, fomentando el intercambio de experiencias y de buenas prácticas, y de órgano de enlace con los demás organismos competentes.

Por lo que respecta a su composición, cada uno de los Estados miembros y la Comisión designarán dos miembros del Comité.

La participación de los interlocutores sociales en materia de empleo no tiene un papel estelar dentro de esta política. Como ya se ha comprobado, en la composición del Comité de Empleo no están presentes los interlocutores sociales. Dentro del Título IX encontramos dos referencias a la cuestión: en primer término, el art. 146 TFUE establece que “teniendo en cuenta las prácticas nacionales relativas a las responsabilidades de los interlocutores sociales, los Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común” (lo que no es decir mucho); y en segundo término, en el art. 150 TFUE se contempla la exigencia de que el Comité de Empleo deba “consultar a los interlocutores sociales” (antes de emitir sus correspondientes informes). La conclusión que puede extraerse de estas previsiones es que la participación de los interlocutores sociales no tiene la relevancia que sería deseable dentro de este ámbito de la política social. Así pues, son los gobiernos de los Estados miembros los verdaderos protagonistas en la lucha contra el desempleo y en la creación de empleo. Dado que no existe un papel institucional de los interlocutores sociales, su participación queda reducida a la voluntad de los Estados miembros de darles participación en la elaboración y gestión de sus respectivos Planes Nacionales de Acción.

Un análisis global de la eficacia de la Política de empleo comunitaria lleva a la conclusión de que su efectividad en la lucha contra el desempleo y la creación de empleo en Europa ha sido muy relativa. La evolución de los índices de empleo y desempleo en la UE ha guardado conexión con la evolución de la economía de la UE, de manera que la recesión de la economía ha significado un empeoramiento de los niveles de empleo.

Esa política comunitaria se orienta preferentemente hacia la instauración en los ordenamientos nacionales de un modelo de Derecho del Trabajo basado en una estrategia de “flexiseguridad defensiva”, que se aparta de la orientación del Derecho del Trabajo clásico garantista encaminado a la “desmercantilización relativa del trabajo”<sup>22</sup>. Se acepta, por el contrario, una mayor mercantilización en la esfera del trabajo a cambio de una pretendida seguridad “externa” en el mercado y los sistemas de protección social. Ese modelo de flexiseguridad se construye sobre la

<sup>22</sup> Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: «El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «Libro Verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas)», en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 16, 2007; Monereo Pérez, J.L.: “La política europea de “modernización” del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 48 (2009); y la aportación más completa sobre esta materia, Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, Ponencia, en *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009, Vol. 1, 2010. De gran interés al respecto, Gorelli Hernández, J.: “Crítica a la flexiseguridad”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 16, enero-junio de 2013, págs. 51-82.

base del primado del principio axial de la eficiencia económica y la competitividad y del vaciamiento paulatino de contenidos esenciales inherentes a lo que es propio del derecho al trabajo, como es el caso de la protección efectiva frente al despido injustificado (a través del cuestionamiento del principio de causalidad y el reconocimiento, más o menos explícito, del despido libre indemnizado) y la otra expresión del principio de estabilidad en el empleo consistente en el respeto a la causalidad en las modalidades de contratación laboral (en virtud de la neutralización del principio de causalidad inherente a las propuestas de “racionalización” y “simplificación” de las modalidades contractuales en la fórmula, más o menos abierta, del denominado “contrato único de trabajo”, que la misma Comisión Europea pudo considerar como medida recomendable para la “modernización” del ordenamiento laboral en una economía abierta y competitiva). Ello no obstante, existe un elemento corrector en la tendencia a favorecer los instrumentos de flexibilidad laboral interna frente al uso de los mecanismos de flexibilidad laboral externa en sus distintas manifestaciones<sup>23</sup>.

Esta revisión del modelo garantista de Derecho del Trabajo tiene la virtualidad de poner en cuestión la doble dimensión del derecho al trabajo, esto es, en su dimensión como estatuto protección del empleo (protección individual frente al despido injustificado o sin causa; vinculación de protecciones sociales al empleo) y como política pública institucional activa (encaminada a la consecución del pleno empleo a través de un conjunto articulado y heterogéneo de medidas). En este orden de ideas, la no consagración explícita en *ius strictum* de un verdadero “derecho al trabajo” en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea puede facilitar ese enfoque liberalizador del “Derecho flexible del trabajo”; un Derecho invertido que tutela preferente el principio axial de eficiencia y competitividad en la lógica de un Estado mercado o de competencia económica, que es también la lógica imperante en la forma geopolítica de la Unión Europea (es lo que está en la base discursiva de las propuestas de “modernización” contenidas

<sup>23</sup> Para una reflexión completa sobre la flexibilidad laboral interna, véase Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., y Almendros González, M.Á. (Dir.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, salarial, sustancia y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022. Para un estudio de su tratamiento en la negociación colectiva, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F. (Dir.), y López Insua, B.M. (Coord.): *Mecanismos e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social/ Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2024. En nuestro país, la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, apostó por la flexibilidad laboral interna. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., y Rodríguez Iniesta, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Ortiz Castillo, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2022. Una dirección más garantista de la flexibilidad laboral se aprecia, por ejemplo, en la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; 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.



en la Comunicación de la Comisión Europea, Libro Verde. Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI<sup>24</sup>, que apuesta más por un Derecho laboral de la producción y de la eficiencia y competitividad de la economía, que una forma típica de Derecho “Social” orientada a la distribución y la democratización de los poderes privados que operan la empresa/mercado; integrando un modelo de Derecho laboral no contradictorio, no conflictual, por su vencimiento cada vez más decidido hacia su preferente tutela de los intereses empresariales y la renuncia a un densa política de desmercantilización relativa del trabajo a través de la garantía de los derechos sociales fundamentales vinculados al empleo y a la persona que trabaja; lo que en el plano jurídico se reconduce también hacia la configuración técnica del contrato de trabajo como un típico “contrato normado” a través de intervenciones públicas y colectivas negociales, que pretende la introducción de un componente estatutario en el contrato de cambio). De ahí su constitucionalización débil, cuando no inexistente como tal, y el simple reconocimiento del “derecho a trabajar” configurado como libertad vinculada a las libertades económicas del mercado interior europeo (resulta harto significativa su ubicación sistemática en el Capítulo II, consagrado a la “libertad”, rechazando su inclusión en el Capítulo IV, relativo a la “solidaridad”). Con ello, se difumina el derecho social al trabajo en el sistema normativo de la Unión Europea, que va más allá de la garantía de libertad al imponer intervenciones públicas de carácter sociolaboral sobre el mercado para hacerlo efectivo y dotar al trabajador de un “estatuto”; es decir, prestaciones positivas a cargo de los poderes públicos en términos de políticas de empleo y de protección social. El derecho a trabajar queda vinculado instrumentalmente más a las libertades económicas del mercado europeo (libre circulación de trabajadores, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios) que a la configuración como un derecho propiamente social de participación en la vida económica (como es el derecho al trabajo), reconociendo su valor para la realización de la persona y como contribución a la creación de riqueza en la sociedad democrática. De manera que el derecho a trabajar aparece como desarrollo de la libertad profesional, la libertad de circulación, y la libertad establecimiento, asumiendo, de este modo, una contradictoria configuración de “derecho-función”, que puede entrañar el riesgo de traducirse en una predominante y unidimensional instrumentalización economicista del derecho consagrado.

En el plano jurídico, dicha estrategia de política constitucional ha venido cristalizando actualmente en un nuevo proceso de sectorialización del Derecho Social (utilizando esta expresión en un sentido general y sin adjetivos, como el tipo de Derecho propio y específico del Constitucionalismo o garantismo democrático-social), a saber: el llamado “Derecho del Empleo”, el cual está llamado a instrumentar jurídicamente el derecho al trabajo, el principio constitucional de orientación de las

<sup>24</sup> Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» [COM (2006) 708 - no publicado en el Diario Oficial].

políticas públicas hacia la consecución del pleno empleo (principio rector de la política económica y social) y la organización del mercado de trabajo. Así pues, partiendo del principio jurídico general recogido en el Título IX (“Empleo”) y de los artículos 151 del TFUE y 3.3 del TUE (cfr. Art. 40.1 CE), se puede transitar desde la fase preeminentemente “política” a otra más “juridificada”, que dejaría emerger un auténtico y genuino “Derecho del” empleo (dimensión objetiva o institucional) articulado sobre el “derecho al” empleo (dimensión subjetiva). Como el propio Derecho del Trabajo general, tronco del que se desgaja funcionalmente y al que sobrepasa (pero con el cual establece inevitablemente fuertes vínculos de unión no sólo por varias de sus instituciones y técnicas, sino también porque el Derecho del Empleo todavía se ocupa en su mayor parte del “empleo asalariado”, dada –al menos por el momento– la estructura ocupacional de la población activa), también es en su constitucionalización donde primero podemos encontrar las bases de este conjunto sistemático y heterogéneo de principios y normas sobre el “empleo” que se caracteriza por su transversalidad u horizontalidad, es decir, su carácter de sector del ordenamiento laboral caracterizado, complejamente, tanto por razón de los sujetos, como de las relaciones sociales o de los “objetos” jurídicos. Dada esa transversalidad, las disposiciones reguladoras deberán estar presentes en todos los ámbitos de la actuación de la Unión Europea. Como ha observado nuestro Tribunal Constitucional, “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente... En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica... un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”<sup>25</sup>.

En estas coordenadas de política del Derecho constitucional, la política de empleo ha afrontado permanente las “crisis del empleo” en sus dos manifestación fundamentales: las normalizadas en el mundo del capitalismo, como crisis “coyunturales” (las cíclicas habituales en el capitalismo como sistema económico y modo de producción) y las “estructurales”, vinculadas éstas hoy en día a la más compleja y amplia crisis del empleo como crisis de la “sociedad salarial” con el emergente desplazamiento progresivo de la “sociedad del trabajo” industrial hacia la “sociedad del riesgo” y de la incertidumbre (“sociedad post-industrial” o “sociedad post-fordista” como se suele denominar). La sociedad del trabajo se había fabricado conforme a criterios de racionalidad y eficiencia. En la sociedad del riesgo, el trabajo como empleo deviene en un bien escaso, y paulatinamente en un “empleo débil” (ocupado por un trabajador “flexible”). Se produce, así, un cambio

<sup>25</sup> STC 22/1981, 2 de julio, fj. 8 [RTC 1981\22], STC 107/1984, de 23 de noviembre [RTC 1984\107] y STC 178/1989, de 2 de noviembre [RTC 1989\178].

axial en la nueva modernidad. Se está operando un proceso de desconstrucción de la empresa tradicional, dispersándola por el espacio circundante, hasta reducir al máximo la diferencia entre los lugares de la actividad productiva organizada y los lugares de la vida social que había sido constitutiva de la primera modernidad económica (desde las dos revoluciones industriales precedentes). (La misma externalización a través del *outsourcing* lo posibilita al poder recurrir a proveedores externos para realizar las actividades necesarias para alcanzar la finalidad de la empresa). La dinámica de la productividad tiende crecientemente a depender de la producción inmaterial y de la utilización de facultades humanas cognitivas (en la lógica de desplazamiento del capitalismo industrial fordista al capitalismo cognitivo flexible, que realza la nueva naturaleza del trabajo, de la función del conocimiento como eje del proceso de creación de riqueza, de las fuentes de valorización y del a estructuras de dominio sobre las cuales se fundamenta el proceso de acumulación y las contradicciones que se operan). Pero también aparecen en este contexto de advenimiento de hechos sociales emergentes otras formas de trabajar diversas a las clásicas y en continua expansión, como las “nuevas” formas de autoempleo, trabajo autónomo, semiautónomo, e incluso “autónomo económicamente dependiente”, que han tendido a “huir” de la aplicación plena de los estatutos protectores pensados principalmente –en los orígenes– para el trabajo como “empleo asalariado”. Y es que, en el capitalismo flexible del presente, el trabajo asalariado es la tipología más relevante de prestación profesional de las existentes, pero no la única. La tendencia va en la dirección de desplazar progresivamente el trabajo asalariado dependiente y con trato por tiempo indefinido por otras formas de trabajo profesional diversas y más precarias. Lo cual está planteando la crisis del modelo de tutela social construido alrededor del trabajo asalariado, estable y a tiempo completo. El fenómeno se puede contemplar desde una doble perspectiva: como reducción numérica del trabajo asalariado dependiente (por tiempo indefinido y a tiempo completo) y como emergencia de nuevas formas de trabajo<sup>26</sup> distintas al trabajo dependiente (donde el trabajo autónomo tiende a adquirir un papel cada vez más relevante). Ambas perspectivas reflejan una fragmentación del mercado de trabajo, que visiblemente se perciben ya con toda nitidez como conjugados en plural, donde coexisten una multiplicidad de subjetividades laborales y profesionales en general. Precisamente, las políticas de flexibilidad y de desmantelamiento –controlado y selectivo– de un amplio conjunto de garantías sociales propician los procesos de precarización del trabajo en sus diversas formas de realización y modos de formalización jurídica.

<sup>26</sup> Monereo Pérez, J.L., y Perán Quesada, S. (Dirs.): *Las nuevas formas de trabajo. Retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales*, Granada, Comares, 2024. En una perspectiva de análisis sistémico y crítico, Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo II (“Las tendencias evolutivas en la larga duración: del Derecho Social del Trabajo Clásico (Garantista) al Derecho Flexible del Trabajo”), págs. 29 y sigs., y Capítulo IV (“Por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de una “Europa Social” basada en la tutela efectiva de los derechos fundamentales”), págs. 213 y sigs.

La realidad es que, en el capitalismo flexible y cognitivo, el trabajo es móvil, inestable y disperso en un espacio productivo que no tiene fronteras especiales y organizativas rígida y tan sólo difusamente definidas. Existe una multiplicidad de formas de contratación y todas ellas tienden hacia la individualización eludiendo toda posibilidad de estandarización. Esa individualización contractual –a través de distintos tipos contractuales– sitúa fácilmente en condiciones de precarización objetiva y subjetiva generalizada para amplias capas de la población activa. Es decir, que los tipos contractuales no sólo formalizan, sino que también propician la precariedad, la cual es al mismo tiempo material y jurídico-formal. Los trabajadores que se encuentran en la “trampa” de la precariedad, acaban padeciéndola como una condición existencial, dentro y fuera del trabajo, entre otras cosas porque con las nuevas formas de trabajo es cada vez más difícil establecer una separación neta entre el tiempo de trabajo y no trabajo, dentro de un tiempo de vida cada vez más mediatizado por la racionalización productiva. Pero aquellos individuos que no están en situación precaria también reciben el efecto psicológico disciplinario –en su forma externa como amenaza, y también en su forma interna como auto-disciplina– de una posible “caída” en la precariedad en cualquier momento.

Todo esto está suponiendo no sólo una redefinición de las políticas sociales, sino también una reconfiguración de las políticas de empleo, las cuales, sin dejar de ocuparse del empleo asalariado, se encaminan también hacia otros ámbitos del trabajo profesional socialmente útil y conflictivo (y, como tal, de relevancia para su regulación por el Derecho conformador de la comunidad política). No es de extrañar que el pilar central de la ordenación legal de la política de empleo (constituido paradigmáticamente, entre otras herramientas normativas disponibles en el ordenamiento jurídico español, por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo) se vincule –directa o indirectamente– ya a la “multiplicidad” de estatutos reguladores del trabajo privado y público (“Estatuto de los Trabajadores” asalariados; “Estatuto del Empleado Público”; “Estatuto del Trabajo Autónomo”), incorporando tutelas y, en lo más específico de ella, establecimiento un sistema institucional y normativo encaminado a la creación y fomento del trabajo profesional en sus diversas expresiones en las sociedades complejas del capitalismo avanzado. El mercado de trabajo –en sentido amplio, comprensivo del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia y autónomo; y no sólo reductivamente como lugar de intercambio neutral, sino lugar de encuentro de poderes económico/sociales– se ha vuelto más complejo, incierto y diverso, y esto ha de tomarse en consideración para verificar el sentido y alcance de una política de empleo eficiente en sociedades complejas y flexibles como son las del capitalismo tardío. En este contexto los vínculos entre la política de empleo y las políticas sociales son más intensos, y en gran medida están siendo redefinidos porque la crisis del empleo estructural y las nuevas formas de empleo precario, requieren que el estatuto del empleo se complemente más intensa y dinámicamente con la articulación de protecciones sociales “estatutarias” no sólo basadas en la posición del trabajador en el empleo o, en su caso, como demandante

de empleo, sino –adicional y complementariamente– en la atribución de derechos sociales de ciudadanía como persona, operándose un doble movimiento en este sentido, que va desde la universalización de ciertos derechos sociales, hasta la atribución singularizada de ciertas protecciones socio-profesionales (*v.gr.*, el Derecho regulador propio del trabajo subordinado –el empleo en su acepción clásica, y el Derecho regulador propio del trabajo autónomo y por cuenta propia).

En todo caso, y es significativa la dirección que están tomando las iniciativas que se vienen adoptando en las últimas décadas, lejos del modelo uniforme o unilateral, el Derecho Social del Trabajo entendido en sentido amplio, heterogéneo y polisistémico (como Derecho del Trabajo Profesional y de la Seguridad Social) ofrece una imagen de diversificación, que se ve intensificada por las medidas adoptadas en el marco del nuevo Derecho Social emergente, atendiendo a las distintas formas de dependencia del trabajador profesional y la multiplicidad de los riesgos y situaciones de necesidad que han de ser abordadas por el Sistema de Seguridad Social (y, en general, por el sistema público de protección social). Es así que el paradigma del empleo se vería completado (más que sustituido) por un paradigma del estado profesional de las personas, que no se encontraría definido exclusivamente conforme al ejercicio concreto de una profesión o de un empleo determinado, sino que englobaría las diversas formas de trabajo que toda persona puede llevar a cabo durante su existencia en la vida activa. Este estatuto profesional de las personas tendría un especial sentido ante la movilidad laboral de las personas (el trabajador móvil), esto es, el continuo cambio de su posición laboral, el empleo precario, el subempleo y, en general, toda esa multiplicidad de formas atípicas de trabajar para otro. En todo caso, conviene advertir que estamos ante formas emergentes de protección social de las personas; un proceso no clausurado, donde se aprecian líneas de continuidad y líneas de cambio, pero que supone una percepción más amplia del trabajo y del empleo profesional. En este orden de ideas, se puede afirmar que el trabajo se ha convertido en trabajo complejo y plural, pero consagrando también mecanismos de seguridad, de ciudadanía y de solidaridad públicamente organizada, ha de ser un elemento de reconstrucción de nuestro propio proceso de convivencia democrática. El trabajo asalariado no desaparecerá, pero será necesario relativizar la centralidad del empleo asalariado como elemento único de conformación de la identidad, del reconocimiento social y de la ciudadanía positiva, de manera que se apueste por un trabajo diverso y socialmente útil, como aportación a la colectividad, como derecho de ciudadanía y como obligación de la comunidad política. En tal sentido, el trabajo mercantil estricto (el que se intercambia por salario en el sector privado), es tan sólo una de las posibilidades sociales de trabajo y además ése es el tipo de trabajo con posibilidades de crecimiento más limitadas por la razón de que es el también el sector más dependiente de los procesos de modernización y de innovación tecnológica. Será posible reconstruir el trabajo a través de la puesta en práctica de una política paralela de redefinición del Estado Social como agente activo, como

defensor del trabajo, como factor relacional, de generación de riqueza social y de remedio de necesidades por encima del propio empleo mercantil. Todo ello conduce a la consideración del trabajo más allá del empleo.

La efectividad de ese “derecho a trabajar” en condiciones dignas exige, entre otras cosas, la realización de una política orientada al pleno empleo, que en el sistema interno de la Carta –como en el Sistema interno de los Tratados originarios de la UE– es a menudo sustituida por la expresión menos ambiciosa –e incluso ambigua– de “alto nivel de empleo”. Esta formulación del “debilitada” del fomento del empleo no es capaz de sustituir funcionalmente a la política de pleno de empleo, pues ésta supone un compromiso de acción pública y, por tanto, una corrección de los mecanismos espontáneos del mercado. Esta formulación de la Unión parece estar funcionarizada a la introducción de mecanismos flexibilizadores del mercado de trabajo europeo, siendo la constitución flexible del trabajo el nuevo paradigma de las políticas de empleo europeas, que implican una subordinación del empleo –como también del trabajo– a las necesidades de la racionalidad económica y sus “imperativos” de competitividad. La constitución flexible del trabajo supone una minoración de las protecciones públicas, laborales y de protección social.

El “derecho a trabajar” requiere también de la organización de los servicios de colocación (“*toda persona –dice el art. 29 CDFUE– tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación*”). Esa protección debe hacerse no sólo en el momento genético de vinculación con el mercado de trabajo, sino que también debe extenderse, en el momento dinámico, durante el desenvolvimiento de la relación de trabajo ya constituida. Debe destacarse al respecto la “protección en caso de despido injustificado” establecida en el art. 30 de la CDFU (dentro del Cap. IV, “solidaridad”), a cuyo tenor “*todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*”. Esto es importante dados los vientos fríos que corren actualmente con las políticas de máxima flexibilidad, es de advertir que ello constituye una garantía de una limitación para introducir medidas que tiendan al despido “*ad nutum*” o sin causa de los trabajadores, es decir, sin justificado motivo (interesa recordar, igualmente, que el art. 4 del Convenio OIT, núm. 158, establece que “*no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*”).

Dentro de un mercado interior europeo este “derecho a trabajar” –como esfera de “libertad”– no tendría una real virtualidad en la práctica, si al mismo tiempo no se garantiza la libertad económico-profesional básica de libertad de circulación y de residencia (art. 45 CDFUE, en el marco del cap. V, “ciudadanía”). Su ubicación sistemática dentro de la Carta es discutible, pero al menos tiene el aspecto positivo de situar su centralidad dentro del estatuto jurídico de la “ciudadanía de la Unión”.

Sin esa libertad de circulación en el espacio europeo no se puede hablar de un verdadero mercado interior.

Dentro de la lógica del principio de transversalidad, se establece en el TFUE que *“en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”* (art. 9 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art. III.117)<sup>27</sup>. Aparte de la competencia propia en materia de política de empleo, *“la Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas”* (art. 5.2 TFUE, en relación con el art. 2.3 del TFUE). En lo que incida respecto a su proyección sociolaboral interesa realzar que también *“en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”* (art. 10 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art. III.118). Conforme al art. 18 (antiguo art. 12 TCE): *“en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”*.

Ahora bien, se insiste, lo que se reconoce es un derecho a trabajar en condiciones dignas, seguras y no discriminatorias. El TFUE introduce el principio de transversalidad de las políticas de la Unión: *“en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”* (art. 8 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art. III.116). Por otra parte, se establece, igualmente, como se indicó, que *“en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”* (art. 10 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art. III.118). Ese principio de transversalidad supone un compromiso jurídico-político que el Sistema de los Tratados impone a las instancias políticas de la Unión en defensa de la eficacia del principio de igualdad. Se han de tener en cuenta simétricamente los respectivos artículos 21 (“no discriminación”) y 23 (“igualdad entre hombres y mujeres”). Esta

<sup>27</sup> En la lógica del principio de transversalidad (art. 9 TFUE), los objetivos de empleo se erigen en un objetivo transversal de la política y acciones de la UE. Asimismo, en la definición y ejecución de tales políticas, la UE *“tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación social”* (art. 10 TFUE); así como el objetivo de *“eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”* (art. 8 TFUE).

disposición se inspira en el art. 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitarios de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores) de la Carta (ubicados, significativamente, en el Capítulo III, que titulado “igualdad”).

Se puede ir de lo más amplio, lo más general, a lo más concreto, recordando que la política de empleo es un instrumento adecuado de realización del derecho social al trabajo y de regulación del mercado de trabajo; lo es en nuestro país (v.gr., en nuestra legislación, la relación sistémica entre los artículos 35 y 40 de la CE); lo es también en otros países, en el marco de los Tratados Fundacionales<sup>28</sup>. Este ámbito de la política pública comporta la realización de políticas de control del mercado y de desmercantilización relativa del trabajo. Así, los derechos sociales fundamentales asumen la función general de garantizar posiciones jurídicas de ventaja que el mercado por sí mismo no está en condiciones de satisfacer. Atienden a la satisfacción de situaciones de necesidad de las personas. El trabajo –como elemento de ciudadanía– es en sí mismo un factor de integración social, pero puede ser también, por ello mismo, un factor de exclusión social (en el trabajo, hoy por hoy, se funda la cohesión y la ciudadanía sociales). Los derechos sociales (incluido el derecho al trabajo) como elementos de la ciudadanía, son un presupuesto indispensable para la participación en el Estado democrático y para el ejercicio “efectivo” de los derechos y libertades fundamentales. De ahí su cualidad de derecho de participación en la vida económica y social. Si la política de pleno empleo es el instrumento de realización del derecho al trabajo y este es un factor de integración del individuo en la sociedad democrática (en el proceso social) y condición para la democracia misma, se puede comprender por qué la política de empleo (ampliamente entendida) ha sido considerada como un elemento inherente a la forma política del Estado social contemporáneo. Éste se ha caracterizado muy especialmente por su compromiso con el empleo, y con la desmercantilización relativa del trabajo, pues, como decían Hugo Sinzheimer y Gustav Radbruch, el Derecho social tiene como misión impedir que el hombre sea tratado igual que las cosas<sup>29</sup>. Instrumento también útil es el derecho a la reinserción profesional a través de políticas activas de empleo y de la propia actual de los servicios públicos de colocación. En todo caso, tanto la forma clásica –y más completa y

<sup>28</sup> Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*; Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2022, Capítulo 2, págs. 150 y sigs. Otros capítulos de esta obra inciden en aspectos relevantes sobre la temática aquí tratada.

<sup>29</sup> Sinzheimer, H.: «El problema del hombre en el Derecho», en Sinzheimer, H.: *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. F. Vázquez Mateo, Madrid, MTSS, 1984, págs. 110 y sigs.; Radbruch, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo, revisión, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social” (pp.IX-LXIII), a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, págs. 3 y sigs., y 17 y sigs.



correcta– del art. 35.1 CE, como en la más débil –del “derecho a trabajar”– del art.15.1 CDFUE, no supone el reconocimiento de un derecho social fundamental a un trabajo concreto, específico, sino tan sólo un derecho social fundamental de acceso efectivo a posibilidades de empleo profesional. Se debe garantizar una oportunidad de trabajo, porque si una persona está en condiciones de trabajar, el no tener la posibilidad de acceder a una oportunidad de empleo afecta a su derecho al libre desarrollo de su personalidad plena. Además, esa falta de posibilidad incide, igualmente, en el derecho a la existencia digna cuando, aparte de esa falta de predisposición de medios, no se garantiza el derecho a un mínimo vital a la persona privada de empleo (que es un derecho social fundamental mínimo<sup>30</sup>).

Es más: se trata de un elemento nuclear de esta forma de Estado social evolucionado. El concepto de constitución democrático-social del trabajo remite a la consideración de éste como un componente fundamental de la estructura de la sociedad democrática base de la producción social. Interesa recordar que el keynesianismo introdujo una nueva concepción de la gestión económica y del empleo, y puso de relieve que la economía no tiene una existencia aislada respecto de la política y del Derecho, aunque también las ideas económicas guían la política. Partía, sobre todo, de ese compromiso activo del Estado para realizar efectivamente el derecho al trabajo que tan importante parece dentro del sistema democrático en su conjunto. También es oportuno recordar –como elemento más próximo de comprensión de su significación político-jurídica– los famosos Informes Beveridge, cuyo eje central, muy especialmente, el informe sobre el empleo era, precisamente, el propio derecho al trabajo. Son, éstos, elementos de comprensión importantes a tener en cuenta en todo momento.

En esta perspectiva, cabe interrogarse sobre cuál es el concepto de política de empleo que mejor se corresponda con la realidad normativa actual. Necesariamente se ha de formular un concepto amplio, si, en verdad, se desea entender las distintas intervenciones públicas (y privadas) en esta materia. Se puede hablar de la política de empleo haciendo referencia al conjunto de decisiones y acciones públicas que tienen como finalidad esencial la consecución del equilibrio satisfactorio entre la oferta y la demanda de trabajo (en sus aspectos cuantitativos y cualitativos o de calidad), la protección de las situaciones de desempleo y, asimismo, el conjunto de todas aquellas políticas públicas de acompañamiento necesarias.

La última fase del proceso de institucionalización jurídico-política de *la política de empleo y del Derecho comunitario del empleo* viene representada por su tratamiento en el Sistema de los Tratados de la Unión Europea. Se puede estudiar el bloque normativo de esa regulación “constitucional” desde una doble perspectiva<sup>31</sup>:

<sup>30</sup> Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: “La política europea de empleo para el trabajo en el siglo XXI”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 175 (2015).

<sup>31</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (artículo 15)”, en VV.AA.: *La Europea de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la*

1ª) En la perspectiva “subjetiva”; esto es, los derechos del empleo como derechos sociales de ciudadanía (derechos individuales). En esta perspectiva destaca el reconocimiento del derecho al trabajo. El derecho al trabajo es un derecho de cada individuo a procurarse los medios de sostenimiento vital a través del desarrollo de un trabajo libremente elegido o aceptado. Este derecho al trabajo es una condición esencial para la garantía de la dignidad y libertad de cada individuo. No obstante, lo que se consagra en el art. 15.1 es la fórmula débil del “derecho a trabajar”, en el sentido de que “toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”. A diferencia de esta formulación la Carta Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3 de mayo de 1996, Consejo de Europa. Consejo de Europa), garantiza en el art. 1 la formulación más fuerte del “derecho al trabajo” en la tradición de la cultura de los derechos del constitucionalismo democrático-social. Pero además dotándolo de un contenido esencial y de garantías de efectividad en su realización. *“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A reconocer como uno de sus principios objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo. 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas”*. Así, el derecho al trabajo involucra la protección contra el despido injustificado y la garantía de condiciones de trabajo dignas y adecuadas, es decir, incorpora, igualmente, el derecho a una ocupación efectiva y adecuada. El apartado 2 remite al derecho a la existencia digna a través del trabajo, pero aunque este precepto no contempla en sí el derecho a una renta mínima de ciudadanía o renta básica, no debe olvidarse que esta podría tener un amparo, ciertamente “difuso” y “debilitado” (entre otras cosas por su carácter condicionado a la falta de recursos económicos y también porque no le dota de un contenido mínimo esencial, sino que se remite a las modalidades de reconocimiento legislativo), en el art. 34, relativo a la Seguridad Social y Ayuda Social, en el cual se establece que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales” (apartado 3).

El hecho de que la CDFUE no haya reconocido el “derecho al trabajo” en sentido estricto, sino el diferenciado “derecho a trabajar” es criticable, y parece querer indicar cierta autolimitación del intervencionismo público en un contexto competencial en el que todavía la Unión encomienda la política del trabajo a la

*Unión Europea*, Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012, págs. 331-374, en particular págs. 343 y sigs.

competencia de los Estados miembros. La cuestión es relevante porque el derecho al trabajo –así como el ejercicio libre de una profesión– es un aspecto necesario para la propia realización de la persona como “persona social”. No es difícil entrever los motivos subyacentes al no reconocimiento del “derecho al trabajo” en el sistema de la Carta y de los Tratados fundaciones revisados en virtud del Tratado de Lisboa. Por un lado, se trata de un derecho cuyo desarrollo corresponde a los países miembros; y, por otro, se piensa que el derecho al trabajo está subordinado al principio de la economía de mercado garantizado en la constitución económica europea. Por el contrario, el “derecho a trabajar” presenta un contenido más impreciso –e incluso ambiguo–, pues acentúa la idea de “empleabilidad” (como posición de derecho-deber; o derecho función), la capacitación de los trabajadores en el sentido de responder a las exigencias de las transformaciones tecnológicas y organizativas de las empresas, y un tipo de tutela a través de políticas económicas encaminadas a asegurar a quien busca trabajo, o busca conservar el trabajo, iguales puntos de partida, pero no de llegada. No se ha considerado relevante el derecho al trabajo como factor de integración y de participación en el producto social. Ello representa una decisión política de reconocimiento de un derecho que se sitúa por debajo de los niveles de protección consagrados en el estándar mundial de derechos sociales fundamentales y, por supuesto, en el estándar de derechos ya consagrados en los Estados miembros más avanzados, en cuanto situados en el movimiento histórico del constitucionalismo democrático-social.

Desde este punto de vista, el derecho al trabajo (incluso en la fórmula debilitada del “derecho a trabajar”) es un derecho de inclusión social. En esta materia se garantiza la clásica libertad de circulación de personas y servicios dentro de la Unión (que incluye derechos de colocación: art. 29 CDFUE. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, los trabajadores tendrán derecho a: a) responder a ofertas efectivas de trabajo; b) desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; libertad profesional y derecho a trabajar (toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión elegida o aceptada. Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro...; art. 15); derecho de acceso a los servicios de colocación (toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación; art. 29. “Derecho de acceso a los servicios de colocación”). En la CDFUE, el principio solidarista en que se enmarca este derecho se traduce en una obligación de predisponer una concreta iniciativa de organización y gestión de servicios de empleo. Pero, además, se impone que todo individuo tiene derecho de acceder a un servicio de colocación gratuito. Por tanto, se establece una concreta iniciativa de sostenimiento público del servicio de colocación (que ha de ser gratuito), con independencia de la existencia paralela de agencias o servicios de empleo de carácter privado, toda vez que la gratuidad del servicio no parece implicar necesariamente la naturaleza pública del mismo, ni tampoco presupone la necesidad de establecer un monopolio público de

los servicios de colocación. El poder público debe asumir una función pública de colocación, y organizar, en su caso, un funcionamiento eficiente tanto del servicio público como de las agencias privadas de colocación. Es así que el derecho de acceso a los servicios de colocación es estrictamente un derecho de carácter instrumental al preferente derecho a trabajar previamente garantizado. Es decir, se trata de un derecho instrumental al derecho al trabajo y a la inclusión social. Cuestión de la cual se ocupa después con más detenimiento el art. 29 de la Carta UE. Todo eso está dentro del programa normativo. De manera que, en materia de derechos individuales, configurados como derechos sociales, el empleo está, en cierta medida y en términos generales, correctamente reconocido. Se contemplan como derechos sociales de ciudadanía. Está ausente una auténtica política de inmigración que se encamine doblemente, y por este orden, a la integración social de los inmigrantes y al control de los flujos migratorios.

2ª) En la perspectiva “objetiva e institucional” de las políticas públicas comunitarias del empleo; es decir, en la ordenación del principio de heteronomía o intervencionismo público en materia de empleo para garantizar la plena efectiva de aquéllos. Aquí cabe realzar el núcleo de obligaciones positivas de intervención públicas y el aparato institucional preordenado para hacerlas valer en la práctica (Comité de Empleo y Fondo Social Europeo, especialmente). Quiere esto decir, que se refleja el compromiso activo del poder público para crear las condiciones más favorables para que se garantice el derecho al empleo. Y, efectivamente, se formulan principios que garantizan la heteronomía pública, el intervencionismo público; y ello se refleja en el establecimiento de obligaciones positivas recogidas en el texto constitucional que se imponen a las autoridades comunitarias en esta materia, y, asimismo, en la misma predisposición de todo un aparato institucional para hacerlas valer. Es decir, este bloque está caracterizado por el establecimiento de un intervencionismo público, que constituye un elemento institucional; a saber: un conjunto de instituciones que tratarían de realizar políticamente el derecho al trabajo, y los derechos vinculados al mismo.

En el sistema de los Tratados de la UE (cfr. artículos 1 TUE y 1.2 TFUE) se consagra la coordinación de las políticas económicas y de empleo (Cap. 1 del Título VIII del TFUE, artículos 120 y ss.), respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia (art. 120). La ordenación normativa surgida a partir del Tratado de Lisboa refuerza la línea de “comunitarización” o “europeización” de las políticas de empleo.

Dentro los ámbitos específicos, el Título IX se dedica al “Empleo”, que contiene una suerte de “positivaciones específicas” de la Carta de los Derechos Sociales de la Unión Europea en lo relativo al empleo. Lo relevante es que ahora se positivizan en concreto y se garantizan normativamente también en esos contenidos más específicos. Muy descriptivamente, pero para que se pueda vislumbrar el panorama normativo:

En primer lugar, se consagra la conocida Estrategia coordinada para el empleo (art. 145): *“los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vista a lograr los objetivos definidos en el art. 3 del TUE”*. A través de este cauce europeo, se coordinan las políticas nacionales de empleo de los países miembros de la Unión, porque gran parte de la materia relativa al empleo continúa siendo competencia de los Estados individuales, que deberán coordinar sus políticas con la estrategia coordinada de empleo diseñada en el ámbito de la Unión en el marco de las políticas económicas (cfr. artículos 121, apartados 2 y 3, y 146.1 del TFUE, a cuyo tenor: *“los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, contribuirán al logro de los objetivos contemplados en el art.145, de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión adoptadas con arreglo al apartado 2 del art. 121”*). Así, paradigmáticamente, el art. 6 (“Planificación de la política de empleo”) de nuestra Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, establece que la política de empleo se desarrollará, dentro de la planificación de la política económica en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Añadiendo que en el ámbito de competencia estatal corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo, en el marco de los acuerdos adoptados por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, la planificación de la política de empleo a desarrollar por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de ámbito autonómico, teniendo en cuenta la Estrategia Europea de Empleo.

Vinculación de las políticas de empleo con las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión; vinculación que se hace explícita en el sistema constitucional europeo (art. 121 TFUE). Sin embargo, esa vinculación parece entrañar el riesgo de supeditar las políticas de empleo a las políticas económicas, que siguen siendo la prioridad en el marco de la Unión Europea. Ello refleja la preferencia de la constitución económica sobre la constitución social en la construcción de la Unión Europea.

Consideración del fomento del empleo como un asunto de interés común y coordinación de las actuaciones de los Estados miembros en este sentido (art. 146 TFUE).

La Unión contribuirá a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones. Al hacerlo, se respetarán plenamente las competencias de los Estados miembros (art. 147 TFUE). En verdad, que en ese sentido hay que decir que se ha vuelto a rebajar un poco el objetivo. Es decir, el alto nivel de empleo está hoy en el Sistema de los Tratados, pero la Cumbre de Lisboa (y los Consejos Europeos posteriores) habían hecho referencia ya al pleno empleo. Sin embargo, parece que la Unión Europea no quiere comprometerse hasta

ese punto, y adopta frecuentemente el objetivo más modesto, considerado como más prudente, de un alto nivel de empleo, no equiparable a una situación técnica de pleno empleo. Al mismo tiempo, como se hará notar después, se realiza todavía que las políticas de integración por el empleo seguirán rigiéndose por el principio de subsidiariedad. Por lo demás, se afirma la transversalidad de las políticas comunitarias encaminadas a alcanzar un alto nivel de empleo: “*al formular –dice el art. 147.2 TFUE– y aplicar las políticas y medidas comunitarias deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo*” (véase, asimismo, el art. 3.3 TUE). Las políticas públicas de empleo van a continuar siendo preferentemente nacionales, pero van a estar coordinadas desde la Unión, pudiendo el Consejo establecer orientaciones –directrices– que los Estados miembros tendrán en cuenta en la elaboración de sus respectivas políticas de empleo. En esta materia rige el principio de subsidiariedad, en virtud de cual la Unión sólo deberá intervenir en aquellos aspectos en los que las políticas nacionales se muestren menos efectivas y convenientes a los fines de la construcción del espacio europeo.

También se indica que el Consejo Europeo examinará anualmente la situación del empleo en la Unión y adoptará conclusiones al respecto, basándose en un informe conjunto anual elaborado por el Consejo de Ministros y la Comisión (art. 148 TFUE). Se trata de la instauración de un Sistema de “control débil” de carácter anual.

El Consejo de Ministros adoptará por mayoría simple una decisión europea por la que se cree un Comité de Empleo de carácter consultivo para fomentar la coordinación entre los Estados miembros en materia de políticas de empleo y del mercado laboral. Se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo (principio de subsidiariedad) (art. 150 TFUE). Se formaliza jurídicamente una institución, que actualmente tiene ya calado, cual es el Comité de Empleo. Se institucionaliza la política de empleo, lo que se refuerza con la creación de un Comité de Empleo de carácter consultivo para fomentar la coordinación entre los Estados miembros en materia de política de empleo y del mercado laboral. Este organismo puede crearse por decisión del Consejo, por mayoría simple, previa consulta al Parlamento Europeo. Sus funciones son las siguientes: a) supervisar la situación del empleo y las políticas en materia de empleo de los Estados miembros y de la Unión; b) elaborar, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 240, dictámenes a petición del Consejo, de la Comisión o por propia iniciativa, y contribuir a la preparación de las medidas del Consejo a las que se refiere el art. 148. Para llevar a cabo su mandato, el Comité deberá consultar a los interlocutores sociales. Cada uno de los Estados miembros y la Comisión designarán dos miembros del Comité (art. 150 TFUE).

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento ordinario, podrán adoptar medidas de fomento para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo, a través de iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, innovadores y evaluar

experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto. Pero se matiza que estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 149 TFUE).

Aunque en un Título separado del relativo al empleo, el Título XII del TUE regula la “Educación, formación profesional, juventud y deporte” (artículos 165 y 166), pero es evidente que la formación profesional constituye una de las acciones típicas de las políticas integrales de empleo (v.gr., artículos 1 y 2 de Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo). Se establece que *“la Unión desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación”* (En concreto, *“la acción de la Unión se encaminará a: facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales; mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral; facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente de los jóvenes; estimular la cooperación en materia de formación entre centros de enseñanzas y empresas; incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros”* (art. 166.2 TFUE). Debe realizarse que se trata de la atribución de una competencia directa a las instituciones de la Unión, bien sea que encaminada a reforzar y completar las acciones llevadas a cabo por los países miembros.

Al campo específico de la política social se destina todo el Título X del TFUE (“Política social”). Constituye una premisa obligada anotar que en el Sistema de los Tratados de la UE se establece una vinculación en las políticas de empleo y las de protección social. En efecto, conforme al art. 3.3 TUE, la Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en una economía social de mercado altamente competitiva tendente al pleno empleo y al progreso social. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros (art. 2.3 TUE; art. 151 TFUE).

Se ha superado ya la idea de una aproximación supuestamente espontánea en materia social a través del libre funcionamiento del mercado. De ahí que se indique que la evolución positiva de la Unión *“resultará tanto del funcionamiento del mercado interior que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”* (art. 151, último párrafo, del TFUE). Con ello parece dejarse atrás la utopía liberal del mercado autorregulado y de la visión del liberalismo naturalista. El mercado es un *“locus artificiales”*

no un “*locus naturales*”<sup>32</sup>. Los mercados tienen un carácter institucional, pues en sociedades jurídicas son intensamente intervenidos, aunque desde diversas opciones de política del Derecho de la economía. Es un hecho históricamente verificable la construcción artificial del mercado, lo que expresa su “politicidad” y en gran medida su “juridicidad”. Esto supone que el Sistema de los Tratados parece acercarse más hacia ciertos postulados del llamado “liberalismo social” o, al menos, admitir cierta inspiración de su filosofía social, aunque es innegable en la coyuntura actual la orientación global hacia esquemas de organización política y jurídica más propios del neoliberalismo.

Tampoco es baladí hacer notar la auto vinculación como instrumentos de inspiración de la Unión y de los Estados miembros al conjunto de las Cartas Sociales vigentes en Europa: “*la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961*”<sup>33</sup>, y en la Carta comunitaria de

<sup>32</sup> Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: “La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho. (2024). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, 10*, 279-333. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942>; *Ibid.*, La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía. (2024). *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, laborum, 11*, 161-224. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/995>, donde se pone de manifiesto la dialéctica del mercado (incluido los mercados de trabajo) entre “lo dado” y “lo construido” a través de las Políticas públicas y el Derecho que las instrumenta y materializa en tipos normativos y categorías jurídicas; haciendo referencia también a las a Karl Polanyi, Thorstein Bunde Veblen, George Ripert, John Maynard Keynes, Friedrich August von Hayek, Francesco Carnelutti, Natalino Irti, etcétera. De interés, Monereo Pérez, J. L. (2022). “El Institucionalismo americano y la Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales: Thorstein Bunde Veblen y la Escuela de Wisconsin”. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (5), 20–49. <https://doi.org/10.24310/rejls.vi5.15043>, *Ibid.*, *La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen*. (2023). *Revista Crítica De Relaciones de Trabajo, laborum, 8*, 41-66. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/816>

<sup>33</sup> Téngase en cuenta la nueva versión de la Carta Social Europea Revisada de 1996 y el Protocolo de Reclamaciones Colectivas. Por cierto, España ha ratificado esta versión de la Carta y el Protocolo de reclamaciones colectivas. Un estudio completo de la Carta Social Europea Revisada, en Monereo Atenza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, espec., Parte II (“Carta Social Europea”), págs. 361-1005; Salcedo Beltrán, C. (Dir.): *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; Jimena Quesada, L. Y Salcedo Beltrán, C.: “Desafíos para la protección de los derechos sociales en Europa: la Carta Social Europea”, *Revista de Administración Pública*, vol. 47, 2016; Jimena Quesada, L.: “Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018; Jimena Quesada, L.: “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019; Jimena Quesada, L.: “La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la



*los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989*<sup>34</sup>, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de hémelo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones” (art. 151 TFUE). De este modo, corresponde al ordenamiento jurídico de la Unión garantizar los derechos del empleo, pero se es consciente que su garantía efectiva no es exclusivamente formal, pues exige de la instrumentación de políticas activas de empleo a todos los niveles del espacio económico-social europeo. Estas garantías jurídicas y político-institucionales forman parte del concepto internacional de “trabajo decente” (trabajar con derechos dotados de efectividad jurídica e impulso de las políticas públicas, que ponen límites a la mercantilización del trabajo). Sólo vinculando derecho al trabajo y políticas públicas encaminadas a alcanzar el pleno empleo se dota al derecho de su contenido esencial que le convierte en un derecho social de “desmercantilización” incorporando necesariamente prestaciones positivas por parte de los poderes públicos como garantía y condición de posibilidad del derecho (art. 53.1 CE). La juridización de este ensamblaje derecho-política pública de empleo es lo que posibilita una concepción garantista del “Derecho del Empleo”, estructurado sobre la base del derecho al trabajo y del necesario equilibrio entre la racionalidad social y la racionalidad económica en la organización del buen funcionamiento del “mercado de trabajo”<sup>35</sup>. La política de empleo siempre ha estado vinculada, desde los orígenes del Estado Social, a la política económica y a la política social<sup>36</sup>.

La Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones entre los ámbitos de la política social

pandemia de Covid-19”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 460, 2021; Monereo Pérez, J.L.: La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia. (2022). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 4, 215-326. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622>

<sup>34</sup> La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores establece, en su art. 1, que los Estados miembros tienen el objetivo de alcanzar un alto y estable nivel de empleo, lo más cercano posible al pleno empleo.

<sup>35</sup> Monereo Pérez, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de ‘desmercantilización’”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs. 7-46; *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, Capítulo 1.2, págs. 27 y sigs., y Capítulo II, págs. 45 y sigs.

<sup>36</sup> Beveridge, W.H.: *Pleno empleo en una sociedad libre. Informe II* (1944), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988; Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: “Comentario a los artículos 35.1 y 40 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002; Molina Hermosilla, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Sevilla, Mergablum Edición-CARL, 2005. Asimismo, Monereo Pérez, J.L., Monereo Pérez, M., y Ochando Claramunt, C.: “Keynesianismo y políticas económicas

tratados en la presente sección, particularmente en materias relacionadas con: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo, c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la información y la consulta a los trabajadores; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio de las disposiciones del art. 166; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c) (art. 153 TFUE). Para llevar a cabo estos ámbitos de intervención se contemplan dos tipos de iniciativas: a) En primer lugar, el Parlamento Europeo y el Consejo “podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. b) En segundo lugar, el Parlamento Europeo y el Consejo “podrán adoptar en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitaron establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas” (art. 153.2 TFUE). En todo caso, los procedimientos decisorios son distintos en atención a la naturaleza de las materias: En principio, “el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”. Ahora bien, “en los ámbitos mencionados en las letras c), d) y g) del apartado 1 del presente art., el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités”. Aunque, “el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable (también) a las letras d), f) y g) del apartado 1” (cfr. Art. 153.2 TFUE). Lo que hará muy difícil legislar a través de Directa en las materias de: seguridad social y la protección social de los trabajadores;

y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, en *Revista Sistema*, núm. 155-156 (2000); Monereo Pérez, J.L.; “John Maynard Keynes (1883-1946): La política económica como Elemento de Sostenibilidad del Estado del Bienestar”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 39 (2024), págs. 309-394; *Ibid.*, *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011. Asimismo, Esping-Andersen, G.: *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 1998.

protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral (lo que hará muy difícil garantizar efectivamente el principio de justificado motivo del despido consagrado en la CDFUE); la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión. Ello supondrá en la práctica que las iniciativas legislativas al respecto continuarán estando residenciadas en el ámbito de los Ordenamiento jurídicos de los países miembros. En todo caso, la política social es configurada en el Sistema de los Tratados como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros.

En todo caso, las medidas de Seguridad Social y de Protección Social sólo podrán ser adoptadas, con arreglo al procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo (lo reitera el art. 20.3 TFUE). Por lo demás, en materia de política social tiene un juego especialmente relevante el principio de subsidiariedad. Según el art. 5.3 TUE: “en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”. En tal sentido “las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo” (art. 5.3 TUE). Igualmente, incidirá el principio de proporcionalidad, en cuya virtud “el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad” (art. 5.4 TUE) (el “Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, se anexó al Sistema de los Tratados de la UE en virtud del Tratado de Lisboa. En él se establecen las condiciones de aplicación de ambos principios enunciados en el art. 6 del TUE. Consta de 9 artículos).

Se da, nuevamente, un respaldo a lo que ha sido una institución clásica y altamente relevante en la política comunitaria de empleo: el Fondo Social Europeo. Este organismo adquiere un papel cada vez más central. Para mejorar las posibilidades de empleo y de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida, se crea un FSE destinada a fomentar, dentro de la Unión, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales. La Comisión administrará el Fondo. Las medidas

de aplicación relativas al FSE se establecerán mediante leyes europeas, que se adoptarán previa consulta al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social (artículos 162 a 164). Con todo se puede decir que el FSE asumiría, en cierta medida, un papel relevante en lo que son políticas activas de empleo y en esa idea de empleabilidad. Lo que aporta es que, además, incorpora un medio adecuado; a saber: inserta una línea de financiación que es campo propio. Pero no es sólo una entidad de financiación tal como está planteado aquí, sino que más bien, se viene a configurar como organismo gestor de políticas de empleo. Esto es lo que debe ser realizado, junto con el acompañamiento de una herramienta incisiva, como es la línea de financiación en su poder.

Hay que tener en cuenta que la financiación de la política de empleo constituye uno de los puntos cruciales de la misma. Dicha política se despliega en numerosas facetas a través de acciones positivas “prestacionales” de las Administraciones Públicas, y para ello requiere de recursos financieros. En este sentido, la Unión Europea ha venido articulando instrumentos financieros destinados a cofinanciar en los Estados Miembros las intervenciones regionales, se trata de los denominados Fondos Estructurales en sus diversas variantes, como manifestación del principio de cohesión económica y social. La propia gestación de la Estrategia Europea de Empleo ha supuesto la introducción de reformas en la regulación de los Fondos Estructurales (FSE y FEDER) e incluso del BEI (Banco Europeo de Inversiones) al objeto de apoyar proyectos de implementación de la EEE. Los “Fondos” europeos se constituyeron con la finalidad de vencer los desequilibrios económicos y sociales existentes en el territorio de la UE. Dentro de ellos, el Fondo Social Europeo ha constituido un adecuado instrumento de financiación para las políticas nacionales de empleo.

El art. 162 TFUE, el Fondo Social Europeo (FSE) se crea para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida destinado a fomentar, dentro de la Unión, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales. La administración del FSE corresponde a la Comisión que, en dicha tarea, estará asistida por un Comité, presidido por un miembro de la Comisión y compuesto por representantes de los Gobiernos, de las organizaciones sindicales de trabajadores y de las asociaciones empresariales (art. 163 TFUE).

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, los reglamentos de aplicación relativos al FSE (art. 164 TFUE). En el momento presente, rige el Reglamento (UE) n.º. 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º. 1081/2006 del Consejo.

El derogado Reglamento 1081/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativo al Fondo Social Europeo (por el que se deroga el Reglamento 1784/1999), vigente para el período 2007-2013, conforme a las disposiciones generales relativas a los “Fondos” (estructurales y de cohesión), establecía que el FSE apoyará acciones en el marco del objetivo de “convergencia” (para las regiones menos desarrolladas) y del objetivo “competitividad regional y empleo” (que trata de anticipar y promover los cambios económicos para hacer frente a los retos). En un plano más concreto, el FSE tenía por objetivos (art.1.1 Reglamento 1081/2006) contribuir a “ejecutar las prioridades de la Comunidad por lo que respecta al refuerzo de la cohesión económica y social mejorando el empleo y las oportunidades de trabajo, favoreciendo un alto nivel de empleo y la creación de más y mejores puestos de trabajo”; para ello, “apoyará las políticas de los Estados miembros destinadas a alcanzar el pleno empleo y la calidad y la productividad en el trabajo, a promover la inclusión social, en particular, el acceso de las personas desfavorecidas al empleo, y a reducir las disparidades nacionales, regionales y locales en materia de empleo”. En particular, el FSE “apoyará las acciones que se ajusten a las medidas adoptadas por los Estados miembros sobre la base de las directrices adoptadas en el marco de la Estrategia Europea de Empleo, tal como se han incorporado a las directrices integradas para el crecimiento y el empleo, y a las recomendaciones que las acompañan”. En la realización de dichas funciones, el FSE respaldará las prioridades de la Comunidad derivadas de la “necesidad de reforzar la cohesión social, aumentar la productividad y la competitividad, y propiciar el crecimiento económico y un desarrollo sostenible”; para ello, el FSE “atenderá a las prioridades y objetivos pertinentes de la Comunidad en materia de educación y formación, al incremento de la participación de las personas económicamente inactivas en el mercado de trabajo, a la lucha contra la exclusión social, en particular de grupos desfavorecidos, tales como las personas con discapacidades, al fomento de la igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación” (art. 2.2 Reglamento 1081/2006).

En la lógica de la realización de los objetivos de “convergencia” y de “competitividad regional y empleo”, el FSE apoya acciones en los Estados miembros encaminadas a dar respuesta a las prioridades siguientes: mejorar la capacidad de adaptación de los trabajadores, las empresas y los empresarios, con objeto de aumentar de esta manera la previsión y la gestión positiva del cambio económico; facilitar el acceso al empleo y la inserción duradera en el mercado de trabajo de las personas inactivas y de las que buscan trabajo; evitar el desempleo, en particular el desempleo de larga duración y el desempleo de los jóvenes; apoyar el envejecimiento activo y la prolongación de la vida laboral; incrementar la participación en el mercado laboral; potenciar la integración social de las personas desfavorecidas con vistas a su inserción duradera en el empleo; luchar contra todas las formas de discriminación en el mercado de trabajo; reforzar y ampliar el capital humano; promover las asociaciones. Por lo demás, en el marco del objetivo

de “convergencia”, el FSE respalda las siguientes prioridades: más inversión en capital humano, con reformas en los sistemas de educación y formación, y una mayor participación en la educación y el aprendizaje permanente y en el desarrollo del potencial humano en el ámbito de investigación y la innovación; mejora de la capacidad y la eficacia institucionales, con objeto de contribuir a la buena gestión.

Por otra parte, los Estados miembros deberán cerciorarse de que las acciones apoyadas por el FSE sean coherentes con la Estrategia Europea de Empleo y contribuyan a las acciones emprendidas en virtud de ella; además los Estados miembros concentrarán la ayuda en la aplicación de las recomendaciones pertinentes sobre el empleo (art. 4.1 Reglamento 1081/2006). La ayuda del FSE en este ámbito se proyectará y aplicará al nivel territorial apropiado, teniendo en cuenta los niveles nacional, regional y local, con arreglo a los mecanismos institucionales propios de cada Estado miembro. Además, los Estados miembros garantizarán la participación de los interlocutores sociales y la oportuna consulta y participación de otros interesados, al nivel territorial apropiado, en lo que atañe a la preparación, la aplicación y el seguimiento de las ayudas del FSE (art.5 Reglamento 1081/2006).

Toda la línea de intervención del FSE se enmarca en las disposiciones del Reglamento 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión. La misión del Reglamento es reforzar la cohesión económica y social para impulsar en las regiones de la Unión Europea (UE) un desarrollo armónico, equilibrado y sostenible. La política de cohesión europea debe hacer frente a los desafíos que representan las disparidades económicas, sociales y territoriales, la aceleración de las reestructuraciones económicas y el envejecimiento de la población. La norma circunscribe el marco en el que se inscribe la política de cohesión (incluidas las directrices estratégicas comunitarias para la cohesión, el crecimiento y el empleo); los objetivos a los que deben contribuir los Fondos Estructurales y los Fondos de Cohesión; los criterios para que los Estados miembros y las regiones puedan recibir subvenciones de los Fondos; los recursos financieros disponibles y los criterios que rigen su asignación; y fija los principios y las normas aplicables en materia de cooperación, programación, evaluación, gestión, seguimiento y control, partiendo del principio de responsabilidad compartida entre los Estados miembros y la Comisión.

Nótese que el objetivo de “convergencia” tiene por objeto acelerar la convergencia de las regiones y los Estados miembros menos desarrollados mediante la mejora de las condiciones de crecimiento y empleo. Se destina a los Estados miembros y las regiones menos desarrollados. Los ámbitos de intervención serán el capital físico y humano, la innovación, la sociedad del conocimiento, la capacidad de adaptación a los cambios, el medio ambiente y la eficacia administrativa. Se financiará a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el FSE y el Fondo de Cohesión. Por su parte, el objetivo de “competitividad regional y empleo” trata de reforzar la competitividad, el empleo y la capacidad de atracción

de las regiones no incluidas en el grupo de regiones menos favorecidas. Este objetivo debe permitir anticipar los cambios económicos y sociales y fomentar la innovación, la iniciativa empresarial, la protección del medio ambiente, la accesibilidad, la capacidad de adaptación y el desarrollo de mercados de trabajo que favorezcan la integración. Se financiará a través del FEDER y del FSE. Finalmente, el objetivo de “cooperación territorial europea” pretende reforzar la cooperación a nivel transfronterizo, transnacional e interregional. Este objetivo se financiará a través del FEDER; se trata de hallar soluciones comunes en el sector del desarrollo urbano, rural y costero, el desarrollo de las relaciones económicas y la creación de redes de pequeñas y medianas empresas (PYME), para las autoridades que se encuentren geográficamente próximas. La cooperación se centrará en la investigación, el desarrollo, la sociedad de la información, el medio ambiente, la prevención de los riesgos y la gestión integrada de los recursos hídricos.

Corresponde al Consejo adoptar las Directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión, donde se definen las prioridades y los objetivos de la política de cohesión. De este modo, contribuyen en la coherencia y en la eficacia de la aplicación de los Fondos Estructurales. Conforme a tales directrices, los Estados miembros adoptan un “marco estratégico nacional de referencia”, que sirve de base para la programación de las acciones financiadas por los Fondos, y que debe garantizar la coherencia de la actuación de los Fondos con las orientaciones estratégicas diseñadas en el ámbito de la Unión.

Ahora bien: el mismo análisis de las posibles iniciativas en materia de política social sitúa el problema de que las relaciones entre políticas económicas y políticas sociales en una dirección que subordinación de éstas a aquellas. Carácter subordinado que se refleja de modo harto expresivo cuando se establece que “*los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, contribuirán al logro de los objetivos contemplados en el art. 145, de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión adoptadas con arreglo al apartado 2 del art. 121*” (art.146.1 TFUE). Lo que, en puridad, poco se avendría a la idea armonizadora de racionalidades (económicas y sociales) declarada por el art. 151, último párrafo del TFUE.

De cualquier modo, es evidente que, aun con haberse aprobado (y entrado en vigor) la revisión del Sistema de los Tratados Europeos con este perfil (y que suponen que la política de empleo y el derecho del empleo está consagrado constitucionalmente en una “constitución social” en el marco europeo), no es por sí mismo suficiente. Los derechos no han de ser sólo proclamados en las constituciones, sino que se trataría también de que se predispongan políticas legislativas activas que lo realizan.

Llegamos así al vigente Reglamento (UE) nº 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1081/2006 del Consejo, recogiendo las siguientes “misiones” en su art. 2:

1. El FSE promoverá unos niveles elevados de empleo y de calidad del empleo, mejorará el acceso al mercado laboral, fomentará la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores y facilitará su adaptación al cambio industrial y a los cambios de los sistemas de producción necesarios para garantizar un desarrollo sostenible, propiciará un elevado nivel de educación y formación para todos y apoyará la transición de la educación al empleo entre los jóvenes, luchará contra la pobreza, auspiciará la inclusión social y fomentará la igualdad de género, la no discriminación y la igualdad de oportunidades, contribuyendo de esta forma a dar respuesta a las prioridades de la Unión en materia de mejora de la cohesión económica, social y territorial.
2. El FSE cumplirá las misiones establecidas en el apartado 1 respaldando a los Estados miembros en la consecución de las prioridades y objetivos principales de la estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (“estrategia Europa 2020”) y permitiéndoles afrontar sus retos específicos por lo que respecta al logro de los objetivos de dicha estrategia. El FSE apoyará la concepción y aplicación de políticas y medidas en relación con sus misiones, teniendo en cuenta las Directrices Integradas pertinentes y las correspondientes recomendaciones específicas por país adoptadas de conformidad con el art. 121, apartado 2, y el art. 148, apartado 4, del TFUE y, cuando proceda, a escala nacional, los programas nacionales de reforma, así como otros informes y estrategias nacionales aplicables.
3. El FSE beneficiará a los ciudadanos y, especialmente, a las personas desfavorecidas, como los desempleados de larga duración, las personas con discapacidad, los inmigrantes, las minorías étnicas, las comunidades marginadas y las personas de cualquier edad que sufren pobreza y exclusión social. El FSE también prestará ayuda a trabajadores, a empresas, incluidos los agentes de la economía social, y a emprendedores, así como a sistemas y estructuras, con el fin de facilitar su adaptación a los nuevos retos, incluida una mayor adecuación de las cualificaciones profesionales, y fomentar una buena gobernanza, el progreso social y la aplicación de reformas, especialmente en el ámbito del empleo, la educación, la formación y las políticas sociales.

De conformidad con los objetivos temáticos fijados en el art. 9, párrafo primero, puntos 8, 9, 10 y 11, del Reglamento (UE) no 1303/2013, que se corresponden con las letras a), b), c) y d) del presente apartado, y de acuerdo con sus misiones, el FSE respaldará las siguientes prioridades de inversión (art. 3):

- a) En relación con el objetivo temático “Promover la sostenibilidad y la calidad en el empleo y favorecer la movilidad laboral”: i) el acceso al empleo por parte de los demandantes de empleo y de las personas inactivas, incluidos los desempleados de larga duración y las personas alejadas del mercado laboral, así como las iniciativas de empleo locales y el fomento de la movilidad



- laboral; ii) la integración sostenible en el mercado de trabajo de los jóvenes, en particular de aquellos sin trabajo y no integrados en los sistemas de educación o formación, así como los jóvenes que corren el riesgo de sufrir exclusión social y los procedentes de comunidades marginadas, también a través de la aplicación de la Garantía Juvenil; iii) el trabajo por cuenta propia, el espíritu emprendedor y la creación de empresas, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas innovadoras; iv) la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluidos el acceso al empleo, la progresión en la carrera profesional, la conciliación de la vida laboral y la vida privada y la promoción de igual remuneración por igual trabajo; v) la adaptación de los trabajadores, las empresas y los empresarios al cambio; vi) el envejecimiento saludable y activo; vii) la modernización de las instituciones del mercado de trabajo, como los servicios de empleo públicos y privados, y la mejora de la respuesta a las necesidades del mercado laboral, también a través de medidas que aumenten la movilidad laboral transnacional, así como a través de programas de movilidad y una mejor cooperación entre instituciones y partes interesadas correspondientes.
- b) En relación con el objetivo temático “Promover la inclusión social, luchar contra la pobreza y cualquier forma de discriminación”: i) la inclusión activa, también con vistas a promover la igualdad de oportunidades, así como la participación activa y la mejora de la posibilidad de encontrar un empleo; ii) la integración socioeconómica de comunidades marginadas tales como la de la población romaní; iii) la lucha contra todas las formas de discriminación y la promoción de la igualdad de oportunidades; iv) el acceso a servicios asequibles, sostenibles y de calidad, incluidos los servicios sanitarios y sociales de interés general; v) el fomento del emprendimiento social y de la integración profesional en las empresas sociales, así como de la economía social y solidaria, a fin de facilitar el acceso al empleo; vi) las estrategias de desarrollo local a cargo de las comunidades locales.
- c) En relación con el objetivo temático “Invertir en educación, formación y formación profesional para la adquisición de capacidades y el aprendizaje permanente”<sup>37</sup>:
- d) la reducción y la prevención del abandono escolar temprano y el fomento de la igualdad de acceso a una educación infantil, primaria y secundaria de buena calidad, incluidos los itinerarios de aprendizaje formales, no formales e informales encaminados a permitir la reintegración en el proceso de educación y formación; ii) la mejora de la calidad, la eficacia y la accesibilidad de la educación superior y

<sup>37</sup> Consúltese Villalba Sánchez, A.: *El Derecho a recibir formación de la empresa para una transición digital justa*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2024; Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, en *Temas Laborales*, núm. 160 (2021), págs. 91-132. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8292667>

ciclos equivalentes con el fin de mejorar la participación y el nivel de instrucción, especialmente para los grupos desfavorecidos; iii) la mejora de la igualdad de acceso al aprendizaje permanente para todos los grupos de edad en estructuras formales, no formales e informales y de los conocimientos, las competencias profesionales y las capacidades de los trabajadores, así como la promoción de itinerarios de aprendizaje flexibles, también a través de la orientación profesional y la convalidación de las competencias adquiridas; iv) la mejora de la adecuación al mercado de trabajo de los sistemas de educación y formación, facilitando la transición de la educación al empleo y reforzando los sistemas de enseñanza y formación profesional, así como su calidad, también a través de mecanismos de anticipación de las necesidades en materia de competencias, la adaptación de los programas de estudios y la creación y el desarrollo de sistemas de aprendizaje en un entorno laboral, incluidos los sistemas de formación dual y los programas de prácticas.

- e) En relación con el objetivo temático “Mejorar la capacidad institucional de las autoridades públicas y las partes interesadas y la eficiencia de la administración pública”: i) la inversión en capacidad institucional y en eficacia de las administraciones y servicios públicos a escala nacional, regional y local, con el fin de introducir reformas y mejoras en la reglamentación y la gestión. Esta prioridad en materia de inversión es aplicable únicamente en los Estados miembros que puedan optar a una ayuda del Fondo de Cohesión o en los Estados miembros que tengan una o más regiones NUTS de nivel 2 contempladas en el art. 90, apartado 2, letra a), del Reglamento (UE) nº 1303/2013; ii) el desarrollo de capacidades de todos los agentes competentes en materia de educación, aprendizaje permanente, formación y empleo y políticas sociales, también a través de pactos territoriales y sectoriales para introducir reformas a nivel nacional, regional y local.

Mediante las prioridades en materia de inversión enumeradas en el apartado 1, el FSE contribuirá también a lograr los demás objetivos temáticos que figuran en el art. 9, párrafo primero, del Reglamento (UE) nº 1303/2013: a) apoyando el cambio a una economía de baja emisión de carbono, adaptada al cambio climático, que haga un uso eficaz de los recursos y sea medioambientalmente sostenible mediante la mejora de los sistemas de educación y formación que se precisan para la adaptación de las capacidades y cualificaciones necesarias, la mejora de las competencias profesionales y la creación de nuevos puestos de trabajo en sectores relacionados con el medio ambiente y la energía; b) mejorando la accesibilidad y el uso y calidad de las tecnologías de la información y de la comunicación mediante la alfabetización digital y el aprendizaje virtual, y las inversiones en el ámbito de la inclusión electrónica, de las competencias digitales y de las competencias empresariales afines; c) mejorando la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación mediante el desarrollo de estudios de postgrado y competencias empresariales, la formación de investigadores, las actividades en red y las

asociaciones entre instituciones de enseñanza superior, centros tecnológicos y de investigación y empresas; d) mejorando la competitividad y la sostenibilidad a largo plazo de las pequeñas y medianas empresas mediante el fomento de su adaptabilidad y la de los empresarios y trabajadores e invirtiendo más en capital humano, así como apoyando a los centros de enseñanza y formación profesional con una orientación práctica.

## **2.2. La política migratoria en el marco de la política de empleo de la Unión Europea y más allá de ella**

La Carta garantiza el derecho de igualdad en las condiciones de trabajo de los extranjeros autorizados para trabajar. Conforme al art. 15.3, *“los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”*. Pero no son titulares directos e inmediatos de la libertad de circulación y de residencia, pues sólo se prevé que *“podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”* (art. 45.2). No obstante, aparte de la jurisprudencia flexibilizadora –relativa y limitada– al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Sistema de los Tratados el art. 77 (antiguo art. 62 TCE) del TFUE establece, en su apartado 1, que *“la Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo: a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores”*.

Es de señalar, por otra parte, que el derecho a unas condiciones laborales equivalentes sólo se predica respecto de las personas que *“estén autorizadas a trabajar”*, quedando excluidos de la garantía, en principio, los trabajadores irregulares o ilegales. Ello supone de facto una limitación del derecho a trabajar que paradójicamente consagra el propio art. 15.1 para *“toda persona”*. No obstante, son numerosos los preceptos relativos a derechos garantizados, generales o específicamente sociolaborales que se atribuyen directamente a la *“persona”* (todos los derechos del Título. *“Dignidad”*; el propio derecho a trabajar ex art. 15.1, la protección de la salud ex art. 35, etcétera) o al *“trabajador”* sin más (art. 30 –protección en caso de despido injustificado– o art. 31 –condiciones de trabajo justas y equitativas–, etcétera), lo que supondría la atribución de estos derechos a toda persona con independencia de su situación jurídico-administrativa, de regularidad o irregularidad. Sin embargo, otros preceptos insisten en la distinción y limitan el alcance subjetivo del derecho. Así, *“toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”* (art. 34.2).

Por otra parte, es criticable que existan excepciones al principio de igualdad de trato en razón de la nacionalidad respecto a las personas que residan legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad de trato ha sido precisado por la Directiva 2004/38. El art. 24.2 establece dos excepciones a esta norma: en los primeros tres meses de residencia, o durante un período más largo en el caso de los solicitantes de empleo, los Estados miembros no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de asistencia social a ciudadanos de la Unión distintos de los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia o que mantengan esa condición, y los miembros de sus familias. Los Estados miembros tampoco están obligados a conceder ayudas en forma de becas o préstamos de estudios antes de la adquisición del derecho a la residencia permanente, a esas mismas personas.

La Carta de la UE es consciente de que, de no existir ese principio de equiparación, aparte de contradecir la justicia social en sí, se cuestionaría el modelo social europeo. Existe, al respecto, una peligrosa tentación de utilizar el “*dumping social*” con la atribución a los extranjeros extracomunitarios de peores condiciones de trabajo que las nacionales de países miembros de la Unión, a modo de una “competitividad a la baja” de salarios y otras condiciones de trabajo y políticas de protección social. En tal sentido, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las ocasiones, las políticas de inmigración suelen estar motivadas, impulsadas, por la demanda, y no sólo por la oferta. Esto significa que nos encontramos con un fenómeno migratorio que en buena medida es funcional a las exigencias del mercado interior europeo, y que, por tanto, desde esa perspectiva de la demanda los flujos migratorios de entrada tienen un carácter esencialmente complementario respecto a las ofertas nacionales de mano de obra, pues ocupan ámbitos de actividad respecto de los cuales el personal nativo es insuficiente (señaladamente, el llamado “mercado secundario” de trabajo).

Con todo, los trabajadores extranjeros (es decir, en rigor, los que no ostentan la nacionalidad de ninguno de los países miembros de la Unión Europea) gozan de un estatuto protector vinculado al empleo. Así, por ejemplo, la STJCE de 10 de julio de 2008<sup>38</sup>, califica directamente discriminatoria la conducta empresarial de proclamar su intención de no contratar a trabajadores de determinado origen étnico o racial. El apartado 2 del art. 15 CDFUE incorpora las tres libertades garantizadas por los artículos 26, 45, 49 y 56 del TFUE, es decir: la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

El apartado 3 del art. 15 CDFUE garantiza el principio de igualdad de trato por equivalencia entre ciudadanos europeos y extranjeros (extracomunitarios). Se basa en el art. 153.1.g) del TFUE (“*para la consecución de los objetivos del art.151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos...g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que*

<sup>38</sup>STJCE de 10 de julio de 2008 [TJCE 2008, 157].

*residan legalmente en el territorio de la Unión”*), así como en el art. 19, punto 4, de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 (reténgase la versión revisada de 1996), a cuyo tenor: *“para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familiares a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte, las Partes se comprometen: (...). 4. a garantizar a esos trabajadores que se encuentre legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber: a) remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; b) afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos; alojamiento”*. Es por lo tanto aplicable el art. 52.2 de la Carta (*“los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”*). En términos generales, el art. 20, sobre igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, de la Carta Social Europea (Revisada, Estrasburgo 3 de mayo de 1996), establece que *“para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación en los siguientes ámbitos: a acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; b orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; c condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; d desarrollo profesional, incluida la promoción”*.

La Carta elude problemáticamente la referencia al principio de igualdad de trabajo en sentido estricto y opta por hacer referencia a las “condiciones equivalentes”. Por otra parte, conforme al art. 153.1.g) del TFUE: *“para la consecución de los objetivos del art. 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión”*. De este modo, dada esa atribución de competencias europeas, el derecho del art. 15.3 de la CDFUE encuentra tan sólo una consagración débil, pues en el sistema del TFUE no hay un reconocimiento de un derecho subjetivo de los extranjeros, aunque su consagración en la Carta adquiere un valor significativo. Por lo demás, no debe olvidarse que el mismo art. 153.5 del TFUE establece una exclusión de un conjunto de materias relevantes que forman parte de las condiciones de trabajo: *“las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal”*, de modo que para la consecución de los objetivos del art. 151, la Unión no podrá apoyar ni completar la acción de los Estados miembros en esos ámbitos.

Hay que tener en cuenta que la integración basada en los derechos exige su atribución a la persona (o como solución intermedia de transición, a la “persona residente”), sin posibilidad de establecer ninguna discriminación por razón de nacionalidad. De ahí la necesidad de superar la concepción restrictiva de ciudadanía en exclusiva (y excluyente) como condición sine qua non de atribución o dotación de derechos. Ello supone “desnacionalizar” los derechos fundamentales, pues los derechos fundamentales son universales y como tales han de ser garantizado a todas las personas. Ahora bien, no basta reconocer jurídicamente los derechos, con ser desde luego imprescindible, porque la garantía efectiva tiene que ser al mismo tiempo “jurídica” (que incluye, lógicamente, las garantías jurisdiccionales) y efectiva en la “realidad social”, es decir, los derechos fundamentales tienen que ser observados en las prácticas reales de los actores –públicos y privados– que intervienen en las sociedades complejas.

El modelo de inmigración en el ámbito de la Unión Europea ha estado presidido por la tensión permanente entre el principio de soberanía nacional y los ámbitos de decisión política propios de la Unión Europea. Pertenece a la cultura política dominante en los Estados miembros entender que existe una estrecha vinculación entre la política de inmigración y la soberanía del Estado nacional. Por lo pronto resulta significativo de un cierto giro al respecto que la inmigración se configure en el TFUE como típica competencia compartida de la Unión Europea y los Estados miembros (art. 4.2.b) y j), y art. 153.1.g) del TFUE) y no como una competencia exclusiva de los países miembros (art. 4.2 TFUE). Conforme al art. 153 (antiguo art. 137 TCE). “1. Para la consecución de los objetivos del art.151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...). g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión”. De manera que la acción legislativa de la Unión puede desplegarse tanto respecto a “apoyar” como a “completar” la acción respectiva de los Estados miembros en el ámbito de las condiciones de empleo de los extranjeros que residan legalmente en cualquier territorio del espacio europeo. Siendo ello así, como tal competencia compartida se rige por el principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE, a cuyo tenor: “en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”). Por lo demás, debe tenerse en cuenta el mismo principio de proporcionalidad, según el cual, “en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados” (art. 5.4 TUE). Pero ello no impide que la Unión Europea pueda realizar una política común en materia de inmigración (artículos 77, apartados 1 y 2 y 79, apartado

3 y 4 del TFUE), y hacerlo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Efectivamente, conforme al art. 79 (antiguo art. 63, puntos 3 y 4, TCE):

*“1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.*

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes:

a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;

b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;

c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;

d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

3. La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

*5. El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia”.*

Señalar, al respecto, que “*lo común*” (“política común de inmigración”) va más allá de “*lo singular o lo propio*” de cada país miembro. Por otra parte, se hace posible legislar a través del procedimiento legislativo ordinario en ámbitos extraordinariamente amplios de la materia de inmigración. A destacar aquí, la necesaria adopción (“*el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán...*”, dice el art. 79.2 TFUE) de “*la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros*”. Por último, el ámbito reservado a la soberanía nacional es delimitado principalmente en el apartado 5 del art. 79, según el cual los Estados miembros conservan el derecho “*derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia*”. Debe subrayar que los apartados 1 y 2 del art. 79 establecen una ordenación imperativa (“*La Unión desarrollará...*”; El Parlamento y el Consejo “*adoptarán*”), como reflejo de un mandato impuesto en la Norma Fundamental de la Unión.

Caben, pues, con estas limitaciones, normas mínimas instrumentales y de articulación de una política común de inmigración. Esa posibilidad de establecer medidas comunitarias de integración es en sí misma importante, aunque encuentra dos límites relevantes: por un lado, que los apartados 3 y 4 del art. 79 contempla tan sólo una ordenación facultativa, no imperativa (“*podrá celebrar*”; “*podrán establecer*”), aunque abre esta opción para la política del Derecho de la Unión; y, por otro, que se excluye la armonización comunitaria de las legislaciones propias de los Estados miembros (art. 79.4 TFUE: “*el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*”).

La regulación jurídico-política de la inmigración se ha venido configurando como una cuestión en estrecha relación con la soberanía estatal, junto a otros clásicos y ligados a ella como la política exterior y de seguridad. Los Estados siempre han tratado de regularla de una forma directa, más allá de que en el caso concreto de los países que conforman la Unión Europea sean parte de una región del planeta en su mayoría receptora de inmigración –pero también emisora en el caso concreto de algunos Estados–. Su clásica justificación ha venido siendo que la inmigración conlleva la entrada dentro de las fronteras estatales de un determinado número de personas nacionales de otros países, con sus consecuencias más inmediatas en la estructura social, económica, política, demográfica, etcétera, del Estado receptor –sin olvidar el sentido inverso, tales efectos en los países de origen–. En ello inciden dos razones principales siempre argüidas y esgrimidas: por un lado, la propia competencia estatal en relación al velo por la seguridad y



el orden público en su interior; y, por otro lado, el hecho de que los mercados de trabajo son en su mayoría mercados nacionales, poniendo barreras en forma de requisitos estrictos –significativamente administrativos– para el conjunto de las personas inmigrantes que llegan para residir y trabajar.

Ello no obstante, este planteamiento formal y material no impide que, también incluyendo las dos razones argüidas, a nivel de la Unión Europea esté en marcha una política comunitaria de inmigración desde las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en 1999, cuando en el apartado A de las mismas, existió una referencia explícita a la política común de asilo y de inmigración de la Unión Europea desde los postulados de que a ésta última no se podía dar respuesta por parte de ningún Estado de forma individualizada<sup>39</sup>. A partir de esta fecha, la evolución de la misma ha sido muy compleja, con avances y retrocesos a través de las distintas directivas, recomendaciones, comunicaciones, programas y documentos político-jurídicos que desde las instituciones comunitarias se han venido aprobando en materia de inmigración, conformando así un Derecho comunitario de la Extranjería y de la Inmigración. Actualmente, constituyen los ejes de la misma tanto el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de octubre de 2008, como el Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, de diciembre de 2009.

En los últimos años han sido significativas cuantitativa –por su incremento– y cualitativamente –por su diverso sentido y alcance– las normas comunitarias afectadoras a la regulación jurídica de las personas inmigrantes extranjeras de y en los Estados europeos. Ilustrativas y significativas son al respecto la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, sobre definición de la ayuda a las entradas, a la circulación y las estancias irregulares; la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea; la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o

<sup>39</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Refugiados y derechos humanos: el Estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 194 (2017), págs. 55-116; obra de síntesis y de referencia es la de DE LUCAS, J.: *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Prólogo de S. Naïr, Valencia, Tirant lo Blanch/Humanidades, 2016, espec., págs. 63 y sigs.

servicios de voluntariado; la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal; la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; y la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo; la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro; 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; la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores; la Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales; 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*; o la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo. También el Reglamento de 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permisos de residencia para nacionales de terceros países; el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea; el Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión; el Reglamento (UE) 2019/592 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de

abril de 2019, que modifica el Reglamento (UE) 2018/1806; o el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. La Comisión presentó el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo en septiembre de 2020, con el objetivo de encontrar soluciones sostenibles y a largo plazo para gestionar la migración. El 20 de diciembre de 2023 el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzó un acuerdo político sobre el Pacto sobre Migración y Asilo avanzando hacia un sistema común de la UE de gestión de la migración<sup>40</sup>. Finalmente, el Consejo de la Unión Europea adoptó el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo el 14 de mayo de 2024. En el fondo lo que se lleva a cabo es una revisión completa del sistema de migración y asilo de la UE. En tal sentido el Consejo han adoptado una serie de actos legislativos que reforman todo el marco europeo para la gestión de la migración y el asilo<sup>41</sup>.

A esa normativa de armonización comunitaria debe añadirse importantes documentos políticos –y político jurídicos– sobre inmigración. Así de modo destacado las sucesivas “Comunicaciones” de la Comisión Europea en materia de migraciones e inmigración (Comunicación de la Comisión al Consejo que fija las bases para una futura política de inmigración común (Noviembre de 2000; COM/2000, 757 final); Comunicación al Consejo (11 de julio de 2001; COM/2001, 387 final), sobre creación de un método abierto de coordinación para el establecimiento de la política comunitaria de la Comisión; Comunicación de la Comisión al Consejo (15 de noviembre de 2001; COM/2001, 672 final), sobre el problema de la inmigración ilegal con un planteamiento global; Comunicación de la Comisión sobre el “Libro Verde Relativo a una Política Comunitaria de Retorno de los Residentes Ilegales” (10 de abril de 2002; COM/2002, 175 final); Comunicación de la Comisión, “Sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países (COM(2006) 0402).

Nótese que la orientación general de estas directivas (que no se olvide que son normas de armonización comunitaria) y comunicaciones (instrumentos no normativos, pero que operan en la práctica como reglas de política del Derecho flexible) es, ante todo, controlar socialmente la canalización de la entrada, permanencia y salida de nacionales de terceros Estados en el seno de la Unión, con atención a colectivos específicos particulares de extranjeros que de un modo concreto necesiten de medidas político-jurídicas protectoras ante el posible trato mercantilizado de estas personas inmigrantes extranjeras. De ahí la centralidad de la repuesta reactiva ante la inmigración ilegal y la preferencia subsiguiente por la política de retorno de los inmigrantes ilegales. Pero también responde, en

<sup>40</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement\\_23\\_6708](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_23_6708)

<sup>41</sup> <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum/>

cierta medida, a un cambio de orientación en la propia concepción económico-laboral de la inmigración no significativa de la erradicación de ésta, pues se apuesta a todas luces por fomentar e impulsar una inmigración cualificada, formada y especializada, bajo el estricto interés de su utilización y aprovechamiento por los distintos Estados de la Unión y sin atención al rol que puedan desempeñar éstos para el desarrollo de los países de los que son nacionales éstos. De esta manera, nos encontramos con un marco jurídico-político de derecho interno de la Unión que apuesta nítidamente por una inmigración seleccionada o de carácter selectivo, a la que se le protege de un modo específico general a desarrollar y concretar por todos y cada uno de los países miembros. Una selección que opera ante todo con criterios instrumentales al servicio de la mano de obra extranjera necesaria para el funcionamiento del mercado interior (esa política selectiva se refleja en un amplio conjunto de Directivas: Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificados; Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se dictan normas mínimas sobre sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular). Todo ello sin olvidar y dejar de hacer constar la constante y clásica apuesta de la Unión por el control de fronteras, visados y lucha contra la inmigración irregular presente también en distintas directivas y documentos jurídico-políticos no mencionados de fechas anteriores. El resultado es que la política jurídica de regulación de la inmigración extranjera se encamina más al ámbito geopolítico y de las fronteras de la Unión frente al de la persona extranjera inmigrante, por más que se incida desde la propia Unión en la debida consideración de la normativa internacional y comunitaria hacia los inmigrantes en materia de integración social y derechos humanos.

Al tiempo, se vislumbra que en una sociedad europea democrática la regulación jurídica de la inmigración no puede ser exclusivamente defensiva y reactiva, sino que debe contener elementos propios de una estrategia ofensiva y preventiva, basada en una integración social que sólo puede partir de la premisa necesaria de una verdadera integración jurídica a través de los derechos básicos y fundamentales. En este sentido, el camino ha sido lento y tortuoso. Comenzó a través de intervenciones de carácter no normativo, sino de naturaleza político jurídica, entre las que sobresale la Comunicación de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo, de 3 de junio de 2003 (COM/2003, 336 final); la Comunicación relativa al “Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea de 1 de septiembre de 2005 (COM/2005, 389 final); hasta la más reciente, “Sobre Migración”, de 4 de mayo de 2011 (COM/2011, 248 final). Pero también mediante

típicos instrumentos normativos comunitarios, como la Decisión 2007/435/CE del Consejo, de 24 de junio de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007-2013 como parte del programa general Solidaridad y gestión de los flujos migratorios; Directiva 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar a favor de los nacionales de terceros países que residen legalmente en territorio de la Unión Europea; Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 24 de noviembre de 2003, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Estas últimas directivas, especialmente, la última se sitúa en una lógica de integración a través de los derechos, atribuyendo éstos no con base a la condición de ciudadanía –ni siquiera comunitaria– sino a la residencia de larga duración.

En esta perspectiva integradora se avanza con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, relativa a “El planteamiento global sobre inmigración un año después: Hacia una política global europea en materia de inmigración”, Bruselas, 30 de noviembre de 2006 (COM/2006 735 final). Por su parte, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2009, sobre una Política Común de Emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos (2008/2331(INI)), defiende la instauración de esa política común en el espacio de la Unión Europea. Al efecto, subraya, en primer lugar, que la integración aumenta la diversidad cultural en la UE y debe basarse en la inclusión social, la lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades, principalmente facilitando el acceso a la sanidad, la educación, la formación lingüística y el empleo; considera que las políticas de integración también deben basarse en programas innovadores adecuados y reconoce el papel fundamental desempeñado por las autoridades locales y regionales, los sindicatos, las organizaciones de inmigrantes, las federaciones profesionales y las asociaciones en la integración de los inmigrantes. Además, apoya los esfuerzos de integración de los Estados miembros, de los inmigrantes legales y de los beneficiarios de protección internacional, teniendo en cuenta el respeto a la identidad y los valores de la UE y de sus Estados miembros, incluido el respeto de los derechos humanos, el Estado de Derecho, la democracia, la tolerancia y la igualdad, la libertad de opinión y la escolarización obligatoria de los niños; recuerda que la integración es un proceso bidireccional que implica adaptaciones tanto por parte de los inmigrantes como de la población de acogida, tal y como se recoge en los principios básicos comunes (PBC) adoptados por el Consejo, y puede verse facilitado por el intercambio de buenas prácticas; reconoce que es más difícil lograr la integración en los Estados miembros que se enfrentan a importantes presiones migratorias, habida cuenta de su especial situación geográfica, si bien debe ser un objetivo irrenunciable; pide por consiguiente a los demás Estados miembros que contribuyan a aliviar estas presiones en un espíritu de solidaridad, facilitando así la integración de los beneficiarios de una protección

internacional que se encuentran en los Estados miembros de la UE, paralelamente a la promoción de la migración legal (punto 28).

Desde el punto de vista de la política de empleo en el espacio socio-económico europeo las personas migrantes constituyen un elemento fundamental del “mercado de trabajo” y un valor añadido de las organizaciones productivas, al propio tiempo que son un colectivo prioritario de la política de empleo europea orientada -al menos formalmente- a la integración a través de los derechos (“trabajo digno” es trabajar con derechos)<sup>42</sup>.

En segundo lugar, en lo relativo a la Seguridad e inmigración y Gestión integrada de fronteras, destaca la necesidad de un plan general detallado para establecer los objetivos generales y la arquitectura de la estrategia de gestión de las fronteras de la UE, incluidos los detalles que muestren la manera en que pueden optimizarse aún más todos los programas y los planes relacionados en este ámbito; opina que, al considerar la arquitectura de la estrategia de gestión de las fronteras de la UE, la Comisión debe analizar en primer lugar la eficacia de los actuales sistemas de gestión de las fronteras de los Estados miembros, con el fin de obtener las mejores sinergias entre ellos y facilitar información suplementaria sobre la rentabilidad de los nuevos sistemas propuestos, a saber, el sistema de entrada/salida, el sistema electrónico de autorización de viaje, los sistemas automatizados de control fronterizo y el programa de registro de los pasajeros, en el marco de la gestión integrada de las fronteras de la UE (Punto 43).

En tercer lugar, en lo relativo a la lucha contra la inmigración ilegal, considera que la lucha eficaz contra la inmigración ilegal es una parte crucial de una política global de migración de la UE y, por consiguiente, lamenta que una toma de decisiones eficaz en este ámbito se vea paralizada por una capacidad insuficiente de los Estados miembros para colaborar realmente en sus intereses mutuos (Punto 49).

<sup>42</sup> Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011, Parte I (“La política de empleo en la “sociedad del riesgos”: significación técnica y político-jurídica”), págs. 9 y sigs., y Parte II (“La precariedad laboral en el marco de las políticas de flexibilidad laboral”), págs. 103 y sigs.; *Ibid.*, “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34 (2013), págs. 11-67; Monereo Pérez, J.L., y Triguero Martínez, L.A.: “El derecho regulador de las migraciones en España: análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo”, en VV.AA.: Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L.Á. y Fernández Avilés, J.A. (Coord.): *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Granada, Comares, 2013; Charro Baena, P.: “Migrantes (I): política de empleo y política de inmigración”, y Triguero Martínez, L.Á.: “Migrantes (II). Política de empleo y política de emigración”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernant, J.A., y López Insua, B.M. (Dirs. y Coords.): *Las políticas activas de empleo: Configuración y Estudio de su Regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2015, págs. 673 y sigs., y 695 y sigs., respectivamente.

En cuarto lugar, considera necesario realizar una política coherente sobre repatriaciones: entiende que se tiene que obligar a abandonar el territorio de la Unión Europea a los inmigrantes que no tienen derecho a protección internacional o que residen de manera irregular en el territorio de los Estados miembros; toma nota, a este respecto, de la adopción de la Directiva sobre retorno, y pide a los Estados miembros que, en el marco de la transposición de dicha Directiva, velen por que se mantengan las disposiciones más favorables que ya estén previstas en sus ordenamientos jurídicos internos; pide a los Estados miembros que garanticen que el retorno se realiza con el debido respeto al Derecho y a la dignidad de las personas afectadas, dándose debidamente preferencia al retorno voluntario (Punto 67).

En quinto lugar, apuesta también por la articulación de una política de solidaridad y de coordinación entre Estados miembros: critica que los Estados miembros no hayan mostrado la suficiente solidaridad ante el creciente desafío que plantea la inmigración; pide que se revise con urgencia el programa marco de solidaridad y gestión de los flujos migratorios para el periodo 2007-2013 y sus cuatro instrumentos financieros, con el fin de que puedan reflejar las nuevas realidades derivadas de las crecientes presiones migratorias y se puedan utilizar para tratar las necesidades urgentes, como en el caso de situaciones de flujos migratorios masivos (Punto 77).

Y, por último, trata de favorecer una estrategia de cooperación con terceros países: observa críticamente que la cooperación con terceros países no haya dado unos resultados satisfactorios, con la destacada excepción de la cooperación de España con terceros países como Senegal y otros países del África subsahariana y de África del norte; pide que se preste un apoyo específico a los terceros países de tránsito y origen con el fin de ayudarles a crear una capacidad efectiva de gestión de las fronteras, incluyendo la participación de FRONTEX (Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea) en misiones de asistencia fronteriza en dichos países (Punto 81).

Realzar también la Comunicación de la Comisión, de 17 de junio de 2008, titulada “Una Política Común de Emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos” (COM(2008) 0359), y el Dictamen del Comité de las Regiones titulado “Una política común de emigración para Europa”, de 26 de noviembre de 2008, la relativa al “Método de seguimiento para supervisar la aplicación del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 10 de junio de 2009 (COM(2009) 266 final); y “Sobre Migración”, de 4 de mayo de 2011 (COM/2011, 248 final); sobre todo la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva sobre retorno). Posteriormente, se ha creado el Fondo de Asilo, Migración e Integración (Reglamento (UE) 2021/1147 del Parlamento Europeo y del Consejo

de 7 de julio de 2021). Este Reglamento establece los objetivos de dicho Fondo finalista, el presupuesto para el período comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2027, las formas de financiación de la Unión y las normas para la concesión de dicha financiación (art. 1)<sup>43</sup>. El objetivo político del Fondo consiste en contribuir a la gestión eficaz de los flujos migratorios y a la aplicación, el refuerzo y el desarrollo de la política común de asilo y de la política común de inmigración, de conformidad con el acervo de la Unión pertinente y respetando plenamente las obligaciones internacionales de la Unión y de los Estados miembros derivadas de los instrumentos internacionales de los que son parte. En el marco del objetivo político establecido en el apartado 1, el Fondo contribuirá a los objetivos específicos siguientes: a) reforzar y desarrollar todos los aspectos del Sistema Europeo Común de Asilo, incluida su dimensión exterior; b) *reforzar y desarrollar la migración legal hacia los Estados miembros de acuerdo con sus necesidades económicas y sociales, y promover y contribuir a la integración efectiva y la inclusión social de los nacionales de terceros países*; c) contribuir a la lucha contra la migración irregular, mejorando el retorno y la readmisión efectivos, seguros y dignos, así como contribuir a la reintegración inicial efectiva en terceros países y promoverla; d) potenciar la solidaridad y el reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, en particular respecto de los más afectados por los desafíos migratorios y de asilo, también mediante la cooperación práctica.

También interesa destacar en esa dirección “pro-integradora” débil (débil, porque, entre otras cosas, se ha rehusado, por el momento, establecer un conjunto de Directivas de armonización comunitaria mínimas, comenzado por la inexistencia, harto significativa, de una Directiva-Marco relativa a los derechos básicos de los inmigrantes regulares que no tengan todavía la condición de residentes de larga duración, y la fuerte inclinación a hacer primar más que la línea de intervención armonizadora, la utilización sistemática del Método Abierto de Coordinación (MAC). Este MAC es de innegable utilidad y efectividad, pero debería de ser complementario y no sustitutivo de los mecanismos de intervención normativa del ordenamiento jurídico de la Unión Europea [lo que subyace, leído entre líneas, a ciertas objeciones contenidas en el Dictamen del CESE sobre “Integración de los trabajadores inmigrantes”, de 17 de marzo de 2010 (SOC/364. CESE 450/2010)]. De ordinario esta técnica comunitaria de coordinación suele apoyarse en el reclamo de instrumentos de *soft law* o de *top law*. En efecto, aun siendo realmente

<sup>43</sup> El Fondo de Asilo, Migración e Integración debe basarse en los resultados conseguidos y las inversiones realizadas con el apoyo de sus instrumentos precedentes: el Fondo Europeo para los Refugiados creado por la Decisión nº. 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en el período 2008-2013, el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países creado por la Decisión 2007/435/CE del Consejo en el período 2007-2013, el Fondo Europeo para el Retorno creado por la Decisión nº. 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en el período 2008-2013 y el Fondo de Asilo, Migración e Integración creado por el Reglamento (UE) nº. 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en el período 2014-2020.



importante, el tratamiento coordinado de los problemas de la inmigración europea es insuficiente para la garantía de verdaderas políticas de integración a través de los derechos subjetivos, y muy especialmente mediante la atribución de los derechos sociales fundamentales a toda persona inmigrante en el espacio de la Unión Europea. Y derechos vinculados al “trabajo” y al “empleo” constituye una premisa de la integración de inmigrantes cuyo motivo fundamental de presencia en Europa –regular o irregular– es el económico-laboral (inmigración laboral o profesional). En este sentido, deben extraerse las consecuencias jurídico-políticas de una integración positiva y no preferentemente negativa, como la que se está imponiendo hasta la fecha, a pesar, sin duda, de los avances que se han venido producido respecto de las políticas comunitarias de integración en el plano social y jurídico. El enfoque preventivo de la inmigración irregular y el objetivo integrador queda realzado en la Comunicación de la Comisión Europea, “sobre Migración”, de 4 de mayo de 2011 (COM/2011, 248 final). En ella se propone construir una sociedad inclusiva integrando a los inmigrantes: La integración de los ciudadanos de países terceros que residen legalmente en la UE sigue siendo un asunto fundamental y, a veces, controvertido. El éxito de la integración es esencial por razones humanas y culturales, así como para que personas y sociedades aprovechen al máximo las ventajas económicas y sociales de la inmigración. No existe una fórmula infalible que garantice la integración, pero es evidente que son necesarios más esfuerzos, tanto a escala de la UE como a escala nacional y local, para conseguir mejores resultados. Todos los inmigrantes deberían sentirse en Europa como en su casa, respetar sus leyes y valores y ser capaces de contribuir a su futuro. Subraya, igualmente, el carácter bidireccional del proceso de integración, en el sentido de que la integración requiere esfuerzos tanto por parte de los inmigrantes como de la sociedad que los acoge. Hay que ofrecer a los inmigrantes la oportunidad de participar en sus nuevas comunidades, especialmente de aprender la lengua del país de acogida, tener acceso a los sistemas educativo, sanitario y de empleo y contar con la capacidad socioeconómica de mantenerse a sí mismos. Los inmigrantes deben familiarizarse con los valores fundamentales de la UE y de sus Estados miembros a fin de comprender la cultura y las tradiciones del país en el que viven. La integración implica un equilibrio entre gozar de los derechos y respetar las leyes, los valores y la cultura del país de acogida.

El punto culminante, por el momento, en esa dirección de política del Derecho viene constituido por la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. La Directiva tiene un doble objeto: 1) establecer un procedimiento único de solicitud para la expedición de un permiso único que autorice a los nacionales de terceros países a residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro de estas

personas y de facilitar el control de su estatuto (se entiende por “permiso único”, “el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir igualmente en su territorio con el fin de trabajar”; art. 2.c) de la Directiva), y 2) establecer un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro (art. 1.1). Esta regulación no supone privatización de ciertas competencias inherentes a la soberanía nacional, en el sentido de que dicha Directiva se entiende sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para regular el acceso de nacionales de terceros países a sus mercados laborales (art. 1.2).

Es de hacer notar que la obtención del “permiso único” determina la atribución de un estatuto jurídico de derechos, es decir, “derechos asociados al permiso único”. Se habla expresamente de “Derechos conferidos por el permiso único” (art. 11, así intitulado). Conforme a dicha disposición, el permiso único expedido de conformidad con el Derecho nacional habilitará a su titular, durante su período de validez, como mínimo a: a) entrar y residir en el territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso único, siempre que el titular reúna todos los requisitos de admisión de conformidad con el Derecho nacional; b) gozar de libre acceso a todo el territorio del Estado miembro de expedición, dentro de los límites previstos por el Derecho nacional; c) ejercer la actividad laboral específica autorizada en virtud del permiso único de conformidad con el Derecho nacional; y d) estar informado de sus propios derechos asociados al permiso conferidos en virtud de la presente Directiva o del Derecho nacional. Se trata de una norma mínima (“como mínimo”, son los términos utilizados por la norma) que, como tal, puede ser mejorada por la legislación de los Estados miembros. En relación a ello, forman parte del estatuto jurídico de derechos el Derecho General a la igualdad de trato, el cual presenta un conjunto amplio de manifestaciones jurídicas (art.12). Los trabajadores de terceros países, gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo que se refiere a: a) condiciones laborales, incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y seguridad en el trabajo; b) libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios en cualquier organización profesional, incluidas las ventajas conferidas por dichas organizaciones, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública; c) educación y formación profesional; d) reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales, de conformidad con los procedimientos nacionales aplicables; e) ramas de seguridad social, según lo definido en el Reglamento (CE) nº 883/2004; f) beneficios fiscales, siempre que se considere que el trabajador tiene residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate; g) acceso a bienes y servicios y obtención de bienes y servicios ofrecidos al público, incluidos los procedimientos de acceso a la vivienda contemplados en el Derecho nacional, sin perjuicio de la libertad de contratación de conformidad con el Derecho de la Unión

y nacional; y h) servicios de asesoría ofrecidos por las oficinas de empleo (art. 12.1 Derecho a la igualdad de trato). Esa igualdad de trato alcanza a la protección social pública, a saber: *“los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por esos trabajadores recibirán las pensiones legales de vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores y adquiridas con arreglo a la legislación mencionada en el art.3 del Reglamento (CE) nº 883/2004, en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país”* (art.12.4). Pero no se olvide que los derechos de protección social de más largo alcance, pues como dispone el art.12.1.e), el principio de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan se predica respecto a todas la “ramas de la seguridad social, según lo definido en el Reglamento (CE) nº 883/2004. Ello no obstante, se establecen algunas excepciones a la igualdad de trato, que bajo ciertas condiciones los Estados miembros podrán establecer restrictivamente (art. 12.2).

La Exposición de Motivos de la Directiva 2011/98/UE, refleja bien nítidamente las finalidades explícitas de la ordenación comunitaria relativa al denominado “permiso único”: en primer lugar, constata el hecho de que, en ausencia de legislación horizontal de la Unión, los derechos de los nacionales de terceros países varían en función de su nacionalidad y del Estado miembro en el que trabajen. Con el fin de seguir elaborando una política de inmigración coherente, reducir la desigualdad de derechos existente entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países que trabajan legalmente en un Estado miembro y completar el acervo existente en materia de inmigración, conviene establecer un conjunto de derechos para especificar, en particular, los ámbitos en los que se contempla la igualdad de trato entre los nacionales de un Estado miembro y tales nacionales de terceros países que aún no tienen el estatuto de residentes de larga duración. El objetivo de esas disposiciones es establecer un nivel mínimo de igualdad de condiciones en la Unión, reconocer que dichos nacionales de terceros países contribuyen, mediante su trabajo y los impuestos que pagan, a la economía de la Unión, y actuar de salvaguardia para reducir la competencia desleal entre los nacionales de un Estado miembro y los nacionales de terceros países que derive en la posible explotación de estos últimos. Sin perjuicio de la interpretación del concepto de relación laboral contenida en otras disposiciones del Derecho de la Unión, la presente Directiva debe dar una definición de trabajador de un tercer país, que abarque a todo nacional de un tercer país que haya sido admitido en el territorio de un Estado miembro, resida legalmente en él y al que se haya autorizado, en el contexto de una relación remunerada, a trabajar en dicho Estado miembro en virtud del Derecho o las prácticas nacionales. En tal sentido, se indica, que todos los nacionales de terceros países que residan y trabajen legalmente en un Estado miembro deben gozar al menos de un conjunto común de derechos basados en la igualdad de trato con

los nacionales del Estado miembro de acogida, independientemente del propósito inicial o del motivo de la admisión en su territorio. El derecho a la igualdad de trato en los ámbitos precisados en la Directiva 2011/98/CE se garantiza no solo a los nacionales de terceros países admitidos en un Estado miembro con el fin de trabajar, sino también a los admitidos con otros fines y que posteriormente hayan obtenido acceso al mercado de trabajo en virtud de otras disposiciones del Derecho de la Unión o nacional, ello incluye a los miembros de la familia de un trabajador de un tercer país admitidos de acuerdo con la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, a los nacionales de terceros países admitidos en el territorio de un Estado miembro de conformidad con la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, y a los investigadores admitidos de conformidad con 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*.

Por otra parte, el derecho a la igualdad de trato en algunos ámbitos específicos se vincula estrictamente con el estatuto de residente legal del nacional de un tercer país y con el acceso dado al mercado de trabajo de un Estado miembro, que se consagran en el permiso único que autoriza la residencia y el trabajo y en los permisos de residencia expedidos con otros fines y que contienen la indicación de que se autoriza al interesado a trabajar (punto 21).

En dicha lógica de integración relativa (relativa, porque carece de una instrumentación normativa fuerte de garantía jurídica efectiva) a través de los derechos se inserta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa–, en la que se atribuyen derechos a todas las personas –nacionales de la Unión o no– articulados alrededor de los valores de la dignidad y la justicia. De un modo paradigmático, en ésta se garantiza el derecho de igualdad en las condiciones de trabajo de las personas inmigrantes extranjeras autorizadas para trabajar. Conforme al art. 15.3, “los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”. Pero, atendiendo a su tenor literal, los extranjeros extracomunitarios no son titulares directos e inmediatos de la libertad de circulación y de residencia, pues sólo se prevé que podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro –art. 45.2–. Es de señalar que el derecho a unas condiciones laborales equivalentes sólo se predica respecto de las personas que “estén autorizadas a trabajar”, quedando excluidos de

la garantía, en principio, los trabajadores extranjeros inmigrantes que se hallen en situación administrativa irregular. Ello supone de facto una limitación al derecho a trabajar que paradójicamente consagra el propio art. 15.1 para “toda persona”. No obstante, son numerosos los preceptos relativos a derechos garantizados, generales o específicamente sociolaborales que se atribuyen directamente a la “persona” – todos los derechos del título “dignidad”; el propio derecho a trabajar ex art. 15.1, la protección de la salud ex art. 35, etcétera–, lo que supondría la atribución de estos derechos a toda persona con independencia de su situación jurídico-administrativa, de regularidad o irregularidad. Por otra parte, es criticable que existan excepciones al principio de igualdad de trato en razón de la nacionalidad respecto a las personas que residan legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad de trato ha sido precisado por la directiva 2004/38. El art. 24.2 establece dos excepciones a esta norma: en los primeros tres meses de residencia, o durante un período más largo en el caso de los solicitantes de empleo, los Estados miembro no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de asistencia social a ciudadanos de la Unión distintos de los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia o que mantengan esa condición, y los miembros de sus familias. Los Estados miembros tampoco están obligados a conceder ayudas en forma de becas o préstamos de estudios antes de la adquisición del derecho a la residencia permanente, a esas mismas personas. La Carta de la Unión Europea parte implícitamente de la consideración del acceso a un empleo digno como elemento esencial del proceso de integración [algo sobre lo que, por cierto, ya insistió la Comunicación relativa al “Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea de 1 de septiembre de 2005 (COM/2005, 389 final)].

Desde estos postulados jurídicos establecidos a modo de premisa, la coordinación de la política de inmigración de los distintos países que conforman la Unión con la política comunitaria es más en la dirección y ámbito estricto político: atendiendo al marco jurídico nacional y comunitario, seguir unas líneas comunes de concepción y actuación presentes y futuros para con la inmigración extranjera de terceros Estados. Es por ello por lo que implícitamente se debe de entender la alusión a la coordinación con todos y cada uno de los documentos y programas de acción de carácter político que vaya aprobando la Unión hasta la consecución de una conjunta y definida política de inmigración comunitaria. Se debe de superar la realidad de los primeros años de andanza de la Unión, en la que esta política se hallaba asentada en la cooperación interestatal mediante acuerdos de asociación, cooperación, etc., permitiendo así afrontar individualizadamente la inmigración en colaboración y ayuda basada en la cooperación de los Estados en la materia, pero no generalizado a todos los miembros conformadores ni en la misma medida entre ellos.

Es en el año 1997, con el Tratado de Ámsterdam, cuando se inicia la comunitarización o europeización de la política de inmigración, a partir de la que

se irá formando progresivamente con peculiaridades. Es así porque se incorporó el Título IV al Tratado de la Comunidad Europea bajo el nombre de “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, atendiendo a la constitución del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia”. Este espacio supuso que los movimientos en el plano interno fuesen acompañados de un adecuado control de las fronteras exteriores. De esta manera, se estaba manifestando la insuficiencia de la política estatal para abordar la inmigración en el contexto de una Europa sin fronteras internas. Pero es que, además, en el mismo Tratado, en el art. 63 se hacía referencia a que el Consejo, una vez que entrase en vigor el Tratado, adoptaría en cinco años medidas sobre política de inmigración en una serie de ámbitos. A destacar: sobre las condiciones de entrada y de residencia y normas sobre procedimiento de expedición por cada uno de los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los de reagrupación familiar; respecto a la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales; y en relación a la definición de los derechos y las condiciones de los residentes legales que pretendan residir en otros Estados miembros. Pero hay que advertir que estas medidas no fueron absolutas, sino que los Estados miembros tenían capacidad para mantener o introducir disposiciones siempre y cuando fuesen compatibles con el Tratado. Por tanto, pese a la comunitarización, quedó patente la importancia competencial estatal para la regulación de estas materias.

En 1999, en el Consejo Europeo de Tampere, teniendo presente lo advertido anteriormente, se abogó por un planteamiento de una política común de asilo e inmigración para reforzar el control de las personas que entrasen en el territorio europeo y que, en virtud de la supresión de las fronteras internas, se permitiese su circulación a través de todo el territorio. Una de las conclusiones a destacar a las que llegó el Consejo fue la necesidad de garantizar un trato justo a los inmigrantes extracomunitarios con residencia legal basándose en la concesión de derechos y obligaciones comparables a la de los propios ciudadanos de la Unión Europea; y, por otro lado, la expresa necesidad de intentar una aproximación del conjunto de legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de extracomunitarios. En cualquier caso, a nivel más general, de Tampere (que sitúa entre las preferencias de intervención europea la materia relativa a la integración de los trabajadores inmigrantes) surgieron una serie de medidas fundamentales que supusieron afrontar la inmigración desde una perspectiva común y no sólo desde el punto de vista económico-laboral de los extranjeros que llegaban a la Unión Europea y sus repercusiones. Así pues, se pretendió una colaboración con los países de origen de los inmigrantes para que también se beneficiasen de la mejor forma posible de la actividad de sus emigrados y de los gobiernos de los países en los que se insertaban; un sistema europeo de asilo y de estatuto de asilado comunes y uniformes; asegurar un trato adecuado justo a los no comunitarios con residencia legal en el territorio de la Unión; y una gestión adecuada y conjunta de

los flujos migratorios entre terceros países y Estados de la Unión, que permitía tanto mejorarla como el desmantelamiento de las redes de traficantes de seres humanos. Esta fue la esencia –aún mantenida pero adaptada a los tiempos actuales– de la política de inmigración establecida y programada en Tampere para el período de 1999 a 2004.

Después de cinco años, en 2004 le sucedió el Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, vigente desde la fecha anterior hasta finales de 2009. En el mismo, tomando como referencia lo ya establecido y conseguido, se postuló atendiendo a la realidad que ya constituía la inmigración en las sociedades de los países miembros de la Unión, la necesaria valoración positiva que se debía de hacer de la presencia de inmigrantes extranjeros y de su aportación para el futuro, ante lo que se incitaba a los miembros de la Unión a la adopción de medidas facilitadoras de la integración social, cultural y política. En todo ello el trabajo, el empleo, la actividad laboral adquiriría gran importancia, pues se configuraba no sólo como el elemento central y definidor de los flujos migratorios ante las necesidades de los mercados de trabajo nacionales y en base a las cuales se debía de articular, sino también como elemento de integración en la sociedad de acogida. En definitiva, un modelo de política de inmigración comunitaria ordenada atendiendo principalmente a la perspectiva laboral sin desconectar con la perspectiva de seguridad del anterior.

En esa dirección de continuar profundizando en la consecución de una política de inmigración comunitaria le siguió al anterior el ya citado Programa de Estocolmo: una Europa abierta que sirva y proteja al ciudadano, previsto para los años 2010-2014. Éste, aparte de asumir las líneas esenciales de interés y actuación definidas en los anteriores y modalizarlas a día de hoy, presenta un cambio sustancial de orientación: entiende la realidad de las migraciones desde una perspectiva más allá de la seguridad pero sin olvidarla, pues apuesta por la constitución de un marco global y equilibrado de diálogo y cooperación con los países de origen de las personas extranjeras inmigrantes. En este sentido, partiendo de la situación de crisis económica y financiera internacional y pese a ella, a medio plazo trata de articular un modelo de política de inmigración ordenada atendiendo al mercado de trabajo –especial interés en trabajadores cualificados–, a la protección social, a las políticas de integración y a la cooperación reforzada con los países de origen y paso de los flujos migratorios. Estas líneas esenciales quedan enmarcadas en un enfoque global de las migraciones por parte de la Unión Europea asentado en principios sociales fundamentales como la solidaridad, el equilibrio y la colaboración con los países de procedencia de los extranjeros inmigrantes. Es más, avanzando en la construcción de una Europa social, se ve completado obviamente y de manera prevalente con la atención debida al interés por una Europa de las personas facilitadora de la titularidad y ejercicio del conjunto de derechos humanos fundamentales protectores y promovedores de una sociedad justa e inclusiva. En esencia, apostando por una ciudadanía social europea teniendo

como referente jurídico-político básico y esencial al Tratado de Lisboa y a la Carta de los Derechos Fundamentales y su nuevo valor como instrumento internacional europeo de naturaleza normativa (es decir, dotado de fuerza jurídica vinculante), que la convierte y transforma en fundamento de la dirección política y jurídica de las iniciativas legislativas y programas de acción comunitarios, como es el caso tratado.

Llegábamos así a las conclusiones recogidas por el Consejo de Europa respecto a las orientaciones estratégicas para la programación legislativa y operativa para los años 2014 a 2019 donde define y se centra en los objetivos relacionados con la libertad, seguridad y justicia, abordando también algunas cuestiones horizontales conexas sobre como la capacidad de Europa para crecer y crear más empleo; el clima y energía; y la seguridad energética. No obstante, es evidente que su centro de atención radica en el objetivo de construir un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y en el que se respeten plenamente los derechos fundamentales adoptando, para ello, medidas coherentes de política relativa al asilo, la inmigración, las fronteras y la cooperación policial y judicial, de conformidad con los Tratados y sus Protocolos correspondientes.

Para finalizar con la nueva agenda estratégica de la Unión Europea para 2019-2024. En este sentido, el Consejo Europeo del 20 de junio de 2019 adoptaba dichas conclusiones sobre el próximo ciclo interinstitucional, el MFP, el cambio climático, la desinformación y las amenazas híbridas, las relaciones exteriores, el Semestre Europeo y la ampliación. Localizándose en su Anexo la Agenda Estratégica, la cual, ofrece un marco y una dirección de carácter general para dar esa respuesta. Tiene como objetivo guiar el trabajo de las instituciones en los cinco próximos años centrándose en cuatro prioridades principales: proteger a los ciudadanos y las libertades; desarrollar una base económica sólida y dinámica; construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social; y promover los intereses y valores europeos en la escena mundial.

De dicho documento, dentro de la nueva agenda estratégica para 2019-2024, nos interesa el objetivo prioritario de “proteger a los ciudadanos y las libertades”, el cual, establece lo siguiente: “Europa debe ser un lugar donde los ciudadanos se sientan libres y seguros. La UE defenderá los derechos y las libertades fundamentales de sus ciudadanos, reconocidos en los Tratados, y los protegerá contra las amenazas existentes y emergentes. Los valores comunes en que se sustentan nuestros modelos democráticos y de sociedad son el fundamento de la libertad, la seguridad y la prosperidad europeas. El estado de Derecho, que desempeña un papel esencial en todas nuestras democracias, es un factor clave a la hora de garantizar la adecuada protección de dichos valores y, por consiguiente, todos los Estados miembros y la UE deben respetarlo plenamente. Debemos garantizar la integridad de nuestro territorio. Hemos de saber quién accede al territorio de la UE y ser nosotros quienes decidamos dicho acceso. El control efectivo de las fronteras exteriores es condición previa indispensable para garantizar la seguridad, mantener el orden público y



velar por el funcionamiento adecuado de las políticas de la UE, en consonancia con nuestros principios y valores. Estamos resueltos a seguir desarrollando una política migratoria global realmente eficaz. Continuaremos y profundizaremos nuestra cooperación con los países de origen y tránsito para luchar contra la migración irregular y la trata de seres humanos y garantizar retornos efectivos. Con respecto a la dimensión interna, hemos de ponernos de acuerdo sobre una política migratoria y de asilo eficaz. Debe hallarse un consenso sobre el Reglamento de Dublín con el fin de reformarlo conforme a un equilibrio entre responsabilidad y solidaridad, teniendo en cuenta a las personas a las que se desembarque a raíz de operaciones de búsqueda y salvamento. Tomaremos las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento adecuado de Schengen. Proseguiremos e intensificaremos nuestra lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, mejorando la cooperación y el intercambio de información y desarrollando más aún nuestros instrumentos comunes. Reforzaremos la resiliencia de la UE contra las catástrofes tanto naturales como de origen humano. A este respecto, son fundamentales la solidaridad activa y la puesta en común de los recursos. Debemos proteger a nuestras sociedades contra las ciberactividades malintencionadas, las amenazas híbridas y la desinformación que tienen su origen en agentes estatales y no estatales hostiles. Para hacer frente a dichas amenazas es necesario un enfoque global, con más cooperación, más coordinación, más recursos y más capacidades tecnológicas”.

La expresión jurídico-formal de la progresiva construcción de esta política comunitaria de inmigración a través de estos sucesivos programas y de sus aspectos básicos se encuentra expresado de un modo más o menos resumido en el art. 63 bis del TFUE, en el que claramente se fija que la política comunitaria de inmigración se destina a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros Estados y una prevención de la inmigración ilegal y trata de seres humanos, así como la lucha contra ellas. Se consolidan así aspectos clásicos y tradicionales de la política de inmigración comunitaria junto a una perspectiva de futura reorientación en relación a la dimensión protectora de los derechos humanos fundamentales de las personas, más allá de su residencia legal o no. Esta última concepción es la que imperiosamente se ha de hacer real más pronto que tarde para que no prevalezca la primera sobre la segunda y sí más bien ésta última sobre aquélla.

Más allá de los diversos programas de acción política quinquenales con manifiesta influencia en las tendencias de las políticas de inmigración de los Estados miembro, también se ha de destacar especialmente el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 16 de octubre de 2008 (cuyos postulados fundamentales – incluido el enfoque global de la inmigración– son reiterados en el Consejo Europeo en el Programa de Estocolmo, “Un Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010-1014)”, aprobado el 10-11 de diciembre de 2009; y la Comunicación de la Comisión Europea, “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010; COM(2010)2020).

Éste constituye un auténtico y genuino documento político *ad hoc* en la materia, pero también siendo en su mayor parte continuista de las principales líneas político-jurídicas marcadas tanto en los programas políticos de acción como en el derecho comunitario en relación a la inmigración y extranjería. Tal y como se recoge en el mismo, es un texto en el que se muestra al más alto nivel el compromiso político de la Unión Europea y de sus Estados miembros no sólo para con sus ciudadanos, sino también para los terceros Estados en el camino de fijar una verdadera política común en materia de migraciones. Este Pacto es un documento político que contiene un planteamiento global sobre las migraciones en el seno de la Unión, pues por vez primera desde que se fundó esta entidad política intergubernamental queda reunido en un mismo documento y texto el conjunto de dimensiones de la política europea sobre inmigración y asilo. Son cuatro los objetivos básicos de interés del mismo: en primer lugar, la organización de la inmigración legal y el favorecimiento de su integración; en segundo lugar, la lucha contra la inmigración irregular, garantizando el retorno a los países de origen o tránsito; en tercer lugar, el refuerzo de los controles fronterizos, edificando una Europa del asilo; y, en cuarto lugar, la creación de un sistema de colaboración con los países de origen y tránsito de los inmigrantes. Se pone, por tanto, el acento así en la organización de una inmigración regular administrativamente, en la integración de estas personas extranjeras inmigrantes y en la lucha contra la inmigración irregular –ilegal, en términos del Pacto–, colaborando de forma expresa con los países de los que proceden éstos.

En cuanto a su contenido deben ser destacados los siguientes elementos. Se invita a los Estados miembros a evitar las regularizaciones masivas de inmigrantes, proponiendo en contrapartida unas regularizaciones caso por caso en el marco de las legislaciones nacionales por motivos humanitarios o económicos; se debe de tratar el favorecimiento de la integración de los inmigrantes con perspectivas de permanecer establemente por parte de las políticas de los Estados miembros, para lo que se han de basar en el equilibrio entre los derechos de los inmigrantes –significativamente se señala al derecho al trabajo– y sus deberes, poniendo en marcha aquéllos medidas tendentes al favorecimiento del aprendizaje de la lengua o el acceso al empleo, incidiendo en los valores fundamentales de los derechos del hombre, etcétera; el respeto a la Convención Europea de los Derechos del Hombre por parte de las legislaciones estatales en relación al derecho de reagrupación familiar; se incide en el carácter legal y ordenado de los flujos migratorios, pues los extranjeros en situación irregular tienen que dejar el territorio de la Unión y, en este sentido, todos los Estados van a tener la obligación de readmitir a sus nacionales, con lo que es clave la firma de acuerdos a nivel europeo con los países de origen y/o tránsito; y, por último, en estrecha conexión con lo anterior, se aboga por el hecho de que la inmigración sea un instrumento que refuerce la cooperación al desarrollo con los países de origen y/o tránsito de las personas inmigrantes. Se vienen a poner así a nivel europeo los pilares para una política de inmigración que incide más en las dimensiones de control social y orden –ya apuntadas– que en las propias

condiciones personales, de entrada, residencia y posible retorno del inmigrante en su conexión con los valores inherentes a los derechos humanos fundamentales y el formal derecho a emigrar pero no a inmigrar.

Interesa realzar la naturaleza estrictamente política de dicho Pacto. En efecto, en contra del posible mayor vigor y rigor jurídico que pudiese tener este Pacto –así como su auténtico impacto y toma en consideración por el derecho interno de cada Estado miembro– está el hecho de que se trata, como ya se ha manifestado, de un texto político carente de valor jurídico y, por tanto, carente de un sistema garantista jurídico stricto sensu propio. No se ha dotado al Derecho Comunitario derivado de un instrumento legal en materia de política migratoria desde el que poder construir un sólido marco político-jurídico estable regulador de la inmigración en el territorio de la Unión. Se ha desaprovechado así la ocasión de incluirlo en el Derecho Comunitario y de dotarlo del rango jurídico que merece en cuanto que la inmigración es una realidad estructural de la propia Unión. Por el contrario, desde un garantismo meramente político, el Consejo de Europa de Jefes de Estado y de Gobierno tiene que organizar cada año un debate sobre las políticas de inmigración y asilo, fundamentado en un informe presentado por la Comisión acerca de la aplicación del propio Pacto. Y, a su vez, los Estados miembros tienen que informar al Consejo Europeo de los avances más significativos a conseguir en la gestión de sus políticas de inmigración y de asilo.

En consecuencia, pese a los intentos y avances decididos, como consecuencia, la política jurídica comunitaria de inmigración se hace aún hoy día un tanto compleja, planteándose realmente su existencia consolidada de conjunto, porque en ella cada uno de los Estados miembros coordinadamente son los que tienen que actuar y decidir de forma individualizada, en cuanto que básicamente se funciona a través de aspectos y dimensiones a cumplir en determinados ámbitos y según las directrices marcadas.

La perspectiva del futuro inmediato de la política de inmigración puede estar marcada por la “constitucionalización” de una política comunitaria doblemente orientada:

- a) Hacia el establecimiento de mecanismos de seguridad y control de los flujos migratorios. Por lo tanto, se daría cuenta de la estrategia de control defensivo, que normalmente es también necesaria. La cooperación interestatal en la lucha contra la inmigración ilegal, política típicamente defensiva y de control, en sí no debería primar nunca sobre las políticas de integración.
- b) Hacia la instauración marginalista de políticas comunitarias de integración (a través de un sistema de derechos “debilitado”). Con todo lo que se añade a aquella estrategia de control una orientación más integradora. Es decir, se trata de instaurar igualmente políticas comunitarias de integración que garanticen ciertos derechos sociales; en algunos casos como derechos debilitados; y en otros, como ordenación marginal respecto al objetivo de control social. Pero

lo importante, ahora, es que la integración encuentra fundamento y regulación jurídico-constitucional, y a los inmigrantes regularizados se les dota de ciertas garantías (al menos a los regularizados). Esa doble dimensión está presente en el texto del Sistema de los Tratados, en la versión dada por el Tratado de Lisboa.

Esta aproximación reguladora más compleja es la que parece reflejarse en el Sistema de los Tratados de la UE. Se ha de analizar, siquiera brevemente, estos dos aspectos integrados.

Debe señalarse que, en el marco de la política social, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de “las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión” (art. 153.1.f) del TFUE). En este ámbito “el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad”, aunque el Consejo, por unanimidad, podrá decir que el procedimiento legislativo ordinario sea el aplicable (art. 153.2. TFUE).

Se introduce todo un Capítulo (el cap. 2 del Título V del TFUE, artículos 77 a 80) dedicado explícitamente al tratamiento de las “Políticas sobre controles en las fronteras, Asilo e Inmigración”. Aquí el eje y principio-guía de la política de inmigración es el “control”, no la articulación de derechos o mecanismos de protección social. El art. 77 TFUE, establece que la Unión Europea desarrollará una política (nótese como aquí ha desaparecido la referencia a una política propia a la cual sí hacía alusión el Proyecto de Tratado de la Constitución Europea) que estará dirigida a garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; y a instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, como competencia específica de la Unión Europea. Esa es la finalidad preferente. Los medios que se establecen al servicio de la realización de esos fines son el establecimiento mediante normas europeas de las medidas relativas a la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por el territorio de la Unión Europea durante un período breve; cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; y, por último, la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores. No obstante, se deja a salvo el principio de soberanía territorial, al menos en un aspecto relevante. Se precisa inmediatamente que “el presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros en lo que respecta a la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional” (art. 77 TFUE). Es necesario realzar que el art. 77 (antiguo art. 62 TCE) del TFUE establece que en la Unión se desarrollará una política que tendrá un triple objetivo: 1) garantizar la ausencia total de controles

de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; 2) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; y 3) instaurar gradualmente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

Después de reconocer una política común en materia de asilo a todo nacional de un país tercero que necesite protección internacional y garantizar el respeto del principio de no devolución (el art. 78 TFUE conforma un estatuto uniforme de derechos de las personas en dicha situación y mecanismos de gestión de los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal), se precisa que la Unión Europea desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, la gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo (fórmula debilitada del principio de trato igual) de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en los Estados miembros, así como la prevención y lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos (art. 79 TFUE).

En esa lógica interna de los “medios instrumentales” para perseguir ese objetivo, se indica, en primer lugar, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en diversos ámbitos. En segundo lugar, esas medidas están dirigidas tanto al control de los flujos migratorios como a la articulación de políticas de integración. Respecto al primer aspecto decir que esas medidas podrán incidir en: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación legal; y d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños (art. 79.2 TDUE).

En tercer lugar, se postula una integración a través de los derechos, aunque enmarcada de una política de control; esto es, la definición de los derechos de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros (art. 79.2.b) del TFUE) (en la reforma del Tratado de Lisboa no se ha llegado tan lejos como lo hiciera el “Proyecto de Tratado constitucional de la UE”, siendo de destacar la importante previsión de que el constituyente introdujera un mandato al legislador comunitario, a saber: una Ley marco europea “establecerá (imperativo categórico) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países” –art. III. 267 TCUE–). Es así que la Unión Europea debería legislar sobre los derechos de los inmigrantes de terceros países (los extranjeros en sentido estricto) que residan legalmente en un Estado miembro,

con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros (art. 79.2.b) del TFUE).

Igualmente, se impone el deber público de regular la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes ilegales (art. 79.2.d) del TFUE). Por último, se deberá legislar sobre las medidas de lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños (art. 79.2.d) del TFUE). El Sistema de los Tratados se ocupa de instaurar una política europea de coordinación, fomento y apoyo de las políticas nacionales en materia de integración de los inmigrantes (a través de leyes o leyes marco europeas se podrán establecer medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros a fin de propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros). Nuevamente se deja a salvo las políticas nacionales sobre contingentes de inmigrantes: indicando que el presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros de establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo asalariado o no asalariado (cfr. Art. 79.5 TFUE).

Por otra parte, el Sistema de los Tratados se ocupa de instaurar una política europea de coordinación, fomento y apoyo de las políticas nacionales en materia de integración de los inmigrantes –a través de leyes o Directiva (verdaderas “leyes marco europeas”, al decir del non nato Proyecto de Constitución Europea de 2004) se podrán establecer medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros a fin de propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembro–. Nuevamente, se dejan a salvo las políticas nacionales sobre contingente de personas inmigrantes extranjeras, indicando que el presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros de establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de ellos con el fin de buscar trabajo asalariado o no asalariado (art. 79.5 del TFUE)<sup>44</sup>.

Señalar, igualmente, que se podrá establecer, con arreglo al procedimiento ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinadas a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 79.4 TFUE).

Todas las políticas de la Unión Europea en materia de controles fronteras, asilo e inmigración se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero.

<sup>44</sup> López Insua, B. M.: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

Además, cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio (art. 80 TFUE).

En suma, el Sistema de los Tratados de la UE refleja la pretensión de establecer una política de inmigración europea con base a varios grupos de principios interrelacionados: el principio de competencia, el principio de seguridad y control y el principio de subsidiariedad (especialmente en lo que se refiere a la integración por vía de Derecho) en el cuadro delimitador de los instrumentos normativos de la Unión Europea.

No obstante, en un Informe reciente de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) se concluye en una valoración crítica: El nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo<sup>45</sup> (que está previsto que entre en vigor en 2026) no aborda las principales deficiencias que desde hace décadas impiden la construcción de un verdadero Sistema Europeo Común de Asilo y debilita el necesario equilibrio entre la solidaridad y las responsabilidades compartidas entre los Estados miembro. Lejos de un enfoque garantista centrado en la protección de las personas, se afirma, la reforma plantea graves riesgos para el derecho de asilo y los derechos humanos poniendo un especial foco en las medidas de externalización de fronteras y retorno a terceros países. El objetivo prioritario es impedir que las personas lleguen y si llegan, expulsarlas lo más rápido posible<sup>46</sup>. Predomina el enfoque de “seguridad interior” y la tendencia a la externalización de las fronteras a terceros Estados que no respetan los derechos humanos, lo cual entraña el riesgo de compeler a los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas a arriesgar la vida en viajes cada vez más peligrosos. Debería predominar, por el contrario, un enfoque basado en la garantía de los derechos, el principio de solidaridad respecto a los que se ven obligados a la migración, pero también una política exterior europea que afronte las *causas reales* de las migraciones y promueva la paz y el derecho humano al desarrollo económico y social de los países de origen<sup>47</sup>. Si no se atiende a las causas (la guerra, órdenes económicos y estructuras de desigualdad que no garantizan la posibilidad

<sup>45</sup> Como se indicó, el Consejo de la Unión Europea adoptó el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo el 14 de mayo de 2024. En el fondo lo que se lleva a cabo es una revisión completa del sistema de migración y asilo de la UE. En tal sentido el Consejo han adoptado una serie de actos legislativos que reforman todo el marco europeo para la gestión de la migración y el asilo. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum/>

<sup>46</sup> Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR): *El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los derechos humanos*, Madrid, Servicio de Investigación y Estudios del Área de Incidencia de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), 2024, págs. 63.

<sup>47</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Derecho al Desarrollo (artículo 28 DUDH; artículo 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas Concordantes)”, en Monereo Atienza, C., Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos,*

de subsistir o de salir de la pobreza, etcétera). La desatención a las causas favorece el discurso subyacente a la “Europa fortaleza”. Los flujos migratorios son expresión de un “hecho social total” y, por tanto, son cuestiones tanto de política “exterior” como de política “interior” en el espacio geopolítico de la Unión Europea.

Para fundamentar este enfoque garantista de los derechos (y dando por supuesto la existencia del sistema internacional de garantía multinivel de los derechos fundamentales de las personas migrantes) en la Unión Europea sería suficiente recordar el grupo normativo formado por una serie de artículos de la CDFUE: artículos 1 (“Dignidad humana”)<sup>48</sup>, 2 (“Derecho a la vida”)<sup>49</sup>, 18 (“Derecho de asilo”)<sup>50</sup>, 19 (“Protección en caso de devolución, expulsión y extradición”)<sup>51</sup>, entre otras disposiciones sobre derechos fundamentales garantizados en este instrumento con rango equiparado a los Tratados fundacionales de la UE (art. 6.1 TUE)<sup>52</sup>.

*sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983.

<sup>48</sup> Según el cual: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

<sup>49</sup> El cual garantiza que: “1. Toda personas tiene derecho a la vida. 2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado”.

<sup>50</sup> A cuyo tenor: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

<sup>51</sup> Conforme al cual “1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. Reténgase que los Protocolos números 4 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíben al Estado la expulsión de nacionales y las expulsiones colectivas de extranjeros. Véase, asimismo, artículos 15 DUDH, 13 y 24.3 PIDCP y 2.3 PIDESC.

<sup>52</sup> Véase los estudios recogidos en Monereo Atienza, C., Monereo Pérez, J.L.: (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.





# REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE EMPLEO<sup>1\*</sup>

## *DISTRIBUTION OF COMPETENCES BETWEEN THE STATE AND THE AUTONOMOUS COMMUNITIES IN RESPECT OF EMPLOYMENT*

AMPARO M<sup>a</sup> MOLINA MARTÍN

*Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Granada

ORCID: 0000-0003-2546-4402

### RESUMEN

**Palabras clave:** empleo, competencias, Estado, Comunidades Autónomas

El estudio que prosigue convoca a un recorrido por las principales normas reguladoras de la materia del empleo en nuestro país, deteniéndose en aquéllos de sus contenidos que nos hablan más directamente de cómo respecto de la misma entablan sus relaciones el Estado y las CC.AA. En términos cronológicos, nos remontamos a la Constitución de 1931 para concluir en la actual Ley de Empleo, haciendo parada obligada en las de 1980, 2003 y 2015, amén de en la CE 1978 y una selección de jurisprudencia de su máximo intérprete.

### ABSTRACT

**Key words:** *employment, competences, State, Autonomous Communities*

*The study that follows calls for a tour of the main regulatory norms on the subject of employment in our country, stopping at those of their contents that speak most directly to us about how the State and the Autonomous Communities establish their relations with respect to it. In chronological terms, we go back to the Constitution of 1931 to conclude in the current Employment Law, making an obligatory stop in those of 1980, 2003 and 2015, in addition to the 1978 SC and a selection of jurisprudence of its greatest interpreter.*

\* La realización de este trabajo –especialmente en lo que respecta al apartado relativo a la LE 2023- se adscribe a la investigación que me encuentro realizando, y co-coordinando a su vez, en el seno del Proyecto “Plan de recuperación, transformación y resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral”, o “Re-incluye”, (PID2022-139488OB-100, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/UE) ([www.reincluye.es](http://www.reincluye.es)).

## ÍNDICE

1. EL EMPLEO COMO ASUNTO DE INTERÉS PÚBLICO EN ESPAÑA: UNA REVISIÓN HISTÓRICA
2. PODERES PÚBLICOS Y COMPETENCIAS EN MATERIA DE EMPLEO DENTRO DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS
  - 2.1. Punto de partida: Estado, Comunidades Autónomas y empleo en la Constitución Española de 1978
  - 2.2. La Ley de Empleo de 1980, o la concentración de la materia del empleo en la competencia del Estado
  - 2.3. La paulatina transformación de la concepción de las competencias sobre empleo tras la Ley de Empleo de 1980 y en torno al autonomismo
  - 2.4. La positivización de la reformulación del sistema en la Ley de Empleo de 2003
  - 2.5. La continuidad representada por la Ley de Empleo de 2015, y las reformas en paralelo de los Estatutos de Autonomía
  - 2.6. Aportaciones en clave clarificadora por parte del Tribunal Constitucional
  - 2.7. La contribución de la actual Ley de Empleo (2023): ¿reglas para una *next generation*?
3. SÍNTESIS DE REFLEXIONES

### 1. EL EMPLEO COMO ASUNTO DE INTERÉS PÚBLICO EN ESPAÑA: UNA REVISIÓN HISTÓRICA

Tomadas como palabras clave, por una parte, empleo y, por otra parte, Estado –en el sentido de ‘Administración central’- y Comunidades Autónomas (CC. AA., en adelante, como es costumbre), nuestra propuesta se focaliza, en adecuada correspondencia, en la existencia de un “Estado de las Autonomías”<sup>2</sup> en el que hay un –digamos- ‘interés público’ en la cuestión del empleo. Así pues, la revisión histórica a la que hacemos referencia en el título de este apartado, y con la que procedemos a continuación, es –entendemos- de un recorrido también adecuado a los antedichos elementos.

Así, en alusión a la organización territorial de España, la que nos está dada es sucesora, en su mayor medida, de la disposición que de ella se realizara en la Constitución del 9 de diciembre de 1931 (CE 1931, en adelante), al consagrar que el nuestro “... constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones” (art. 1, pár. 3)<sup>3</sup>. Como lo expresa Prieto, “La Constitución de 1931 no implantaba una estructura regionalizada, pero posibilitaba la formación de regiones autónomas, como una vía intermedia entre el Estado federal y el unitario. Esto vendría a ser un precedente de las Comunidades Autónomas

<sup>2</sup> No conocemos con certeza el origen de la expresión, pero sí podemos identificarla desde muy tempranamente (en concreto, en una ‘tribuna’ de 11 de enero de 1980, de Fontan, Antonio: “El Estado de las autonomías”, disponible en [https://elpais.com/diario/1980/01/11/espasa/316393201\\_850215.html#](https://elpais.com/diario/1980/01/11/espasa/316393201_850215.html#) y consultada el 24 de julio de 2024).

<sup>3</sup> Texto consultado, el 24 de julio de 2024, en [https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1931.pdf](https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf).

actuales”<sup>4</sup>. Y tanto así fue que durante el periodo de la Segunda República que la CE 1931 proclamara se dio reconocimiento a tres regiones autónomas, en tanto regiones con Estatuto de Autonomía<sup>5</sup>, acorde con el art. 12 CE 1931.

Además, los arts. 14 y 15 CE 1931 dieron cabida a un sistema de reparto de competencias que no nos es del todo desconocido –recuerdo de los arts. 149 y 148 CE 1978<sup>6</sup>, a los que más adelante dedicamos una parte del estudio-. Véase, a título de ejemplo, que en la materia 1ª del art. 15 se prevé, junto a que “corresponde al Estado español la legislación... social”, que “... podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes...”<sup>7</sup>.

A propósito –y sin perjuicio de otro comentario posterior que insertamos en el estudio de la jurisprudencia constitucional-: Consideramos de gran interés el incorporar las apreciaciones de Garrido Mayol acerca de la “triple terminología” que se utiliza en este contexto que nos ocupa (hablando de materias, de facultades y de competencias):

“a) Por un lado se alude a “materias”, que son el objeto sustantivo de la competencia, el asunto o la parte de la realidad social, jurídica, política o económica que será objeto de tratamiento por el Estado o la Comunidad Autónoma. Por ejemplo, las relaciones internacionales, la seguridad social, el régimen aduanero,...

b) La “facultad”, hace alusión a la parte concreta de la competencia por la que se acciona una determinada potestad, a la función pública determinada que desarrolla el ente. Por ejemplo, la legislación, la legislación básica, la legislación de desarrollo, la ejecución,...

<sup>4</sup> En “Así se ha organizado España a través de los siglos”, de Gonzalo Prieto (disponible en [https://www.geografainfinita.com/2017/10/asi-se-ha-formado-el-mapa-de-espana/#El\\_nacimiento\\_del\\_estado\\_de\\_las\\_Autonomias](https://www.geografainfinita.com/2017/10/asi-se-ha-formado-el-mapa-de-espana/#El_nacimiento_del_estado_de_las_Autonomias), a 18 de julio de 2024) (pár. 3, apdo. “La reactivación de los regionalismos en la II República”).

<sup>5</sup> Según [https://es.wikipedia.org/wiki/Historia\\_de\\_la\\_organizaci%C3%B3n\\_territorial\\_de\\_Espa%C3%B1a](https://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_organizaci%C3%B3n_territorial_de_Espa%C3%B1a) (a 18 de julio de 2024) “... en 1932 Cataluña aprobó su Estatuto de autonomía, mientras que las provincias Vascongadas no hicieron efectiva esta posibilidad hasta 1936, cuando entró en vigor el Estatuto autonómico vasco. En Galicia, también se recogió el Proyecto de Estatuto de Autonomía de Galicia de 1936, que fue aprobado en referéndum por el pueblo gallego pero que, al estallar la Guerra Civil, no entró en vigor, pese a que su texto llegó a ser entregado al presidente de las Cortes Españolas y admitido a trámite por estas. En el resto de regiones históricas apenas hubo tímidos intentos de aprobar estatutos de autonomía, que no pasaron de proyectos...” (pár. 1, apdo. “Regionalización en la Segunda República”).

<sup>6</sup> Consultada en [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), sabedores de que ninguno de los preceptos utilizados en el estudio han sido objeto de modificación (a 25 de julio de 2024).

<sup>7</sup> Y, también, se dispone que “... La ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia”.

c) La “competencia”, objeto central y término más comúnmente usado para determinar el grado de poder que corresponde a un ente. Supone en realidad una “refundición” de los otros dos términos, de tal forma que se habla de competencia para hacer referencia a “la titularidad de una facultad o potestad sobre una materia determinada”, o más detalladamente, como “el conjunto de atribuciones, potestades y facultades de actuación por la que un ente determinado se halla habilitado para actuar y regular un determinado sector social”.<sup>8</sup>.

Por su parte, y sin embargo, el empleo –tal y como lo entendemos- no es un concepto presente en el texto de la CE 1931, sin perjuicio de su consideración como parte del contenido de las expresiones “legislación social” o “leyes sociales” del recién referido art. 15, o bien, o y bien, con “el compromiso del Estado con el empleo” que observan Aranda Álvarez y Rastrollo<sup>9</sup> en el dictado del art. 46<sup>10</sup>. De hecho, ello les lleva a concluir, al hilo de su estudio del art. 40 CE 1978, que como los contenidos del mismo (este artículo 40) “... son claramente materias de política social y económica la búsqueda de los precedentes en nuestro constitucionalismo histórico no puede ir más allá de la Constitución republicana de 1931...”<sup>11</sup>.

En línea con lo que venimos comentando, son también Aranda Álvarez y Rastrollo quienes señalan que “... aunque los precedentes constitucionales no van más allá del Texto de 1931 sí que es posible encontrar medidas políticas del tardofranquismo y de la Transición tendentes a la consecución del pleno empleo: III Plan de Desarrollo Económico y Social para el cuatrienio 1972/1976 (Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre y otras normas) y Pactos de la Moncloa (Decretos-

<sup>8</sup> En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo=2> (consultado el 24 de julio de 2024), como Garrido Mayol, Vicente “Sinopsis artículo 149” (de diciembre de 2003, aunque revisado por el “equipo de puesta al día del Portal de la Constitución” en agosto de 2006).

<sup>9</sup> Con el empleo, en efecto, “y las mejoras de las condiciones de trabajo y de la vida de los trabajadores” (por Aranda Álvarez, Elviro: “Sinopsis artículo 40”, pág. 2, apdo. “Sinopsis” (diciembre de 2003, aunque actualizada por Rastrollo, Alejandro, en noviembre de 2017, y disponible en [https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=40&tipo=2](https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=40&tipo=2) a 11 de julio de 2024).

<sup>10</sup> Textualmente, dicho art. 46 CE 1931 dispone lo siguiente: “El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes.

La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”.

<sup>11</sup> Cit. (pág. 2, apdo. “Sinopsis”).

Leyes 18/1976, de 8 de octubre; 43/1977, de 25 de noviembre y 49/1978, 26 de diciembre)”<sup>12</sup>.

Concretamente, en el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo<sup>13</sup>, vemos que se parte (Preámbulo o Exposición de Motivos) de la confirmación de que el pleno empleo es “... uno de los objetivos básicos de nuestro desarrollo económico y social...”, asociándolo a la competencia de los Departamentos Ministeriales con centro en el Ministerio de Trabajo –y, por tanto, a lo que vendríamos a llamar el ‘Gobierno central’-. Aún con todo, la responsabilidad de –conjuntamente, como se dice- la “... consecución y mantenimiento de este objetivo fundamental... requiere, además, la presencia y participación activas junto a los Órganos de la Administración afectados, de los representantes sindicales de los trabajadores y de los empresarios...”<sup>14</sup>. Ahora bien –como era de prever, por supuesto, dado el momento histórico-, no hay arbitraje de otro tipo de reparto o distribución de competencias fuera de dicha esfera.

Por su parte, en el Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas<sup>15</sup> se incluyen varios paquetes de medidas de carácter coyuntural en diferentes ámbitos, precisamente, de la economía nacional, con el “... objetivo primordial de reducir la inflación sin incidir negativamente en la reactivación económica” (pár. 1 Preámbulo). No nos detenemos más en ello por no enajenar el objeto de nuestro estudio, pero sí al menos lo mencionamos para la justificación de su anterior mención (y, asimismo, del Real Decreto-Ley 43/1977, de 25 de noviembre<sup>16</sup>, y del Real Decreto-Ley 49/1978, de 26 de diciembre<sup>17</sup>, que, respectivamente, se refieren a política salarial y empleo y a política de rentas y empleo, básicamente para disciplinar los incrementos retributivos para 1978 y 1979 en un contexto de crisis económica por inflación). En los tres casos, en suma, se trata de ejemplos, y significativos que son, de la acción legislativa del

<sup>12</sup> *Ut supra*.

<sup>13</sup> Según versión alojada en <https://www.boe.es/boe/dias/1972/11/15/pdfs/A20331-20335.pdf> y consultada el 24 de julio de 2024.

<sup>14</sup> Afirmación que se remata con la expresión, que nos parece digna de mención, de que todos “al servicio de esta sugestiva tarea común” (tarea de “logro y garantía del equilibrio permanente entre necesidades y recursos de mano de obra en las Empresas, los sectores productivos y las regiones... establecer unos fines, sino también de movilizar unos medios, mediante un dispositivo programado que haga posible la obtención de unos rendimientos máximos, definida prioridad y asegure la máxima coherencia entre medios y fines, a la vez que siente progresivamente las bases de una estructura adecuada a nuestras necesidades y exigencias en el campo de la planificación del empleo”).

<sup>15</sup> Digitalizado en <https://www.boe.es/boe/dias/1976/10/11/pdfs/A19847-19850.pdf> (y con consulta el 24 de julio de 2024).

<sup>16</sup> Descargable desde <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-28229>. Consultado el 18 de julio de 2024.

<sup>17</sup> Éste, descargable desde <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31138>, y consultado también el 18 de julio de 2024.

Estado sobre las relaciones de trabajo y, por ende, de su intervención en el –como decíamos- ‘asunto del empleo’.

En cualquier caso, y como no se nos ha de escapar, en ausencia hasta aquellos momentos del genuino “Estado de las Autonomías” –y, por supuesto, de integración en la Unión Europea (por aquel entonces, las “Comunidades Europeas”<sup>18</sup>)- todas las competencias, incluidas las relativas al empleo, estuvieron en manos de la Administración General del Estado, sin perjuicio de esa participación en la toma de decisión ya comentada de las representación de los intereses colectivos profesionales tanto de los trabajadores como de los empresarios.

## **2. PODERES PÚBLICOS Y COMPETENCIAS EN MATERIA DE EMPLEO DENTRO DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS**

### **2.1. Punto de partida: Estado, Comunidades Autónomas y empleo en la Constitución Española de 1978**

Como es de sobra conocido, y de hecho ya lo hemos mencionado, el Estado de las Autonomías se inaugura con la aprobación de la CE 1978<sup>19</sup> (donde simultáneamente localizamos las principales referencias normativas sobre nuestro objeto de estudio). Mucho cabría comentar sobre empleo, por un lado, y Estado y CC.AA., por otro, desde este punto de vista constitucional, pero nos ceñiremos a unas breves anotaciones a continuación para a partir de ellas para nuestras siguientes reflexiones.

Primeramente, el art. 2 CE 1978, que reza que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”, y, por su parte, los arts. 137 y 139 con los que se presenta su Título VIII (“De la Organización Territorial del Estado”), que contiene los siguientes –así denominados- “Principios generales”:

- Art. 137 CE 1978: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.
- Art. 138 CE 1978: “1. El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por

<sup>18</sup> Expresión tomada de “Historia de la Unión Europea 1970-1979” (alojada en [https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1970-79\\_es](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1970-79_es) y vista el 24 de julio de 2024).

<sup>19</sup> O bien, como señala Ysàs, “el Estado de las Autonomías fue fruto de la dinámica política de la transición, aunque con orígenes más lejanos” (pág. 124). Al completo, en Ysàs, Pere: “El Estado de las Autonomías: orígenes y configuración”, a su vez en Navajas Zubeldia, Carlos (Editor): *Actas del III Simposio de Historia Actual*, Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2002 (págs. 101-125, vol. I).

el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.

2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”.

- Art. 139 CE 1978: “1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

Por su parte, el art. 40.1 CE 1978 –solamente recordarlo- dispone que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

Nótese que ninguno de los preceptos mencionados ha experimentado modificación alguna, manteniendo, por tanto, su redacción original, de más de cuarenta y cinco años, y, sin embargo, que han dado pie a la aprobación de hasta cuatro “Leyes de Empleo” (LE, en adelante), por lo que se puede anticipar que los trabajos de interpretación y reinterpretación de los dictados constitucionales para los fines respectivos de cada norma –y, por qué no decirlo, también de normas vinculadas- han sido esforzados. A continuación las vamos revisando desde su primera referencia hasta la actual.

## **2.2. La Ley de Empleo de 1980, o la concentración de la materia del empleo en la competencia del Estado**

La Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo<sup>20</sup> (en adelante, LE 1980) carece de un preámbulo o exposición de motivos que contemporáneamente pueda hacernos conocedores de la realidad de la España que la vio nacer, a fin de comprender su configuración en los términos que nos vienen ocupando. Al menos sí que nos es posible incorporar que se trata de una de las primeras normas de rango legal de nuestra incipiente democracia, y de desarrollo de nuestro texto constitucional.

<sup>20</sup> Consultada en <https://www.boe.es/boe/dias/1980/10/17/pdfs/A23133-23138.pdf> el 24 de julio de 2024.



Por el contrario, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo<sup>21</sup> (o LE 2003) sí que aporta en su Exposición de Motivos, en cierta medida, una ayuda para comprender dicho contexto y, por ende, caracterización de la LE 1980 –si bien no se nos debe escapar que median más de veintitrés años entre la una y la otra, por lo que la precisión de las apreciaciones puede que no sea impecable-.

En suma, lo que expresa la LE 2003 a tal respecto es que “la vigente Ley Básica de Empleo 51/1980, de 8 de octubre, de aprobó en un contexto en el que la situación socioeconómica, tecnológica y de organización territorial presentaba unos perfiles bien distintos de los actuales. Dicha situación se caracterizaba por la existencia de un único servicio de empleo, que actuaba formalmente en régimen de monopolio, centralizado en torno al Instituto Nacional de Empleo y con competencia en la totalidad del territorio estatal...” (pár. 1). Dicho en puridad, ahora bien, el extensamente conocido como INEM fue instituido por el Real Decreto-Ley 36/1978<sup>22</sup> –prácticamente dos años antes de la promulgación de la LE 1980-, *ex art.* 5.1.

De hecho, y como ya se recogiera expresamente en el llamado “plano segundo” del Preámbulo del antedicho, lo connatural a aquellos tiempos de la LE 1980 era que el Estado –en tanto ‘Gobierno central’, como diríamos hoy en día- “... se reintegra(ra) de funciones que había asumido la Seguridad Social y que no son propias de la misma, tales como las referidas a empleo..., más propias de un concepto de servicio público que no del delimitado acotamiento de prestaciones de la Seguridad Social”<sup>23</sup>.

Otra cuestión es, en tanto que lo era, que las CC.AA. se encontraban en esta época en fase de constitución –valga la expresión- por estar pendiente la aprobación de sus respectivos Estatutos de Autonomía, lo cual se dilató en el tiempo por un número ciertamente incierto de años, como dijera Tomás y Valiente, pues “... en

<sup>21</sup> Según versión disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2003/12/17/pdfs/A44763-44771.pdf> a 24 de julio de 2024.

<sup>22</sup> Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo (consultado en <https://www.boe.es/boe/dias/1978/11/18/pdfs/A26246-26249.pdf> el 24 de julio de 2024).

<sup>23</sup> De tal modo –agregaba- “... la responsabilidad del Estado en problemas complejos como los del empleo, se hace presente en la creación de un Organismo específico que no diseccione el empleo, la formación profesional y la cobertura del desempleo en facetas de actuación distinta y haga operativas y congruentes las medidas de una política integral de empleo. En efecto, hasta el presente la ordenación de los servicios de empleo estaba encomendada de forma fraccionada a diversos Ministerios, lo que dificultaba una política y toma de decisiones unificada y una respuesta rápida y eficaz a los problemas planteados a esos mismos servicios de empleo.

La creación del Instituto Nacional de Empleo supone un paso muy importante en la búsqueda de esta unidad y eficacia, para lo cual se le da el carácter de Organismo autónomo, con amplias funciones de asistencia a trabajadores y Empresas y con un extenso cometido, igualmente, en materia de formación y reconversión profesional” (párs. 3 y 4 del “plano tercero”).

primer lugar, y empezando por el final, entiendo que 1983 es un buen año para cerrar esa etapa inicial tanto por ser el momento en que se aprueban los últimos Estatutos, como por el hecho de que en su mes de agosto se hace pública la STC 76/1983 sobre la LOAPA. Menos claro es el término inicial de la fase cuyo estudio se me asigna, porque 1978, año de la Constitución, comienza si se me permite la licencia, el 30 de octubre de 1976 con la promulgación de un simbólico Real Decreto-Ley del que nos ocuparemos luego, o acaso el 29 de septiembre de 1977, día en que aparece el Real Decreto por el que se restablece la Generalidad de Cataluña, o tal vez, el 20 de noviembre de 1975...<sup>24</sup>.

Sea como fuere, la lógica conclusión que se extrae de la experiencia de estos primeros años es que las competencias en la materia del empleo se encuentran centradas y concentradas en el Estado, aunque en su concreción se da cabida a la participación de ‘otros agentes’ (inicialmente, como veíamos, los sindicatos y las asociaciones empresariales, si bien también las CC.AA. a medida que iba avanzando su consolidación). Incluso más allá, como expone Fernández Nieto, “en los años ochenta se reclamaba la participación de las Comunidades Autónomas en esta tarea –la tarea, en concreto, de la gestión de las políticas activas de empleo– mediante órganos creados a tal efecto, una cuestión no siempre pacífica por cuanto algunas Comunidades Autónomas consideraban que la Administración del Estado se atribuía competencias en materia de empleo que no le correspondían”<sup>25</sup>.

### **2.3. La paulatina transformación de la concepción de las competencias sobre empleo tras la Ley de Empleo de 1980 y en torno al autonomismo**

Sin perder de vista que nuestro trabajo versa sobre el reparto competencial de la materia del empleo habida cuenta la organización territorial de nuestro país, sino al contrario (es el núcleo de nuestra investigación), apreciamos que la lectura de las LE 1980 y LE 2003 en atención dichos elementos habilita que califiquemos de transformación –cual hacemos en el título de este apartado– lo sucedido respecto de su concepción en el transcurso de los veintitrés años aproximados mediante entre ambas<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> En Tomás y Valiente, Francisco: “La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 36 (II), 1993 (pág. 45, s.e.u.o.).

<sup>25</sup> En Fernández Nieto, Livina A.: “Del INEM a la Agencia Española de Empleo”, *Diario La Ley*, nº 10418, Sección Dossier, 4 de enero de 2024 (pár. 1, apdo. V).

<sup>26</sup> La LE 1980, fechada el 8 de octubre de 1980, entró en vigor (disp. fin. 2ª) el día siguiente al de su publicación en el BOE (el 18 de octubre de 1980, por tanto), mientras que la LE 2003 lo

Es nuestro empeño, por tanto, el de constatar que no hay una –podríamos decir- ‘vigencia real’ de la LE 1980 durante todo ese tiempo<sup>27</sup> hasta su derogación por la LE 2003<sup>28</sup>. En su lugar, lo que apreciamos es que la LE 1980 va perdiendo su integridad, desgastándose poco a poco y sin vuelta atrás, como consecuencia de la progresiva diversificación del constructo de la política de empleo. Baste para ello con contrastar el dictado de sus respectivos ‘primeros preceptos’:

- Art. 1 LE 1980 (bajo el título de “Concepción”): “La política de empleo es el conjunto de decisiones que tienen como finalidad esencial la consecución del equilibrio a corto, medio y largo plazo, entre la oferta y la demanda de trabajo en sus aspectos cuantitativos y cualitativos, así como la protección de las situaciones de desempleo... de forma que permitan conseguir y mantener el nivel de empleo, mejorar la estructura ocupacional y fomentar la mejora de las condiciones de vida y de trabajo”.
- Art. 1 LE 2003 (titulado, en este caso, “Definición”): “... la política de empleo es el conjunto de decisiones... que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y la demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo...”.

Explícitamente, en la Exposición de Motivos de la LE 2003 se deja constancia de que, ya entrados en el siglo XXI –de hecho, transcurridos cuatro años de su primera década- la situación de España es, y lo es a múltiples niveles, muy distinta de la que se daba en esos tiempos de la LE 1980. Pero sin perjuicio del interés más que objetivo del estudio de todas las circunstancias mencionadas<sup>29</sup>, lo debido es que nos concentremos en aquellas que guardan una más estrecha relación con el

hizo a los veinte días de la suya correspondiente, conforme al art. 2.1 CC (así pues, el 6 de enero de 2004).

<sup>27</sup> No sería de rigor, como entendemos, en consecuencia, que se considerara en vigor como tal la LE 1980 desde dicho día 18 de octubre de 1980 hasta el 5 de enero de 2004, siempre en referencia estricta a la perspectiva que os encontramos adoptando (y sin contradecir, por tanto, es evidente, la referencia recogida *supra*).

<sup>28</sup> Aún así, queda consumada de forma tan expresa como total en la disp. derog. única.

<sup>29</sup> Por meramente recuperar un resumen de todas ellas, partiendo de las del contexto de la LE 1980, comienza la Exposición de Motivos LE 2003 relatando que “la situación socioeconómica, tecnológica y de organización territorial presentaba unos perfiles bien distintos de los actuales”, destacando “la existencia de un único servicio público de empleo...” y que “la implantación de las políticas activas era muy moderada, mientras que la protección por desempleo era concebida exclusivamente como prestación económica en las situaciones de falta de trabajo”. Y entonces, de seguido, continúa el texto afirmando que “a lo largo de los últimos años, el entorno social, económico, organizativo y tecnológico ha experimentado cambios fundamentales”, ejemplificándolo todo ello en circunstancias tales como –sintéticamente, lo repetimos- “situaciones de pérdida de puestos de trabajo, con expulsión del mismo de los colectivos más sensibles, a la vez que ‘aumento de’ la dificultad de su acceso al empleo, el desempleo y las tasas de temporalidad en la contratación, acentuándose los desequilibrios territoriales... carencias de capacitación de la población

—como es frecuente que se lo llame- ‘asunto territorial’. No deja de ser llamativo, por cierto —quizás paradójico, pero creemos que en todo caso reseñable- que dicha transformación que detectamos en la concepción de la política de empleo incorpore este componente de la territorialidad cuando desde tanto tiempo atrás se consideraba como parte propia y expresión concreta de la política económica en lugar —de hecho, nunca antes- de la política territorial o de cohesión de nuestra geografía política.

La idea que nos sugiere la investigación en este punto, en la línea que venimos trazando, es que el modelo “en régimen de monopolio”<sup>30</sup>, o centralista, establecido por mor de la LE 1980 va paulatinamente cambiando, en un viraje lento pero sin retorno, hacia la descentralización, y, además, no por —si se permite- imperativo de la LE 2003, sino por el de las leyes orgánicas que alumbran los nuevos Estatutos de Autonomía acogedores de la transferencia de competencias sobre políticas de empleo. En suma, y en conclusión por tanto ya, no es la LE 2003 la que abre esa espita del ‘reparto competencial’ —por así llamarlo- sino que lo que la LE 2003 hace es dejar constancia de lo sucedido como si, y prácticamente, ‘levantase acta’ de ello<sup>31</sup> (como, por ejemplo, se refleja en la mutación, concretamente, de los segmentos omitidos en dichos ‘primeros preceptos —respectivamente, “...las medidas de política de empleo previstas en la presente Ley se adoptarán en el marco de la política económica del Gobierno...””, conforme al art. 1.2 LE 1980<sup>32</sup>, y “... la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas... dentro de las orientaciones generales de la política económica...””, *ex art.* 1 LE 2003<sup>33</sup>).

trabajadora, retenciones a la movilidad geográfica y funcional, desequilibrios entre los distintos mercados de trabajo... y una escasa tasa de participación de los servicios públicos de empleo en la intermediación laboral... la evolución demográfica, primero por la presión ejercida por los jóvenes en el acceso a su primer empleo y, posteriormente, con el envejecimiento de la población activa; el fenómeno inmigratorio... (y) el desarrollo fulgurante de las tecnologías de la información y de la comunicación; la nueva orientación de la política social (de la asistencia pasiva a los incentivos para la reinserción laboral), o la apertura a los agentes privados de los servicios de información, orientación e intermediación”.

<sup>30</sup> También en expresión de la Exposición de Motivos de la LE 2003 (pár. 1).

<sup>31</sup> Queda ilustrado con la reproducción de los siguientes extractos, nuevamente, de la Exposición de Motivos LE 2003:

Pár. 6: “... ha cambiado el entorno político e institucional. El método tradicional de gestión estatal del mercado de trabajo ha dado paso a planteamientos más descentralizados con la transferencia de funciones y servicios para la ejecución de las políticas de empleo a las comunidades autónomas...”.

Pár. 10: “... armonización del nuevo modelo con la actual distribución de competencias constitucionales entre el Estado y las comunidades autónomas, en materia de política de empleo...”.

<sup>32</sup> Y su —digamos- ‘complemento’ en el art. 3 (“La ejecución de la política de empleo es misión del Gobierno, que la llevará a cabo mediante la acción coordinada de los diferentes Departamentos ministeriales y a través del Instituto Nacional de Empleo...”).

<sup>33</sup> E igualmente ‘complementado’, a imagen de su antecesora (*supra*), también en el art. 3.

Aún con todo, hay una reflexión que no nos parece menor y, por tanto, creemos relevante incorporar, en alusión a la consideración no del todo coincidente en la LE 2003 sobre cuáles han de ser los términos en los que Estado y CC.AA. se relacionen puestos frente a la materia del empleo. No en vano, por una parte se habla de "...transferencias de funciones y servicios para la ejecución de las políticas activas de empleo a las comunidades autónomas..."<sup>34</sup>, mientras que por otra hay una –diríamos- prolongación de su configuración como "... nuevo modelo... (de) distribución de competencias constitucionales entre el Estado y las comunidades autónomas, en materia de política de empleo..."<sup>35</sup>. No queda todo lo claro que debería, pensamos, el diseño de ese "nuevo modelo" –y, por ende, el modelo en sí mismo-, dando de tal modo pie a la formulación de posiciones interpretativas tan distintas como distintas sean de partida las aspiraciones competenciales o de autogobierno de una u otra Administración autonómica.

#### **2.4. La positivización de la reformulación del sistema en la Ley de Empleo de 2003**

La LE 2003 es la culminación, en cierta medida, del proceso de transferencia de competencias del Estado a las CC.AA. en materia de empleo. Por si se pensaba lo contrario, conviene aclarar –según entendemos- que no fue por efecto de su aprobación que se puso en marcha dicho proceso, sino que fue el resultado del mismo lo que se materializó en ella. Y tanto es así que en su propia Exposición de Motivos se recoge que "... el método tradicional de gestión estatal del mercado de trabajo ha dado paso a planteamientos más descentralizados con transferencias de funciones y servicios para la ejecución de las políticas activas de empleo a las comunidades autónomas..." (pár. 6).

A mayor abundamiento, es también –como nos resulta- bastante elocuente el hallazgo del tan distinto texto que da contenido al art. 3, de la LE 1980 y de esta LE 2003, respectivamente, conforme a lo que sigue:

- Art. 3 LE 1980 ("Ejecución"): "La ejecución de la política de empleo es misión del Gobierno, que la llevará a cabo mediante la acción coordinada de los diferentes Departamentos ministeriales y a través del Instituto Nacional de Empleo, como Organismo gestor de dicha política, en cuyos órganos consultivos y, en su caso, directivos, estarán representadas las Asociaciones empresariales y Organizaciones sindicales".

<sup>34</sup> Cita textual de la Exposición de Motivos (pár. 6), a la que se agrega como término equivalente el de "gestión" ("...cuando la gestión de las mismas\* se lleva a cabo por las Administraciones autonómicas") (\* "las mismas" en referencia a "estas políticas" –ergo, "las políticas activas de empleo"-).

<sup>35</sup> *Ut supra* (pár. 10).

- Art. 3 LE 2003 (“Planificación y ejecución de la política de empleo”): “1. En el ámbito de competencia estatal corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el marco de los acuerdos adoptados por la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, la coordinación de la política de empleo.

Igualmente, corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y previo informe de este ministerio a la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, la aprobación de los proyectos de normas con rango de ley y la elaboración y aprobación de las disposiciones reglamentarias en relación con la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo, protección por desempleo, formación profesional ocupacional y continua en el ámbito estatal, así como el desarrollo de dicha ordenación, todo ello sin perjuicio de las competencias que en materia de extranjería corresponden al Ministerio del Interior.

En cualquier caso, corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la gestión y control de las prestaciones por desempleo.

2. De conformidad con la Constitución y sus Estatutos de Autonomía, corresponde a las comunidades autónomas en su ámbito territorial 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 transferidas”.

Al hilo de ello, no nos parece que la LE 2003 sea lo suficientemente contundente a la hora de marcar los límites correspondientes a cada poder público con intervención en el terreno de la política de empleo. De hecho, sin ir más lejos, la utilización del sustantivo “distribución” y las preposiciones “entre” e “y” (en “distribución de competencias constitucionales entre Estado y comunidades autónomas”), no nos ha de extrañar que conduzca a concebir la política de empleo como cuestión por la que ‘rivalizar’ unas Administraciones frente a las otras.

En su lugar, la propuesta que sostenemos pivota en torno a los conceptos de “cooperación y coordinación” –conceptos efectivamente presentes en la LE 2003 pero, a nuestro juicio, demasiado poco realzados en comparación con su extraordinaria importancia-. O por decirlo de manera franca: ¿Son acaso las políticas de empleo el instrumento para que las distintas administraciones territoriales compitan por un mejor puesto en las encuestas de creación y mantenimiento de puestos de trabajo y, por tanto, peor en número de trabajadores desempleados, o por el contrario la política de empleo es el instrumento común de que disponemos para proseguir conjuntamente el objetivo del pleno empleo a nivel nacional? Es cuestión de cohesionarlo con el tenor del art. 53.3 CE 1978 de que “el reconocimiento, respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán... la actuación de los poderes públicos...”.

Gran impacto tiene, pensamos, por otra parte, el hecho de que la LE 2003 se aprueba paralelamente a la implantación de la Estrategia de Coordinación en materia de empleo de la UE, "... a través de las Directrices de Empleo y los Planes nacionales de acción para el empleo, en coordinación con la estrategia de inclusión social..."<sup>36</sup>, con lo que ello supone en contraste con la tendencia a la, no diríamos descoordinación pero sí desconexión, entre los territorios autonómicos en clave principalmente política. Por ello, además de por la CE 1978, De Val Arnal y Muñoz Martínez aseguran que no queda espacio "... para que las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial desarrollen una política de empleo propia. Sólo les queda la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidas..."<sup>37</sup>.

Al menos –en ese sentido de atender en una justa medida las expectativas autonómicas en nuestro contexto y, de hecho, no de manera menor- la LE 2003 replica la operativa de los órganos del INEM en la –ahora- Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, encargada de sumar a la toma de decisiones en materia de política de empleo del Gobierno y las asociaciones empresariales y sindicales más representativas<sup>38</sup>, novedosamente, a las CC.AA. Es más, y como ya es bien conocido, se instituye el bautizado como Sistema Nacional de Empleo (SNE, en adelante), de especial significación –por lo que a nuestro trabajo interesa- para el “equilibrio” entre los siguientes dos ‘componentes’ de la norma: "... por una parte... el objetivo trazado en el art. 2 LE de garantizar «la unidad del mercado en todo el territorio nacional», evitando con ello disparidades en las políticas de

<sup>36</sup> Y –por complementar del todo la cita- "... política económica, a través de las Grandes Orientaciones de Política Económica..." (todo ello conformando la –así denominada por la Exposición de Motivos LE 2003, pár. 6- “estrategia de coordinación de políticas iniciada en la Unión Europea”).

<sup>37</sup> En De Val Arnal, José Jesús y Muñoz Martínez, Eva María: “El empleo y las competencias de las Comunidades Autónomas después de la Ley 56/2003 de Empleo”, en Vidal Beltrán, José María y García Herrera, Miguel Ángel (Coordinadores) *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, INAP-Colex, Madrid, 2005, pág. 555 (vol. 2).

<sup>38</sup> En términos precisos, tal cual se dispone en el art. 7.1 LE 2003, “los órganos del Sistema Nacional de Empleo son:

a) La Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, que es el instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas en materia de política de empleo...

b) El Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, que es el órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo... integrado por un representante de cada una de las comunidades autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado, de las organizaciones empresariales y de las organizaciones sindicales más representativas...”.

empleo (y) por otra parte... un principio de descentralización territorial de las políticas de empleo...”, como dijera Navarro Nieto y Costa Reyes<sup>39</sup>.

Aun con todo, llama nuestra atención que se tenga la expectativa de que el sistema funcione como se pretende de él si al mismo tiempo que se reparten competencias (o –en mejor expresión- de manera simultánea o ‘en paralelo’, en lugar de ‘al mismo tiempo’), además del SNE, se arbitran hasta tres instrumentos para la alineación de la política de empleo en todo el territorio nacional. Nos estamos refiriendo a (a) el Plan nacional de acción para el empleo, (b) el Programa anual de trabajo del SNE y (c) el Sistema de información de los Servicios Públicos de Empleo (*ex art. 7.2 LE 2003*). En definitiva: no podemos si no coincidir con Navarro Nieto cuando concluye que “... la descentralización es necesaria en temáticas que deben adaptarse a distintos contextos económico-productivos, pero no puede desligarse de la idea de colaboración y coordinación, porque no toda descentralización es eficiente...”<sup>40</sup>.

A mayor abundamiento, y aunque somos conscientes de que es una cuestión solamente relevante de manera secundaria, sí que pensamos que merece ser brevemente destacado el hecho de que la LE 1980 no tenga la mejor de las consideraciones hacia la movilidad geográfica de los trabajadores, muy en particular, como solución de flexibilidad interna de las relaciones laborales, mientras que en la LE 2003 la consideración sea casi radicalmente la contraria, y que ello se produzca, desde un punto de vista histórico o temporal, y respectivamente, respecto de un sistema centralizado y otro descentralizado. Así lo entendemos al leer que la LE 1980 se refiere a ello en términos –por decir- ‘poco amigables’ (art. 2, apdo. e: “Proteger la movilidad ocupacional de la mano de obra, y la geográfica –nótese- cuando fuese imprescindible...”), mientras que todo lo opuesto se hace en la LE 2003 (que las políticas activas de empleo, al respecto de la movilidad geográfica, han de estimularla y/o facilitarla (pár. 9 Exposición de Motivos y arts. 2.f y 25.g, respectivamente). Y es que difícilmente cohonesta esto con un mercado de trabajo ‘seccionado’ según Comunidad Autónoma, a no ser que su comprensión se haga desde la previsión legal de reserva a favor del Estado, a través del su servicio de empleo (SEPE, como Servicio Público de Empleo Estatal, en la época), de “... programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una comunidad autónoma, cuando éstos exijan la movilidad geográfica de los desempleados o trabajadores participantes en los mismos a otra comunidad

<sup>39</sup> En Navarro Nieto, Federico y Costa Reyes, Antonio: “Introducción crítica al marco jurídico de las políticas de empleo en España”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2013 (pág. 6 de la ‘versión para imprimir’).

<sup>40</sup> En Navarro Nieto, Federico: “El Estado autonómico en materia laboral y de empleo. Un balance a la luz de la doctrina constitucional”, *Trabajo y Derecho*, núm. 55, 2019 (pág. 16 de la ‘versión para imprimir’, junto con que –citando a Tudela Aranda- “... en el Estado autonómico «lo importante no era tanto cómo se descentralizaba, sino cuánto se descentralizaba... sin reparar en las exigencias institucionales de semejante proceso»...”).



autónoma distinta a la suya y precisen de una coordinación unificada...” (art. 13, apdo. e, pto. 1º LE 2003).

## 2.5. La continuidad representada por la Ley de Empleo de 2015, y las reformas en paralelo de los Estatutos de Autonomía

Tras poco más de una década de vigencia de la LE 2003, la Ley 20/2014<sup>41</sup> delegó en el Gobierno la aprobación de un texto refundido de la misma, que vio la luz como Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre<sup>42</sup> (o LE 2015). Dicha refundición consistió, como en el mismo art. 1.f) Ley 20/2014 se expresa, en la promulgación de un texto de sustitución tanto de la mencionada como de “las disposiciones legales relacionadas con los preceptos de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, que a continuación se indican:

- Las disposiciones adicionales sexta y decimoséptima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo.
- La disposición adicional primera, el último párrafo de la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de Medidas Urgentes para la Mejora de la Empleabilidad y la Reforma de las Políticas Activas de Empleo.
- La disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral”.

La LE 2015 representa –lo constatamos- un *continuum* respecto de la LE 2003 en cada punto que acabamos de tratar, con la excepción de salvedades puntuales, esencialmente formales, propias –como es de prever- de su adaptación a los cambios sucedidos en el tiempo mediado entre ambas, además de por razones de mejor expresión narrativa. Y por no dejarlo ello sin ejemplificar, mencionamos la nueva redacción del art. 1 en lo que respecta, por una parte, a “... la reducción y a la debida protección de las situaciones de desempleo...” (antes –*ergo*, en la LE 2003- “... la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo...”)) y, por otra parte, en lo contante a “... la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión

<sup>41</sup> Como es denominada, Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española (consultada en <https://www.boe.es/boe/dias/2014/10/30/pdfs/BOE-A-2014-11064.pdf> el 23 de julio de 2024).

<sup>42</sup> En las sucesivas redacciones que se facilitan desde <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/3/con>, aunque consultada el 24 de julio de 2024 la original (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11431>).

Europea” (“... la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”, en la LE 2003)<sup>43</sup>.

Por no omitir la cuestión más central en la que tiene su objeto nuestra investigación, hacemos notar que la nueva redacción del art. 3 LE 2015 carece del apdo. 3 que sí se incluía en la LE 2003, referido a la dinámica de participación de las CC.AA., así como de los sindicatos y las asociaciones empresariales, en la planificación y ejecución de la política de empleo (*vid supra*, como –como decimos– art. 3.3 LE 2003). Ello no obstante, asimismo observamos que en el desarrollo de todo el conjunto de estructuras, medidas y acciones del SNE, aunque sobre todo en el Capítulo I de su Título II (arts. 6-14), se comprenden esencialmente los mismos contenidos que se recogían en los respectivos de la anterior.

Esta continuidad que, respecto de la LE 2003, representa la LE 2015, ahora bien, contrasta de manera notable –nos parece– con el intenso trabajo de reconfiguración de multitud de Estatutos de Autonomía –intensos trabajos, por tanto–, lo cual no es indiferente a lo que venimos tratando<sup>44</sup>. Por ponernos en contexto, y como señalaran Alonso Olea y casas Baamonde, “... la asunción de competencias autonómicas de ejecución de la legislación laboral del Estado se modificó en los reformados ECV, EC, EBal, EAr y ECL (por Leyes Orgánicas 1 y 6/2006, de 10 abril y 19 julio; 1, 2, 5 y 14/2007, de 28 febrero, 19 marzo, 20 abril y 30 noviembre 2007, respectivamente)”<sup>45</sup>.

Sin embargo, la LE 2015 no –diríamos– ‘aprovecha la ocasión’ para incorporar las novedades que van teniendo lugar a medida que se suceden dichas reformas estatutarias, por no mencionar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (o TC) que resulta vinculada a las mismas. Y sin soslayarla ésta en absoluto (comentario a continuación), insertamos aquí, respecto de lo primero, la siguiente observación recogida en el Preámbulo (pár. 3) de la Ley 20/2014 (cit.): “La necesidad de elaborar textos refundidos ya se contenía en el informe de la OCDE sobre la gestión y racionalización de la regulación existente en España del año 2000, señalando que la revisión de los marcos legislativos no era sistemática y que en la tradición legal no existían herramientas como las revisiones periódicas finales obligatorias o la fijación de fechas de caducidad”.

<sup>43</sup> Para el resto de preceptos, recomendaríamos el cuadro comparativo inserto en <https://vlex.es/vid/cuadro-comparativo-real-decreto-585607967> (a 25 de julio de 2024).

<sup>44</sup> Ampliamente sobre esta progresión de nuestra organización institucional-territorial, *vid* López Guerra, Luis María: “La segunda fase de construcción del Estado de las Autonomías (1983-1993)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36 (II), 1993, págs. 69-80.

<sup>45</sup> En Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia: *Derecho del Trabajo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2008 (25ª edición), págs. 1290-1291.

## 2.6. Aportaciones en clave clarificadora por parte del Tribunal Constitucional

Poniendo por delante la recomendación del trabajo de Navarro Nieto también sobre este asunto<sup>46</sup>, las argumentaciones que consideramos como principales son las siguientes:

- STC 22/2014, de 13 de febrero (Pleno)<sup>47</sup>:
  - En interpretación del art. 3, apdos. 1 y 2, LE 2003 (y, por su identidad en la práctica, extensible al art. 3 LE 2015): “... cuando la Ley 56/2003 encomienda al Gobierno la elaboración de normas en materia de fomento de empleo no está desposeyendo a las Comunidades Autónomas de su capacidad normativa para regular, financiar y desarrollar sus propios programas de empleo en la medida en que no se opongan o contradigan las políticas activas estatales...” (FJ 5).
  - En interpretación del art. 3, apdo. 3, LE 2003 (desaparecido –como indicábamos- en el texto de la LE 2015, pero virtualmente inclusivo de tal contenido): “... los planes autonómicos deban (deben) ser conformes con el plan nacional de acción para el empleo, a través del cual se asumen las obligaciones establecidas por la estrategia europea de empleo, pues la vinculación a las obligaciones europeas en materia de empleo, que se recogen en el plan nacional de acción para el empleo, alcanza, asimismo, al contenido de los programas de empleo aprobados por las Comunidades Autónomas...” (FJ 6).
  - En interpretación del art. 13 LE 2003 (cit., como los anteriores, pero respecto de la LE 2015 art. 18): “... Corresponderá, así, al Estado, al establecer las bases de aquellos fijar y justificar la necesidad de realizar una centralización de la gestión, por concurrir además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, el que no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y requerirse un grado de homogeneidad que sólo puede garantizar su atribución a un único titular, el Estado...” (FJ 7.a)<sup>48</sup> y “... condiciona la gestión centralizada de los programas, a que los mismos se desarrollen en el ámbito del ejercicio de las competencias exclusivas del Estado; y a ello se une que, la finalidad de estos programas no es únicamente la formación o empleabilidad sino también simultáneamente la realización de actividades que contribuyan al ejercicio de las competencias exclusivas del Estado por medio de la ejecución de obras y servicios...” (FJ 7.b).

<sup>46</sup> Cit. (Navarro Nieto, Federico: “El Estado autonómico en materia laboral y de empleo. Un balance a la luz de la doctrina constitucional”...).

<sup>47</sup> Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2014/03/11/pdfs/BOE-A-2014-2646.pdf>, según consulta de 25 de julio de 2024 (ECLI:ES:TC:2014:22).

<sup>48</sup> A tener en cuenta que le pesa un voto particular discrepante (págs. 42-44).

- Y en interpretación de la disp. adic. 4ª LE 2003 (ausente como tal, pero incorporada en su contenido en la LE 2015): “... se prevé la posibilidad de que puedan ser gestionados por el Servicio Público de Empleo Estatal determinados programas, exigiéndose precisamente la existencia de un acuerdo previo con las Comunidades Autónomas en las que vayan a ejecutarse aquellos...” (FJ 8).
- STC 272/2015, de 17 de diciembre (Pleno)<sup>49</sup>:
  - (Único punto, en nuestro caso): En interpretación del art. 27.4 LE 2003, conforme modificación *ex art. 7 Ley 1/2014* –luego art. 41.4 LE 2015-: “... declarar inconstitucional y nulo... el art. 7 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que da nueva redacción al apartado 4 del art. 27 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, en el inciso de su párrafo segundo «y será documento suficiente para que el Servicio Público de Empleo Estatal o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, inicie el procedimiento sancionador que corresponda»; declaración que se extiende a la actual reproducción de este inciso en el párrafo segundo del apartado 4 del art. 41 del texto refundido de la Ley de empleo...” (Fallo, pár. 1) pues “... la competencia para la imposición de las sanciones frente a las conductas descritas en el art. 24.4 a) y b) de la Ley de infracciones y sanciones del orden social corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco [art. 18.2 a) EAPV]...” (FJ 4).
- STC 69/2018, de 21 de junio (Pleno)<sup>50</sup>:
  - En interpretación de ‘varios preceptos’ (*vid* FJ) de la Ley 18/2014<sup>51</sup>, en relación con los arts. 19 y 41 LE 2015: “... la regulación del fichero del sistema nacional de garantía juvenil no ha producido el desapoderamiento competencial denunciado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, pues esta puede, en el ejercicio de sus competencias, establecer el «fichero propio»... La necesidad de comunicar esos datos (altas, bajas, modificaciones) al Estado para que sean custodiados en ese fichero único, prevista en los artículos citados, no supone menoscabo alguno de sus competencias, pues el establecimiento de registros de centralización de los datos suministrados por las Comunidades Autónomas, al amparo de las competencias básicas del Estado, en este caso las del artículo

<sup>49</sup> En <https://www.boe.es/boe/dias/2016/01/22/pdfs/BOE-A-2016-633.pdf> (a 25 de julio de 2024) (ECLI:ES:TC:2015:272).

<sup>50</sup> Descargable en <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/25/pdfs/BOE-A-2018-10511.pdf> (a 25 de julio de 2024) (ECLI:ES:TC:2018:69).

<sup>51</sup> Es la Ley –llamada- de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, de 15 de octubre de 2014 (accesible desde <https://www.boe.es/boe/dias/2014/10/17/pdfs/BOE-A-2014-10517.pdf>, el 25 de julio de 2024).

149.1.13 CE, es conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal...” (FJ 8).

- Nuevamente, en interpretación de los arts. 13 LE 2003 y 18 LE 2015 (como en la STC 20/2014 –*supra*-): “... los supuestos descritos en las normas entonces recurridas encajaban, bien en el ejercicio de competencias estatales (programas para la ejecución de obras y servicios de competencia exclusiva del Estado..., bien en algunos de los supuestos en que la jurisprudencia de este Tribunal ha permitido la gestión estatal centralizada de subvenciones (necesidad de esa gestión única por ser imposible su fraccionamiento y asegurar la plena efectividad de las medidas y las mismas posibilidades de obtención...). Consecuentemente, se desestimaron ambos recursos al entender que «la invasión denunciada por la parte recurrente no puede, en ningún caso, ser directamente atribuible al precepto legal impugnado» y sin prejuzgar las que se pudieran producir en las «disposiciones que reglamenten y desarrollen en el futuro los concretos programas»...” (FJ 9)<sup>52</sup>.

Aparte, como aportación ‘del histórico’ de la jurisprudencia del TC al respecto del tema de nuestro estudio en general, e igualmente no yendo a la exhaustividad, recordar que se ha considerado al empleo como materia incluida en el concepto del art. 149.1.7<sup>a</sup> CE 1978 “legislación laboral” (FJ 5 STC 195/1996<sup>53</sup>), si bien no sin convocar controversia ya en la misma sede<sup>54</sup>.

## **2.7. La contribución de la actual Ley de Empleo (2023): ¿reglas para una *next generation*?**

La LE 2023<sup>55</sup> supone efectivamente un cambio de planteamiento en la forma de gestionar las competencias en materia de empleo respecto de lo desarrollado en nuestro trabajo hasta el momento. Caeríamos en un error si no nos planteáramos siquiera que se trata de una norma que determina una renovación del modelo traído desde, ya no la LE 1980, dada su configuración, sino la LE 2003 (y la LE 2015, por extensión). Ahora bien, tampoco pensamos que sea lo más recto afirmar que la LE 2023 representa un antes y un después respecto de las anteriores, y muy especialmente su predecesora natural (la LE 2003, como decimos), a pesar del contexto que la alumbra –y que pasamos a comentar someramente-

<sup>52</sup> Y continúan otros motivos de recurso y su valoración por el TC, pero no los atendemos por presentar una más bien escasa relación con nuestra temática.

<sup>53</sup> STC 195/1996, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TC:1996:195).

<sup>54</sup> Inclusive retrospectivamente, por ejemplo respecto de la STC 18/1982, de 4 de mayo (ECLI:ES:TC:1982:18).

<sup>55</sup> Es la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (de consulta en <https://www.boe.es/boe/dias/2023/03/01/pdfs/BOE-A-2023-5365.pdf>, a 25 de julio de 2024).

Su aprobación, tal cual se deja constancia en su Preámbulo, responde al cumplimiento del compromiso adquirido por España en el denominado “hito CID n.º 335 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” (en adelante, PRTR) y ello, a su vez, adscrito a sus siguientes –sucesivamente- “Palanca”, “Componente” y “Retos y objetivos” (entre otros en los que se estructura)<sup>56</sup>:

- Palanca VIII: “Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo”:
  - Componente 23: “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”<sup>57</sup>:
    - “Retos y objetivos: El mercado laboral español arrastra desde hace décadas importantes desequilibrios que agravan los ciclos económicos, lastran los aumentos de productividad, aumentan la precariedad y profundizan las brechas sociales, territoriales y de género, perpetuando la desigualdad. La elevada tasa de desempleo estructural y de paro juvenil, la excesiva temporalidad y rotación de contratos, la baja tasa de ocupación y la persistente brecha de género resultan en una baja inversión en capital humano, una baja productividad, y una elevada desigualdad económica y social. A estos retos estructurales se añade la actual caída de la actividad derivada de la emergencia sanitaria, que está acelerando cambios importantes en el ámbito laboral que hacen necesario abordar algunos de los problemas arrastrados del pasado. Este componente impulsará la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales y de manera que permita corregir las debilidades estructurales. Esta reforma debe ser abordada en el marco del diálogo social, orientada a reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficiencia de las políticas públicas de empleo. Además, se dará un impulso a las políticas activas de empleo, orientándolas a la capacitación de los trabajadores en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía. Por otro lado, la

<sup>56</sup> En este punto tomamos como referencia del documento –digamos- “original” del PRTR, sin perjuicio de otras referencias, conforme a su publicación en [https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan\\_Recuperacion\\_Transformacion\\_Resiliencia.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf), por remisión de la Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en <https://www.boe.es/boe/dias/2021/04/30/pdfs/BOE-A-2021-7053.pdf>, y con lo anterior a 28 de julio de 2014).

<sup>57</sup> Éste es el segundo Componente de la referida Palanca VIII, siendo el primero (Componente 22, por tanto) el relativo al “Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión”. Además, la citada Palanca VIII se acompaña de otras nueve, y con veintinueve Componentes más sin contar los 22 y 23, y todo vertebrado en cuatro ejes transversales (como se ve –por ejemplo, por lo resumido- en <https://planderrecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes>).

digitalización del SEPE será una importante reforma que contribuirá a la modernización y eficiencia de los servicios de empleo. Esta inversión se recoge en el componente 11”.

Y así pues, nuestro país dispone ya de una nueva LE –y, dicho sea de paso, también del desembolso ligado a la ejecución del PRTR en este punto (hito) de los conocidos como “fondos *Next Generation*” y de ahí el juego de palabras de nuestro título para este apartado- que imprime otro carácter a la regulación de las políticas de empleo, con mayor o menor alcance, ciertamente. Al menos no resulta sencillo oponerse –es lo que entendemos, honestamente- al hecho de que en esta norma hay tanto de política jurídica interna como comunitaria, y tanto para el conocimiento de las instituciones del Estado como para el de las autonómicas<sup>58</sup>.

Por alusión a la cuestión de la competencia Estado-CC.AA., la LE 2023 pone el énfasis en la coordinación entre los distintos agentes implicados, lo cual incluye, y situadas en la primera línea, a las dos Administraciones (en el sentido de la General del Estado y cada una de las autonómicas). Lo novedoso, sin embargo, no es –pues no lo hay como nunca antes lo ha habido, y lo hemos constatado- la disposición de un listado de competencias a asignar a la una o a la otra –u otras, en verdad- sino en, considerado el empleo una materia compartida entre Estado y CC.AA., potenciar que se procure esa coordinación interadministrativa para alcanzar conjuntamente los fines comprometidos por España, en su conjunto, vía PRTR–y sin dejar de lado por ello la participación de asociaciones empresariales, sindicatos, etc.; todo desde la “máxima coordinación” (pto. II, pár. 4, Preámbulo)-.

De manera más detallada, y por dar así mejor perspectiva del tema, una de las reformas recae en la revisión de la Estrategia Española de Activación para el Empleo, y sus Ejes, y los Planes Anuales de Política de Empleo, a fin de procurar un mayor impulso del SNE<sup>59</sup>. De hecho, la aspiración es a “... lograr la convergencia necesaria entre las políticas empleo de las distintas administraciones con competencias en la materia para la consecución de objetivos comunes...” (pto. III, pár. 7, Preámbulo) (sin que ello no signifique –nos planteamos- descartar su unificación desde un punto de vista material, o regulador, en coexistencia con una gestión de tipo ejecutivo separada). Y, por otro lado, pero por agregar un elemento que podría haber pasado desapercibido, tener presente la expresa mención a una

<sup>58</sup> No en vano, como nos recuerdan Alonso Olea y Casas Baamonde (cit.), “... las normas comunitarias vinculan directamente a las Comunidades Autónomas «por su propia fuerza normativa», no a través de su traslación o transposición por el Estado, correspondiendo a éste la garantía de su cumplimiento o ejecución uniforme y homogénea en todo el territorio nacional...” (pág. 1295).

<sup>59</sup> De tal modo, se dice que “... la Estrategia debe identificar y consensuar objetivos y líneas de actuación comunes que se hayan de cumplir durante los cuatro años a los que extiende su vigencia, definir conjuntamente las directrices, indicadores e instrumentos que permitan cuantificar su consecución y realizar una evaluación comparativa de los resultados de los servicios de empleo...” (pto. III, pár. 8, Preámbulo).

“... eventual gestión mediante colaboración público-pública o público-privada, cuando así se considere adecuado para alcanzar los objetivos...” (pto. III, pár. 18, Preámbulo). Aún con ello, es de gran relevancia –entendemos- la previsión que se hace de redoblar esfuerzos para centralizar la operativa de los datos sobre empleo en el “Sistema” –esta vez- “Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo”.

### 3. SÍNTESIS DE REFLEXIONES

- Nuestra propuesta se focaliza en la existencia de un “Estado de las Autonomías” en el que hay un ‘interés público’ en la cuestión del empleo.
- Echando la vista atrás, es a partir de la Constitución de 1931 que creemos poder comenzar a hablar del objeto de nuestro estudio pues, aunque ausente tal “Estado autonómico”, en ella se ponen los mimbres de la actual organización territorial de España al tiempo que se establece la atribución de las competencias sobre empleo a la Administración General del Estado, si bien dispuesta a la participación de ‘otros agentes’.
- El núcleo de la investigación lo ocupa, ahora bien, el discurrir de los citados elementos (empleo, Estado y CC.AA.) a partir de la proclamación de la CE 1978 a través de las sucesivas normas de desarrollo ‘combinado’ de sus preceptos de referencia (arts. 2, 40, 148 y 149). Se trata de las Leyes de Empleo de 1980, 2003, 2015 y 2023.
- La LE 1980 es, a pesar de todo el tiempo y circunstancias transcurridos, continuista respecto del planteamiento –poco más pudo ser- contenido en la CE 1931 (las competencias en la materia del empleo se encuentran centradas y concentradas en el Estado pero con cabida para la participación, inicialmente y como en la 2ª República, de los sindicatos y las asociaciones empresariales, y también de las CC.AA. a medida que iba avanzando su –valga el vocablo- ‘constitución’).
- No obstante, en los veintitrés años que distan entre la LE 1980 y la LE 2003 se produce –así lo entendemos- una verdadera transformación de la que la última es reflejo o testimonio (no la genera, en definitiva) por cuanto dicho modelo centralista va cambiando paulatinamente, en un viraje lento pero sin retorno, hacia la descentralización, por mor de las leyes orgánicas que alumbran los nuevos Estatutos de Autonomía acogedores de la transferencia de competencias sobre materias del empleo.
- Sobre la LE 2003, no nos parece que sea lo suficientemente contundente a la hora de marcar los límites correspondientes a cada poder público con intervención en el terreno de la política de empleo, habida cuenta la tendencia hacia el individualismo de los territorios autonómicos –sobre todo en clave



política- y máxime cuando resulta aprobada paralelamente a la implantación de la Estrategia de Coordinación en materia de empleo de la UE. De hecho, se genera una cierta ambivalencia entre las aspiraciones de las CC.AA. – en ocasiones sobre expectativas fundamentadas, que no fantaseadas- y la conformación del sistema (el SNE, como eminentemente de cooperación interinstitucional).

- La LE 2015, por su parte, se nos representa un *continuum* (con la excepción de salvedades puntuales, esencialmente formales, propias –como es de prever- de su adaptación a los cambios sucedidos en el tiempo mediado entre ambas, además de por razones de mejor expresión narrativa) a pesar de la intensa actividad por la reconfiguración de multitud de Estatutos de Autonomía (de lo cual, por tanto, no da cuenta). En su lugar, adquiere protagonismo una significativa serie de resoluciones del TC (destacando las sentencias 22/2014, 272/2015 y 69/2018).
- Finalmente, con la LE 2023 (actual) se dispone –a nuestro parecer- un cambio de planteamiento en la forma de gestionar la regulación y la ejecución de la política de empleo –creemos que por supuesto respecto la LE 1980, y significativamente respecto de la LE 2003 y, por ende, la LE 2015-. Ello responde, como es debido a las circunstancias que concurren, a la intensa intervención actuada por las instituciones de la UE sobre nuestro ordenamiento jurídico, y que respecto del contexto en el que nos encontramos produce que se redoblen esfuerzos (medidas, recursos, etc.) en pos de una óptima coordinación interadministrativa (Estado-CC.AA.) con la que alcanzar los fines comprometidos por España en su Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia.

# COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA PARA LA POLÍTICA DE EMPLEO

## *PRIORITY ATTENTION GROUPS FOR EMPLOYMENT POLICY*

SOFÍA OLARTE ENCABO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Granada

ORCID: 0000-0003-4592-2466

### RESUMEN

**Palabras clave:** políticas activas, empleo, colectivos, atención prioritaria, mercado de trabajo, inclusivo

Este estudio analiza el significado de los colectivos prioritarios para las políticas de empleo en el conjunto de la Ley de Empleo, como un elemento clave del diseño de un mercado de trabajo inclusivo. A partir de la conexión con el derecho a la igualdad de oportunidades y la no discriminación y el objetivo del pleno empleo, analizamos críticamente el concepto legal y el contenido jurídico de esta atención prioritaria. También se hace un breve recorrido de los colectivos, comparando el listado del artículo 50 de la Ley de Empleo, con el del RDL 1/2023, en relación a los incentivos a la contratación laboral indefinida, detectando ciertas diferencias, sin que ello plantee un conflicto normativo con la LE.

### ABSTRACT

**Keywords:** active policies, employment, groups, priority attention, labor market, inclusive

*This study analyzes the meaning of priority groups for employment policies in the Employment Law as a whole, as a key element in the design of an inclusive labor market. Based on the connection with the right to equal opportunities and non-discrimination and the objective of full employment, we critically analyze the legal concept and legal content of this priority attention. A brief overview of the groups is also made, comparing the list of article 50 of the Employment Law, with that of RDL 1/2023, in relation to incentives for indefinite employment contracts, detecting certain differences, without this posing a regulatory conflict with the LE.*

## INDICE

1. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y PLENO EMPLEO COMO PRESUPUESTOS DE LA NOCIÓN DE COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA
2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS COLECTIVOS PRIORITARIOS PARA LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN LA LEY DE EMPLEO
3. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LOS COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA
  - 3.1. Colectivos de particular consideración prioritaria
  - 3.2. La edad de los demandantes de empleo: jóvenes y mayores de 45 años
  - 3.3. Personas en desempleo de larga duración
  - 3.4. Personas con discapacidad
  - 3.5. Personas con capacidad intelectual límite y personas con trastorno del espectro autista
  - 3.6. Personas LGTBI y trans
  - 3.7. Personas migrantes
  - 3.8. Personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes
  - 3.9. Las mujeres de baja cualificación
  - 3.10. Las mujeres víctimas de violencia de género
  - 3.11. Personas en situación de exclusión social
  - 3.12. Personas gitanas o pertenecientes a grupos poblacionales étnicos o religiosos
  - 3.13. Personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración
  - 3.14. Personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones
  - 3.15. Personas víctimas de terrorismo
  - 3.16. Personas cuya guarda legal y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones Públicas
  - 3.17. Personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género
  - 3.18. Personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo
  - 3.19. Listado abierto “otras de especial vulnerabilidad”
  - 3.20. Supuestos de interseccionalidad
3. CONTENIDO Y ESTATUS JURÍDICO DE LA CONDICIÓN DE COLECTIVO PRIORITARIO

### **1. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y PLENO EMPLEO COMO PRESUPUESTOS DE LA NOCIÓN DE COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA**

Como punto de partida, la noción jurídica de colectivos prioritarios para la política de empleo en su configuración y régimen jurídico no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico ni en las anteriores leyes de empleo ni en los distintos programas de fomento de la contratación laboral. Es importante vincular este concepto, de un lado, con el derecho a la no discriminación e igualdad de oportunidades para un mercado de trabajo inclusivo (en conexión con los artículos 14 y 9.2 CE) y, de otro, con objetivo de las políticas de empleo de alcanzar el pleno empleo (art. 40.1 CE). Es claro que la no discriminación e igualdad de oportunidades, es el derecho fundamental que sustenta el concepto legal de colectivos de atención prioritaria, pero, además, es preciso conectarlo al mandato constitucional del pleno empleo, lo que requiere una mayor reflexión por ser menos evidente.

La consecución del pleno empleo es un objetivo constitucional consagrado en el artículo 40.1 CE, que establece un mandato imperativo a los poderes públicos que *“promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”*.

Igualmente el pleno empleo ha sido y es el objetivo maximalista consagrado en el desarrollo legislativo del mandato constitucional. Si nos remontamos a los antecedentes normativos de la vigente LE, ya la Ley 51/1980, de 8 de octubre Básica de Empleo de 1980, establecía en el apartado Dos de su artículo primero que *“Las medidas de política de empleo previstas en la presente Ley se adoptarán en el marco de la política económica del Gobierno, de forma que permitan conseguir y mantener el nivel de pleno empleo, mejorar la estructura ocupacional y fomentar la mejora de las condiciones de vida y de trabajo.”* Posteriormente, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, establecía en su artículo primero que, *“teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 de la Constitución, la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo...”*. Definición que recogía en idénticos términos, el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo.

La vigente LE define la política de empleo de forma novedosa, incorporando objetivos más amplios que sus antecedentes normativos, pero la referencia al pleno empleo permanece entre sus elementos definitorios<sup>1</sup>, estando ello vinculado con la voluntad legal de alcanzar un mercado de trabajo inclusivo.

Desde la primera ley de empleo, todas ellas sin excepción, pese a adoptarse en ciclos económicos de signo muy distinto, mantienen el objetivo máximo del pleno empleo (todo el que pueda y quiera, ha de tener un empleo adecuado a su nivel de cualificación), lo que se explica por el inequívoco mandato constitucional, en aquél momento muy impregnado de las teorías keynesianas sobre el empleo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El artículo 2 LE establece: *1. Integran la política de empleo las políticas activas de empleo y las políticas de protección frente al desempleo, cuyo diseño y ejecución deberán coordinarse mediante la colaboración de las Administraciones públicas con competencias en la materia y con la participación de los interlocutores sociales. 2. Conformen las políticas activas de empleo el conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas orientados a la contribución a la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo de pleno empleo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la Constitución y en el marco de la estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea”*.

<sup>2</sup> Vid. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, ed. Fondo de cultura económica, 7ªed., México, 1965.

Ello contrasta con el Derecho de la UE, cuyos objetivos son más modestos, puesto que tan solo se persigue alcanzar un “alto nivel de empleo”<sup>3</sup>. La situación del empleo en España está muy lejos del objetivo constitucional, en contraste, además y paradójicamente, con el nivel medio de empleo en la UE (no olvidemos que la tasa de desempleo aquí alcanza el 12%, frente a la media europea del 6%), mucho más cerca de dicho objetivo.

Decíamos que este objetivo es importante en relación a los colectivos con especial dificultad de inserción, denominados colectivos de atención prioritaria para las políticas de empleo en la LE, porque la consagración constitucional del pleno empleo implica también la no aceptación de la situación de exclusión de ninguna persona o grupo con especiales dificultades, siempre que puedan y quieran trabajar, y ello, además de por razón de la inadmisión de la discriminación, por razones económicas.

Volviendo a la vigente LE, su artículo 4 (Objetivos de la política de empleo) establece en primer lugar, el de “favorecer las condiciones para la generación de mercados de trabajo inclusivos en que se garantice la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, procurando, en particular, la presencia equilibrada de personas trabajadoras de ambos sexos en cualesquiera sectores, actividades o profesiones, así como condiciones laborales compatibles con la corresponsabilidad de los trabajos de cuidados”. El fuerte calado de la no discriminación exigida a las políticas de empleo, con una también intensa perspectiva de género, se articula a través de la noción de “mercados de trabajo inclusivos”, no excluyentes, lo que determina que los colectivos de atención prioritaria para las políticas de empleo –CAP- sea un concepto clave o central en esta Ley en la consecución del pleno empleo. Junto a este objetivo, en cuarto lugar, ya se adelanta que es objetivo de las políticas de empleo “La atención especializada de colectivos prioritarios para las políticas de empleo y la eliminación de cualquier clase de discriminación asegurando políticas adecuadas de incorporación laboral dirigidas a los citados colectivos”. De este modo los mercados de trabajo inclusivos requieren, en la concepción legal, la atención especializada a los CAP que son definidos –art. 3 d)- como “colectivos con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del

<sup>3</sup> Vid. TFUE, Artículo 146(antiguo artículo 126 TCE):1. Los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, contribuirán al logro de los objetivos contemplados en el artículo 145, de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión adoptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 121. 2. Teniendo en cuenta las prácticas nacionales relativas a las responsabilidades de los interlocutores sociales, los Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común y coordinarán sus actuaciones al respecto en el seno del Consejo...”- Y, más directamente el artículo 147 (antiguo artículo 127 TCE): “1. La Unión contribuirá a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones”.

empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 50”.

Todos los antecedentes legislativos, con más o menos concreción o desarrollo, han dedicado atención a los colectivos con especiales dificultades para el acceso al empleo –no tanto al mantenimiento del empleo y menos aún al desarrollo de la empleabilidad. La diferencia entre la vigente LE y sus antecedentes normativo radica, no sólo en la ampliación del elenco de estos colectivos y su desagregación en “sub” colectivos, sino, lo que es más importante, en la centralidad de esta cuestión en las políticas de empleo. Como consecuencia de ello, podemos adelantar que la LE es la norma de empleo más avanzada en el diseño de un marco antidiscriminatorio, imponiendo a las políticas de empleo un enfoque inclusivo y proactivo, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad real y efectiva. De esta forma, para facilitar el acceso al empleo y mejorar la empleabilidad de todas las personas, en el diseño legal, es preciso prestar una atención prioritaria y especializada a todos los grupos sociales que, en el momento actual, se considera están en una posición de desventaja. Y en este sentido, la LE incorpora colectivos nuevos, a los que visibiliza por primera vez –colectivo LGTBI-, a la vez que precisa mucho más los colectivos tradicionales.

En definitiva la LE, al apostar por un mercado de trabajo inclusivo adopta una opción de política jurídica sustentada a la vez en la lógica social –antidiscriminatoria- y económica –pleno empleo-. O, en otros términos, la LE, aunque no lo explicita en ningún momento, parte del hecho de que no es posible el pleno empleo si persisten grupos sociales sistemáticamente excluidos del mercado de trabajo.

## **2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS COLECTIVOS PRIORITARIOS PARA LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN LA LEY DE EMPLEO**

Todos los estudios o comentarios sobre la aún reciente Ley de Empleo (Ley 23/2003, de 28 de febrero) coinciden en señalar que, con más o menos matizaciones, la ampliación de los colectivos prioritarios para las políticas de empleo es una de las novedades más significativas de este texto legal. Igualmente, hay consenso generalizado en su valoración positiva, en algún caso, con crítica del número de ellos, que se considera excesivamente abultado. Es cierto que el listado cada vez mayor de colectivos determina una cierta pérdida de sentido de la opción legal (la diferenciación al objeto de compensar la desigualdad), ya que, a la postre, acaba siendo una clasificación de las personas demandantes de empleo por características comunes (con los riesgos que comporta el “etiquetado” de personas), siendo el grupo de personas que no tienen tal consideración, cada vez más minoritario, por razones puramente matemáticas. Sin embargo, se logra una mayor visibilidad de la existencia de grupos sociales discriminados en el mercado de trabajo y se garantiza la asignación de recursos económicos vinculados a los mismos. Además

la LE aporta en esta materia un mayor rigor técnico y mejor sistemática normativa que su predecesora logrando además una mayor coordinación con otras normas reguladoras de programas e incentivos al empleo.

En el presente trabajo, se pretende avanzar o profundizar más en esta temática desde na perspectiva jurídica, tanto en lo que se refiere a la configuración legal del concepto de “colectivos de atención prioritaria” para las políticas de empleo, como de su régimen jurídico.

La definición de “colectivos de atención prioritaria” ha de partir de un breve y selectivo análisis previo de dicho concepto en el marco de la norma –la Ley de Empleo-, particularmente del Título III de la misma, regulador de las políticas activas de empleo, ya que es dentro de en este título donde se regulan–capítulo V-dichos colectivos de atención prioritaria –en adelante, CAP- .

Las políticas de empleo se definen como el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo y a la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo y a la reducción y debida protección de las situaciones de desempleo (art. 1 LE). Es relevante que entre sus objetivos generales, la LE incluya en primer lugar la garantía de la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, invocando expresamente el artículo 9.2 de la Constitución Española, en lugar de remitirse alternativa o acumulativamente al art. 14 del texto constitucional. En efecto, considero un elemento la opción legal en favor de las medidas de acción positiva –remover obstáculos que impiden o dificultan- y el enfoque colectivo – los grupos sociales en que se integran los individuos- . Es decir, la LE desde el principio –art. 2 a)- se posiciona en una vertiente más colectiva, menos individual y más pro activa, no meramente prohibitiva. Con este referente constitucional, la garantía de igualdad efectiva se proyecta ampliamente, siendo exigible tanto en el acceso al empleo, como en las acciones orientadas a conseguirlo, así como a su mantenimiento y al progreso profesional. Además, la LE efectúa una segunda remisión, esta vez, a otro texto legal, disponiendo la proscripción de cualquier discriminación “en los términos establecidos en el artículo 17 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

También entre estos objetivos generales se presta atención diferenciada a “colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral”, estableciendo que lo son los jóvenes, mujeres, personas con discapacidad y parados de larga duración, mayores de 45 años. Siendo el objetivo, asegurarles “políticas adecuadas” de integración laboral. Esta previsión es diferente de la contemplada en el capítulo V del Título III de la LE (artículos 50 a 54), ya que, por un lado, cambia la denominación (“colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral”) y por otro, aunque solo parcialmente, es diferente la enumeración de los colectivos, aunque no se trate de una lista cerrada –“especialmente...”- . Previsiones legales ambas que,

aun coincidiendo en la vertiente colectiva y proactiva de las políticas de empleo, dadas las diferencias entre ambas en lo que a los colectivos se refiere, han de ser objeto de una interpretación sistemática e integradora, que permita una lectura coherente del texto legal sustentada en la necesaria concordancia entre ambos preceptos legales. En ningún caso cabe derivar de ello una mayor prioridad para los colectivos que aparecen en los dos preceptos, frente a los que establece el artículo, sino que se trataría más bien de colectivos, los del artículo 2, que se entienden más estructurales que tienden a mantenerse en el tiempo, sin excluir la existencia de otros cuya desventaja puede entenderse más coyuntural en cuanto su situación se vincula a cambios en el tejido social.

La consideración como colectivos prioritarios para las políticas de empleo se proyecta fundamentalmente en el ámbito de las denominadas políticas activas de empleo, las cuales adoptan una configuración amplia e integradora, abarcando servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento; todos ellos dirigidos a la creación de empleo y a mejorar las posibilidades de acceso a un empleo digno, al mantenimiento y mejora de su empleabilidad<sup>4</sup>. Además de las actuaciones y mecanismos, forman parte del concepto legal de políticas activas de empleo sus objetivos “prioritarios” (art. 31 pfo. 2º): elevar la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo, -reducir las brechas de género, y -conseguir el “ajuste simultáneo” entre oferta y demanda de empleo.

Objetivos que se pretenden alcanzar con una “mayor fluidez de la información” y a través de unos servicios de empleo “eficaces y eficientes”. Y es en relación a estos servicios “eficaces y eficientes”, cuando la norma hace una referencia “de refuerzo” de estos objetivos, al establecer que “en particular” se deberá garantizar, a las personas pertenecientes a colectivos prioritarios para la política de empleo, la prestación de los servicios especializados para facilitar su inserción laboral o, en su caso, el mantenimiento del empleo y la promoción profesional.

Por tanto, en lo que al tema que nos ocupa se refiere, hemos de adelantar que la configuración de un grupo social como “de atención preferente” se extiende o se proyecta, de un lado, objetivamente hablando, a todos los elementos integrantes de las políticas activas de empleo (orientación, intermediación, empleo, empleabilidad, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y emprendimiento); y de otro, desde un punto de vista dinámico, se proyecta o extiende tanto sobre el acceso, como sobre el mantenimiento del empleo y la promoción profesional.

<sup>4</sup> En efecto, el artículo 31.1, en su párrafo primero establece: “Se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo y a mejorar las posibilidades de acceso a un empleo digno, por cuenta ajena o propia, de las personas demandantes de los servicios de empleo, al mantenimiento y mejora de su empleabilidad y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”.



Es decir, ha de proyectarse en los programas y servicios de orientación, en la intermediación, en el empleo, la formación en el trabajo y el asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento y, además, no solo en el acceso al empleo sino también en las distintas fases de la vida laboral, además de en las transiciones.

Lo que no está tan claro, sin embargo, es si la norma establece una prioridad –o trato preferente- en sentido estricto en todos esos ámbitos, o bien, un tratamiento especializado (además de eficaz y eficiente) por parte de los servicios de empleo. Y, desde luego, tampoco establece cuales sean esos servicios especializados.

En segundo lugar, en relación con los colectivos prioritarios para las políticas de empleo es importante valorar el alcance de lo previsto en el artículo 32 de la LE, sobre todo en orden a valorar el alcance territorial de los colectivos de atención prioritaria previstos en esta ley. En este sentido no está de más recordar que las políticas activas de empleo deben desarrollarse en todo el Estado, en el marco de los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo incluidos en el capítulo III del título I de la LE (Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno y el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo), teniendo en cuenta la cartera común y los servicios complementarios prestados por los Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los requerimientos de los mercados de trabajo locales, con objeto de favorecer la colocación de las personas demandantes de empleo. Ello comporta un elemento de unidad o concepción unitaria en el contexto de la descentralización territorial, que en el tema que nos ocupa tiene como consecuencia que los colectivos prioritarios establecidos en la LE sean los mismos en todo el territorio nacional como mínimo, lo que no excluye que una Comunidad Autónoma pueda considerar, además de éstos, otros colectivos que estime requieren una atención prioritaria, respetando los que tienen tal consideración en la LE. Configuración esencialmente unitaria de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo que se impone, como es lógico, a los supuestos de gestión de los servicios y programas mediante colaboración público-privada o público-pública.

La empleabilidad es en la LE uno de los ejes fundamentales de las políticas activas, definiéndose como conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo. Técnicamente hablado, la empleabilidad se configura como un derecho y un deber de todas las personas demandantes de los servicios públicos de empleo, como desarrollo del artículo 35.1 CE (derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente). Para garantizar la efectividad de dicho derecho-deber, la LE crea herramientas de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad de las personas: estadísticas y tasas de empleabilidad, intermediación y cobertura, elaboradas en el seno del Sistema Nacional de Empleo

y del Diálogo Social. Y desde la perspectiva del deber de empleabilidad, la LE incluye la necesaria valoración de la actitud de las personas, habida cuenta el desarrollo efectivo de las acciones de empleabilidad recomendadas en el caso concreto, prestando especial atención a la eliminación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad. Y, aunque las buenas prácticas desarrolladas en los distintos ámbitos territoriales del Sistema Nacional de Empleo o en otros Estados del EEE, se consideran competencias básicas para la empleabilidad la mejora de las habilidades de comunicación oral y escrita, así como de manejo útil de herramientas digitales y tecnológicas. En este campo –la empleabilidad– se apela, así mismo, de manera especial, a la evitación de discriminaciones y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad, en el diseño e implementación de acciones de empleabilidad, lo que reafirma la consideración de la importancia de la dimensión colectiva y antidiscriminatoria en el ámbito de la empleabilidad.

En efecto, como acabamos de señalar, la LE establece un tratamiento compensador de las desigualdades entre diferentes colectivos en relación particularmente con la empleabilidad. Comenzando con el artículo 33, relativo al Sistema de formación en el trabajo, al regular los fines de esta formación en el trabajo, el apartado f) establece que uno de sus fines es la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras, a lo que, añade el precepto, otra llamada de “refuerzo” –“especialmente”– en relación a personas *“que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral”*. En este precepto la LE vuelve a recurrir a la terminología de la anterior LE (mayores dificultades) y que se pretende superar ahora con la expresión más afortunada de “prioritarios” o de “atención prioritaria”; pero, además, suscita la duda de si realmente este artículo se vincula al concepto legal de “colectivos de atención prioritaria” del artículo 50 de la vigente LE o bien, en realidad se trata de un concepto más amplio inclusivo de todas las personas que tengan mayores dificultades de mantenimiento del empleo o inserción, cualquiera que sea la razón. La “textura” abierta de la redacción legal permite la interpretación amplia, pero, a la vez, la lógica de la interpretación sistemática llevaría a considerar que estas mayores dificultades se han de relacionar con las que se establecen el artículo 50. Y dado que ex artículo 34 en relación con el artículo 3 –ambos de la LE–, se define la empleabilidad como el conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo, es claro que la mayor dificultad ha de ser objeto de una medida de acción positiva o compensatoria en el campo de las competencias y cualificaciones<sup>5</sup>. Pero

<sup>5</sup> En todos los programas formativos ofertados por los servicios de empleo los requisitos exigidos son: 1.- Ser demandante de empleo. 2.- Cumplir los requisitos de cualificación correspondientes a los cursos para los que sea preseleccionadas las personas desempleadas. Dichos

ello no se concreta en la norma de forma clara. Además, hemos de tener en cuenta que la el mantenimiento y mejora de la empleabilidad se configura en la norma –art. 35- como un derecho y un deber de todas las personas demandantes de los servicios de empleo, como desarrollo del artículo 35 de la Constitución Española. Insistiendo el apartado 2 de dicho precepto hasta dos veces en que son titulares de este derecho todas las personas sin distinción, al prever que el Sistema Nacional de Empleo debe velar por el mantenimiento y mejora de la empleabilidad de todas las personas demandantes de los servicios de empleo. Y además, todas las actuaciones de las entidades y organismos públicos y privados del Sistema Nacional de Empleo deberán orientarse hacia la satisfacción del derecho para todas las personas demandantes de servicios públicos de empleo. Por tanto, se ha de concluir en una interpretación integradora del derecho de todos y del trato preferencial de los que tienen mayores dificultades incluyente, además, de todos los CAP del artículo 50.

De la misma manera, la medición de la mejora de la empleabilidad a través de la valoración de las tasas de empleabilidad, intermediación y cobertura (artículo 36.3LE), coherentemente con la configuración de este derecho, tiene en cuenta la diferente situación de las personas y grupos sociales en relación con la empleabilidad, de modo que el uso de herramientas de apoyo a la toma de decisiones basadas en el análisis de datos, de estadísticas y del mercado de trabajo, “contribuirá también a identificar en cada momento qué personas o colectivos de personas están encontrando mayores dificultades para acceder al empleo” (concepción dinámica).

requisitos aparecen en la tabla siguiente: Nivel 1: • Sin la ESO Nivel 3: • Estar en posesión del título de Bachillerato. • Estar en posesión de otro Certificado de Profesionalidad del mismo nivel. • Estar en posesión de un Certificado de Profesionalidad de nivel 2 de la misma familia y área profesional. • Disponer de un título de Técnico o Técnico Superior de FP. • Disponer de un título de Técnico o Técnico Superior de Artes Plásticas y Diseño. • Contar con una titulación universitaria oficial. • Haber superado la prueba de acceso a un ciclo formativo de grado superior. • Tener superada la prueba de acceso a la universidad para mayores de 25 años o de 45 años. • Tener las competencias necesarias para cursar con aprovechamiento esa formación (existen pruebas para acreditar dichas competencias). 3.- Para participar por el cupo de Mujeres Víctimas de Violencia de Género, deberán estar inscritas como pertenecientes a dicho colectivo en el SEPE y tener vigentes los requisitos legales para pertenecer a dicho colectivo. 4.- Las personas migrantes, que deseen participar en los cursos de formación, con el fin de conseguir la residencia por arraigo para la formación, deberán cumplir los requisitos que se establecen en 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 artículo 124 del reglamento de extranjería, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril: • Tener autorizado el arraigo por formación. • Disponer de N.I.E. • Estar inscritas como demandantes de servicios previos al empleo en los Servicios Públicos de Empleo, una vez que se cumplan los dos requisitos anteriores. 5.- Las personas con discapacidad por capacidad intelectual límite o personas del espectro autista, deberán figurar como demandantes de empleo con discapacidad y haber entregado el informe de aptitud emitido por el IMSERSO en el SEPE. 6.- Superar la entrevista que cada entidad formativa llevará a cabo para seleccionar las personas demandantes de empleo de entre las preseleccionadas, respetando siempre, el número de personas asignadas de cada colectivo. En la entrevista, entre otros factores, se valorará la motivación, intereses, capacidades, etc. En ningún caso se podrá exigir un nivel de conocimiento superior al establecido de cualificación, en la actividad formativa correspondiente. 7.- No serán seleccionados para realizar un curso, aquellos que ya lo hayan superado o realizado dos veces. Es visible la vinculación, además de los lógicos requerimientos de la titulación y formación del demandante de empleo, con la edad, la discapacidad, el sexo y la migración.

La desagregación de la tasa de empleabilidad para estos colectivos o personas mostrará también una medida de la intensidad de esas dificultades”. Es decir, que la medición de la empleabilidad puede ser determinante de la identificación de situaciones y grupos sociales con mayores dificultades. Y coherentemente con ello, aún –incomprensiblemente- potestativo, el diseño de incentivos a la contratación y otras medidas de políticas activas, “podrá tener en cuenta esta identificación de colectivos, y la intensidad con que se manifiesten sus dificultades de acceso al empleo” (art. 36.3).

El difícil equilibrio entre la configuración legal de los colectivos prioritarios y las medidas de acción positiva que ello comporta, de un lado y el derecho-deber de empleabilidad de todo demandante de empleo, por otro, es visible en la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 39 LE, al establecer que “*Sin perjuicio de la atención que debe observarse para combatir cualquier causa de discriminación*”, en la “*planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad se guardará especial cuidado en evitar discriminaciones*” por edad, sexo o discapacidad, o por otras razones como orientación sexual, identidad de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social, así como la toma de cualquier decisión que pueda implicar un sesgo o estereotipo negativo de las personas por estos motivos. Por tanto, dada la consagración legal de medidas de discriminación positiva, reconocidas en relación a un amplio elenco de colectivos considerados de atención prioritaria, se ha de entender que esta previsión legal prohíbe toda discriminación desfavorable o adversa. Lo que implícitamente se desprende de la previsión del párrafo segundo de dicho artículo 39 al prohibir que se establezcan criterios que presupongan que las personas destinatarias son suficientemente mayores, suficientemente jóvenes o referentes al sexo o a la discapacidad de estas.

En relación con las actividades de intermediación en el mercado de trabajo, la Ley también tiene en cuenta la variable subjetiva y la acción positiva en relación a colectivos objeto de atención prioritaria. El calificado como “servicio público de intermediación laboral” –art. 42 LE-, en realidad (independientemente de la naturaleza pública o privada del sujeto que la lleve a cabo) toda actividad de intermediación, tanto respecto de la labor de prospección y captación de ofertas de trabajo, como de la casación de la oferta y demanda de empleo o la colocación, recolocación o selección de personal, se ha de llevar a cabo atendiendo al cumplimiento de los objetivos de la política de empleo y de los principios rectores de la misma, pero además, tal como especifica el apartado 8 de dicho artículo 42, ha de respetar la igualdad real y efectiva de las personas oferentes y demandantes de empleo, a la vez que la no discriminación en el acceso al empleo,” sin perjuicio de la generación de mercados de trabajo inclusivos y la ejecución de programas específicos para facilitar la empleabilidad de colectivos más desfavorecidos”. De nuevo este precepto recupera la noción de colectivos más desfavorecidos, en lugar

de referirse a colectivos prioritarios, como en pura lógica jurídica correspondería y, al igual que hemos visto con anterioridad, el precepto integra las dos dimensiones de la no discriminación, la negativa y la positiva.

En cambio, al regular las obligaciones de las agencias de colocación, en los mismos términos que establecía la anterior LE, aparece la de garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, siempre que las personas trabajadoras se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate (art. 43.3 f) LE). Es decir, las agencias de colocación en el desarrollo de su actividad de intermediación están obligadas a no discriminar desfavorablemente, pero específicamente no se impone una atención prioritaria (acción positiva) a los colectivos que son objeto de dicha discriminación (aunque a dicha conclusión pudiera llegarse dado el alcance general del artículo 42 LE).

Por último hemos de referirnos al artículo 49 LE, relativo a *Programas y medidas de apoyo activo al empleo*, que, aunque formalmente no configura un colectivo de atención preferente, en realidad sí adopta un enfoque específico respecto a las personas receptoras de prestaciones, subsidios u otras rentas de protección económica frente al desempleo o cese de actividad. En efecto, la Ley prima el retorno al mercado de trabajo, considerando a este fin incluso la movilidad geográfica o profesional de estas personas, ordena la adopción de programas específicos que permitan la compatibilización, al menos parcial, de tales prestaciones con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Pero en tales casos ha de garantizarse a quienes se acojan a los citados programas gozarán de las mismas condiciones laborales que las del resto de personas trabajadoras de la empresa o entidad donde se desarrollen, evitando que se trate de fórmulas para proveer mano de obra “barata” a las empresas o entidades públicas que los empleen. El precepto, no obstante, da un tratamiento diferente a los colectivos prioritarios al prever que “Podrán también articularse programas de apoyo activo al empleo, con carácter extraordinario y temporal y financiación, a fin de ofrecer un apoyo económico y promover acciones de mejora de la empleabilidad” para las personas pertenecientes a los colectivos prioritarios, o para fomentar la movilidad geográfica voluntaria de las personas desempleadas, cuando éstas acepten una oferta de empleo que requiera cambio de lugar de residencia habitual.

Además, para impulsar iniciativas de emprendimiento o economía social viables, la LE impone el desarrollo de programas de fomento del empleo a cuyo amparo podrá abonarse, por una sola vez, la prestación contributiva por desempleo a que tenga derecho la persona trabajadora, en su importe total o parcial, y/o

utilizarse para abonar el importe de las cuotas a la Seguridad Social. Aunque también establece la obligación de establecer programas de fomento del empleo que contemplen el abono del importe total o parcial de la prestación contributiva por desempleo para favorecer la movilidad geográfica de sus perceptores, si el trabajo que origina la compatibilidad les obliga a cambiar de lugar de residencia habitual.

### **3. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LOS COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA**

#### **3.1. Colectivos de particular consideración prioritaria**

La LE regula en un capítulo específico del Título III –políticas activas-, el V, a los colectivos prioritarios para la política de empleo. Colectivos que se presume requieren una atención específica en la planificación, el diseño y la ejecución de las políticas activas, por entender que tienen mayores dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, por ser más vulnerables a la discriminación. De este modo, además, se identifica a los grupos sociales unitariamente, para los diferentes niveles territoriales y funcionales del Sistema Nacional de Empleo y lo hace con el objetivo de establecer una acción de empleo suficientemente diferenciada y eficaz.

No obstante, antes de entrar en el análisis de la larga enumeración legal de los colectivos prioritarios, es preciso referirnos dos supuestos que son objeto de un tratamiento legal que requiere realizar algunas matizaciones importantes: las personas que abandonan los servicios públicos de empleo y las mujeres en determinados sectores y niveles profesionales.

La preámbulo de la LE –III- al referirse a este capítulo, advierte de un supuesto colectivo novedoso, que apunta a la proyección de este tratamiento preferente o especializado a un colectivo que no se asienta en el presupuesto general de tratarse de personas demandantes de empleo. Concretamente explicita que, *“sin perjuicio de tal identificación, en la Ley son objeto de especial atención, en primer lugar, aquellas personas que abandonan la condición de persona demandante de servicios de empleo pese a no haber obtenido este, abogando la norma por un seguimiento especial de este colectivo por las personas responsables de su tutorización”*. Pese a esta afirmación, el artículo 50.1 párrafo segundo de la Ley no se refiere a esta circunstancia –el abandono de la condición de demandante de empleo- sino que, en primer lugar se refiere a que *“Se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, a las personas jóvenes especialmente con baja cualificación”*. La lectura del preámbulo nos debe llevar a pensar que el precepto legal se refiere a personas jóvenes de baja cualificación que no tienen la mayoría de edad y no tienen empleo, posibilitando acciones de empleabilidad al margen

de su inscripción como demandantes de empleo. O bien, es posible que se trate de una declaración que no cuenta luego su correspondencia en el precepto legal. El artículo 53 se refiere a las personas demandantes de servicios de empleo jóvenes, lo que permitiría pensar que los jóvenes a los que se refiere el artículo 50 serían esos jóvenes que no figuran como demandantes de empleo y a los que se les presume la falta de cualificación (jóvenes que no estudian ni trabajan). Sin embargo los términos del Preámbulo son claros en no referirse a jóvenes, sino a toda persona que abandona la condición de demandante de servicios de empleo sin haber conseguido un empleo. Y además de claros, en ese sentido, es igualmente claro que el artículo 50 no se refiere a esta circunstancia de forma explícita.

Desde mi punto de vista, la llamada de atención que hace el preámbulo a las personas que han dejado de ser demandantes de servicios de empleo pese a no haberlo conseguido, abogando por un seguimiento por parte de las personas responsables de su tutorización, es decir, por parte de quienes habían llevado del diseño del itinerario de inserción y su seguimiento hasta abandonar el servicio, es algo que no cuenta con reflejo en el texto legal a los efectos de su consideración como colectivo prioritario. Entiendo que no es descabellado articular algún mecanismo de “recuperación” de personas que caen en el desánimo y abandonan el sistema, sin embargo, dada su ausencia en la ley, solo cabe pensar que se ha producido un lapsus legal, ya que considerar que se refiere a jóvenes sin cualificación y las personas responsables de su tutorización por ser menores de edad sometidos a tutela, no parece en absoluto una interpretación razonable. Es decir, las personas que dejan de ser demandantes de empleo sin haber alcanzado ese objetivo, pasan a ser recuperables, no exigiéndose la inscripción, apostando por un retorno al sistema.

La perspectiva de género se hace presente en la LE de modo transversal, impregnando todas las políticas de empleo. En ese sentido, el preámbulo, adelanta que la Ley ha de proceder al establecimiento de objetivos sectoriales cuantitativos de disminución de la brecha de empleo y a promocionar el acceso a los incentivos de empleo a aquellas empresas que, enmarcadas en sectores con una diferencia entre el porcentaje de empleo masculino y femenino superior a la media, en el último ejercicio hayan incrementado la proporción de trabajadoras. La norma posibilita, así mismo, el desarrollo de medidas de impulso a la incorporación de trabajadores en ámbitos feminizados y, a la inversa, de trabajadoras en sectores y grupos profesionales superiores en que se hallen infrarrepresentadas. Concretamente el artículo 51 es el que regula la perspectiva de género en las políticas activas de empleo con carácter general, siendo el artículo 50 el que se refiere a colectivos de mujeres con especiales características que son los que tienen la consideración de prioritarios. En efecto, como hemos señalado el artículo 51 se refiere transversalmente a la perspectiva de género en las políticas de empleo, estableciendo la obligación de que los organismos públicos y privados de empleo en su actuación se dirijan a promover la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en las carreras profesionales y a evitar

cualquier discriminación, directa o indirecta, entre personas usuarias de los servicios de empleo. Actuación que deberá intensificarse cuando las demandantes de empleo, mujeres desempleadas o inactivas, encabecen una familia “monomarental”. Y es a tal efecto por lo que deberán establecerse objetivos cuantitativos sectoriales de disminución de la brecha de empleo en aquellos sectores en los que exista una diferencia entre el porcentaje de empleo masculino y femenino, en perjuicio de este último, superior a la media computada anualmente. Y coherentemente con ello, dispone también, que podrá beneficiarse de medidas de incentivo al empleo, reguladas por la normativa laboral, toda aquella empresa perteneciente a dichos ámbitos que en el último ejercicio haya incrementado el porcentaje de empleo femenino sobre el total. En términos menos imperativos el artículo 51 establece que también podrán desarrollarse medidas de incentivo para la incorporación de trabajadores varones en aquellos ámbitos de mayor presencia femenina, al objeto de reducir la segregación ocupacional.

El precepto legal se cierra con la previsión de que los servicios de empleo pondrán en marcha acciones de empleabilidad dedicadas exclusivamente a mujeres demandantes de servicios de empleo en aquellos ámbitos con mayor infrarrepresentación femenina. En particular, se organizarán iniciativas de este tipo destinadas a la promoción hacia los grupos profesionales superiores. Y a tal fin se desarrollarán algunas de las acciones consideradas más eficientes de entre las incluidas en el catálogo de instrumentos de empleabilidad.

En definitiva, la LE no configura a las mujeres en general como prioritarias, sino que lo hace en relación con la vertiente sectorial y los niveles profesionales más altos. Por tanto será un colectivo prioritario el de mujeres en sectores subrepresentadas y en niveles profesionales altos –donde también están subrepresentadas-.

### **3.2. La edad de los demandantes de empleo: jóvenes y mayores de 45 años**

Volviendo al análisis del artículo 50, la edad de las personas demandantes de servicios de empleo es objeto de atención específica y se consideran en base a este factor, edad, colectivos de atención prioritaria: de un lado, a las personas jóvenes especialmente con baja cualificación y de otro, las personas mayores de 45 años.

Comenzando con el grupo social de personas jóvenes, la norma es bastante pormenorizada, diferenciando dentro del mismo dos franjas de edad y, además distinguiendo el grado de formación que ostenten. En efecto, además de aparecer en el listado de CAP, la LE contiene un precepto específicamente referido a este grupo social (artículo 53, *Personas demandantes de servicios de empleo jóvenes*). En primer lugar hay una definición legal de jóvenes a estos efectos –consideración como CAP-, siendo una persona joven la que no haya alcanzado los treinta años o sea beneficiaria del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. No obstante, además de la franja de edad general, esto es de dieciséis a 29 años, la norma parece indicar una mayor prioridad en el campo de las políticas de empleo, para aquéllas personas



jóvenes mayores de 18 años –mayoría de edad- que, además carezcan de alguna de las titulaciones previstas en el artículo 11.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para la conclusión de un contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios.

En cambio, en el caso de las personas jóvenes de dieciséis y diecisiete años sin estudios obligatorios o postobligatorios, independientemente de la mejora de la empleabilidad e inserción laboral, los esfuerzos del sistema público de empleo prestarán una atención especial al retorno al sistema educativo y mejora de las cualificaciones iniciales. Lo que claramente les resta prioridad en las medidas y acciones del Sistema Nacional de Empleo. En relación con los jóvenes titulados, las medidas de empleabilidad se dirigirán hacia el favorecimiento de la práctica profesional, lo que es plenamente coherente con el diseño de las modalidades de contratación formativa del artículo 11 del ET. Todo ello muy conectado con las Orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, especialmente centradas en los jóvenes y de forma más intensa en aquéllos que ni trabajan ni estudian.

Dada la proclividad a la mala práctica imperante en la contratación laboral de jóvenes, la LE establece respecto a los jóvenes que, con carácter general (y sin perjuicio de la preferente remisión al sistema educativo de los jóvenes de dieciséis y diecisiete años), las políticas activas de empleo promoverán el empleo de calidad, la contratación indefinida y a jornada completa y los salarios dignos, así como la movilidad geográfica hacia zonas rurales despobladas o en riesgo de despoblación.

El Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo incluye, en las mismas condiciones que a cualquier otra persona demandante de servicios de empleo, a quienes formen parte de la población activa en esta franja de edad. Los datos del sistema se utilizarán a los efectos de cualquier programa europeo o interno que se pongan en marcha, a cuyo efecto se realizarán las adaptaciones puntuales que sean necesarias.

En relación con personas mayores de cuarenta y cinco años, el colectivo no queda definido solo entorno a la edad, sino que, además de ésta, se requiere una exigencia adicional: la pérdida de un empleo o el riesgo de pérdida, en situaciones tales como una reestructuración de plantilla. Ello excluiría a personas mayores de esa edad que no han desempeñado empleo alguno con anterioridad o que han dejado transcurrir un largo período de tiempo tras la pérdida del empleo.

Al igual que sucede con el colectivo joven, en el caso de colectivo de trabajadores maduros, la norma también se refiere a este colectivo de forma diferenciada –art. 52 LE- y prevé una circunstancia agravante de la mayor vulnerabilidad en el mercado de trabajo, además de la edad., relacionada con la conciliación familiar: el tener a cargo un menor de dieciséis años o mayores de esa edad dependientes. Esto es, como han previsto las anteriores leyes de empleo, el ser una persona con una determinada edad y tener cargas familiares, no tanto porque ello comporte necesariamente una desventaja en el mercado laboral, sino por una mayor necesidad de recuperar o no perder un empleo.

### 3.3. Personas en desempleo de larga duración

A diferencia de los colectivos anteriores, la LE no define ni dedica un precepto específico a las personas en desempleo de larga duración. A los efectos de incentivos a la contratación laboral, el RDL 1/2023 considera a éstas como “personas inscritas en la oficina de empleo al menos doce meses en los dieciocho años anteriores a la contratación” –art. 21. Se trata de uno de los colectivos “clásicos” en el tratamiento legal de colectivos especialmente vulnerables, ya desde la LBE/1980, dada la problemática social aparejada a estas situaciones generalmente vinculadas a la exclusión social y que, dada la orientación hacia un mercado de trabajo inclusivo, debiera haber sido objeto de una mayor atención por parte de la LE.

El enfoque preventivo del desempleo inherente a las políticas de empleo es una constante de las orientaciones de la UE para las políticas de empleo de los Estados Miembros. Concretamente la Decisión UE 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados Miembros<sup>6</sup> se refiere a este colectivo de forma indirecta, al marcar el plazo de dieciocho meses, como período en el que se ha de haber logrado el acceso a un empleo. En el Anexo, orientación número 6, establece que “Los Estados miembros deben proporcionar a los desempleados y a las personas inactivas una asistencia eficaz, oportuna, coordinada e individualizada basada en el apoyo en la búsqueda de empleo, la formación, el reciclaje y el acceso a otros servicios de capacitación, prestando especial atención a los grupos y personas vulnerables...”. Urgiendo a la necesidad de adoptar “cuanto antes” unas estrategias globales que incluyan evaluaciones individuales detalladas de los desempleados, a más tardar a los dieciocho meses de estar en situación de desempleo, con vistas a prevenir y reducir significativamente el desempleo estructural y de larga duración.

Por tanto, la LE recoge esta orientación de la UE, además de ser un colectivo específicamente diferenciado en las políticas de empleo de forma invariable en nuestro ordenamiento. No obstante, dada la entidad social y económica de la situación de paro de larga duración, la LE no presta la atención requerida como pone de manifiesto que, a diferencia de otros colectivos no sea objeto de un tratamiento específico ni lo suficientemente desarrollando. Pese a ello, su conexión con las situaciones de interseccionalidad hace que, por esta concurrencia de factores o elementos, estos colectivos puedan alcanzar una efectiva protección de sus derechos en este ámbito.

### 3.4. Personas con discapacidad

La participación en el mercado de trabajo de este grupo social es marcadamente inferior a la de resto de colectivos prioritarios para la política de empleo (dos de cada

<sup>6</sup> DOUE núm. 106, de 24 de noviembre de 2022.

tres están en situación de desempleo), siendo, además mayoritario el porcentaje de personas con discapacidad que desarrollan una actividad remunerada en lo que se conoce como “mercado de trabajo protegido”. Las ligeras mejoras de las tasas de actividad y de empleo que se han producido son puntuales, coincidiendo con ciclos económicos de alto crecimiento; y, además, aun en el caso de dichos ciclos, sus tasas de paro y actividad han mejorado de forma sensiblemente inferior al resto de la población activa.

Las medidas previstas en la LE para las personas con discapacidad, se han de entender, sin perjuicio y además de las medidas contempladas en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre –en adelante LGDPD-. La atención de personas demandantes de servicios de empleo con discapacidad se encauza en la LE por las mismas vías que las anteriores leyes de empleo: fomento de la contratación laboral y otras medidas para el acceso al empleo ordinario y desarrollo de un mercado de trabajo protegido. Es decir, que, como sus precedentes legales, la LE establece que los servicios de empleo procurarán, prioritariamente, el acceso de dichas personas al empleo ordinario, además de la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo, que se entienden como alternativas subsidiarias. Como veremos, más adelante, la aportación de la LE en realidad, se refiere a determinadas discapacidades desfavorablemente discriminadas respecto a otras.

El RDL 1/2023, de 10 de enero de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de personas artistas, define –art. 6 b)- a las personas con discapacidad por remisión a lo dispuesto en la LGDPD. Se trata de una definición por reenvío o remisión, a lo dispuesto en el artículo 2 a) de esta ley, que adopta una definición coherente con los tratados internacionales en la materia, de carácter amplio y no formalista. En concreto, la discapacidad es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Tampoco la LE define de forma diferenciada la discapacidad, pero sí contiene un precepto específicamente referido a este colectivo con vulnerabilidad cualificada en el mercado de trabajo. Concretamente, el artículo 54. Con la rúbrica “*Personas con discapacidad demandantes de servicios de empleo*”, la LE está limitando su alcance o ámbito de aplicación exclusivamente a las personas con discapacidad inscritas en las oficinas de empleo<sup>7</sup>, lo que excluye otro tipo de

<sup>7</sup> El artículo 3 a) primero de la LE define a la persona demandante de empleo como aquella persona desempleada u ocupada que, en función de sus expectativas o requerimientos, solicita la mediación de los servicios públicos de empleo, con objeto de mejorar su empleabilidad y facilitar su acceso a un empleo decente y de calidad.

actuaciones preventivas, de modo que la persona con discapacidad ha de adoptar una decisión de búsqueda de empleo y formalizarla por esta vía. Siendo éste el primer elemento a destacar de la norma.

En segundo lugar, la LE limita objetivamente su contenido en cuanto indirectamente remite a las medidas de generación y mantenimiento del empleo del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, concretamente al artículo 39.2, que prevé genéricamente el fomento del empleo de las personas con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su inclusión laboral. Ayudas que podrán consistir en subvenciones o préstamos para la contratación, la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideran adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social. En contraste, la LE es mucho más lacónica al disponer – artículo 54.1- que los servicios de empleo “procurarán, prioritariamente, el acceso de dichas personas al empleo ordinario, el mantenimiento del empleo, la mejora de su empleabilidad a lo largo de su ciclo laboral y su desarrollo profesional, así como la sostenibilidad del empleo protegido”. Es decir, que al acceso al empleo ordinario como objetivo prioritario, se añaden la mejora de la empleabilidad y desarrollo profesional.

En relación con los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad<sup>8</sup>, coherentemente con la transversalidad de las políticas en materia

<sup>8</sup> El artículo 12 del TRLDPD establece que los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad de cada ámbito sectorial deberán contar con la formación especializada correspondiente y serán competentes, en su ámbito territorial, para prestar una atención interdisciplinaria a cada persona con discapacidad que lo necesite, para garantizar su inclusión y participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. De otro lado, los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad son los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad, para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo competente. Entre las funciones de este órgano de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad figuran: emitir un dictamen técnico normalizado sobre las deficiencias, las limitaciones para realizar actividades y las barreras en la participación social, recogiendo las capacidades y habilidades para las que la persona necesita apoyos; la orientación para la habilitación y rehabilitación, con pleno respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, proponiendo las necesidades, aptitudes y posibilidades de recuperación, así como el seguimiento y revisión; la valoración y calificación de la situación de discapacidad, determinando el tipo y grado de discapacidad en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación, sin perjuicio del reconocimiento del derecho que corresponda efectuar al órgano administrativo competente-; la posibilidad o no de revisión antes de la calificación definitiva. En todo caso, estas calificaciones y valoraciones se sustentan en criterios técnicos unificados, basados en la evidencia disponible, y tendrán validez ante cualquier organismo público y en todo el territorio del Estado.

de discapacidad<sup>9</sup>, la LE establece que, siempre que así lo determinen las respectivas Administraciones públicas competentes, el personal del SPE -Agencia Española de Empleo- y los servicios públicos de empleo autonómicos se integrarán en dichos equipos con el objeto de mejorar la empleabilidad de las personas con discapacidad. Por tanto, la LE abre una vía de colaboración en este ámbito, pero no la impone, dejando un margen de discrecionalidad muy amplia, cuando lo más acertado hubiera sido la integración de este personal en los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad con carácter generalizado.

También contempla la LE expresamente la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva, coherentemente con lo previsto en el artículo 68 del TRLDPD<sup>10</sup>, esto es, en gran parte remitiendo a este precepto. Las medidas previstas en el TRLDPD no son otras que las ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. En relación a los “servicios especializados” a que alude el TRLDPD, la LE prevé expresamente que las medidas más adecuadas del catálogo de instrumentos de empleabilidad, a la vista del perfil de las personas demandantes de servicios de empleo, serán objeto de las adaptaciones necesarias para su plena efectividad en el caso de las personas con discapacidad. Es decir, que la especialidad consiste en una adaptación de las medidas del catálogo de instrumentos de empleabilidad.

En relación con los servicios de empleo con apoyo<sup>11</sup>, pieza clave para procurar el acceso al mercado de trabajo ordinario que corresponde a éstos, el artículo 54 LE solo prevé que la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos, así como las entidades privadas y colaboradoras

<sup>9</sup> Vid. art. 5 o) del TRLDPD que define la transversalidad de estas políticas como es el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.

<sup>10</sup> El artículo 69 del TRLDPD establece el contenido de las medidas de acción positiva, que podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Las medidas de igualdad de oportunidades podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. Dichas medidas tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias. Particularmente se obliga a las administraciones públicas correspondiente garanticen que las ayudas y subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

<sup>11</sup> Vid. artículo 41 del TRLDPD que dispone: que los servicios de empleo con apoyo son el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes. Los servicios de empleo con apoyo se regularán por su normativa reglamentaria.

que se determinen reglamentariamente, podrán cooperar en el diseño, organización, puesta en marcha y ejecución de los servicios de empleo con apoyo. Críticamente, se puede decir que en este punto la LE ha perdido una oportunidad de dar contenido concreto a dichos servicios de empleo con apoyo, pese a que el TRLDPD remite para ello a un ulterior desarrollo reglamentario, no legal.

La LE como tal no contempla más medidas ni mecanismos relativos al empleo de las personas con discapacidad que las aquí señaladas, por lo que, en realidad, la mayor parte de ellos se regulan por el texto refundido de la LGDPD (artículos 40 a 46), esto es: adopción de medidas para prevenir las desventajas en el trabajo, la obligación empresarial de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario, para cuya valoración se ha de tener en cuenta si la carga es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa. En segundo lugar, servicios de empleo con apoyo (acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo); cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán ( el 2 por 100, 10 por 100 en las administraciones públicas). No obstante, se ha de recordar que de manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas determinadas reglamentariamente. De otro lado el artículo 43 TRLDPD regula los centros especiales de empleo, que, realizando una actividad productiva de bienes o de servicios para el mercado, tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad (siendo como mínimo el 70% de su plantilla personas con discapacidad); a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Son centros obligados a prestar los servicios de ajuste personal y social que requieran estas personas y que pueden ser beneficiarios de compensaciones económicas para que éstos puedan cumplir la función social requerida, ayudando a su viabilidad económica. Finalmente el TRLDPD regula en su artículo 46 los enclaves laborales.

En definitiva, la LE ha incorporado pocas novedades al panorama normativo anterior a su aprobación en lo que se refiere a este colectivo, más allá de la señaladas, lo que contrasta con el nuevo Eje 4 “oportunidades de empleo” de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 268/2021 de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva.

### **3.5. Personas con capacidad intelectual límite y personas con trastorno del espectro autista**

A diferencia del colectivo genérico de personas con discapacidad, la LE incorpora dentro del mismo un “sub” colectivo especialmente vulnerable social y laboralmente: las personas con capacidad intelectual límite y personas con trastornos del espectro autista.

Las personas con capacidad límite ya habían sido objeto de un tratamiento diferenciado en el ámbito de las políticas de empleo. El Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, establece (art. 2) que *“A los efectos previstos en este real decreto y en las distintas normas laborales que regulen medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite”*, se entiende por tales aquellas personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados que acrediten oficialmente, según los baremos vigentes de valoración de la situación de discapacidad, al menos un 20 por ciento de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33 por ciento. Además, posteriormente el RDL 1/2023, prevé una bonificación en las cuotas a la Seguridad Social por contratación indefinida de estas personas de 128 euros al mes durante cuatro años.

Las personas con trastornos del espectro autista ya habían sido objeto de diferenciación dentro del colectivo de personas con discapacidad. Concretamente fue el RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, que en su artículo 5, distingue entre discapacidad en general –apartado b- y personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental o con discapacidad intelectual, incluidas las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento. Siendo poco coherente que la LE solo recoja a las personas con trastornos del espectro autista y no, por ejemplo con trastorno de salud mental.

### **3.6. Personas LGTBI y trans**

Un colectivo de atención prioritaria realmente novedoso en la LE son las personas LGTBI, en particular transgénero, Ello ha de conectarse con la Estrategia estatal para su inclusión desde el diseño de medidas de acción positiva para la mejora de su empleabilidad y planes específicos de fomento del empleo.

La LE se aprobó el mismo día que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de

las personas LGTBI que también contiene medidas laborales. De este modo hay una especial coherencia y simbiosis entre ambas normas. Especialmente destacable es el artículo 14 g) de la Ley 4/2023 que prevé la igualdad de trato y de oportunidades en las convocatorias de subvenciones de fomento del empleo.

A partir de estas previsiones normativas, se puede afirmar que no solo se trata de un colectivo prioritario novedoso sino que, además, es un colectivo muy destacado dentro del conjunto de políticas de empleo subjetivadas colectivamente, con un fundamento legal más fuerte que otros.

### **3.7. Personas migrantes**

A diferencia de la anterior ley de empleo –TRLE/2015-, la LE considera CAP a los migrantes, es decir, no sólo a los inmigrantes. Por tanto, la LE opera una ampliación subjetiva del colectivo, que ya era tradicionalmente objeto de una atención diferenciada por las políticas de fomento del empleo. A parte de este colectivo de carácter omnicompreensivo, la LE diferencia grupos migrantes de particulares

### **3.8. Personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes**

Este colectivo se diferencia respecto el anterior –migrantes- por una determinada situación administrativa que apunta a una situación de vulnerabilidad cualificada respecto a una persona migrante que se encuentra en nuestro territorio por otros motivos.

Para la determinación del colectivo y la acreditación de esta situación, se ha de estar a lo dispuesto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria –modificada por la Ley.

Especial atención se ha de prestar a los beneficiarios de protección temporal con arreglo a la Directiva 2001/55/CE y su aplicación, prorrogada a los desplazados por la guerra de Ucrania, por la Decisión de ejecución (UE) 2022/382, del Consejo de 4 de marzo de 2022.

### **3.9. Las mujeres de baja cualificación**

La dimensión de género está expresamente recogida de forma diferenciada dentro de la misma sección de la LE, a continuación de la determinación de los colectivos prioritarios para las políticas de empleo, en el artículo 51. Aunque las mujeres genéricamente consideradas no tienen reconocida la condición de colectivo prioritario, al tratarse de una perspectiva transversal de las políticas de empleo, es claro que el género no es una circunstancia ausente en la LE, lo que obliga a los organismos públicos y privados de empleo a promover en su actuación la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en las



carreras profesionales y a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, entre personas usuarias de los servicios de empleo. Actuación que deberá intensificarse cuando las demandantes de empleo, mujeres desempleadas o inactivas, encabecen una familia monomarental.

LE impulsa la vertiente sectorial en un doble sentido. En primer lugar establece que la perspectiva de género que han de aplicar los servicios y organismos públicos y privados de empleo implica la obligación de establecer objetivos cuantitativos sectoriales de disminución de la brecha de empleo en aquellos sectores en los que exista una diferencia entre el porcentaje de empleo masculino y femenino, en perjuicio de este último, superior a la media total, computada anualmente. En estos casos, sólo pueden beneficiarse de medidas de incentivo al empleo, reguladas por la normativa laboral, toda aquella empresa perteneciente a dichos ámbitos que en el último ejercicio haya incrementado el porcentaje de empleo femenino sobre el total. Y, en segundo lugar, la LE, de forma menos coercitiva, reconoce la posibilidad de que puedan desarrollarse medidas de incentivo para la incorporación de trabajadores varones en aquellos ámbitos de mayor presencia femenina, al objeto de reducir la segregación ocupacional.

Además del diferente tenor literal del mandato referido a las mujeres en determinados sectores y el referido a los hombres en sectores feminizados, la mayor imperatividad referida a las mujeres en sectores subrepresentadas se refuerza en la LE al imponer a los servicios de empleo la puesta en marcha acciones de empleabilidad dedicadas exclusivamente a mujeres demandantes de servicios de empleo en aquellos ámbitos con mayor infrarrepresentación femenina. Y, de modo particular, organizar iniciativas de este tipo destinadas a la promoción hacia los grupos profesionales superiores. A estos fines, se desarrollarán algunas de las acciones consideradas más eficientes de entre las incluidas en el catálogo de instrumentos de empleabilidad.

Además de la general perspectiva de género, la LE sí considera colectivos de atención prioritaria a un sub grupo de mujeres: las de baja cualificación. La noción de qué se considera baja cualificación, debe entenderse en los mismos términos que se prevén el artículo 53.3 de la LE para las personas jóvenes. Ello comporta que en los supuestos de mujeres jóvenes de baja cualificación se produzca una situación de interseccionalidad que las ubica en una posición más prioritaria que los jóvenes –hombres- de baja cualificación.

### **3.10. Las mujeres víctimas de violencia de género**

Tampoco, desgraciadamente, estamos ante un colectivo novedoso en su configuración como colectivo de atención prioritaria, por lo que la LE no hace sino recoger un tratamiento reforzador preexistente. La condición de víctima de violencia de género y su acreditación no son objeto de regulación por la LE, siendo la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la

violencia de género (artículo 23), la norma aplicable a estos efectos<sup>12</sup>. Se trata de un subcolectivo de mujeres que es objeto de una tutela reforzada en razón de su mayor vulnerabilidad social y económica, que ya con anterioridad era diferenciado dentro del colectivo general de las mujeres. De hecho, estas mujeres han sido destinatarias de múltiples programas de inserción laboral a nivel estatal, autonómico y local de forma recurrente, estando presente este colectivo prioritario en programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, anteriores– artículo 5 del RD 818/2021 del Sistema Nacional de Empleo y posteriores -el RDL 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, en su artículo 4.1 a)-. Éste RDL prevé una bonificación en las cuotas a la Seguridad Social por contratación indefinida de 128 euros al mes durante cuatro años, en los mismos términos que las víctimas de violencias sexuales y de trata de seres humanos y las víctimas de terrorismo.

### **3.11. Personas en situación de exclusión social**

Se trata de un grupo abierto en el que se proyecta la interseccionalidad. En nuestro ordenamiento se viene fomentando el empleo de estas personas fundamentalmente a través de su contratación por las empresas de inserción, siendo la Ley 44/2007. Esta ley hace una enumeración de las personas consideradas en esta situación, dejando el listado abierto para la incorporación de otros colectivos en el ámbito autonómico, además de prever que tendrán esta consideración también cualquier otro colectivo que, por sus características y situación socio económica tenga acreditada esta condición por los servicios sociales u órganos competentes. El artículo 50 de la LE individualiza entre ellos a las personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones.

<sup>12</sup> El artículo 23 de la LOVG establece las formas de acreditación de la condición de víctima de violencia de género: Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en esta ley se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por cualquiera de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres previstas en esta ley, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia contra las mujeres mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial.

El Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género.

El artículo 2 de la Ley de Empresas de Inserción establece las personas a las que se reconoce la situación de exclusión social en una larga lista en la que aparecen alguno de los colectivos prioritarios de la LE<sup>13</sup>, lo que implica interseccionalidad, como tal objeto de una atención reforzada.

El RDL 1/2023 establece para este colectivo dos bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social por contratación indefinida, una general de 128 euros al mes durante cuatro años y otra diferenciada, para el supuesto de contratación en los doce primeros meses tras la finalización de un contrato con una empresa de inserción, de 147 euros en los primeros doce meses y de 128 en los tres años restantes.

<sup>13</sup> Artículo 2. Trabajadores de las empresas de inserción.

1. Las empresas de inserción podrán contratar como trabajadores, a efectos de lo previsto en esta Ley, a las personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los Servicios Públicos de Empleo, con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo, que estén incluidos en alguno de estos colectivos:

a) Perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas.

b) Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas:

1.º Falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora.

2.º Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores.

d) Personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social.

e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial regulada en el artículo 1 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, así como liberados condicionales y ex reclusos.

f) Menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el artículo 53.4 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos.

g) Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

h) Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

2. La situación de exclusión de las personas pertenecientes a los colectivos a los que se hace referencia en el apartado 1, deberá ser acreditada por los Servicios Sociales Públicos competentes.

### **3.12. Personas gitanas o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos**

Se trata de la primera ley de empleo que recoge este como colectivo como prioritario para las políticas de empleo. Más allá de las alusiones a la raza o la religión en el artículo 14 CE, nuestro texto constitucional tampoco con cuenta con una referencia diferenciada a las personas gitanas o de otras etnias o grupos religiosos. Pese a ello alguna norma, como la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, reguló en su artículo 29 medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por origen racial o étnico. También se han adoptado programas de fomento de empleo, inserción laboral e inserción social para la población gitana, además de programas específicos para mujeres de etnia gitana –proyectos dentro de la iniciativa EQUAL, financiados por el Fondo Social Europeo-.

La expresa inclusión de este colectivo es, por tanto, una novedad relativa, pero lo es respecto a sus precedentes legislativos, ni siquiera el TRLE/2015 los incluía en el artículo 30, regulador de los colectivos prioritarios-. Sin embargo, como hemos señalado, ello no ha sido óbice para que este colectivo numeroso, aquejado de una discriminación acusada y en situación de desventaja en el mercado de trabajo, haya sido objeto de una específica atención con anterioridad en el ámbito de las políticas de empleo.

El ordenamiento comunitario sí ha prestado especial atención la discriminación étnica, particularmente la Directiva 2000/43/CE, del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico. También en las Orientaciones para las políticas de empleo de los estados miembros (Decisión del UE del Consejo 2022/2296, del Consejo de 21 de noviembre de 2021) en uno de sus considerandos (el número 12) se refiere a este colectivo, recordando que debe abordarse la discriminación en todas sus formas, procurarse la igualdad de género y apoyarse el empleo juvenil. También advierte sobre la necesidad de garantizar la igualdad de acceso y de oportunidades para todos y reducir la pobreza y la exclusión social, en particular la de los niños, las personas mayores, las personas con discapacidades y de la población gitana, principalmente velando por un funcionamiento eficaz de los mercados de trabajo y unos sistemas de protección social adecuados e inclusivos, según figura en la Recomendación del Consejo de 8 de noviembre de 2019. Además, expresamente en la orientación número 5 –impulsar la demanda de mano de obra- establece que “Los Estados miembros deben procurar eliminar los obstáculos y elementos disuasorios, e incentivar la participación en el mercado de trabajo, en particular para las personas con rentas bajas, las que aportan la segunda fuente de ingresos en un hogar (con frecuencia, mujeres) y las que están más alejadas del mercado laboral, también las personas de origen inmigrante y la población gitana marginada”.

### **3.13. Personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración**

Se trata de un colectivo prioritario nuevo, ya que en las anteriores leyes de empleo no estaba incluido. Ello no significa, no obstante, que no se hayan adoptado normas sectoriales en este sentido, con anterioridad. En todo caso, es claro que la LE no da un concepto determinado, siendo precisa una norma ulterior que establezca esta condición para un sector determinado, preferentemente mediante un reglamento.

La perspectiva sectorial es especialmente atendida en las Orientaciones para las políticas de empleo de los estados miembros de la UE, que aluden a la transformación digital y ecológica. Por tanto, en este punto la LE abre una vía al máximo nivel normativo para el conjunto del Sistema Nacional de Empleo, para atender estos cambios del tejido productivo en un momento especialmente dinámico.

Con carácter general, la LE proyecta la atención prioritaria a través de la recolocación, el plan de recolocación externa (artículo 44) y colocación especializada –artículo 40.3-. Estas situaciones de desempleo provienen de procesos de reestructuración en los que se producen despidos colectivos, debiendo por tanto, tener en cuenta que el artículo 51 ET diferencia la mayor vulnerabilidad entre ellos de quienes pierden su empleo en una edad más avanzada, que se establece en los 52 años.

### **3.14. Personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones**

Como se ha señalado, se trata de un colectivo de personas que se consideran en situación de exclusión social, pero que la LE individualiza en su artículo 50. Al respecto, solo precisar que la consideración como prioritario se condiciona al requisito de estar la persona en proceso de deshabituación o desintoxicación, lo cual parece razonable si de lo que se trata es de la inserción en el mercado de trabajo ordinario.

### **3.15. Personas víctimas de terrorismo**

La LE se limita a incluir a este colectivo en el artículo 50 sin regular nada específico y menos aún su definición. Es la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo, cuyo artículo 34 establece que lo son quienes sufran la acción terrorista, definida ésta como la llevada a cabo por personas integradas en organizaciones o grupos criminales que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Siendo aplicable también a las víctimas de los actos dirigidos a alcanzar dichos fines aun cuando sus responsables no sean personas integradas en dichas organizaciones o grupos criminales (art. 3). También es esta ley –art. 4- la que regula los requisitos requeridos para el reconocimiento formal de esta condición.

### **3.16. Personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas**

Se trata de un colectivo considerado dentro del grupo de personas en situación de exclusión social que la LE individualiza, al igual que hace con las personas drogodependientes o con adiciones.

### **3.17. Personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género**

La LE da en este punto un paso más en la tutela de las mujeres víctimas de violencia de género, al incluir al entorno familiar más cercano, los hijos e hijas, como colectivo prioritario para las políticas de empleo. Su consideración exige el reconocimiento de la condición de víctima de la madre, además de la filiación.

### **3.18. Personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo**

Las personas con cargas familiares son un colectivo tradicionalmente diferenciado tanto en el ámbito de las políticas activas como de las denominadas pasivas. El anterior TRLET –art. 30- ya establecía que este colectivo era prioritario para las políticas, incluso la vieja LBE/80 ya lo hacía, si bien referido a mujeres. Además, el RD 818/2021, art. 4 y el RDL 1/2023 las incluye entre las destinatarias de las medidas de incentivos al empleo.

En este punto la aportación de la LE es, no tanto crear un colectivo *ex novo*, como destacar la especial atención que han de merecer las personas que sostengan una familia en solitario, sean hombres o mujeres.

### **3.19. Listado abierto “otras de especial vulnerabilidad”**

Como venimos señalando el listado de CAP no es cerrado, ya que el artículo 50 establece que los enumerados lo son “entre otros colectivos de especial vulnerabilidad”, que son de atención prioritaria en las políticas activas de empleo, u otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo.

En este sentido, las mujeres víctimas de violencia sexual ya son consideradas colectivo de atención prioritaria, tal como las define el artículo 3.1 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Además, el RDL 1/2023 incluye entre las personas destinatarias de incentivos a la contratación laboral –bonificaciones- a este grupo, sin requerir inscripción en los servicios públicos de empleo.

### **3.20. Supuestos de interseccionalidad**

La LE contempla la concurrencia de varias situaciones o características generadoras de vulnerabilidad social, estableciendo que los programas específicos

y las medidas de acción positiva se reforzarán en los supuestos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad, no obstante lo cual, las medidas e incentivos a la contratación, con reglas de no concurrencia o incompatibilidad entre ayudas, obligan a optar por la calificación o colectivo que pueda resultar más favorable a la empresa destinataria.

#### **4. CONTENIDO Y ESTATUS JURÍDICO DE LA CONDICIÓN DE COLECTIVO PRIORITARIO**

Una vez determinado el concepto legal de colectivo prioritario para la política de empleo, se ha de abordar el contenido de dicha condición y el estatus jurídico que le corresponde a las personas encuadradas dentro de ellos, a partir del marco normativo.

Hemos de advertir que el listado de colectivos no es, lógicamente, una enumeración cerrada, ya que, además de la ampliación a otros grupos por parte de las Comunidades Autónomas, es la propia Ley –art. 50.1- la que establece, este listado se entiende sin perjuicio de *“otros colectivos de especial vulnerabilidad, que son de atención prioritaria en las políticas activas de empleo, u otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo”*. Por tanto, el elemento vertebrador del concepto de colectivo prioritario es la especial vulnerabilidad del grupo social en que se integra y no tanto la vulnerabilidad desde la perspectiva individual.

El primer contenido vinculado a la condición de colectivo prioritario, es la adopción de programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, con el objeto de promover una atención específica hacia las personas integrantes de los mismos en la planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo. Programas específicos de fomento de empleo que no concreta la norma, dado que ello comporta regulaciones más variables, lo que en estos momentos regulan varias normas y disposiciones estatales y autonómicas.

Merece especial atención el Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, regula los incentivos a la contratación laboral, ya que estas medidas se consideran el núcleo duro de las políticas de fomento del empleo, siendo un dato relevante la considerable –aunque no total- coincidencia de los incentivos y el listado de los colectivos prioritarios en la LE.

En efecto el RDL 1/2023, con el objetivo de generar empleo estable y de calidad, establece una serie de bonificaciones por contratación laboral de personas desempleadas centrado fundamentalmente en los grupos sociales considerados más vulnerables en el mercado de trabajo. Concretamente, la sección segunda sección

2.<sup>a</sup> del capítulo primero, se refiere a las personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo.

El artículo 4 individualiza y alude a “personas” destinatarias de la contratación laboral incentivada, a diferencia de la LE vigente (de orientación predominantemente colectiva). Esta esta norma de rango legal adopta una perspectiva individual – además de la colectiva- y antidiscriminatoria –prohibición de discriminación-, frente a la orientación más proactiva o compensadora de la desigualdad de la vigente LE. Estas diferencias se explicarían porque el RDL es previo o anterior a la LE del 2023–, de hecho el propio artículo 4 del RDL 1/2023 remite al texto refundido de la entonces vigente Ley de Empleo de 2015-. Por ello, las medidas de fomento de empleo aquí reguladas tienen como beneficiarias a las personas “con independencia de su nacionalidad, origen étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, religión o creencias, ideología, discapacidad, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que determine el texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre”. Personas que quedan finalmente referidas a diferentes grupos o colectivos, prestando especial atención a las personas vulnerables o de baja empleabilidad, en línea con las recomendaciones de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), según explicita su preámbulo. Y a tal efecto las destinatarias son las personas incluidas en alguno de los colectivos de atención prioritaria previstos en el texto refundido de la Ley de Empleo a la que este RDL remite, además de las que se añaden personas con contratación laboral precaria – con contrato temporal, parcial o discontinuo-<sup>14</sup> como beneficiarias de medidas de fomento para la mejora de la calidad del empleo. Al mismo tiempo, se establece en qué momento deben acreditarse las condiciones que dan acceso a los incentivos, además de exigir la formalización de los contratos incentivados en el modelo oficial que facilite el Servicio Público de Empleo Estatal.

Pese a la remisión que el artículo 4 del RDL 1/2023 hace al TRLE/2015, esta norma define cada grupo de “personas destinatarias“ de las medidas de fomento del empleo, a los efectos de esta norma”, esto es contratación laboral incentivada:

- Las “personas de atención prioritaria” que lo serán aquéllas incluidas en alguno de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo previstos en el texto refundido de la LE. Esta norma –art. 30- sin embargo, remite a la regulación reglamentaria por el Gobierno o a la regulación de las Comunidades Autónomas, que adoptarán programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado

<sup>14</sup> Además de los colectivos, el RDL contiene medidas de fomento de la conversión de contratos temporales en indefinidos, indefinidos a tiempo parcial que pasen a tiempo completo y fijos discontinuos que pasen a indefinidos ordinarios, coherentemente con el objetivo de reducir la temporalidad y mejorar la calidad en el empleo.



de trabajo. No obstante, la apertura del precepto no es total, ya que establece que se adoptarán especialmente para jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes. Terminando con otra cláusula de apertura, ya que a ellos se añadirán otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo. Dicha remisión, en todo caso, se ha de entender hecha al artículo 50 de la vigente LE.

- Las personas con discapacidad (incluidas en el concepto genérico de personas de atención prioritaria) se definen de forma indirecta por remisión a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Conforme establece el artículo 2 a) de RDLeg 1/2013, la discapacidad es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás; las personas con discapacidad son por tanto las que por cualquier condición física, sensorial, intelectual o mental tienen dificultades para la participación e inclusión social.
- Personas con discapacidad cualificada o severa, que se definen por tener mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.
- Personas en riesgo o situación de exclusión social que son definidas, igualmente de forma indirecta por remisión legal. Tienen tal consideración quienes se hallen incluidas en alguno de los colectivos relacionados en el artículo 2.1 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, así como cualquier otro colectivo que, por sus características y situación socio económica, tenga acreditada esta condición por los servicios sociales u órganos competentes. La Ley 44/2007 establece que son personas en situación de exclusión social: los perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas; personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora, por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido; jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta,

precedentes de Instituciones de Protección de Menores; personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social; internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial y liberados condicionales y ex reclusos; menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial, así como los menores que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos; personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla y personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla. En todos estos casos, la situación de exclusión de las personas pertenecientes a estos colectivos debe ser acreditada por los Servicios Sociales Públicos competentes. Por tanto, y aun no siendo un concepto cerrado, tampoco estamos ante un concepto jurídico indeterminado, sino solo abierto, de la misma manera en que la LE adopta este concepto jurídico y le dota de un contenido.

- Mujeres víctimas de violencia de género: las mujeres que acrediten dicha situación de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Mujeres víctimas de trata de seres humanos, de explotación sexual o laboral y mujeres en contextos de prostitución: las mujeres que acrediten dicha situación mediante informe de un servicio público encargado de la atención integral a las víctimas de trata, explotación sexual o laboral y mujeres en contextos de prostitución o por entidades sociales especializadas debidamente reconocidas por las Administraciones públicas competentes en la materia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.
- Mujeres víctimas de violencias sexuales: las mujeres mayores de 16 años que acrediten dicha situación de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.
- Víctimas del terrorismo: las personas que acrediten dicha condición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

El RDL 1/2023 exige con carácter general, para la aplicación de los incentivos a la contratación laboral, la inscripción como demandante de empleo en los servicios públicos de empleo, entre otras exigencias. No obstante, algunos colectivos están exceptuados de dicho requisito: las mujeres víctimas de violencia de género, de violencias sexuales o de trata de seres humanos, de explotación sexual o laboral, las mujeres en contextos de prostitución, las víctimas del terrorismo, las personas trabajadoras con discapacidad que pasen a prestar sus servicios desde el mercado de trabajo protegido de los centros especiales de empleo o enclaves laborales al mercado de trabajo ordinario, las personas en riesgo o situación de exclusión social que pasen a prestar sus servicios desde empresas de inserción a empresas del mercado ordinario, así como a las personas inscritas en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

Por su parte, el artículo 5 del RDL 1/2023 se refiere a las personas trabajadoras destinatarias de “otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable”, medidas que, en realidad no se cierran a las personas pertenecientes a los colectivos anteriores ya que, podrán ser destinatarias de los demás programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable las personas consideradas como tales en cada uno de ellos, en los términos señalados en el capítulo II de este RDL 1/2023, cuando se financien mediante bonificaciones en la cotización y en los señalados por la Administraciones Públicas cuando se financien mediante subvenciones públicas previstas en el artículo 1.2, y en particular establece dos medidas: las cotizaciones de las personas trabajadoras sustituidas por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral o que cambian de puesto de trabajo por riesgos derivados del embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional y, en segundo lugar la de personas trabajadoras que se incorporan como socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales.

Una comparativa entre el RDL 1/2023 y la vigente LE evidencia ciertas discordancias, en cuanto, en primer lugar, hay casos en que éste no considera CAP a un grupo (y por tanto, no cuenta con bonificación), mientras que la LE sí, es el caso de descendientes en primer grado de víctimas de violencia de género, personas del colectivo LGTBI, especialmente personas transexuales. Tampoco contempla el RDL 1/2023 como CAP a las personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, como sí hace la LE. Y lo mismo sucede en el caso de personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional, las personas migrantes –lo que incluye emigrantes retornados, además de inmigrantes -, personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas y personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración.

Igualmente, aunque el RDL 1/2023 no contempla dentro de los CAP al grupo constituido por personas mayores de 45 años, la LE lo hace, estableciendo una previsión específica, el artículo 52 (*Políticas de empleo para mayores de cuarenta*

y cinco años) establecido que lo son las personas demandantes de los servicios de empleo que hayan alcanzado la edad de cuarenta y cinco años, cuando hayan perdido su empleo o estén en riesgo de perderlo, intensificándose la atención que reciban cuando tengan a cargo menores de dieciséis años o mayores dependientes. Por tanto, la LE no solo incluye a este grupo de personas sino que lo especifica mucho más, ya que lo limita a quienes hayan perdido un empleo o estén en riesgo de perderlo y como circunstancia cualificada a considerar, el que cuenten con menores a cargo –este último, no como requisito requerido para la consideración como colectivo de atención prioritaria, sino como circunstancia agravante de la vulnerabilidad-. En cambio, a efectos de contratación laboral incentivada en el colectivo de mujeres, el RDL incluye a las mujeres víctimas de violencias sexuales, a las que no se refiere la LE, considerando tales a las mujeres mayores de 16 años que acrediten dicha situación de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

En segundo lugar, se observa una mayor especificación o acotación del grupo de personas que tiene la consideración de CAP, en unos casos en la LE, mientras que en otros es más pormenorizado el RDL 1/2023. Así, la LE acota más el grupo de personas jóvenes que tiene la consideración de CAP, ya que junto a los que presentan una baja cualificación, la LE también incluye a los menores de treinta años beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, al margen de su cualificación. En cambio en relación con las personas con capacidad límite o personas con trastornos del espectro autista, es el RDL el que hace una especial consideración de situaciones de discapacidad severa, menos especificadas en la LE, refiriéndose a ciertas discapacidades que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, que, conforme establece el artículo 6 c) del RDL 1/2023 lo son: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.. Lo mismo sucede en el caso de personas “con responsabilidades familiares”, que se incluyen en el RDL 1/2023 sin definir las y que la LE concreta, considerando que lo son las personas con hijos menores de dieciséis años o personas a cargo, especialmente, las familias monomarentales y monoparentales. Del mismo modo, en relación con los mayores de 45 años, el RDL 1/2023.

También, (artículo 52). *Políticas de empleo para mayores de cuarenta y cinco años*, son CAP de las políticas de empleo las personas demandantes de los servicios de empleo que hayan alcanzado la edad de cuarenta y cinco años, cuando hayan perdido su empleo o estén en riesgo de perderlo, intensificándose la atención que reciban cuando tengan a cargo menores de dieciséis años o mayores dependientes. En cambio, este colectivo no está incluido en el listado del art. 4 del RDL 1/2023

como “personas de atención prioritaria” a los efectos de ser destinatarias de la contratación laboral incentivada, lo que no excluye que lo sean –beneficiarias- de otros programas o incentivos de impulso o mantenimiento del empleo estable-.

Para concluir con el análisis del RDL 1/2023, cierra esta sección 2ª, del capítulo I, el artículo 6, que contiene las definiciones de personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo y a las que nos hemos referido en el análisis de cada CAP en el apartado anterior, observándose algunas diferencias entre el RDL 1/2023 y el TRLE/2015 al que remite (debiendo entenderse hecha la remisión a la vigente LE). Es decir, las discordancias han de resolverse, en tanto se adopta una nueva norma de incentivos a la contratación laboral y dado que el contenido del RDL se limita a un tipo de medida –bonificaciones-, en la consideración como CAP conforme a la nueva LE de los grupos que esta norma incorpora, aunque ciertos incentivos a la contratación laboral no puedan aplicarse a los nuevos colectivos, lo que determinará que, al menos, tengan dicho tratamiento en todas las medidas que no sean las bonificaciones concretamente previstas en el RDL (o la creación de programas específicos de incentivos para los nuevos CAP).

Volviendo al contenido jurídico de los colectivos de atención prioritaria para las políticas empleo, se garantiza el derecho al diseño de itinerarios personalizados, completos e integrales. En efecto, el artículo 50 LE establece que debiendo considerar las especiales circunstancias de estos colectivos, corresponde al Sistema Nacional de Empleo, en sus distintos niveles territoriales y funcionales y de manera coordinada y articulada asegurar el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de las personas que los integran y a sus necesidades específicas. Estos itinerarios personalizados han de incluir de entre las diferentes medidas específicas existentes y aplicables, aquéllas que se ajusten mejor al perfil profesional de la persona en concreto, es decir, se ha de combinar la perspectiva colectiva –pertenencia a uno de los colectivos- como la individual subjetiva, concreta de la persona definida por su perfil profesional y necesidades específicamente individuales. La norma prevé, dadas las características de los CAP, cuando sea necesario, la coordinación de los servicios públicos de empleo con los servicios sociales mediante protocolos de coordinación.

La condición de colectivo prioritario comporta, además, el establecimiento de objetivos cuantitativos y cualitativos, hemos de entender globales y desagregados, y además con perspectiva de género. El cumplimiento de estos objetivos ha de ser evaluado por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales para valorar la procedencia de mantener las mismas acciones, o su modificación con el objetivo de alcanzar los objetivos propuestos. Con el fin de garantizar una atención integral a estos colectivos, se fortalecerá la coordinación con los servicios sociales, poniéndose en marcha los mecanismos e instrumentos jurídicos para ello.

Finalmente, la ley prevé la posibilidad de adoptar reglamentos para adaptar la relación de colectivos vulnerables de atención prioritaria, a la realidad socio-

laboral de cada territorio y de cada momento y cuando sea necesario la norma reglamentaria habrá de concretar la forma de identificar la pertenencia a tales colectivos.

A modo de cierre podemos concluir que “colectivo prioritario” para las políticas de empleo no es un concepto jurídico indeterminado, ni sociológico, ya que se cuenta con un concepto legal bien definido, del que se desprenden derechos concretos y mandatos a los poderes públicos. Se trata además de un elemento vertebrador de las políticas activas de empleo, es decir, la nueva LE no solo ha ampliado y especificado los colectivos de atención prioritaria, sino que lo eleva erigirlo en el modo de diseñar, desarrollar, aplicar evaluar todas y cada una de los programas, acciones y medidas de empleo. La perspectiva colectiva alcanza un desarrollo antes desconocido, lo que nos lleva a considerar que lo que realmente hace la LE es una clasificación por grupos sociales de los demandantes de empleo, para una prestación de servicios especializados a partir de la problemática aparejada a cada una de estas circunstancias. A tal fin es claro que se ha de hacer una aplicación presupuestaria coherente, sin que la norma imponga un reparto de proporcionalidad matemática, ni cuotas. Ello, es claro que no obsta, sino que lo presume, la existencia de programas o medidas específicamente diseñados para uno sólo de ellos como medida de acción positiva.



# LA ORIENTACIÓN PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE LA EMPLEABILIDAD\*

## CAREER GUIDANCE AS AN INSTRUMENT OF EMPLOYABILITY

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide

ORCID: 0000-0002-9974-5760

### RESUMEN

**Palabras clave:** Empleo; Formación profesional; Empleabilidad, Aprendizaje, Orientación permanente

La presente investigación tiene por objeto determinar el papel que ostenta la orientación profesional en las sociedades actuales como instrumento de la empleabilidad, e identificar las principales novedades que, en esta materia, aporta la Ley de Empleo en el ordenamiento jurídico español (Ley 3/2023). Para determinar estos aspectos, se hace un recorrido por los mecanismos sobre los que se asienta el concepto de empleabilidad en distintas normas internacionales, para posteriormente contrastarlos con las instituciones nacionales y determinar el grado de recepción en la nueva normativa. El análisis pondrá de manifiesto que, si bien se ha iniciado un proceso de transición para orientar las políticas de empleo hacia la empleabilidad, aún falta un largo camino por recorrer tanto en la correcta articulación de las herramientas de la orientación profesional, como en su ensamblaje y en su financiación.

### ABSTRACT:

**Keywords:** *Employment, Vocational training; Employability; Learning; Lifelong Guidance*

*The purpose of this research is to determine the role of vocational guidance in today's societies as an instrument of employability, and to identify the main new developments in this area brought by the Employment Law in the Spanish legal system (Law 3/2023). In order to determine these aspects, an overview is made of the mechanisms on which the concept of employability is based in different international regulations, to later contrast them with national institutions and determine the degree of reception in the new regulations. The analysis will show that, although a transition process has begun to guide employment policies towards employability, there is still a long way to go in the correct articulation of the tools of vocational guidance, as well as in their assembly and in their financing.*

\* La presente investigación se desarrolla en el marco de dos Proyectos de Investigación: Proyecto “Retos y oportunidades de la descarbonización para el sistema de relaciones laborales” (Proyecto PID2022-139922NB-C21, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE); Proyecto de Investigación “La regulación de la formación para el empleo ante el reto de la transición digital, ecológica, territorial y hacia la igualdad en la diversidad” (CIGE/2022/171), financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana.



## ÍNDICE

1. EMPLEO, EMPLEABILIDAD Y FORMACIÓN
2. LA EMPLEABILIDAD: UN CONCEPTO MULTIDIMENSIONAL
  - 2.1. El concepto de empleabilidad
  - 2.2. La empleabilidad en la Ley de Empleo
3. LA ORIENTACIÓN PROFESIONAL COMO CLAVE DEL SISTEMA
  - 3.1. La importancia de la orientación profesional
  - 3.2. La orientación profesional en la Ley de Empleo
    - 3.2.1. El perfil individualizado del usuario
    - 3.2.2. El itinerario o Plan individualizado
    - 3.2.3. Tutorización individual, asesoramiento continuado y atención personalizada
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE LA ORIENTACIÓN PROFESIONAL PERMANENTE
5. BIBLIOGRAFÍA

### 1. EMPLEO, EMPLEABILIDAD Y FORMACIÓN

El empleo ha sido, desde antiguo, una de las principales preocupaciones de los distintos actores que intervienen en el ámbito social, si bien el concepto y las políticas públicas que pretenden fomentarlo pueden denotar distintos significados y desarrollar funciones muy diversas. En los ordenamientos jurídicos más avanzados, la disciplina del empleo ha evolucionado significativamente en los últimos años, incorporando entre sus objetivos, cada vez con más intensidad, aspectos cualitativos que aconsejan el desarrollo de políticas, instrumentos y herramientas centradas en las personas desempleadas. Una descripción sintética del proceso nos llevaría a afirmar que se ha pasado del empleo a la de empleabilidad. Ello implica que el foco se pone, no tanto en las cifras de empleo-desempleo, como en las personas, y, específicamente, en sus capacidades y aptitudes para conseguir y conservar un empleo.

El ordenamiento jurídico español no es ajeno a esta tendencia, sin embargo, la evolución se produce de forma tardía y errática. La preocupación por las personas y su empleabilidad, desde una perspectiva cualitativa e individualizada, no se ha hecho patente en los textos legislativos hasta la primera década del siglo XXI<sup>1</sup>. A pesar de haberse sucedido numerosas leyes sobre el empleo<sup>2</sup>, no es hasta el año 2011 cuando, a través del *Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de Medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo*, se introduce en el Catálogo de Servicios (Ley 56/2003, de 16

<sup>1</sup> Si bien han existido varias normas sobre el empleo (Ley 51/1980, de 8 de octubre; Ley 56/2003, de 16 de diciembre y Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre).

<sup>2</sup> Ley 51/1980, de 8 de octubre; Ley 56/2003, de 16 de diciembre y Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

de diciembre, de Empleo), las herramientas fundamentales para prestar servicios individualizados a las personas desempleadas: el diagnóstico individualizado del perfil y el itinerario individual y personalizado de empleo (arts. 19 *quáter* y *sexies* Ley 56/2003).

Hasta ese momento, incluso años después de haber optado por esta vía, las políticas activas de empleo, en su objetivo de crear empleo, se han canalizado o proyectado, durante décadas, a través de reformas que incidían directa e indirectamente en las instituciones que conforman el Derecho del Trabajo. La necesidad de crear empleo ha justificado casi la totalidad de las reformas del Estatuto de los Trabajadores, afectando, entre otras, a las modalidades contractuales, a las condiciones de trabajo y a la extinción de la relación laboral; todas ellas elaboradas con vistas a flexibilizar y agilizar el mercado y las condiciones de trabajo.

Estas reformas, en los que no nos vamos a detener por estar ya ampliamente analizadas por la doctrina científica, tenían como objetivo fundamental, al menos formalmente, reducir los altos índices de desempleo (estructural) que ha padecido y sigue padeciendo nuestro país desde antaño (por encima del 15% durante años y duplicando, en muchas ocasiones, la tasa de desempleo medio de la UE). Su singularidad, con alguna excepción puntual, radicó en que se dirigían a promover la creación de empleo desde una perspectiva cuantitativa y no cualitativa, lo que ha desembocado, como sobradamente es conocido, en la precarización del mercado de trabajo español.

Sin embargo, esta tendencia parece haberse frenado en los últimos años, y ello por dos circunstancias distintas. La primera y más patente es que la Reforma laboral de 2021, con su destacada pretensión de limitar la contratación temporal, abandona claramente la estrategia de fomentar el empleo aportando flexibilidad en el acceso al mercado de trabajo. La segunda, en coherencia con la anterior, radica en que la nueva Ley de Empleo (Ley 3/2023-LE)<sup>3</sup> apuesta por la empleabilidad y, de acuerdo con ello, potencia, entre otras cuestiones propias de las políticas activas de empleo, los servicios individualizados a las personas desempleadas.

No se puede perder de vista que ambas regulaciones se adoptan bajo las recomendaciones que los distintos organismos internacionales efectúan sobre las políticas económicas y sociales. Recomendaciones que, debido a la crisis generada por la Covid 19, han dejado de incidir en la austeridad para centrarse en la protección de las personas, adquiriendo en este contexto una especial relevancia el concepto de trabajo decente o trabajo digno<sup>4</sup>. De hecho, ambas reformas se plantearon en el

<sup>3</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero (BOE núm. 51, de 01/03/2023).

<sup>4</sup> En la UE, el instrumento fundamental es el Pilar Europeo de Derechos Sociales, adoptado en 2017, que alude a esta institución en el Capítulo II, *Condiciones de trabajo justas*, y el Capítulo III, *Protección e inclusión social*. En concreto, el Capítulo II aborda las condiciones de trabajo justas a través de cinco aspectos fundamentales: 5, *Empleo seguro y adaptable*; 6, *Salarios justos*; 7,

*Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (2021-2024)*, presentado por el Gobierno de España ante las autoridades europeas en abril de 2021<sup>5</sup>.

Como es sobradamente conocido, el Plan se estructura en cuatro ejes estratégicos: transición ecológica, transformación digital, cohesión social y territorial e igualdad de género; diez políticas palanca para impulsar la recuperación económica a corto plazo y apoyar un proceso de transformación que aumente la productividad y el crecimiento de la economía en el futuro; y treinta componentes específicos que despliegan un ambicioso plan de reformas e inversiones para modernizar el país. Dos son los componentes que integran la *Palanca VIII: Nueva política de los cuidados y políticas de empleo*: el *Componente 22: Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión* y el *Componente 23. Nuevas Políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*; siendo este último el que ampara la reforma de las políticas activas de empleo<sup>6</sup>.

La centralidad de la empleabilidad pone el foco de forma inmediata en el aprendizaje, como estrategia fundamental para alcanzarla; y, en consecuencia, en

*Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido*; 8, *Diálogo social y participación de los trabajadores*; 9, *Equilibrio entre vida profesional y privada*; 10, *Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos*. el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en marzo de 2021, establece una previsión de políticas sociales concretas hasta 2024, con objeto de hacer efectivos los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales, y la fijación de objetivos para 2030, con la finalidad de alcanzar determinados porcentajes de empleo, formación de los trabajadores y de reducción de la pobreza. La ONU, a través de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, fija 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), plasmados en 169 metas a desarrollar en el periodo 2015-2030. Destaca el Objetivo 8: Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Por su parte, la OIT, en su Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo (2019), tras constatar como factores transformadores las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, incide en la necesidad de desarrollar un enfoque del trabajo centrado en las personas, lo que conlleva varias líneas de actuación, entre las más importantes: a) asegurar una transición justa a un futuro del trabajo que contribuya al desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, social y ambiental; b) aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad para lograr trabajo decente y sostenible y asegurar así la dignidad, la realización personal y una distribución equitativa de los beneficios para todos.

<sup>5</sup> Disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/>

<sup>6</sup> Así se establece expresamente en el Preámbulo de la Ley 3/2023: el Componente 23 [...] tiene como reto y objetivo impulsar, en el marco del diálogo social, la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales y de manera que permita corregir las debilidades estructurales, con la finalidad de reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficacia y la eficiencia de las políticas públicas de empleo, dando además, un impulso a las políticas activas de empleo, que se orientarán a la capacitación de las personas trabajadoras en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía. Dentro de las reformas e inversiones propuestas en este componente se incluye la Reforma 5 «Modernización de políticas activas de empleo» y dentro de ellas, adquiere especial protagonismo la modificación del texto

los sistemas formativos. De hecho, los déficits y carencias de estos sistemas han sido señalados tradicionalmente entre las causas del desempleo estructural. Entre múltiples factores, se ha responsabilizado al sistema educativo, por su pésima calidad, y a la falta de atención en la cualificación y en la formación continua de las personas trabajadoras<sup>7</sup>. Desde esta concepción se entiende que el desempleo, aunque también la baja productividad, se ocasiona principalmente por el desajuste entre la formación ofertada y los requerimientos del mercado de trabajo.

Se ha mantenido que son dos, principalmente, los problemas que aquejan a estos sistemas: de un lado, la necesidad de fomentar la formación basada en competencias en todos los niveles educativos (educación primaria, secundaria y superior), con objeto de garantizar la adquisición y desarrollo de las habilidades y destrezas que requiere el mercado de trabajo; de otro, arbitrar mecanismos que permitan adaptar dichas habilidades y destrezas a los cambios que se producen en dicho mercado (formación profesional continua).

Existe, en consecuencia, una íntima conexión entre empleo y formación, tanto porque el mercado de trabajo y sus características o vicisitudes requieren de una formación permanente que permita la adquisición, desarrollo y actualización de las competencias adecuadas, como porque la efectividad de los sistemas formativos basados en competencias requiere de la necesaria conexión con el mundo del trabajo (aprender haciendo o *learning by doing*).

En el fondo de la cuestión subyace un cambio de paradigma en este binomio (trabajo-formación), que viene auspiciado por las grandes transformaciones que en los últimos años están afectando al primero. Efectivamente, las primeras décadas del nuevo siglo han hecho emerger, especialmente a partir del año 2006, una serie de factores que indican en la forma en que se realiza el trabajo. Las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos y la transición climática afectan profundamente a los sistemas productivos y, aunque los primeros análisis se centraron en los efectos que pudiera tener sobre el empleo, aumentando o reduciendo el trabajo disponible, y sobre el sistema de protección social, al poner en evidencia su capacidad para proteger las nuevas formas de trabajo, pronto se

refundido de la Ley de Empleo, para potenciar los instrumentos de actuación y de coordinación del Sistema Nacional de Empleo, centrándose en la revisión de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y sus Ejes y de los Planes Anuales de Política de Empleo; la reforma de las Políticas Activas de Empleo; la revisión de la Gobernanza del Sistema, con el reforzamiento de la dimensión local de la política de empleo; así como la adecuación a los requerimientos de implementación de las distintas actuaciones previstas en el Plan Nacional de Políticas Activas de Empleo. Mediante esta nueva Ley de Empleo se procede a dar cumplimiento a esta, cumpliendo con el hito CID n.º 335 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

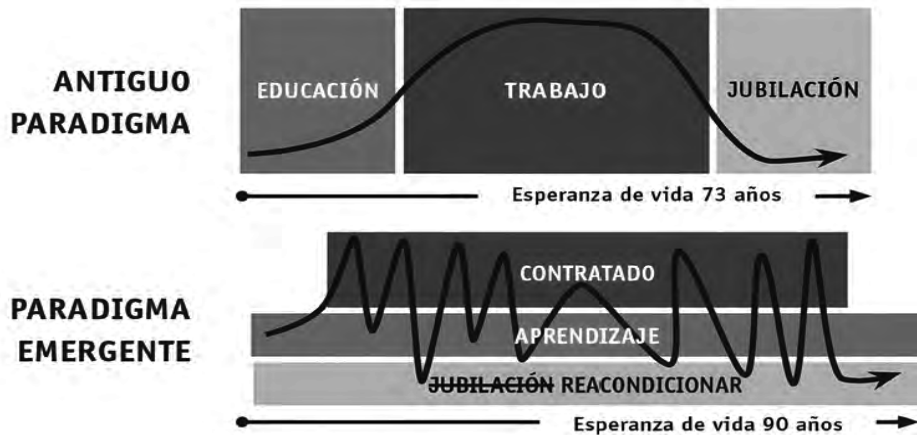
<sup>7</sup> Gobierno de España, *La Agenda del Cambio. Hacia una economía inclusiva y sostenible*, 2019, p. 34. Disponible en:

[https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/190208\\_agenda\\_del\\_cambio.pdf](https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/190208_agenda_del_cambio.pdf)

han ido extendiendo a otras instituciones y, muy especialmente, a la formación profesional.

Es precisamente en la formación profesional donde el impacto está siendo mayor, dado que las nuevas necesidades han cuestionado muy severamente las distintas clasificaciones y funciones que sostenían el sistema y, lo que es más importante, la tradicional y radical separación que existía entre los subsistemas de formación profesional (educativo y profesional), así como los distintos tipos de formación (formal, no formal e informal)<sup>8</sup>. Los cambios son tan bruscos y se producen a tal velocidad que se requieren sistemas formativos flexibles capaces de afrontar adecuadamente los requerimientos del mercado laboral, de forma que mejore la productividad del trabajo, favorezca la empleabilidad y evite la exclusión laboral y social. Las exigencias que conllevan estas nuevas circunstancias son claramente perceptibles en el siguiente gráfico.

**Gráfico 1. Hacia un cambio de paradigma**



*Fuente: Albert Cañigueral Bagó (2020)*

En este contexto, la formación en general, y especialmente la formación profesional, cuenta con múltiples y variadas funciones. La principal es procurar la adecuada inserción de las personas en el mercado de trabajo, y, en último término, contribuir al buen funcionamiento del sistema económico y productivo y a la buena marcha de la sociedad. No obstante, además de ser necesaria para acceder al mercado de trabajo (formación inicial) y posibilitar la integración laboral, la

<sup>8</sup> Camas Roda, F., "Empleabilidad-formación tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo, Empleo y protección social, XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2023, pp. 49 y ss.

formación profesional debe mantenerse a lo largo de toda la vida (formación permanente o continua) para alcanzar otros objetivos, igual de importantes que el primero: a) favorecer la promoción profesional de las personas trabajadoras (perfeccionamiento, especialización, ampliación de conocimientos, etc.); b) garantizar el mantenimiento en el empleo (recualificación, readaptación profesional, reinserción laboral, etc.); y, c) asegurar la competitividad y adaptabilidad de la empresa a las exigencias del mercado y del sistema económico y productivo (en cuanto posibilita la adaptación del empleo a las fluctuaciones del mercado, etc.).

Las instituciones comunitarias llevan años abordando estas cuestiones, si bien las iniciativas, en forma de recomendaciones y propuestas, se han intensificado con ocasión de la digitalización. Fundamental, a estos efectos, es el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo”<sup>9</sup>. El Comité considera, como uno de los ámbitos prioritarios susceptibles de análisis, el empleo y la formación profesional; materia respecto de la que es difícil prever su evolución cualitativa y cuantitativa en los distintos sectores de actividad pero que requiere urgentemente “anticipar esa evolución para adaptar las competencias de los trabajadores a las nuevas profesiones”. En este ámbito se da una especial prevalencia a la formación a lo largo de toda la vida y a la necesidad de adaptar todas las etapas formativas a modelos de formación basados en competencias.

Consideraciones muy similares ha venido realizando la OCDE en el marco de su Estrategia de Competencias, lanzada en 2012, y reformulada en varias ocasiones. En la última revisión, efectuada en 2019, la organización apuesta por: a) desarrollar competencias necesarias a lo largo de la vida, con objeto de adaptarse y progresar en un mundo cambiante; b) usar las competencias de manera eficaz en el trabajo y en la sociedad; y, c) fortalecer la gobernanza de los sistemas de competencias. El objetivo final de dicha Estrategia es “conseguir políticas de competencias adecuadas [...] para garantizar el bienestar y promover el crecimiento incluyente y sostenible”<sup>10</sup>.

Estas inquietudes se han terminado traduciendo en la reforma de nuestros sistemas formativos a través de distintas normas, si bien, destaca la reforma del Sistema de Formación Profesional efectuada en el año 2022, a través de la Ley

<sup>9</sup> UE, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo*, Diario Oficial de la Unión Europea 15/12/2017, C 434/30. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52017AE1866>

<sup>10</sup> OECD, *Estrategia de Competencias de la OCDE 2019: Competencias para construir un futuro mejor*, OECD Publishing, París/Fundación Santillana, Madrid. Disponible en: [https://www.oecd.org/es/publications/estrategia-de-competencias-de-la-ocde-2019\\_e3527cfb-es.html](https://www.oecd.org/es/publications/estrategia-de-competencias-de-la-ocde-2019_e3527cfb-es.html)

de Ordenación e Integración de la Formación Profesional (Ley 3/2022- LOIFP)<sup>11</sup>. Al igual que ha sucedido con la Ley de Empleo (Ley 3/2023-LE), la reforma de la formación profesional se produce en el marco del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (2021-2024), si bien, en este caso se ubica en la Palanca VII. Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades, conformando el Componente 20: Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional (que se complementa con el Componente 19: Plan Nacional de Competencias Digitales y el Componente 21: Modernización y digitalización del sistema educativo, incluida la educación temprana de 0 a 3 años).

Ambas reformas, tanto la efectuada en las políticas activas de empleo como la relativa a la formación profesional, ponen el foco, entre otras cuestiones, en la empleabilidad, y como consecuencia de ello, en la orientación profesional, instituciones en las que nos centraremos en los siguientes apartados.

## **2. LA EMPLEABILIDAD. UN CONCEPTO MULTIDIMENSIONAL**

### **2.1. El concepto de empleabilidad**

El concepto de empleabilidad, de acuerdo con la opinión generalizada, proviene del término inglés *employability*, que resulta de la unión de las palabras *employ* (empleo) y *ability* (habilidad)<sup>12</sup>. Conforme a ello, la RAE, lo define como “el conjunto de aptitudes y actitudes que permiten a una persona conseguir y conservar un empleo”<sup>13</sup>.

De los estudios existentes deriva que se trata de un concepto complejo y dinámico, que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y que, aun aludiendo siempre al empleo, ha atesorado, en función de la época, matices muy diversos. Señalan los especialistas en la materia que “la empleabilidad ha pasado de ser considerada un simple mecanismo regulador de la oferta y la demanda de trabajo a ser concebida como una habilidad o una capacidad personal estrictamente vinculada a la obtención de un empleo o a evitar la pérdida de éste. Posteriormente se consideró que la empleabilidad era una habilidad personal, hasta que finalmente

<sup>11</sup> Ley 3/2022, de 31 de marzo, de Ordenación e Integración de la Formación Profesional (BOE núm. 78, de 1 de abril de 2022).

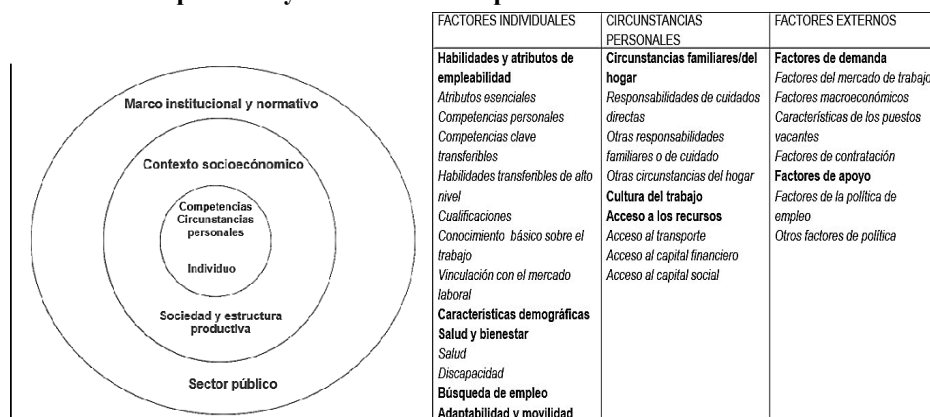
<sup>12</sup> Campos Ríos, G., “Implicaciones económicas del concepto de empleabilidad”, *Aportes*, VIII, 2003, pp. 101-111.

<sup>13</sup> RAE, Diccionario de Lengua Española, 23ª Edición, 2014. Destacable es, sin duda, que el término no se haya acogido hasta la última edición, esto es, en el año 2014.

ha sido concebida como una competencia personal de responsabilidad social, no sólo personal<sup>14</sup>.

Es a su vez, multidimensional, en cuanto está compuesta y determinada por diversos factores, unos relativos a la persona y otros al contexto: aspectos personales, económicos, laborales y educativos, etc.<sup>15</sup>. Existen divergencias doctrinales sobre los concretos elementos que lo conforman. De hecho, a lo largo de su evolución histórica ha ido integrando y desprendiéndose de algunos de ellos o intensificando o disminuyendo su importancia. Se entiende ilustrativa, aunque no es unánime, la noción y construcción elaborada por Martín-González, en la que integra factores individuales, circunstancias personales y factores externos.

**Gráfico 2. Componentes y factores de la empleabilidad**



Fuente: Martín-González (2013)

Destaca el autor nueve factores determinantes de la empleabilidad. El ámbito de los factores individuales estaría integrado por las habilidades y atributos de empleabilidad, las características demográficas, la salud y bienestar de la persona, su aptitud ante la búsqueda de empleo, y su capacidad de adaptabilidad y movilidad. Dentro de las circunstancias personales se ubican las circunstancias familiares, la cultura del trabajo y el acceso a los recursos. Por último, los factores externos estarían conformados por los factores de demanda, relacionados con el mercado de trabajo, y los factores de apoyo, que conciernen principalmente a los servicios de empleo. Existen, no obstante, otras clasificaciones que aglutinan las circunstancias

<sup>14</sup> Martínez González, J.A. “La empleabilidad: una competencia personal y una responsabilidad social”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, noviembre 2011. Disponible en <https://www.eumed.net/rev/cccss/15/jamg.html>

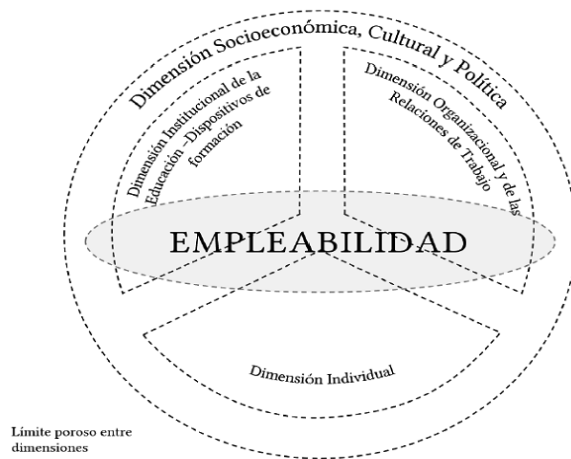
<sup>15</sup> Sobre el concepto, origen y evolución, Suárez Lantarón, Belén, “Empleabilidad: análisis del concepto”, *Revista de Investigación en Educación*, nº 14 (1), 2016, pp. 67-84. Disponible en <https://revistas.uvigo.es/index.php/reined/article/view/2066/2030>



mencionadas en factores internos (relativos a la persona) y externos (relacionados con el contexto), aunque no suelen introducir nuevos elementos a considerar<sup>16</sup>.

En la actualidad, en consecuencia, la empleabilidad sigue haciendo referencia principalmente a la capacidad del individuo para acceder al empleo y mantenerlo y, en cuanto tal, le hace plenamente responsable de esta circunstancia. La evolución del concepto, si bien acentúa la responsabilidad del individuo y suaviza la visión paternalista de las políticas activas de empleo (la obligación de crear empleo y conseguir el pleno empleo), no libera a los poderes públicos y empleadores de la obligación de contribuir a ella<sup>17</sup>. La empleabilidad, así deriva también claramente del marco normativo, se erige como una responsabilidad compartida entre individuos, organizaciones e instituciones. Y ello porque la importancia que tienen los factores externos (económicos, laborales y educativos) la convierten en un claro y contundente objetivo de las políticas que deben desarrollar los poderes públicos en estrecha colaboración con los poderes privados, siendo indispensable, entre otras, establecer un marco de interconexión y colaboración permanente, flexible y fluido entre trabajo y formación. Desde esta concepción, la responsabilidad sobre la empleabilidad, tal como se muestra en el gráfico, quedaría distribuida como se especifica a continuación:

### Gráfico 3. Dimensiones y responsables en la empleabilidad



Fuente: Botero Sarassa, J y Rentería Pérez, E (2019)

<sup>16</sup> Suárez Lantarón, B., "Empleabilidad: análisis del concepto", *Revista de Investigación en Educación*, nº 14 (1), 2016, pp. 67-84.

<sup>17</sup> Una visión crítica de esta concepción en García-Hernández, J. L. y Cortés Pascual, A., "Análisis de la eficacia de las directivas europeas para mejorar los sistemas de orientación profesional, y su efecto sobre el empleo en la Unión Europea", *Revista Sociológica de Planteamiento Crítico*, V. 13 (2), 2019, pp. 7 y ss.

Tal como se recogen en los estudios analizados, el individuo es el principal responsable de su empleabilidad. Conforme a ello, su obligación consiste en adquirir y desarrollar las competencias para diseñar y gestionar su carrera profesional en función de las circunstancias concurrentes. A estos efectos, se ha destacado la necesidad de que adquiriera las competencias para el desarrollo adecuado de su carrera profesional, tanto con objeto de conseguir un empleo como de conservarlo<sup>18</sup>.

No obstante, corresponde a los poderes públicos garantizar el marco adecuado para que se produzca la adquisición y desarrollo de dichas competencias, y ello exige, en virtud de las implicaciones que conlleva la propia noción de empleabilidad: a) la regulación del mercado de trabajo (bajo las exigencias del trabajo decente), de los sistemas formativos (basados en el aprendizaje de competencias y no de contenidos) y del empleo (políticas activas y pasivas); y, b) la articulación y provisión de la financiación necesaria para garantizar su interconexión y efectividad.

Por último, las distintas organizaciones, entre las que se deben destacar los agentes sociales y el resto de organizaciones integradas en el sistema productivo, ostentan la obligación de colaborar con la empleabilidad facilitando el empleo (bajo las exigencias del trabajo decente y respetando las exigencias de la profesionalidad), y la formación en el trabajo a través de las distintas posibilidades y fórmulas establecidas en la normativa legal o convencional (*Work-based learning*).

La distribución de responsabilidades pone de manifiesto la complejidad que encierra el concepto y su conexión directa con la que ostentan los propios mercados de trabajo. De hecho, su reactivación y aplicación en los últimos años es consecuencia de distintos factores, entre los que destacan: a) la evolución de los mercados de trabajo, sometidos a grandes cambios, que han denostado los empleos para toda la vida, implantando un modelo de carrera profesional abrupta, discontinua y no predecible, que requiere el desempeño sucesivo de múltiples empleos y una rápida respuesta y adaptación por parte de las personas trabajadoras; b) la complejidad e imprevisibilidad del mercado de trabajo, que ha mostrado la necesidad de atender un concepto de empleabilidad basado en la persona, en su formación, en sus circunstancias y posibilidades, y en la necesidad de recibir asesoramiento específico sobre cómo enfocar su trayectoria profesional de forma permanente.

Todo ello evidencia que, en las circunstancias actuales, es absurdo pensar que la formación inicial es suficiente para encontrar y mantener un empleo. Muy al contrario, la empleabilidad (y la formación), en cuanto implica la capacidad para identificar y obtener oportunidades laborales, pero también la de adaptarse a trabajos específicos para determinar y materializar las oportunidades de la carrera

<sup>18</sup> Martínez González, J.A., “La empleabilidad: una competencia personal y una responsabilidad social, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, noviembre 2011.

profesional, debe mantenerse durante toda la vida<sup>19</sup>. De ahí la emergencia del término “*lifetime employability*” (empleabilidad para toda la vida), que refiere “la tendencia conductual dirigida a adquirir, mantener y usar calificaciones para hacer frente a un mercado laboral cambiante durante todas las etapas de la carrera profesional”<sup>20</sup>.

Y en virtud de ello, se torna evidente que, dentro de la empleabilidad, uno de los factores externos fundamentales a considerar son los servicios de apoyo a la empleabilidad, y especialmente, la orientación profesional. La orientación profesional se ubica así en varios escenarios, desempeñando una “función instrumental de adaptación a la globalización económica, como función social que intermedia en las disonancias entre ámbito educativo y mercado laboral, y como función de ayuda al desarrollo personal en el contexto de la necesidad de la formación a lo largo de la vida”<sup>21</sup>.

## 2.2. La empleabilidad en la Ley de Empleo

En España, el término empleabilidad se consagra en la Ley de Empleo (Ley 3/2023) que, entre múltiples alusiones, la define en su art 3 y la desarrolla en el Capítulo II<sup>22</sup>. Tal como veremos, a continuación, la empleabilidad se concibe conforme a los parámetros que se han mencionado, esto es, una competencia personal de responsabilidad social que, precisamente por ello, conecta directa e íntimamente con la formación y orientación laboral.

Acogiendo la definición aportada por la OIT, el art. 3 Ley 3/2023, la define como “*conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo*”

<sup>19</sup> Tal como advierte la Comisión Europea: “La educación a una edad temprana sigue siendo fundamental, pero es solo el principio de una vida de constante aprendizaje: desde la educación infantil y la atención a la infancia, pasando por la enseñanza primaria y secundaria y por la enseñanza técnica, la educación y formación profesionales y la educación terciaria, hasta el aprendizaje de adultos. El aprendizaje a lo largo de la vida, incluso a una edad más avanzada, es lo que marcará la diferencia” [COM, 2020. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*, Bruselas, 2020. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0274&from=EN>].

<sup>20</sup> Thijssen, J., Van der Heijden, B., y Rocco, T.: “Employability-Link Model: Current Employment Transition to Future Employment Perspectives”, *Human Resource Development Review*, Vol. 7, No. 2 June 2008, pp. 174 y ss.

<sup>21</sup> García-Hernández, J. L. y Cortés Pascual, A., “Análisis de la eficacia de las directivas europeas para mejorar los sistemas de orientación profesional...”, op. cit., p. 8.

<sup>22</sup> La norma cuenta con 87 alusiones a la empleabilidad, lo que denota la importancia de este nuevo concepto para la política de empleo.

*decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo*<sup>23</sup>.

Se muestra con esta definición, que reitera el art. 34, la naturaleza, *conjunto de competencias y cualificaciones transferibles*; las funciones que debe desempeñar, *encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo*; y los principales instrumentos de la empleabilidad: *la educación y la formación*. Resalta el legislador, por si hubiere alguna duda, que la empleabilidad “*debe producir un ajuste dinámico entre las competencias propias y las demandadas por el mercado de trabajo*”. Con esta última alusión se incide en que el concepto que se maneja es el de empleabilidad para toda la vida, de acuerdo con la visión dinámica de las competencias que se ha impuesto en los últimos años a impulso de las instituciones comunitarias<sup>24</sup>.

Interesa destacar las referencias que hace la norma respecto de las competencias, especialmente porque únicamente menciona las competencias básicas para la empleabilidad. A estos efectos, el art. 38 identifica la comunicación oral y escrita y el manejo y aprovechamiento de las herramientas digitales y tecnológicas (competencia digital), sin hacer referencia en ningún momento a las competencias específicas de la empleabilidad. Solo la mención a *competencias y cualificaciones transferibles*, indica el tipo de competencias que se requieren, y que se identifican con las competencias transversales para la empleabilidad<sup>25</sup>.

Encontramos acertada esta sintética alusión dado que deben ser objeto de determinación, definición y adaptación por organismos especializados. Podría sorprender la alusión a las competencias básicas, dado que todas ellas, y no solo las mencionadas, deben integrar todas las facetas formativas, también las amparadas por los servicios públicos de empleo. Entendemos que la referencia se efectúa con objeto de desarmar aquellas posiciones que tienden a asignar competencias

<sup>23</sup> OIT, Recomendación 195, sobre el desarrollo de los recursos humanos: educación, formación y aprendizaje permanente, Ginebra, 2005, art 1.2.d).

<sup>24</sup> Recomendación del Consejo, de 22 de mayo, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO C 189 de 4.6.2018). Dicha Recomendación revisa la Recomendación sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente de 2006 (DO L 393/10 de 30.12.2006), al reconocer que la inversión en capacidades y competencias, así como en una visión común y actualizada de las competencias clave, constituye un primer paso para promover la educación, la formación y el aprendizaje no formal en Europa. Ello conlleva el reconocimiento del carácter dinámico de las competencias y la necesidad de actualizar su contenido con carácter periódico.

<sup>25</sup> SEPE (Observatorio de Ocupaciones), *13 Competencias Claves para el Empleo: Cuestionario de autodiagnóstico de competencias personales*, 2023. Su definición, delimitación y los modelos disponibles en, Carrizosa Prieto, E., “Las competencias transversales para la empleabilidad y su integración en la educación universitaria”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 7, núm. 1, 2019, pp. 92 y ss.

a niveles educativos, proscribiendo su movilidad o traslación a otros superiores o inferiores.

Definida en estos términos, el art 35 de la norma se ocupa expresamente del reparto de obligaciones entre los distintos sujetos implicados. En primer lugar, la empleabilidad o más exactamente, su mantenimiento y mejora, se configura como un derecho y como una obligación de los demandantes de los servicios de empleo, que deriva del mandato constitucional contenido en el art 35 CE<sup>26</sup>. La configuración como un deber, destaca la doctrina especializada, responsabiliza “a la persona trabajadora de su falta de competencias profesionales, de su no adaptación a los cambios del mercado de trabajo y en definitiva de su inactividad laboral”<sup>27</sup>. Destaca, que además de una obligación, las competencias, o el cúmulo de competencias que integra la empleabilidad, se plasme como un derecho de las personas demandantes de empleo, derivado directamente del derecho al trabajo. Esta circunstancia confirma claramente su carácter de responsabilidad social, en cuanto obliga a los poderes públicos a facilitar la empleabilidad desde distintas perspectivas.

Efectivamente, tras hacer este reconocimiento, el segundo apartado del precepto se ocupa de definir cuáles son las responsabilidades de los poderes públicos. Al centrarse en la regulación del empleo, la norma alude al Sistema Nacional de Empleo, integrado por entidades y organismo públicos y privados, que tiene como obligación fundamental orientar todas sus actuaciones al mantenimiento y mejora de la empleabilidad de los demandantes de empleo. Especifica la norma que también las políticas de protección frente al desempleo, esto es, las políticas pasivas de empleo, han de guiarse por esa misma orientación, “*de modo que las personas beneficiarias no deben verse abocadas a la toma de decisiones que vayan en detrimento de su profesionalidad y de su capacidad de mejorar en el mercado de trabajo*”.

Establecidos en estos sintéticos términos el ámbito de responsabilidades, se desarrollan las principales obligaciones públicas en torno a la empleabilidad, tanto en términos genéricos (políticas de empleabilidad) como específicos (atención específica a las personas desempleadas).

<sup>26</sup> Montoya Melgar, A., y Sempere Navarro. Antonio V., Cuestiones básicas sobre la regulación del empleo, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 265/2023, (BIB 2023\1525).

<sup>27</sup> Guerrero Vizuite, E., “La configuración del empleo en la ley 3/2023: ¿una reestructuración para superar las deficiencias del mercado de trabajo o simple continuismo?”, en *Empleo y protección social Comunicaciones del XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2023, pp. 163 y ss. En el mismo sentido, Ramos Quintana, M. I., “Empleabilidad: una crítica al concepto desde el Derecho del Trabajo”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 97, 2023.

Así, el art 36 se ocupa de la medición de la mejora de la empleabilidad, a través de la articulación y aplicación de varias tasas: tasa de empleabilidad, tasa de intermediación y tasa de cobertura; todo ello mediante el uso de las tecnologías que se especifican en el art. 17 LE: *análisis de datos, evidencias estadísticas y el análisis del mercado de trabajo*. A través de ellos se determinarán: *a) los patrones de atención a las personas demandantes de empleo (itinerarios individuales y sus servicios asociados), siempre que muestren evidencias estadísticas de su relación con la mejora de la empleabilidad; b) la tasa de mejora de la empleabilidad, en la que se tendrá en cuenta los parámetros directamente relacionados con la incorporación de las personas al mercado de trabajo, la promoción de su nivel laboral y formativo, y en particular la adquisición de las competencias y habilidades más demandadas por el mercado de trabajo y que sean adecuadas a su perfil profesional; c) la tasa de intermediación, que permitirá medir el impacto de las atenciones a las personas en sus transiciones al empleo y la efectividad en la atención a las empresas que solicitan cubrir sus puestos vacantes; y d) la tasa de cobertura, que ofrecerá una medida del nivel de protección frente al desempleo del conjunto de personas que se encuentren en esa situación.*

De todos estos elementos, la tasa de mejora de empleabilidad, así como las evidencias estadísticas ofrecidas por los patrones de atención, tienen como finalidad complementaria servir de apoyo y aportar fiabilidad a la labor de orientación profesional. Por otro lado, la aplicación de herramientas de apoyo a la toma de decisiones basadas en el análisis de datos, en las evidencias estadísticas y en el análisis del mercado de trabajo, contribuirá a identificar en cada momento qué personas o colectivos de personas están encontrando mayores dificultades para acceder al empleo, así como la intensidad de esas dificultades.

El art. 37 hace referencia al catálogo de instrumentos de la empleabilidad, encomendando al Sistema Nacional de Empleo su mantenimiento y actualización. Sobre el catálogo, muy escuetamente, se establece: a) la necesidad de que su eficacia haya sido contrastada a través de programas de evaluación; b) que orienten las acciones de los itinerarios individuales en función del perfilado trazado, teniendo en cuenta las circunstancias que ocasionan discriminación y los colectivos identificados como prioritarios (art. 50 LE); y, c) que su actualización se realice conforme a las mejores prácticas desarrolladas y evaluadas en los distintos ámbitos territoriales del Sistema Nacional de Empleo y en otros estados miembro del Espacio Económico Europeo.

### **3. LA ORIENTACIÓN PROFESIONAL COMO CLAVE DEL SISTEMA**

Como se ha destacado en el apartado anterior, unos de los factores más importantes de la empleabilidad, en el contexto actual, es la orientación profesional; una institución que ha estado presente en el conjunto de normas e instituciones que

estamos considerando, tanto en el ámbito educativo como en el del empleo. No obstante, desde hace algunos años se vienen reclamando cambios en su concepción con objeto de promover y garantizar la efectividad de las políticas activas de empleo.

### 3.1. La importancia de la orientación profesional

Las primeras referencias a la orientación profesional, como institución o práctica dirigida a resolver y prevenir los problemas de empleo, aparecen a principios del siglo XX de la mano de F. Parsons. En su obra póstuma, *Choosing and Vocation*, se refiere a ella con el término “*Vocational Guidance*”, señala la conveniencia de que forme parte de la actividad de los centros públicos (de enseñanza) y de que sea atendida por especialistas en la materia<sup>28</sup>. Años más tarde, en 1935, partiendo de estos mismos principios (carácter público, permanente y profesional), aparece la primera definición de la institución: “proceso de asistencia individual para la selección de una ocupación, preparación para la misma, inicio y desarrollo en ella”<sup>29</sup>.

Sin embargo, aunque desde el principio la institución se considera un proceso que debe guiar el acceso al empleo y el desarrollo de la profesión, las prácticas instauradas en la generalidad de los países se centraron únicamente en el acceso al mercado de trabajo (y no en la permanencia); y se desarrollaron, específicamente, en el momento de elegir estudios universitarios o de formación profesional. Esta es la razón de que, durante muchos años, la orientación profesional se realizara preponderantemente en el ámbito educativo y a través de la orientación educativa. No obstante, la paulatina evolución de los mercados de trabajo y las divergencias que han ido evidenciando respecto de los sistemas educativos, provocaron el fortalecimiento de la orientación profesional en el ámbito del empleo.

Aunque la necesidad de formación permanente se viene destacando desde hace ya unos años, y entendemos que está asumida por la sociedad en la generalidad de los países desarrollados, lo cierto es que la complejidad de los mercados de trabajo y de los factores que están incidiendo en ellos, cada vez más bruscos y acelerados, la convierten en una materia difícil de abordar desde el plano individual<sup>30</sup>. A ello se debe añadir el déficit cultural que existe, dependiendo de las distintas sociedades, sobre las competencias y habilidades que requieren las distintas profesiones, así

<sup>28</sup> Parson, F., *Choosing and Vocation*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1909. La investigación se basa en la experiencia desarrollada con la implementación de la primera oficina vocacional para jóvenes en Boston (“*Vocational Bureau*”). Disponible en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.hw20ma&seq=29>

<sup>29</sup> Fitch, J., *Vocational guidance in action*, Columbia, 1935. Disponible en: <https://archive.org/details/vocationalguidan05john/page/14/mode/2up>

<sup>30</sup> Barnes, S.A., Bimrose, J., y Brown, A., *Lifelong guidance policy and practice in the EU: trends, challenges and opportunities: final report*. Luxembourg: Publications Office, 2020, p. 3.

como sobre los procedimientos para adquirirlas, desarrollarlas y mantenerlas. Todos estos factores convierten en imprescindible la intervención pública en materia de orientación profesional con objeto de "garantizar los servicios, las herramientas y los recursos de orientación responden realmente a las necesidades de los usuarios"<sup>31</sup>. Solo así se podrá capacitar a las personas trabajadoras para diseñar y gestionar su carrera profesional en función de las circunstancias concurrentes, anticiparse a los cambios y adaptarse a ellos.

En definitiva, si la empleabilidad y la formación han de ser permanentes, la orientación profesional, como responsabilidad pública, también lo debe ser. Así lo pone de manifiesto el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (en adelante CEDEFOP):

*"Los itinerarios tradicionales de aprendizaje y desarrollo profesional se están sustituyendo por rutas más dinámicas y desiguales y por períodos de trabajo más cortos. Los contextos de aprendizaje y trabajo, más complejos y en constante evolución, dirigen más la atención hacia el aprendizaje continuo y la movilidad individual, por lo que la orientación permanente resulta crucial. Mejora el acceso de las personas a la información profesional, les ayuda a evaluarla y les permite desarrollar diversas capacidades a lo largo de su carrera profesional"*<sup>32</sup>.

Esta es la razón por la que, desde los organismos especializados, especialmente los relacionados con la UE, se haya venido reclamando desde hace años una nueva configuración de esta institución. Así, los análisis realizados destacan que, si bien la orientación y la orientación permanente (*Lifelong Guidance LLG*) aluden a procesos y actividades que ayudan a las personas a tomar decisiones o elecciones informadas sobre su educación, formación y trayectoria laboral, la primera se produce puntualmente en momentos de transición (es reactiva), mientras que la segunda permanece durante toda la carrera profesional (es proactiva). Es, en consecuencia, un proceso en el que las personas pueden y deben participar a lo largo de sus vidas y abarca el desarrollo de estrategias, competencias y habilidades para gestionar las transiciones<sup>33</sup>.

Efectivamente, la Resolución del Consejo (UE) de 2008, sobre una mejor integración de la orientación permanente en las estrategias de aprendizaje permanente, define la orientación como "un proceso continuo que permite a los

<sup>31</sup> CEDEFOP, *Seguimiento y evaluación de los sistemas de orientación permanente en toda Europa*, Thermi (Grecia), 2024.

<sup>32</sup> CEDEFOP, *Seguimiento y evaluación de los sistemas de orientación permanente en toda Europa*, op. cit. p. 1.

<sup>33</sup> Barnes, S.A., Bimrose, J., y Brown, A., *Lifelong guidance policy and practice in the EU: trends, challenges and opportunities: final report*. Luxembourg: Publications Office, 2020, pp. 3 y ss.



ciudadanos, a cualquier edad y en cualquier momento de sus vidas, identificar sus capacidades, competencias e intereses, tomar decisiones educativas, formativas y ocupacionales y gestionar sus trayectorias vitales individuales en el aprendizaje, el trabajo y otros entornos en los que se adquieren y/o utilizan esas capacidades y competencias. La orientación incluye actividades individuales o colectivas de información, de consultas, de evaluación de competencias, de apoyo y de enseñanza de las competencias necesarias para la toma de decisiones y para la gestión de la carrera”<sup>34</sup>.

La Resolución conmina a los Estados a reforzar el papel de la orientación permanente en el marco de las estrategias nacionales de educación y formación permanente y, en aras de acompañar las transiciones a lo largo de la vida de los ciudadanos, a aplicar una serie de principios rectores: 1) favorecer la adquisición permanente de capacidades de orientación; 2) facilitar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios de orientación; 3) desarrollar la garantía de calidad de los servicios de orientación; 4) fomentar la coordinación y la cooperación de los distintos protagonistas a niveles nacional, regional y local.

Instrumentos más recientes vuelven a incidir en la misma cuestión. Así, en 2016, la Comisión Europea impulsó un paquete de medidas para favorecer e impulsar las capacidades de los ciudadanos europeos. El instrumento, conocido como *Agenda Europa de Capacidades*, tenía como objetivo fundamental alentar a las personas a adquirir y a desarrollar capacidades a lo largo de su vida<sup>35</sup>. Para su consecución se proponían una serie de reformas dirigidas a tres objetivos específicos: a) desarrollar capacidades de mayor calidad y más adecuadas que puedan adaptarse a la rápida evolución de las necesidades de capacitación del mercado de trabajo, incidiendo muy especialmente en la competencia digital y en las competencias transversales; b) dotar a todas las personas de un conjunto mínimo de capacidades básicas (lectura, escritura, cálculo y digitales); y, c) hacer más comprensibles las cualificaciones con objeto de fomentar la movilidad en el territorio europeo.

Solo cuatro años más tarde, en 2020, la Comisión vuelve a abordar esta cuestión a través de la Comunicación *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*, con la que pretende afrontar, a través del impulso de las capacidades, una doble transición del mercado de trabajo: verde y digital (afectadas por importantes aspectos demográficos);

<sup>34</sup> Diario Oficial de la Unión Europea de 13/08/2008. C 319/4. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A42008X1213%2802%29>

<sup>35</sup> COM, 2016. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una nueva Agenda de Capacidades para Europa. Trabajar juntos para reforzar el capital humano, la empleabilidad y la competitividad. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0381&rid=7>

transformaciones que demuestran “la necesidad de un cambio sin precedentes en los conjuntos de capacidades para aprovechar todo su potencial”. Para encarar estas cuestiones, la Comisión plantea 4 pilares que se deben desarrollar a través de 12 acciones financiadas, tal como muestra la siguiente tabla.

**Tabla 1. Agenda de Capacidades Europea. Acciones**

<b>Pilar 1. Trabajar de forma conjunta en favor de las Capacidades</b>
Acción 1: Pacto para las Capacidades
<b>Pilar 2. Acciones para asegurar que las personas tengan las capacidades adecuadas para el empleo</b>
Acción 2: Reforzar la información estratégica sobre capacidades
Acción 3: Apoyo de la UE a la acción estratégica nacional de capacitación
Acción 4: Propuesta de Recomendación del Consejo sobre educación y formación profesionales en materia de educación y formación profesionales para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia
Acción 5: Implementación de la Iniciativa Europea sobre Redes de Universidades y de la capacitación de científicos
Acción 6: Capacidades para apoyar la doble transición (transición verde y digital)
Acción 7: Aumentar el número de titulados en CTIM y fomentar las capacidades emprendedoras y transversales
Acción 8: Fomentar las capacidades para la vida
<b>Pilar 3. Desarrollo de herramientas e iniciativas que faculten a las personas para adquirir capacidades durante toda la vida (aprendizaje permanente)</b>
Acción 9: Iniciativa sobre cuentas de aprendizaje individuales
Acción 10: Un enfoque europeo de las microcredenciales
Acción 11: Nueva plataforma Europass
<b>Pilar 4. Un marco para desbloquear inversiones en Capacidades</b>
Acción 12: Mejorar el marco facilitador para desbloquear las inversiones de los Estados miembros y las inversiones privadas en capacidades

*Fuente: Elaboración propia*

El conjunto de propuestas se dota de líneas de financiación con la finalidad de conseguir una serie de objetivos relacionados con la participación de la ciudadanía en actividades de aprendizaje. A los efectos que interesan a este análisis, aunque todas las acciones se relacionan con la formación y la orientación profesional, es destacable como la orientación se sitúa en el centro de muchas de ellas: acciones estratégicas nacionales de mejora de las capacidades (Acción 3); fomentar las capacidades para apoyar la doble transición (Acción 6); iniciativas que impulsen las cuentas de aprendizaje individuales (Acción 9); y, las que fomenten la formación a través de microcredenciales (Acción 10)<sup>36</sup>. Así mismo, no se puede obviar que

<sup>36</sup> COM, 2020. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Agenda de Capacidades Europea para*

además del Pilar 2 (Acciones para asegurar que las personas tengan las capacidades adecuadas para el empleo), el Pilar 3, centrado en el desarrollo de herramientas e iniciativas que faculten a las personas para adquirir capacidades durante toda la vida (aprendizaje permanente), reconoce expresamente la necesidad de apoyar a las personas en sus itinerarios de aprendizaje permanente y en el desarrollo de sus competencias.

Para terminar con este recorrido por las iniciativas de la UE, se debe destacar la Recomendación de la Comisión sobre un apoyo activo eficaz para el empleo (EASE)<sup>37</sup> y los Planes de acción relativos al Año de las Capacidades (2023)<sup>38</sup>, muy especialmente el enfoque de las habilidades y de los instrumentos de apoyo que contienen ambos instrumentos. Se adopta en ellos una visión holística del apoyo público a los procesos y planes profesionales individuales a lo largo de la trayectoria de la vida. Esto incluye, de un lado, la consideración de los aprendizajes y experiencias profesionales anteriores como factores importantes para las transiciones, la integración en el mercado laboral y el aprendizaje permanente en la edad adulta; y, de otro, la adquisición de habilidades de gestión de la carrera y el desarrollo de la adaptabilidad profesional en todos los sectores de la educación, la formación y el mercado laboral. Desde esta concepción, la orientación permanente se ubica en el núcleo de las disposiciones de desarrollo profesional a lo largo de la vida de las personas y engloba el desarrollo de estrategias, competencias y habilidades para gestionar las transiciones<sup>39</sup>.

*la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*, Bruselas, 2020. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0274&from=EN>.

<sup>37</sup> Recomendación (UE) 2021/402 de la Comisión, de 4 de marzo de 2021, sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la COVID-19 (EASE) (DO L 80 de 8.3.2021). La Recomendación incide en que los Estados garanticen un mayor apoyo por parte de los servicios de empleo a las transiciones laborales, destacando: a) que debe tratarse de un apoyo individualizado, como asesoramiento, orientación y asistencia práctica a los solicitantes de empleo, especialmente a los jóvenes; b) que debe prestarse especial atención a los empleados afectados por la reestructuración de empresas a fin de conseguir otro empleo, dentro o fuera de sus respectivas organizaciones empresariales; c) que los servicios públicos de empleo deben tener los recursos necesarios para cumplir con sus funciones.

<sup>38</sup> Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Año Europeo de las Capacidades 2023. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022PC0526>

<sup>39</sup> CEDEFOP, *Towards European standards for monitoring and evaluation of lifelong guidance systems and services. A preliminary list of indicators for quality frameworks*, Thermi (Grecia), 2023; Barnes, S.A., Bimrose, J., y Brown, A., *Lifelong guidance policy and practice in the EU...*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.; OECD, *Career guidance for adults in a changing world of work, Getting Skills Right*, Paris, OECD Publishing, 2021; OECD, *How youth explore, experience and think about their future: a new look at effective career guidance*, Paris, OECD Publishing, 2021.

### 3.2. La orientación profesional en la Ley de Empleo

La Ley 3/2023 da una importante trascendencia a la orientación profesional. El propio Preámbulo advierte la necesidad de abordar esta institución por imperativo del cambio tecnológico y la necesidad de garantizar una transición rápida y beneficiosa para el conjunto de la ciudadanía. Desde esta perspectiva, es fundamental *“aumentar significativamente la capacidad de las instituciones laborales para recualificar, orientar y ayudar a las personas que buscan empleo”*.

Ello requiere necesariamente, así lo afirma la disposición, la reforma de las políticas activas de empleo en diversos sentidos<sup>40</sup>: *“a) modernizar el Portal Único de Empleo mediante el uso de inteligencia artificial y demás herramientas para mejorar la eficacia y la eficiencia de la adecuación entre la oferta y la demanda; b) aumentar la competencia y la productividad de la economía, la ampliación y mejora de los servicios de orientación para personas desempleadas con objeto de proporcionar una orientación de calidad y personalizada; c) la consecución de la máxima coordinación entre la Agencia Española de Empleo, los servicios de empleo autonómicos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las entidades educativas para vertebrar respuestas público-privadas coherentes e integradas a escala nacional; d) el aumento de la financiación de las políticas activas mediante el establecimiento de una ratio orientador/persona desempleada u otros indicadores objetivos que permitan ir cerrando la brecha relativa que existe entre España y los países de la UE-8; e) la creación de un sistema de evaluación y monitorización de las políticas activas eficaz mediante una sistematización de toda la información y la inclusión de criterios clave como el éxito de inserción laboral o la calidad del empleo conseguido”*.

Donde con más claridad se aprecia el concepto de orientación que acoge la norma, es precisamente en la regulación de la cartera de servicios a disposición de los usuarios. La Ley 3/2023 se ocupa de esta cuestión en su Título IV, titulado “Servicios garantizados, compromisos y cartera de servicios”, y concretamente, en el Capítulo I. “Servicios garantizados y compromisos de las personas demandantes de servicios de empleo y las empresas”. Y, aunque el texto legislativo no se refiere a ella como orientación permanente, ni de la regulación legal de sus características y sus funciones parece derivar tal naturaleza, es importante tener en cuenta que sí se menciona, como principio inspirador, en el Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al

<sup>40</sup> Las políticas activas de empleo se definen como *“el conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas orientados a la contribución a la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo de pleno empleo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la Constitución y en el marco de la estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea. La eficacia de la política de pleno empleo se referirá al cumplimiento de los objetivos señalados por la política europea de empleo”* (art. 2 de la Ley 3/2023).

Empleo 2021-2024<sup>41</sup>, y en el Real Decreto 438/2024, de 30 de abril, por el que se desarrolla la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados establecidos en la Ley 3/2023, de 28 de febrero<sup>42</sup>.

El artículo 56 diseña el catálogo de servicios que garantiza el Servicio Nacional de Empleo a los usuarios con un objeto bien definido: *facilitar el acceso a un empleo decente y de calidad y la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo*. Entre estos servicios destaca por su importancia y regulación la orientación profesional, que debe abarcar tanto las aspiraciones de empleo por cuenta ajena como el emprendimiento o autoempleo. De todas las herramientas y servicios que se mencionan, hay tres que son fundamentales para encauzar adecuadamente la orientación profesional: el perfil individualizado del usuario, el itinerario o plan personalizado y la tutorización y asesoramiento individual. Junto a ellos, se mencionan otros que constituyen elementos o herramientas accesorias o complementarias, aunque no por ello menos importantes.

Efectivamente, precisamente para facilitar, entre otros, los servicios de orientación profesional se establecen una serie de herramientas que, aun instrumentales, son fundamentales para alcanzar los fines de las políticas activas de empleo, especialmente la relativa a mejorar la empleabilidad. Así, por ejemplo, cabe destacar la articulación de un canal de recepción de los servicios, entre ellos la orientación, que puede ser presencial o no presencial, pero en todo caso, accesible para la persona usuaria. A estos efectos, se incide en la necesidad de facilitar la accesibilidad a las actividades y servicios y el desarrollo de los propios itinerarios formativos personalizados por canales no presenciales, con objeto de garantizar su efectividad y facilitar posibilidades de adaptación, así como la prestación del servicio con carácter presencial para posibilitar el acceso a toda la ciudadanía.

De importancia fundamental es también el expediente laboral personalizado único, que debe integrar la generalidad de los elementos: el perfil individualizado de la persona demandante de servicios públicos de empleo, el itinerario o plan personalizado de actuación, el acuerdo de actividad, las actividades desarrolladas,

<sup>41</sup> BOE núm. 292, de 7 de diciembre de 2021: “1) Enfoque centrado en las personas y en las empresas. El enfoque estratégico de las políticas activas de empleo y, por tanto, de la nueva Estrategia, debería evolucionar con el fin de garantizar determinados servicios a través de procesos de apoyo y acompañamiento a lo largo de toda la vida laboral, tomando como referencia el «derecho al apoyo activo para el empleo» que prevé el Pilar Europeo de Derechos Sociales. Para ello, se configurará un grupo de trabajo [...] Este enfoque de las políticas activas de empleo centrado en las personas debe ser compatible con la atención prioritaria de las personas más vulnerables [...] La orientación personalizada de las políticas activas de empleo también debe basarse en un enfoque holístico, que tenga en cuenta el conjunto de las circunstancias condicionantes del acceso y del mantenimiento del empleo, ofreciendo una atención integrada en forma de itinerarios que permitan combinar servicios y programas de activación en función de las necesidades concretas y, a la vez, en forma coordinada con las medidas de protección y de intervención social”.

<sup>42</sup> BOE núm. 106, de 1 mayo de 2024.

la tutorización y seguimiento de la persona usuaria durante las transiciones laborales, la cartera individualizada de formación, las ofertas de empleo adecuadas aceptadas o rechazadas y su justificación, los contratos suscritos, la vida laboral de la Seguridad Social y las prestaciones, ayudas o incentivos económicos que, en su caso, perciba durante su proceso de búsqueda de empleo.

Antes de analizar los elementos nucleares de la orientación profesional, es necesario destacar que dicho servicio se ofrece previa demanda del usuario, sin que se ofrezca *motu proprio* a cualquier persona que se integre en el sistema. Con esta regulación, la norma huye de la universalidad que ofrecía su predecesora, que preveía la entrevista de diagnóstico individualizada y la elaboración del itinerario individual y personalizado de empleo para todas las personas desempleadas<sup>43</sup>.

### 3.2.1. El perfil individualizado del usuario

Una vez solicitado el servicio, el primer paso de la orientación es la elaboración de un perfil individualizado del usuario. Este instrumento tiene por objeto evaluar al demandante de los servicios de empleo, con objeto de diseñar un itinerario personalizado formativo y/o de búsqueda activa de empleo o de emprendimiento adecuado. La elaboración del perfil, y la valoración de la empleabilidad que conlleva, requiere un diagnóstico previo de la situación de partida de la persona demandante de empleo, que tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

- a) habilidades, competencias, formación y experiencia profesional.
- b) edad o pertenencia a colectivos prioritarios, situación familiar, ámbito territorial.
- c) tiempo y motivos de desempleo, percepción de prestaciones o ayudas económicas a la activación.
- d) cualquier otra variable personal o social que pueda ser relevante, en función de las necesidades y expectativas.
- e) las situaciones de interseccionalidad que puedan concurrir.

La evaluación derivada del perfil individualizado, que deberá destacar los factores personales y profesionales favorables, así como los principales obstáculos de acceso al empleo, incluidas las posibles desigualdades, habrá de facilitarse en el plazo de tres meses desde que se solicitó el servicio de orientación, o de cuatro meses si concurren “razones excepcionales sobrevenidas como consecuencia de la estacionalidad”<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> El art. 29 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

<sup>44</sup> Art 56 de la Ley 3/2023 y art. 12 del Real Decreto 438/2024, de 30 de abril.

### 3.2.2. *El itinerario o Plan individualizado*

Efectuada la evaluación, el servicio de empleo elaborará, con la colaboración de la persona usuaria, un itinerario o plan personalizado adecuado al perfil, que detallará las actividades propuestas para mejorar la empleabilidad, teniendo en cuenta las necesidades del sistema productivo, el empleo local y los sectores emergentes o estratégicos o, en su caso, iniciativas de emprendimiento, autoempleo y economía social, así como las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral<sup>45</sup>. Establece la regulación unos contenidos mínimos irrenunciables:

- a) La identificación de un itinerario formativo, que contendrá las acciones de formación que resulten adecuadas para la mejora de competencias y cualificación profesional de la persona usuaria, para su formación continua y para la actualización permanente que requieran los cambios del mercado de trabajo (“adaptarse a las necesidades de transformación productiva o a los cambios paulatinos en la forma de trabajo y a las exigencias de nuevas competencias”).
- b) La identificación de alternativas laborales o de emprendimiento a las que puede acceder la persona demandante de servicios de acuerdo con su perfil profesional, las necesidades específicas de las distintas etapas vitales y las necesidades del sistema productivo.
- c) La identificación de las actuaciones de búsqueda activa de empleo que, de acuerdo con su perfil y sus necesidades de conciliación, la persona usuaria deba realizar.

El Itinerario o plan personalizado debe contener, de acuerdo con las previsiones reglamentarias, un desarrollo planificado de las distintas acciones que incluya y requerirá el acompañamiento del tutor o tutora de empleo, de forma puntual o continuada en el tiempo, para las personas demandantes de servicios de empleo que han sido perfiladas. La función de dicha tutela es aportar “información sistematizada y relevante que permita a la persona asesorada alcanzar un mayor conocimiento sobre sus capacidades e intereses y definir y alcanzar con más seguridad sus objetivos”.

Este itinerario o plan personalizado conformará el acuerdo de actividad suscrito entre el servicio público de empleo y la persona usuaria. Reitera la disposición reglamentaria que las actividades a desarrollar en el plan personalizado se consensuarán con la persona usuaria, y será objeto de modificación a medida que se vayan cumpliendo los hitos de empleabilidad fijados.

Existen, no obstante, previsiones reglamentarias que no parecen muy acordes con la coherencia y homogeneidad que deben presentar los servicios de orientación profesional. Destaca el art. 14 del Real Decreto 438/2024, que recoge el derecho de las personas demandantes de los servicios de empleo a disponer de su itinerario o

<sup>45</sup> Art 56 de la Ley 3/2023 y art. 14 del Real Decreto 438/2024, de 30 de abril.

plan de actuación individualizado en el plazo máximo de un mes, a contar desde la elaboración de su perfil, y previa petición por su parte o de su tutora. Por otro lado, configura un procedimiento que, en función las competencias que tenga la persona demandante de empleo (técnico-profesionales, transversales y personales) y de factores socioculturales, geográficos y laborales, divide en las siguientes fases: a) acogida e información; b) formulación o reformulación de objetivos profesionales y de adecuación de estos objetivos a las medidas y programas de apoyo activo al empleo; y, c) fase de diseño de itinerario o plan personalizado.

La regulación reglamentaria más que aclarar la regulación legal, la enturbia, dado que no establece un itinerario claro sobre los distintos servicios, cuando claramente debiera ser así. La solicitud de los servicios de orientación debe dar lugar, como regla general, al acceso el perfil individualizado del usuario, el itinerario o plan personalizado y la tutorización y asesoramiento individual, salvo que las circunstancias personales no requieran la totalidad de dichos servicios. Si embargo, la regulación reglamentaria no establece una interconexión ágil entre los mismos, lo que puede dificultar y ralentizar su prestación innecesariamente.

### *3.2.3. Tutorización individual, asesoramiento continuado y atención personalizada*

El tercer servicio ofrecido es el de tutorización y asesoramiento propiamente dicho. Menciona la regulación una tutorización individual, asesoramiento continuado y atención personalizada, presencial y no presencial, libre de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad, origen, etnia y discapacidad<sup>46</sup>.

La tutorización, así lo especifica la Ley 3/2023, se prestará durante las transiciones laborales, bien entre la educación y el empleo o entre situaciones de empleo y desempleo, y prestará atención a las necesidades específicas de las distintas etapas vitales, en particular aquellas que producen mayor alejamiento del mercado laboral (maternidad, cuidado de personas menores o mayores, situación socio sanitaria y/o de los tratamientos prescritos).

La tutorización tiene como principal objetivo acompañar a la persona demandante de los servicios de empleo en la ejecución del itinerario personalizado para el empleo, en su revisión y actualización con objeto de mejorar su empleabilidad. Debe ser integral, de forma que abarque:

- a) La información y el asesoramiento necesarios para la definición del currículo, el manejo de medios, técnicas y herramientas accesibles para la búsqueda activa de empleo, la situación del mercado, las necesidades de los sectores productivos, la oferta formativa, la movilidad laboral, geográfica o funcional y cuantas funciones de apoyo individual y personalizado sean precisas.

<sup>46</sup> Art 56 de la Ley 3/2023 y art. 13 del Real Decreto 438/2024, de 30 de abril.



- b) Un seguimiento individual y personalizado de las actuaciones que la persona usuaria realice en ejecución de su itinerario y que determinarán, en su caso, su revisión.

Junto al servicio de tutorización, se configura el de asesoramiento, del que poco regula la norma legal. Interesa destacar que los servicios de asesoramiento no solo se enfocan hacia el trabajo por cuenta ajena, sino que integran también el autoempleo. A estos efectos, la norma garantiza el “asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento con garantías, con apoyo integral y acompañamiento a la activación de proyectos viables, incluida la realización de una auditoría de viabilidad [...]. Se prestará especial soporte a iniciativas generadoras de trabajo autónomo, constitución de entidades de economía social y a la dinamización del desarrollo económico local”.

Adicionalmente y aunque se trata de ámbitos distintos, el asesoramiento de los servicios de empleo también abarca “la búsqueda de medidas de protección social que permitan el mantenimiento de un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de ocupación, bien a través de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, bien a través de ayudas de empleo accesorias a los servicios del Servicio Público de Empleo”. La previsión cobra pleno sentido si consideramos, como ha destacado de forma reiterada la OIT, que una transición justa (y debemos recordar que estamos afectados por una doble transición) exige “reforzar los regímenes de protección en caso de desempleo, combinando mecanismos de financiación contributivos y basados en los impuestos, ofreciendo al mismo tiempo formación y perfeccionamiento de las competencias, servicios de colocación y otras medidas adecuadas para apoyar a las empresas y a los trabajadores de los sectores que sufren los efectos negativos de las transformaciones del mundo del trabajo”<sup>47</sup>.

En materia de asesoramiento, que no debe confundirse con la tutorización, es la norma reglamentaria la que desarrolla el asesoramiento continuado, del que especifica que abarcará uno o varios de los siguientes servicios:

- a) Asesoramiento técnico sobre situación del mercado de trabajo, perfiles profesionales demandados, programas o actuaciones de políticas activas de empleo y servicios del Sistema Nacional de Empleo<sup>48</sup>.
- b) Asesoramiento técnico sobre la oferta formativa de los sistemas de formación existentes, programas de activación para el empleo ajustados a sus necesidades

<sup>47</sup> OIT. *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada, en busca de un futuro mejor*, 2022, p. 176.

<sup>48</sup> Consiste en informar sobre datos o circunstancias relativas al mercado de trabajo y los programas o actuaciones de políticas activas de empleo que puedan resultar de utilidad para incrementar las oportunidades de empleo o de mantenimiento del empleo y la promoción profesional de la persona tutorizada, incluida la información acerca de los servicios de empleo garantizados y los métodos de acceso a los mismos.

y acreditación de las competencias adquiridas a través de la experiencia u otras vías formales o informales de formación<sup>49</sup>.

- c) Asesoramiento en la aplicación de técnicas para la búsqueda activa de empleo<sup>50</sup>.
- d) Asesoramiento y apoyo técnico para la definición del currículum, que reflejará el perfil de la persona asesorada en términos de competencias<sup>51</sup>.

También respecto de estas instituciones, tutorización y asesoramiento, cabe destacar la aparente ambigüedad y confusión de la norma reglamentaria, que no aclara suficientemente cuando procede los servicios de tutorización y cuando los de mero asesoramiento. El asesoramiento continuado, de otro lado, lo es respecto de los servicios de empleo y no tanto respecto de los usuarios de los servicios (personas desempleadas y/o ocupadas).

#### **4. A MODO DE CONCLUSIÓN: HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE LA ORIENTACIÓN PROFESIONAL PERMANENTE**

En los cuatro últimos años, especialmente a raíz de la crisis generada por la COVID-19, y los mecanismos de recuperación activados en el ámbito de la UE, el Gobierno de España ha implementado una serie de reformas en el marco del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (2021-2024)*, que tienen como objetivo fundamental, siguiendo las directrices comunitarias, la modernización de instituciones y políticas públicas para hacer frente a los grandes cambios económicos y sociales que afectan a la humanidad. Entre ellos se da una importancia capital al trabajo como herramienta clave para la integración social de la ciudadanía en la generalidad de los países de nuestro entorno. Las múltiples y aceleradas transiciones

<sup>49</sup> Se trata de ofrecer asesoramiento especializado sobre los requerimientos formativos del mercado laboral para el desempeño de la ocupación pretendida; aportación de instrumentos de análisis de la evolución de dichos requisitos para efectuar el continuo autodiagnóstico de posibles brechas entre las competencias adquiridas y las comúnmente requeridas por las personas empleadoras, para posibilitar la cualificación o recualificación; información sobre la formación específica disponible en cualquiera de los sistemas, en el momento del asesoramiento, que incluyan acciones formativas cuya superación permita la adquisición efectiva, o el incremento sensible, de competencias que redunden en una mayor capacidad de inserción o de mantenimiento del empleo y la promoción profesional de la persona asesorada.

<sup>50</sup> Debe suministrar información y entrenamiento en el manejo básico de medios, técnicas y herramientas accesibles para la búsqueda de empleo por cuenta ajena adaptados al perfil profesional de la persona asesorada, incluyendo el acceso a los medios de autoevaluación de competencias profesionales, detección de posibles lagunas curriculares, así como las fórmulas de acceso a los medios y servicios para su cobertura.

<sup>51</sup> Se ocupa de ofrecer información y entrenamiento en el manejo básico de medios, técnicas y herramientas accesibles para la elaboración del historial profesional sobre el que construir cada uno de los currículos con los que concurrir a cada oferta concreta, así como las técnicas de adaptación de las competencias a los requerimientos de la oferta de empleo.

(digital, climática, etc.) cuestionan los sistemas productivos, provocando en ellos rápidas transformaciones que ponen en jaque el trabajo tal como lo conocíamos hasta hace unos años.

En la actualidad, lo habitual es una carrera profesional abrupta, discontinua y no predecible, que requiere el desempeño sucesivo de múltiples empleos y una rápida respuesta y adaptación por parte de las personas trabajadoras a las exigencias del mercado de trabajo. Estas circunstancias provocan la necesidad de amoldar las instituciones relacionadas con el trabajo a las nuevas características. En relación con la creación de empleo, durante años ha regido la idea de que su fomento requería necesariamente flexibilizar las instituciones del Derecho del Trabajo, tanto en el acceso como en el mantenimiento y la extinción de la relación laboral. Sin embargo, la emergencia y consolidación del trabajo decente ha provocado un cambio significativo en esas tendencias y, aunque la creación de empleo sigue teniendo una importante proyección en la flexibilización de las condiciones de trabajo, ha virado en torno a la empleabilidad de la ciudadanía y con ella a los sistemas de aprendizaje y a los sistemas formativos, a los que ahora se exige que, volcados en la adquisición y desarrollo de competencias, se doten de la flexibilidad necesaria para formar y recualificar a las personas para que accedan o permanezcan en el empleo. Es en este contexto en que se aprueban las dos normas fundamentales sobre las que gravita la empleabilidad: Ley 3/2022, de Ordenación e Integración de la Formación Profesional y la Ley 3/2023, de Empleo.

El análisis efectuado se ha centrado en la segunda con el objetivo fundamental de determinar las novedades introducidas en torno a la orientación profesional en el Sistema Nacional de Empleo. En relación a ello, hay que afirmar que la aportación más importante de la nueva regulación es que pone el foco en la empleabilidad, acogéndola como una competencia personal de responsabilidad social, donde las personas demandantes de los servicios públicos de empleo (desempleadas o ocupadas), deben asumir de forma proactiva la gestión de su trayectoria profesional, mientras que Sistema Nacional de Empleo es el encargado de velar por el mantenimiento y mejora de su empleabilidad a través de la organización de servicios, procedimientos y herramientas destinados a esta finalidad.

Siendo esta la filosofía que impregna la norma, se esperaba una ordenada, clara y rotunda apuesta (y regulación) por los servicios de orientación profesional como pieza clave de todo el sistema, como institución que consagra y refleja el apoyo público a los procesos y planes profesionales individuales a lo largo de la trayectoria de la vida. Sin embargo, ello no ha sido así. La nueva regulación no parece aportar grandes novedades en los servicios de orientación profesional. De las herramientas reguladas, el perfil individualizado del usuario, el itinerario o plan personalizado y la tutorización y asesoramiento individual, la más novedosa es la figura de la tutorización continuada para aquellas personas demandantes de los servicios públicos de empleo que lo soliciten. Sin embargo, esta tutorización, aunque la norma alude también al asesoramiento continuado y atención personalizada,

presencial y no presencial, se ofrecerá durante las transiciones laborales, bien entre la educación y el empleo o entre situaciones de empleo y desempleo. Se consagra así un modelo de orientación reactiva, que se produce en momentos puntuales de transición, y no durante toda la carrera profesional.

Como consecuencia de ello, la norma española no se amolda a las recomendaciones efectuadas por distintos organismos internacionales que, desde hace años se vienen pronunciando no sólo sobre el aprendizaje permanente (aspecto que se desarrolla adecuadamente en la Ley 3/2022), sino también sobre la orientación permanente (*Lifelong Guidance LLG*), institución que no llega a desarrollar la Ley de Empleo. No obstante, y a pesar de ello, dicha ley da un importante paso al reconocer el carácter esencial y prioritario de la orientación, y de sus herramientas para la efectividad de las políticas activas de empleo. Acentuar la centralidad de los usuarios (personas desempleadas y/o ocupadas) en la generalidad de los procedimientos (aspecto que consigue parcialmente la nueva regulación) constituye el primer paso para potenciar la orientación durante toda la vida, posibilidad que está al alcance de la mano si se aumentan los recursos humanos y tecnológicos y se regulan de forma ágil, coherente y cohesionada los instrumentos de la orientación profesional.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

BARNES, S.A., BIMROSE, J., Y BROWN, A., *Lifelong guidance policy and practice in the EU: trends, challenges and opportunities: final report*, Luxembourg, Publications Office, 2020.

BOTERO SARASSA, J Y RENTERÍA PÉREZ, E., “Empleabilidad y trabajo del profesorado universitario. Una revisión de campo”, *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, vol. 19, núm. 3, pp. 1-27, 2019.

CAMAS RODA, F., “Empleabilidad-formación tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo, *Empleo y protección social, XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2023.

CAMPOS RÍOS, G., “Implicaciones económicas del concepto de empleabilidad”, *Aportes*, VIII, 2003.

CAÑIGUAL, A., *El trabajo ya no es lo que era*, Conecta, 2020.

CARRIZOSA PRIETO, E., “Las competencias transversales para la empleabilidad y su integración en la educación universitaria”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 7, núm. 1, 2019.

CEDEFOP, *Seguimiento y evaluación de los sistemas de orientación permanente en toda Europa*, Thermi (Grecia), 2024.

CEDEFOP, *Towards European standards for monitoring and evaluation of lifelong guidance systems and services. A preliminary list of indicators for quality frameworks*, Thermi (Grecia), 2023.

FITCH, J., *Vocational guidance in action*, Columbia, 1935. Disponible en: <https://archive.org/details/vocationalguidan05john/page/14/mode/2up>

GARCÍA-HERNÁNDEZ, J. L. Y CORTÉS PASCUAL, A., “Análisis de la eficacia de las directivas europeas para mejorar los sistemas de orientación profesional, y su efecto sobre el empleo en la Unión Europea”, *Revista Sociológica de Planteamiento Crítico*, V. 13 (2), 2019.

GOBIERNO DE ESPAÑA, *La Agenda del Cambio. Hacia una economía inclusiva y sostenible*, 2019. Disponible en: [https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/190208\\_agenda\\_del\\_cambio.pdf](https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/190208_agenda_del_cambio.pdf)

GUERRERO VIZUETE, E., “La configuración del empleo en la ley 3/2023: ¿una reestructuración para superar las deficiencias del mercado de trabajo o simple continuismo?”, en *Empleo y protección social Comunicaciones del XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2023.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, J.A. “La empleabilidad: una competencia personal y una responsabilidad social”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, noviembre 2011. Disponible en <https://www.eumed.net/rev/ccss/15/jamg.html>

MONTOYA MELGAR, A., y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V., “Cuestiones básicas sobre la regulación del empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 265/2023, (BIB 2023\1525).

OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (COORD.). *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021.

SUÁREZ LANTARÓN, B., “Empleabilidad: análisis del concepto”, *Revista de Investigación en Educación*, nº 14 (1), 2016. Disponible en <https://revistas.uvigo.es/index.php/reined/article/view/2066/2030>

OECD, *Career guidance for adults in a changing world of work, Getting Skills Right*, Paris, OECD Publishing, 2021.

OECD, *How youth explore, experience and think about their future: a new look at effective career guidance*, Paris, OECD Publishing, 2021.

OECD, *Estrategia de Competencias de la OCDE 2019: Competencias para construir un futuro mejor*, OECD Publishing, Paris/Fundación Santillana, Madrid. Disponible

en: [https://www.oecd.org/es/publications/estrategia-de-competencias-de-la-ocde-2019\\_e3527cfb-es.html](https://www.oecd.org/es/publications/estrategia-de-competencias-de-la-ocde-2019_e3527cfb-es.html)

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

OIT. Recomendación 195, *Sobre el desarrollo de los recursos humanos: educación, formación y aprendizaje permanente*, Ginebra, 2005.

PARSON, F., *Choosing and Vocation*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1909. Disponible en <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.hw20ma&seq=29>

RAE, *Diccionario de Lengua Española*, 23ª Edición, 2014.

RAMOS QUINTANA, M. I., “Empleabilidad: una crítica al concepto desde el Derecho del Trabajo”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 97, 2023.

SEPE (Observatorio de Ocupaciones), *13 Competencias Claves para el Empleo: Cuestionario de autodiagnóstico de competencias personales*, 2023.

THIJSEN, J., VAN DER HELDEN, B., Y ROCCO, T.: “Employability-Link Model: Current Employment Transition to Future Employment Perspectives”, *Human Resource Development Review*, Vol. 7, No. 2 June 2008.

UE, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo*, Diario Oficial de la Unión Europea 15/12/2017, C 434/30. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52017AE1866>



# LAS POLÍTICAS DE FORMACIÓN Y RECUALIFICACIÓN PARA EL EMPLEO

## *TRAINING AND REQUALIFICATION POLICIES FOR EMPLOYMENT*

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Granada

ORCID: 0000-0002-0600-8332

### RESUMEN

**Palabras clave:** Formación profesional, capacidades, empleabilidad, recualificación, aprendizaje, formación permanente, empleo

Las cualificaciones o competencias de los trabajadores cambian a medida que cambian las profesiones y las industrias y las necesidades empresariales. Por ello la educación y la formación profesional de calidad desempeñan un papel fundamental para capacitar adecuadamente a las personas y para adecuar dichas capacidades a las exigencias socioeconómicas, de forma que se mantenga o mejore su empleabilidad. En ese sentido, la educación y la formación profesional constituyen un factor de empleabilidad y, por consiguiente, un factor esencial para abordar los desafíos socioeconómicos y prosperar en sus vidas personales y profesionales. La educación y la formación profesional prepara a los jóvenes para que se incorporen con éxito a la vida laboral; ayuda a las personas con empleo a mejorar continuamente sus capacidades y les permite adaptarse a las demandas cambiantes del mundo laboral o gestionar cambios en el trabajo; y ayuda a las personas desempleadas a adquirir las capacidades que necesitan para reincorporarse al mercado laboral. De aquí a 2050, en todas las economías de la OCDE la mayoría de los empleos cambiarán significativamente como resultado de la digitalización, la transición energética y las transformaciones sociales y culturales y, como consecuencia, cada vez será mayor la obsolescencia de las competencias adquiridas inicialmente, lo que unido al alargamiento de la vida laboral hará necesario una permanente actualización y reciclaje profesional (upskilling y reskilling, tanto de las personas desempleadas como empleadas).

### ABSTRACT

**Keywords:** Professional training, capacities, employability, requalification, learning, lifelong learning, job.

*Workers' skills or competences change as occupations and industries and business needs change. Quality education and vocational training therefore play a key role in equipping people with the right skills and in matching these skills to socio-economic requirements, so that their employability is maintained or improved. In this sense, vocational education and training is an employability factor and thus an essential factor in addressing socio-economic challenges and thriving in their personal and professional lives. Vocational education and training prepares young people for a successful entry into working life; it helps people in employment to continuously improve their skills and enables them to adapt to the changing demands of the world of work or to manage changes at work; and it helps unemployed people to acquire the skills they need to re-enter the labour market. By 2050, most jobs in all OECD economies will change significantly as a result of digitalisation, the energy transition and social and cultural transformations and, as a consequence, there will be increasing obsolescence of initially acquired skills, which, together with longer working lives, will require continuous upskilling and reskilling of both unemployed and employed people.*



## INDICE

1. LAS POLÍTICAS DE FORMACIÓN Y RECUALIFICACIÓN DE TRABAJADORES COMO PARTE INTEGRANTE DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO
2. LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO FACTOR DE EMPLEABILIDAD
  - 2.1. La empleabilidad: adquisición de competencias y cualificaciones transferibles
  - 2.2. Estrategia de competencias: desarrollo de las capacidades para hoy y para el futuro
3. MANTENIMIENTO Y MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD: LA FORMACIÓN EN EL TRABAJO
  - 3.1. Requerimientos de las políticas de formación profesional para el mantenimiento y mejora de la empleabilidad
  - 3.2. La formación permanente: La recualificación profesional
    - 3.2.1. La necesidad de adaptación permanente de las capacidades. Las debilidades de la recualificación profesional en España
    - 3.2.2. Las cuentas de aprendizaje individual y las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad
    - 3.2.3. Las distintas modalidades de formación en el trabajo (cuadro general)

### 1. LAS POLÍTICAS DE FORMACIÓN Y RECUALIFICACIÓN DE TRABAJADORES COMO PARTE INTEGRANTE DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

Si bien ha sido una constante histórica la correlación existente entre los cambios tecnológicos y la evolución de los sistemas de capacitación y formación profesional, así como el papel central que ocupan unos y otros en el desarrollo económico y social, el reconocimiento de la importancia que tiene la formación profesional ha crecido de forma exponencial en las últimas décadas.

Las fórmulas de cualificación del trabajo dependen de las fuerzas productivas de la sociedad y del estadio de la evolución técnica, que condicionan e imponen una cierta forma de adquisición de las capacidades necesarias para desempeñar las actividades que los puestos de trabajo requieren. En la época actual, tras los devastadores efectos de la pandemia del COVID-19 y con el desarrollo de la digitalización y la inteligencia artificial, se busca potenciar, en todo el ámbito de la Unión Europea, una revolución en materia de capacidades para garantizar que las personas puedan prosperar en las “transiciones ecológica y digital” y potenciar las nuevas oportunidades de empleo derivadas de los cambios demográficos (economía plateada y asistencial). Todo ello produce un interés creciente por los problemas de la formación general y en la empresa; la recapitación y perfeccionamiento de los trabajadores (“*reskill*” y “*upskill*”) y la necesidad de aprovechar los talentos y la diversidad derivados de los cambios demográficos (trabajadores de más edad, emigración...).

No se discute hoy que la formación profesional se configura como un derecho fundamental de los trabajadores en las normas internacionales -así se recoge en múltiples Pactos y Declaraciones de derechos humanos- y en muchas normas

constitucionales. Pero, al mismo tiempo, la formación profesional forma parte de la política de empleo y constituye un instrumento básico de las estrategias de productividad y competitividad de las empresas y, por tanto, junto a su dimensión social tiene también una dimensión económica relevante<sup>1</sup>.

Junto a la vertiente educativa de la formación profesional, cada vez más vinculada a las necesidades del mercado de trabajo (art. 27 CE, Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada por LO 3/2020, de 29 de diciembre, y Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional), la formación profesional es un derecho social fundamental ex art. 35 y 40 CE y constituye un sector básico de las políticas activas de empleo.

El derecho y las políticas de formación profesional han sido objeto permanente de las preocupaciones y actuaciones de la OIT, que ha destacado siempre su importancia para facilitar el aprendizaje permanente y la empleabilidad como parte importante de una gama de medidas de orden político destinadas a crear empleos decentes y a alcanzar un desarrollo económico y social sostenible<sup>2</sup>. Desde la OIT se destaca la importancia de la educación y formación previa al empleo; el desarrollo de las competencias; la formación con miras al trabajo decente y a la inclusión social; el desarrollo de un marco para el reconocimiento y la certificación de las aptitudes profesionales; la determinación clara de los prestadores de servicios de formación; el desarrollo de la orientación profesional y de servicios de apoyo a la formación; y la necesidad de la investigación en materia de desarrollo de los recursos humanos, la educación, la formación y el aprendizaje permanente.

En el ámbito europeo, se reconoce expresamente el derecho a la formación profesional como un derecho fundamental. En la Carta Social Europea Revisada se reconoce, en su Parte Primera, que “Toda persona tiene derecho a medios apropiados de orientación profesional, que le ayuden a elegir una profesión conforme a sus aptitudes personales y a sus intereses” y que “Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional”. Estos “principios” de la Parte I se traducen en verdadero *derecho social*, en la Parte II, en el Artículo 1, “Derecho al trabajo”, en el que se establece que la garantía efectiva del derecho al trabajo requiere que los Estados Parte se comprometan, entre otros aspectos, a proporcionar o promover

<sup>1</sup> Vid. Ermida Uriarte, O.: “Trabajo decente y formación profesional”, *boletincinterfor*, n° 151.

<sup>2</sup> Vid. Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975, núm. 142; Convenio y Recomendación sobre la política del empleo, núm. 122, 1964; Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias) núm. 169, 1984; Convenio y Recomendación sobre la licencia pagada de estudios, 1974; Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998; Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, revisada en 2017; Conclusiones sobre la formación y el desarrollo de los recursos humanos, adoptadas por la 88.ª reunión (2000) de la Conferencia Internacional del Trabajo; Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos (núm. 195) de 2004.

una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas (apartado 4) y en sus artículos 9 y 10 que reconocen el “derecho a la orientación profesional” y el derecho de toda persona “a medios adecuados de formación profesional”. Al igual que en otras normas internacionales, la Carta Social Europea contempla fundamentalmente el derecho a la formación desde la perspectiva de la efectividad del derecho al trabajo y de ser un instrumento de política de empleo, pero no deja de lado tampoco la vertiente de la formación profesional como parte del derecho a la educación<sup>3</sup>. Se configura como un derecho de carácter universal reconocido a todas las personas, aunque se hace referencia de manera especial a determinados colectivos para los cuales existen mayores dificultades de inserción en el mercado de trabajo y de efectividad del derecho al trabajo: personas con discapacidad, jóvenes, trabajadores adultos y parados de larga duración.

Por su parte, en el Derecho de la Unión Europea, si bien la formación profesional ha tenido inicialmente un carácter instrumental y algo residual en el ámbito de la política social comunitaria (instrumental respecto a la libre circulación de trabajadores, respecto a las políticas dirigidas a la competitividad de los sectores productivos, o respecto a las políticas de empleo, por ejemplo)<sup>4</sup>, progresivamente ha ido adquiriendo mayor protagonismo. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce en el artículo 14 que “Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente”.

A partir del reconocimiento de ese derecho, sin embargo, el TFUE establece que la acción de la Unión Europea fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social referidos, entre otras materias, a la formación y perfeccionamiento profesionales (artículo 156 en relación con el artículo 151, del Título X del TFUE sobre Política social). Además, aunque en un Título separado del relativo al empleo, el Título XII del TFUE regula la “Educación, formación profesional, juventud y deporte” (artículos 165 y 166), estableciendo que la Unión Europea desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros.

En nuestro ordenamiento interno se pone de relieve la conexión del derecho a la formación profesional con el derecho al trabajo y con las políticas activas de

<sup>3</sup> Vid. Gorelli Hernández, J.: “Derecho a la formación profesional. Art. 9 de la Carta Social Europea”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.): *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017, págs. 571 y sigs.

<sup>4</sup> Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La política de formación profesional”, en AAVV: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Francis Lefebvre-FIDE, Madrid, 2018, págs. 811 y sigs.; Fernández Bernat, J.A.: “La formación profesional”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B. (Dir. y Coords.): *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 849 y sigs.

empleo. Conforme a la cláusula hermenéutica de apertura constitucional ex art. 10.2 CE, en relación con los arts. 93-96 CE, la interpretación (en el marco de la tutela multinivel de los derechos fundamentales)<sup>5</sup> del derecho constitucional al trabajo pone de relieve la vinculación de la formación profesional con el derecho al trabajo, como uno de los núcleos esenciales del mismo. En virtud de la cláusula del art. 10.2 CE este contenido se impone con carácter necesario en el proceso de interpretación del derecho al trabajo garantizado en el art. 35 CE; estando, pues, sometido al control de convencionalidad por los jueces y tribunales ordinarios españoles<sup>6</sup>.

En efecto, la formación profesional forma parte del contenido mínimo esencial del derecho social al trabajo como instrumento y condición necesaria para garantizar la plena efectividad del mismo. Así aparece configurado en el art. 6 (“Derecho al trabajo”) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el art. 13.2.b del mismo y con el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La misma perspectiva se adopta, como ya se ha indicado, en la OIT y de igual forma –incluso más nítidamente expresado– se configura en la Carta Social Europea (Revisada) de 1996 (ratificada finalmente por España en mayo de 2021). Con esta configuración, el derecho al trabajo constituye un típico derecho de *desmercantilización relativa del trabajo*, que se inserta en la lógica del trabajo “decente” o “digno” defendido con numerosas iniciativas por la OIT<sup>7</sup>.

La vinculación del derecho a la formación profesional con las políticas activas de empleo aparece recogida en el art. 40.2 CE y claramente expresada en la Ley de Empleo (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo), en la que aparece configurada como uno de los ejes fundamentales de dichas políticas. El art. 31 de la Ley de Empleo incluye, junto a los servicios y programas de empleo y de orientación, como parte de las políticas activas de empleo, la formación en el trabajo [la actual Ley de Empleo habla de “formación en el trabajo” frente a la anterior Ley de Empleo que hablaba de “formación profesional para el empleo”] dirigida a mejorar las posibilidades de acceso al empleo de las personas desempleadas, al mantenimiento y mejora de la empleabilidad y a la promoción profesional de las personas ocupadas.

<sup>5</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017, capítulo III (“La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”), págs. 137-2012

<sup>6</sup> Sobre la exigibilidad ex constitutione del control de convencionalidad, STC 140/2018, de 20 de diciembre, f.º 6.

<sup>7</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Derecho al Trabajo. Art. 1 de la Carta Social Europea”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017, págs. 361 y sigs.

La importancia de la formación profesional dentro de las políticas activas de empleo deriva, en gran medida, del papel que ésta desempeña en la desmercantilización del trabajo, en la protección del trabajador en las transiciones profesionales, en la tutela de la profesionalidad del trabajador, en la imposición de límites en los cambios impuestos por el empresario en su clasificación profesional o movilidad funcional, o en la protección frente al despido (en casos, por ejemplo, de ineptitud o falta de adaptación<sup>8</sup>), así como en la mejora de la empleabilidad del trabajador como instrumento para adecuar, readaptar o adquirir nuevos conocimientos en función de las necesidades del mercado de trabajo y de la empresa.

El art. 33 de la Ley de Empleo, referido al sistema de formación en el trabajo, deja clara la finalidad del mismo: favorecer la formación a lo largo de la vida de las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas, consolidando el derecho a la formación y a la promoción profesional, mejorando las competencias profesionales y contribuyendo a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas y a la mejora de la empleabilidad<sup>9</sup>. Se pretende con todo ello facilitar la transición hacia un empleo de calidad y la movilidad laboral, que acompañe los procesos de transformación digital y ecológica y favorezca la cohesión social y territorial.

La coordinación en el diseño estratégico del sistema corresponde a la Administración General del Estado, sin perjuicio de las competencias de ejecución de las comunidades autónomas y con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en los órganos de gobernanza del sistema y en particular en el diseño, la planificación, la programación, el control, el seguimiento, la evaluación y la difusión de la formación profesional para el empleo, especialmente en la dirigida a los trabajadores ocupados. Como decía Beveridge, “el pleno empleo no puede ser conseguido y conservado sin un gran aumento de las responsabilidades y los poderes del Estado... Pedir el pleno empleo y oponerse al mismo tiempo al aumento de la actividad del Estado es querer el fin y negar los medios”<sup>10</sup>.

Como parte de las políticas activas de empleo, las políticas de formación en el trabajo requieren una política pro-activa y comprometida por su orientación a la

<sup>8</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L.: “El principio de igualdad en el despido ‘objetivo’ por ineptitud, enfermedad o discapacidad y los trabajadores maduros”, en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*. Comares, Granada, 2019, págs. 347 y sigs.

<sup>9</sup> Vid. el sentido positivo originario del concepto de “empleabilidad” en Galbraith, J.K.: *El nuevo estado industrial* (traducción castellana de Manuel Sacristán), Editorial Ariel, Barcelona, 1974 (1ª edición, 1967); también Monereo Pérez, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*. Tirant lo Blanch, 1997; Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*. Bomarzo, Albacete, 2011.

<sup>10</sup> Beveridge, W.: *Pleno empleo en una sociedad libre*. Informe de Lord Beveridge II, trad. P. López Máñez, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, págs. 57-58.

realización de la inclusión de las personas, evitando las situaciones de exclusión social y de precarización socio-laboral. Su misión fundamental es la garantía del derecho al trabajo, y la búsqueda de un equilibrio entre los elementos que componen el mercado de trabajo, en términos cualitativos y cuantitativos. Para ello, las iniciativas y las acciones de formación en el trabajo estarán dirigidas a la adquisición, mejora y actualización permanente de las competencias y cualificaciones profesionales favoreciendo la formación a lo largo de toda la vida de la población activa, y conjugando las necesidades de las personas, las empresas, los territorios y los sectores productivos<sup>11</sup>.

El papel central de la formación profesional dentro de las políticas activas de empleo y en la protección de la empleabilidad de los trabajadores se ha traducido, entre otros aspectos, en su inclusión dentro de los mecanismos adoptados para promover la recuperación económica y la protección del empleo frente a las consecuencias derivadas de la pandemia del coronavirus. Así, entre otras medidas, el RD-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo (fruto del VI Acuerdo Social en Defensa del Empleo) promueve la formación como paso fundamental para recapitalizar las personas trabajadoras trabajadores y mejorar su empleabilidad.

En esa misma línea, se ha establecido que las empresas que lleven a cabo o prorroguen ERTE, para acceder a mayores exenciones en las cotizaciones sociales, deberán desarrollar acciones formativas para los trabajadores afectados por el ERTE dirigidas a atender las necesidades reales de formación de las empresas y los trabajadores, incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, o a la recualificación de estos últimos, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa. Estas acciones formativas deberán desarrollarse durante la aplicación de la reducción de jornada o suspensión del contrato, en el ámbito de un ERTE, o en tiempo de trabajo. Se incentiva la formación en los nuevos ERTE, subvencionando el grueso del coste de la formación y aplicando exoneraciones a las empresas que formen a sus trabajadores en ERTE. Se incluyen estas obligaciones formativas también, y de manera muy destacada, en el Mecanismo Red de Flexibilidad y Estabilidad en el Empleo, previsto como un instrumento de carácter estructural.

También se sitúa la formación profesional con un papel central en el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (Fondos Next Generations UE). La llamada Palanca VII se refiere a la “Educación y conocimiento, formación

<sup>11</sup> Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*. Bomarzo, Albacete, 2011. Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, *Temas Laborales* núm.160/2021, pág. 111.

continua y desarrollo de capacidades”<sup>12</sup>. Se considera que las medidas en el ámbito educativo y las dirigidas al perfeccionamiento y al reciclaje profesional y a mejorar las capacidades digitales representan un elemento fundamental para reforzar la inclusión de partes de la sociedad especialmente golpeadas por la crisis como los colectivos más vulnerables, los jóvenes y las mujeres. Se busca reforzar la igualdad de oportunidades y el acceso a un empleo de calidad e incluye: un Plan Nacional de Competencias Digitales (*digital skills*), un Plan Estratégico de impulso de la Formación Profesional y la modernización y digitalización del sistema educativo, incluida la educación temprana de 0 a 3 años.

En relación a las políticas especialmente enfocadas a los jóvenes, además de las medidas orientadas a reducir la dualidad del mercado laboral español, a la modernización de las políticas activas de empleo, y a la formación de “*reskilling*” y “*upskilling*” de los sectores estratégicos para la Formación Profesional, el componente 23 contempla actuaciones específicamente orientadas a fomentar el empleo juvenil de calidad, como la *Garantía Juvenil Plus*. Para impulsar el reciclaje y perfeccionamiento profesional (*reskill* y *upskill*) se incluyen dos componentes específicos: el Plan Nacional de Competencias Digitales (*digital skills*) y el Plan estratégico de impulso a la formación profesional, en el que se prevé la renovación del catálogo de títulos de Formación Profesional, la flexibilización y accesibilidad al sistema y el reconocimiento y acreditación de competencias básicas y profesionales, priorizando 11 sectores.

La prioridad es potenciar los niveles de cualificación de la población y llegar a un adecuado equilibrio entre los niveles de formación de la ciudadanía y las necesidades de cualificación del capital humano del mercado laboral<sup>13</sup>.

Estas orientaciones y prioridades son las que se han plasmado en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. Como indica su Exposición de Motivos, “esta ley pretende una transformación global del Sistema de Formación Profesional, que, a través de un sistema único de formación profesional, regule un régimen de formación y acompañamiento profesionales, sirva al fortalecimiento y sostenibilidad de la economía, sea capaz de responder con flexibilidad a los intereses, las expectativas y las aspiraciones de cualificación profesional de las personas a lo largo de su vida y a las competencias demandadas por el mundo laboral”.

<sup>12</sup> El componente 20 se dedica a la Formación profesional, con actuaciones claves para el refuerzo del capital humano de las nuevas generaciones, la eliminación de brechas sociales y territoriales, y el acceso a oportunidades laborales dignas y adaptadas a las necesidades de un mercado laboral cambiante y dinámico.

<sup>13</sup> Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, *Temas Laborales* núm. 160/2021, págs. 91-113.

## **2. LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO FACTOR DE EMPLEABILIDAD**

### **2.1. La empleabilidad: adquisición de competencias y cualificaciones transferibles**

Como se ha puesto de manifiesto desde hace mucho tiempo, las fórmulas de cualificación del trabajo dependen de las fuerzas productivas de la sociedad, y dentro de ellas del estadio de la evolución técnica. Aquéllas condicionan e imponen, de algún modo, una cierta forma de adquisición de las capacidades necesarias para desempeñar las actividades que los puestos de trabajo requieren. Así pues, el desarrollo de las fuerzas productivas incide de modo determinante en las modalidades de adquisición de los conocimientos profesionales.

Ya en la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos* de la OIT (núm. 195) de 2004, se establece que el término “cualificaciones” designa la expresión formal de las habilidades profesionales del trabajador, reconocidas en los planos internacional, nacional o sectorial, y el término “competencias” abarca los conocimientos, las aptitudes profesionales y el saber hacer que se dominan y aplican en un contexto específico. En relación a ello, la expresión “aprendizaje permanente” engloba todas las actividades de aprendizaje realizadas a lo largo de la vida con el fin de desarrollar las competencias y cualificaciones. El objetivo de todo ello es garantizar la “empleabilidad”, es decir, “las competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y de formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar en la empresa o al cambiar de empleo y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo” (OIT).

Siguiendo a la OIT, los artículos 3 y 34 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, definen la empleabilidad como “el conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo”. En base a este concepto, se establece que “La empleabilidad debe producir un ajuste dinámico entre las competencias propias y las demandadas por el mercado de trabajo”.

Los estrechos vínculos entre formación profesional y oportunidades de empleo vienen siendo puestos de manifiesto de forma permanente. Así, la cualificación se refiere a la capacidad de ejecutar un proceso de trabajo determinado, adquiriéndose dicha cualificación fundamentalmente a través de la formación (o instrucción) y de la experiencia (o adiestramiento); haciendo del componente “habilidad personal



adquirida” el fundamento del trabajo cualificado. Significativamente, dentro del factor habilidad, y en el ámbito de la valoración de puestos de trabajo, se incluyen los distintos conocimientos teóricos y prácticos que exige el conjunto de decisiones y acciones derivadas de los cometidos propios del puesto de trabajo.

Desde esta perspectiva la cualificación profesional haría referencia al conjunto de conocimientos, experiencias y actitudes profesionales necesarias para realizar o desempeñar las funciones laborales exigidas por las características específicas de un determinado puesto de trabajo u ocupación. En la terminología europea el término “cualificación” se ha cambiado por el de “capacitación”, que remite a unos estándares de competencia más flexibles y abarca las “microformaciones” requeridas en muchos casos para adaptarse a los cambios –fundamentalmente tecnológicos- que se están llevando a cabo en los sistemas productivos, de forma que partiendo de las competencias que el trabajador ya posee y de la experiencia laboral previa pueda adquirir las habilidades necesarias que le faltan para desempeñar adecuadamente el puesto de trabajo. Esto es especialmente importante para los trabajadores de mayor edad (45, 55 o 65 años) que deben y quieren permanecer en el mercado de trabajo durante más tiempo.

El trabajo cualificado designa la prestación de servicios personales por cuenta ajena que incorpora, en mayor o en menor medida, alguna característica específica distinta del simple esfuerzo físico; en particular, la nota de habilidad personal que viene a integrar, a su vez, los elementos de formación, adiestramiento o experiencia y, en algunos casos, iniciativa. Y esto a diferencia del trabajo no cualificado, que supone una prestación de servicios personales por cuenta ajena que estriba, o al menos prevalece, en el simple esfuerzo manual o físico, sin requerir especiales conocimientos profesionales (sin formación o experiencia), lo que no implica que no puedan ser integrados en una categoría, precisamente la de los no cualificados<sup>14</sup>.

Las cualificaciones o competencias de los trabajadores cambian a medida que cambian las profesiones y las industrias y las necesidades empresariales. Por ello la educación y la formación profesional de calidad desempeñan un papel fundamental para capacitar adecuadamente a las personas y para adecuar dichas capacidades a las exigencias socioeconómicas, de forma que se mantenga o mejore su empleabilidad. En ese sentido, la educación y la formación profesional constituyen un factor de empleabilidad y, por consiguiente, un factor esencial para “abordar los desafíos socioeconómicos y prosperar en sus vidas personales y profesionales”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: “Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional”, en AA. VV: *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*. V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, a cargo de Rodríguez-Sañudo y Martín Valverde. MTSS, Madrid, 1987, pág. 283.

<sup>15</sup> Vid. Nicolas Schmit (comisario europeo de Empleo y Derechos Sociales), “Prólogo”, en Comisión Europea: *Educación y formación profesionales. Capacidades para hoy y para el futuro*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022.

La importancia de la educación y formación profesional, en esta línea, se manifiesta tanto en la fase inicial, permitiendo a los jóvenes una mejor inserción en el mercado de trabajo, como en una fase posterior, en la edad adulta, permitiendo a las personas trabajadoras una mejor adaptación a las exigencias cambiantes del mundo laboral y facilitando las transiciones laborales mediante el reciclaje y perfeccionamiento profesional.

La Unión Europea viene ocupándose, desde hace tiempo, de la promoción y la inversión en la Educación y Formación Profesional<sup>16</sup>. La estrategia global de aprendizaje permanente se configura como un “factor de seguridad del empleo y de competitividad de las empresas”. El aprendizaje permanente, que permita a los individuos mantenerse al día con respecto a las nuevas competencias solicitadas por el mercado, forma parte del enfoque integrado de la flexiseguridad. En esa línea uno de los “principios comunes” de la flexiseguridad se refiere a la mejora continua de las capacidades<sup>17</sup>. Dentro de la política de flexiseguridad, la formación, junto con la activación de las políticas de empleo y medidas de protección frente al desempleo, constituye uno de los pilares del componente de seguridad para los trabajadores, seguridad referida no al puesto de trabajo sino al empleo.

<sup>16</sup> En el desarrollo de la política común europea en materia de formación profesional tiene especial importancia la Declaración de Copenhague de los Ministros Europeos de Educación y Formación Profesional y la Comisión Europea de 29 y 30 de noviembre de 2002 (revisada con posterioridad el 14 de diciembre de 2004), que ha actuado de motor y ha permitido establecer objetivos comunes y directrices en esta materia. Fruto de este proceso, el desarrollo de la formación profesional se produce sobre la base de tres grandes campos de acción: el Marco Europeo de Cualificaciones Profesionales (MEC), el Sistema Europeo de Créditos para la Educación y la Formación Profesionales (ECVET) y el Marco de Referencia Europeo de Garantía de la Calidad en la Educación y Formación Profesionales (EQAVET). Vid. Fernández Bernat, J.A.: “La formación profesional”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B. (dirs.): *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 851.

Junto a ello, destacan también otras iniciativas en el marco comunitario como la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005 (modificada por la Directiva 2006/100/CE), sobre reconocimiento de las cualificaciones profesionales a nivel comunitario; la Decisión 1720/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2006, por la que se establece un programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente; o la Recomendación 2006/962/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente. En la Recomendación de 23 de abril de 2008, sobre la creación del Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente y en la Comunicación de 9 de junio de 2010, se propone establecer un marco común a la enseñanza superior y la formación profesional que favorezca la movilidad de los trabajadores y permita potenciar la formación a lo largo de toda la vida. La Recomendación del Consejo sobre la educación y formación profesional (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia, publicada en 2020, establece la visión exhaustiva de la UE para el futuro de la EFP.

<sup>17</sup> Sobre el enfoque de las capacidades, véase Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo europeo*. Bomarzo, Albacete, 2009, Capítulo 4.6 (“El enfoque de las “capacidades” como complemento del “enfoque de los derechos” en la garantía jurídica de los derechos sociales), págs. 138 y sigs.

Inciendo en ello, la Comunicación de la Comisión sobre los principios comunes de la flexiseguridad sostiene la necesidad de disponer de “estrategias globales de aprendizaje permanente” y de mejorar la inversión en recursos humanos, en cuanto que constituye un factor cada vez más importante tanto para la competitividad de las empresas como para la empleabilidad de los trabajadores a largo plazo<sup>18</sup>. Un sistema general de educación de alta calidad y una inversión continua en el desarrollo de las capacidades aumentan las oportunidades de las empresas de responder adecuadamente al cambio económico (las empresas deben ser capaces de adaptar su mano de obra a unas condiciones económicas cambiantes, para lo cual han de poder contratar a trabajadores “que dispongan de una mejor combinación de capacidades y que sean más productivos y adaptables”) y las posibilidades de los trabajadores de seguir empleados o encontrar un nuevo empleo. La Comisión considera que esta interacción entre flexibilidad y seguridad puede permitir también la adopción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida<sup>19</sup>, en el que se preste menor importancia a la protección de los empleos particulares y se otorgue mayor importancia a un marco que garantice la seguridad del empleo, con medidas activas de apoyo a los trabajadores durante los períodos de transición, entre las que destaca el papel de la formación profesional.

Entre los 20 principios y derechos clave esenciales para que los mercados de trabajo y los sistemas de protección social sean justos y funcionen correctamente que se recogen en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, el Pilar 1 declara que «Toda persona tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral». También el Pilar 4 establece que “Toda persona tiene derecho a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajar por cuenta propia. Esto incluye el derecho a recibir ayuda para la búsqueda de empleo, la formación y el reciclaje. Toda persona tiene derecho a la transferencia de la protección social y el derecho a la formación durante las transiciones profesionales” y que “Los jóvenes tienen derecho a educación continua, una formación como aprendices, un período de prácticas o una oferta de empleo de buena calidad en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar los estudios”.

<sup>18</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «Libro Verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas)”, *Lan Harremanak*/16 (2008-1) (167-243); Moreno Vida, M.N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, en AAVV: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa. XX Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. MTI, Madrid, 2010, págs. 309-419; Gorelli Hernández, J.: “Crítica de la flexiseguridad”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º. 16, 2013, págs 51-82.

<sup>19</sup> Sobre el enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida, vid. Monereo Pérez, J.L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, Número Extraordinario, 2008.

Estos derechos pretenden garantizar que todas las personas puedan participar plenamente en la sociedad, enlazando también con la “estrategia de inclusión activa” que la Unión Europea planteó a partir de la *Recomendación de 3 de octubre de 2008 sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (2008/867/CE)*. La integración activa implica promover la participación social y laboral en un sentido amplio, que los mercados de trabajo sean inclusivos y garanticen empleos estables y de calidad para todas las personas, así como una adecuada progresión profesional. En este sentido, la lucha contra el fracaso escolar es una condición imprescindible junto con la formación permanente a lo largo de la vida para hacer posible una transición exitosa al mercado laboral y prosperar en la vida y en la carrera profesional.

Esta concepción de la empleabilidad como adquisición de competencias y cualificaciones transferibles que cumplan las finalidades ya señaladas es la que se contiene en la *Declaración de Osnabrück* sobre la educación y la formación profesionales (EFP). En la Declaración se configura la educación y la formación profesional como instrumentos facilitadores de innovación y como base fundamental para el crecimiento sostenible, digital y ecológico. Se considera que la EFP refuerza la resiliencia de los países frente a las crisis, desarrolla oportunidades de calidad en materia de aprendizaje permanente para todos los ciudadanos y transforma los retos ecológicos y digitales en motores capaces de reconciliar la recuperación sostenida, la sostenibilidad ambiental y la distribución justa de los beneficios del crecimiento, a la vez que resulta necesaria para la competitividad de las empresas europeas y el buen funcionamiento del mercado laboral europeo.

La educación y la formación profesional permiten equipar a las personas con conocimientos, capacidades y competencias pertinentes para el mercado laboral en constante cambio y ofrece el reciclaje y el perfeccionamiento profesional para lograr la inclusión y la excelencia y, por tanto, mejora la empleabilidad.

Como instrumento de empleabilidad, la educación y formación profesional moderna y de excelencia se apoya en unos principios básicos: el carácter esencial de las empresas como centros de aprendizaje; la responsabilidad compartida con las empresas para fomentar el suministro de las capacidades necesarias; la necesidad de una inversión suficiente y la participación de todas las partes interesadas; la igualdad de oportunidades, con independencia del contexto económico y personal y del lugar de residencia; la necesidad de mantener una formación de aprendices y un aprendizaje en el trabajo de alta calidad; la necesidad de integrar mejor la EFP continua (EFPC) e inicial (EFPI) para garantizar el reciclaje y el perfeccionamiento profesional, incluidas las vías de transición de la EFPI a la EFPC. Todo ello partiendo de que una EFP responsable, inclusiva y de calidad debe ser un derecho para todos los estudiantes.

La Declaración se centra en cuatro ámbitos principales para el período 2021-2025, entre los que destaca la necesidad de *una EFP flexible, inclusiva y de calidad*,

que sea capaz de adaptarse a las perturbaciones y dar respuestas flexibles a las exigencias planteadas por las nuevas tecnologías, los nuevos modelos de negocio, la digitalización, la inteligencia artificial, el cambio demográfico, el cambio climático y las crisis económicas. Otro objetivo relevante es *establecer una nueva cultura del aprendizaje permanente, destacando la importancia de la EFP continua y la digitalización* ante la necesidad de las personas de perfeccionar y actualizar sus capacidades de forma permanente para adaptarse a los cambios de los sistemas productivos y a las transiciones ecológicas y digitales que determinan cambios en los perfiles de cualificación y de empleo y la aparición de nuevas profesiones.

Siguiendo estos presupuestos, la *Ley de Empleo* (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo) establece expresamente que el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad constituye un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios de empleo (art. 35). Todas las actuaciones de las entidades y organismos públicos y privados del Sistema Nacional de Empleo deben orientarse hacia la satisfacción de dicho derecho e, igualmente, las políticas de protección frente al desempleo deben servir a la misma orientación, de modo que las personas beneficiarias no deben verse abocadas a la toma de decisiones que vayan en detrimento de su profesionalidad y de su capacidad de mejorar en el mercado de trabajo.

El art. 36 de la Ley de Empleo establece que la *cuantificación* de la mejora de la empleabilidad se realizará a partir de la evolución de una *tasa de empleabilidad* definida reglamentariamente, que tendrá en cuenta los parámetros directamente relacionados con la incorporación de las personas al mercado de trabajo, así como la promoción de su nivel laboral y formativo, y en particular la adquisición de las competencias y habilidades más demandadas por el mercado de trabajo y que sean adecuadas a su perfil profesional. Asimismo, se establecerá mediante el mismo procedimiento una *tasa de intermediación*, que permitirá medir el impacto de las atenciones a las personas en sus transiciones al empleo y la efectividad en la atención a las empresas que solicitan cubrir sus puestos vacantes. Finalmente, la *tasa de cobertura* ofrecerá una medida del nivel de protección frente al desempleo del conjunto de personas que se encuentren en esa situación. Estas tres tasas se harán públicas, se actualizarán de manera periódica y se mostrarán desagregadas por sexo y edad.

El uso de estas herramientas basadas en el análisis de datos, en las evidencias estadísticas y en el análisis del mercado de trabajo, contribuirá también a identificar en cada momento qué personas o colectivos de personas están encontrando mayores dificultades para acceder al empleo. La desagregación de la tasa de empleabilidad para estos colectivos o personas mostrará también una medida de la intensidad de esas dificultades.

## 2.2. Estrategia de competencias: desarrollo de las capacidades para hoy y para el futuro

Las líneas fundamentales del nuevo enfoque sobre la educación y formación profesional en Europa se encuentran definidas en la *Recomendación del Consejo de 24 de noviembre de 2020 sobre la educación y formación profesionales (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*. Esta Recomendación define la «educación y formación profesionales» como una «educación y formación que pretende dotar a las personas de los conocimientos, las capacidades y las competencias que se requieran para ejercer profesiones concretas o, en un sentido más amplio, en el mercado de trabajo». Dicha formación se puede ofrecer en entornos formales y no formales, y a todos los niveles del Marco Europeo de Cualificaciones (MEC). Es el sector de la educación y la formación más cercano al mercado laboral y “proporciona capacidades que preparan a los trabajadores para profesiones y carreras específicas, a la vez que ofrece valiosas capacidades transferibles y responde de forma eficaz a las necesidades económicas”<sup>20</sup>.

Así, la EFP proporciona a los alumnos capacidades que respaldan su desarrollo profesional y personal: prepara a los jóvenes para que se incorporen con éxito a la vida laboral; ayuda a las personas con empleo a mejorar continuamente sus capacidades; les permite adaptarse a las demandas cambiantes del mundo laboral o gestionar cambios en el trabajo; ayuda a las personas desempleadas a adquirir las capacidades que necesitan para reincorporarse al mercado laboral; facilita a los alumnos conocimientos, capacidades y características para prosperar en su desarrollo personal, social y profesional.

En este marco, las políticas en materia de EFP deben ir dirigidas a dotar a jóvenes y adultos de los conocimientos, las capacidades y las competencias necesarias para prosperar en un mercado laboral y una sociedad en evolución y para gestionar la recuperación y la doble transición justa hacia la economía ecológica y digital. Además, deben fomentar la inclusión y la igualdad de oportunidades y contribuir a alcanzar la resiliencia, la equidad social y la prosperidad para todos.

La Recomendación también establece unos objetivos a escala de la UE, que deberían ser alcanzados hasta el 2025:

- al menos un 82 % de titulados de EFP con empleo;
- el 60 % de los titulados recientes en EFP debe haberse beneficiado del aprendizaje en el trabajo durante sus estudios;
- el 8 % del alumnado de EFP debe haberse beneficiado de una movilidad en el extranjero por motivos de aprendizaje.

<sup>20</sup> Comisión Europea: *Educación y formación profesionales. Capacidades para hoy y para el futuro*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022, pág. 9.

Para cumplir estos objetivos, la Recomendación considera que será necesario llevar a cabo reformas nacionales para conseguir una EFP *ágil en la adaptación a los cambios del mercado laboral*, para lo cual debe mantener un equilibrio entre la adquisición de capacidades y la posibilidad de respuesta con rapidez a las demandas cambiantes del mercado laboral, mediante mecanismos de anticipación de capacidades y dando especial relevancia al aprendizaje en el trabajo y a la formación de aprendices. Debe ser también *flexible en su esencia* (con programas personalizados y centrados en el alumnado) y constituir *un motor de la innovación y el crecimiento* (formando parte de las estrategias económicas, industriales y de innovación y fomentándose la adquisición de capacidades empresariales, digitales y ecológicas, especialmente para adultos). La EFP *debe ser una opción atractiva, basarse en una oferta moderna y digitalizada de formación y capacidades* (especialmente en cuanto a nuevos entornos, herramientas y pedagogías de aprendizaje, y centrada particularmente en la digitalización); *debe promover la igualdad de oportunidades* (deben ser inclusivos y accesibles para los grupos vulnerables con medidas específicas y formatos flexibles que ayuden a evitar el abandono prematuro y apoyen la transición de la escuela al trabajo) y *debe estar sustentada en una cultura de garantía de calidad* (para ello se establece el Marco de Referencia Europeo de Garantía de la Calidad en la Educación y Formación Profesionales, EQAVET)<sup>21</sup>.

En ese marco europeo, la situación de la EFP en España sigue siendo todavía muy deficitaria. En el *Informe de Diagnóstico sobre la Estrategia de Competencias de la OCDE para España, 2015*<sup>22</sup>, señala la OCDE que “las competencias se han convertido en el principal motor e impulsor del bienestar individual y del éxito económico del siglo XXI”. Pone de manifiesto que “sin una adecuada inversión en materia de formación y competencias, los individuos se ven abocados a la marginación social, el progreso tecnológico no se traduce en crecimiento y los países no pueden competir con otras economías mundiales cada vez más basadas en el conocimiento”. Por ello se ha establecido la “Estrategia de Competencias de la OCDE” de modo que sirva de marco de referencia para adoptar medidas concretas en relación con los tres pilares en los que, como establece la OCDE, se apoya

<sup>21</sup> El Marco EQAVET -Marco de Referencia Europeo de Garantía de la Calidad en la Formación Profesional- es un instrumento de referencia destinado a ayudar a los países de la UE a fomentar y encauzar la mejora continua de sus sistemas de formación profesional a partir de unas referencias acordadas en común. Además de contribuir a mejorar la calidad en este ámbito, su propósito es asentar una confianza mutua entre los sistemas de FP y facilitar la aceptación y el reconocimiento de las aptitudes y competencias adquiridas en distintos países y entornos educativos.

<sup>22</sup> OECD: *Skills Strategy: Informe de Diagnóstico España, 2015 (Informe de Diagnóstico sobre la Estrategia de Competencias de la OCDE para España)*.

<https://biblioteca.ces.es/BD/2015091530Digital154.html>

Se puede ver un Resumen de este Informe en OECD: *Skills Strategy. Informe de Diagnóstico. Resumen. España, 2015*. <https://policycommons.net/artifacts/3804704/oecd-skills-strategy/4610532/>

todo sistema nacional de competencias: 1) desarrollar las competencias relevantes desde la infancia hasta la edad adulta; 2) activar la oferta de competencias en el mercado laboral, y 3) utilizar las competencias adquiridas de manera eficaz en el ámbito socioeconómico.

En el Informe de Diagnóstico sobre España (realizado en 2015), la OCDE delimitó los 12 retos en materia de competencias a los que se enfrentaba España. Entre dichos retos destacan los siguientes aspectos:

- Un reto importante para España destacado por la OCDE es *mejorar las competencias de los adultos escasamente cualificados* (Reto 3). El Informe destaca el importante número de adultos escasamente cualificados (cerca de 10 millones de adultos con un bajo nivel de rendimiento en 2015) que seguirá estando en el mercado laboral dentro de 10 años y más de un tercio seguirá trabajando dentro de 20 años. Estos adultos con escasa cualificación son menos propensos a participar en programas de formación y educativos que los adultos altamente cualificados, pese a que España cuenta con un sistema de enseñanza para adultos relativamente completo y flexible y la participación de adultos en programas educativos y formativos ha aumentado en los últimos años. Esto plantea importantes problemas para que estos adultos escasamente cualificados puedan mejorar y adaptar su nivel de capacitación para preservar sus actuales puestos de trabajo o encontrar otros nuevos ante la demanda cambiante de competencias y cualificaciones profesionales.
- Otro reto destacado es la necesidad de *mejorar la transición de los jóvenes del sistema educativo a un trabajo estable* (Reto 6). Los jóvenes españoles se enfrentan a grandes dificultades a la hora de abandonar los centros de enseñanza para incorporarse gradualmente al mercado laboral. El paro juvenil y las tasas de desempleo de larga duración se sitúan entre los más altos de la OCDE. El porcentaje (20%) de jóvenes sin estudios, trabajo ni formación, más conocidos como «generación Ni-Ni», sitúa a España en una posición cercana a aquellos países de la OCDE que ocupan los primeros puestos, únicamente detrás de Grecia e Italia en Europa. Estos jóvenes corren el riesgo de convertirse en desempleados de larga duración, con importantes dificultades para reincorporarse al mercado de trabajo en un futuro. La OCDE destaca que al tener gran parte de los jóvenes desempleados en España un bajo nivel educativo y una escasa cualificación, necesitarán formación continua y educación adicionales.
- En tercer lugar, considera necesario *aprovechar al máximo la formación en el lugar de trabajo* para potenciar la productividad y la competitividad (Reto 7). El grado de aplicación de las competencias en el puesto de trabajo apenas supera la media y un gran número de trabajadores está sobrecualificado con arreglo al perfil necesario para el puesto que ocupan. La OCDE destaca que la utilización relativamente limitada de las competencias en el puesto de trabajo y la escasa implementación de prácticas innovadoras en el entorno laboral conllevan un desperdicio de talento que podría destinarse a potenciar la productividad y



competitividad de las empresas. Por eso señala que para aprovechar al máximo las competencias de la población activa, se deberá concienciar a las propias empresas acerca de la importancia y la forma de optimizar el uso de las competencias en el puesto de trabajo como un factor esencial de sus estrategias empresariales.

- Por otra parte, también se debe *apoyar a los trabajadores altamente cualificados y a las universidades a fin de impulsar la innovación* y aumentar la productividad y el crecimiento (Reto 8). La OCDE destaca que las empresas españolas participan de manera menos activa en actividades de innovación que la mayoría de sus competidoras extranjeras. Dicha falta de iniciativa en materia de innovación se refleja en la escasez de inversiones en capital basado en el conocimiento, incluyendo actividades de investigación y desarrollo. España debe apoyar en mayor medida a los trabajadores altamente cualificados y a las universidades para impulsar la innovación y aumentar la productividad y el crecimiento.

Para hacer frente a estos y otros retos, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (aprobado por el Consejo de Ministros el día 27 de abril de 2021) se dedican, como ya se ha señalado, dos componentes específicos a la modernización del sistema educativo y a la formación profesional (componentes 20 y 21), “con actuaciones claves para el refuerzo del capital humano de las próximas generaciones, la eliminación de brechas sociales y territoriales, y el acceso a oportunidades laborales dignas y adaptadas a las necesidades de un mercado laboral cambiante y dinámico”.

Entre estas actuaciones destaca el “Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional”. El Plan propone diseñar una formación que dé respuesta a los distintos perfiles profesionales, presentes y futuros, que permitan el emprendimiento, la actualización de conocimientos y competencias y, en definitiva, la posibilidad de hacer realidad a nivel individual y colectivo el proceso de aprendizaje continuo a lo largo de la vida. La prioridad es, además, potenciar los niveles de cualificación de la población y llegar a un adecuado equilibrio entre los niveles de formación de la ciudadanía y las necesidades de cualificación del capital humano del mercado laboral, de tal forma que en España se alcance el objetivo de un 50% de población activa con un nivel medio de cualificación, entre el 35 y 40% de población con un alto nivel y no más de un 14% con un nivel bajo de cualificación. Esto permitirá aumentar el número de personas con acreditación profesional de sus competencias al objetivo de 100% de la población activa, que en este momento solo alcanza el 51%. El reto final es por tanto hacer un sistema de formación profesional dinámico, flexible, consolidado, valorado por la sociedad y la empresa, que permita a todos los ciudadanos encontrar las oportunidades de aprendizaje adecuadas a sus necesidades y aspiraciones.

Por otra parte, otro de los pilares del Plan de Recuperación es el “Plan Nacional de Competencias Digitales” (*digital skills*) (componente 19), que tiene

como objetivos la formación digital transversal para la ciudadanía (ciudadanía digital), el desarrollo de competencias digitales para la educación y la formación profesional y la formación en competencias digitales a lo largo de la vida laboral (*upskilling* y *reskilling*, tanto de las personas desempleadas como empleadas), con foco en el desarrollo de competencias digitales para las pymes.

En desarrollo de estos Planes se aprobó la *Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional*. Esta ley pretende establecer las bases sólidas y modernas para que las personas puedan disponer de un amplio conjunto de derechos, capacidades y competencias personales, sociales y profesionales que son imprescindibles para desarrollarse plenamente como personas y para aprovechar las oportunidades de empleo de hoy y del futuro. Todos los informes destacan la existencia en España de una importante privación de capacidades debido al importante abandono escolar temprano, a la existencia de brechas de género y a dificultades de determinados colectivos como las personas con discapacidad. También se ha puesto de manifiesto la dificultad de reconocer y certificar conocimientos adquiridos a través de la experiencia profesional, lo que limita el progreso profesional de muchas personas trabajadoras y, en muchas ocasiones, su propia continuidad en el empleo. Asimismo es muy relevante el escaso desarrollo de las cualificaciones intermedias en la estructura formativa española, las que están vinculadas a la formación profesional y, más en concreto, en aquellas actividades directamente relacionadas con la modernización del sistema económico exigida por el cambio tecnológico y la nueva economía verde y azul. Las previsiones para España en 2025 identifican que el 49 % de los puestos de trabajo requerirán una cualificación intermedia, y solo un 14 % de puestos requerirán baja cualificación.

Todo ello supone, por un lado, una limitación al derecho de ciudadanía reconocido en nuestra constitución y en las normas internacionales, y, por otro, como ya han venido advirtiendo diversos organismos europeos, un enorme hándicap para la modernización productiva y el crecimiento de la economía española. La Ley de Formación Profesional pretende acabar con este desajuste, introduciendo un instrumento ágil y eficaz que facilite la cualificación y recualificación permanente de las personas y el ajuste entre oferta y demanda de trabajo. Se pretende también equiparar nuestra estructura formativa (lastrada por un escaso desarrollo de cualificaciones intermedias, un elevado número de personas sin cualificaciones adecuadas a las necesidades de la economía actual y un elevado número de personas sobrecualificadas en relación con el trabajo que desarrollan) a la de otros países con estructura económica y de actividad similares a la nuestra, que nos permita, además, responder adecuadamente a las nuevas necesidades de cualificación de todas las personas trabajadoras ante las exigencias de la cuarta revolución industrial y sus consecuencias<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Como indica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional: “La ley ordena un Sistema de Formación

Por su parte, la empleabilidad se erige en la Ley de Empleo (Capítulo II) como elemento nuclear de la política de empleo. Tiene un carácter transversal e integrador de forma que “aglutina al conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo”. Por ello, la Ley configura el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios públicos de empleo, desarrollo del «derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente» contemplado por el artículo 35 de la Constitución.

Partiendo de ello, la Ley de Empleo establece (art. 38) que serán finalidades prioritarias de las acciones de empleabilidad la mejora de las competencias básicas de las personas demandantes de empleo en comunicación oral y escrita y en aptitudes de manejo y aprovechamiento de las herramientas digitales y tecnológicas. Para la mejora profesional de las personas demandantes de empleo, el Sistema Nacional de Empleo mantendrá y actualizará un catálogo de instrumentos eficaces de empleabilidad cuya utilidad para dicho objetivo 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. Este catálogo deberá orientar las acciones que se le proponen a cada persona, en función del perfilado que le haya sido trazado, que tomará en cuenta aquellas características que suelen ser motivo de discriminación, como así también todos los colectivos identificados como prioritarios en la propia Ley de Empleo (artículo 50).

El catálogo de instrumentos eficaces de empleabilidad (artículo 37) se irá actualizando con las mejores prácticas que hayan sido desarrolladas y evaluadas en los distintos ámbitos territoriales del Sistema Nacional de Empleo y también las que se hayan llevado a cabo en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo en seguimiento de la Estrategia Europea de Empleo. El Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo desarrollará ese catálogo en

Profesional en que toda la formación sea acreditable, acumulable y capitalizable. La oferta de formación se estructura en una dimensión vertical, escalonada, que establezca un «continuo» ascendente en función de la amplitud de cada oferta formativa. Las ofertas se organizan desde las «microformaciones» a los títulos de formación profesional, según incluyan un único resultado de aprendizaje, uno o varios módulos profesionales, o un paquete completo de módulos profesionales, manteniendo en todo momento su carácter acumulativo”. El modelo diseñado integra, junto a las ofertas de formación profesional, la orientación profesional y la acreditación de competencias adquiridas por experiencia laboral u otras vías no formales o informales, como piedras angulares del nuevo sistema”.

coordinación con los sistemas nacionales de empleo de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

### **3. MANTENIMIENTO Y MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD: LA FORMACIÓN EN EL TRABAJO**

#### **3.1. Requerimientos de las políticas de formación profesional para el mantenimiento y mejora de la empleabilidad**

También la *Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024* (aprobada por Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre) destaca el reducido peso de la población española con niveles formativos intermedios y la concentración en los extremos, lo que puede suponer un riesgo de mayor polarización en la estructura del empleo ante la incidencia de la rápida evolución tecnológica en muchos perfiles profesionales, que deben adecuarse a los nuevos requerimientos y formas de trabajar<sup>24</sup>.

Los instrumentos para el mantenimiento y mejora de la empleabilidad deben hacer frente a diversas cuestiones, entre las cuales se pueden destacar las siguientes:

- Se debe incorporar la *perspectiva de género* en las acciones de formación y recualificación profesional de las personas trabajadoras para impulsar la incorporación de mayor número de mujeres, que las capaciten para la promoción profesional o para reorientar su trayectoria a sectores con mejores perspectivas. La transformación tecnológica puede generar déficit de profesionales en algunas ocupaciones, como es el caso de los perfiles especializados en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM o STEM), que son, sin embargo, ámbitos con escasa incorporación de la mujer. La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 destaca el reto de la plena incorporación de la mujer a la adquisición de estos perfiles especializados.

También el artículo 51 de la Ley de Empleo establece que los servicios de empleo pondrán en marcha acciones de empleabilidad dedicadas exclusivamente a mujeres demandantes de servicios de empleo en aquellos ámbitos con mayor

<sup>24</sup> Como se indica en el Informe “España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo”, “Para no quedarse atrás en el escenario emergente, España tendrá que reducir a menos de la mitad la población que solo cuenta con estudios de ESO, aumentar la proporción de personas con educación terciaria (universidad o FP superior) y poner en marcha un sistema integral de recualificación que le permita actualizar las competencias de al menos un millón de trabajadores (empleados y desempleados) cada año”. Vid. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.): *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021.

infrarrepresentación femenina. En particular, se organizarán iniciativas de este tipo destinadas a la promoción hacia los grupos profesionales superiores, desarrollando para ello algunas de las acciones consideradas más eficientes de entre las incluidas en el catálogo de instrumentos de empleabilidad.

El Plan Nacional de Competencias digitales incluye medidas específicas para mejorar la capacitación digital, con el objetivo de que el 80% de las personas tengan en 2025 competencias digitales básicas, y al menos la mitad de la población formada sean mujeres<sup>25</sup>. Se prevé que el Plan permita “reducir el diferencial de capacidades tecnológicas entre hombre y mujeres lo que a su vez permitirá reducir las diferencias salariales a medio plazo, especialmente en los trabajos más cualificados, donde la brecha de género está altamente explicada por las diferencias en habilidades llamadas STEM (Science, Technology, Engineering and Mathematics)”.

- Es necesario articular acciones formativas que faciliten el acceso al trabajo de *jóvenes con baja cualificación*, con una duración formativa reducida y con prácticas en los centros de trabajo, que permitan dar el primer paso en el desarrollo laboral de estas personas. Todos los análisis ponen de relieve, dentro del colectivo juvenil, el subgrupo de quienes no trabajan ni estudian<sup>26</sup>, o bien son personas activas, pero sin cualificación (existe una elevada tasa de abandono temprano de la educación y la formación, que fue del 16% en 2020), o bien están en situación de desánimo y no buscan trabajo, especialmente en el tramo de edad entre 25 y 30 años (“efecto desánimo” de aquellas personas que no encuentran un nuevo empleo y ni siquiera se registran como demandantes en los servicios públicos de empleo, simplemente, dejan de buscar trabajo)<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Vid. Álvarez Cuesta, H.: “La formación en los nuevos yacimientos de empleo (empleos digitales, verdes) con especial atención a la perspectiva de género”, *Lan Harremanak*, 2023, n. 49, pp. 40-42.

<sup>26</sup> Entre las iniciativas europeas dirigidas a este colectivo se incluye ALMA («Aim, Learn, Master, Achieve», Aspirar, Aprender, Dominar, Lograr). Es una iniciativa de la UE de inclusión activa destinada a apoyar a los jóvenes que ni trabajan, ni estudian, ni reciben formación (ninis). El objetivo es ayudar a los jóvenes más desfavorecidos (de entre 18 y 29 años) a integrarse en la sociedad accediendo a un empleo o a una formación. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1549&langId=es>

<sup>27</sup> Entre los desafíos a los que debe hacer frente España en los próximos años, el Informe “España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo” destaca: En primer lugar, reducir en 25 puntos como mínimo la proporción de personas que abandonan su formación sin obtener al menos un título de 2ª etapa de educación secundaria, para lo que será necesario abordar las carencias de los ciclos de infantil, primaria y secundaria y hacer una apuesta decidida por la FP media, considerada la vía más eficaz y realista para reducir el abandono escolar temprano. En segundo lugar, España tendrá que aumentar su porcentaje de población con titulación universitaria, pasando del 26% actual a un 38% en 2050. En tercer lugar, España tendrá que casi duplicar el porcentaje de personas con título de FP superior, pasando del 11% actual al 17% en 2050. Vid. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.): *España 2050*:

También existe una urgente necesidad formativa de acceso al primer empleo en el caso de la población joven. La recuperación del mercado laboral de las personas jóvenes está siendo más lenta que la de otros colectivos. Por ello, se han planteado actuaciones específicamente orientadas a fomentar el empleo juvenil de calidad, como la Garantía Juvenil Plus [*Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027*] y un plan de choque contra el desempleo juvenil [*Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021*] que permita impulsar las capacidades digitales, promueva un sistema de microcertificaciones para facilitar la empleabilidad y despliegue importantes bonificaciones y ayudas para los contratos de formación (Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia). El *Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes* (cuya implementación en España ha sido hasta ahora muy deficitaria) tiene como objetivo la mejora de la empleabilidad y del emprendimiento de los jóvenes. Se basa en la orientación y el seguimiento personalizados, la formación dirigida a la adquisición de competencias y la mejora de la experiencia profesional y la mejora de las oportunidades de empleo a través de incentivos.

- Se deben adoptar medidas formativas dirigidas al desarrollo de acciones encaminadas a la integración social y laboral de *personas en riesgo de exclusión*. Para personas en situación de desempleo de larga duración y para determinados colectivos vulnerables como refugiados, personas migrantes, personas gitanas, personas con discapacidad y personas en situación de alta vulnerabilidad, es necesario, en el marco de las políticas activas de empleo, actuar sobre las causas de la menor empleabilidad entre las cuales destacan los desajustes en la cualificación, las dificultades para adquirir experiencia profesional o habilidades para la búsqueda y el mantenimiento de la ocupación.
- Es también importante incidir en las *transiciones laborales*, cada vez más frecuentes, a través de la orientación, la formación permanente, el reciclaje profesional y el aprovechamiento de las oportunidades de empleo a lo largo de la vida laboralmente activa. Las políticas de formación profesional y recolocación son un complemento imprescindible de las políticas de protección del empleo y constituyen un instrumento necesario para evitar la exclusión laboral y la cronificación de la dependencia de las medidas de protección<sup>28</sup>.
- Se debe planificar con anticipación el *relevo generacional* de forma que, por un lado, se asegure la transferencia de conocimientos de personas cualificadas

*Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021

<sup>28</sup> Vid. con un análisis en profundidad, Muros Polo, A.: “El plan de recolocación externa en la recualificación y transición profesional”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 12, número 1, enero-marzo de 2024, págs. 358-406.

que se van a retirar a las personas que van a relevarlas y, por otro lado, estas personas relevistas tengan un perfil profesional con cualificaciones más amplias puesto que van a tener que desempeñar nuevas y distintas competencias en el desempeño de esas ocupaciones<sup>29</sup>. El Observatorio de las Ocupaciones del SEPE analiza en profundidad la situación y tendencias del mercado de trabajo, para anticiparse a los requerimientos del tejido productivo, identificando las necesidades técnico-profesionales y transversales de cada una de las ocupaciones estudiadas, agrupadas en Familias Profesionales. Ello permite ofrecer un diagnóstico actualizado de las necesidades formativas de cada ocupación, de forma que sirva de referencia para realizar la programación y ejecución de la formación.

En esta línea, el art. 33 de la Ley de Empleo establece que, en todo caso, serán objetivos de la formación en el trabajo:

- Favorecer la formación a lo largo de la vida de las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas, tanto del sector público como privado.
- Consolidar el derecho a la formación y el derecho a la promoción profesional establecidos en los artículos 4.2.b) y 23 del Estatuto de los Trabajadores (entre ellos, el desarrollo del ejercicio del permiso de veinte horas anuales de formación, acumulables por un período de hasta cinco años, así como cualquier otro permiso de formación que pudiera acordarse).
- Mejorar las competencias profesionales de las personas trabajadoras y sus itinerarios de empleo y formación, especialmente las competencias digitales y de sostenibilidad<sup>30</sup> (configuradas en la Ley de Empleo como competencias básicas para la empleabilidad).

<sup>29</sup> La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 señala que los grupos ocupacionales en los que está previsto una mayor tasa de reposición son: trabajadores cualificados de la agricultura; puestos de dirección, gerencia y técnicos; profesiones científicas e intelectuales. A medio plazo, además de los nuevos perfiles de informática y comunicaciones, tienen buenas expectativas de crecimiento las siguientes familias profesionales: electricidad y electrónica, fabricación mecánica, actividades físico-deportivas y química. Además, el proceso de digitalización de las actividades económicas va a producir significativos cambios de contenido en muchos puestos de trabajo tradicionales, especialmente en administración y gestión, transporte y mantenimiento de vehículos y comercio y marketing. Esta última familia profesional incluye algunas de las ocupaciones que van a seguir siendo muy demandadas (por ejemplo, dirección de ventas o desarrollo de fuerza de ventas) pero que también requerirán la adaptación en competencias tecnológicas de la información y comunicación (TIC) por el desarrollo veloz de los nuevos canales de venta.

<sup>30</sup> Sobre la digitalización y la formación y el “derecho a la cualificación digital”, vid. Rodríguez-Piñero Royo, M.: “Acceso al empleo, formación y contratación en el contexto de la digitalización”, en AA. VV.: *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, págs. 77-82; Villalba Sánchez, A.: *El derecho a recibir formación de la empresa para una transición digital justa*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 21-42.

- Contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas.
- Garantizar que todo el contenido formativo impartido en la formación en el trabajo esté realizado con perspectiva de género.
- Mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras, especialmente de las que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral.
- Promover que las competencias profesionales adquiridas por las personas trabajadoras, tanto a través de procesos formativos como de procesos de aprendizaje informales, sean objeto de un proceso de valoración en el marco de la formación en el trabajo, que aporte valor profesional y curricular a la persona trabajadora, pactado en el seno de la negociación colectiva.
- Facilitar la transición hacia un empleo de calidad y la movilidad laboral.
- Acompañar los procesos de transformación digital y ecológica y favorecer la cohesión social y territorial, así como la igualdad de género.
- Impulsar la formación programada por las empresas, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, como vía ágil y flexible de responder a las necesidades específicas de formación más inmediatas y cercanas a empresas y personas trabajadoras.
- En todo caso, en la planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad se guardará especial cuidado en evitar discriminaciones y sesgos o estereotipos negativos (artículo 39). Además, para evitar toda posibilidad de discriminación, la Ley de Empleo establece que “se evitará el establecimiento de criterios que presupongan que las personas destinatarias son suficientemente mayores, suficientemente jóvenes o referentes al sexo o a la discapacidad de estas”.

### **3.2. La formación permanente: La recualificación profesional**

#### *3.2.1. La necesidad de adaptación permanente de las capacidades. Las debilidades de la recualificación profesional en España*

En el momento actual y en los próximos años será cada vez más importante la puesta en marcha de un sistema eficaz de formación permanente y de recualificación profesional para la población adulta.

La política de empleo debe crear las bases que le permitan garantizar una oferta suficiente (tanto desde el punto de vista cuantitativo como *cualitativo*) de personas que dispongan de aquellas cualificaciones/capacidades necesarias que son demandadas por la sociedad y, en particular, por el aparato productivo. Ello sin olvidar que la formación profesional concebida como parte de la educación permanente no se agota en procurar a las empresas la mano de obra cualificada que necesitan, sino que también debe ser un instrumento de promoción social y cultural de la persona del trabajador.



Por supuesto que ello no entra en contradicción con una formación que capacite realmente para el trabajo, para lo cual será imprescindible que las personas adquieran una formación que les permita adaptarse continuamente a los cambios tecnológicos y organizativos, adecuándolos de forma que puedan ser utilizados en la empresa. La tecnología y la digitalización han transformado el panorama laboral casi por completo en todos los sectores. La Inteligencia Artificial es ya y será en los próximos años uno de los motores del desarrollo económico y social, de modo que es esencial que todos los ciudadanos puedan disponer de unos conocimientos básicos sobre esta nueva tecnología, para aprovechar las oportunidades de empleo que abre y también para garantizar el respeto de la ciudadanía y de los valores y derechos individuales y colectivos. Las empresas deben conformarse también como un lugar de aprendizaje de la Inteligencia Artificial mediante la experimentación, como una inversión de futuro y de progreso.

Pero, como todos los informes ponen de manifiesto<sup>31</sup>, los desafíos del futuro mercado de trabajo no son solo tecnológicos, la mayor longevidad (fruto del desarrollo del estado de bienestar y de los avances médicos) se traducirá en que la vida laboral será también más larga y ello pone ya de relieve una necesidad permanente de actualización de nuestras habilidades y competencias profesionales.

Por todo ello, en el contexto actual existe una gran preocupación en todos los países, y en el ámbito de la Unión Europea, por potenciar las tecnologías y las ramas productivas del futuro, las derivadas de la transición ecológica y digital, acometiéndose la reestructuración de aquellos sectores en crisis tratando de aumentar en ellos el componente tecnológico y los cambios técnico-organizativos (mayor flexibilidad organizativa y de uso de la fuerza de trabajo, la robótica, la informatización del trabajo terciario, descentralización productiva, auge del teletrabajo...); y potenciar además las nuevas oportunidades de empleo derivadas de los cambios demográficos (economía plateada y asistencial). Junto a ello se produce un interés creciente por los problemas de la formación general y en la empresa; la formación, reconversión y reciclaje de los trabajadores; la capacitación y ajuste de la oferta de mano de obra altamente cualificada exigida para la concepción y utilización de las tecnologías; la necesidad de aprovechar los talentos y diversidad derivados de los cambios demográficos (trabajadores de más edad, emigración...).

De aquí a 2050, en todas las economías de la OCDE la mayoría de los empleos cambiarán significativamente como resultado de la digitalización, la transición energética y las transformaciones sociales y culturales y, como consecuencia, cada vez será mayor la obsolescencia de las competencias adquiridas inicialmente,

<sup>31</sup> Vid., entre otros, Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.): *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021.

lo que unido al alargamiento de la vida laboral hará necesario una permanente actualización y reciclaje profesional<sup>32</sup>.

Es por ello por lo que el *Plan Anual para el fomento del empleo digno 2024*<sup>33</sup> (según lo establecido en el artículo 13.2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo), configurado como un instrumento esencial para, en el marco de las políticas activas de empleo, mejorar la empleabilidad de las personas y contribuir a responder mejor a las necesidades de empleo y formación de las empresas, incluye “actuaciones de formación en el trabajo, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional y de formación en alternancia con la actividad laboral, incluidos los programas públicos de empleo y formación, que permitan al beneficiario adquirir competencias o mejorar su experiencia profesional, para mejorar su cualificación y facilitar su inserción laboral, teniendo en cuenta la brecha digital existente y garantizando la atención presencial a la población que la padece”.

Este Plan se enmarca en los objetivos sociales de la Unión Europea para 2030 de que al menos el 60 % de los adultos participe en actividades de formación cada año y al menos el 78 % tenga trabajo y también ayudará a alcanzar las metas de la “Brújula Digital 2030”, que pretende que al menos el 80 % de los adultos cuente con capacidades digitales básicas y que haya 20 millones de especialistas en TIC empleados en la Unión Europea. Se une también a iniciativas como la Agenda de Capacidades Europea, el Pacto de las Capacidades o Recomendaciones del Consejo sobre las cuentas de aprendizaje individuales y las microcredenciales.

Con todos estos instrumentos se pretende potenciar el reciclaje y el perfeccionamiento profesionales para impulsar la competitividad de las empresas

<sup>32</sup> El Informe *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo* pone de manifiesto que “El envejecimiento demográfico también añadirá una presión adicional al reto de la recualificación, y lo hará por una doble vía. Por un lado, obligará a las empresas a transformar su estrategia de recursos humanos. Una de las formas en la que muchas empresas han lidiado con la obsolescencia de competencias ha consistido en reemplazar a sus empleados más sénior por otros más jóvenes que cobran salarios más reducidos y poseen un abanico de competencias más actualizado. En los próximos años, sin embargo, la población joven (entre 25 y 35 años) se reducirá y crecerá la pugna entre compañías (nacionales y extranjeras) por conseguir a los perfiles más cualificados. Esto hará que resulte más difícil encontrar reemplazos jóvenes y empujará a las empresas a recualificar a sus empleados más sénior, ya sea a través de programas in-company o facilitándoles la participación en otros programas formativos. Por otro lado, el envejecimiento de la población se traducirá en una mayor demanda de las actividades de cuidados y en la aparición de nuevos empleos que requerirán la adquisición de nuevas competencias” (Vid. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.): *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021).

<sup>33</sup> Resolución de 15 de julio de 2024, de la Secretaria de Estado de Trabajo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2024, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024.

europas y contribuir a la creación de empleo de calidad aprovechando todo el potencial de la doble transición digital y ecológica de manera socialmente justa, inclusiva y equitativa.

La *Agenda de Capacidades Europea de 2020* establece objetivos cuantitativos para el perfeccionamiento (mejora de las capacidades actuales) y el reciclaje (formación en nuevas capacidades) profesionales durante un período de cinco años (2020-2025). En la Agenda se establecen doce medidas que se centran en “impulsar la colaboración entre Estados miembros, empresas e interlocutores sociales con la finalidad de empoderar a las personas para que se adentren en el aprendizaje permanente, así como en utilizar el presupuesto de la UE como catalizador para desbloquear la inversión pública y privada en materia de capacidades”.

La primera medida emblemática en el marco de la Agenda de Capacidades Europea fue el *Pacto por las Capacidades*, mediante el cual se “invita a las organizaciones públicas y privadas a aunar fuerzas y tomar medidas concretas para el perfeccionamiento y el reciclaje de las personas en Europa”<sup>34</sup>. El Pacto por las Capacidades se lanzó el 10 de noviembre de 2020, con el objetivo de ayudar a las organizaciones públicas y privadas a maximizar el impacto de su inversión en la capacitación y el reciclaje de habilidades, sobre la base de cuatro principios clave: promover una cultura de aprendizaje permanente para todos; construir alianzas sólidas de habilidades; monitorear la oferta y la demanda de habilidades y anticipar las necesidades de habilidades; trabajar contra la discriminación y por la igualdad de género y la igualdad de oportunidades.

En el marco de este Pacto se determinan cuáles son las competencias y habilidades requeridas en cada uno de los 14 ecosistemas industriales de la Estrategia Industrial renovada de la UE (ecosistema aeroespacial y de defensa; ecosistema agroalimentario; ecosistema de la construcción; ecosistema de las industrias culturales y creativas; ecosistema digital; ecosistema de industrias de uso intensivo de energía; ecosistema de salud; ecosistema de la electrónica; ecosistema Movilidad-Transporte-Automoción; ecosistema de Economía Social y de Proximidad; ecosistema de energía renovable; ecosistema Retail, que incluye ventas minoristas y mayoristas conectadas a los consumidores; ecosistema textil; ecosistema turístico). De esta forma, el objetivo principal del Pacto es movilizar recursos e incentivar a todas las partes interesadas para que adopten medidas concretas a fin de capacitar y reciclar profesionalmente a las personas trabajadoras, aunando esfuerzos y estableciendo asociaciones en favor de las transiciones ecológica y digital, así como estrategias de crecimiento locales y regionales<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Comisión Europea: *Educación y formación profesionales. Capacidades para hoy y para el futuro*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022, pág. 14.

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, AECEMCO (Asociación empresarial de centros especiales de empleo) se ha incorporado al Pacto por las Capacidades de la Unión Europea con la condición de miembro de la asociación a gran escala (LSP) de “Proximidad y Economía Social”.

En España, como destaca el Informe *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, sigue siendo una asignatura pendiente el impulso de la formación a lo largo de toda la vida (*lifelong learning*). Como pone de manifiesto la evidencia práctica, la participación de la población adulta en procesos de recualificación está fuertemente ligada a una mayor productividad (entre un 5% y un 30%), mayores oportunidades de empleo, y mejores salarios. Sin embargo, el número de trabajadores que participa en programas de formación era del 15% del total en 2019 (pese a que ha crecido mucho, desde el 3% del total en 2004), por lo que se mantiene una proporción reducida en comparación con otros países europeos y presenta además importantes sesgos de género, edad, educación y ámbito profesional. También se destaca que la duración de la formación en las empresas se está reduciendo (aunque se amplía a más miembros de la plantilla), con la consiguiente reducción de la calidad y disminución de los conocimientos y las habilidades adquiridas (en 2007 la duración media fue de 22 horas en las grandes empresas y de 29 en las de tamaño medio; en 2019 fue de 11 y 13, respectivamente).

Para hacer frente a estas debilidades se propone<sup>36</sup>:

- Consolidar la formación profesional como una de las principales vías de formación y recualificación, siguiendo el modelo de los países más avanzados de la UE;
- Apoyar el incremento de la formación continua entre los trabajadores de microempresas, pequeñas empresas y autónomos (mediante incentivos y acciones definidas sectorial y territorialmente, con el apoyo de los agentes sociales y con el soporte de los centros del sistema integrado de formación profesional);
- Modernizar y ampliar el sistema de evaluación y acreditación de competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral y vías no formales;
- Incentivar la participación en formación de aquellos colectivos actualmente infrarepresentados: mujeres en sectores como el industrial y el tecnológico, hombres en sectores como el de servicios de cuidados, mayores de 55 años en la formación continua, y adultos con cualificaciones y/o niveles educativos medios-bajos;
- Crear un plan de movilidad temporal de trabajadores que permita a los trabajadores realizar intercambios profesionales en otros lugares de España, adquiriendo en ellos nuevas competencias y buenas prácticas y tejiendo redes de

<https://www.cocemfe.es/informate/noticias/aecemco-se-incorpora-al-pacto-por-las-capacidades-de-la-union-europea/>

<https://www.aecemco.es/pdf/AECEMCO-se-incorpora-al-Pacto-por-las-Capacidades-de-la-UE.pdf>

<sup>36</sup> Vid. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.): *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021, págs. 123-160.

colaboración interterritoriales (ejemplos europeos son los programas Eures166 y Erasmus+).

### 3.2.2. *Las cuentas de aprendizaje individual y las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad*

Uno de los principales retos que afrontan las empresas y los empleadores europeos es la oferta insuficiente de las capacidades pertinentes en el mercado de trabajo de la UE, mientras que, por su parte, los trabajadores se enfrentan a cambios sin precedentes en la organización del trabajo y a cambios radicales de los perfiles de las tareas y las capacidades requeridas en el trabajo debido a las transiciones digital y ecológica. Por ello, el perfeccionamiento y el reciclaje continuos son esenciales para que los trabajadores respondan a las necesidades de su empleo actual o para la transición a nuevos empleos y sectores en expansión, como los sectores ecológico y digital, en particular en el contexto del envejecimiento de la población. Las personas necesitan acceder a una enseñanza y un aprendizaje de calidad proporcionados de diferentes maneras y en diferentes entornos y que sean más flexibles e innovadores para el perfeccionamiento y el reciclaje profesional.

Con esa finalidad, la Agenda de Capacidades Europea de 2020 anunció una iniciativa sobre *cuentas de aprendizaje individual*, con el objetivo de facilitar el acceso a la formación para los adultos en edad activa y empoderarlos para gestionar con éxito las transiciones hacia el mercado laboral. Esta iniciativa se ha plasmado en la *Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 relativa a las cuentas de aprendizaje individuales* (2022/C 243/03).

Su finalidad es prestar apoyo a todos los adultos en edad laboral para que accedan a actividades de formación, también de cara a las transiciones profesionales, e independientemente de su situación laboral o profesional y aumentar los incentivos y la motivación de las personas para buscar actividades de formación. Para alcanzar esos objetivos se recomienda a los Estados miembros que consideren la posibilidad de instaurar cuentas de aprendizaje individuales que permitan a los interesados participar en formaciones pertinentes para el mercado laboral.

Se entiende por «cuenta de aprendizaje individual» el modo en que se ponen a disposición de los interesados los derechos de formación individuales; se trata de una cuenta personal que permite al titular acumular y conservar sus derechos a lo largo del tiempo para acceder a las oportunidades admisibles de formación, orientación o validación de aprendizajes que considere más útiles, en el momento en que lo desee, de conformidad con las normas nacionales; y concede al titular la plena propiedad de los derechos, independientemente de la fuente de financiación.

La Recomendación destaca la «transferibilidad» de los derechos de formación individuales, es decir, la cualidad de los derechos de formación en virtud de la cual, una vez conferidos, dichos derechos permanecen en poder del titular, también durante los períodos de transición, por ejemplo entre puestos de trabajo, entre

el trabajo y el aprendizaje, entre el empleo y el desempleo, y entre actividad e inactividad.

Se recomienda a los Estados miembros que garanticen la disponibilidad de servicios de orientación profesional y oportunidades de validación de aprendizajes, incluidas oportunidades de evaluación de capacidades, a los que todos los titulares de cuentas de aprendizaje individuales puedan acceder de manera presencial o en línea, ya sea de forma gratuita o utilizando sus derechos de formación individuales, de conformidad con la Recomendación del Consejo de 20 de diciembre de 2012 sobre la validación del aprendizaje no formal e informal.

La Comisión considera que para que estas cuentas de aprendizaje individual sean eficaces, los Estados miembros deben establecer y mantener actualizado un registro público de las oportunidades de formación, de orientación profesional y de validación de aprendizajes que puedan optar a financiación con cargo a los derechos de formación individuales. También deben incluirse en este registro los servicios de orientación profesional y las oportunidades de validación de aprendizajes que los Estados miembros ofrezcan de forma gratuita.

También es necesario garantizar “permisos de formación remunerados”, que permitan a los trabajadores participar en actividades de formación durante el horario laboral utilizando sus cuentas de aprendizaje individuales. Estos permisos de formación remunerados, o bien ingresos de sustitución, deben ser aplicables a todos los tipos de relación laboral y a los trabajadores por cuenta propia y se debe garantizar el apoyo financiero y no financiero a los empleadores (en particular, a las pymes) cuyos empleados recurran a los permisos de formación remunerados.

Por otra parte, la *Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 relativa a un enfoque europeo de las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad (2022/C 243/02)* pretende dar respuesta al creciente número de personas que necesitan actualizar y mejorar sus conocimientos, capacidades y competencias para reducir la brecha entre su educación y formación formales y las necesidades de una sociedad y un mercado de trabajo en rápida evolución.

Se considera «Microcredencial» el registro de los resultados del aprendizaje que se ha obtenido a raíz de un pequeño volumen de aprendizaje, que hayan sido evaluados con arreglo a criterios transparentes y claramente definidos. Las experiencias de aprendizaje que dan lugar a la obtención de microcredenciales están diseñadas para proporcionar a la persona que está formándose o recualificándose conocimientos, capacidades y competencias específicos, que responden a las necesidades sociales, personales, culturales o del mercado de trabajo. Las microcredenciales son propiedad del aprendiz, se pueden compartir y son portátiles, pueden ser independientes o acumularse en credenciales más amplias. Deberán estar respaldadas por una garantía de calidad con arreglo a normas acordadas en el sector o ámbito de actividad pertinente.

Las microcredenciales podrían ayudar a certificar los resultados de pequeñas experiencias de aprendizaje adaptadas. Permiten una adquisición selectiva y flexible de conocimientos, capacidades y competencias para satisfacer las necesidades nuevas e incipientes de la sociedad y del mercado de trabajo y para hacer posible que las personas colmen el déficit de las capacidades que necesitan para prosperar en un entorno que evoluciona rápidamente, pero sin sustituir las cualificaciones tradicionales. En su caso, pueden complementar las cualificaciones existentes, aportando valor añadido, pero sin socavar el principio básico de los programas de titulación completa en la educación o la formación iniciales.

El Plan de Acción del Pilar de Derechos Sociales se refiere a las microcredenciales como un instrumento innovador que puede «facilitar los itinerarios educativos flexibles y apoyar a los trabajadores en su trabajo o durante las transiciones profesionales». Las microcredenciales pueden desempeñar un papel en la consecución de los objetivos principales de la UE que han de alcanzarse de aquí a 2030, en particular el objetivo de que el 60 % de todos los adultos participen en actividades de formación todos los años y una tasa de empleo de al menos el 78 %.

Asimismo, las microcredenciales podrían desempeñar un papel activo en la aplicación de las iniciativas de la UE para avanzar en las transiciones digital y ecológica. Las microcredenciales podrían: 1) respaldar los objetivos del Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027 para ayudar a ofrecer oportunidades de aprendizaje flexibles y accesibles en materia de capacidades digitales; y 2) cumplir los objetivos del plan «Brújula Digital 2030» de la Comisión para tener en Europa, de aquí a 2030, ciudadanos con capacidades digitales y profesionales del sector digital muy cualificados. Las microcredenciales también podrían desempeñar un papel en el cumplimiento del «Pacto Verde Europeo», que es la estrategia de crecimiento de Europa orientada a transformar su economía y su sociedad y situarlas en una senda más sostenible.

### *3.2.3. Las distintas modalidades de formación en el trabajo (cuadro general)*

La formación en el trabajo se desarrolla a través de diferentes iniciativas y programas, que se concretan en acciones formativas de naturaleza laboral, reguladas en la 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 en el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. Otra normativa que complementa el desarrollo de estas iniciativas de formación es la siguiente: Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015 y Orden TMS/368/ 2019, de 28 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 694/2017, modificada por la Orden TES/26/2022, de 20 de enero.

La finalidad de la Formación Profesional para el Empleo es favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados para mejorar sus competencias profesionales y sus itinerarios de empleo y formación, así como su desarrollo profesional y personal. Al mismo tiempo, se busca atender a los requerimientos del mercado de trabajo y a las necesidades de las empresas, proporcionando a los trabajadores las competencias, los conocimientos y las prácticas adecuados; mejorar la empleabilidad de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral; y facilitar la acreditación de las competencias profesionales adquiridas por los trabajadores, tanto a través de procesos formativos como de la experiencia laboral.

Para conseguir estos objetivos se articula un sistema que debe estar basado en unos principios básicos:

- el ejercicio del derecho individual a la formación y la garantía de igualdad en el acceso de los trabajadores, las empresas y los autónomos;
- la anticipación a los requerimientos y cambios del modelo productivo;
- la calidad y eficacia de la formación y la eficiencia y transparencia en la gestión;
- la unidad del mercado de trabajo y la libre circulación de los trabajadores en el desarrollo de las acciones formativas;
- el desarrollo del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral mediante la negociación colectiva y el diálogo social;
- la unidad de caja de la cuota de formación profesional y el acceso a una financiación suficiente, estable y equitativa;
- la financiación gestionada en régimen de concurrencia competitiva abierta a todos los proveedores de formación, públicos y privados;
- la estabilidad, seguridad y certidumbre que permita una planificación estratégica de la formación y promueva la inversión en recursos formativos.

La Formación en el Trabajo, regulada en el artículo 33 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, es el marco de todas las iniciativas y acciones de formación de naturaleza laboral, que no se vinculan al Catálogo de Estándares de Competencias, que se programan y desarrollan para la formación a lo largo de la vida de toda persona trabajadora, ocupada o desempleada, con la finalidad de mejorar su cualificación, recualificación y adaptación profesionales y facilitar la libre elección de profesión u oficio y la promoción profesional, sin que puedan sufrir ningún tipo de discriminación.

Comprende como mínimo, tanto el Servicio de Formación recogido en la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo regulada en el Real Decreto 438/2024, de 30 de abril, por el que se desarrollan la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, y los servicios garantizados establecidos en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. También incluye el permiso retribuido de veinte horas anuales de formación en el ámbito laboral, acumulables



por un período de hasta cinco años (artículo 23.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Entre los distintos tipos de iniciativas de formación destacan:

1. *Formación programada por las empresas para sus trabajadores*: Se trata de las acciones formativas que, en función de sus necesidades, la empresa programa para sus trabajadores. La programación y gestión de estas acciones formativas podrá realizarse por las empresas con flexibilidad en sus contenidos y el momento de su impartición, siempre que se respeten las condiciones establecidas por la normativa. Estas acciones formativas que las empresas llevan a cabo para sus trabajadores se financian a través de bonificaciones en las cuotas de la seguridad social.
2. *Oferta formativa para trabajadores ocupados*: Se trata de las acciones formativas que las Administraciones Públicas competentes desarrollan para trabajadores ocupados, dirigidas a cubrir las necesidades no cubiertas por la formación programada por las empresas para sus trabajadores. En esta oferta formativa pueden participar también hasta un 30% de personas desempleadas, como establece el Real Decreto 694/2017. Esta oferta formativa se desarrolla mediante: Programas de formación sectoriales; Programas de formación transversales; Programas de cualificación y reconocimiento profesional. La financiación de la oferta formativa para trabajadores ocupados se efectuará, mediante subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, a través de la publicación de convocatorias.
3. *Oferta formativa para trabajadores desempleados*: Las acciones formativas dirigidas a trabajadores desocupados estarán ajustadas tanto a las necesidades formativas individuales, conforme al perfil de cada trabajador, como a las necesidades del sistema productivo, con el objeto de que adquieran las competencias requeridas por el mercado de trabajo y mejoren su empleabilidad. Destacan los siguientes programas: Programas de formación de los Servicios Públicos de Empleo dirigidos a cubrir las necesidades formativas detectadas en los itinerarios personalizados de inserción y en las ofertas de empleo; Programas específicos de formación dirigidos a personas desempleadas con necesidades formativas especiales o con dificultades para su inserción o recualificación profesional; Programas formativos que incluyan compromisos de contratación. La financiación de estos programas para trabajadores desocupados se articula a través de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, mediante la publicación de convocatorias.
4. *Permisos Individuales de Formación (PIF)*: es la autorización que una empresa otorga a un trabajador para realizar una acción formativa que esté reconocida mediante una titulación o acreditación oficial. Las empresas pueden financiar los costes salariales de estos permisos a través de bonificaciones en las cuotas de la seguridad social.

5. *Formación en alternancia con el empleo*: es un proceso mixto de empleo y formación que permite al trabajador compatibilizar el aprendizaje formal con la práctica profesional en el puesto de trabajo (se incluye aquí la formación dual).
6. *Formación de empleados públicos*: acciones formativas a las que pueden acceder los empleados públicos, que se desarrollan mediante programas específicos que se suscriben en el ámbito de las Administraciones Públicas.
7. *Formación de las personas en situación de privación de libertad y Formación de los militares de tropa y marinería*: son acciones formativas dirigidas específicamente a estos colectivos y se rigen según los convenios que se establezcan entre las instituciones públicas competentes.

La financiación de la Formación Profesional para el Empleo en España se lleva a cabo mediante fondos procedentes de la cuota de formación profesional que aportan las empresas y los trabajadores a la Seguridad Social (conforme a lo establecido cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado), las aportaciones específicas establecidas en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal, los fondos propios que las comunidades autónomas destinen a ese fin, la cofinanciación a través del Fondo Social Europeo o de otras ayudas e iniciativas europeas, las cotizaciones por formación profesional que pudieran establecerse a otros colectivos beneficiarios en cada Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En las iniciativas denominadas “formación programada por las empresas” y “permisos individuales de formación”, las empresas disponen de un crédito para la formación de sus trabajadores que se hace efectivo mediante bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social que pagan las empresas. Es lo que se denomina “cuenta de formación”.

La cuenta de formación es un derecho individual a la formación profesional gestionada personalmente por cada empleado, que capitaliza las horas de formación a razón de 24 horas por año y hasta 120 horas, y, posteriormente, de 12 horas por año hasta el límite de 150 horas en total en el caso de un contrato permanente a tiempo completo. Los créditos son por períodos anuales de forma que si no se consume dentro del año el crédito del que dispone la empresa anualmente para formar a sus trabajadores se perdería. No obstante, como excepción, se ha establecido, desde el año 2018, que las empresas de menos de 50 trabajadores podrán comunicar a la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE), durante el primer semestre del año, si desean acumular el crédito que no utilicen.

El crédito de formación es la cuantía de la cual dispone la empresa durante el año como ayuda para la formación que imparte a sus trabajadores. Se calcula en función de lo cotizado por formación profesional, así como la plantilla media que tenga la empresa. Así, cada empresa dispone de unos determinados créditos de formación bonificada según el tamaño de la empresa:

- las empresas que tengan de 6 a 9 trabajadores disponen de crédito anual del 100% de la cantidad cotizada.
- las empresas que tengan de 10 a 49 trabajadores disponen de crédito anual del 75% de la cantidad cotizada.
- las empresas que tengan de 50 a 249 trabajadores disponen de crédito anual del 60% de la cantidad cotizada.
- las empresas que tengan de 250 a más trabajadores disponen de crédito anual del 50% de la cantidad cotizada.

Las empresas que tengan de 1 a 5 trabajadores dispondrán de 420 euros en vez de un porcentaje, y las empresas que incorporen nuevos trabajadores, bien por abrir nuevos centros de trabajo o por nueva creación, dispondrán de 65 euros por cada nuevo trabajador. Además, si la empresa tiene más de 5 trabajadores, está obligada a asumir un porcentaje del total de los costes que comunique a lo largo del año. Para el cálculo de esta aportación, se tendrán en cuenta los costes salariales de los trabajadores formados durante el horario de trabajo.

Por otro lado, las empresas que concedan permisos individuales de formación a sus trabajadores dispondrán de un crédito adicional, en función de unos criterios establecidos para su importe por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

En todo caso, la empresa deberá someter las acciones formativas a información de la representación legal de los trabajadores. El incumplimiento por parte de la empresa de esta obligación impedirá la adquisición y, en su caso, el mantenimiento del derecho a la bonificación.

Otro sistema posible es el «cheque formación» que los servicios públicos de empleo pueden proporcionar a los trabajadores desempleados para realizar acciones formativas concretas dirigidas a mejorar su empleabilidad en la entidad seleccionada por cada trabajador de entre las que cumplan los requisitos exigidos y estén acreditadas.

# LAS MEDIDAS ESTATALES DE FOMENTO DEL EMPLEO

## STATE MEASURES TO PROMOTE EMPLOYMENT

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-7702-2166

### RESUMEN

**Palabras clave:** Fomento, Paquete de empleo, programa Tandem, eficacia de las normas

Cómo reducir el desempleo es un constante propósito de cualquier proyecto político. La Unión Europea también asume ese fin y le asigna unos fondos muy generosos, generalmente asignados a través del Fondo Social Europeo. Además de ello, en el “Paquete de Empleo Europeo” se contienen los principios básicos de creación de empleo que debe llevarse a cabo por la propia UE y sobre todo por los Estados miembros. La creación de demanda de empleo y el apoyo a la creación de empresas, a la productividad y a la reducción de cargas fiscales y de seguridad social al contrato de trabajo forma parte de ese “paquete de empleo”, junto a las llamadas políticas activas de empleo, que incluyen la formación, la intermediación eficaz en el mercado de trabajo y el apoyo a los colectivos que necesitan apoyo externo para entrar en el mercado de trabajo. En España, las políticas de empleo se elaboran coordinadamente entre el Estado y las CCAA y se aplican fundamentalmente por estas últimas. Ocupan el lugar esencial las llamadas “políticas activas de empleo”, en las que se utilizan abundantes fondos. Junto a formación, contienen planes de apoyo a la inclusión de los grupos con mayor dificultad para obtener empleo. Sin embargo, la situación de empleo en España, aunque estadísticamente mejora en los últimos trimestres, no es positiva, tal como ha constatado el Banco de España en su más reciente informe.

### ABSTRACT

**Keywords:** *Development, Employment Package, Tandem programme, effectiveness of standards*

*How to reduce unemployment is a constant purpose of any political project. The European Union also assumes this purpose and allocates very generous funds to it, generally allocated through the European Social Fund. In addition to this, the “European Employment Package” contains the basic principles of job creation that must be carried out by the EU itself and above all by the Member States. The creation of job demand and support for the creation of companies, productivity and the reduction of tax and social security burdens on the employment contract is part of this “employment package”, together with the so-called active employment policies, which include training, effective intermediation in the labour market and support for groups that need external support to enter the labour market. work. In Spain, employment policies are drawn up in coordination between the State and the Autonomous Communities and are mainly applied by the latter. The so-called “active employment policies”, in which abundant funds are used, occupy the essential place. Together with training, they contain plans to support the inclusion of groups with the greatest difficulty in obtaining employment. However, the employment situation in Spain, although statistically improving in recent quarters is not positive, as the Spanish Central Bank has found in its most recent report.*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA PERMANENTE CUESTIÓN DE CÓMO ELIMINAR O REDUCIR EL DESEMPLEO
2. “PAQUETE DE EMPLEO EUROPEO” FOMENTO DEL EMPLEO, MEDIDAS DE POLÍTICA ECONÓMICA Y LIBERTAD ECONÓMICA
  - 2.1. Consideraciones sobre la Libertad económica y el Paquete de Empleo Europeo
  - 2.2. ¿Se ajustan las medidas más recientes adoptadas en España a las propuestas del “Paquete de Empleo”?
3. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO
  - 3.1. Contenidos clásicos de las políticas activas de empleo
  - 3.2. Las políticas activas de empleo según la ley de empleo. La cuestión competencial
  - 3.3. Actuaciones del Estado en materia de Promoción de empleo. El “Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024”, el programa Tandem y otros proyectos de actuación
  - 3.4. La formación como vector fundamental de las políticas activas de empleo
  - 3.5. El caso particular de los subsidios a la contratación y de las bonificaciones en materia de seguridad social
  - 3.6. ¿Son eficaces para disminuir el desempleo las políticas formativas y de bonificaciones?
4. VALORACIÓN DE ESTAS POLÍTICAS Y ALGUNAS PROPUESTAS

### 1. INTRODUCCIÓN: LA PERMANENTE CUESTIÓN DE CÓMO ELIMINAR O REDUCIR EL DESEMPLEO

¿Cómo puede fomentarse el empleo desde las acciones de gobierno? Esa es una pregunta constante, de ahora y de siempre. Incluso en las mejores situaciones de empleo, ningún Gobierno conocido rechaza apostar por el fomento del empleo como objetivo prioritario y todos proponen medidas para lograrlo.

No hay mejor cartel electoral, ni ninguna demanda social más consistente a lo largo del tiempo, que el de terminar con el desempleo, así como de mejorar la calidad del mismo y su estabilidad. Finalidad que no solamente comprende a las instancias nacionales, sino también a las supranacionales, y a todos los niveles políticos, tengan o no competencias explícitas sobre ello, como pueden ser los ayuntamientos o diputaciones.

En nuestro caso, el propósito de reducir al desempleo arranca, como no podía ser de otro modo, desde la misma Unión Europea. El propio Título IX del Tratado Fundamental de la Unión Europea (TFUE) se dedica de forma expresa a esta cuestión y, en concreto, su art. 147.2 establece una “cláusula horizontal”, orientada a impregnar todas las políticas europeas. Dispone así que “*Al formular y aplicar las políticas y medidas de la Unión deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo*”; políticas de cualquier naturaleza, no sólo las específicamente orientadas al empleo.

Sin perjuicio de esta importancia dada a nivel Europeo, reconoce el citado Tratado que, no obstante, son los Estados miembros los principales actores en la

política de Empleo, (art. 145), sin perjuicio del diseño de una estrategia coordinada entre los mismos y la Unión. Estrategia ésta que sobre todo debe pretender “*potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el art. 3 del TFUE*”; artículo que no es otro que el que define la finalidad global de la Unión Europea.

Pero la estrategia de la UE sigue siendo sobre todo la de coordinar entre Estados, dirigir, hacer estudios, evaluaciones... Así pues, sin hurtar a los Estados su protagonismo, no pierde de vista su competencia de supervisar, coordinar y evaluar, en la medida de lo posible.

Con base en ello, se establece desde 1997 la *Estrategia Europea de Empleo*, año en el que los Estados miembros decidieron establecer de manera explícita un conjunto de objetivos comunes de la política de empleo, orientado a crear “*más y mejores puestos de trabajo en toda la UE*”<sup>1</sup>.

En 2012, se elabora a nivel Europeo un “*Paquete de Empleo*”, que engloba un conjunto de documentos políticos que propone distintas medidas para la creación de empleo<sup>2</sup>. El mismo reúne 3 capítulos: el “apoyo de la creación de puestos de trabajo”, la “restauración de la dinámica de los mercados de trabajo” y la “mejora de la Gobernanza de la UE”.

No es el caso de entrar ahora en desentrañar los detalles de estas políticas -cuyo mejor tratamiento tiene sede en otro apartado de esta Revista- pero sí de destacar los conceptos, las vías de mejora del empleo que se vislumbran a nivel europeo, puesto que no son más, en buena medida, que un reflejo del “estado de la cuestión” y de cuáles son las vías más frecuentes, y probablemente también más acertadas, de lucha contra el desempleo<sup>3</sup>. Identifican este “Paquete de Empleo” las siguientes medidas:

1. Fomento de la demanda de mano de obra
2. Destinar las subvenciones a la contratación a las nuevas contrataciones
3. Reducir el impuesto sobre el trabajo y garantizar la sostenibilidad fiscal
4. Promover y apoyar el trabajo autónomo, las empresas sociales y la creación de empresas;
5. Transformar el trabajo informal o no declarado en empleo regular
6. Impulsar el salario neto

<sup>1</sup> Estrategia Europea de Empleo - Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión - Comisión Europea (europa.eu)

<sup>2</sup> Employment package - Employment, Social Affairs & Inclusion - European Commission (europa.eu)

<sup>3</sup> European Social Fund Plus (ESF+) - Employment, Social Affairs & Inclusion - European Commission (europa.eu)

7. Modernizar los sistemas de fijación de salarios para alinearlos con la evolución de la productividad;
8. Fomentar la creación de empleo.
9. Invertir en servicios personales y domésticos
11. Aprovechar el potencial de los sectores ricos en empleo: TIC, economía verde (análisis), sanidad
12. Movilización de fondos de la UE para la creación de empleo: Fondo Social Europeo.

Aunque todas las medidas que se puedan concebir son opinables, poco hay que añadir al anterior elenco. Esta relación de medidas no arranca de apriorismos adoptados por la Unión europea ni teorías no contrastadas, sino que es más bien el fruto de la experiencia compartida de los distintos Estados miembros. Representa, en ese sentido, una especie de “catálogo” de elaboración de políticas de empleo, si bien todas y cada una de estas medidas son abiertas y daban adaptarse a cada circunstancia, pues se trata más de medidas abiertas que de un manual estricto con políticas que deban aplicarse invariablemente. Se trata, así pues, de medidas abiertas.

Es importante destacar que las medidas estrictamente formativas representan sólo una parte de este “Paquete de Empleo”. Parte nada menor –todo lo contrario– habida cuenta de la enorme cantidad de fondos dedicados a la formación. Así, el “Fondo Social Europeo” cuyo contenido es, esencialmente, apoyar acciones de especialización profesional y de carácter formativo –con carácter generalizado u orientados a grupos de población y de empresas que precisan especial atención– está dotado para el periodo entre 2021 y 2027 con la fabulosa cifra de ciento cuarenta y dos mil setecientos millones de Euros (142.700M €)<sup>4</sup>. Por más que sea una cantidad a dividir en 7 ejercicios y entre todos los países europeos, no deja de ser una cantidad singularmente alta, que muestra la preocupación que existe a nivel europeo por el empleo de calidad y por hacer disminuir todo lo posible las cifras de desempleo, y sobre todo la apuesta por la formación y especialización como vías para lograr esos fines<sup>5</sup>. Ello, sin perjuicio de otras políticas específicas, como el apoyo del empleo juvenil (al que se dedicaron 22.000 M € en el periodo de 2014-2020, por ejemplo, el 18% del FSE)<sup>6</sup> si bien este apoyo también se centra en ayudas orientadas a fomentar prácticas profesionales y proyectos educativos.

<sup>4</sup> <https://european-social-fund-plus.ec.europa.eu/es/que-es-el-fse>

<sup>5</sup> Debe reseñarse que el Fondo Social Europeo adquiere una nueva dimensión, a través del proceso “FSE+” que implica el control y evaluación del rendimiento de los programas, para poder reportar a las instituciones europeas ESF+ monitoring and evaluation - Employment, Social Affairs & Inclusion - European Commission (europa.eu) y cómo este Fondo alcanza sus fines.

<sup>6</sup> ESF+ monitoring and evaluation - Employment, Social Affairs & Inclusion - European Commission (europa.eu), Doc. “European Commission evaluations of the European Social Fund (ESF) since 2014 (2022)”

Pero, a pesar de la tan significativa inversión en formación y prácticas profesionales, y que tiene como uno de sus pilares fundamentales el de facilitar la inserción profesional de determinados grupos sociales -en particular los jóvenes, y dentro de ellos, los que tienen una situación social más difícil- deben destacarse aquellos instrumentos dirigidos a la creación de empleo que no representan una inversión directa en este ámbito y que estaban enumerados dentro del “Paquete de Empleo”, al que nos vamos a referir a continuación.

## 2. “PAQUETE DE EMPLEO EUROPEO” FOMENTO DEL EMPLEO, MEDIDAS DE POLÍTICA ECONÓMICA Y LIBERTAD ECONÓMICA,

### 2.1. Consideraciones sobre la Libertad económica y el Paquete de Empleo Europeo

Como ya sabemos, la creación de empleo es el resultado de un conjunto de medidas de carácter económico y político que excede el marco de las medidas estrictamente “laborales”. No hay recetas fijas y hay que hacer una valoración del momento, del entorno, del estado de desarrollo de una determinada sociedad para ver qué medida hace crecer la calidad del empleo y el número de empleos, debiendo evitarse, siempre, las medidas paradójicas, muy frecuentes cuando se adoptan decisiones “de imitación” (“en tal país tienen tal derecho o tienen tal regulación y tienen bajísimo desempleo, luego hagamos lo que hacen ellos”) que pueden tener unos efectos contradictorios, opuestos a los esperados, si no se valora sensatamente la idoneidad de la medida de la que se trate y sus consecuencias.

Así pues, determinar qué acciones deben adoptarse para crear empleo de la manera más eficiente, es un desafío mayor, sin duda complejo y siempre muy debatido.

Entre las medidas del “Paquete de Empleo” europeo, se incluye precisamente, como primera medida, la del *fomento de la demanda de mano de obra*. Esta descripción es todo menos tautológica. Nos recuerda que, al margen de afinar la oferta lo mejor posible (con formación, adaptación de los trabajadores a la demanda existente, etc.) lo esencial es fortalecer la *demand*a de mano de obra. Y ello no se puede lograr de otra manera más que fomentando el dinamismo económico. Por eso, el “Paquete de Empleo” europeo nos da una obvia segunda pista muy relacionada con la anterior: “*Promover y apoyar el trabajo autónomo, las empresas sociales y la creación de empresas*”.

El dinamismo empresarial, en cualquiera de sus vertientes —trabajo autónomo, cooperativo o en una empresa ordinaria— es la clave para crear empleo. Y, a este respecto, tampoco cabe negar que existe una notable interrelación entre



el volumen y crecimiento de empleo y la llamada “*libertad económica*”, que lleva no sólo al aumento del empleo, sino también a la creación del llamado empleo “de calidad”, esto es, al de mayor valor añadido, más cualificado y mejor retribuido.

Libertad económica que, en definitiva, es resultado del establecimiento de un entorno favorable a la creación y crecimiento de empresas, para atraer capital — tanto doméstico como extranjero— e invitar a desarrollar en ese entorno el mayor número de proyectos empresariales.

La seguridad jurídica, la estabilidad regulatoria, fiscal y laboral, niveles razonables y competitivos de fiscalidad, la previsibilidad y eficacia de los mecanismos judiciales, y de flexibilidad laboral, el funcionamiento de las aduanas, de los medios de transporte, la facilidad de crédito, la libertad de consumo y la existencia de un potente capital humano son elementos básicos de esa libertad económica<sup>7</sup>.

Junto a la libertad económica, hay otros muchos factores, obviamente, que influyen en la creación de empleo, como la calidad de las infraestructuras, el coste de la energía, el nivel de formación de la población, entre otros tantos. Todos ellos facilitan y atraen las inversiones y la creación de empresas. Pero, con independencia de ellos, siempre un entorno de mayor libertad económica va a permitir minimizar la carencia de estos últimos factores y potenciar sus bondades cuando éstos son abundantes. Esto es, la libertad económica, aplicada a unas buenas infraestructuras, multiplicará la rentabilidad de éstas. Paralelamente, ante una falta de infraestructuras idóneas, la propia existencia de libertad económica buscará la vía para desarrollarse de acuerdo con las reducidas capacidades existentes e incluso puede crear y completar la carencia de inversiones e infraestructuras públicas a través de iniciativas privadas.

De manera ilustrativa exponamos algunas estadísticas, como las manejadas por la “*Heritage Foundation*”<sup>8</sup> entidad privada de la que no se oculta su carácter conservador, que tiene entre sus fines precisamente de medir comparativamente estos niveles de libertad económica, a través de una metodología constante, seguida a lo largo de un número de años. Según sus análisis, los países que tienen en la actualidad índices más altos de libertad económica son Singapur, Suiza, Irlanda y Taiwán<sup>9</sup>. En el primer país el índice de desempleo es el 3,5%, en el segundo, un

<sup>7</sup> Para la “*Heritage Foundation*”, los factores a tener en cuenta para determinar el nivel de libertad económica son los siguientes: Imperio de la Ley (Rule of Law) . Que incluye el respeto al derechos de propiedad, integridad gubernamental y eficacia judicial. Tamaño del gobierno: gasto público, carga fiscal, salud fiscal; Eficiencia Regulatoria: libertad empresarial, libertad laboral, libertad monetaria; y Mercados Abiertos libertad de comercio, libertad de inversión y libertad financiera. <https://www.heritage.org/index/pages/about>

<sup>8</sup> <https://www.heritage.org/index/>

<sup>9</sup> <https://www.heritage.org/index/>

4.0%, en el tercero un 4,3% y en el último un 3,7%<sup>10</sup>. El nivel de retribuciones salariales en esos países y la participación de los salarios en el PIB están también en el nivel más alto. Destaquemos el caso de Irlanda, país que ha llegado a tener en años recientes, un máximo de desempleo del 15,5%, como sucedió en el año 2011<sup>11</sup>.

Podemos concluir sin miedo a equivocarnos que, donde hay un elevado índice de libertad económica, las cifras de desempleo suelen ser muy modestas, sobre todo si se tiene en cuenta que el nivel de desempleo que se considera “0” es el del 4 o del 5%, pues por debajo de este porcentaje se considera meramente “friccional”<sup>12</sup>. Por lo tanto, basten estas breves reflexiones para reafirmar la correlación entre libertad de económica y reducción del desempleo.

El “Paquete de Empleo” de la Unión Europea nos recuerda también la importancia de evitar el encarecimiento del factor trabajo a través de cualquier medida que desaliente la contratación. El coste de seguridad social, y la alta fiscalidad del trabajo, principalmente, son factores que disminuyen la demanda de trabajadores, frenando la decisión de contratar.

Lo menciona expresamente en el 3er. apartado de aquél cuando se refiere a *Reducir el impuesto sobre el trabajo y garantizar la sostenibilidad fiscal*. El cual debe ser puesto en relación el apartado 6º “*Impulsar el salario neto*”, también con el apartado 5º, “*modernizar los sistemas de fijación de salarios para alinearlos con la evolución de la productividad*” y con el 7º, “*Reducir el impuesto sobre el trabajo y garantizar la sostenibilidad fiscal*”.

Qué duda cabe de que una reducción de este género representa un estímulo muy directo a la creación de empleo pues hay es indudable que un menor coste directo de la contratación del trabajo aumenta su demanda.

Reparemos en que, en este caso, no se está sugiriendo por el “Paquete de Empleo” aligerar la carga fiscal en general, sino reducir la fiscalidad del salario y la carga de seguridad social anexa directamente al mismo. Parte de conclusiones ya sabidas como que una carga excesiva puede llevar o bien a la reducción de la demanda de empleo o bien a fomentar el pase a la economía sumergida, total o parcialmente. Más allá de eso, aligerar la carga fiscal general como medida de

<sup>10</sup> La fuente de estadísticas del desempleo es la de la base de datos del Banco Mundial: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.UEM.TOTL.ZS>; salvo Taiwan, para la que se ha elegido la base de datos statista: <https://www.statista.com/statistics/727602/unemployment-rate-in-taiwan/>

<sup>11</sup> Según la base de datos “Statista”: <https://es.statista.com/estadisticas/720369/evolucion-de-la-tasa-de-paro-en-irlanda/>

<sup>12</sup> Según el criterio del propio SEPE, por tal se entiende *el desempleo resultante del tiempo necesario para casar a los trabajadores con los puestos de trabajo disponibles o el derivado del desempleo deseado por el propio trabajador durante un periodo de tiempo determinado. Definición ésta que da el propio SEPE: <https://www.sepe.es/HomeSepe/es/contacto/mas-informacion/Glosario.html?let=P#Paro%20friccional>.*

fomento del dinamismo empresarial, apostando por una mejora de la recaudación fiscal a medio y largo plazo, aunque se reduzca la más inmediata, es sin duda una opción de política económica que ha demostrado su eficacia y ha sido seguida en determinados momentos con éxito<sup>13</sup>. Pero no es ello lo que directamente afirma esta medida del “Paquete de Empleo” que deja tal decisión a las preferencias de cada Estado -de hecho, menciona la necesidad de “sostenibilidad fiscal”- y de las distintas decisiones políticas que éstos quieran adoptar.

También merece la pena que reparemos en el apartado de la vinculación de la fijación de los salarios a la productividad, también propuesto por el “Paquete de Empleo”. Es importante recordar, en efecto, que un incremento salarial no conectado con la productividad del trabajo puede llevar a la amortización de los puestos menos productivos, además de desincentivar la creación de nuevos empleos<sup>14</sup>. Puede ser asimismo un factor de inflación, en términos macroeconómicos, de modo que aumentos salariales no vinculados los mejores resultados empresariales y mejor productividad del trabajo acaban repercutiéndose en los precios, de modo que la inflación con ello generada puede neutralizar el propio incremento salarial. Es cierto que los salarios también pueden crecer a costa de reducir los beneficios empresariales, y de hecho ello sucede constantemente, pero ese margen de crecimiento es limitado<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> En el 2º trimestre de 2007 España tuvo la menor tasa de desempleo de las décadas recientes, cifrado en el 7,93%. Coincide con una época de gran bonanza económica a nivel general (previo a la “crisis de las subprime” que afloró al final de ese mismo año), pero también con una etapa de gran liberalización de la economía acometida años antes. Vd., entre la muy abundante bibliografía al respecto, G. Pérez Alcalá, “La economía española en la era Aznar (1996-2004), en Benecker, W., Discheri, K. (Eds) en *Spanien Heute, Politik, Wirtschaft, Kultur*, Frankfurt a.M., Vervuert, 2004

<sup>14</sup> A destacar, según el “Informe Anual del Banco de España” de 2023, pág 180, que nos recuerda que “*la productividad del trabajo apenas ha aumentado desde el comienzo de la pandemia*”. Y más adelante (pág. 194), nos recuerda lo siguiente: *La evidencia internacional de las últimas décadas apunta a que los salarios reales crecen de forma más intensa en aquellas economías donde la productividad presenta un mayor dinamismo. El gráfico 3.11 muestra la evolución de la productividad aparente del trabajo y del salario real medio durante el período 1990-2019 en economías avanzadas. La correlación entre ambas variables es positiva y significativa: a mayor crecimiento de la productividad, mayores aumentos salariales medios en términos reales. Esta evidencia contribuye a explicar también el escaso crecimiento de los salarios reales en España a lo largo de las últimas décadas: el avance de la productividad en nuestro país ha sido muy reducido tanto en términos absolutos como en comparación con el que se ha observado en otras de las principales economías mundiales.*

<sup>15</sup> Y es que, según la teoría económica clásica, es obvio que cuando el beneficio empresarial se reduce excesivamente, se ahuyenta la inversión de ese sector, acudiendo a sectores que dan la rentabilidad esperada a la inversión, o acuden a otras zonas geográficas, o sustituyen trabajo por capital. Es cierto que el beneficio es flexible, y que tiende a maximizarse, por lo que es correcto que los trabajadores aumenten su presión y capacidad de negociación para reducir el mismo. Pero una vez alcanzado ese límite o punto de equilibrio, sólo la mejor productividad puede volver a atraer la inversión y mantener o aumentar el empleo.

La vinculación entre salarios y productividad, ¿es algo que pertenece únicamente al ámbito de la negociación colectiva o pueden incidir los Estados en ese mecanismo?

En respuesta a esta cuestión señalemos que, aunque los salarios se fijen principalmente mediante la negociación colectiva y mediante contratos individuales de trabajo, los Estados no son indiferentes a tal fijación. Si nos fijamos en el caso español, recordemos que los Estados pueden intervenir fijando *salarios mínimos*, lo que abiertamente influye en el importe total de los salarios que debe pagar una empresa y fija el escalón mínimo sobre el cual se calcula el resto de los salarios. Asimismo, puede establecer medidas sobre regulación de la negociación colectiva, como impedir que en cada empresa quepa una negociación colectiva que reduzca estándares nacionales o autonómicos, y su resultado pueda ser el de mantener en esas empresas salarios no acordes a la productividad de sus distintos grupos de trabajadores.

## 2.2. ¿Se ajustan las medidas más recientes adoptadas en España a las propuestas del “Paquete de Empleo”?

Una respuesta fundada a estas preguntas sería necesariamente muy extensa, además de polémica, pues llevaría a cuestionar si cada medida de política económica y cada medida jurídica adoptada en los últimos años favorece o perjudica la creación y la calidad empleo.

Sí podemos hacer algunas valoraciones más generales sobre la tendencia de esas medidas, y apuntar si están orientadas en el sentido marcado por el “Paquete de Empleo” europeo.

Es un buen dato de partida, a la hora de hacer esa evaluación que las estadísticas de empleo muestran una cierta tendencia favorable en los últimos semestres, al menos considerada a grandes rasgos<sup>16</sup>. Pero lo cierto es que el nivel de desempleo actual aún está muy por encima de la media europea y de los países desarrollados de nuestro entorno<sup>17</sup>. No conviene, por lo tanto, para sentirse en un momento de confort y hay que examinar con espíritu abierto y crítico si se están adoptando las medidas económicas y legislativas correctas en este sentido.

<sup>16</sup> En agosto de 2023, el paro registrado en España era de 2.702.700 personas, mientras que un año después, agosto de 2024 alcanzó 2.572.121, habiendo por lo tanto notado una notable reducción. Desde luego, una importante mejoría si se considera que en 2015 los parados ascendían a más de cuatro millones y medio. No obstante, es una cifra muy elevada, que alcanza actualmente el 12,9%. [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_)

<sup>17</sup> La media europea de desempleo es del 6%, mientras que la de España es del 11,7 % <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20190612STO54312/desempleo-que-hace-la-ue-para-reducirlo#tasa-de-desempleo-de-la-ue-8> España es ya el país que tiene el dudoso honor de tener la tasa más alta de desempleo en toda la UE, por encima de Grecia (10,6%) y lejos del 2,7% de la República Checa.

Así, y limitándonos estrictamente a las líneas planteadas en este apartado, pongamos el acento en lo siguiente: ¿Es acertada la carga de cotización en materia de seguridad social pagadas por empresarios y trabajadores?: A pesar del 36% aproximadamente que se paga por término medio entre ambos, a partir de enero de 2025 se empezará a aplicar una “cotización adicional de solidaridad” (art. 19 bis LGSS), en aplicación progresiva hasta 2045, que gravará de modo extraordinarios a los salarios por encima de 4.720,5 € mensuales brutos. De este modo, cuando hace años se planteaba cómo reducir las cotizaciones de manera progresiva para incentivar el empleo, ahora nos hemos introducido en una senda opuesta que además contradice la recomendación expresa europea. Es cierto que la seguridad social tiene déficit, pero es discutible que la manera más idónea para solventar ese problema sea la del aumento aún mayor de unas cotizaciones ya pesadas.

Estos nuevos incrementos pueden incidir negativamente en la creación de empleo la cual, a su vez, impactaría en una menor recaudación en cuotas de seguridad social, por lo que es esperable un efecto paradójico de tales subidas. Además, incidirá en el aumento de los salarios, en especial sobre aquellos que están por encima de esa barrera cuantitativa, por lo que disminuirán las retribuciones de los trabajadores, lo que puede conllevar irónicamente, además, a menor recaudación en seguridad social y también fiscal<sup>18</sup>.

Otras medidas menores de aumento de las cotizaciones de la seguridad social, como las relativas al empleo doméstico o de los becarios en prácticas tampoco deben pasar inadvertidas. Las relativas al empleo en el hogar ha dejado una huella negativa fácil de medir estadísticamente<sup>19</sup> y, sin ánimo de analizar ahora su conveniencia, sí vale la pena observar cuál ha sido su impacto a nivel estadístico de cara al nivel de empleo en el sector.

Por otro lado, la imposibilidad de adaptar los salarios fijados sectorialmente a través de los convenios de empresa acometida en la reforma laboral de 2021

<sup>18</sup> Nos recuerda el Informe del Banco de España de 2023 un dato tan elocuente como preocupante (pág. 192): *No obstante, conviene destacar que, de acuerdo con los ejercicios de simulación realizados con el Modelo Trimestral del Banco de España, un incremento de 1 pp en el tipo efectivo medio de las cotizaciones sociales podría generar, al cabo de cuatro años, una caída en el número de ocupados cercana al 0,25 %.*

<sup>19</sup> Incluso las propias fuentes sindicales constatan este fenómeno y sus causas. En la información facilitada por USO leemos este titular: *“Cae la afiliación de trabajadoras de hogar desde 2018: la pandemia y los nuevos derechos, posibles causas”*. <https://www.uso.es/la-afiliacion-de-trabajadoras-del-hogar-lleva-seis-anos-en-descenso/>. Efectivamente, hay menos altas en febrero de 2024 comparado con febrero de 2018 en un 20% acumulado. A pesar del titular del sindicato, la pandemia no supuso ningún momento especial, puesto que descendió el número en proporción análoga a como lo venía haciendo hasta ese momento. La correlación entre el régimen jurídico más exigente para los empleadores -sin querer por esto decirse que no sea un colectivo que necesita el mantenimiento de sus derechos como cualquier trabajador- ha tenido un incontestable efecto en el número de altas. Y, si se profundiza más, se comprobará el aumento de la proporción de los contratos hacia los de tiempo parcial.

también tiene el efecto de llevar, aunque sea indirectamente, a desvincular los salarios de la situación de las distintas empresas, incidiendo también sobre el principio fijado en el “Paquete de Empleo” europeo consistente en vincular los incrementos salariales a la productividad. Este principio es difícil de realizar si el salario no se fija según este factor, sino con el estándar negociador logrado a nivel provincial, autonómico o nacional, que, por definición, no puede considerar la productividad de cada empresa singular.

A la vez, habría que verificar un buen grupo de medidas no estrictamente laborales que, a nivel estatal y autonómico, inciden en la libertad económica: ¿Se están adoptando medidas como reducir la fiscalidad o carga regulatoria de las empresas en el nivel que demanda nuestra economía? ¿Se está facilitando de manera realista la creación de empresas? ¿Son razonables las cargas de todo tipo que soportan, especialmente las PYMES?. ¿Se están potenciado por el legislador normas desde el ámbito estrictamente laboral que favorezcan la productividad y el coste global del trabajo? Piénsese en el volumen de absentismo<sup>20</sup>, en los nuevos permisos, licencias y causas de suspensión de contratos de trabajo, así como proyectos de reducción de jornada o las limitaciones tan drásticas a la contratación temporal. Por más sean medidas de un indudable carácter social y muy aplaudidas desde la perspectiva sindical, hay que cuestionarse su impacto sobre el empleo, la cuantía de las retribuciones y hasta qué punto son asumibles por la mayoría de las PYMES y también empresas de mayor trabajo pero que están en situación de dificultad<sup>21</sup>.

### 3. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

#### 3.1. Contenidos clásicos de las políticas activas de empleo

Como resulta sabido, la *políticas activas de empleo* son aquellas medidas específicamente destinadas a mejorar los mecanismos de búsqueda de empleo,

<sup>20</sup> El informe de Randstat Research sobre absentismo laboral, en el primer trimestre de 2024, arroja datos preocupantes (pág. 7) : 6,7% de las horas pactadas y un 5,2% por IT. La comunidad con más porcentaje, la Vasca, con el 8,9%, y la que menos, Baleares, con un 5,1%. <https://www.randstadresearch.es/absentismo-laboral-primer-trimestre-2024/>

En el 3er trimestre de 2013 alcanzó la cota más baja de los últimos años: 3,8%

<sup>21</sup> El Banco de España nos recuerda -pág 191 y 192- que la productividad estaba estancada desde 2019, y descendió en 2023, también en la zona euro, y el PIB por hora trabajada apenas subió un 0,8%. El salario medio subió un 1,2%, y el SMI ha subido un 54% desde 2018 a 2024. Concluye no obstante que no parece haber incidido el incremento salarial en el nivel de empleo. Sin embargo, sigue el desempleo en casi el doble que la UE. Por lo tanto, la mejora de la situación es un buen dato, pero estamos aún lejos de nuestro mejor registro reciente y lejos de Europa, lo que no permite ninguna euforia.

empleabilidad, formación y a incentivar directamente la creación de empleo de determinados colectivos<sup>22</sup>. En concreto, las podríamos clasificar así:

- Programas de formación profesional, formación dual así como el reconocimiento de competencias profesionales y adaptación al mercado laboral.
- Servicios de empleo, orientación laboral y búsqueda de empleo. Tanto, en su caso, creando agencias públicas para facilitar el encuentro de la oferta y demanda de empleo y el asesoramiento profesional necesario para ello como permitiendo e incluso estimulando el acceso de agentes privados a esa actividad.
- Incentivos directos a la creación de empresas, apoyo a emprendedores, orientados a promover la creación de empleo o el autoempleo, incluyendo acceso a subvenciones, créditos y a moratorias o rebajas de carácter fiscal o de seguridad social.
- Ayudas la promoción de sectores estratégicos: apoyando sectores como la industria, la energía renovable, la economía digital, la salud y ciudades personales, así como otros donde se detecte que existe un potencial de empleo.

Se trata, pues, de medios “clásicos” que integran las distintas acciones que realizan los gobiernos para intentar, sobre todo, que todos los trabajadores puedan acceder a un puesto de trabajo que existe, ayudándole a encontrarlo y a completar su formación de forma que pueda acceder a él. Y, desde el punto de vista de la empresa, trata de intervenir en que las empresas encuentren los trabajadores que necesiten para llevar adelante sus proyectos. Forman igualmente parte de estas políticas las medidas orientadas a integrar en el mundo laboral a aquellas personas en especial situación de dificultad: parados de larga duración, discapacitados, personas con edad avanzada o con inexperiencia o discriminados por alguna razón, en especial por razones de género o de origen.

De las anteriores medidas del “Paquete de Empleo” europeo, destaquemos en particular las siguientes: las siguientes:

- Movilización de fondos de la UE para la creación de empleo: Fondo Social Europeo.
- Destinar las subvenciones a la contratación a las nuevas contrataciones
- Promover y apoyar el trabajo autónomo, las empresas sociales y la creación de empresas
- Aprovechar el potencial de los sectores ricos en empleo: TIC, economía verde (análisis), sanidad

De las anteriores, la citada en primer lugar es sin duda la más relevante por la tan significativa cantidad económica manejada por el “Fondo Social Europeo”,

<sup>22</sup> De hecho, el art. 50 LE ya contiene una definición legal de quién se considerar “colectivos de atención prioritaria” en materia de política de empleo. Distintas medidas son aplicables a distintos colectivos.

a la que ya se ha hecho referencia. Se define como *“el principal instrumento de la Unión Europea destinado a invertir en las personas”*<sup>23</sup>. Concretamente, en lo que se refiere a España, para el periodo 2021-2027 se establece una inversión de 11.300 millones de euros, *para promover la cohesión social, las capacidades y el empleo, prestando especial atención a las mujeres, los jóvenes, los adultos poco cualificados y las personas de origen migrante. Los fondos fomentarán la contratación de desempleados de larga duración y otras personas vulnerables, incluidas las personas con discapacidad. Estas inversiones también mejorarán la conversión de la formación de aprendices en contratos indefinidos, apoyando así la nueva reforma del mercado laboral en España. También se apoyará el desarrollo de capacidades, como las necesarias para la transición ecológica y digital, en particular a través de la educación y la formación profesionales.*

Señalemos, no obstante, que el FSE+ incluye, más recientemente, acciones que no tienen que ver directamente con la creación de empleo, sino con la atención a determinados servicios sociales. Sólo a título indicativo señalemos los que el propio FSE+ se marca expresamente:

El FSE+ también contribuirá a mejorar las condiciones de vida de las personas vulnerables mediante el refuerzo de los servicios sociales y el despliegue de actividades que faciliten su inclusión. Otras actividades apoyadas combatirán la pobreza y salvaguardarán los derechos de los niños a la educación y el acceso a los servicios sociales en consonancia con la Garantía Infantil Europea. El Fondo ayudará a integrar a los niños con discapacidad en la educación general para prevenir y reducir el abandono escolar prematuro. Por último, España se centrará en mejorar el acceso a unos servicios sociales asequibles y de calidad, a la asistencia sanitaria a los cuidados de larga duración basados en la comunidad.<sup>24</sup>

Así pues, sin perjuicio de las nuevas aportaciones a sus objetivos, plasmados en el signo “+” que se le ha añadido, puede verificarse cómo el FSE representa el epítome de las clásicas políticas activas de empleo.

### **3.2. Las políticas activas de empleo según la ley de empleo. La cuestión competencial**

En el caso de España, como es sabido, la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo, la encargada de ordenar las “Políticas activas de empleo”, concretamente en su Título III. Dentro del mismo, el art. 31 establece su concepto y los siguientes desarrollan sus principios básicos. Así, se hace eco de esta taxonomía clásica que se acaba de mencionar y señala como políticas activas de empleo las siguientes:

<sup>23</sup> <https://european-social-fund-plus.ec.europa.eu/es/que-es-el-fse>

<sup>24</sup> <https://european-social-fund-plus.ec.europa.eu/es/node/891?ettrans=es>



“el conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo y a mejorar las posibilidades de acceso a un empleo digno, por cuenta ajena o propia, de las personas demandantes de los servicios de empleo, al mantenimiento y mejora de su empleabilidad y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”.

Asimismo, introduce en su segundo párrafo, como fines de tales políticas activas de empleo:

“Eleva la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo, reducir las brechas de género, y conseguir el ajuste simultáneo entre oferta y demanda de empleo, a través de una mayor fluidez de la información y de unos servicios de empleo eficaces y eficientes, serán objetivos prioritarios de las políticas activas.

En particular, se deberá garantizar, a las personas pertenecientes a colectivos prioritarios para la política de empleo, la prestación de los servicios especializados para facilitar su inserción laboral o, en su caso, el mantenimiento del empleo y la promoción profesional”.

Así pues, tales políticas se resumirían en lo siguiente:

- Orientación, e intermediación en el empleo (medidas relativas a la actividad de colocación), con énfasis en la reducción de las brechas de género y a la atención a los colectivos prioritarios.
- Promoción del autoempleo y emprendimiento orientado especialmente a la creación de empleo.
- Mantenimiento y mejora de la empleabilidad de las personas.
- Fomento del espíritu empresarial y de la economía social.

En particular, vale la pena sobre todo incidir en sus llamados “ejes” de la *“Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo”*, recogidos el art. 12.4 de la Ley de Empleo.

- a) Eje 1. Orientación. 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, las actuaciones de apoyo a la inserción de las personas beneficiarias.
- b) Eje 2. Formación. Incluye las actuaciones de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional y de formación en alternancia con la actividad laboral, incluidos los programas públicos de empleo y formación, que permitan al

- beneficiario adquirir competencias o mejorar su experiencia profesional, para mejorar su cualificación y facilitar su inserción laboral.
- c) Eje 3. Oportunidades de empleo. Incluye las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, especialmente para aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares, de las víctimas del terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género.
  - d) Eje 4. Oportunidades de empleo para personas con discapacidad. Incluye las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, y las acciones de orientación y acompañamiento individualizado en los puestos de trabajo de las personas con discapacidad.
  - e) Eje 5. Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Comprende las actuaciones dirigidas a promover la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso, permanencia y promoción en el empleo, así como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. También incluye las dirigidas a facilitar la movilidad geográfica o promover la contratación en sectores de actividad diferentes de aquellos en los que se hubiera trabajado habitualmente.
  - f) Eje 6. Emprendimiento. Comprende las actividades dirigidas a fomentar la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo y la economía social, así como las encaminadas a la generación de empleo, actividad empresarial y dinamización e impulso del desarrollo económico local.
  - g) Eje 7. Mejora del marco institucional. Este Eje tiene carácter transversal, por lo que afecta a todos los restantes. Recoge las acciones, medidas y actuaciones que van dirigidas a la mejora de la gestión, colaboración, coordinación y comunicación dentro del Sistema Nacional de Empleo y el impulso a su modernización.

En definitiva, incide en las políticas estándar en materia de empleo: intermediación, promoción de emprendimiento y formación/orientación. Ello, unido al apoyo a grupos especialmente necesitados de especial atención, lo que incluye la introducción de políticas de igualdad de género.

Pero antes de seguir, examinando en qué se plasma este plan, es preciso referirse a la cuestión de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas al respecto, puesto que no podemos referirnos ya a competencias de orden meramente estatal ¿Quién debe llevar a cabo esas acciones?

En tal sentido, debemos contemplar precisamente lo dispuesto en el art. 32 LE y que se refiere a la necesaria coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que estamos ante unas competencias que son compartidas. Así, este precepto nos indica lo siguiente:

“1. Las políticas definidas en el artículo anterior deberán desarrollarse en todo el Estado, en el marco de los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo incluidos en el capítulo III del título I de la presente ley, teniendo en cuenta la cartera común y los servicios complementarios prestados por los Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los requerimientos de los mercados de trabajo locales, con objeto de favorecer la colocación de las personas demandantes de empleo”<sup>25</sup>

Se designa para ello, como agente de tales políticas, a *“la Agencia Española de Empleo y los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias”*.

Esto es, se atribuyen las competencias tanto a la Agencia Española de Empleo (se autoriza su próxima creación, aún no materializada) y en las CCAA respectivas, en el marco de sus competencias<sup>26</sup>.

En la práctica, y dado con que nos encontramos que las competencias en materia de empleo están transferidas a las Comunidades Autónomas -en lo que se refiere a Andalucía, el propio Estatuto de Andalucía las tiene asignadas en su art. 63<sup>27</sup>- existe una confluencia de acciones entre la Agencia Estatal y los órganos de las Comunidades Autónomas en esta materia.

Pero la Ley de Empleo no deja de reconocer una importante competencia al Estado en materia de Planificación de la Política de Empleo. En efecto, el propio art. 6 LE dispone que *“2. En el ámbito de competencia estatal corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo y Economía Social, en el marco de los acuerdos adoptados por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, la planificación de la política de empleo a desarrollar por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de ámbito autonómico, teniendo en cuenta la Estrategia Europea de Empleo”*.

<sup>25</sup> En concreto, el RD 438/2024, de 30 de abril (BOE de 1 de mayo), se desarrolla la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados establecidos en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>26</sup> Vd., en particular, M. Rodríguez-Piñero Royo, M.L. Pérez Guerrero, “El reparto competencial entre el Estado y la comunidad autónoma andaluza en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo estatuto de autonomía”, en *Temas Laborales*, n. 100, Vol. I (2009), así como F.J. Calvo Gallego, “Las competencias autonómicas en materia de empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal: en especial, la experiencia andaluza” en *“Temas Laborales”*, n. 160 (2021) pags 43-90.

<sup>27</sup> Según el Artículo 63.1 LE (Empleo, relaciones laborales y seguridad social), *Corresponden a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso: 1º Las políticas activas de empleo, que comprenderán la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes; la intermediación laboral y el fomento del empleo.*

Y previamente, en el párrafo 1 de ese mismo artículo señala que *“1. La política de empleo se desarrollará, dentro de la planificación de la política económica en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*.

El art. 9 LE, por su parte, establece la *“Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales”*, que regula colaboración entre el Ministerio de Trabajo y las distintas CCAA.

Estamos, así, ante un caso, como tantos otros, de toma de decisiones y políticas “multinivel” donde la coordinación a nivel europeo, estatal y autonómico se hace necesaria, y donde, como veremos, además de realizarse planificaciones conjuntas, también la ejecución de las políticas tiene distintos protagonistas, pues el Estado no renuncia en modo alguno a desarrollar y poner en práctica medidas propias en materia de empleo.

Deteniéndonos en las “Conferencias sectoriales de empleo y relaciones laborales<sup>28</sup>” -que propiamente no son creación de la Ley de Empleo, sino que arrancan de bastante antes- prestemos atención a la más reciente de éstas. Se trata de la nº LXXXV, que tuvo lugar el pasado julio de 2024<sup>29</sup>.

Esta Conferencia sectorial dispuso la asignación de un total de 771,5 millones para los CCAA, en números redondos. De ellos, unos 427 millones se asignaron a la “gestión por las CCAA de Servicios y Programas de Políticas activas de Empleo: Empleo y Formación”. Esto representa algo más del 55% del total.

El resto de las cantidades se asignaron a la “Gestión por las CCAA de iniciativas del sistema de formación profesional para el empleo” (132 millones, un 17% del total), a la gestión por las CCAA de “iniciativas de formación en alternancia en el empleo” (190 millones, un 24,5% del total) y por último unos 22 millones a la modernización de los servicios públicos de empleo.

Por lo tanto, se puede apreciar que la mayor parte de las cantidades asignadas a estas políticas tiene como finalidad la formación, sea reglada o no reglada, previendo una cantidad más moderada a la modernización de los servicios públicos de empleo, asumiendo que sus gastos ordinarios de funcionamiento están cubiertos con otras partidas permanentes, que funcionan con independencia de estos fondos.

El destino de estas importantes cantidades de dinero da a entender dónde se pone el énfasis en la política de empleo: formación no reglada, formación profesional y formación dual.

<sup>28</sup> Su último reglamento se aprobó el 28-4- 21 [https://mpt.gob.es/dam/es/portal/politica-territorial/autonomica/coop\\_autonomica/Conf\\_Sectoriales/Conf\\_Sect\\_Regl/parrafo/0/CS\\_EMPLEO21.pdf.pdf](https://mpt.gob.es/dam/es/portal/politica-territorial/autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales/Conf_Sect_Regl/parrafo/0/CS_EMPLEO21.pdf.pdf)

<sup>29</sup> <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2024/110724-conferencia-sectorial-empleo.aspx>

Por lo demás, no obviemos que existe colaboración a la hora de realizar los programas concretos de desarrollo de las políticas activas de empleo y de hecho existen convenios y una cierta coordinación entre los respectivos organismos tanto estatales como de las CCAA<sup>30</sup>.

Sin perjuicio de ello, en la práctica, existen iniciativas en materia de empleo superpuestas por el Estado y por las distintas Comunidades Autónomas. A pesar de que, competencialmente, las Comunidades Autónomas tienden a la plenitud de ejecución en materia de políticas activas de empleo, el Estado no abandona, no ya la función de coordinar y asignar fondos a las Comunidades Autónomas, sino también la de llevar a cabo sus propias políticas activas de fomento del empleo.

Y es que, la propia Ley de Empleo no deja de asignarle competencias, como ya hemos podido ver: la garantía de prestación de servicios en el Sistema Nacional de Empleo e integración del mismo, junto a las CCAA -arts. 8 y 10 LE<sup>31</sup>- la planificación de la política de empleo -arts 6 y 11 LE, entre otros- o la elaboración del “Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno” -art. 13- son sólo algunos ejemplos del gran protagonismo que se reserva al Estado en toda la planificación de la política de empleo.

### **3.3. Actuaciones del Estado en materia de Promoción de empleo. El “Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024”, el programa Tandem y otros proyectos de actuación**

Las políticas activas de empleo en España a nivel del Estado pivotan a través de estos tres instrumentos de planificación<sup>32</sup>:

En primer lugar, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, (art. 12 L.E.) Ésta que se aprueba por el Gobierno a través de Real Decreto por periodos de 4 años<sup>33</sup>, tiene como finalidad determinar cómo debe ser la política de activación del Sistema Nacional de Empleo, con el objeto de coordinar las políticas activas de empleo y de intermediación laboral a desplegar de forma conjunta por el Estado.

En segundo lugar, los Planes Anuales para el Fomento del Empleo Digno, definidos en el artículo (art. 13 L.E.). Sirven para concretar los objetivos que deben alcanzarse a nivel nacional y desglosados en cada una de las Comunidades

<sup>30</sup> <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-02/Convenio%20SEPE%20-SAE%20subv.%20nominativa%202022.pdf>

<sup>31</sup> Real Decreto 438/2024, de 30 de abril, por el que se desarrollan la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados establecidos en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Boe de 1 de mayo.

<sup>32</sup> <https://www.sepe.es/HomeSepe/es/Personas/encontrar-trabajo/politicas-de-empleo-normativa.html>

<sup>33</sup> En la actualidad, Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024.

Autónomas. en sus respectivos ámbitos de competencia. Se estructuran sobre los seis ejes de actuación de las políticas activas de empleo. Se establecen indicadores a utilizar para evaluar el grado de consecución de dichos objetivos.

En tercer lugar, el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo (art. 14 L.E.). Éste es el instrumento técnico de coordinación del Sistema Nacional de Empleo, se configura como una red de información común para toda la estructura pública y privada del empleo.

De estos instrumentos, vale la pena que nos refiramos en este momento en el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno. Es interesante subrayar el mismo porque este plan, mencionado en el art. 13.2 LE porque en este caso concreto, la competencia de su elaboración recae en el Gobierno. Es cierto que lo hará teniendo en cuenta las previsiones de las CCAA, pero también la Agencia Estatal de Empleo y las distintas organizaciones sindicales y patronales. Están al mismo nivel en este concreto caso: como entidades que podrán emitir su previo parecer o sus previsiones, pero la competencia es en este caso del Gobierno.

El más reciente se ha plasmado, precisamente, en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2024, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024. (PAFED), publicado en el BOE de 18 de julio siguiente.<sup>34</sup>

Este plan incluye un total de 89 servicios y programas distintos, de los cuales 58 son comunes y 31 propios.

De entre los objetivos de este plan, subrayemos los siguientes:

- Consolidar las redes de orientación profesional puesto ya que la empleabilidad mejora con la calidad de la atención prestada y señala un indicador para medirla.
- Fijar un plazo de seis meses para que, a todas las personas protegidas beneficiarias del subsidio por desempleo mayores de 45 años se les garantice un perfil realizado por su Servicio Público de Empleo. Además, se prevé la elaboración de un indicador para el seguimiento de esta garantía.
- Garantizar para todas las personas protegidas, un itinerario o plan personalizado adecuado a su perfil, que exigirá la formalización de un acuerdo de actividad suscrito entre el Servicio Público de Empleo y los usuarios, así como la asignación de tutor.

<sup>34</sup> Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023. No es el primero, pues ya en el año anterior, concretamente, el 23 de mayo de 2023, se Acordó por el Consejo de Ministros el Primer Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023, en cumplimiento de la entonces recién aprobada Ley de Empleo. También en años anteriores se aprobaron planes análogos.

Su financiación no es desde luego escasa. Se asignan a este plan 6.388.584.000 €, que se cubren principalmente a través de las cuotas por desempleo (4.754.485.000 €) de las cuotas de formación en el trabajo (1.434.098.000 €) sin olvidar la contribución del FSE, cifrada en 200.000.000 €. Son cantidades ciertamente muy importantes. De esta cantidad, 2.571.961.000 € irán asignados a la gestión hecha por las CCAA, lo que significa que el Gobierno de la nación administra una cantidad mayor que el conjunto de estas y que, en todo caso, representa un volumen muy importante.

Como novedad, este Plan hace un particular énfasis en la evaluación y medida de la eficacia del propio Plan

### **3.4. La formación como vector fundamental de las políticas activas de empleo**

Como ya se ha podido verificar ante los elocuentes datos numéricos expuestos, la mayoría de los recursos aplicados a las políticas de empleo inciden en las actividades de formación. Se aplican cantidades económicas extraordinarias, que dejan ver que es en este capítulo donde las Administraciones sustentan las mayores expectativas de lucha contra el desempleo y donde se esperan obtener mejores resultados.

Dada esta relevancia, es oportuno recordar cómo concibe exactamente la ley de empleo la “formación” en el trabajo a estos efectos. Pues obviamente hay que distinguir la acción formativa especialmente vinculada a las medidas de fomento de empleo, de la “formación” propia del sistema educativo general, el cual también se orienta a la empleabilidad de los alumnos, obviamente, pero no se considera estrictamente como parte del sistema de formación en el trabajo propiamente. ¿Cuál es, en sentido técnico, la diferencia entre ambas?

El art. 33 LE permite averiguar la diferencia en la identificación de su sus destinatarios y el momento de la vida profesional en el que se aplican. Así, caracteriza la finalidad de la formación en el trabajo con los siguientes rasgos:

- a) Favorecer la formación a lo largo de la vida de las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas, tanto del sector público como privado.
- b) Consolidar el derecho a la formación, exigible por cualquier persona trabajadora en cualquier momento de su vida laboral, y el derecho a la promoción profesional de los artículos 4.2.b) y 23 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y, entre ellos, el desarrollo del ejercicio del permiso de veinte horas anuales de formación, acumulables por un período de hasta cinco años, así como cualquier otro permiso de formación que pudiera acordarse.
- c) Mejorar las competencias profesionales de las personas trabajadoras y sus itinerarios de empleo y formación, especialmente las competencias digitales y de sostenibilidad, que inciden en su desarrollo profesional y personal.

- d) Contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas.
- e) Garantizar que todo el contenido formativo impartido en la formación en el trabajo esté realizado con perspectiva de género.
- f) Mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras, especialmente de las que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral.
- g) Promover que las competencias profesionales adquiridas por las personas trabajadoras, tanto a través de procesos formativos como de procesos de aprendizaje informales, sean objeto de un proceso de valoración en el marco de la formación en el trabajo, que aporte valor profesional y curricular a la persona trabajadora, pactado en el seno de la negociación colectiva.
- h) Facilitar la transición hacia un empleo de calidad y la movilidad laboral.
- i) Acompañar los procesos de transformación digital y ecológica y favorecer la cohesión social y territorial, así como la igualdad de género.
- j) Impulsar la formación programada por las empresas, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, como vía ágil y flexible de responder a las necesidades específicas de formación más inmediatas y cercanas a empresas y personas trabajadoras.

Se concibe como actividad formativa a estos efectos, por lo tanto, en favorecer la formación de aquellas personas que están ya incluidas o en fase de inclusión en el mercado laboral, aunque ya tengan empleo. Se entiende que esa formación -especialmente si se refiere a áreas de más actualidad a estos efectos, como las tecnologías digitales, o las relativas con la sostenibilidad- supondrá un apoyo para su propia adaptación al mercado laboral, de manera que no queden fuera del mismo por falta de adaptación o tengan un difícil reciclaje en caso de perder el empleo actual.

Para los desempleados, con mayor razón, se asume que la mejora de su formación es una herramienta esencial para lograr un nuevo empleo. Máxime, en todos estos casos, cuando las personas afectadas se encuentran con mayores dificultades personales de adaptación a un empleo.

Finalmente, como factores de fondo a tener en cuenta a la hora de planificar la formación, no pueden ser ignorados la cohesión territorial y social o la igualdad de género.

Existen, al respecto, multitud de programas en acción tanto a nivel nacional como de las distintas comunidades autónomas.

Viene al caso en este momento hacer mención a un programa muy peculiar, por lo que significa la actuación directa de la Administración del Estado en fomento del empleo que como tal Administración puede promover para su propio uso como empleadora que es. Se trata un peculiar “programa dual”, y que ya va siendo



bastante conocido. Es el programa “Tándem”<sup>35</sup>, que por cierto está incluido en la Inversión específica en Empleo joven del Plan *de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. El Plan se puede entender, de este modo, como parte de la respuesta europea coordinada con los Estados Miembros para hacer frente a las consecuencias de la pandemia<sup>36</sup>.

Este programa, sin duda inspirado en las Escuelas Taller y de los Talleres de Empleo, gestionado directamente por el SEPE, responde al fin propio de este tipo de acciones, como es la capacitación de los jóvenes no cualificados y de su práctica laboral, pero con la singularidad de que el mismo se hace desde la “capacidad” de empleo y formación de las propias Administraciones.

De esta manera, se dirige a los desempleados entre 16 y 29 años no cualificados para la profesión para la que aspiran a formarse, puedan acceder, puedan optar a una experiencia de formación en alternancia con empleo en la Administración pública. Es un factor decisivo de este programa que las Administraciones participantes no asumen costes de personal y consiguen personas motivadas que se incorporan a su plantilla y conocen directamente el trabajo en el entorno de la Administración pública. En definitiva, es un programa orientado a usar a las administraciones públicas como elementos de formación e inserción profesional.

Como ya se ha razonado antes, la inversión en formación es buena para el empleo, en tanto permite que puestos de trabajo no queden sin cubrir y supone ayudar a las empresas, mientras les facilita trabajadores ya formados y dispuestos a incorporarse, reduciendo el proceso de formación a lo necesario para adaptarse al puesto de trabajo para el que sean contratados. Sin embargo, por sí mismas, las acciones formativas no tienen capacidad de crear nuevos empleos, de atraer nuevas empresas, salvo que se dé una conjunción de circunstancias muy concretas<sup>37</sup>.

Quiere decirse con esto que, superado cierto límite de inversión en formación, su impacto sobre el empleo será realmente imperceptible, por lo que es preciso determinar en qué medida de inversión es idónea desde la perspectiva de la reducción del desempleo y de la apuesta por el empleo de calidad.

<sup>35</sup> 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., BOE de 26 de octubre.

<sup>36</sup> <https://www.sepe.es/HomeSepe/es/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/noticias/detalle-noticia?folder=/SEPE/2022/Diciembre/&detail=Programa-TandEM-en-entidades-del-sector-publico-Ministerio-de-Cultura-y-Deporte#:~:text=Con%20TándEM%2C%20las%20entidades%20del,%2C%20digital%2C%20cohesionada%20y%20social.>

<sup>37</sup> Sería el caso de las empresas que acudan al “efecto llamada” de una población muy formada ex profeso y desempleada. Pero se deben considerar situaciones que difícilmente justifican una inversión apriorística en esa formación y tampoco tendría atractivo en los propios desempleados: ¿se sentiría atraído un desempleado para formarse en una profesión o habilidades que no tienen una demanda presente? Distinto es el caso de multiplicar y perfeccionar la especialización profesional

Dicho en otros términos, estos programas deben hacerse tras verificar que existe una verdadera demanda tanto por parte de las empresas como de los trabajadores. A veces, por ejemplo, se observa que determinados cursos formativos no se especializan en áreas realmente con efectiva demanda, de modo que los propios trabajadores acuden a ellos sin motivación, a veces conducidos por obtener ciertas ventajas (ayudas) anejas a los mismos.

En otras ocasiones, se constata que, aunque existe demanda de trabajadores en determinados sectores, el problema no es la falta de formación, sino más bien la falta de atractivo de un determinado tipo de trabajo, de modo que la acción formativa como remedio para cubrir esos puestos resulta ineficaz. Habría que mejorar las condiciones de empleo en esos sectores, e incluso plantear determinados tipos de bonificación o subvención pública en esos segmentos específicos, pero siendo obvio que una inversión en formación no puede llegar a solucionar el problema real.

### **3.5. El caso particular de los subsidios a la contratación y de las bonificaciones en materia de seguridad social**

Conexas a las anteriores se deberían incluir las medidas orientadas a “subvencionar” el empleo de determinados colectivos de trabajadores de manera temporal y limitada, por medio de reducciones de cuotas sociales o de aportaciones a los empleadores, generalmente indirectas, a través de reducciones tributarias o de otro tipo. Dentro del “Paquete Europeo” de empleo sí que se mencionan las subvenciones, orientadas a nuevas contrataciones.

De nuevo, estas medidas, más que crear empleo, estimulan que el empleo existente se aplique a determinados trabajadores -mayores o menores de cierta edad, por ejemplo- aunque también, en una determinada proporción, puede significar una mayor oferta de empleos toda vez que el mismo disminuye su coste en términos absolutos.

Se trata, por lo demás, de medidas que tienen un coste económico significativo, y que por lo tanto no pueden ser extendidas sin límites, además de que, de perpetuarse o extenderse, tendría efectos distorsionadores respecto de la competencia y perjudicaría la contratación de otros trabajadores en condiciones normales. Es decir, no necesariamente crearían empleos estructuralmente factibles, sino que, o bien crearían empleos artificialmente y dependientes sólo del mantenimiento de la subvención, o bien estarían premiando de manera poco equitativa empresas que bien podrían pagar el coste completo del trabajo, pero que, dado que existen subvenciones, las aprovechan, o bien se contratan de manera no productiva, sino solo atraídos por su bajo coste. Por lo anterior, su incidencia

en un entorno geográfico determinado donde ya existe una fuerte presencia de una determinada industria que puede seguir creciendo más aún si se multiplica la mano de obra preparada.

sobre el volumen de empleo es asimismo limitada, y solo es sostenible si se aplica a fines socialmente muy justificados. Su finalidad, así pues, no sería primordialmente mitigar el desempleo sino perseguir un fin social distinto sin duda muy deseable, como el de integrar en el mercado de trabajo a colectivos de trabajadores que lo precisan y que de otra manera sería casi imposible que pudieran introducirse en el mercado de trabajo, pero que en términos generales su incidencia en el volumen total de empleos es reducida.

Los subsidios a la contratación deben considerarse herramientas temporales, costosas y solo efectivas realmente cuando se orientan a la inclusión de grupos específicos que requieren políticas de inclusión que no se lograrían. En cierto modo, suponen un último recurso para atender la situación de estos colectivos particulares.

El programa de subsidios a la contratación hoy vigente en España transcurre precisamente en esta tendencia.

Tras el *Real Decreto-ley 1/2023 (BOE de 11 de enero)* sobre incentivos a la contratación laboral, se mantiene en el caso español una línea orientada a bonificar sobre todo a la contratación indefinida materializada en subvenciones y en reducción de cuotas de seguridad social. Sus beneficiarios serán sobre todo las “*personas de atención prioritaria*” según el concepto que de las mismas tiene la Ley de empleo -art. 50- y especialmente menciona a los discapacitados, personas en riesgo de exclusión social y mujeres víctimas de trata o violencia de género y víctimas de terrorismo.

Se mantienen también importantes bonificaciones en cotizaciones que consideran otras circunstancias: Contratación laboral de personas con capacidad intelectual límite o readmitidas tras cesar en la empresa por incapacidad permanente (arts. 14-16), contratación de mujeres víctimas de violencia de género, de violencias sexuales y de trata de seres humanos y explotación sexual o laboral así como en situación de cambio de puesto riesgo durante el embarazo o enfermedad profesional (arts. 16-19), contratación de personas en situación de exclusión social y desempleadas de larga duración y víctimas del terrorismo (arts. 20 a 22), contratación formativa y su transformación en contratos indefinidos y contratación de personal investigador en formación (arts. 23 a 27), apoyo al empleo en la economía social y en ámbitos o sectores específicos (Arts. 29-31). Este epígrafe abarca los supuestos de incorporación de socios cooperativistas o de miembros de SAL, y determinados incentivos para el sector agrario, turístico y para determinados trabajadores y circunstancias en Ceuta y Melilla.

Igualmente, se mantiene otro tipo de bonificaciones en las disposiciones adicionales, como las de personas cuidadoras en familias numerosas, contratación de discapacitados, trabajadores autónomos, o personal investigador, entre otros.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Disposiciones Adicionales 1ª a 10ª de la Ley citada.

### **3.6. ¿Son eficaces para disminuir el desempleo las políticas formativas y de bonificaciones?**

Como ya se ha planteado páginas atrás, viene siendo usual en la política actual que los gobiernos adopten medidas en materia sobre el empleo que tienen efectos contradictorios.

De un lado, de acuerdo con los programas políticos hoy más extendidos, apuestan por implantar medidas que se perciben como deseables y de alta consideración por la mayoría de la población. Medidas orientadas a fijar legislativamente altos estándares de protección social y laboral, de “derechos sociales”. Es difícil, una vez que se adoptan, encontrar a instituciones, personas, medios de comunicación o incluso partidos de la oposición, que las critiquen, pues ven en ellas habitualmente un signo deseado y esperable del progreso social. ¿Cómo cuestionar públicamente un aumento del SMI? ¿O un aumento de los descansos con razón de la maternidad o de la paternidad? ¿O una reducción de jornada? Son medidas que despiertan gran aceptación y, prácticamente, sólo los representantes de los empresarios –aunque ello no sea irrelevante, precisamente- las cuestionan de modo explícito.

Pero, de otro lado, se elude el importante inconveniente de muchas de estas mejoras: pueden incidir negativamente en la creación o mantenimiento del empleo. Un aumento de los estándares de empleo que no se soporta en un aumento simultáneo o previo de la productividad puede provocar la mejoría de la situación de quienes mantienen su empleo, pero a nivel global puede causar inflación, resistencia a nuevas contrataciones o amortizaciones de los puestos de trabajo menos añadido, que coinciden con los de los trabajadores más vulnerables<sup>39</sup>.

El aumento de los costes y la merma de la productividad lastran el dinamismo empresarial y el deseo de contratar.

La aplicación de remedios como los que se acaban de ver -formación y bonificaciones en materia de cotizaciones- sirven básicamente para ayudar a que no quede ningún puesto de trabajo sin cubrir –reduciendo así el desempleo friccional- y para dar preferencia a los trabajadores más vulnerables a la hora de ser contratados. Igualmente, las prestaciones por desempleo representan un complemento indispensable para salir al paso de los estados de necesidad derivados del retraso o imposibilidad de acceder a un nuevo empleo.

Pero son medidas –hay que reiterarlo- que no ayudan a aumentar la creación de nuevos empleos, que es una demanda clamorosa de nuestro mercado de trabajo.

Curiosamente -o no tanto- los problemas al respecto de nuestro mercado de trabajo residen no sólo en la falta de cualificación sino también la sobrecualificación o la existencia de cualificaciones que no encuentran demanda en el mercado de trabajo.

<sup>39</sup> Informe Banco de España) cit. pag 191.

Se constata en la abundancia excesiva de titulados universitarios en especialidades que carecen de una demanda específica, de modo que en España el 30% de los jóvenes entre 25 y 34 años están empleados en puestos no incluidos en categorías gerenciales o profesionales<sup>40</sup>. Todo ello con independencia de que existen determinados ámbitos -ciencias de la salud, profesionales científicos en general- donde existe una demanda de profesionales no suficientemente cubierta, por lo que la cuestión realmente que plantea la sobrecualificación reside en la existencia de egresados de nivel superior que no tienen en el mercado de trabajo una demanda acorde. Sin embargo, es obvia la necesidad de trabajadores especializados en habilidades adaptadas a las nuevas tecnologías, siendo sobre todo éstas las que reclaman mayor formación y donde más cuesta encontrar trabajadores convenientemente formados.

El nivel de desajuste parece estar en torno al 6%, según los estudios estadísticos más recientes<sup>41</sup>.

El apoyo a la cualificación de trabajadores en sectores que ofrecen mayor empleabilidad es por lo tanto un enfoque acertado y necesario en las políticas de empleo. Sin embargo, hay que admitir igualmente que por más que se acentúe la atención a este colectivo, las mismas tienen sus limitaciones.

Sin negar que haya que seguir invirtiendo en formación y sobre todo, estando muy atentos a averiguar dónde residen las nuevas áreas de creación de empleo.

Tampoco puede perderse de vista el posible efecto que pueda tener el contexto de ayudas sociales que puedan tener los desempleados: un nivel elevado de ayudas para el caso de desempleo, siendo algo muy deseable en principio, puede no obstante incidir en ser más exigentes en las condiciones del trabajo al que se aspire, o demorar el regreso al mercado de trabajo, a la espera de que llegue el más idóneo, el más esperado, a costa de no aceptar ofertas de empleo inmediatas o en las condiciones o lugar no tan deseados<sup>42</sup>. Tema éste siempre

<sup>40</sup> B. Cueto Iglesias y M. Escalonilla González, “Desajuste educativo en el mercado de trabajo en España”, en *Cuadernos del Mercado de Trabajo*, oct. 2023, pág. 8. Publicad en <https://www.sepe.es/HomeSepe/es/que-es-el-sepe/que-es-observatorio/Revista-cuadernos-del-mercado-de-trabajo/detalle-articulo.html?detail=/revista/Ajustes-y-desajustes-de-la-oferta-y-demanda-de-empleo/desajusteeducativoenelmercadodetrabajoenEspaa>

Se trata del mayor porcentaje de Europa, sólo superado por Grecia, que es el 41,4%

<sup>41</sup> B. Cueto Iglesias y M. Escalonilla González, *Desajuste educativo...* Cit. Pág. 4,

<sup>42</sup> J. F. Bellod Redondo, “Prestaciones por desempleo y tasa de paro en España”, *Revista de Economía Crítica*, nº23, primer semestre 2017, pags 60 y ss. Entiende este autor que un aumento de las prestaciones sociales no incide en el nivel de desempleo, esto es, no hace aumentar la tasa de paro. Los economistas clásicos liberales, como Friedman o Hayek establecieron la idea contraria que no es otra que la de que altas prestaciones sociales para el caso de desempleo desincentiva la búsqueda de trabajo, de modo que incide en la tasa de desempleo. El Informe del Banco de España cit. Pág 182 incide en esta preocupación: *Por su parte, las prestaciones por desempleo*

polémico, pero que no se puede eludir. Afirmo el Banco de España en su informe de 2013<sup>43</sup>

“...Por ejemplo, tanto los costes de despido —cuyo objetivo principal es evitar la destrucción ineficiente de puestos de trabajo— como las prestaciones por desempleo —que buscan paliar el descenso de las rentas salariales que sufren los trabajadores desempleados— tienen efectos sobre la empleabilidad y la movilidad laboral. Así, la literatura económica apunta a que unas elevadas indemnizaciones por despido junto a unas generosas prestaciones por desempleo, que empujen al alza los salarios de reserva de los trabajadores, estarían asociadas a un nivel de desempleo estructural alto”.

#### 4. VALORACIÓN DE ESTAS POLÍTICAS Y ALGUNAS PROPUESTAS

Con excepciones, España ha venido insistiendo por largo tiempo en una aplicación clásica de medidas de reducción de desempleo y en particular de políticas activas de empleo que no han logrado desplazarla como uno de los países con más desempleo de toda la Unión Europea. Incluso en sus mejores periodos, siempre ha estado por encima de la media.

En efecto, las políticas activas de empleo en España han permanecido, de una u otra manera, bastante continuistas a lo largo de los años, con indudables mejoras técnicas, de gestión y de coordinación, sin duda. Pero el aprendizaje que sacamos de ello no nos puede hacer optimistas: si seguimos siendo el país prácticamente con más desempleo de la Unión Europea y también dentro de la OCDE, a pesar de haber mejorado las políticas activas de empleo en calidad y gestión, así como en el enorme incremento fondos aplicados a las mismas, la pregunta inevitable es la de qué estamos haciendo mal. La respuesta, ¿está España abocada al fatalismo? ¿Es España un país “maldito” en materia de empleo, que debe estar siempre en el furgón de cola y no le es posible salir de ese destino implacable? ¿La única alternativa es, como mucho, forzar las lecturas estadísticas y justificar cada tropiezo con causas exógenas, externas, inevitables y por lo tanto invocar la resignación o peor aún, insistir en políticas que no han tenido el éxito deseado?

Lo cierto es que —para no caer en el tópico “síndrome del loco”— no deberíamos reiterar políticas una y otra vez y esperar resultados distintos; a la espera, como mucho, de circunstancias externas que nos favorezcan de manera aleatoria.

*deben ofrecer una adecuada protección a los parados, sin que ello perjudique los incentivos a la búsqueda de empleo y a la movilidad laboral.*

<sup>43</sup> *Op. cit.* Pág. 212

Es cierto que España puede tener algunos inconvenientes debidos a sus singularidades para dificultar el logro del pleno empleo. Citemos entre estos la fuerte presencia en su economía de un sector agrícola llamado en gran parte a la estacionalidad y también de un sector turístico que participa en buena medida de ese carácter. Pero también es un país con indudables ventajas competitivas que, de hecho, han logrado que España sea considerada una potencia mundial en muchas áreas y la cuarta economía de la Unión Europea. Y, por último, no se olvide que en España es muy tangible la paradoja de que existen más de 1.845.877 de perceptores de prestaciones por desempleo<sup>44</sup> y 2.755.300 desempleados<sup>45</sup> mientras que al mismo tiempo atrae a un gran número de trabajadores internacionales comunitarios o extracomunitarios, lo que no es tampoco fácil de entender y debe lanzar un mensaje claro a nuestros gobernantes.

De lo que se ha expresado en las páginas anteriores podría concluirse lo siguiente:

- Las “políticas activas de empleo” en España se manejan con bastante soltura y experiencia por nuestras administraciones y sus colaboradores. Hay espacio para la mejora, naturalmente, y deben mejorarse, llegando cada vez mejor a sus destinatarios, anticipándose a los nichos de empleo y prestando una ayuda eficaz a empresas y trabajadores. Y por supuesto, eliminando las tentaciones no ya de fraudes, sino de usos ineficientes o formalistas de estos fondos. Por ello, hay también que examinar si la inversión en determinados ámbitos, como el formativo, es la más acertada y eficaz, de una manera abierta, crítica, y sin dudar del uso de evaluadores externos e independientes que valoren objetivamente el éxito de estas políticas
- Hay que preguntarse seriamente sobre la eficacia de los servicios públicos de empleo y su margen de mejora. ¿Prestan realmente un servicio proactivo y eficaz de orientación profesional a quienes buscan empleo, así como de asesoramiento a las empresas? ¿Encuentran en ellos un agente real que les ayude a hallar a las personas necesarias en cada momento?
- La legislación laboral: ¿puede ser mejorada de manera que estimule la creación de empleo, la contratación? No se trata ya de observar los niveles cuantitativos de salarios. En general, los empresarios saben que el trabajo de calidad debe ser retribuido de acuerdo con los estándares hoy en día requeridos y no objetan a ello si ese trabajo produce el rendimiento adecuado ¿existe seguridad jurídica y regulatoria en materia laboral? ¿Son convenientes tantos cambios constantes

<sup>44</sup> Datos SEPE Agosto 2024 <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/estadisticas-prestaciones/informe-prestaciones.html>

<sup>45</sup> <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/EPA2T24.htm#:~:text=Desempleo%20y%20tasa%20de%20paro,del%20%2D7%2C47%25.&text=La%20tasa%20de%20paro%20se,el%20de%20mujeres%20en%20113.400>. Datos 2º trimestre 2024

en cuanto a obligaciones formales, anuncios de reformas legales, introducción de nuevas causas de nulidad? ¿Es conveniente que el régimen legal de las extinciones contractuales esté rodeado de tantas incertidumbres y de que hayan proliferado las causas de nulidad objetiva?

- Más específicamente, en cuanto al coste directo del trabajo: ¿Se está considerando el impacto sobre el empleo de unas cotizaciones altas como las actuales y también de sus proyectadas subidas? ¿Se ha valorado convenientemente el impacto sobre la creación de empleo futuro y sobre el coste de las prestaciones por desempleo que habrá que pagar, incrementando así el propio gasto de la seguridad social? Y, es más, ¿se ha ponderado suficientemente el coste de las prestaciones de la seguridad social y de los nuevos costes impuestos para las empresas en materia de reducción de jornada o de concesiones de nuevos permisos a los trabajadores?
- ¿Se ha valorado suficientemente la marcha de la productividad del trabajo y de las medidas que habría que adoptar para que aumentase? Los datos sobre absentismo y, en general, de pérdida de productividad que ya se han expuesto, no son alentadores y, a la postre, son un factor de encarecimiento injustificado del trabajo, pues se produce no para retribuirlo mejor -lo que es deseable- sino por su ineficiencia, lo que desincentiva la contratación.
- En cuanto al fomento del emprendimiento: ¿Se está considerando con sinceridad la situación de la pequeña y mediana empresa, que son las que tienen mayor capacidad de crear y mantener empleo a la hora de diseñar la legislación laboral y el marco de la negociación colectiva? ¿Se es consciente de las cargas de todo tipo, incluidas las regulatorias, que abordan estas empresas incluso en su etapa inicial? Se valora suficientemente el impacto singular que tiene sobre ella la imposición de determinadas medidas como reducción de jornada o aumentos de posibilidades de conciliación, suspensiones de contrato de trabajo, permisos.... Todas muy legítimas aspiraciones, naturalmente, ¿pero es posible atenderlas por pequeñas empresas con pocos empleados y cuya rentabilidad está con frecuencia al límite de subsistencia o por familias de clase media (como es el caso del servicio en el hogar)?
- En cuanto a las prestaciones por desempleo y otras prestaciones sociales: ¿hasta qué punto no se pueden considerar –sobre todo las segundas- como desincentivadoras de conseguir un empleo? ¿Se trata de situaciones que se puedan seguir abordando de modo automático, casi a través de aplicativos informáticos? ¿Habría que prestar más atención a valorar la verdadera intención del interesado de reintegrarse al mercado de trabajo apoyándolos en ese propósito?

Se trata de un conjunto de cuestiones que, ciertamente, no pueden abordarse en la profundidad requerida dentro del marco de este breve artículo, pues afectan



a los puntos esenciales no sólo de la política de empleo, sino del propio Derecho del Trabajo. Pero lo cierto es que seguir insistiendo en invertir enormes cantidades de dinero en políticas activas de empleo centradas sobre todo en formación e intermediación laboral pública, sin paralelamente crear un entorno que propicie el emprendimiento y que anime a los empresarios a contratar en condiciones que tengan sentido económico, no va a llevar a mejorar la situación.

Mantener nuestro mercado de trabajo en esa línea “templada” en la que un mes tras otro se hace una lectura más o menos esperanzadora y positiva de determinadas estadísticas, pero sin bajar desde hace años de los dos dígitos, debiera llevar al Gobierno, al Legislador y a los agentes sociales a hacer una autocrítica mayor, a buscar soluciones más atrevidas, más rupturistas incluso, alejadas de los tópicos, de la autocomplacencia y de la perseverancia en unas políticas que han dado resultados de mejoras muy endebles que nos mantienen –como una maldición que nos persiguiera- muy alejados de los estándares europeos y de los países desarrollados y sobre todo, de la aspiración constitucional al pleno empleo.

# LAS MEDIDAS AUTONÓMICAS DE FOMENTO DEL EMPLEO

## *AUTONOMOUS MEASURES TO PROMOTE EMPLOYMENT*

SUSANA DE LA CASA QUESADA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Jaén

ORCID: 0000-0003-1020-7841

### RESUMEN

**Palabras clave:** empleo, fomento, Comunidades Autónomas

Las políticas de empleo representan un pilar fundamental en la estructura socioeconómica del país, especialmente en el marco del Estado Autonómico. La descentralización de competencias ha permitido a las Comunidades Autónomas desarrollar estrategias adaptadas a sus realidades específicas, buscando la activación laboral y la inserción efectiva en el mercado de trabajo.

El presente trabajo está dedicado al estudio y análisis de las medidas autonómicas de fomento del empleo. Si bien cada autonomía presenta sus lógicas e inevitables peculiaridades, teniendo en cuenta sus características económicas, demográficas y sociales, lo cierto es que lo habitual es que las acciones implementadas comprendan principalmente la incentivación de la contratación a través de la concesión de ayudas y subvenciones; el fomento de la contratación de colectivos con menor empleabilidad o mayores dificultades en el acceso a un empleo de calidad -como jóvenes, mayores, mujeres, personas con discapacidad o parados de larga duración-; el apoyo de manera expresa del emprendimiento; considerar la formación como elemento clave en la realidad productiva y laboral; luchar por la igualdad de oportunidades y la conciliación de la vida laboral y familiar en el fomento del empleo, y la inevitable incorporación de las nuevas tecnologías.

### ABSTRACT

**Keywords:** employment, promotion, Autonomous Communities

*Employment policies represent a fundamental pillar in the socioeconomic structure of the country, especially within the framework of the Autonomous State. The decentralization of powers has allowed the Autonomous Communities to develop strategies adapted to their specific realities, seeking labor activation and effective insertion into the labor market.*

*This work is dedicated to the study and analysis of autonomous measures to promote employment. Although each autonomy presents its logical and inevitable peculiarities, taking into account its economic, demographic and social characteristics, the truth is that it is common for the actions implemented to consist mainly in encouraging hiring through the granting of aid and subsidies; promote the hiring of groups with lower employability or greater difficulties in accessing quality employment - such as young people, the elderly, women, people with disabilities or the long-term unemployed; expressly support entrepreneurship; consider training as a key element in productive and labor reality; fight for equal opportunities and the reconciliation of work and family life to promote employment, and the inevitable incorporation of new technologies.*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL FOMENTO DEL EMPLEO EN EL ESTADO AUTONÓMICO
  - 2.1. Bonificaciones y subvenciones a la contratación
  - 2.2. El fomento del empleo de colectivos específicos
  - 2.3. El fomento del empleo de sectores específicos
  - 2.4. Las ayudas para el fomento del empleo autónomo
  - 2.5. La modernización digital y la mejora de la competitividad como medida de fomento del empleo
  - 2.6. La formación profesional como medida de fomento del empleo
  - 2.7. El fomento del empleo y la conciliación de la vida laboral y familiar
3. BREVE REFLEXIÓN FINAL

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 31 de la Ley 3/2023, de Empleo, de 28 de febrero<sup>1</sup>, recoge la definición de las políticas activas de empleo como “el conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo y a mejorar las posibilidades de acceso a un empleo digno, por cuenta ajena o propia, de las personas demandantes de los servicios de empleo, al mantenimiento y mejora de su empleabilidad y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”, siendo sus objetivos prioritarios, pero no excluyentes de otros que puedan alcanzar relevancia en cada momento “elevar la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo, reducir las brechas de género, y conseguir el ajuste simultáneo entre oferta y demanda de empleo, a través de una mayor fluidez de la información y de unos servicios de empleo eficaces y eficientes”, con una destacada, y obligada, mención a los requerimientos de los mercados de trabajo locales.

El artículo 35, por su parte, precisa que el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad es un derecho y deber de las personas demandantes de empleo, por lo que deberá dotarse de los medios necesarios a quienes gestionan las políticas activas de empleo para que ello sea posible, combinado con la obligación de suscribir el compromiso o acuerdo de actividad por aquéllas, con una clara finalidad de mejora de su nivel de presencia, o de incorporación, al mercado de trabajo en empleos que sean estables y de calidad, ya que así se debe entender la afirmación que señala que “...las personas beneficiarias no deben verse abocadas a la toma de decisiones que vayan en detrimento de su profesionalidad y de su capacidad de mejorar en el mercado de trabajo”, debiendo dotarse el Sistema Nacional de Empleo para llevar a cabo, de forma directa o compartida, su actuación mediante un “catálogo

<sup>1</sup> BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

de instrumentos eficaces de empleabilidad útiles tanto para el acceso al empleo como para la mejora de la empleabilidad, y que deberá ser útil igualmente para adecuarse a las necesidades de cada persona, con atención especial a los colectivos prioritarios, y siempre evitando cualquier tipo de discriminación” (artículo 37), queriendo cerrar la norma toda posibilidad de que ello pudiera producirse cuando dispone que “además, se evitará el establecimiento de criterios que presupongan que las personas destinatarias son suficientemente mayores, suficientemente jóvenes o referentes al sexo o a la discapacidad de estas” (artículo 39). No queda claro si con el término “suficientemente” se está refiriendo la norma a las edades de “jóvenes” (30 años) y “mayores” (50 años) utilizadas en otros preceptos del texto, aunque entendemos que debe ser así.

En su ámbito territorial, corresponde a las Comunidades Autónomas, de conformidad con la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía, 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 transferidos, así como de los programas comunes que se establezcan, conjuntamente con el desarrollo y diseño de los programas propios adaptados a las características territoriales (artículo 7.2 de la Ley 3/2023, de Empleo). Se refuerza por tanto la dimensión autonómica, ampliando la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar y diseñar programas propios adaptados a las características del territorio en cuestión. También se enfatiza la dimensión local cuando se reconoce la singularidad institucional de las Corporaciones Locales en la puesta en marcha y desarrollo de la política de empleo, que se articulará a través del principio de cooperación y de convenios con otras Administraciones.

Concierne por tanto a las Comunidades Autónomas la implementación de políticas y programas destinados a estimular la creación de empleo y a mejorar la empleabilidad de los ciudadanos. Estas medidas abarcan desde incentivos fiscales para las empresas que contratan a personas desempleadas, hasta programas de formación y recualificación profesional para mejorar las habilidades y competencias de los trabajadores.

Además, las Comunidades Autónomas también promueven la colaboración entre el sector público y privado para impulsar la creación de empleo en sectores estratégicos y emergentes, fomentando así la diversificación económica y la generación de oportunidades laborales sostenibles a largo plazo. En este sentido, las medidas autonómicas de fomento del empleo no solo buscan reducir la tasa de desempleo, sino también contribuir al desarrollo económico y social de cada región, fortaleciendo el tejido empresarial y promoviendo la inclusión laboral de colectivos vulnerables.

Es necesario advertir que la concreción de dichas medidas no suele presentar enormes discrepancias o diferencias entre las distintas Comunidades Autónomas. Aunque cada una presenta sus lógicas e inevitables peculiaridades, lo cierto

es que también suele ser habitual que las acciones implementadas consistan principalmente en incentivar la contratación a través de la concesión de ayudas y subvenciones; fomentar la contratación de colectivos con menor empleabilidad o mayores dificultades en el acceso a un empleo de calidad -como jóvenes, mayores, mujeres, personas con discapacidad o parados de larga duración-; el apoyo expreso al emprendimiento y a la formación como elemento clave en la nueva realidad productiva y laboral; la lucha por la igualdad de oportunidades y la conciliación de la vida laboral y familiar en el fomento del empleo, y la inevitable incorporación de las nuevas tecnologías.

## **2. EL FOMENTO DEL EMPLEO EN EL ESTADO AUTONÓMICO**

El fomento del empleo en el estado autonómico no solo es una cuestión de generar oportunidades laborales, sino también de adaptarse a las nuevas realidades del mercado de trabajo. Esto implica una apuesta firme por la educación, la formación profesional y el reciclaje laboral, así como el apoyo a sectores emergentes que puedan ser motores de crecimiento sostenible.

El Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023 (PAFED 2023)<sup>2</sup>, configuró el marco normativo para la coordinación y ejecución de las políticas de activación para el empleo, con el fin de que los servicios públicos de empleo diseñaran y gestionaran sus propias políticas. Este plan se diseñó con el fin de reducir el desempleo; aumentar la activación y reducción de los períodos de desempleo; mejorar la participación de los servicios públicos de empleo en la cobertura de vacantes y mejorar el grado de satisfacción de los empleadores/as y demandantes con los servicios prestados por los Servicios Públicos de Empleo.

En la elaboración de este plan se incorporaron los objetivos estratégicos y específicos establecidos en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. Además, los servicios y programas del plan se incluyeron de acuerdo con los seis ejes definidos en el artículo 13 de la Ley 3/2023. Las Comunidades Autónomas y el Servicio Público de Empleo Estatal propusieron para su inclusión en el plan 2023 un total de 96 servicios y programas distintos, de los cuales 65 son comunes y 31 propios, para el conjunto de los 6 ejes. Los servicios y programas de políticas de activación para el empleo incluidos en este plan 2023 son aquellos que no se financian con cargo al Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia (MRR), ni a los créditos distribuidos en el seno de la Conferencia Sectorial del Sistema de Cualificaciones y Formación Profesional para el Empleo.

<sup>2</sup> Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023. (BOE núm. 134, de 6 de junio de 2023).

El que nos refiramos al PAFED 2023 y no al del año en curso, 2024, responde al hecho de que, al cierre de este trabajo, no se dispone aún del texto del nuevo PAFED 2024, a cuya futura aprobación se refiere la reciente Orden TES/602/2024, de 10 de junio, por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2024, para su gestión por las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, créditos del ámbito laboral financiados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado<sup>3</sup>, y en la que se determina que el futuro PAFED 2024 concretará las directrices necesarias para alcanzar a lo largo de este año en el conjunto del Estado y en cada una de las distintas Comunidades Autónomas los objetivos de la Estrategia Española de Apoyo al Empleo 2021-2024, así como los indicadores que se van a utilizar para conocer y evaluar su grado de cumplimiento.

A su vez, el PAFED 2024 contendrá el conjunto de los servicios y programas que cada Comunidad Autónoma llevará a cabo, comprendiendo tanto los servicios y programas propios que establezca libremente, ajustándose a la realidad de las personas desempleadas y del tejido productivo de su ámbito territorial, como los servicios y programas comunes de ámbito estatal que son de aplicación en todo el Estado, con independencia del ámbito territorial en el que vivan las personas destinatarias.

Cabe destacar el servicio común creado de «Red de orientadores para el proceso de acompañamiento», destinado a reforzar la red de personal dedicado a labores de orientación profesional para el empleo y prospección del mercado de trabajo. Así, se mantiene de forma temporal el programa de contratación de personas orientadoras creado con ocasión del Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, que perdió su vigencia a finales de 2021 y del Plan Reincorpora-T, plan trienal para prevenir y reducir el desempleo de larga duración 2019-2021, cuya vigencia finalizó en el primer trimestre de 2022.

Dedicaremos las siguientes páginas al análisis y estudio de las medidas autonómicas de fomento del empleo, no sin antes manifestar a modo aclaratorio que, si bien para la elaboración del presente estudio se han consultado la totalidad de dichas medidas del conjunto de las Comunidades Autónomas, al objeto de que el texto final de este trabajo de investigación se ajuste al espacio asignado y con el objetivo de resultar lo más gráfico posible y resaltar las que, a nuestro juicio, pueden considerarse como buenas prácticas en la materia, en el análisis de cada una de las medidas se destacarán las más significativas.

## 2.1. Bonificaciones y subvenciones a la contratación

El establecimiento de bonificaciones y subvenciones representa **lógicamente** un pilar fundamental para el impulso empresarial y la creación de empleo. Se trata

<sup>3</sup> BOE núm. 145, de 15 de junio de 2024.

de una medida común a todas las Comunidades Autónomas entre las que pueden existir algunas diferencias en materia de cuantía o ámbito subjetivo, pero que en todas responde a un mismo objetivo cual es incentivar la contratación en cualquiera de sus modalidades con especial atención al fomento del empleo indefinido y a la contratación de personas pertenecientes a colectivos con especiales dificultades de inserción laboral.

Dentro del fomento del empleo indefinido, podemos afirmar que todas las Comunidades Autónomas recogen entre sus programas acciones orientadas a incrementar la contratación indefinida, bien a través de ayudas o subvenciones para que la contratación en su origen responda a esta modalidad o bien para la conversión de contratos temporales en indefinidos.

Destacamos en primer lugar a la Comunidad Autónoma de Extremadura en la que, dentro de la Estrategia de Empleo y Competitividad Empresarial en Extremadura 2020-2025, se establece un programa de subvenciones enfocado en el fomento de la contratación laboral y el mantenimiento del empleo estable y de calidad. Este programa ofrece dos tipos de ayudas, unas dirigidas a las contrataciones indefinidas iniciales realizadas con personas desempleadas inscritas como demandantes de empleo, con o sin relación laboral temporal previa, y, en segundo lugar, ayudas por transformación de contratos de duración determinada en contratos indefinidos. Con un enfoque inclusivo, los colectivos prioritarios objeto de subvención son los jóvenes menores de 30 años, las mujeres, los hombres mayores de 45 años, las personas en paro de larga duración y aquellas personas que trabajan en localidades de menos de 5.000 habitantes. Podrán ser beneficiarias de las ayudas las empresas privadas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, las personas trabajadoras autónomas, los/as profesionales colegiados/as, las asociaciones, las fundaciones, las entidades sin ánimo de lucro, las sociedades civiles y las agrupaciones privadas de personas físicas o jurídicas, comunidades de bienes, o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado, aunque carezcan de personalidad jurídica que, en su condición de empleadoras, realicen contrataciones conforme a lo establecido en esta norma en centros de trabajo radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Las bases reguladoras de estas subvenciones se recogen en el Decreto 29/2024<sup>4</sup>, siendo un claro ejemplo de cómo las políticas activas de empleo pueden ser diseñadas para apoyar a las empresas y a los trabajadores, fomentando la contratación indefinida y la transformación de contratos temporales en indefinidos.

También Aragón enfoca su política de fomento del empleo indefinido en la concesión de subvenciones para la contratación estable, que tiene como objetivo promover el empleo indefinido entre colectivos con dificultades para acceder al

<sup>4</sup> Decreto 29/2024, de 2 de abril, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a fomentar el empleo estable y reducir los costes laborales de las empresas en la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 22 de abril de 2024).

mercado de trabajo. La Orden EEI/174/2024, convoca subvenciones para el año 2024, reguladas en la Orden EPE/268/2023, que aprueba las bases para la concesión de subvenciones destinadas a estimular el mercado de trabajo y promover el empleo estable y de calidad.

Esta iniciativa está dirigida a empresas, personas trabajadoras autónomas y entidades sin ánimo de lucro que desarrollen su actividad en Aragón y que estén interesadas en contratar a personas desempleadas. Los requisitos para acceder a estas subvenciones son claros; se busca apoyar a personas jóvenes menores de 30 años, mayores de 45 años, desempleados de larga duración y otros colectivos específicos determinados por la normativa. Además, se incentiva la conversión de contratos formativos en indefinidos, siempre y cuando esto represente un incremento neto en la plantilla fija de la empresa. Cada contratación indefinida deberá suponer un incremento neto de la plantilla fija de la empresa en relación con el promedio de la plantilla en los seis meses anteriores a la contratación.

En Andalucía, los incentivos dirigidos a impulsar la recuperación y generación del empleo estable tienen por objeto reactivar el mercado de trabajo e impulsar la recuperación y creación de empleo a través de la concesión de subvenciones dirigidas a la contratación indefinida. El concepto subvencionable es la contratación laboral con carácter indefinido o fijo discontinuo, tanto a tiempo completo, como a tiempo parcial, siempre que la jornada de trabajo no sea inferior al 50% de la jornada completa. La cuantía de la subvención será de 3.500 euros por cada contrato laboral indefinido formalizado, a jornada completa, en general. Cuando la persona contratada se encuentre en el grupo de edad de 45 o más años, la cuantía de la subvención será de 4.500 euros. Cuando la persona contratada esté incluida en los Grupos de cotización I al IV de la Seguridad Social, o la contratación se realice con una persona joven de hasta 30 años, la cuantía de la subvención será de 5.000 euros. Cuando concurren ambos supuestos a la vez, la cuantía será de 5.500 euros.

Las cuantías establecidas en los apartados anteriores se incrementarán un 10%, cuando la persona contratada sea mujer, o cuando sea una persona con discapacidad de las que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo. Cuando concurren a la vez ambos supuestos el incremento será del 20%.

En el supuesto de que la contratación indefinida se formalice a jornada parcial, o el contrato sea fijo discontinuo a jornada completa, la cuantía de la subvención será el 50% de la cantidad resultante de lo establecido en los apartados anteriores. Si el contrato fijo discontinuo se suscribe a jornada parcial, la cuantía de la subvención será un 25% de dicha cantidad resultante.

El fomento del empleo en Cataluña también se ve reforzado por una serie de ayudas y subvenciones destinadas a facilitar la inserción laboral de personas en situación de desempleo, con especial atención a aquellos que encuentran más dificultades para acceder al mercado laboral. El Servei Públic d'Ocupació de



Catalunya (SOC) impulsa servicios, programas y actuaciones que buscan promover la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo.

Entre las iniciativas destacadas para el año 2024, encontramos programas como el Trabajo y Formación -Entidades locales y el Programa 30 plus - Entidades contratantes, que ofrecen anticipos financieros para apoyar la contratación en entidades locales y empresas, respectivamente. Además, se han destinado fondos significativos para favorecer el autoempleo de jóvenes, con ayudas que alcanzan los 15.120 euros por solicitante, cofinanciados por el Fondo Social Europeo Plus.

En la Comunidad Valenciana se bonifica, entre otras, la contratación indefinida de víctimas de violencia de género o doméstica y víctimas de terrorismo con una ayuda anual de 1.500 euros durante 4 años. Además, hay bonificaciones especiales para la contratación de personas con discapacidad, con cuantías que pueden llegar hasta los 6.300 euros dependiendo del grado de discapacidad y de la edad del contratado.

En La Rioja, dentro del programa de fomento del empleo por cuenta ajena, se ofrecen ayudas económicas para la contratación de trabajadores en desempleo, con el objetivo de favorecer su integración laboral y estabilidad en el mercado de trabajo. Las subvenciones varían desde los 600€ para contratos formativos hasta los 7.000€ para la contratación indefinida, dependiendo del colectivo al que pertenezca el trabajador contratado y el porcentaje de la jornada de trabajo.

Cantabria ha implementado medidas de fomento de estabilidad en el empleo a través de la conversión de contratos formativos y de personas contratadas en régimen de sustitución en indefinidos, buscando, de esta manera, ofrecerles una mayor seguridad laboral. Este programa busca promover la contratación indefinida inicial a tiempo completo de personas jóvenes menores de 30 años, desempleadas e inscritas como demandantes de empleo, así como otros grupos vulnerables como mujeres mayores de 45 años y personas en riesgo de exclusión social.

Estas medidas están alineadas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y forman parte de la Agenda 2030 de Cantabria, que busca promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, así como el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Las ayudas económicas varían según el programa y las características de los beneficiarios y pueden alcanzar hasta 13.000 euros por contrato, especialmente para aquellas empresas ubicadas en zonas en riesgo de despoblación y que contraten a personas de colectivos en riesgo de exclusión social.

También constituye una de las estrategias clave en Galicia la oferta de incentivos para la contratación indefinida, que busca no solo aumentar el número de empleos, sino también mejorar la calidad y estabilidad de estos. Esto se complementa con programas de inserción laboral y acciones formativas que incluyen compromisos de contratación, asegurando que los trabajadores no solo obtengan las habilidades necesarias, sino también un camino claro hacia el empleo productivo.

El Programa de incentivos a la contratación por cuenta ajena y a la formación, conocido como TR342C, es una iniciativa destacada de la Xunta de Galicia. Este programa ofrece una ventana de oportunidad para que las empresas soliciten asistencia financiera, con un período de solicitud abierto desde el 26 de enero hasta el 30 de septiembre de 2024. Las solicitudes deben presentarse electrónicamente, lo que refleja el compromiso de la región con la modernización y la eficiencia administrativa.

Además, el TR349F es otro programa significativo que proporciona ayudas a trabajadores autónomos por la contratación indefinida y la formación de personas asalariadas. Este programa complementa el TR342C al centrarse en los autónomos, un sector crucial para la economía gallega.

Para finalizar este recorrido por las principales ayudas y subvenciones que las distintas Comunidades Autónomas han puesto en marcha en sus respectivos territorios, nos referiremos brevemente a Canarias, donde tras la catástrofe provocada por el volcán de la isla de La Palma se implementaron subvenciones y ayudas para incentivar la contratación de colectivos con dificultades para acceder o permanecer en el empleo, con un enfoque especial en aquellos afectados por los efectos del volcán.

La Fundación Canaria para el Fomento del Trabajo (FUNCATRA) juega un papel crucial en este esfuerzo, siendo una entidad sin ánimo de lucro creada por el Gobierno de Canarias. Su objetivo es cooperar en la generación de empleo y proponer soluciones adaptadas a las necesidades del mercado laboral del archipiélago. FUNCATRA se enfoca en la realización de estudios de investigación y análisis del mercado de trabajo, el desarrollo de proyectos innovadores en materia de formación y empleo, y la gestión de ayudas y subvenciones, tanto locales como europeas.

Igualmente, el programa NOE (Nuevas Oportunidades de Empleo) tiene como objeto favorecer la contratación laboral, en la modalidad contractual de prácticas, de personas desempleadas, inscritas como demandantes de empleo en el Servicio Canario de Empleo (SCE), favoreciendo con ello la lucha contra el desempleo y la inserción socio-laboral de las personas desempleadas, al mismo tiempo que contribuirá al desarrollo de proyectos de interés general por parte de las entidades públicas beneficiarias.

## **2.2. El fomento del empleo de colectivos específicos**

La inclusión laboral de colectivos específicos es una prioridad de las políticas de empleo a nivel global. En España, se han implementado diversas iniciativas para mejorar la empleabilidad de grupos que enfrentan barreras significativas en el mercado laboral. Estos colectivos incluyen jóvenes, personas mayores de 45 años, mujeres, personas con discapacidad y miembros de la comunidad LGTBIQ+, entre otros.

Estas políticas reflejan un compromiso con la igualdad de oportunidades y la diversidad en el lugar de trabajo. La implementación de medidas de “discriminación positiva” puede ser controvertida, pero su objetivo es nivelar el campo de juego para aquellos que históricamente han sido marginados o excluidos del mercado laboral.

Una de las estrategias ha sido la creación de programas específicos que ofrecen formación, orientación y experiencia laboral. Así, en Andalucía, los programas Emple@Joven y Emple@30+ fueron diseñados para ayudar a jóvenes desempleados y a personas mayores de 30 años sin experiencia laboral o que han estado fuera del mercado laboral durante más de 24 meses. Sin embargo, estudios recientes sugieren que estos programas necesitan ser más específicos y dirigidos para tener un impacto significativo en la empleabilidad de los beneficiarios.

Los artículos 42 y siguientes del Decreto-Ley 27/2021, de 14 de diciembre<sup>5</sup>, bajo la rúbrica “Nuevos Proyectos Territoriales para el reequilibrio y la equidad. Colectivos vulnerables” se dedican a la promoción de la inserción laboral y la atención personalizada de colectivos vulnerables mediante el desarrollo de proyectos integrados de inserción laboral, los cuales deberán incluir acciones de orientación y de formación. Las personas destinatarias son personas con discapacidad.; personas paradas de larga duración; personas pertenecientes a minorías étnicas; personas demandantes de empleo mayores de 45 años, personas inmigrantes, mujeres con problemas de integración social; personas desempleadas en riesgo de exclusión social y personas receptoras de prestaciones, subsidio por desempleo o Renta Activa de Inserción.

El Servicio Andaluz de empleo podrá derivar a las personas que pertenecen a colectivos vulnerables a las entidades beneficiarias para la participación en el programa. Igualmente, las entidades gestoras podrán proponer dicha participación, siempre que cumplan con los requisitos para ello y cuenten con el visto bueno del Servicio Andaluz de Empleo.

En Baleares, el Servei d'Ocupació de les Illes Balears (SOIB) ha lanzado varios programas, como el SOIB Reactiva y el SOIB Jove, que buscan impulsar la contratación y la formación de jóvenes y desempleados en sectores estratégicos. Estos programas no solo ofrecen oportunidades laborales, sino que también proporcionan formación y recalcificación en áreas con potencial de crecimiento, como la economía verde, la digitalización y el turismo sostenible.

Además, recientemente se ha anunciado una asignación de 15 millones de euros por parte del Gobierno central para apoyar las políticas de empleo en las Islas Baleares. Este fondo se destinará a programas que fomenten la contratación y la

<sup>5</sup> Decreto-Ley 27/20201, de 14 de diciembre, por el que se aprueban con carácter urgente medidas de empleo en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para Andalucía (BOJA núm. 24, de 17 de diciembre de 2021).

formación, con un enfoque particular en la inclusión de colectivos vulnerables y el desarrollo de habilidades para la economía del futuro.

En Canarias podemos destacar los programas de inserción laboral a través de obras o servicios de interés general y social, diseñados para mejorar la empleabilidad de personas jóvenes inscritas en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, en colaboración con los Cabildos Insulares; los programas para personas desempleadas de larga duración que buscan mejorar la empleabilidad de este colectivo a través de diferentes iniciativas y formaciones o el Programa Extraordinario de Empleo Social dirigido a desarrollar tareas de utilidad y reinserción social que apoya a los individuos más afectados por la crisis económica. Asimismo, dentro de las iniciativas de Investigación e Innovación (INVESTIGO) se busca fomentar la contratación de jóvenes desempleados para la realización de proyectos de investigación e innovación, apoyando así el desarrollo económico y tecnológico de las islas.

El programa AVALEM JOVES 2021-2024 de la Comunidad Valenciana, es un claro ejemplo del compromiso social de la Generalitat con los más vulnerables y su confianza en el talento joven como motor de cambio hacia un nuevo modelo económico. Este programa busca integrar a los jóvenes en el mercado laboral a través de la formación y el empleo de calidad.

Un pilar importante para el fomento del empleo en Castilla-La Mancha, es el Programa de Apoyo Activo al Empleo, dotado con 73 millones de euros y destinado a mejorar la empleabilidad de más de 7.000 personas desempleadas de larga duración. Este programa no solo proporciona formación profesional relevante, sino que también establece una colaboración directa con el tejido empresarial privado, facilitando la contratación y el desarrollo de habilidades en demanda.

Además, el Plan de Medidas Extraordinarias para la recuperación económica post-COVID-19 y la Estrategia de Empleo y Garantía Juvenil son ejemplos de cómo Castilla-La Mancha está abordando proactivamente los desafíos actuales y futuros del mercado laboral. Estas medidas están diseñadas para estimular el mercado de trabajo y promover el empleo estable, incluyendo ayudas para la contratación indefinida y la conversión de contratos temporales en indefinidos.

Los Programas de Empleo para personas jóvenes cofinanciados por el Fondo Social Europeo Plus 2021-2027 al 60% y Fondo Finalista del Estado al 40% en el marco del Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de Galicia, se configuran como programas de empleo y formación que tienen por finalidad mejorar la ocupabilidad, la cualificación y la inserción profesional de las personas jóvenes incluidas en el fichero del Sistema nacional de garantía juvenil mediante la realización de obras o prestación de servicios de interés general y social que posibiliten al alumnado participante la realización de un trabajo efectivo que, junto con la formación profesional para el empleo recibida, relacionada directamente con dicho trabajo,

busque su cualificación profesional y favorezca su posterior inserción laboral en el mercado de trabajo.

La etapa de formación en alternancia con la práctica profesional tendrá una duración de 12 meses, que también estará dirigida al aprendizaje, cualificación y adquisición de experiencia profesional.

En los contratos para la formación en alternancia que la entidad promotora suscriba con el alumnado participante en los programas de empleo, la Xunta de Galicia subvencionará el 100 % del salario mínimo interprofesional, incluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias. Asimismo, también subvencionará la totalidad de las cuotas por cuenta de la persona empleadora correspondientes a la seguridad social, fondo de garantía salarial y desempleo previstas para dichos contratos en su normativa específica.

El Plan Galicia Emprega 2024 es una iniciativa ambiciosa diseñada por la Xunta de Galicia con el objetivo de fomentar la contratación y la formación en la empresa ordinaria y en entidades sin ánimo de lucro. Este plan se centra en proporcionar incentivos económicos para la contratación de personas desempleadas, especialmente aquellas que enfrentan mayores dificultades para integrarse en el mercado laboral.

Entre los colectivos prioritarios para recibir estas ayudas se encuentran las personas con discapacidad, aquellas en riesgo o situación de exclusión social, y las personas emigrantes retornadas. Para estos grupos, se requiere documentación específica que acredite su situación y, en el caso de los emigrantes retornados, su nacimiento en Galicia o su relación de parentesco con alguien nacido en la región.

El Programa de acompañamiento hacia el empleo estable para personas jóvenes tituladas (Oriemplex Joven) de Extremadura, comprende las actuaciones de intermediación activa necesarias para la incorporación de las personas desempleadas en el mercado laboral extremeño y conseguir la estabilidad de esos puestos de trabajo. Las actuaciones se desarrollarán por el personal técnico de empleo del Servicio Extremeño Público de Empleo, tanto en los Centros de Empleo como en los Puntos de Prospección y Orientación Profesional de Extremadura (Red POPPEX) y por el personal técnico de las entidades colaboradoras. El programa se articula en dos fases; una primera fase de orientación y acompañamiento a través de un itinerario personalizado de inserción que permitirá a la persona acceder en las mejores condiciones competenciales a la segunda fase que consiste en una oportunidad laboral a través de una contratación de 6 meses de duración.

También La Rioja ha implementado ayudas para el fomento del empleo de personas con discapacidad que incluyen la asistencia de un preparador laboral. Estas ayudas demuestran el compromiso de la comunidad con la inclusión y la igualdad de oportunidades en el mercado laboral. Con una cuantía de 3.000€ por contrato y un plazo de presentación de solicitudes abierto todo el año, estas ayudas representan un paso adelante en la integración laboral de personas con discapacidad.

Igualmente, en Aragón se han implementado subvenciones para el fomento de la contratación de personas con discapacidad. Dirigido a empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, también a las personas trabajadoras autónomas y a las entidades privadas sin ánimo de lucro, todas ellas que desarrollen su actividad en la Comunidad Autónoma de Aragón. Han de tratarse de empresas con 50 o más personas trabajadoras que cumplan con la obligación de reserva de la cuota del 2% de personas trabajadoras con discapacidad, salvo que tengan autorizada la aplicación de medidas alternativas. En el caso de personas trabajadoras con discapacidad que provengan de enclaves laborales, además de los requisitos anteriores se exige que la persona contratada por la empresa colaboradora presente especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, entendiéndose que dicha circunstancia se produce cuando se trate de personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, en un grado reconocido igual o superior al 33% o de personas con discapacidad física o sensorial, en un grado reconocido igual o superior al 65%. Además, la contratación de las personas trabajadoras deberá realizarse sin solución de continuidad y transcurrido, al menos, un plazo de tres meses desde el inicio del enclave o desde la incorporación de la persona trabajadora si esta fuera posterior al inicio del enclave.

En definitiva, como hemos podido comprobar son muchas y muy variadas las medidas de fomento del empleo destinadas a incentivar la contratación de determinados colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado laboral, habiendo destacado aquellas que, a nuestro juicio, son más representativas por la propia definición de las mismas tanto por su ámbito subjetivo como por el alcance que las caracteriza.

### **2.3. El fomento del empleo de sectores específicos**

Existen determinados sectores o ámbitos que reciben una atención especial por parte de las políticas de fomento del empleo, uno de ellos es el ámbito rural y aquellas áreas con mayor despoblación. En este sentido, son varias las Comunidades Autónomas en las que se han diseñado actuaciones orientadas a conseguir un incremento de la actividad económica en dichos territorios con el consecuente efecto que, sobre el empleo, supone dicha labor.

En este sentido, hay que destacar la medida implementada en Asturias llamada nueva tarifa rural, diseñada para beneficiar a los trabajadores autónomos en municipios con menor población, con más de dos años de antigüedad en la actividad. Este programa tiene como objetivo apoyar a cerca de 4.500 trabajadores por cuenta propia, fomentando así la actividad económica en las zonas rurales y ayudando a combatir el despoblamiento. La Consejería de Ciencia, Empresas, Formación y Empleo trabaja en la aplicación de la medida, que se dirige a personas trabajadoras por cuenta propia de los concejos con menos población, concretamente de los que se sitúan por debajo de los 3.000 habitantes. El Principado destina 4 millones en

el presupuesto de 2024 para esta tarifa, que persigue favorecer la transformación económica en el área rural. 40 de los 78 municipios asturianos se sitúan en el ámbito de actuación de esta iniciativa. La ayuda cubre el 40% de la cuota, salvo para los autónomos con una cotización superior a 225 euros, para los que el apoyo se limita a los 90 euros al mes, con un máximo de 1.080 euros anuales.

La Comunidad de Madrid también ha puesto en marcha programas de activación profesional en municipios rurales y de reequilibrio territorial, buscando así fomentar la igualdad de oportunidades en diferentes zonas de la región. Estas acciones se complementan con subvenciones destinadas a financiar el coste salarial de las personas con discapacidad contratadas en Centros Especiales de Empleo, lo que refleja un esfuerzo por integrar a todos los sectores de la población en el mercado laboral.

La Región de Murcia también ha modificado las bases reguladoras de las ayudas LEADER, financiadas por el Programa de Desarrollo Rural, para proyectos no programados. Esto permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad a las necesidades específicas del territorio, promoviendo así el desarrollo rural integrado y sostenible.

En Galicia el Programa Aprod Rural 2024 es un programa de fomento de empleo en el medio rural puesto en marcha por la Consellería de Emprego, Comercio e Emigración con los ayuntamientos que así lo solicitaron.

Estas subvenciones tienen como objeto promover acciones de fomento de empleo en colaboración con las entidades locales rurales a través de la contratación de personas trabajadoras desempleadas para la realización de tareas relacionadas mayoritariamente con la prevención de incendios y defensa contra los incendios forestales de Galicia.

Asimismo, en Cantabria se ofrecen ayudas específicas para para zonas en riesgo de despoblación, que pueden alcanzar los 13.000 euros por contrato en empresas ubicadas en zonas de despoblamiento y cuya actividad económica sea objeto de especial fomento.

Estos incentivos están cofinanciados por el Fondo Social Europeo Plus para el período 2021-2027, lo que permite una mayor cobertura y apoyo a las acciones emprendidas.

El reciente Decreto 39/2024, de 30 de abril<sup>6</sup>, prevé en Extremadura subvenciones complementarias a las ya previstas para el establecimiento de personas desempleadas como trabajadoras autónomas, y de personas autónomas que propicien la inserción laboral de un familiar colaborador, cuando las personas beneficiarias de estas subvenciones tengan su domicilio en localidades de menos

<sup>6</sup> Decreto 39/2024, de 30 de abril, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el fomento y consolidación del empleo autónomo en el ámbito de la Comunidad

de 5.000 habitantes. Este factor de población, que además de convertirse en transversal mantiene su condición de grupo prioritario, se diseña como una medida frente al reto demográfico, facilitando que en el medio rural se mantengan las actividades comerciales y de servicios, que son ejercidas mayoritariamente por personas autónomas, como instrumento para fijar población.

Dentro de las medidas de fomento del empleo en los ámbitos rurales ocupan un lugar destacado aquellas que se dirigen a procurar el empleo de las mujeres pertenecientes al mundo rural. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía en la que el Capítulo III, (artículo 31 y ss.) del Decreto-ley 27/2021, recoge el Programa de apoyo a mujeres en los ámbitos rural y urbano, que tiene por objeto promover la atención personalizada a las mujeres de dichas áreas a través de su participación en itinerarios individualizados que combinen acciones de diferente naturaleza, tales como orientación laboral, asesoramiento, información, formación, adquisición de competencias y habilidades transversales, inserción laboral y acompañamiento en el empleo, su capacitación e inserción laboral, fortaleciendo al tiempo la igualdad efectiva y la no discriminación en el acceso al empleo. También en la Comunidad Autónoma de Aragón encontramos este tipo de ayudas con las que se pretende que las mujeres que compartan unas determinadas características que dificultan su acceso a un puesto de trabajo, puedan participar en determinadas acciones que tengan por objeto incrementar su capacitación y oportunidades de inserción laboral.

Otro de los sectores sobre los que es posible encontrar medidas de fomento del empleo destacables es el del empleo en las Administraciones Pública.

El marco normativo en Cataluña ha experimentado cambios significativos con el objetivo de reducir la temporalidad y promover la estabilidad en el empleo. Un ejemplo de ello es Ley 8/2023<sup>7</sup>, cuyo objetivo es reducir la temporalidad en el empleo público de la Generalitat y situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8%.

En la Comunidad Foral de Navarra, a través del Decreto Foral 39/2014, de 14 de mayo por el que se establecen medidas de reparto del empleo en las Administraciones Públicas de Navarra<sup>8</sup>, se implantaron medidas adicionales para el reparto del empleo en las Administraciones Públicas de Navarra, permitiendo al personal reducir voluntariamente su jornada laboral para propiciar nuevas contrataciones temporales.

Autónoma de Extremadura y se aprueba la primera convocatoria de las ayudas de los Programas I, II, III, IV y V para el periodo 2024-2025 (DOE núm. 109 de 6 de junio de 2024).

<sup>7</sup> Ley 8/2023, de 12 de mayo, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad, de fomento de la promoción interna y de agilización de la cobertura de puestos de trabajo con funcionarios de carrera (BOE núm. 134, de 6 de junio de 2023).

<sup>8</sup> BON núm. 105 de 30 de mayo de 2014.



Asimismo, hay que destacar las ayudas a Entidades Locales por contratar personas desempleadas para realizar obras y servicios de interés general o social, dirigido a las entidades locales de Navarra, que ejecuten la obra o servicio directamente y cuya cuantía será de 1.100 euros mensuales, durante un máximo de 12 meses para cada contrato a jornada completa de una duración mínima de 3 meses suscrito con personas receptoras de la Renta Garantizada, o que acrediten una discapacidad de al menos el 33%, o que sean mujeres víctimas de violencia de género, jóvenes entre 18 y 21 años que procedan del Sistema de Protección y estén inmersos en procesos de autonomía y personas mayores de 55 años; de 1.000 euros mensuales para los contratos suscritos con mujeres menores de 55 años, hasta un máximo de 6 meses; de 800 euros mensuales por cada contrato de 6 meses de duración suscrito con hombres de entre 45 y 54 años o con edades comprendidas entre 30 y 44 años y que sean desempleados de larga duración (al menos 12 meses de desempleo en los 18 inmediatamente anteriores a la fecha del sondeo efectuado por la Agencia de Empleo). Para contratos de duración inferior, 600 euros mensuales; y, por último, de 600 euros mensuales por cada contrato de 6 meses de duración y 400 euros mensuales para los contratos de duración inferior, para los suscritos con hombres que no pertenezcan a ninguno de los colectivos anteriores.

La promoción del empleo en el entorno local cuenta en La Rioja con un programa de subvenciones para la contratación de Agentes de Promoción de Empleo Local. Este programa ofrece a las Entidades Locales de La Rioja y a sus entidades dependientes o vinculadas, subvenciones significativas para la contratación de estos agentes. Con una financiación que cubre hasta el 80% de los costes laborales durante los primeros tres años, y el 50% durante los tres siguientes, el programa busca fortalecer la economía local y fomentar el empleo sostenible.

Son varias las Comunidades Autónomas como por ejemplo Cataluña, Baleares, Madrid o Andalucía, en las que se ha puesto en marcha el denominado programa de primera experiencia profesional en las Administraciones Públicas que tiene por finalidad proporcionar a las personas jóvenes desempleadas que hayan finalizado su etapa educativa las primeras experiencias en el empleo, en el seno de los servicios prestados por las administraciones y entidades del sector público, que contribuyan a la adquisición de competencias, habilidades sociales y profesionales que facilite su incorporación en el mercado de trabajo.

Sirva a modo de ejemplo el caso andaluz, donde el artículo 8 del Decretoley 27/2021, establece que el objeto de las subvenciones contempladas en dicho programa es la contratación por parte de las Administraciones Públicas y entidades del sector público andaluz de personas jóvenes desempleadas, mayores de dieciséis y menores de treinta años, en la modalidad de contrato en prácticas, como medio de adquisición de experiencia profesional.

Con esta finalidad, la cobertura de los puestos de trabajo se deberá realizar en alguna de las siguientes líneas de empleo:

- Al menos un 20% de las contrataciones corresponderán a actividades relacionadas con la línea de empleos verdes, que contribuyen a preservar y restaurar el medio ambiente. Los ámbitos de actuación serán, entre otros, los siguientes: la agricultura, ganadería y pesca dirigida a la restauración de los ecosistemas y a implantar modelos de explotación animal más ecológicos y sostenibles; las actividades dedicadas a aumentar la eficiencia del consumo de energía y materias primas; limitar las emisiones de gases de efecto invernadero; minimizar los residuos y contaminación; proteger y restaurar los ecosistemas, los procesos dirigidos a producir bienes y servicios que beneficien al medio ambiente.
- Al menos un 20% de las contrataciones corresponderán a actividades relacionadas con la línea de empleos en competencias digitales, conforme al Marco Europeo de competencias digitales para los ciudadanos establecido por la Comisión Europea.
- Un 60% como máximo de las contrataciones corresponderá a actividades relacionadas con la línea de empleo general.

En el caso de que se soliciten tres o menos puestos de trabajo, se garantizará que alguna de las contrataciones se realice en la línea de empleo verde o empleo digital.

Estarán exceptuadas del cumplimiento de dichos porcentajes de contratación aquellas entidades cuya actividad económica esté dedicada en exclusiva, o en su mayoría, a economías verdes o digitales, en cuyo caso el 80% de las contrataciones irán dirigidas a la actividad principal de la entidad.

El artículo 19 del citado Decreto, regula el Programa Investigo destinado a la contratación de las personas jóvenes demandantes de empleo, de dieciséis o más años y menores de treinta años, por organismos de investigación y difusión de conocimientos, universidades públicas, centros tecnológicos, parques científicos y tecnológicos, entidades públicas sujetas a derecho privado y entidades privadas sin ánimo de lucro, junto con empresas que estén invirtiendo en investigación e innovación pertenecientes al sector público o privado en la realización de iniciativas de investigación e innovación contemplados en este programa.

Para finalizar el análisis de las principales actuaciones autonómicas que tienen como objetivo el fomento del empleo en determinados sectores específicos con una mayor necesidad de intervención en este sentido, consideramos oportuno referirnos a la Comunidad Autónoma de Castilla y León en la que se ha implementado el denominado Programa de formación para la recualificación profesional y recolocación de personas desempleadas de zonas afectadas por la transición energética dirigido a trabajadores excedentes de las centrales térmicas de carbón o desempleados mayores de 52 años empadronado/a en alguno de los municipios de las zonas afectadas

El Programa de formación, con compromiso de contratación, tiene una duración de 24 meses y los siguientes objetivos:

- Formación de los trabajadores y trabajadoras para su cualificación en los nuevos empleos de futuro.
- Recolocación de al menos 200 profesionales de las zonas afectadas por el cierre de las centrales térmicas del carbón

La formación será presencial y eminentemente práctica, centrándose en energía solar, eólica, infraestructuras verdes y rehabilitación energética.

Estos son sólo algunos ejemplos de intervenciones autonómicas orientadas al fomento del empleo con especial incidencia en determinados sectores, y que no solo buscan resolver problemas a corto plazo, sino que están diseñadas para conseguir un futuro laboral más sólido y sostenible a largo plazo.

#### **2.4. Las ayudas para el fomento del empleo autónomo**

El fomento del empleo autónomo es una prioridad en el panorama económico actual, especialmente en un contexto donde la iniciativa individual y la capacidad emprendedora son más necesarias que nunca. Las ayudas incentivan el desarrollo de proyectos personales que contribuyen al tejido empresarial y a la economía de una región.

Ya hemos tenido ocasión de ver anteriormente algunas de las medidas de fomento del empleo autónomo particularmente diseñadas para determinados colectivos especialmente vulnerables o sectores específicos más necesitados de intervención, por lo que nos referiremos a continuación a aquellas actuaciones que tienen como finalidad la creación o consolidación del empleo autónomo de manera genérica y a las que todas las Comunidades Autónomas, sin excepción, dedican una parte destacada de sus políticas activas de empleo, como tendremos ocasión de comprobar.

Como venimos haciendo, por razones obvias, haremos referencia a aquéllas que por una y otra razón resultan más destacadas. Tal es el caso de Andalucía en la que, a través del Programa de fomento y consolidación del trabajo autónomo, se ofrece subvenciones, entre otras, para reducir la carga financiera de los trabajadores autónomos en las etapas iniciales de su actividad. Este programa no solo busca aliviar los gastos iniciales, sino también apoyar la estabilización y fortalecimiento de las iniciativas emprendedoras.

Las líneas de acción del programa abarcan desde el apoyo a la creación de empresas hasta la consolidación empresarial y la promoción del trabajo autónomo. Por ejemplo, la línea 1 llamada cuota cero y la línea 2 llamada inicio de actividad, están diseñadas para financiar las cuotas de cotización a la Seguridad Social de los nuevos autónomos, incentivando así el emprendimiento individual.

Asimismo, encontramos el Programa de apoyo a la creación, consolidación y mejora de la competitividad de las empresas de trabajo autónomo, que se estructura conforme a las siguientes líneas de actuación: línea 1, de fomento de la creación de empresas de trabajo autónomo, que desarrolla medidas para impulsar el autoempleo individual mediante el apoyo al inicio de una actividad económica y la incentivación de iniciativas emprendedoras; la línea 2 para la consolidación empresarial del trabajo autónomo que contiene medidas de cooperación empresarial, relevo generacional de las unidades económicas, ayudas para el desarrollo de planes técnicos y ayudas para la competitividad y continuidad; la línea 3 de ayuda a la creación y consolidación del empleo en empresas de trabajo autónomo con medidas de apoyo a la contratación por tiempo indefinido, a la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos, y apoyo a la contratación de duración determinada para conciliar la vida personal, laboral y familiar y la línea 4 para la promoción del trabajo autónomo.

Igualmente, la Comunidad de Madrid ofrece ayudas para los emprendedores y trabajadores autónomos destinadas a la creación de nuevas empresas y para la incorporación de socios a empresas ya constituidas, así como bonificaciones y financiación para proyectos empresariales. Estas medidas no solo buscan estimular la economía, sino también apoyar la innovación y el espíritu empresarial.

En el caso de que el alta en el RETA del trabajador sea anterior al 1 de enero de 2023 se amplía la tarifa plana para autónomos lo que permite prolongar durante un máximo de doce meses adicionales la tarifa plana de cotización a la Seguridad Social; de manera que, cuando finalice el período inicial del incentivo estatal, los autónomos recibirán una ayuda económica por parte de la Comunidad de Madrid, que les permitirá mantener el coste en el pago de sus cuotas a la Seguridad Social durante 12 meses adicionales.

En el caso de la puesta en marcha de su actividad empresarial en la Comunidad de Madrid, las personas físicas desempleadas que se den de alta como trabajadores autónomos, por cuenta propia en el régimen que corresponda de la Seguridad Social o en la mutualidad del colegio profesional correspondiente, así como los que sean miembros de sociedades civiles o de comunidades de bienes o socios trabajadores o de trabajo de cooperativas de sociedades laborales, recibirán el 80% de los gastos justificados con un importe mínimo de 750 euros y máximo de 2.500 o 3.080 dependiendo de si el trabajador por cuenta propia pertenece o no a un colectivo con especiales dificultades de inserción laboral.

Una de las estrategias clave de fomento del empleo autónomo en Castilla-La Mancha, es la Estrategia de Impulso al Trabajo Autónomo 2022-2025<sup>9</sup>, que

<sup>9</sup> Decreto 19/2023, de 21 de febrero, por el que se regula la concesión directa de subvenciones en el marco de la estrategia de impulso al trabajo autónomo en Castilla-La Mancha 2022-2025 (DOCM núm. 41, de 28 de febrero).

tiene como objetivo apoyar el autoempleo y favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal de los trabajadores autónomos. Esta estrategia incluye varias líneas de ayuda, como subvenciones para la conciliación, el fomento del relevo generacional, y la inserción laboral de familiares colaboradores. Además, se ofrecen ayudas para la primera contratación indefinida, lo que incentiva el crecimiento de los negocios locales y la estabilidad en el empleo.

El Plan Estratégico de Fomento del Empleo Autónomo 2023-2025 de Castilla y León, se centra en la promoción y el estímulo del empleo por cuenta propia, con el fin de fortalecer un trabajo autónomo moderno, estable y de calidad. Para alcanzar este objetivo general, el plan establece dos objetivos específicos: promover y divulgar las ventajas del trabajo por cuenta propia y favorecer la creación y mantenimiento de un empleo autónomo de calidad en la región.

Las líneas de actuación del plan incluyen medidas dirigidas al fomento del emprendimiento individual, como motor necesario para el crecimiento económico. Estas medidas buscan facilitar el establecimiento y consolidación de la actividad por cuenta propia, reforzar la competitividad, incentivar el relevo generacional y retener el talento en la comunidad.

El apoyo al emprendimiento también juega un papel fundamental en la estrategia de empleo de Galicia. Las medidas dirigidas a emprendedores se complementan con las destinadas a pequeñas y medianas empresas y profesionales autónomos, abordando aspectos cruciales como el acceso al crédito, la conciliación laboral y familiar, la contratación y la innovación.

En el año 2024, la Oficina Virtual do Autónomo ha lanzado programas significativos para promover el empleo autónomo, con especial atención a personas desempleadas que desean iniciar su actividad empresarial o profesional en la región.

Una de las iniciativas más destacadas es el Programa para la Promoción del Empleo Autónomo y la Cuota Cero, que ofrece dos líneas de ayuda económica. La primera línea proporciona una subvención para el inicio de la actividad económica y el mantenimiento del empleo como persona trabajadora autónoma, con cuantías que varían según el perfil del solicitante, llegando hasta los 4.000 € para colectivos específicos. La segunda línea se centra en sufragar los gastos de mantenimiento de la actividad por cuenta propia, equivalente a 12 meses de la cuota reducida de la seguridad social.

En la Comunidad Valenciana, dentro de las ayudas de fomento del empleo, el programa EAUTOE 2024 ofrece ayudas a personas desempleadas que accedan a su empleo a través de la creación de actividad empresarial o profesional como trabajador autónomo en proyectos innovadores.

Estas ayudas van destinadas a las personas desempleadas inscritas como demandantes de empleo en LABORA -Servicio Valenciano de Empleo y

Formación- que se establecieran como personas trabajadoras autónomas o por cuenta propia a partir del 1 de enero de 2024 y con anterioridad a la solicitud de la subvención y cuenten con un plan de empresa de la actividad a realizar, que contemple su organización, recursos necesarios, plan financiero y de inversiones y plan de viabilidad para poder llevar a cabo dicha actividad, y además acrediten que la actividad autónoma tiene carácter innovador cumpliendo alguna de las siguientes condiciones: los proyectos que ofrezcan alguna novedad o mejora sobre productos o servicios existentes; las actividades en las que se detecte una falta de oferta en el territorio donde la persona trabajadora autónoma vaya a prestar servicios; ideas de negocio, en sectores maduros, que den respuesta a necesidades no cubiertas. Este requisito se acreditará mediante un informe que ha de emitir alguna de las entidades que formen parte del Mapa de Entidades del Ecosistema Emprendedor de la Comunidad Valenciana.

En la Región de Murcia, una de las iniciativas más destacadas es el Programa para el Fomento Territorial del Empleo, que ha sido establecido por el Servicio Regional de Empleo y Formación. Este programa ofrece subvenciones y apoyo a los trabajadores autónomos, con el objetivo de estimular la creación de empleo y la actividad económica independiente.

En el ámbito del emprendimiento, se han establecido subvenciones para el fomento del empleo autónomo, con el fin de fomentar el establecimiento de personas desempleadas como trabajadores autónomos. Estas subvenciones varían según el colectivo al que pertenezca el solicitante, y pueden llegar hasta los 9.000 euros para mujeres de 55 años o más, o para hombres y mujeres con discapacidad o en riesgo de exclusión social.

El Plan de Fomento del Emprendimiento de La Rioja 2024-2027, busca favorecer la implantación de nuevas empresas, así como reconocer y poner en valor la figura de los emprendedores y los empresarios. Liderado desde el Ejecutivo regional con la marca *EmprendeRioja*, cuenta con la colaboración del sector privado para conseguir, mediante un proyecto integral y distribuido en todo el territorio riojano, que La Rioja sea la mejor región para emprender.

Entre los objetivos prioritarios de *EmprendeRioja*, cabe hacer hincapié en la coordinación de todos los agentes económicos, públicos y privados, implicados en el apoyo al emprendimiento, en el fomento de la cultura emprendedora en las diferentes etapas educativas y ámbitos de la sociedad; en la generación de un itinerario personalizado de apoyo; en la provisión de herramientas adecuadas para la consolidación de las actividades económicas en desarrollo; en la identificación de las necesidades especiales del emprendimiento rural; o en la simplificación administrativa<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Véanse los ejes y áreas estratégicas del Plan en ADER (Agencia de Desarrollo Económico de La Rioja).

Para cerrar este apartado ya que por motivos de espacio, como se dijo al comienzo, no es posible referirse a todas y cada una de las iniciativas autonómicas, haremos referencia a una de las más recientes como es el caso de Extremadura donde el Decreto 39/2024, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el fomento y consolidación del empleo autónomo<sup>11</sup>, distingue 5 líneas de subvenciones: programa I, de ayudas para el establecimiento de personas desempleadas como trabajadoras autónomas; programa II, que establece ayudas a personas autónomas que propicien la inserción laboral de un familiar colaborador; programa III, sobre tarifa cero para nuevos autónomos; programa IV, que establece ayudas a personas ocupadas que sean trabajadoras por cuenta ajena y que inicien una actividad como autónomas, y programa V, sobre ayudas a personas beneficiarias del programa I por mantener la actividad por un período adicional de 12 meses (a los 24 meses comprometidos inicialmente).

Las principales novedades que incorporan estos programas son, en el caso del Programa I, la ayuda inicial de 9.000 euros para las mujeres desempleadas y para hombres con discapacidad que estén en desempleo. También en ese primer programa se concederá una ayuda inicial de 7.500 euros a jóvenes menores de 30 años, hombres mayores de 45 años, hombres parados de larga duración y personas cuya actividad se desarrolle en municipios de menos de 5.000 habitantes. En este último supuesto, si el beneficiario/a está encuadrado en un colectivo prioritario, tendrá una ayuda adicional de 1.000 euros.

La ayuda inicial será de 6.000 euros para el resto de los colectivos, si bien se añadirá una ayuda más de 1.500 euros para los autónomos que adquieran un negocio por relevo generacional.

Otra de las novedades, en este caso en el Programa III, es la de la Tarifa cero para nuevos autónomos. Se trata de una subvención de 1.920 euros (costes de la Seguridad Social por un período de dos años) a mujeres desempleadas que se hayan incorporado al RETA o mutualidad alternativa en el plazo de un año desde el nacimiento o adopción de un hijo o una hija, y también a personas desempleadas menores de 36 años que se establezcan como autónomas.

La subvención será de 960 euros (un año de costes de la seguridad Social) para las personas que se hayan incorporado al RETA o mutualidad alternativa.

Por último, en lo que respecta al Programa V, se añade como novedad una ayuda de 2.500 euros si el trabajador autónomo se compromete a mantener su actividad durante 36 meses, es decir, 12 meses adicionales a los 24 que se exigen a los beneficiarios del programa I.

<sup>11</sup> DOE núm. 109, de 6 de junio de 2024.

## **2.5. La modernización digital y la mejora de la competitividad como medida de fomento del empleo**

La digitalización de la economía y de las empresas es un factor clave para mejorar la competitividad y la productividad, lo que a su vez puede traducirse en la creación de nuevos puestos de trabajo y en la retención de talento en las Comunidades Autónomas. La implementación de tecnologías digitales en los procesos productivos, la promoción del comercio electrónico, el impulso de la inteligencia artificial y el fomento de la ciberseguridad son algunas de las estrategias que pueden contribuir a la modernización de las empresas y al fortalecimiento de su posición en el mercado. Además, la formación y la capacitación en competencias digitales son aspectos fundamentales para garantizar que los trabajadores estén preparados para afrontar los retos del mercado laboral actual y futuro.

Las Comunidades Autónomas, con el apoyo de iniciativas nacionales, están en una posición privilegiada para liderar la transformación digital y generar un impacto positivo en el mercado laboral, desarrollando programas de formación en tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en habilidades digitales y en emprendimiento para impulsar la empleabilidad de los ciudadanos y facilitar su inserción en sectores emergentes y de alto valor añadido.

Asimismo, la colaboración entre el sector público, el sector privado, las universidades y los centros de investigación es esencial para promover la innovación y el desarrollo tecnológico en las Comunidades Autónomas.

Es innegable que el impacto de la pandemia de COVID-19 ha acelerado la necesidad de digitalización, y las empresas que habían iniciado su transformación digital antes de la pandemia demostraron una mayor capacidad de adaptación y respuesta a los desafíos presentados. La Estrategia Nacional de Impulso del Trabajo Autónomo 2022-2027, refleja esta realidad, promoviendo la digitalización como mecanismo para mejorar la productividad y sostenibilidad de la actividad económica autónoma.

Veamos a continuación algunos ejemplos de Comunidades Autónomas en las que se han implementado medidas de este tipo como otra de las estrategias de fomento del empleo.

En Andalucía se vienen aprobando desde el año 2021 la concesión de subvenciones para la modernización digital y la mejora de la competitividad, reconociendo la importancia de la tecnología y la innovación en el crecimiento económico sostenible. Se dirigen a personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, personas trabajadoras por cuenta propia agrarias, mutualistas y entidades de economía social que implanten y desarrollen soluciones de transformación digital en la gestión empresarial o incorporen estrategias de marketing digital en la actividad de la empresa.



Una de las iniciativas destacadas es el Programa de capacitación digital “Preparadas”, que ofrece cursos online gratuitos para mejorar las competencias digitales de la población femenina. El objetivo principal del programa se centra en la mejora de las capacidades digitales demandadas por el ámbito productivo entre las mujeres andaluzas, con el propósito de mejorar su capacidad de inserción en el mercado laboral; impulsar el emprendimiento; fortaleciendo, en particular, la extensión de start-ups de base tecnológica; apoyar el desarrollo económico de los territorios donde residen y reducir la brecha digital de género. Se destina a mujeres en situación de desempleo; mujeres afectadas por un expediente de regulación temporal de empleo; y mujeres ocupadas que deseen mejorar su situación laboral. Todas ellas han de cumplir el requisito de residencia consistente en residir en municipios de menos de 30.000 habitantes o en zonas vulnerables de municipios mayores.

Los artículos 61 y siguientes del Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, están dedicados a la regulación de la transición del trabajo autónomo y de la economía social hacia una economía verde y digital. En este sentido se han implementado una serie de medidas consistentes principalmente en el otorgamiento de subvenciones dirigidas al impulso de actuaciones emprendedoras que se inicien por personas trabajadoras autónomas en Andalucía o por entidades de economía social, que contribuyan a la consecución de una economía verde o de una economía digital, así como la transición de la actividad económica que se realice por personas trabajadoras autónomas ya constituidas, con el mismo fin.

Se prevé que, durante el año 2024, la Junta de Andalucía lance nuevas y potentes ayudas en este ámbito de la modernización digital. Las convocatorias abarcarán desde el apoyo a la digitalización de procesos empresariales hasta la promoción de proyectos innovadores de I+D+i.

Las medidas de modernización digital en Castilla y León son muchas y muy variadas. En tal sentido, se han dispuesto ayudas para las digitalización de pymes y autónomos destinadas a financiar proyectos empresariales con destino a facilitar la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación en las pymes; ayudas ala I+D+i, con el objetivo de facilitar la financiación de los planes estratégicos en materia de I+D que vayan a ser acometidos por empresas y se declaren de especial interés por la Junta de Castilla y León; planes que comprendan uno o varios proyectos de investigación industrial y/o desarrollo experimental con una duración máxima de tres años, así como otras ayudas relacionadas con la digitalización destinadas a financiar los proyectos empresariales de inversión, con el fin de promover la creación de empresas y el desarrollo de la competitividad y la consolidación del tejido empresarial de las empresas existentes, mediante el fomento de la inversión, así como la creación de empleo vinculado a la misma y/o el mantenimiento de puestos de trabajo.

Otros programas que proporcionan servicios especializados de apoyo a la digitalización en Castilla y León son CENTR@TEC3 (Programa de Capacitación, Transferencia de Tecnología y Apoyo a la I+D+i Empresarial) que incluye, entre otras, actuaciones de internacionalización de la I+D+i; o de sensibilización, demostración y capacitación para incentivar a las empresas a que incorporen innovaciones y nuevas tecnologías que las hagan más competitivas; el programa DIGIS3 (Digitalización Inteligente, Sostenible y cohesiva), cuyo objetivo es facilitar la transformación digital de pymes y sector público de Castilla y León a través de servicios especializados en formación y capacitación, prueba antes de invertir, apoyo en la búsqueda de financiación, y redes y ecosistemas de innovación; o el programa CODIPA (Programa de coworking Digital Palencia) que se trata de un programa de promoción y apoyo a la digitalización, emprendimiento, consolidación empresarial y mejora de la competitividad de empresas de la provincia de Palencia.

En Aragón, entre otras actuaciones, también se otorgan ayudas a las pymes con la finalidad de incentivar la digitalización de las mismas, subvencionando las inversiones tanto en software como en hardware, y el desarrollo e implantación de soluciones de digitalización, así como los servicios de consultoría externa vinculados a las mismas. También es el caso de la Comunidad Valenciana, donde a través de las denominadas Ayudas Digitaliza CV 2024, se persigue que las pymes industriales y de servicios a la industria incrementen su nivel tecnológico mediante la implantación de nuevas tecnologías electrónicas, informáticas y de las comunicaciones.

Las ayudas para la internacionalización digital de las empresas gallegas, llamada Exporta Digital 2024, tiene por objeto apoyar las empresas gallegas en sus procesos de internacionalización digital, ya que el desarrollo de las tecnologías digitales supone un enorme potencial para la mejora de la competitividad en los mercados internacionales.

Se considera que el desarrollo de planes empresariales de internacionalización digital repercute en las posibilidades de negocio de las empresas, posibilita la presencia en mercados exteriores, facilita el acceso a clientes, reduce los costes de transacción y publicidad y permite abrir nuevos canales comerciales, aportando así medios más eficaces para la potenciación de actividades económicas internacionales y el incremento de las exportaciones.

El objeto último es el desarrollo y la implementación de un plan de Internacionalización digital de empresa y las necesidades específicas en materia de marketing digital internacional.

En este sentido serán subvencionables los conceptos de consultoría jurídica y legal para la internacionalización digital; las aplicaciones informáticas; y otros conceptos como campañas de posicionamiento o costes indirectos distintos de los costes directos subvencionables que no pueden vincularse directamente a la

actividad subvencionada, pero resultan necesarios para su realización, en los que se incluyen los gastos administrativos, suministros, seguros...

## **2.6. La formación profesional como medida de fomento del empleo**

El fortalecimiento de la formación profesional es otra de las principales preocupaciones, más aún en un contexto como el actual tras la crisis sanitaria global provocada por la pandemia COVID-19. En este sentido, las Comunidades Autónomas han adoptado una serie de iniciativas para reforzar la formación profesional orientadas a impulsar la cualificación de los trabajadores tanto ocupados como desempleados, con el fin de mejorar su inserción laboral y promover el desarrollo profesional y personal.

Una de las acciones más destacadas es la distribución competencial, que define las responsabilidades en materia de formación profesional para el empleo entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Educación y Formación Profesional. Esta distribución permite una planificación más efectiva y una mejor coordinación entre las distintas administraciones involucradas.

Además, se han implementado medidas extraordinarias para adaptar la formación profesional a los retos impuestos por la pandemia de COVID-19. Entre estas, se encuentra la promoción del aula virtual como complemento a la formación presencial, facilitando así la continuidad educativa en tiempos de restricciones sanitarias.

Otra medida relevante es la resolución de la Secretaría General de Formación Profesional, que establece criterios de distribución de fondos con carácter plurianual<sup>12</sup>. Esto permite a las Comunidades Autónomas una planificación a medio plazo de sus políticas de formación, garantizando una evaluación continua y la posibilidad de ajustar las estrategias según las necesidades emergentes.

Veamos a continuación algunos ejemplos de cómo las Comunidades Autónomas están adoptando medidas innovadoras y adaptativas en el ámbito de la formación profesional para el empleo que buscan no solo mejorar la empleabilidad de los individuos, sino que también aspiran a fortalecer el tejido empresarial y responder a los desafíos de un mercado laboral en constante evolución. La colaboración entre las distintas administraciones y la inversión en formación son clave para construir un futuro laboral próspero y sostenible.

<sup>12</sup> Resolución de 23 de enero de 2024, de la Secretaría General de Formación Profesional, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Educación de 13 de diciembre de 2023, por el que se aprueba la propuesta de distribución territorial y los criterios de reparto de los créditos gestionados por comunidades autónomas, destinados al Redimensionamiento de la oferta de Formación Profesional del Plan de Modernización de la Formación Profesional, en el ejercicio presupuestario 2023, para su sometimiento a la Conferencia Sectorial de Educación, en el marco del componente 20 «Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional», del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE núm. 28, de 1 de febrero de 2024).

Una muestra de la preocupación de las Comunidades Autónomas por la formación para el empleo como elemento clave en la creación y mantenimiento de puestos de trabajo lo encontramos en Andalucía que, con una amplia gama de programas y acciones formativas, busca mejorar la empleabilidad de sus ciudadanos y adaptarse a las necesidades cambiantes del mercado laboral.

El Programa de Empleo y Formación, que sustituyó a las antiguas Escuelas Taller y Talleres de Empleo, está diseñado para formar y contratar a más de 4.000 personas, proporcionando no solo educación sino también oportunidades laborales directas. Para esta labor, se han puesto a disposición de los ayuntamientos y entidades locales un total de 90 millones de euros.

La formación impartida puede ser presencial, semipresencial, a través de teleformación o mixta.

En Cataluña, a través del Programa Trabajo y Formación se combina la formación con el trabajo remunerado para mejorar las habilidades y la empleabilidad de los participantes. Dicho programa subvenciona las actuaciones de contratación laboral destinadas especialmente al colectivo de personas que tienen más dificultades para acceder al mercado laboral y se encuentran en situación de vulnerabilidad social y, si procede, las actuaciones formativas que incluyen certificados de profesionalidad, formación transversal y formación en competencias básicas, y/o las actuaciones de acompañamiento de las personas contratadas durante la ejecución del programa.

Además, el SOC ofrece programas de orientación laboral y profesional, diseñados para preparar a los individuos en competencias personales y profesionales necesarias para acceder al mundo laboral o para iniciar un proceso de inserción laboral. Estos programas se adaptan al perfil, intereses y necesidades de cada persona, asegurando una atención personalizada y una formación relevante para el mercado de trabajo actual.

Un ejemplo específico del compromiso del programa con los jóvenes es el Programa de Trabajo y Formación para jóvenes tutelados y extutelados, que proporciona experiencias profesionales a un sector de la población joven especialmente vulnerable, facilitando su transición al mercado de trabajo ordinario.

Además, la integración de la formación profesional básica, los ciclos formativos y la formación continua es una prioridad, como se refleja en el aumento del 34% de las plazas totales para el curso 2022-2023. Este enfoque integrado busca responder a las nuevas demandas del mercado laboral y del alumnado.

El SOC también ha lanzado programas experimentales como el SOC-FPOAN, que lleva a cabo acciones de formación profesional para el empleo en especialidades digitales de alto nivel de cualificación, demostrando el compromiso de Cataluña con la innovación y la adaptación a la era digital.

También la Comunidad Foral de Navarra ofrece programas mixtos de empleo y formación, que se vienen ejecutando durante el año 2023 y 2024, y continuarán en 2025, que combinan la experiencia laboral con la adquisición de competencias profesionales. Estos programas no solo benefician a los participantes, sino que también contribuyen al desarrollo económico regional al mejorar la competitividad de la fuerza laboral.

La formación para el empleo en la Comunidad de Madrid ha tomado un nuevo impulso con la introducción de una serie de medidas innovadoras destinadas a mejorar la empleabilidad de los jóvenes y otros grupos en riesgo de exclusión laboral. Se ha lanzado un ambicioso plan que incluye incentivos económicos y programas de orientación laboral, con el objetivo de combatir el desempleo y fomentar que la población desempleada pueda adquirir una mayor cualificación.

Una de las iniciativas más destacadas es la concesión de cheques de formación de hasta 1.500 euros, que buscan facilitar el acceso a cursos y capacitaciones que mejoren las habilidades y competencias de los demandantes de empleo. Además, se ha establecido una ayuda mensual de 360 euros para desempleados sin estudios, incentivando así su participación en acciones formativas y su posterior inserción en el mercado laboral.

Para garantizar una orientación más personalizada, las oficinas de empleo de Madrid contarán con orientadores exclusivos para jóvenes, proporcionando un seguimiento más cercano y eficaz en la búsqueda de oportunidades laborales. Este enfoque individualizado es crucial para identificar las necesidades específicas de cada persona y ofrecer la formación más adecuada a su perfil y aspiraciones profesionales.

En respuesta a la crisis del COVID-19 y la necesidad de adaptarse a las circunstancias cambiantes, la Comunidad de Madrid ha adoptado medidas para permitir la continuidad de la formación para el empleo a través de la teleformación. Esto incluye la posibilidad de que las entidades de formación soliciten el cambio de modalidad presencial a teleformación, asegurando así que los programas de capacitación puedan seguir adelante sin interrupciones significativas.

El Gobierno de Canarias, ha implementado una serie de medidas concretas para fomentar la formación y acreditación de competencias profesionales.

Una de las iniciativas clave es la integración de la formación ocupacional y la continua en un único modelo de formación profesional para el empleo. Este enfoque unificado busca facilitar la formación a lo largo de la vida de los trabajadores, tanto desempleados como ocupados, mejorando su capacitación profesional y desarrollo personal.

Los objetivos principales de estas medidas son variados y ambiciosos: favorecer la formación continua de los trabajadores adaptándola a las competencias profesionales demandadas por el mercado; proporcionar conocimientos y prácticas

que respondan a las necesidades de las empresas canarias; contribuir a la mejora de la productividad y competitividad empresarial; mejorar la empleabilidad de los trabajadores, especialmente aquellos con dificultades de inserción laboral; y acreditar las competencias profesionales adquiridas, tanto por formación como por experiencia laboral.

Además, el Servicio Canario de Empleo ofrece itinerarios formativos personalizados, cursos de Centros de Referencia Nacional y formación con compromiso de contratación, priorizando a las personas desempleadas. También se han puesto en marcha proyectos específicos como “Femete Joven + Metal”, que busca fomentar el empleo y la formación en sectores como el metal y las nuevas tecnologías, con especial atención en la incorporación de mujeres jóvenes desempleadas.

Estas medidas se complementan con recursos adicionales como becas, ayudas para el alumnado y un boletín de empleo y formación que facilita la conexión entre la oferta formativa y las demandas del mercado laboral.

En la Comunidad Autónoma de Cantabria, el Sistema Nacional de Formación Profesional en Cantabria está compuesto por el conjunto articulado de actuaciones dirigidas a identificar las competencias profesionales del mercado laboral, asegurar las ofertas de formación idóneas, posibilitar la adquisición de la correspondiente formación o, en su caso, el reconocimiento de las competencias profesionales, y poner a disposición de las personas un servicio de orientación y acompañamiento profesional que permita el diseño de itinerarios formativos individuales y colectivos. Se articula en torno a varios componentes clave como son el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales que ordena los estándares de competencias profesionales identificados en el sistema productivo, lo que permite un reconocimiento y acreditación adecuados de las habilidades profesionales; el Catálogo Modular de Formación Profesional que organiza los módulos profesionales de FP asociados a cada uno de los estándares de competencias profesionales; el Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional que incorpora todas las ofertas de FP reconocidas y acreditables, facilitando así la capacitación formal para el desempeño cualificado de diversas profesiones.

En definitiva, es esencial reconocer que la inversión en la formación profesional es una inversión en el capital humano, que se traduce en beneficios tangibles para las Comunidades Autónomas y, por ende, para el conjunto del país.

## **2.7. El fomento del empleo y la conciliación de la vida laboral y familiar**

La conciliación de la vida laboral y familiar es un tema de gran relevancia en la sociedad actual, especialmente en un mundo donde el equilibrio entre el trabajo y la vida personal se ha convertido en una prioridad para muchos. En nuestro país, este asunto ha sido objeto de diversas legislaciones y políticas que buscan facilitar a los trabajadores la gestión de sus responsabilidades laborales y familiares.

Las políticas de conciliación laboral y familiar incluyen, entre otras medidas, la adaptación de la jornada laboral, permitiendo a los trabajadores solicitar cambios en la duración y distribución de su tiempo de trabajo, así como la posibilidad de realizar teletrabajo. Estas adaptaciones son fundamentales para que las personas trabajadoras empleados puedan atender sus necesidades familiares sin comprometer su rendimiento profesional.

El Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 colabora con iniciativas que promueven prácticas empresariales flexibles y responsables con la familia, abarcando aspectos como la organización del trabajo, el teletrabajo y los permisos y licencias. Estas iniciativas son cruciales para construir una sociedad que valore la calidad de vida y ofrezca igualdad de oportunidades para hombres y mujeres.

El fomento del empleo y la conciliación de la vida laboral y familiar son elementos clave para el desarrollo de una sociedad moderna y equitativa. Las leyes y políticas en esta materia son esenciales para garantizar que los trabajadores puedan equilibrar sus compromisos laborales y personales, contribuyendo así a una fuerza laboral más feliz y productiva.

Las políticas de empleo y conciliación de la vida laboral y familiar en las Comunidades Autónomas de España varían en función de las necesidades y características propias de cada región. Sin embargo, todas comparten el objetivo común de facilitar la integración de la vida profesional y personal de los trabajadores, promoviendo un entorno laboral más flexible y equitativo.

La Comunidad de Madrid ofrece ayudas para la conciliación laboral y familiar a través de la concesión de incentivos económicos para el fomento del teletrabajo, incluida la compra de equipamiento electrónico cuando haya sido necesario para realizarlo y también a través de incentivos económicos para el fomento de la flexibilidad horaria, proporcionales a la jornada laboral del trabajador.

Asimismo, existe una ayuda dirigida a la contratación de personas empleadas de hogar para el cuidado de hijos menores de 12 años o menores de 18 años con discapacidad, así como de otros familiares con discapacidad o dependientes a cargo y que convivan en el mismo domicilio.

La subvención estará destinada a sufragar los costes laborales derivado de la contratación y alta en la Seguridad Social de la persona o personas empleadas de hogar que hayan estado contratadas en el período subvencionable. El importe máximo de la subvención será de 4.000 euros.

En el País Vasco, una de las iniciativas más destacadas es la concesión de subvenciones para la contratación de personas desempleadas que sustituyan a trabajadores que se hayan acogido a una excedencia o reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares dependientes. Esta medida no solo beneficia a las

familias que necesitan tiempo para atender a sus seres queridos, sino que también contribuye a la creación de empleo y al desarrollo económico de la región.

Además, el proceso de conciliación laboral es un requisito previo indispensable para la tramitación de cualquier procedimiento laboral, lo que subraya la importancia de alcanzar acuerdos satisfactorios para ambas partes antes de recurrir a la jurisdicción social. Este enfoque preventivo ayuda a evitar conflictos y promueve un ambiente laboral más armónico y productivo.

El País Vasco también ofrece ayudas específicas para la excedencia por cuidado de hijos y la reducción de jornada, así como para la contratación de trabajadores que se encarguen del cuidado de los hijos, facilitando así que los padres puedan continuar con su desarrollo profesional sin descuidar sus responsabilidades familiares.

El Decreto 164/2019<sup>13</sup>, es otro ejemplo de cómo el Gobierno Vasco busca mejorar las relaciones laborales, equilibrando la vida familiar y laboral y favoreciendo el bienestar de las familias y las empresas. Este decreto amplía y mejora las medidas existentes, impulsando un nuevo concepto de relaciones laborales más equitativas y sostenibles.

La sección Kontzilia del Gobierno Vasco proporciona recursos e información valiosa para todas aquellas personas interesadas en mejorar la conciliación de su vida personal, familiar y laboral.

La Comunidad Valenciana, por su parte, ha desarrollado estrategias para la promoción del empleo y la conciliación, incluyendo medidas de apoyo a la maternidad y paternidad, así como la promoción de la flexibilidad horaria y el trabajo a distancia para facilitar la conciliación.

Las medidas implementadas para abordar estas cuestiones, se reflejan en la “Guía de corresponsabilidad y conciliación de la vida familiar, personal y laboral” que proporciona recursos y prestaciones relacionadas con los derechos de conciliación y corresponsabilidad.

Otra iniciativa destacable es la “Subvención municipal Emprende y Concilia” de Valencia, que busca fomentar la creación de actividad empresarial y favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, ofreciendo ayudas a personas que inician su propio negocio. Estas subvenciones son un incentivo para el emprendimiento y la autonomía económica, al tiempo que se promueve un equilibrio entre el trabajo y la vida personal.

En Aragón, a través del Plan de Conciliación y Corresponsabilidad dotado con 158 millones de euros y compuesto por 115 medidas, se persigue la promoción

<sup>13</sup> Decreto 164/2019, de 22 de octubre, sobre ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral (BOPV núm. 208, de 31 de octubre de 2019).



de la igualdad de género en el lugar de trabajo y facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar. Una medida destacada dentro de este plan es la creación de agentes de corresponsabilidad y conciliación en los municipios, que ayudarán a identificar y mejorar los recursos de conciliación existentes.

En Andalucía, se conceden subvenciones orientadas a la conciliación personal, familiar y laboral. En este sentido, se han establecido dos líneas; una primera destinada a subvencionar la contratación realizada por personas trabajadoras autónomas con hijos o hijas menores de tres años a su cargo para que trabajen en su actividad económica o profesional. El incentivo es de 6.000 euros, pero puede alcanzar los 7.200 euros en estos casos: si la persona a la que se contrata es una mujer; si es un hombre menor de 30 años; si es una persona con discapacidad igual o superior al 33%; si es víctimas de terrorismo; y si es víctimas de violencia de género; la segunda línea se otorga por la contratación realizada por personas trabajadoras autónomas para su sustitución en los supuestos de riesgo durante el embarazo, y en los periodos de descanso por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento familiar. La cuantía es de 3.200 euros para contratos de interinidad en caso de riesgo de embarazo o de 1.700 euros (16 semanas/ y 1.900 euros (18 semanas) en casos de periodos de descanso por nacimiento, adopción o acogimiento familiar.

En Canarias, una de las medidas más destacadas es la promoción de la flexibilidad laboral, permitiendo a los empleados adaptar sus horarios de trabajo para atender mejor sus necesidades familiares. Esto incluye la posibilidad de solicitar ajustes en la jornada laboral, como la reducción de horas o la reorganización del tiempo de trabajo, para facilitar el cuidado de los hijos o familiares dependientes.

Además, se han establecido políticas para fomentar la igualdad de género en el lugar de trabajo, animando a los hombres a participar más activamente en las tareas domésticas y de cuidado, y apoyando a las mujeres para que puedan continuar con sus carreras profesionales sin sacrificar su vida familiar.

El Gobierno de Canarias también ha tomado medidas para mejorar los servicios de apoyo a las familias, como la provisión de guarderías a precios asequibles y servicios de asistencia para personas dependientes. Estas iniciativas no solo benefician a las familias, sino que también contribuyen a la economía local al permitir que más personas participen en el mercado laboral.

El fomento del empleo y la conciliación de la vida laboral y familiar requiere un compromiso conjunto de la sociedad, las empresas y el gobierno. Solo a través de un esfuerzo colaborativo y la implementación de políticas inclusivas y flexibles, será posible alcanzar una sociedad donde el trabajo y la vida personal puedan coexistir en armonía, beneficiando así a la economía y mejorando la calidad de vida de todos los ciudadanos.

### **3. BREVE REFLEXIÓN FINAL**

Las medidas autonómicas de fomento del empleo representan una piedra angular en la lucha contra el desempleo y la activación económica en las regiones. Estas políticas, adaptadas a las particularidades y necesidades específicas de cada Comunidad Autónoma, han demostrado ser efectivas en la creación de puestos de trabajo, el estímulo de la economía local y la inclusión social.

La implementación de programas de formación y recualificación profesional, incentivos fiscales para empresas que contratan a desempleados, y el apoyo a la creación de nuevas empresas son ejemplos de cómo las autonomías pueden jugar un papel crucial en la dinamización del mercado laboral. Además, la colaboración entre las administraciones autonómicas, locales y nacionales, junto con los agentes sociales, es fundamental para diseñar estrategias de empleo más eficientes y sostenibles.

Es imperativo que se continúe con la evaluación y el seguimiento de estas políticas para asegurar su eficacia y ajustarlas según la evolución del contexto económico y social. Solo así se podrán consolidar los avances logrados y enfrentar los retos futuros en el ámbito del empleo con soluciones innovadoras y adaptativas. Las medidas autonómicas de fomento del empleo no solo benefician a las personas trabajadoras, sino que contribuyen al desarrollo integral y sostenible de las Comunidades Autónomas y, por ende, del conjunto del país.



# FLUJOS MIGRATORIOS Y GESTIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Cádiz

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2103-347X>

## RESUMEN

**Palabras clave:** Migración; inmigración; flujos migratorios; mercado de trabajo; derecho de extranjería

Este estudio se propone analizar las políticas públicas de gestión de los flujos migratorios en relación con las necesidades del mercado de trabajo. Se destacan dos finalidades aparentemente contradictorias: la restricción de los flujos y la atracción de mano de obra extranjera al mercado de trabajo español. Esta dualidad ha resultado en un modelo regulatorio altamente complejo, caracterizado por una normativa general muy restrictiva que se ve matizada por múltiples excepciones que atienden a circunstancias muy diversas.

En este contexto, la combinación de la lentitud del proceso de autorización administrativa y del principio de contratación en origen ha llevado a la ineficacia de la normativa para reclutar trabajadores no especializados, especialmente en el sector doméstico. Así, el modo real de incorporación al mercado de trabajo español pasa normalmente por un período de irregularidad, lo que conecta con las necesidades del sector informal de la economía.

Para abordar este problema, se propone revitalizar los “visados de búsqueda de empleo”, que, a su vez, deberían conectarse con una cierta apertura de los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura. Esto se orientaría principalmente a reemplazar el uso de la estancia turística como una estrategia para eludir los obstáculos que impone el actual modelo de regulación de las migraciones.

## ABSTRACT

**Keywords:** Migration; Immigration; Migratory Flows; Labor Market; Immigration Law

*This study aims to analyze public policies managing migratory flows in relation to labor market needs. It highlights two seemingly contradictory purposes: the restriction of flows and the attraction of foreign labor to the Spanish labor market. This duality has resulted in a highly complex regulatory model, characterized by a very restrictive general normative framework that is nuanced by multiple exceptions catering to diverse circumstances.*

*In this context, the combination of the slow administrative authorization process and the principle of contracting in the country of origin has led to the ineffectiveness of the regulations for recruiting non-specialized workers, particularly in the domestic sector. Thus, the actual mode of incorporation into the Spanish labor market typically involves a period of irregularity, which aligns with the needs of the informal economy.*

*To address this issue, it is proposed to revitalize the ‘job search visas,’ which should, in turn, be linked with a certain opening of the catalogs of hard-to-fill occupations. This would primarily aim to replace the use of tourist stays as a strategy to circumvent the obstacles imposed by the current migration regulatory model.*

## ÍNDICE

1. LAS FINALIDADES DE LA GESTIÓN PÚBLICA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS
2. EL MODELO GENERAL DE ARTICULACIÓN DE LAS FINALIDADES DE CONTROL DE LOS FLUJOS
3. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS PROBLEMAS PARA LA CAPTACIÓN DE MANO DE OBRA EXTRANJERA
  - 3.1. La modulación de la libertad de trabajar
  - 3.2. Los efectos secundarios del mecanismo autorizatorio sobre la captación de fuerza de trabajo extranjera
  - 3.3. Las excepciones a la autorización y los supuestos de aligeramiento de la carga administrativa
4. EL PRINCIPIO DE CONTRATACIÓN EN ORIGEN Y SUS EXCEPCIONES
  - 4.1. El modo real de incorporación de inmigrantes al mercado de trabajo nacional
  - 4.2. Las “transiciones” y la posibilidad no desarrollada de los visados de búsqueda de empleo
5. LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO
6. CONCLUSIÓN FINAL

*Viendo que la puerta de acceso a la Ley está abierta como siempre y el guardián se hace a un lado, el hombre se inclina para mirar al interior a través de la puerta. Cuando el guardián lo advierte, se echa a reír y dice: “Si tanto te atrae, intenta entrar pese a mi prohibición. Pero ten presente que yo soy poderoso”.*

KAFKA, F., *Ante la ley* (1915)

### 1. LAS FINALIDADES DE LA GESTIÓN PÚBLICA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

Este trabajo se dedica a examinar las conexiones entre el derecho migratorio y las políticas de empleo desde la perspectiva de la gestión de los flujos migratorios. No nos ocuparemos, por tanto, del análisis de las políticas de empleo específicamente destinadas a los extranjeros como colectivo prioritario (art. 50.1 de la Ley de Empleo), pues estas se aplican exclusivamente a personas que ya se han incorporado al mercado de trabajo español. Al contrario, estudiaremos precisamente las condiciones de acceso de las personas extranjeras a este mercado -o de permanencia en él-, en virtud de las políticas estatales de regulación de los flujos migratorios.

A este respecto, la regulación pretende armonizar o conjugar dos finalidades que a primera vista parecen contradictorias: de un lado, la movilización de la fuerza de trabajo extranjera para atender a los requerimientos del sistema productivo y las necesidades de cuidado de las familias; de otro lado, la restricción de oferta de trabajo extranjera, con objeto de evitar la saturación del mercado de trabajo o de

eludir la entrada de personas que pudieran quedar en una situación de exclusión social.

Ciertamente, existe una tercera finalidad del Derecho migratorio, que sería la integración efectiva de los trabajadores migrantes una vez incorporados regular o irregularmente al territorio del Estado y al mercado nacional<sup>1</sup>. En este trabajo no se pondrá el foco sobre esta función, pese a su importancia trascendental, dado que no se refiere a la gestión de los flujos en sí misma considerada, sino más bien al modo de incorporación de las personas extranjeras que ya han conseguido acceder de algún modo al mercado de trabajo. Ahora bien, esta perspectiva no debe ser olvidada o ignorada en ningún momento, dado que, en realidad, las políticas de restricción de flujos pueden generar situaciones de vulnerabilidad de la población extranjera residente en el país de destino, que operen, en la práctica, como mecanismos reproductores de determinadas pautas de movilización de la fuerza de trabajo extranjera hacia ocupaciones muy precarias y degradadas. En otras palabras, la falta de integración efectiva de los migrantes surge en ocasiones como el efecto secundario perverso de una determinada forma de interacción entre la necesidad de restringir los flujos y la necesidad de atraer trabajadores extranjeros.

Cuando se contemplan las migraciones internacionales como fenómeno masivo, estas suelen explicarse como el resultado de la interacción de una serie de factores de expulsión y atracción (push/pull factors).

Los factores de expulsión pueden referirse a diversas situaciones: persecución política, étnica, religiosa o relacionada con el género, la identidad sexual o la orientación sexual; insatisfacción con determinados regímenes autoritarios; huida de conflictos bélicos o crisis climáticas; explosión demográfica; altos niveles de desempleo y salarios bajos en el país de origen, etc. Naturalmente, la intensidad con la que se presenten estos factores, junto con otros elementos del contexto, afectará al grado de libertad efectiva que tendrán las personas y familias migrantes para planificar y ejecutar sus proyectos migratorios.

Por otra parte, los factores de atracción pueden ser también muy variados, vinculándose en gran medida a las expectativas -reales o ficticias- que los migrantes pueden tener respecto a las condiciones de vida y trabajo en el país de destino, pero también a los eventuales vínculos sociales o familiares con otras personas que ya se han instalado en dicho país. Sin embargo, en este artículo nos interesa destacar sobre todo aquellos factores que derivan de los procesos formales o informales de movilización de mano de obra extranjera, es decir, del “efecto llamada” del mercado

<sup>1</sup> Describimos estas tres finalidades en Álvarez del Cuvillo, A., “La regulación de las relaciones laborales en tiempos de crisis”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 2, 2009, pp. 36-37. A estas tres añadíamos una cuarta finalidad, puramente simbólica o expresiva que solo puede contemplarse desde una perspectiva externa al discurso jurídico y que no abordamos en este estudio.

de trabajo. Como es sabido, desde los inicios del capitalismo, las necesidades de mano de obra del sistema productivo se han cubierto sistemáticamente a través de la movilización masiva de personas trabajadoras, tanto en el ámbito interno de un país (por ejemplo, del campo a la ciudad), como en el contexto internacional<sup>2</sup>.

En la actualidad, estos procesos de movilización siguen teniendo un impacto trascendental en la dimensión de los flujos migratorios. Así, el considerable incremento de los flujos de entrada de extranjeros en España que se produjo a partir de los años 2000<sup>3</sup> claramente respondía a las necesidades del mercado de trabajo de aquel momento<sup>4</sup>. Por eso mismo, el flujo de entrada descendió de manera bastante abrupta tras la crisis económica del 2008<sup>5</sup> y solo volvió a incrementarse a partir de la recuperación económica (con una previsible interrupción en el contexto de la pandemia).

Por otra parte, la demanda de mano de obra extranjera es compatible con las altas tasas de desempleo estructural, debido a la segmentación del mercado de trabajo<sup>6</sup>. Así, por ejemplo, el modelo productivo español ha generado un gran número de ocupaciones con reducidos niveles retributivos, condiciones laborales precarias o penosas y bajos niveles de prestigio o reconocimiento social en sectores

<sup>2</sup> Por todos, Wolf, E. (Trad. Agustín Bárcenas), *Europa y la gente sin historia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª Edición, 2005 [el original es de 1982 y la segunda edición de 1997], pp. 436 y ss.

<sup>3</sup> Este dato puede apreciarse, por ejemplo, consultando la Encuesta de Variación Residencial del INE (elaborada en función de los datos del padrón municipal) y, en concreto, las “Variaciones Residenciales Exteriores”.

<sup>4</sup> “Lo específico de nuestro desarrollo entre 2000 y 2007 ha sido la combinación de un crecimiento económico alto con el hecho de que haya estado basado en sectores que requieren mucha mano de obra”, (p. 25); “[...] el verdadero efecto llamada para la inmigración laboral es la existencia de una oferta amplia de puestos de trabajo que puede ser cubierta por inmigrantes (p. 31), Pajares Alonso, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, p. 25 [la explicación detallada se encuentra en las pp. 23-31].

<sup>5</sup> Véanse los análisis de Pajares Alonso, M. *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pp. 23-28; Carrasco Carpio y García Serrano. *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2012, pp. 38-30. Puede observarse la serie completa en la Encuesta de Variación Residencial del INE, anteriormente mencionada. Matizando estos datos, Mahía, R., “Evolución de la inmigración en España y mercado de trabajo”, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016*, destaca que el descenso del *stock* de extranjeros se debe en parte al retorno de gran parte de la población extranjera en tiempos de crisis, mientras que el número de entradas había seguido siendo significativo; aún así, las estadísticas del INE respecto al flujo de inmigración procedente del extranjero (disponibles desde 2008) que el propio autor utiliza, ponen de manifiesto que el número de entradas se redujo abruptamente de 2008 a 2009 y que siguió descendiendo significativamente, hasta volver a tomar una curva ascendente en 2014. Dicho de otro modo, existe un vínculo palpable entre la situación del mercado de trabajo y la entrada de extranjeros, aunque, desde luego, existen otros muchos factores que pueden influir en estas cifras.

<sup>6</sup> Cachón Rodríguez, L., *La “España inmigrante”: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*, Anthropos, 2009, pp. 33-45.

como la agricultura, la construcción o la hostelería. Al mismo tiempo, las crecientes necesidades de cuidado de las familias españolas, debido al envejecimiento de la población, la progresiva integración de las mujeres en el mercado de trabajo y la insuficiencia de los recursos públicos y privados ofertados, están generando importantes necesidades de trabajo doméstico o de servicios personales, que igualmente se termina prestando en condiciones poco deseables. A menudo, los trabajadores autóctonos no están dispuestos a cubrir estos puestos de trabajo en las condiciones en las que se ofrecen, debido a que sus expectativas son bastante más elevadas en virtud de factores muy diversos como la protección brindada por la familia, el nivel educativo alcanzado, el grado de bienestar obtenido por sus progenitores o la cultura de consumo dominante. Al mismo tiempo, el sistema social no podría permitirse una degradación absoluta de las condiciones de trabajo de la población autóctona, tanto por motivos de estabilidad socio-política, como por la necesidad de mantener la demanda de bienes y servicios en una sociedad de consumo masivo, de modo que el mantenimiento de ciertas condiciones para la población autóctona se ha terminado consiguiendo en gran medida a través de la movilización de la fuerza de trabajo extranjera<sup>7</sup>. Así pues, en España, durante el período de bonanza económica previo a la crisis financiera de 2008, los inmigrantes cubrieron estos desajustes del mercado de trabajo, lo que terminó favoreciendo un crecimiento económico que motivó la generación de nuevos puestos de trabajo de mayor calidad, que a su vez fueron ocupados por los trabajadores autóctonos, produciéndose así un efecto de movilidad ascendente para los nacionales<sup>8</sup>. En cualquier caso, la demanda de mano de obra extranjera no se explica solamente por la segmentación del mercado, sino también por la escasez relativa de personas trabajadoras que reúnan determinadas cualificaciones que son muy demandadas.

Desde la perspectiva de la eficiencia económica, en principio, la situación ideal sería la armonización o coincidencia de estos factores de atracción y expulsión. De este modo, las personas migrantes conseguirían realizar efectivamente sus proyectos migratorios y, al mismo tiempo, las empresas y familias españolas obtendrían la fuerza de trabajo necesaria para atender a los requerimientos del sistema productivo y reproductivo, incrementando los niveles

<sup>7</sup> A este respecto, Moulrier-Boutang, Y., *De la esclavitud al trabajo asalariado: economía histórica del trabajo asalariado embridado*, Akal, Madrid 2006 [título original de 1998], pp. 122-125, relaciona la movilización del trabajo exógeno con lo que llama “rigidez a la baja de la división del trabajo”. Así pues, defiende que, de los logros alcanzados por los trabajadores en la era keynesiano-fordista, el compromiso que se ha mantenido (relativamente) en pie tras las políticas neoliberales de los años 80 y 90, ha sido la expectativa de no descender a ocupaciones totalmente degradadas; esto solo había sido posible a través de la movilización de la fuerza de trabajo exógena. No obstante, el autor, ya advertía en aquel momento -en el contexto francés de finales de los años 90- un debilitamiento de este compromiso a partir de la naturalización de la población de origen extranjero y la depauperización de las capas más desfavorecidas de la población autóctona, lo que otorgaba una relevancia creciente al problema de la xenofobia, como efectivamente ha sucedido.

<sup>8</sup> Pajares Alonso, M. *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Op. Cit., pp. 28-29.



de bienestar totales. Esto no quiere decir que la conexión entre la atracción y la expulsión sea enteramente virtuosa. En efecto, es precisamente la situación de vulnerabilidad de los trabajadores alóctonos -motivada en gran medida por los factores de expulsión-, la que permite a los empleadores ofrecer puestos de trabajo en condiciones degradadas o precarias. De hecho, incluso podría argumentarse que esta posición de debilidad de los trabajadores migrantes a menudo genera un poder “monopsónico” de los empleadores que distorsiona la competencia<sup>9</sup>. Por otra parte, el proceso de captación de mano de obra extranjera tiende a estructurar la segmentación del mercado laboral en torno a parámetros basados en el origen étnico. Esto no solo implica que los migrantes tienen muchas dificultades para “escapar” de la posición de inferioridad en la que este mecanismo los sitúa, sino que, además, es muy probable que transmitan esta posición devaluada a sus descendientes, generando en la práctica una ciudadanía “de segunda categoría”. En definitiva, se generan desigualdades sociales sistemáticas de carácter adscriptivo que, no solo contradicen los principios ordenadores de las democracias liberales, sino que, además, pueden provocar profundas disfunciones sociales. Ahora bien, dado que este proceso masivo de reclutamiento de trabajadores extranjeros vulnerables parece ser un rasgo estructural del sistema, al que difícilmente se puede renunciar en las circunstancias actuales, estos problemas deben abordarse a través de la tercera finalidad pública que hemos mencionado, esto es, la integración social de los migrantes y de las minorías étnicas. En cambio, las finalidades que presiden la ordenación de los flujos migratorios laborales se dirigen más bien a procurar la máxima conexión posible entre los factores de atracción y los de expulsión.

En efecto, si las instituciones jurídicas que facilitan la movilización de la fuerza de trabajo no permiten atender a las necesidades cuantitativas o cualitativas de mano de obra del sistema productivo o a las necesidades de cuidado externo en el seno de las familias, es evidente que se producirán múltiples disfunciones económicas y sociales. Pero también es posible que las necesidades de mano de obra que no pudieran ser cubiertas en el marco de la legalidad, sobre todo si se refieren a trabajadores sin especial cualificación, se terminaran canalizando a través de la inmigración irregular, con todos los problemas sociales que ello conlleva. Es por ello que el control de flujos se dirige en gran medida, al menos en teoría, a facilitar que la movilización de la fuerza de trabajo se realice en condiciones de legalidad.

Al mismo tiempo, tampoco resulta económicamente eficiente que los procesos de expulsión terminen situando en el territorio nacional un elevado número de personas migrantes que no responda a las necesidades de mano de obra que concurren realmente en el mercado de trabajo. A este respecto, es posible concebir que la saturación de oferta de fuerza de trabajo implique una reducción de los salarios o de las condiciones de trabajo, o bien, si el coste de la mano de obra se

<sup>9</sup> Manning, A., “Monopsony in Labor Markets: a Review”, *ILR Review*, 74, 1/2021, pp. 15-16.

mantiene estable, un aumento de los niveles de desempleo<sup>10</sup>. Ciertamente, como hemos visto, la segmentación del mercado de trabajo implica que no se produce en realidad una sustitución plena de los trabajadores autóctonos por los alóctonos, en la medida en que unos y otros se sitúan en segmentos diferenciados. No obstante, lo cierto es que la separación entre unos y otros segmentos no es absoluta, por lo que no se puede descartar que la saturación de mano de obra termine perjudicando a las capas más vulnerables de la población autóctona y, naturalmente, también a los extranjeros previamente incorporados. En todo caso, aunque se asumiera que la competencia entre los extranjeros recién llegados y la población autóctona fuera imposible, esto significaría que se generarían bolsas crecientes de marginación y exclusión social difícilmente asumibles por el estado de acogida. Desde luego, la acogida de personas extranjeras que no son demandadas por el mercado de trabajo nacional resulta a menudo oportuna, o incluso absolutamente necesaria, desde una perspectiva, no ya económica, sino ética o jurídica (así, por ejemplo, sucede en el asilo, la protección subsidiaria o la reagrupación familiar). Sin embargo, en las circunstancias actuales, desgraciadamente parece ineludible que los Estados pongan algún tipo de límite a su capacidad de acogida<sup>11</sup>, precisamente porque la movilidad no se debe a decisiones puramente espontáneas o individuales, sino a los profundos desequilibrios que subyacen a los factores de expulsión; en cualquier caso, la hipotética decisión legislativa de apertura total del país a las migraciones exteriores no sería compatible con la inserción en la UE y el Espacio Económico Europeo. Es por ello que las políticas migratorias se dirigen en gran medida -y quizás principalmente- a la restricción de los flujos, limitando el acceso de personas migrantes tanto al territorio nacional, como, en concreto, al mercado de trabajo español.

En este contexto, por supuesto, el ideal regulatorio desde el punto de vista de la utilidad económica sería el de un marco institucional que consiguiera cubrir exactamente las necesidades de mano de obra del mercado de trabajo -en términos cuantitativos y cualitativos-, a través de la canalización de la presión migratoria y evitando al mismo tiempo la entrada de migrantes que no fueran requeridos por el mercado de trabajo, más allá de su posible admisión por motivos éticos o jurídicos.

<sup>10</sup> A menudo estas cautelas se conectan con la idea clásica del marxismo del “ejército industrial de reserva”, que hace referencia a la necesidad de que exista una sobrepoblación obrera que implique un desempleo estructural para mantener las condiciones de la acumulación capitalista (y, en su caso, los salarios de subsistencia)..

<sup>11</sup> Desde luego, las fronteras de los países europeos no han estado siempre cerradas, aunque hay que destacar que los momentos de apertura coinciden con fases de emigración masiva desde Europa hacia otros países. Es curioso que a principios del siglo XX, Van Gennep, A., *Los ritos de paso*, Alianza, Madrid, 1998 [texto original de 1909], p. 30, destacaba que el paso de las fronteras era libre “en las regiones civilizadas”, por lo que termina estudiando los elementos mágico-religiosos de unas restricciones que se asociaban a los pueblos “primitivos”. Ya en el siglo XVI, Francisco de Victoria identificaba un derecho natural a la migración, que en último término terminaba legitimando la colonización y conquista de América.

Sin embargo, hoy por hoy, este ideal es materialmente imposible de articular con precisión, no solo por razones técnicas, sino también porque la fuerza de trabajo no puede realmente operar como un factor de producción impersonal que se desprenda de las personas que la producen y reproducen. Por ello, las dos finalidades de la gestión pública de los flujos migratorios (restricción y movilización) se terminan presentando efectivamente como contradictorias, lo que exige mecanismos de armonización entre ellas.

## 2. EL MODELO GENERAL DE ARTICULACIÓN DE LAS FINALIDADES DE CONTROL DE LOS FLUJOS

En otro estudio hemos estudiado la evolución de la normativa migratoria en España, conectándola con los cambios económicos y sociales de cada momento histórico<sup>12</sup>; de este modo, hemos podido identificar algunos rasgos esenciales del modo en que nuestro modelo de regulación de las migraciones aborda estas contradicciones entre la necesidad de restringir los flujos y la necesidad de movilizar fuerza de trabajo. Exponemos aquí a grandes rasgos estos elementos característicos, reelaborándolos a partir del enfoque de este trabajo y de los cambios normativos más recientes:

- Existe un sistema de “doble regulación”, esto es, una superposición contradictoria entre la regulación formalmente vigente y las pautas informales extrajurídicas a las que se ajustan verdaderamente las expectativas de los trabajadores y empleadores, e incluso de los poderes públicos.
- En este sentido, el marco jurídico parte de la base de una regla general restrictiva, que bloquea inicialmente las posibilidades reales de acceso al mercado de trabajo de los extranjeros. Al mismo tiempo, esta regla prohibitiva se ve desbordada continuamente tanto por la presión migratoria (factores de expulsión) como por las necesidades de reclutamiento (factores de atracción). Como consecuencia de ello, periódicamente se van acumulando bolsas crecientes de trabajadores migrantes en situación irregular. Por supuesto, esta situación resulta deplorable. Sin embargo, al mismo tiempo, este fenómeno resulta funcional para el mantenimiento y reproducción de un sector informal de la economía que, ya desde antes del cambio de sentido de los flujos migratorios, había tenido una presencia significativa en España y que se ve continuamente alimentado con el flujo de inmigrantes en situación irregular.

<sup>12</sup> Álvarez del Cuillo, A., “La adaptación del modelo de regulación de las migraciones laborales a los cambios económicos y sociales: una perspectiva evolutiva”, *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social. Estudios Financieros*, nº 351/2012, pp. 69-96. El modelo general ya se esbozaba en Álvarez del Cuillo, A., “La regulación...”, *Op. Cit., per totum*.

- Como contrapartida de las disfunciones sociales producidas por la irregularidad, el ordenamiento despliega diversas estrategias de compensación, destinadas tanto al reclutamiento efectivo de los trabajadores en condiciones de legalidad, como a evitar el crecimiento de las bolsas de inmigrantes en situación irregular. Para ello se genera una normativa muy prolija y detallada, en la que las reglas generales, muy restrictivas, se matizan siempre con múltiples excepciones, relacionadas con las necesidades del sector formal de la economía (condicionantes económicos) o con las circunstancias personales de las personas migrantes (condicionantes éticos o jurídicos). Estas excepciones sustituyen en la práctica a las reglas que se presentan como “generales” y conforman las vías por las que realmente se puede acceder al mercado de trabajo español, ya sea en origen o, más habitualmente, como una transición desde la irregularidad u otras situaciones previas. Esto se complica aún más con una tendencia al cambio vertiginoso de las normas reguladoras y de las prácticas administrativas, que se dirige a corregir tanto los excesos como los defectos del flujo migratorio, para adaptarse a las vicisitudes económicas, productivas y sociales de cada momento y a los efectos secundarios perversos de la propia legislación restrictiva. Esto implica fenómenos como las reformas normativas continuas, las regularizaciones “extraordinarias”, el favorecimiento de la discrecionalidad administrativa o la superposición contradictoria entre normas de distinto rango, o entre normas e instrucciones aplicativas. Como consecuencia de todo ello, el Derecho de Extranjería se convierte en un sector del ordenamiento extremadamente difícil de manejar.

Lógicamente, todo ello resulta muy criticable desde una perspectiva técnico-jurídica. En cualquier caso, hay que admitir que, en algunos momentos, se han producido intentos de racionalizar el modelo, particularmente, a través de las regulaciones reglamentarias de 2004, 2011, 2022 y 2024<sup>13</sup>. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, no puede decirse que los elementos esenciales del mecanismo general de regulación de los flujos migratorios se hayan transformado sustancialmente, como se verá a lo largo de este estudio.

Ciertamente, el ritmo vertiginoso de los cambios normativos se ralentizó relativamente durante unos años, pero esto no fue más que un efecto reflejo de la reducción de los flujos migratorios que se produjo a partir de la crisis económica de 2008. Los cambios posteriores no han hecho más que abundar en los elementos anteriormente destacados. Por ejemplo, en el contexto de la pandemia,

<sup>13</sup> Este trabajo fue entregado y admitido para publicación varios meses antes de la publicación del RD 1115/2024, de 15 de noviembre (REX), cuando todavía no se había hecho público el borrador previo. La adaptación a la nueva normativa ha debido hacerse en fase de pruebas, sin que el texto se haya enfocado particularmente en las novedades, que, sin embargo, han debido tomarse en consideración. Las referencias al articulado del REX, salvo error o indicación expresa, deben considerarse hechas al nuevo reglamento, sin tener en cuenta la *vacatio legis* (entrada en vigor a 20 de mayo de 2025).

la escasez de mano de obra en el sector agrario hubo de abordarse a través de medidas excepcionales que incluían una regulación *ad hoc* del estatuto jurídico de determinados trabajadores migrantes (Real Decreto Ley 13/2020 y Real Decreto Ley 19/2020). Por otra parte, aunque la consolidación del “arraigo social” como mecanismo estandarizado de regularización ha detenido durante muchos años las regularizaciones y pararegularizaciones extraordinarias que habían sido muy comunes en otros períodos, el número de inmigrantes en situación irregular ha seguido aumentando a partir del año 2015, hasta el punto de que recientemente se ha promovido una iniciativa legislativa popular dirigida a llevar a cabo una nueva regularización<sup>14</sup>. En el año 2022 se llevó a cabo una reforma del Reglamento de Extranjería dirigida explícitamente a abordar tanto los problemas derivados de la escasez de mano de obra en determinadas ocupaciones, como las múltiples disfunciones sociales generadas por el modelo migratorio<sup>15</sup>. No obstante, durante el año 2023, antes de que pudiera evaluarse la eficacia de esta última modificación, se estaba trabajando ya en un nuevo texto articulado completo para el Reglamento de Extranjería, que finalmente se ha publicado en noviembre de 2024 (RD 1155/2024).

### 3. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS PROBLEMAS PARA LA CAPTACIÓN DE MANO DE OBRA EXTRANJERA

#### 3.1. La modulación de la libertad de trabajar

El control de los flujos migratorios por parte de los poderes públicos se articula en torno al mecanismo general de la exigencia de autorización administrativa para la contratación de trabajadores extranjeros. Anteriormente hemos indicado que, en la actualidad, seguramente resulta inevitable que los Estados lleven a cabo, al menos hasta cierto punto, un control restrictivo de los flujos migratorios. Desde esta perspectiva, quizás podría considerarse también ineludible el mecanismo de la autorización administrativa, por cuanto este es el modo en el que las mencionadas

<sup>14</sup> “Proposición de Ley para una regularización de las personas extranjeras en España” [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-330-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-330-1.PDF). En el texto de la iniciativa, se toma la estimación de finales de 2019 del número de inmigrantes en situación irregular, de entre 390.000 y 470.000. Las estimaciones más recientes cifran este número en unas 700.000 personas. Por otra parte, el Gobierno ha estimado que el nuevo reglamento de 2024 podrá implicar en sí misma una regularización de 300.000 personas en 3 años (Nota de Prensa de 19-11-2024).

<sup>15</sup> *Vid.*, Ceinos Suárez, A., “Novedades en materia de Extranjería: el RD 629/2022, de 26 de julio y el acceso al empleo de los nacionales de terceros estados”, en AAVV (Coord. Carolina Martínez Moreno, Marcos Óscar Martínez Álvarez), *El derecho del trabajo que viene: reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, 2023, Colex, 2023; Ramos Poley, L., “El nuevo modelo de gestión laboral de la migración a partir de la reforma operada por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio”, *Revista de Trabajo. Estudios Financieros*, n° 475/2023, pp. 107-140.

restricciones se pueden materializar en el plano jurídico. Desde luego, no se trata de una particularidad del ordenamiento español y, de hecho, la normativa de la Unión Europea -por ejemplo, la reciente Directiva 2024/1233/UE-, asume la autorización administrativa como punto de partida. Sin embargo, cabe plantearse, al menos como hipótesis de trabajo hacia el futuro, si sería posible configurar un modelo de gestión de los flujos en el que las restricciones se concentraran en el acceso al territorio y la autorización de residencia en el Estado receptor -por más que se condicionaran a las necesidades del mercado de trabajo-, sin impedir directamente el trabajo por cuenta ajena en condiciones de legalidad de las personas incorporadas efectivamente al territorio, en tanto que no fueran expulsadas.

Este carácter aparentemente irrenunciable de la autorización administrativa para trabajar o residir en el país de acogida, explica su aceptación generalizada, a pesar de las evidentes contradicciones que presenta con el modelo arquetípico del “contrato de trabajo libre”<sup>16</sup> sobre el que se sostiene el Derecho Laboral en las democracias liberales. En el ordenamiento jurídico español actual se asume que los trabajadores extranjeros tienen un contrato de trabajo ordinario, sin ningún tipo de excepcionalidad, sobre el que se superpone una regulación administrativa que se representa como un elemento externo a la regulación contractual y que afecta a las condiciones de trabajo reales sin alterar su esencia. Sin embargo, siguen apareciendo ciertas tensiones entre la regulación administrativa y la lógica puramente contractual del trabajo asalariado libre.

Desde luego, la autorización administrativa, por definición, supone una excepción muy significativa a la regla general de libertad de contratación entre las partes que idealmente caracteriza al uso de la fuerza de trabajo en el sistema capitalista<sup>17</sup>. Pero, además, la superación de esta restricción inicial no significa que la incorporación al mercado sea plena, puesto que habitualmente se opta por una integración progresiva y escalonada del trabajador migrante, que puede pasar por diversos estadios de “liminaridad” que lo sitúan en una posición de cierta vulnerabilidad generada por el sistema jurídico, al menos hasta que se alcance la integración jurídica plena con la residencia de larga duración o la nacionalidad.

En el ordenamiento español, la autorización inicial tiene, como regla general, una duración máxima de un año (art. 73.4 REX) y difícilmente será inferior<sup>18</sup>; el

<sup>16</sup> Destaca estas contradicciones Moulier Boutang, Y., *Op. Cit.*, pp. 137 y ss (en menor medida, pp. 61-62).

<sup>17</sup> El sistema capitalista, en realidad, ha convivido históricamente tanto con la esclavitud, como con diversas modalidades de trabajo intervenido administrativamente o “embridado”, a menudo relacionadas con la movilización internacional de la fuerza de trabajo, *Ibid.*, *per totum*.

<sup>18</sup> Aunque el RD 1155/2024 introduce la posibilidad de una duración inferior al año, parece poco conveniente acudir a la autorización administrativa para un contrato de corta duración. En todo caso, también se admite ahora la autorización “de temporada” más allá del procedimiento de gestión colectiva (art. 101 REX), que permite acudir al contrato fijo-discontinuo.

contrato de trabajo que se presente debe garantizar la prestación laboral durante este período [art. 74.1 b) REX], por lo que normalmente se pactará con carácter indefinido. Sin embargo, al mismo tiempo, la duración indefinida del contrato se ve en cierto modo condicionada por la duración limitada de la autorización, cuya expiración impediría la continuidad del contrato, si bien es cierto que esta se renueva con bastante facilidad si la relación laboral se ha mantenido durante todo el período [art. 80.2 a) REX].

Por otra parte, en España se permite al trabajador autorizado cambiar de empleador durante este período inicial de un año, lo que debe valorarse positivamente, porque no sucede en todos los países. Sin embargo, en la regulación de 2024, se establece un período mínimo de permanencia en el empleo de tres meses, salvo que concurran determinadas circunstancias (art. 79 REX), que implica una cierta matización de la libertad de trabajo dirigida a compensar la inversión del empleador que solicitó la autorización. Asimismo, en el régimen especial de trabajadores altamente cualificados la Administración ha interpretado que el cambio de empleador implica necesariamente una nueva solicitud<sup>19</sup>, ligando así más fuertemente al trabajador con la empresa.

En otro orden de cosas, la necesidad del trabajador de renovar la autorización para evitar la irregularidad sobrevenida puede condicionar en la práctica sus decisiones, produciendo una situación de cierta vulnerabilidad. Inicialmente, el desequilibrio de poder era más palpable, en la medida en que un eventual despido o extinción a iniciativa del empresario podía situar al trabajador en una posición particularmente precaria de cara al futuro, al dificultar la renovación de la autorización. Sin embargo, a partir de la reforma de 2022 se facilitaron las condiciones de renovación, contribuyendo así a mejorar la situación de los migrantes en situación de autorización inicial<sup>20</sup>. Por lo demás, la autorización inicial se restringe, como regla general, a una comunidad autónoma y a una ocupación determinadas (38.5 LOEX, 73.1 y 4 REX)<sup>21</sup>. Esta limitación resulta comprensible, puesto que opera como garantía del cumplimiento efectivo del requisito de consideración de la situación nacional de empleo, que se analizará más adelante, pero al mismo tiempo resulta indudable que supone una cierta excepcionalidad respecto a la regla general de libertad de trabajo que supuestamente se aplica en el contexto capitalista.

<sup>19</sup> Criterios de Aplicación de la Ley 14/2013 publicados por la Dirección General de Migraciones.

<sup>20</sup> Expone estos cambios, Ramos Poley, L., “El nuevo modelo...”, *Op. Cit.*, p. 119. Aunque el precepto se ha modificado en 2024 para introducir algunas mejores técnicas, no se han modificado sustancialmente los requisitos.

<sup>21</sup> El RD 1155/2024 ha expandido el ámbito de restricción a la comunidad autónoma, pues en la regulación anterior era la provincia. Las comunidades autónomas con competencias en la materia podrán restringir este ámbito dentro de su territorio (art. 73.4 REX).

Por lo demás, actualmente se prevé una duración bastante amplia, de cuatro años, para la autorización renovada (art. 81.1 REX). De este modo, tras la finalización de esta segunda autorización, podría pasarse directamente a la residencia de larga duración o larga duración-UE, de carácter indefinido [arts. 32.2 LOEX; arts. 176 a) y 183.1 REX], que supondría una integración laboral plena en el plano jurídico-formal<sup>22</sup>. Sin duda esto supone una reducción de la situación de “liminaridad” o precariedad antes descrita, favoreciendo así una progresión más rápida en la integración plena de los extranjeros incorporados legalmente al mercado laboral.

### **3.2. Los efectos secundarios del mecanismo autorizador sobre la captación de fuerza de trabajo extranjera**

Aunque desde el punto de vista jurídico-formal, la restricción más importante para la movilización de la fuerza de trabajo extranjera sería la consideración de la situación nacional de empleo, lo cierto es que el propio procedimiento administrativo autorizador, considerado en sí mismo, supone un desincentivo mucho más importante para el reclutamiento inicial de personas extranjeras, en la medida en que su prolongación en el tiempo choca frontalmente con la satisfacción efectiva de las necesidades empresariales que subyacen a la decisión de contratar.

Para solicitar la autorización de trabajo por cuenta ajena, el empleador debe iniciar un procedimiento administrativo particularmente complejo<sup>23</sup>, que tendrá una duración incierta, pero en todo caso prolongada en el tiempo. El plazo máximo para resolver el procedimiento es de tres meses (Art. 77.6 y DA 7ªREX), pero en realidad a veces se prolonga bastante más -incluso a veces nueve meses-, dado que las Oficinas de Extranjería se encuentran a menudo sobrepasadas y con vacantes de personal sin cubrir<sup>24</sup>. Posteriormente, la persona extranjera deberá solicitar su visado a través de otro procedimiento administrativo, para poder acceder legalmente al territorio nacional (arts. 38 y 40 REX), con un plazo máximo de resolución de un mes (art. 40.3 y DA 7ª.2 REX). Todo ello implica que, por supuesto, la incorporación al puesto de trabajo solo puede producirse varios meses después

<sup>22</sup> Por supuesto, todo esto en el caso de que no se haya obtenido la nacionalidad española por residencia, conforme a lo previsto en el art. 22.1 del Código Civil.

<sup>23</sup> Sobre la complejidad del procedimiento y la insuficiencia de las últimas medidas adoptadas a este respecto por su carácter indirecto, *Vid.* Andrés Llamas, M.A., “El desafío de la simplificación de los procedimientos administrativos de extranjería”, en AAVV, (dir. Héctor Centeno Martín y Miguel Ángel Andrés Llamas), *Procesos migratorios y desafíos en el marco del pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular*, Universidad de Salamanca, 2023, p. 385.

<sup>24</sup> Respecto a las vacantes en las oficinas, *Ibid.*, pp. 386 y 388. En lo relativo a los plazos de resolución, un portal de información a inmigrantes publicaba a principios de noviembre de 2024 que la oficina de Madrid -una de las más saturadas- estaba resolviendo expedientes de solicitud de autorización inicial de 22 de enero de 2024, lo que implicaría unos nueve meses: <https://www.parainmigrantes.info/fechas-de-tramitacion-de-expedientes-de-extranjeria-madrid/>



de la solicitud y, además, en una fecha completamente indeterminada, lo que dificulta cualquier tipo de planificación. Por todos es sabido que, en la actualidad, la actividad empresarial presenta una importante volatilidad e incertidumbre, especialmente en las ocupaciones más precarias del sector servicios, en las que habitualmente se ubican los inmigrantes. A todo esto se añade que el tejido productivo español está compuesto fundamentalmente por pequeñas y medianas empresas, que habitualmente tienen una capacidad económica y organizativa limitada para participar en estos procedimientos complejos y que, además, es difícil que puedan prever sus necesidades a medio plazo. Dicho de otro modo, lo más habitual es que, cuando una empresa necesite un trabajador, lo precise de manera inmediata, resultando inviable embarcarse en un procedimiento largo e incierto para el reclutamiento. El caso más extremo -pero que no es en absoluto marginal en términos cuantitativos<sup>25</sup>- es el que se produce en el ámbito del servicio doméstico, particularmente para cuidar a personas dependientes. En estos casos, la necesidad suele aparecer de manera inmediata y parece difícil que una familia pueda permitirse esperar varios meses en un procedimiento administrativo bastante complejo. Ciertamente, existe una cierta capacidad de previsión en determinados “trabajos de temporada”, lo que ha permitido que estos se canalicen, como veremos, a través del procedimiento de gestión colectiva de contrataciones en origen.

Podemos concluir a este respecto que, en la mayoría de los casos, los empresarios solo acuden al “régimen general” para contratar a trabajadores extranjeros cuando no resulta viable contratar a españoles, comunitarios o extranjeros ya autorizados, lo cual implica un cumplimiento espontáneo del requisito de la situación nacional de empleo. Aún en estos casos, dada la importancia que presenta en nuestro país la economía informal, sobre todo en el ámbito del servicio doméstico, es muy posible que muchas personas extranjeras estén prestando servicios de manera irregular para el empleador que solicita la autorización, de modo que se pretenda acudir al procedimiento administrativo para regularizar una situación preexistente, pero contraria al orden normativo. Esto solo será factible cuando se pudiera sortear el principio de contratación en origen, como veremos más adelante.

### **2.3. Las excepciones a la autorización y los supuestos de aligeramiento de la carga administrativa**

La excepción más importante respecto a la necesidad de autorización administrativa para emplear a trabajadores extranjeros es, por supuesto, la que deriva de la integración de España en la Unión Europea. Como es bien sabido, a los trabajadores procedentes del Espacio Económico Europeo y Suiza -que todavía suelen denominarse impropiaemente como “comunitarios”- y a los miembros de

<sup>25</sup> Si observamos las estadísticas de concesión de autorizaciones de trabajo a extranjeros por sector de actividad (PTE-14), el sector que presenta mayores autorizaciones es, con diferencia, el del servicio doméstico

sus familias (art. 2 RD 240/2007), no se les exige ningún tipo de autorización administrativa para trabajar, por lo que la contratación es libre. En este contexto, podría decirse que el método más eficaz para canalizar las necesidades de empleo que no pueden cubrirse con la mano de obra ya integrada en el mercado de trabajo nacional sería acudir a este espacio de libre circulación de trabajadores y, de hecho, así sucede en muchos casos<sup>26</sup>. Sin embargo, esto no siempre se consigue. Respecto a la necesidad de reclutar profesionales altamente cualificados, no siempre es posible competir con empleadores de otros países del mismo entorno en donde los salarios son más elevados y las condiciones de trabajo más beneficiosas. Por otra parte, en lo relativo a los empleos más precarios, no siempre concurren las condiciones económicas, políticas y sociales que configuran los “factores de expulsión” a los que hicimos referencia anteriormente. En todo caso, las diferencias económicas y en los niveles de bienestar han permitido la movilización de una apreciable cantidad de trabajadores de Rumanía y, en menor medida, de Bulgaria<sup>27</sup>. Esta forma de movilización resulta, además, más elástica en lo que respecta a los cambios de ciclo económico, dado que los ciudadanos de estos países en principio tienen menores dificultades para retornar a ellos en períodos de crisis, dado que el proyecto migratorio es menos costoso y que tienen más posibilidades de volver a España en el futuro. No obstante, parece claro que la mano de obra procedente de estos países no resulta suficiente para cubrir las necesidades de mano de obra existentes, seguramente porque la integración en el espacio de libre circulación permite a estos trabajadores optar por empleos en mejores condiciones en otros estados miembros. También podrían tomarse en consideración las ventajas operativas para los empleadores asociadas a otras procedencias, como la cercanía geográfica en el caso de Marruecos o el idioma respecto a los países hispanoamericanos.

Por otra parte, en lo que respecta a los familiares cercanos de los ciudadanos españoles, anteriormente se les aplicaba el régimen comunitario, pero el nuevo reglamento ha configurado un régimen específico (arts. 93 y ss REX), que permite la obtención de una residencia temporal que no requiere autorización para trabajar (art. 95.1 REX).

Más allá de esto, los artículos 41 LOEX y 88 REX establecen una serie de excepciones a la necesidad de autorización de trabajo, que, de cualquier modo, no afectarían a la necesidad de autorizar la residencia legal. Estas excepciones son

<sup>26</sup> Así, según los datos de octubre de 2024, el 31,56% de los extranjeros afiliados a la Seguridad Social en España provienen de países de la Unión Europea.

<sup>27</sup> Según las estadísticas de población extranjera del INE en 2022, en España reside un número muy importante de búlgaros y, sobre todo, de rumanos, siendo esta última la segunda nacionalidad con más presencia en España, solo por debajo de Marruecos. El número de rumanos se incrementó de manera extraordinaria durante los años 2000, antes de la adhesión de Rumanía a la UE, coincidiendo con el *boom* de la construcción; en el periodo entre 2008 y 2015, el número de rumanos residentes en el país superaba al de marroquíes, aunque España había aplicado durante la crisis una “cláusula de salvaguarda” de carácter transitorio que le permitía establecer restricciones.

muy variopintas y responden a motivos diversos, pero todas ellas tienen un marcado carácter de excepcionalidad. A grandes rasgos, se ha distinguido<sup>28</sup> entre aquellas que atienden a las particularidades del empleador (instituciones culturales, centros de investigación, universidades, etc<sup>29</sup>), las que responden a las particularidades de la actividad a desarrollar (artistas para actuaciones puntuales, ministros de culto, corresponsales de medios de comunicación extranjeros, desplazados en una prestación de servicios transnacional dentro de la UE) y, por último, las relativas a peculiaridades del trabajador extranjero (menores tutelados).

En otro orden de cosas, existen una serie de supuestos que no constituyen en sentido estricto una exención de la autorización de trabajo, pero que, en la práctica, llevan a consecuencias casi idénticas, porque las personas beneficiarias solo tienen que tramitar la estancia de larga duración o la residencia -según el caso- y estos documentos les permiten ya acceder legalmente al mercado de trabajo español, teniendo la consideración automática de autorizaciones de trabajo. A este respecto, destaca el régimen de los estudiantes extranjeros que cursen estudios superiores, en los términos establecidos por el art. 57 REX en relación con el 52.1 a) REX; para ellos, la autorización de estancia de larga duración funciona simultáneamente como autorización para trabajar por cuenta ajena, siempre que las tareas sean compatibles con el cumplimiento de la finalidad formativa de la estancia. En este contexto, hay que destacar la situación peculiar de los estudios de especialización sanitaria, que naturalmente implican en sí mismos la suscripción de un contrato de trabajo en la relación laboral de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, sin que sea necesaria una autorización de trabajo específica (art. 58 REX). Asimismo, la autorización de residencia por reagrupación familiar del cónyuge y de los hijos del reagrupante, permite a los beneficiarios trabajar por cuenta ajena sin necesidad de una autorización adicional (art. 19 LOEX)<sup>30</sup>. Por último, la autorización de residencia por circunstancias excepcionales que se tratará más adelante, también permite el trabajo por cuenta ajena a todas las personas que tengan la edad mínima (art. 131 REX).

En otros casos, se mantiene la autorización de trabajo, pero se simplifican las cargas administrativas que esta supone, con objeto de abordar necesidades específicas. A este respecto, resulta especialmente destacable el sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen (art. 39 LOEX y arts. 113 y ss REX). Este mecanismo ha funcionado con bastante eficacia en lo que respecta a la movilización de la mano de obra en actividades “de temporada”, fundamentalmente en el

<sup>28</sup> Valdeza Blanco, M.D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 173-174.

<sup>29</sup> No obstante, debe tomarse en consideración la previsión de un régimen de autorización de residencia y trabajo de investigadores del art. 38 bis LOEX.

<sup>30</sup> Como regla general, el extranjero autorizado puede reagrupar a sus familiares cuando lleva un año de residencia legal y ha solicitado renovación (art. 68.1 REX).

ámbito agrícola, dado que en estos casos existe una cierta previsibilidad de las necesidades futuras que facilita la planificación de la contratación con suficiente antelación. Esta gestión colectiva “de temporada” se redefinió a partir de 2022 como “migración circular”, en coherencia con los objetivos de la reforma laboral de 2021. Los problemas fundamentales de esta vía de acceso al mercado de trabajo español, en lo que respecta a la migración “de temporada”, no se refieren tanto a la canalización de las necesidades de mano de obra como a la protección efectiva de las personas reclutadas, que a menudo se encuentran en una situación de enorme vulnerabilidad<sup>31</sup>. En todo caso, en lo que atañe a las relaciones entre la lógica del mecanismo autorizador y la generación de vulnerabilidad, resulta criticable que la autorización de cuatro años para el trabajo “circular” se refiera en principio a un único empleador (art. 167.3 REX), puesto que esta vinculación entre el trabajo para una empresa determinada y la vigencia de la autorización -una vez más, una excepción respecto a la lógica del trabajo “libre” asalariado- atribuye a los empresarios un poder suplementario que puede facilitar situaciones de abuso<sup>32</sup>.

Otro supuesto muy importante de simplificación de las cargas administrativas es el de la contratación de trabajadores “altamente cualificados” conforme a lo previsto en los artículos 71 y ss. de la Ley 14/2013 (que fue reformada en 2023 a este respecto). Naturalmente, el régimen jurídico se vincula al previsto en la normativa de la UE -actualmente recogido en la Directiva 2021/1883/UE-, que, como institución ha mostrado una notable preocupación por el establecimiento de mecanismos que faciliten el reclutamiento de trabajadores de elevada cualificación para el espacio de libre circulación europeo. En todo caso, la normativa española desdobra el régimen jurídico en dos situaciones distintas, la de los trabajadores altamente cualificados con tarjeta azul-UE y la de aquellos que no cuenten con dicha tarjeta; la primera implica requisitos más exigentes, pero también una movilidad más sencilla entre los Estados miembros. En ambos supuestos, el aligeramiento del procedimiento administrativo es extraordinario en comparación con el régimen general, dado que la gestión de las solicitudes se encomienda a una entidad especializada (la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos), el plazo de resolución es de solo 20 días y el silencio administrativo, al contrario que en el régimen general, es positivo (art. 76.1 de la Ley 14/2013). De este modo, se reducen enormemente y casi se eliminan los impedimentos que supone

<sup>31</sup> Vid. Cialti, P., Capítulo 12: la contratación en origen para el trabajo de temporada en el sector agrícola. Especial referencia a la actividad frutícola onubense”, en AAVV (dir. Santiago González Ortega) *El trabajo en el sector agrario*, Laborum, Murcia, 2024. En las pp. 508-519 se detalla cómo los procesos de selección se canalizan a través de estereotipos y prejuicios discriminatorios que a menudo se dirigen a construir un perfil de persona vulnerable que supuestamente se sometería a cualquier tipo de exigencias; en las pp. 535-542 se proponen vías para mejorar la eficacia de la protección. Sobre la situación de explotación -en ocasiones, extrema- de las mujeres temporeras resulta de interés el estudio: AAVV, *La situación de las jornaleras en los campos de fresa de Huelva: Informe Jurídico*, 2021.

<sup>32</sup> En este sentido, Ceinos Suárez, A., *Op. Cit.*, p. 192.

el mecanismo de la autorización para un reclutamiento efectivo de trabajadores extranjeros<sup>33</sup>. Por lo demás, la autorización inicial se emite como regla general por un periodo de 3 años y es renovable por periodos de 2 años.

Un planteamiento alternativo al de el aligeramiento de los plazos es la autorización provisional de trabajo de determinadas personas extranjeras en tanto se resuelve definitivamente la solicitud, de modo que la dilatación del procedimiento administrativo no se convierta en un obstáculo para la contratación. Esta solución se ha adoptado para el colectivo de los deportistas profesionales, que, si bien no detenta una elevada cualificación en sentido formal, presenta un cierto carácter estratégico respecto a otras ocupaciones<sup>34</sup>. A este respecto, en los primeros años 2000 se advirtió que los plazos establecidos por las federaciones deportivas y ligas profesionales hacían imposible la contratación en origen, precisamente por la prolongación de los plazos administrativos a la que hemos hecho referencia<sup>35</sup>. A estos efectos, en la Resolución de 12-8-2005 de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración se recoge un Acuerdo de Consejo de Ministros, que permite (instrucción tercera. 1) que el deportista extranjero desarrolle provisionalmente la prestación laboral contratada mientras se tramita la correspondiente autorización, siempre que se disponga de una certificación visada por el Consejo Superior de Deportes y se satisfagan las obligaciones de seguridad social<sup>36</sup>.

Al margen de esta solución puntual, el REX reconoce expresamente algunos supuestos de “autorización provisional para trabajar”. De un lado, se concede este beneficio a las personas extranjeras que hayan sido víctimas de determinados delitos o que colaboren con las autoridades (arts. 135.2, 143.4, 144.3, 139.2, 152.4 REX); de otro lado, se aplica también a quienes finalicen una estancia de larga duración por estudios y situaciones asimiladas y quieran pasar a una situación de residencia y trabajo (art. 190.7 REX), conectando con una estrategia general de reclutamiento de estudiantes.

<sup>33</sup> En cambio, como se ha visto, la autorización estaría ligada, en principio, a un único empleador.

<sup>34</sup> Esta especialidad podría, no obstante, ser objeto de crítica, en la medida en que se considere que, simplemente, lo que ha sucedido es que se ha consolidado un modelo de incorporación al mercado nacional que, en la práctica, pasa por un periodo inicial de irregularidad y que esta situación terminaba resultando especialmente “escandalosa” en el ámbito del deporte profesional, por su marcado carácter mediático.

<sup>35</sup> Vergara Prieto, N., “Tratamiento jurídico del deportista profesional extranjero”, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, 18/2020, pp. 135-137.

<sup>36</sup> Por otra parte, la Instrucción DGI/SGRJ/02/2009 clarifica la necesaria incorporación de la liga femenina de fútbol-sala, en virtud de las exigencias de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

## 4. EL PRINCIPIO DE CONTRATACIÓN EN ORIGEN Y SUS EXCEPCIONES

### 4.1. El modo real de incorporación de inmigrantes al mercado de trabajo nacional

El bloqueo de los flujos de entrada de trabajadores extranjeros no se debe únicamente al establecimiento de un procedimiento administrativo para la contratación, sino también a la pauta que podríamos denominar “principio de contratación en origen”. Este principio implica que, como regla general, el legislador asume que la selección y el reclutamiento de los trabajadores externos al mercado nacional se realiza cuando estos todavía no han accedido al territorio del país de destino. A primera vista, la regla parece lógica desde la perspectiva del control de flujos, puesto que la entrada en el territorio nacional de un número amplio de personas que carecen de recursos podría generar responsabilidades en materia de protección social o, en su caso, problemas de integración. Por ello, se pretende que los extranjeros que residan en España dispongan de antemano de sus propios medios de subsistencia, o, al menos, de la expectativa de obtenerlos a través del trabajo -asalariado o por cuenta propia-, que debería ser previamente autorizado.

El principio de contratación en origen se materializa en la exigencia de obtener un visado de residencia y trabajo para acceder al territorio nacional con la finalidad de trabajar por cuenta ajena [arts. 25 bis d) y 38.3 LOEX y arts. 37 y 40 REX]; así sucede también, lógicamente, en el sistema de gestión colectiva de contratación en origen, en el que, además, se especifica que se orienta exclusivamente a trabajadores que no se hallen o residan en España (arts. 39 LOEX y 113.1 REX)<sup>37</sup>. El visado de residencia y trabajo es, en todo caso, posterior a la concesión de la autorización de trabajo al empresario y, por tanto, también a la suscripción del contrato que, como ya se indicó, había de aportarse junto a la solicitud. Sin embargo, dicho visado debe solicitarse personalmente por el trabajador interesado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida; sólo de manera excepcional se permite la presentación a través de un representante (DA 3<sup>a</sup>.2 LOEX), pero siempre que esto no implique que el solicitante se encuentre de manera irregular en España [art. 38 b) REX]. En definitiva, se parte del paradigma de que la intermediación entre la oferta y la demanda de fuerza de trabajo se realiza “en origen”, de manera que, como regla general, primero se suscribe -a distancia- el contrato de trabajo, en un segundo momento, el empleador solicita la autorización administrativa y, varios meses después, si esta es concedida, el trabajador solicita el visado de residencia y trabajo, accediendo por primera vez al territorio nacional.

<sup>37</sup> Esta mención pone fin a una práctica anterior a la LOEX del año 2000, según la cual los “contingentes de extranjeros” funcionaban como regularizaciones encubiertas.

Sin embargo, esta conexión entre la oferta y la demanda “en origen” no resulta operativa en la mayoría de los casos. Como hemos señalado anteriormente, el sistema de “gestión colectiva de contrataciones en origen” ha resultado útil para reclutar mano de obra de cara a los trabajos agrarios “de temporada” -en la actualidad, a través de la “migración circular”-, pero no ha tenido el mismo éxito en lo que respecta a la organización de la migración de carácter estable, puesto que, en la mayoría de los casos, no se adapta a la realidad del funcionamiento de las empresas<sup>38</sup>. Así, el antiguo sistema del “contingente” de trabajadores extranjeros no llegó a funcionar en España como una alternativa eficaz frente al régimen general individualizado, dado que se establecía un número de puestos de trabajo muy inferior a las necesidades empresariales que, aún así, nunca llegaba a cubrirse. Por otra parte, la contratación en origen de carácter individualizado puede funcionar correctamente en el caso de los trabajadores altamente cualificados, respecto a los cuales presenta particular relevancia la acreditación de la cualificación formal obtenida y, por lo demás, pueden producirse entrevistas de trabajo *online*, viajes y desplazamientos específicos o, en el caso de las compañías multinacionales, incluso podría acudir a las divisiones nacionales del país de origen, si las hubiera.

Sin embargo, la contratación en origen no funciona en lo que respecta a la mayoría de las necesidades de los empleadores de mano de obra extranjera. Debe recordarse nuevamente que la mayoría de las empresas españolas son de dimensión muy reducida y, por tanto, están habituadas a los canales de intermediación informales, personales y directos, de manera que a menudo contratan a sus trabajadores a partir del conocimiento directo y de su red de contactos personales; generalmente, cuando el empleador y el candidato no se conocen previamente, antes de la contratación se lleva a cabo, como mínimo, un encuentro o entrevista de carácter informal, pero en todo caso, presencial, que permite que ambas partes generen una relación mínima. Por lo demás, gran parte de las ocupaciones disponibles se refieren a actividades del sector servicios, particularmente en la hostelería, por lo que suelen requerirse determinadas habilidades de interacción social que se comprueban *in situ*. Una vez más, el caso extremo -pero, al mismo tiempo, cuantitativamente muy importante- es el del servicio doméstico, en el que los empleadores no son empresas, sino familias, que carecen de instrumentos de gestión empresarial y, al mismo tiempo, necesitan una cierta confianza con la persona que contratan, dado su inevitable acceso al domicilio familiar y el carácter peculiar que presenta el cuidado de menores y dependientes.

<sup>38</sup> “Las relaciones laborales de naturaleza contractual se construyen a partir de una interacción de mayor o menor intensidad en la que se alcanza un conocimiento mutuo y se definen las condiciones laborales que resultan mutuamente beneficiosas. El sistema del contingente a través de ofertas de empleo genéricas ignora este principio básico de la organización productiva de las empresas y por tanto limita o anula la consecución del objetivo básico por el que las empresas seleccionan a sus trabajadores”, Cebolla Boado, H., y González Ferrer, A., *La inmigración en España (2000-2007): del control de flujos a la integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 53.

Al mismo tiempo, en lo que respecta a la perspectiva de los trabajadores extranjeros, estos habitualmente no tienen la posibilidad de organizar sus proyectos migratorios en coordinación con un empleador nacional, por lo que deben acceder al territorio español a través de otra vía que no sea el visado de residencia y trabajo. Una de estas vías sería el acceso ilegal al territorio español. Desde luego, estos casos son los más dramáticos y los que tienen consecuencias más graves sobre las vidas de las personas migrantes; por eso mismo, entre otras razones, se ven magnificados por los medios de comunicación y por el discurso político, utilizándose a menudo recursos retóricos como metáforas catastróficas y bélicas (“avalancha”, “oleada”, “tsunami”, “invasión”) que apuntarían hacia la entrada masiva de extranjeros a través de “pateras” y “cayucos”. Sin embargo, más allá de la indudable importancia cualitativa de estos supuestos, su relevancia cuantitativa en la generación de las situaciones de irregularidad es extremadamente reducida. Dicho de otro modo, los controles fronterizos realmente cumplen su propósito desde un punto de vista global, dado que los migrantes solo se aventuran a acceder ilegalmente al territorio nacional en situaciones realmente extremas, dado que los obstáculos y los riesgos son muy elevados.

Así, por ejemplo, en las estimaciones de presencia irregular de extranjeros en España<sup>39</sup>, la participación de personas procedentes de África es extremadamente reducida<sup>40</sup>. En realidad, la inmensa mayoría de los inmigrantes en situación irregular procede de los países latinoamericanos, con mucha diferencia respecto a otras procedencias. Resulta destacable el volumen absoluto y relativo de irregularidad de los nacionales de Colombia, Honduras y Venezuela, países respecto de los cuales el Reglamento 2018/1806/UE no exige visado para llevar a cabo estancias de corta duración; por el contrario, las tasas de irregularidad son especialmente bajas en los nacionales de Bolivia y Ecuador, que son países para los que se exige el visado de estancia, de modo que el acceso legal al territorio resulta mucho más difícil y requiere de una mayor inversión. En realidad, al margen de las reglas proclamadas formalmente, la principal vía para acceder al mercado de trabajo

<sup>39</sup> Seguimos, en este caso, los datos de Gálvez Enhiesta, I., “The Size, Socio-Economic Composition and Fiscal Implications of the Irregular Immigration in Spain”, *UC3M Working Papers*, 2020, pp. 9-12 y AAVV (Funcas), “La población extranjera en situación irregular en España: una estimación”, *Notas de coyuntura social*, 2024. Ciertamente, hay que tener en cuenta que el uso del padrón municipal como base para la estimación podría dejar fuera del cómputo algunas situaciones de precariedad extrema, en donde ciertamente sería esperable una mayor presencia de migrantes africanos que habrían accedido irregularmente al territorio; no obstante, no resulta plausible que estas cifras sean muy elevadas. De hecho, es muy probable que muchas de estas personas estadísticamente invisibles que acceden ilegalmente al territorio español y ni siquiera se inscriben en los padrones municipales, continúen en realidad su viaje hacia otros países europeos.

<sup>40</sup> El número absoluto de marroquíes en situación irregular podría considerarse, hasta cierto punto, significativo. No obstante, dado que en España existe un número elevadísimo de marroquíes residentes legales, las tasas de irregularidad de este colectivo son extremadamente bajas, especialmente en comparación con los nacionales de países latinoamericanos.



español es la estancia de corta duración, que no requiere visado en lo que respecta a la inmensa mayoría de los países latinoamericanos; también en los casos en los que se exige visado, la entrada se produciría fundamentalmente a través de esta vía, aunque naturalmente el flujo de extranjeros es muy inferior, debido al obstáculo que supone la necesaria obtención del correspondiente visado. En definitiva, la mayoría de los migrantes acceden legalmente al territorio nacional, aunque sin autorización de residencia y trabajo, pero su situación administrativa deviene irregular en un momento posterior, una vez transcurrido el período de tres meses en los que se permite la “estancia”, pero en los que el ordenamiento español no autoriza al extranjero a buscar trabajo ni a solicitar autorización de residencia y trabajo.

Estas personas subsisten fundamentalmente a través del trabajo en el sector informal de la economía, que ya tenía una notable importancia en España antes de que se convirtiera en un país receptor de inmigrantes y que ha operado como un poderoso atractor de mano de obra extranjera<sup>41</sup>. Supongamos que, en un momento dado, una de estas personas encontrara a un empleador dispuesto a solicitar una autorización de trabajo inicial; dado que, como hemos visto, el procedimiento administrativo se prolonga durante varios meses, esto puede ser muy difícil, salvo que se trate precisamente de un empleador para el que ya esté presentado servicios de manera irregular -por ejemplo, en el servicio doméstico- y que, tras conocer personalmente al trabajador y estar contento con su desempeño, se muestre dispuesto a facilitar su regularización. Sin embargo, en este caso, no sería posible obtener el visado de residencia y trabajo, puesto que uno de los requisitos que se exigen es que el solicitante no se encuentre irregularmente en territorio español [art. 38 b) REX]. En este contexto, si no hubiera excepciones a estas reglas generales, el único curso de acción posible para los extranjeros sería el siguiente: 1) desplazarse a España en una estancia legal de corta duración; 2) una vez en el territorio nacional, buscar un empresario que estuviera dispuesto a esperar un período indeterminado de varios meses para contar con sus servicios legalmente; 3) si lo consiguiera, retornar a su país de origen y esperar la eventual concesión de la autorización al empresario para solicitar posteriormente el correspondiente visado; 4) volver a desplazarse a España para trabajar. Esta estrategia parece inviable, no solo por su enorme complejidad y su extrema improbabilidad, sino que, además, respecto a los países latinoamericanos, exigiría una inversión económica considerable de resultado incierto. No parece infrecuente que, por ejemplo, una persona venda su casa y la mayor parte de las posesiones para poder permitirse el viaje a España y vivir unos meses sin trabajar, por lo que una “vuelta atrás” parece como mínimo

<sup>41</sup> “La relación entre economía sumergida e inmigración irregular es evidente ya que permite a los recién llegados mantener una relación laboral y establecerse a la espera de que el arraigo, una regularización extraordinaria u otro procedimiento les permita regularizar su situación residencial en el país. Este es el verdadero “efecto llamada” de la política de inmigración que tradicionalmente ha seguido España”, Cebolla Boado, H., y González Ferrer, A., *Op. Cit.*, p. 56.

poco oportuna. Esto podría explicar que las tasas de irregularidad estimadas sean muy altas respecto a los ciudadanos latinoamericanos y muy bajas respecto a los marroquíes -que tienen más posibilidades de desplazamiento a su país- o a los chinos, en la medida en que las redes sociales y empresariales que articulan en la práctica los proyectos migratorios de los ciudadanos de esta nacionalidad permiten eludir las dificultades de la selección en origen.

Lo que sucede en realidad es que la persona extranjera que ha entrado como “turista” continúa trabajando irregularmente en España, mientras espera un momento en el que pueda obtener la ansiada regularización, lo que solo puede suceder en un proceso de regularización extraordinaria o, con mayor seguridad, acudiendo a los “supuestos excepcionales”, particularmente al “arraigo” (art. 31.3 LOEX y arts. 125 y ss REX), que permiten residir y trabajar en España, sin necesidad de obtener un visado que autorice la entrada en el país. De esto se deduce una conclusión muy interesante: los llamados “supuestos excepcionales”, lejos de serlo realmente, constituyen, de hecho, la vía más habitual para la incorporación de los extranjeros al territorio y al mercado de trabajo españoles en términos de regularidad.

Esta conclusión no es puramente teórica, sino que se ve sustentada por los datos cuantitativos disponibles. En efecto, según las estadísticas de concesión de autorizaciones de trabajo por tipo de autorización (PTE-E2), durante los años 2021, 2022 y 2023 el número absoluto de autorizaciones por arraigo y circunstancias excepcionales ha superado claramente a las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena inicial<sup>42</sup>, así como al resto de autorizaciones iniciales, erigiéndose como la vía principal de acceso legal al mercado de trabajo español. Ciertamente, podría aducirse que la cifra de autorizaciones de trabajo iniciales sigue siendo numéricamente significativa, pero lo cierto es que esta no responde necesariamente a contrataciones realizadas “en origen”, como se observa si se comparan las autorizaciones con los visados. El número de visados de residencia y trabajo -que incluye tanto trabajo por cuenta ajena como trabajo por cuenta propia- es muy inferior al de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> En cambio, durante el año 2024, el número de autorizaciones iniciales por cuenta ajena está siendo (datos acumulados hasta agosto) superior al de las circunstancias excepcionales. No obstante, como se argumenta más adelante, esto no implica que las contrataciones hayan sido en origen.

<sup>43</sup> Así, por ejemplo, en el año 2023, el número de autorizaciones por causas excepcionales fue de 84176, mientras que el de autorizaciones de trabajo por cuenta ajena iniciales fue de 70389, claramente inferior, pero ciertamente significativo. Sin embargo, si contrastamos con las estadísticas de concesión de visados de larga duración, nos encontramos con que los visados de residencia y trabajo iniciales fueron solo de 35075 -menos de la mitad- y esta cifra incluye a los de trabajo por cuenta propia (así como el trabajo “de temporada”). Esta cifra de 35075 sigue siendo en cierto modo significativa, pero contrasta, no solo con las 84176 autorizaciones por circunstancias excepcionales, sino también con los 42865 visados de reagrupación y con los 68313 visados por estudios concedidos ese año. Como se verá, los cónyuges e hijos reagrupados, así como los

Por más que no pueda establecerse una comparación exacta entre autorizaciones iniciales y visados de entrada, esta diferencia es muy marcada y se aprecia en todos los períodos anuales, lo que implica que una parte muy importante de las autorizaciones de trabajo iniciales no han requerido visado de entrada en el territorio. Esto se explica fundamentalmente porque el paso de una autorización de residencia y trabajo por causas excepcionales a una autorización de residencia y trabajo ordinario se ha considerado hasta el momento como una autorización inicial (art. 202.2 del reglamento de 2011), aunque en la práctica funcione como una renovación<sup>44</sup>. Pero también se debe a otros supuestos, que se verán más adelante -reagrupación familiar, estancia de estudios, residencia no lucrativa-, en los que el ordenamiento permite transicionar de la estancia o residencia legal a la residencia inicial con autorización del trabajo, sin tener que retornar al país de origen, que se verán más adelante.

Los supuestos de arraigo se dirigen a la regularización de extranjeros que hayan permanecido en España por un período continuado de dos años, que no sean solicitantes de protección internacional y cumplan otros requisitos generales, como la carencia de antecedentes penales (art. 126 REX)<sup>45</sup>. El supuesto más importante es el “arraigo sociolaboral”, que requiere la aportación de uno o varios contratos de trabajo con unas condiciones mínimas. Pero también se establecen otros como el “arraigo de segunda oportunidad” (para afrontar la irregularidad sobrevinida de personas que tuvieron una autorización de residencia), el “arraigo social” (para quienes tengan vínculos familiares con extranjeros residentes o acrediten un esfuerzo de integración y, asimismo, tengan medios de subsistencia), el “arraigo socioformativo” (para quienes reciban determinadas formaciones) y el “arraigo familiar” (para quienes tengan a cargo a familiares menores de edad o con discapacidad que sean nacionales de la UE o el EEE, sin que en este caso se exija un período de permanencia). Además de los casos de “arraigo”, también se puede conceder una autorización de residencia temporal por diversos motivos humanitarios o de colaboración con la justicia (arts. 31.3 y 31 bis LOEX y 128 y 129 REX).

En todo caso, podemos presumir que el “arraigo sociolaboral” seguirá siendo -como lo fue su predecesor, que se denominaba “arraigo social”-, la vía normal de regularización ordinaria de los extranjeros y, por consiguiente, también el modo normal de incorporación legal al mercado de trabajo español. Así pues, los

estudiantes, pueden en general, trabajar por cuenta ajena y pasar posteriormente a una autorización inicial de trabajo sin necesidad de obtener un visado de trabajo.

<sup>44</sup> En el reglamento de 2024 se establece expresamente la posibilidad de prórroga de la residencia por arraigo (art. 132), pero también procedería la transición al régimen común de la residencia y trabajo si se cumplen los requisitos (art. 191), parece que a título de renovación (por cuatro años).

<sup>45</sup> La regulación de los supuestos de arraigo ha sufrido modificaciones muy importantes en el nuevo reglamento. Para evitar confusiones, hacemos referencia al régimen establecido en el RD 1155/2024.

extranjeros ajustan sus expectativas a la idea de que: 1) la entrada tiene que hacerse a través de la estancia de corta duración; 2) posteriormente hay que mantenerse en el territorio nacional trabajando en la economía sumergida durante un período de tres años, que se ha reducido a dos en el nuevo reglamento; 3) después hay que solicitar la autorización por arraigo y, en el momento en que se conceda -dado que no se permite trabajar provisionalmente-, se accederá a una autorización de trabajo de un año; 4) posteriormente, esta autorización podrá renovarse si se cumplen los requisitos oportunos, entrando en la dinámica de la integración progresiva hasta obtener la residencia de larga duración o la nacionalidad española.

Como ya hemos señalado, este modelo de incorporación es funcional a la existencia de un importante sector informal de la economía, cuya reproducción se termina garantizando con la entrada y permanencia de extranjeros en situación de vulnerabilidad. Por supuesto, dada la intrincada maraña que constituye la normativa española de extranjería, esta “regla (informal) general”, presenta numerosas excepciones que a veces permiten eludir o reducir el período de irregularidad previo. Algunas de ellas vienen dadas por los supuestos de verdadera contratación en origen (sobre todo, en lo que respecta a los trabajos de temporada y a los trabajadores altamente cualificados); otras, por determinadas “causas excepcionales” humanitarias, distintas del arraigo sociolaboral; también habría que tener en cuenta la posibilidad de trabajar por cuenta propia, aunque cuantitativamente no sea muy importante. En cualquier caso, en este momento nos interesa profundizar en las “transiciones”<sup>46</sup> que permiten pasar de una situación de estancia o residencia simple a otra situación de residencia con autorización para trabajar, sin tener que cumplir con el difícil requisito de obtener el visado en el país de origen.

#### **4.2. Las “transiciones” y la posibilidad de los visados de búsqueda de empleo**

En primer lugar, podríamos considerar en cierto modo como una “transición” la situación de los extranjeros residentes legales por reagrupación familiar que obtuvieran a una autorización “independiente” del reagrupante (art. 69 REX). Como hemos visto, tanto el cónyuge como los hijos estarían previamente autorizados para trabajar solamente con la residencia, pero en este caso, cuando se cumplieran las circunstancias reglamentariamente establecidas, podrían pasar a una autorización de residencia y trabajo que no estuviera vinculada a la del familiar reagrupante; en cuanto a los ascendientes, estos tendrían que obtener previamente la correspondiente autorización para trabajar (art. 69.6 REX), pero, al igual que los anteriores, no necesitarían un visado para entrar de nuevo en el territorio español.

<sup>46</sup> Valdueza Blanco, M.D., *Op. Cit.*, pp. 257-258 las denomina “tránsitos”.

En segundo lugar, es muy relevante el tratamiento de los estudiantes. Ya hemos visto que aquellos que cursan estudios superiores están directamente autorizados para trabajar por cuenta ajena con ciertos límites, pero, en los demás casos, también podrán prestar servicios para un empleador, siempre que este obtenga una autorización de trabajo (art. 57 REX), sin necesidad de obtener un visado de residencia. Por lo demás, tanto unos como otros -aunque no otros colectivos asimilados- podrán solicitar, cuando finalicen sus estudios, la modificación de la situación de estancia de larga duración a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena, una vez más, sin necesidad de obtener un visado y, como hemos visto, con la posibilidad de trabajar de manera provisional en tanto se resuelve su solicitud (art. 190.1 y 190.7 REX). Todos estos supuestos son muy relevantes, puesto que, en la práctica, el número de visados de estudios concedidos cada año es muy superior al número de visados de residencia y trabajo; por supuesto, no todos estos estudiantes extranjeros tienen por qué trabajar en España o aspirar a quedarse en el territorio tras finalizar sus estudios, pero, en cualquier caso, hay que constatar que la estancia formativa es una vía de acceso bastante más realista para los extranjeros que la contratación en origen; es por ello que las reformas de 2022 y 2024 han pretendido, en gran medida, facilitar el reclutamiento de las personas extranjeras que ya han tomado contacto con el país en calidad de estudiantes.

En tercer lugar, el ordenamiento admite las transiciones sin visado de la mayoría de los supuestos de residencia temporal<sup>47</sup> a la residencia con autorización de trabajo por cuenta ajena (art. 191.1 y 191.7 REX). También es posible pasar directamente de la autorización de trabajo por temporada al régimen común de residencia y trabajo sin tener que sacar visado (art. 191.6 REX). Por último, también los familiares de ciudadanos españoles y de la UE y el EEE que pierdan esta condición podrán modificar su situación a la de residencia y trabajo sin tener que salir del país (art. 191.8 REX). En cambio, la estancia de corta duración no permite la transición a la residencia y trabajo, lo que genera los supuestos de irregularidad sobrevenida que hemos referido anteriormente.

En cuarto lugar, merecen especial atención los “visados de búsqueda de empleo” (art. 39.1 LOEX y arts. 43 y ss REX), que permiten la residencia en el territorio nacional con la finalidad de buscar trabajo, pasando después a la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial sin necesidad de salir del país. Estos visados se configuran como una mera facultad potestativa del ministerio competente -recordemos, una vez más, la discrecionalidad como elemento esencial del sistema de gestión de flujos-, vinculándose a la “gestión colectiva de las contrataciones en origen [arts. 39 LOEX y arts. 43.3, 45.2 y 114 c) REX]. De entrada, resulta muy llamativo su encaje en esta institución, porque estos visados no tendrían por qué incorporarse a un proceso de “gestión colectiva”, ni tampoco

<sup>47</sup> Residencia no lucrativa, residencia por cuenta propia y algunos supuestos de residencia por circunstancias excepcionales, incluyendo el arraigo.

tendrían por qué conducir a una “contratación en origen”. Esto se debe seguramente a motivos históricos, en la medida en que estos visados aparecieron en el contexto del antiguo “contingente”, con el que anteriormente se gestionaban colectivamente las contrataciones en origen y que se sostenía sobre la asignación de un cupo de plazas a cubrir, lo que permitía destinar una fracción de este cupo a los visados para búsqueda de empleo.

La normativa prevé dos modalidades de visado para búsqueda de empleo: uno destinado a hijos y nietos de españoles de origen y otro, referido a “determinadas ocupaciones”, se entiende que requeridas por el mercado de trabajo y donde la contratación en origen resulte particularmente difícil. Este último supuesto es el que nos interesa estudiar, pues no se refiere a circunstancias personales de los trabajadores, sino a la búsqueda de un proceso de reclutamiento efectivo para atender a los requerimientos del mercado laboral. Sin embargo, en la práctica, esta facultad solo se ha ejercido de manera testimonial, admitiéndose excepcionalmente en el contingente de algunos años un número extremadamente reducido de plazas a cubrir en el ámbito del servicio doméstico (726 puestos en el contingente para 2006 y 455 en el contingente para 2007). En algunos otros años, se ha reconocido, además, un número también muy reducido de visados para búsqueda de empleo destinados a hijos y nietos de españoles de origen, pero la tónica general ha sido, desde luego, la falta de recurso a este instrumento.

En nuestra opinión, puede resultar muy provechoso relanzar esta figura de los visados de búsqueda de empleo, dándole una regulación apropiada y admitiendo un número realmente significativo de visados, al menos en el ámbito del servicio doméstico, con objeto de sustituir progresivamente el mecanismo actual de recurso a la estancia turística, que inevitablemente arrastra a los extranjeros a la irregularidad; por supuesto, la entrada de extranjeros al territorio nacional por esta vía seguiría implicando un riesgo de irregularidad sobrevenida, pero este problema podría afrontarse de manera más eficaz. Por otro lado, desde la perspectiva de la restricción de los flujos, el reto de la regulación sería conseguir que estos visados no se acumularan a las estancias supuestamente “turísticas”- pero con finalidad migratoria- sino que contribuyeran a sustituir las de manera paulatina, lo que quizás podría conseguirse canalizándolos estratégicamente a los países que generan un mayor flujo de emigrantes a España.

El RD 1155/2024 parece apostar decididamente por potenciar este tipo de visados, estableciendo una regulación específica en sus arts. 43 y ss. En ella se prevé expresamente la transición a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena sin necesidad de solicitar un nuevo visado (art. 43.5 REX). Por otra parte, con buen criterio, se prevé la prórroga de la residencia durante la tramitación de la autorización, pues, de lo contrario, dicha tramitación podría llegar a anular la finalidad de búsqueda de empleo atribuida a la residencia. Para evitar que este procedimiento se dilate, se establece un plazo máximo para la resolución de 10 días (art. 43.4 REX). Aunque este plazo tan reducido debe valorarse, en principio,

de manera positiva, es posible que sea poco realista, si se pretende realmente que el número de visados para búsqueda de empleos sea significativo. A estos efectos, hubiera sido preferible que, simplemente, se hubiera establecido una “autorización provisional para trabajar” equiparable a la de las personas extranjeras que finalizan sus estudios en España. Por otra parte, resulta muy llamativo que el plazo para la residencia sea de 12 meses, mientras que anteriormente se establecía una estancia de 3 meses. En el caso de los visados para determinadas ocupaciones en las que concurre una especial necesidad de reclutamiento de mano de obra, este período resulta excesivamente dilatado, toda vez que debería encontrarse el empleo con cierta celeridad y que ya se ha previsto la prórroga de la residencia durante la tramitación de la autorización; por otra parte, resulta difícil para cualquier trabajador sostenerse durante un año entero solamente con sus ahorros. Desgraciadamente, es posible que se esté asumiendo que, antes de conseguir que un empleador presente una solicitud de autorización -por ejemplo, en el servicio doméstico-, es preciso pasar primero por un cierto periodo de trabajo irregular. Por lo demás, este plazo tan amplio también puede redundar en que finalmente el número de visados para búsqueda de empleo que se concedan sea muy limitado o a que se exijan elevados recursos económicos. Habrá que esperar a las próximas órdenes relativas a la gestión colectiva de contrataciones en origen para comprobar si realmente se pretende una verdadera sustitución de las estancias de corta duración como vía de acceso al país con finalidad migratoria.

## 5. LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO

Aparentemente, la restricción más importante a los flujos migratorios que existe en el ordenamiento español es la necesaria consideración de la “situación nacional de empleo”. Como es sabido, este requisito consiste en que la incorporación de trabajadores externos al mercado de trabajo solo puede producirse, con carácter general, cuando las necesidades de mano de obra no se cubran con los trabajadores ya incorporados al mercado de trabajo nacional, es decir, españoles, nacionales de países del EEE y Suiza y extranjeros “extracomunitarios” residentes legales (art. 38 LOEX). Sin embargo, una vez más, en el sistema español, las cosas no son lo que parecen. En efecto, como ya hemos argumentado, el propio funcionamiento del procedimiento autorizatorio, unido al principio de contratación en origen, producen un desincentivo tan intenso para recurrir a la mano de obra extranjera, que se termina desactivando en gran medida la operatividad real de este otro requisito. Dicho de otro modo, en la inmensa mayoría de las ocasiones, cuando un empleador está dispuesto a contratar a un trabajador extranjero que quizás no conoce expresamente y que solo podría incorporarse al trabajo en un período indeterminado de varios meses, será porque realmente no puede cubrir sus necesidades con mano de obra endógena. No obstante lo anterior, lo cierto es que este requisito termina por introducir restricciones adicionales, por ejemplo,

produciendo una mayor incertidumbre sobre el resultado, que abundaría aún más en estos desincentivos.

También en este ámbito, existe una complicada acumulación de excepciones a esta restricción inicial, que aparecen mencionadas, no solo en el art 40 LOEX, sino también en muchos otros preceptos normativos<sup>48</sup>. Para ordenar estas excepciones, se ha distinguido<sup>49</sup> entre excepciones vinculadas al empleo a desarrollar (puestos de confianza, trabajadores necesarios para el montaje de instalaciones, trabajadores enrolados en buques en virtud de acuerdos internacionales de pesca, etc...), excepciones relacionadas con los sujetos que pretenden acceder (vínculos familiares con españoles, refugiados, apátridas, menores de edad...) y excepciones relacionadas con el tipo de autorización que se concede. Este último grupo de excepciones conectaría con la idea general de que la situación nacional de empleo no se tiene en cuenta para las personas que ya están integradas de algún modo en el territorio y que, por tanto, no pueden ser considerados realmente como mano de obra exógena (renovaciones de residencia y trabajo o cambios desde la residencia sin trabajo, familiares reagrupados, estudiantes, residentes por circunstancias excepcionales, etc.).

Por lo demás, la forma “normal” de verificar el cumplimiento del requisito de atención a la situación nacional de empleo es acudir a los Catálogos de Ocupaciones de Difícil Cobertura (en adelante, COCD), elaborados trimestralmente por el SEPE a partir de los datos de los servicios autonómicos, tras consultar a la Comisión Tripartita de Migración (art. 38.2 LOEX y art. 75.1 REX), que indican las ocupaciones disponibles para la mano de obra exógena en cada Comunidad Autónoma (hasta la entrada en vigor del RD 1155/2024, en cada provincia). Sin embargo, una vez más, la regla general no es la que se aplica realmente, porque el COCD ha estado durante muchos años prácticamente desactivado, reducido únicamente a ocupaciones relacionadas con los sectores de la marina mercante y el deporte profesional, sin atender a las necesidades reales de mano de obra que demandan los empleadores<sup>50</sup>.

A este respecto, el RD 629/2022 intentó reducir obstáculos normativos, con la finalidad de que el catálogo operara con mayor efectividad para canalizar las necesidades empresariales y sus modificaciones se han mantenido en la regulación de 2024. Sin embargo, los resultados han sido hasta el momento modestos, puesto que los catálogos trimestrales se han limitado a incorporar un número reducido

<sup>48</sup> *Vid.*, arts. 44.1, 57.1, 69.1 c), 92.1, 110.2, 115.1, 116.2, 127 b), 172.4, 174.4, 179.3.2º, 190.2, 191.2, 191.4, 191.6 b) 1º REX. También se interpreta que el requisito no se aplica a los ciudadanos de Chile y Perú en virtud de los convenios de doble nacionalidad con estos países.

<sup>49</sup> Valdueza Blanco, M.D., *Op. Cit.*, pp. 226-227.

<sup>50</sup> Ramos Poley, L., “El nuevo modelo...”, *Op. Cit.*, p. 117 ; Ramos Poley, L., “El impacto de la nueva Ley de Empleo en las personas migrantes y refugiadas”, *Trabajo y Derecho*, 112/2024, pp. 14-16; Ceinos Suárez, A., *Op. Cit.*, p. 190 (nota 14).



de ocupaciones del sector de la construcción, relativas a perfiles muy específicos respecto a los cuales las necesidades de mano de obra resultan especialmente acuciantes. Esto se debe a que aún no se ha llegado a un consenso muy claro en esta materia. En efecto, existe un debate, todavía no resuelto, por un lado entre el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (partidario de una mayor apertura) y el Ministerio de Trabajo y Economía Social (con un enfoque más restrictivo) y, por otro lado, entre las organizaciones empresariales -que demandan una expansión del catálogo- y las organizaciones sindicales, que mantienen una posición mucho más cautelosa<sup>51</sup>. Los recelos sindicales podrían explicarse por la idea de que, en algunos casos, la escasez de mano de obra podría estar provocada por la devaluación de las condiciones de trabajo en algunos ámbitos, si bien es cierto que la desactivación del catálogo tampoco ha conseguido resolver por sí misma estos posibles problemas, dado que estas necesidades se siguen generando año tras año. En este contexto, quizás un CODC más realista, que incorporara un mayor número de ocupaciones, podría conjugarse con los visados de búsqueda de empleo a los que hemos hecho referencia, para articular mecanismos legales efectivos de inserción en el mercado de trabajo español que sustituyeran el actual modo de incorporación basado en un período de irregularidad previo.

Entretanto se amplía el catálogo, una vez más, la excepción se ha convertido en la regla que, en la práctica, se aplica con carácter general. Esta excepción consiste en la obtención de un certificado del servicio público de empleo que acredite la insuficiencia de demandantes de empleo para cubrir un puesto de trabajo concreto, aunque no aparezca en el CODC. Esto implica que, antes de solicitar la autorización, debe publicarse la oferta en los espacios establecidos al efecto por el servicio público, remitiéndose posteriormente a estos los resultados del proceso selectivo (art. 75.2 REX). Este precepto alude a que la oficina de extranjería tomará en consideración tanto el informe de los servicios públicos de empleo como la “urgencia de la contratación acreditada por la empresa”. Lo cierto es que esta urgencia resulta difícilmente compatible con la lentitud del procedimiento autorizador, por lo que esta mención seguramente cumple la función de establecer ciertos márgenes de discrecionalidad para que las oficinas de extranjería puedan autorizar la contratación en caso de que lo consideren oportuno.

## 6. CONCLUSIÓN FINAL

El sistema español de control de los flujos migratorios responde a dos finalidades que, en principio resultan contradictorias entre sí: de un lado, la restricción de los flujos que opera por defecto, bloqueando la entrada de extranjeros

<sup>51</sup> *Vid.* Rojo Torrecilla, E., “Contratación de trabajadores extranjeros en el sector de la construcción. Ampliación del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura”, Entrada de blog de 15-8-2023. <<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/08/contratacion-de-trabajadores.html>>

y, de otro lado, la movilización efectiva de la fuerza de trabajo extranjera para atender a las necesidades del mercado de trabajo.

La restricción de los flujos se configura a partir del principio de “contratación en origen” y de la exigencia de un procedimiento autorizador largo y complejo, en el que, además, se exige la atención a la “situación nacional de empleo”, que remite a unos catálogos de ocupaciones de difícil cobertura prácticamente vacíos de contenido. La combinación de estos tres elementos -sobre todo, de los dos primeros- llevaría en principio a que el reclutamiento de la fuerza de trabajo extranjera resultara virtualmente imposible. No obstante, para responder a las necesidades de mano de obra, así como a determinadas situaciones particulares de los trabajadores, se introducen innumerables y variadas excepciones a este principio general restrictivo, que son los cauces por los que realmente se instrumenta el acceso de los extranjeros al mercado de trabajo, sustituyendo a una regla general inaplicable en la práctica. Esto se consigue a través de una normativa extremadamente compleja e inabarcable, que cambia vertiginosamente para adaptarse a los continuos cambios económicos y que, por el mismo motivo, atribuye una considerable relevancia a la discrecionalidad administrativa. A pesar de ello, subsisten abundantes contradicciones entre normas de diverso orden jerárquico, así como entre las normas y las prácticas aplicativas, dificultando aún más la interpretación y la aplicación de las normas.

Algunas de estas excepciones han resultado funcionales para abordar determinadas necesidades de mano de obra. Así sucede, por ejemplo, con el reclutamiento de los trabajadores altamente cualificados y los deportistas profesionales. También se ha conseguido canalizar efectivamente las necesidades de fuerza de trabajo para las labores agrícolas “de temporada”. Sin embargo, en lo que respecta a la contratación de trabajadores extranjeros sin especial cualificación, particularmente cuando se lleva a cabo por pequeñas y medianas empresas y en el servicio doméstico, la normativa española no permite atender adecuadamente la demanda de mano de obra exógena en el mercado de trabajo. Esto ha generado un sistema de “doble regulación”, en el que las reglas formalmente vigentes -casi siempre, inaplicables- conviven con una serie de pautas no escritas a las que los trabajadores y empleadores ajustan realmente sus expectativas. Así pues, los trabajadores extranjeros saben perfectamente que su acceso al mercado español no se puede producir a través de una autorización inicial de trabajo y residencia que permita solicitar un visado de residencia y trabajo en origen, como se desprendería en principio de la lectura de las normas. Por ello, en realidad, cuando no pueden venir como estudiantes o por reagrupación familiar, acceden al territorio español a través de estancias de corta duración, quedando en situación de irregularidad sobrevenida cuando finaliza el plazo de tres meses; subsisten, sin embargo, trabajando de manera irregular en la economía sumergida durante un período que hasta ahora ha sido de tres años (y se pretende reducir a dos), tras los cuales podrían regularizar su situación a través de la figura del arraigo, si cumplen las condiciones

y no pueden encontrar una excepción que les resulte más ventajosa. Aunque este modelo no puede defenderse ni en el plano ético ni en el plano jurídico, lo cierto es que termina siendo funcional a la demanda de mano de obra irregular que genera el sector informal de la economía, naturalmente en condiciones de precariedad y vulnerabilidad extremas.

En este contexto, si se pretende acabar con la inmigración irregular, seguramente la estrategia más importante a seguir sea la lucha contra la economía sumergida, que es la que genera en un primer momento la demanda de mano de obra que viene a ser cubierta por los migrantes vulnerables. Pero también es necesario articular procedimientos apropiados que permitan el reclutamiento de trabajadores extranjeros no especialmente cualificados para atender a las necesidades del mercado de trabajo, canalizando en la medida de lo posible a la población que se ve expulsada de sus países de origen, para reducir así el efecto de la presión migratoria indeseada que provocan los desequilibrios internacionales. Para ello nos planteamos, al menos como ideal regulatorio o hipótesis de trabajo, un modelo de gestión de las migraciones en el que las restricciones del flujo -que, desgraciadamente, parecen hoy por hoy irrenunciables<sup>52</sup>- afecten únicamente al acceso al territorio y al derecho de residencia y permanencia en el estado de acogida, pero no al derecho a trabajar de quienes están materialmente presentes en el territorio, por más que las limitaciones de entrada se puedan vincular de algún modo a las necesidades de mano de obra. De este modo, no sería necesario que los trabajadores fueran contratados en origen, ni que tuvieran que esperar a la resolución de la autorización para trabajar legalmente y al mismo tiempo, se impediría la reproducción de la economía sumergida y la explotación extrema que se producen a través del reclutamiento de inmigrantes en situación irregular. Por supuesto, este modelo alternativo puede parecer demasiado alejado de la realidad presente, pero merece la pena tomarlo como referencia para avanzar paulatinamente en esa dirección, abordando así los problemas que supone el control de flujos de una manera más eficiente.

Así, consideramos oportuno retomar progresivamente la idea de los “visados de búsqueda de empleo”, que, en realidad, no se ha llegado a poner en práctica, más allá de algunos casos puramente testimoniales, aunque el último reglamento parece atribuirles mayor importancia. Para facilitar el procedimiento de autorización, estos visados podrían conectarse con determinadas ocupaciones expresamente mencionadas en los CODC, cuyo contenido, naturalmente, tendría que ampliarse para responder más efectivamente a las necesidades del mercado

<sup>52</sup> No creemos que haya que renunciar al ideal de un mundo sin fronteras para las personas, pero su realización efectiva no depende de la mera voluntad política del legislador de un estado, sino que también requiere transformaciones muy profundas en el orden internacional. Por lo demás, como ya se ha dicho, sin duda debe atenderse también a imperativos éticos (“humanitarios”) y jurídicos en la acogida de personas extranjeras, más allá de la atención a las necesidades del mercado de trabajo, pero esto no puede llevar a una apertura total de las fronteras.

laboral. En una primera fase, los visados de búsqueda de empleo podrían concederse únicamente para ocupaciones en el servicio doméstico y las labores de cuidado, que es donde se manifiestan con mayor intensidad los impedimentos provocados por el principio general restrictivo; quizás en el futuro podrían ampliarse a otras ocupaciones. Por lo demás, el reto de la regulación sería conseguir que estos visados sustituyesen progresivamente a las estancias cortas que realmente tuvieran una finalidad migratoria, para afrontar el problema generalizado de la irregularidad sobrevenida; para ello, al menos en las fases iniciales, los visados de búsqueda de empleo podrían canalizarse prioritariamente hacia personas procedentes de países a los que no se exige visado para estancias cortas, especialmente para aquellos que estuvieran produciendo una mayor presión migratoria. Las condiciones más ventajosas podrían constituir un estímulo para la canalización apropiada del flujo.

No cabe ninguna duda de que, en la gestión pública de los flujos migratorios no existen, ni existirán, recetas mágicas que resuelvan milagrosamente los trascendentales problemas jurídicos, éticos, económicos y sociales que se nos presentan en la actualidad en el contexto de la “globalización” capitalista. Pero sí que merece la pena seguir identificando estos problemas y continuar buscando soluciones que sean operativas y justas, desde la sensibilidad hacia la dignidad humana y también desde la razón y las evidencias empíricas. Aunque sea difícil alcanzar una situación óptima, los pequeños logros que se vayan alcanzando en este sentido, contribuirán, desde luego, a mejorar las condiciones de vida, tanto de los nacionales como de los extranjeros.



# REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y POLÍTICAS DE RECOLOCACIÓN EN EL EMPLEO\*

## *BUSINESS RESTRUCTURING AND JOB RELOCATION POLICIES*

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

Senior Counsellor, PwC

ORCID: 0000-0001-7926-6175

### RESUMEN

**Palabras clave:** reestructuración empresarial; recolocación; despidos colectivos; plan social; servicios públicos de empleo

Las reestructuraciones empresariales son un asunto de gran importancia dentro del Derecho del Trabajo, debido a los efectos que pueden tener sobre los trabajadores afectados. A pesar de que en el Derecho español falta una definición legal de esta figura, por lo general se la vincula con los despidos colectivos. La legislación laboral impone a las empresas que realizan despidos de este tipo de grandes dimensiones la obligación de ofrecer a sus empleados servicios de recolocación. Esta actividad se regula tanto en el Derecho del Trabajo como en el Derecho del Empleo, que operan con una definición muy restringida de esta actividad que excluye a numerosas personas de su disfrute. Tras la aprobación de la nueva Ley de Empleo de 2023 se plantea la posibilidad de elaborar una noción más amplia de la recolocación que resulte accesible a más personas trabajadoras, y con una mayor participación de los servicios públicos de empleo.

### ABSTRACT

**Keywords:** *Corporate restructuring; outplacement; collective dismissal; social plan; public employment services*

*Corporate restructuring is a major issue in labour law, due to the relevant impact it can have on workers. Despite Spanish law lacks a legal definition of these situations, it is generally assumed that they involve collective dismissals. Labour law imposes on firms involved in relevant collective lay offs the duty to provide outplacement services. This activity is regulated by both employment and labour market legislation, with a narrow definition of it that reduces the scope of those benefiting from it. After the enactment of the new Employment Law from 2023 there are some chances for a wider understanding of outplacement, available to more people and with a bigger involvement of public employment services.*

\* Este trabajo es un resultado científico del Proyecto de Investigación “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España (TRABEXIT), PID2022-141201OB-I00”, de la Convocatoria 2022 - «Proyectos de Generación de Conocimiento», en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

## ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN
2. APROXIMACIÓN A LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES
  - 2.1. Delimitación del supuesto de hecho
  - 2.2. Fuentes de regulación
3. APROXIMACIÓN A LA RECOLOCACIÓN
  - 3.1. Clasificación económica
  - 3.2. Definición jurídica
  - 3.3. Actuaciones de recolocación
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

### 1. PRESENTACIÓN

La Ley de Empleo regula diversas situaciones en las que las personas y las entidades empleadoras pueden encontrarse en relación con el mercado de trabajo: cuando se busca empleo, cuando se necesitan los servicios de una persona con un perfil determinado, cuando se quiere mejorar la situación laboral... El servicio público se orienta a atender a las demandas de personas y empresas en cada uno de estos supuestos, que son diferentes y específicas. A la satisfacción de estas demandas de atención segmentadas es a lo que llamamos política de empleo.

Una de estas situaciones es la de la reestructuración empresarial, que aparece contemplada desde varios puntos de vista principales. En general podemos afirmar que se percibe como una situación de hecho que afecta a una empresa en la que surgen necesidades específicas de servicios, diferentes a las de las otras que pueden darse en este mercado. Esto tiene varias consecuencias directas: la primera, que es necesario diseñar unos servicios particulares, propios de esta circunstancia, que tengan en cuenta sus peculiaridades para poder dar una respuesta adecuada; la segunda, que el nivel de singularidad de los servicios a prestar ha hecho surgir un tipo especial de proveedor, típicamente dedicado a prestarlos; y la tercera, que las personas que se encuentran afectadas por ésta merecen un tratamiento especial, en cuanto si presencia en el mercado de trabajo es peculiar, tanto por las necesidades que se generan como por las dificultades sobrevenidas para poder acceder a una colocación.

Así vamos a encontrarla en la Ley del Empleo de 2023:

- Su artículo 44 se refiere a una “*actividad de colocación especializada destinada a la reinserción profesional o recolocación de las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial*”.
- En este mismo precepto se hace referencia a un operador del mercado de trabajo, la agencia de colocación, que podrán realizar esta actividad.

- El artículo 50 considera como uno de los colectivos vulnerables de atención prioritaria para la política de empleo a las personas trabajadoras “provenientes de sectores en reestructuración”.

El objetivo de este trabajo es analizar la respuesta de la Ley de Empleo, y del Derecho laboral en general, a las necesidades generadas por las reestructuraciones empresariales, desde la perspectiva de los servicios prestados en el mercado de trabajo. Para ello se comenzará por definir el alcance del propio concepto de reestructuración empresarial, una tarea indispensable pero que resulta más complicada de lo que podría parecer a primera vista. A continuación, se procederá a identificar las fuentes de regulación de esta figura, tanto en la legislación de empleo como en otros sectores del ordenamiento laboral. Porque, lo anunciamos ya, una de las premisas de partida de nuestra investigación es que nos encontramos en una zona de superposición en la que interactúan normas de distinto origen y naturaleza,

Tras haber señalado las fuentes de regulación se procederá a identificar los servicios que se prevé se prestarán en estos procesos, tanto para las empresas como para los trabajadores, tanto por operadores públicos como privados. En paralelo se estudiará al proveedor especializado para estos servicios, las agencias o empresas de recolocación, centrándonos especialmente en su actividad empresarial. Una vez construido el modelo de tratamiento de las reestructuraciones empresariales en nuestra legislación de empleo, se desarrollarán algunas reflexiones conclusivas.

Dado que este trabajo forma parte de un comentario a la Ley de Empleo, nos ceñiremos a un análisis de materiales jurídicos, trabajando con materiales que lo son también. Esto quiere decir que, por un lado, no se hará referencia a la regulación de esta materia en otros ordenamientos; ni tampoco se manejará información estadística sobre la realidad de esta actividad en nuestro mercado de trabajo. Como consecuencia de ello la bibliografía que se manejará será exclusivamente iuslaboralista y española, lo que resulta más que suficiente teniendo en cuenta la calidad de la producción científica sobre estos temas en nuestro país.

Las hipótesis de trabajo son las siguientes:

- Las reestructuraciones empresariales engloban a un conjunto de diferentes realidades, que reciben un tratamiento común por parte del ordenamiento jurídico
- En estos casos surgen responsabilidades tanto para las empresas como para los servicios públicos de empleo y la administración laboral
- En la Ley de Empleo se distinguen estas situaciones, para las que se prevén servicios especiales dentro de la cartera, tanto para las empresas como para las personas que trabajan
- La recolocación es un espacio de confluencia y superposición de normas laborales y de empleo; éstas fueron aprobadas en distintos momentos, lo que genera alguna incoherencia entre los modelos de ambas



- En la prestación de estos servicios confluyen la iniciativa pública y la privada, con un sujeto especializado para realizarlos, las agencias de recolocación.

## 2. PROXIMACIÓN A LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

### 2.1. Delimitación del supuesto de hecho

La Ley utiliza una expresión, la de “reestructuraciones empresariales”, que a pesar de ser de uso muy común resulta problemática, en la medida en que no se dispone de una definición legal de la misma, al menos en el Derecho del Trabajo. Escudero Rodríguez denunció en su momento la “intrínseca indeterminación del concepto”, hablando de su elasticidad y vaguedad, *“porque no hay una delimitación exacta del mismo válida para las distintas ramas del ordenamiento jurídico”*<sup>1</sup>.

Tanto es así que una búsqueda por el articulado del vigente Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET) nos proporciona un solo resultado, una única ocasión en la que aparece tal denominación: concretamente, en el apartado 5 del artículo 64 TRET, en el que se dispone que el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a *“la ejecución por parte del empresario de las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella”*. Si realizamos una interpretación literal del precepto estatutario, podemos concluir que con la expresión “reestructuraciones de plantilla” se está pensando en medidas empresariales diferentes al despido, porque se refiere por separado a éstas y a los “ceses totales o parciales, definitivos o temporales” de la misma, que sí suponen, debemos entender, extinciones contractuales. Con independencia de la calidad y la posible obsolescencia de esta redacción, lo cierto es que la interpretación más generalizada tanto en doctrina y jurisprudencia como en la práctica laboral es que este derecho a emitir informe se activa en caso de despido, más concretamente en los de despido colectivo.

Si hacemos lo mismo con el Estatuto original, la Ley 8/1980, encontramos una segunda referencia, esta vez en el artículo 51.14, dónde se regulaba una figura ya desaparecida, la del expediente de regulación de empleo. Se decía que *“en la aplicación de los planes de reestructuración sectorial convenidos entre la Administración y las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores se seguirá, en los expedientes de regulación de empleo, que en consecuencia se formulen, el procedimiento que en la normativa de los respectivos planes se haya*

<sup>1</sup> Escudero Rodríguez, R. (2015), “Reflexiones preliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral”, en Escudero Rodríguez, R. (coord.), *“Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado”*; Madrid, Ediciones Cinca, pg.21.

*acordado*”. Se estaba diferenciando un tipo particular de este tipo de expedientes, el que se producía en el contexto de los planes de reestructuración que eran comunes en aquel momento. Se hablaba, de hecho, de “reconversión industrial”, en procedimientos con participación de la administración que incluían a varias empresas dedicadas a una misma actividad productiva, cuando ésta afrontaba una crisis que hacía inviable su continuidad<sup>2</sup>. Este mecanismo de reconversión hace ya tiempo que desapareció de nuestro Derecho, en un proceso que primero dejó de ofrecer esta posibilidad, para después eliminar la autorización administrativa con el tránsito del expediente de regulación de empleo al despido colectivo, y finalmente reconducir una parte importante de los procesos de reorganización hacia la suspensión temporal del contrato, vía ERTE o Mecanismo RED.

Merece la pena destacar que el artículo 51 del TRET vigente, que regula la figura que más que suele vincular con la reestructuración empresarial, la del despido colectivo, no la menciona expresamente en ningún momento, al definirlo no desde la perspectiva de la empresa que se reorganiza sino de los trabajadores que son despedidos como consecuencia de ello. Tampoco encontramos esta expresión en la norma que lo desarrolla, el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Lo que sí se regula en ambas normas es un conjunto de obligaciones para las empresas que despiden a un volumen significativo de sus empleados, entre los que se encuentra la de asegurar la disponibilidad de actuaciones de recolocación.

Algo más frecuente es el uso de esta expresión en normas que podemos calificar claramente como de empleo, como la propia norma que comentamos, la Ley 3/2023 (en adelante LE), que la utiliza para definir la actividad de recolocación en su artículo 44, vinculando ambos conceptos. Lo mismo ocurre en su desarrollo reglamentario, concretamente en el Real Decreto 438/2024, de 30 de abril, por el que se desarrollan la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados establecidos en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. En el artículo 21 de este RD, cuando se regula el apoyo a los procesos de recolocación, se señala que podrán ser usuarias de este servicio “*las empresas públicas o privadas, independientemente de su forma jurídica, en procesos de*

<sup>2</sup> Una experiencia ya olvidada entre nosotros, pero cuyo espíritu permanece de alguna manera, tanto en instituciones vigentes (el Mecanismo RED del artículo 47 TRET) como en otras proyectadas (el proyecto de Ley de Industria). En nuestra doctrina la aportación fundamental al conocimiento de estos procesos la hizo en su momento Pérez de los Cobos Orihuel, con su tesis “La reconversión industrial: análisis jurídico-laboral”, Universitat de València, 1987; entre sus publicaciones sobre el tema destacamos Pérez de los Cobos Orihuel, F. (1989), “La instrumentación de la reconversión industrial: problemas de constitucionalidad”, *Revista de trabajo*, N.º. 94, 1989, págs. 79-96; y Pérez de los Cobos Orihuel, F. (1990), “La política de reconversión española como política neocorporativa”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, N.º 42, 1990, págs. 245-262.

*reestructuración*” (el subrayado es del autor), así como “*las personas trabajadoras afectadas por el proceso de reestructuración de su empresa*” (idem). En este precepto se hace una conexión clara entre recolocación y reestructuración, de tal modo que este servicio en el mercado de trabajo, al menos el prestado por los SPE, se produce en situaciones en las que la empresa se está reestructurando.

El artículo 2 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, contiene una definición no de la actividad, sino de los sujetos que la prestan. Así, se dice que “*las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación*”. En los términos del Derecho del Empleo de 2010, estas agencias sólo actuarían en procesos de reestructuración empresarial. La actividad se limita a este tipo de situaciones, exigiéndose además que este servicio haya sido establecido o acordado con las personas afectadas, individual o colectivamente.

Desde la perspectiva de los usuarios del Sistema Nacional de Empleo el artículo 50 LE, como ya hemos visto, considera entre los colectivos vulnerables de atención prioritaria para la política de empleo el de las personas trabajadoras “provenientes de sectores en reestructuración”. Con lo que se introduce un nuevo elemento de diferenciación, según ésta afecte a empresas individuales o a sectores productivos enteros, restringiéndose la calificación de colectivo vulnerable a los segundos. Por contraste, en el artículo 21 del Real Decreto 438/2024 se señalan como objetivo del servicio de recolocación “*la reinserción laboral de las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración empresarial, según lo establecido en el artículo 44 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero*”.

El interés de la referencia legal del artículo 50 LE es que se utiliza el concepto de “vulnerabilidad” vinculado a estos procesos, aunque limitados a los sectoriales. Tal limitación no debe entenderse en el sentido de que el resto de las personas afectadas no se encuentra en situaciones de vulnerabilidad, sino que se ha tomado la decisión de limitar el tratamiento preferencial a este colectivo, seguramente porque su proceso de reconversión tiene un impacto social más fuerte, al afectar a un volumen mayor de personas.

Merece la pena que prestamos alguna atención a la normativa de Seguridad Social. El artículo 207 del TRLGSS decía en una redacción anterior que para poder acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador uno de los requisitos era “*que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral*”. A continuación incluía una lista de las causas de extinción del

contrato de trabajo que daban derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada<sup>3</sup>. En la redacción actual el artículo 207.1.d) TRLGSS pasa directamente a enumerar estas causas, sin hacer referencia alguna a su consideración unitaria como ejemplos de una categoría más amplia que las engloba a todas. Con todo es interesante reproducirlas para identificar en qué piensa el legislador:

- 1.<sup>a</sup> El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- 2.<sup>a</sup> El despido por causas objetivas conforme al artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- 3.<sup>a</sup> La extinción del contrato por resolución judicial en los supuestos contemplados en el texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.
- 4.<sup>a</sup> La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.
- 5.<sup>a</sup> La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- 6.<sup>a</sup> La extinción del contrato por voluntad del trabajador por las causas previstas en los artículos 40.1, 41.3 y 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- 7.<sup>a</sup> La extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de la violencia de género o violencia sexual prevista en el artículo 49.1.m) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El precepto hoy derogado nos proporcionaba la primera definición en nuestro Derecho de lo que debíamos entender por reestructuración empresarial a efectos laborales, que incluiría a varios supuestos que tienen en común el efecto extintivo del contrato por causas no imputables a la persona trabajadora; y el tener como motivo causas objetivas en sentido amplio, combinando las económicas, técnicas, organizativas y de producción con otros supuestos de imposibilidad empresarial. Esta extinción puede producirse tanto por iniciativa del empleador como del trabajador. A estos supuestos se añaden dos que responden a una realidad y a una política del Derecho distintas, sin que puedan considerarse, en buena lógica, un supuesto de reestructuración empresarial: el supuesto 7º, que contempla una medida de tutela de la trabajadora víctima de violencia de género; y el supuesto

<sup>3</sup> Un análisis de este precepto desde esta perspectiva, de gran profundidad y lleno de sugerencias, es el de Martínez Girón, J. (2021), “Reestructuraciones empresariales”, *Ponencias del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, pg. 21.

6º, que incluye al despido indirecto por causas ajenas a la reorganización de la empresa.

Es cierto que la calificación de todas estas situaciones como manifestaciones de procesos reestructuradores ya no se hace; pero la consecuencia jurídica era la misma entonces y ahora, el acceso a la jubilación anticipada. Tiene sentido pensar que sigue existiendo una vinculación entre este concepto y los distintos apartados del artículo 207.1d) TRLGSS.

En una primera aproximación podemos vincular, entonces, “reestructuración” con medidas que, obedeciendo a una necesidad empresarial, tienen como efecto la reducción de efectivos de una entidad. Nos movemos, con esto, en el ámbito de la flexibilidad externa de la empresa, del ajuste sobre su volumen de empleo. Existen algunos casos que la decisión empresarial no es extintiva, sino modificativa; aun así, el artículo 207 TRLGSS solo las contempla en cuanto pueden dar lugar a la terminación del contrato, como una reacción legítima de la persona afectada por la modificación o traslado. En algunos casos se habla de “reestructuraciones empresariales no extintivas”<sup>4</sup>, que serían manifestaciones de la flexibilidad interna en las empresas (en su momento se verían como expresiones de flexiguridad); sin embargo, éstas pueden acabar en dimisiones causales, justificadas e indemnizadas, que activarían entonces las medidas de política de empleo.

La pérdida de empleos hace menester el apoyo en la transición que se inicia en el mercado de trabajo; y es a este auxilio lo que llamamos “recolocación”, como luego veremos. Es más, ésta sólo tiene sentido en el contexto de aquélla, pues lo que la diferencia de otros servicios en el mercado de trabajo (como la colocación ordinaria) es precisamente que su necesidad surge no sólo por la pérdida de empleo, sino por el carácter colectivo, previsible y organizado de ésta. No todos los despidos hacen surgir demandas y deberes de recolocación. En nuestro Derecho, son los despidos colectivos los que la activan; y éstos se producen en el marco de operaciones de reestructuración empresarial.

Este tipo de extinciones tiene la particularidad de que pueden afectar a cualquier persona que trabaja, en la medida en que se produce por circunstancias inesperadas, inevitables y comunes a todas las empresas. Molina Hermosilla ha señalado su “carácter estructural”<sup>5</sup>. Sus consecuencias afectan no sólo a las personas directamente involucradas en los despidos, sino también a la sociedad en su conjunto, pues ésta tiene que ofrecer tutela a un volumen potencialmente

<sup>4</sup> Así lo hace Correa Carrasco, M. (2021), “Autonomía colectiva y reestructuraciones empresariales no extintivas”, *“Ponencias del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*; Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, pg. 39.

<sup>5</sup> Molina Hermosilla, O. (2014), *“La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación”*, Pamplona, Aranzadi, pg. 13.

importante de desempleados; quienes, además, tienen particularidades respecto de otros, que dificultan la tarea de gestionar con éxito sus transiciones profesionales, como los son la crisis del sector en el que trabajaban, su número y las posibles necesidades específicas de reconversión y formación. Podemos hablar, así, de un auténtico riesgo social en las reestructuraciones empresariales, al que damos respuesta en términos similares a otros riesgos de esta naturaleza. El instrumento diseñado para afrontarlo es, precisamente, la recolocación.

Hablamos de un riesgo social, pero éste es consecuencia directa de una actuación empresarial. Existe un elemento de imputabilidad a ésta por los costes personales y sociales generados, lo que nos lleva a la noción de responsabilidad de la empresa. Toda la regulación que veremos se basa en involucrar a la empresa que destruye empleo en el proceso de mutar su organización y dimensiones, compensando a quienes sufren en su empleo por ello. Se involucra porque se considera que es responsable de un daño, frente al que queda obligada.

La idea de responsabilidad surgida de la reestructuración se detecta en toda la regulación vigente de esta figura. Pero previamente a ésta esta misma idea se utilizó en el ámbito de la responsabilidad social corporativa (en adelante RSC), en la que se construyó todo un modelo de cómo debería comportarse una entidad que respondiera a estas directrices. Empleados y empleadas son stakeholders, personas afectadas por el funcionamiento de la empresa, dentro de la dimensión interna de la RSC, la que afecta a los elementos integrados en la propia organización<sup>6</sup>. En las últimas décadas del siglo pasado se elaboró la noción de “reestructuración socialmente responsable”, que designaba una forma de actuar en estas situaciones que resultaba coherente con los principios de esta filosofía empresarial, buscando minimizar el daño y contar con las personas afectadas en todo el proceso<sup>7</sup>. Medidas tales como la anticipación, la transparencia, la información, la participación y la búsqueda de soluciones a las situaciones personales ponían en práctica este modelo, que imponía a las empresas que despedían unas obligaciones que iban más allá de los deberes tradicionales de preavisar, consultar e indemnizar que integraban el

<sup>6</sup> En general sobre la vertiente laboral de la RSC, Morales Ortega, J.M. & Castellano Burguillo, E. (dirs.) (2012), “*Estudios sobre derecho y responsabilidad social en un contexto de crisis*”; Madrid, Editorial Cinca; Aragón Medina, J. & Rocha Sánchez, F. (2004), “*La responsabilidad social empresarial: una aproximación desde la perspectiva laboral*”, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Calvo Gallego, F.J. (2008), “*Códigos éticos y derechos de los trabajadores*”, Albacete, Bomarzo; Merino Segovia, A. (2005), “Responsabilidad social corporativa: su dimensión laboral”, *Documentación Laboral*, nº 75; Tascón López, R. (2008), “*Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*”, Madrid, CEF.

<sup>7</sup> Un estudio de esta construcción en Rodríguez-Piñero Royo, M. (2012), “Responsabilidad social de los empleadores y crisis económica”, en Morales Ortega, J.M. & Castellano Burguillo, E., op. cit, pg. 247. También López Caballero, A. (2006), “*Reestructuraciones socialmente responsables*”, Valencia, Tirant Lo Blanch, *passim*.

modelo legal<sup>8</sup>. En este contexto de comportamientos responsables la recolocación destacaba como una medida que la empresa debía asumir para reducir el impacto de la destrucción de empleo. Le correspondía a ella ponerla a disposición de sus empleados y asumir su coste.

El Derecho del Trabajo del siglo XXI ha incorporado como propias ideas y figuras que surgieron en el espacio de la RSC, como actuaciones voluntarias que hoy son obligatorias, dándole la razón a quienes señalaban la existencia de una “frontera móvil” entre ambos espacios de normatividad<sup>9</sup>. Como veremos, la recolocación ha dejado de ser un elemento más que las empresas podían poner en juego, si así querían hacerlo o si se comprometían a ello con su plantilla, para pasar a ser una verdadera obligación legal. Esto ha cambiado radicalmente su naturaleza, como ha alterado también a los sujetos que la desarrollan.

## 2.2. Fuentes de regulación

Con el estudio realizado en el apartado anterior se puede constatar cómo la regulación de las reestructuraciones empresariales es compleja y se encuentra presente en normas de distinta naturaleza y origen. Ya anunciamos que nos encontramos en una zona de confluencia y superposición de regulaciones laborales y de empleo. En este apartado desarrollaremos esta idea.

A estas alturas no parece que tenga mucho sentido discutir la unidad y la autonomía del Derecho del Empleo, como una rama especial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, diferenciada por la realidad social en la que opera su regulación, el mercado de trabajo<sup>10</sup>. A diferencia del Derecho del Trabajo, que como regla general opera en el trabajo asalariado, cuando ya se ha salido de éste por haberse accedido a una ocupación. Aunque la frontera no es en modo alguno rígida ni estable, creemos que se puede defender que existe, y que por tanto cabe diferenciar las instituciones laborales de las de empleo.

<sup>8</sup> Un estudio muy completo sobre la práctica de estos comportamientos empresariales en De la Torre García, C, Martín Jiménez, R., San Martín Mazzucconi, C., & Maruru Palacín, I. (2011), *“Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social: planes sociales, medidas alternativas y políticas de acompañamiento”*; Madrid, Editorial Cinca.

<sup>9</sup> Véase en extenso Calvo Gallego, F.J. & Rodríguez-Piñero Royo, M. (2007) “Responsabilidad social corporativa: ¿un nuevo instrumento para las políticas laborales?”, en M.F. Fernández López (dir.), *“Política social europea y Comunidades Autónomas”*, Sevilla, Monografías de Temas Laborales.

<sup>10</sup> Una muy relevante contribución a la construcción científica, de reciente publicación, es la de Molina Navarrete, C. (2024), “Derecho (social) del empleo” y “Políticas de mercado de trabajo sostenible”: ¿más “obsolescencias” que “avances” en la “nueva” ley de empleo?, en Monereo Pérez, “40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía: XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales”; Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pg.69. Este autor ha liderado un equipo de investigadores que ha tenido un papel fundamental en la elaboración dogmática de esta área del ordenamiento jurídico.

Pues bien, en la materia que estudiamos en esta contribución se va a producir una zona de confluencia entre ambas regulaciones, dado que la reestructuración empresarial es una realidad tanto para la legislación laboral como para la que aquí nos ocupa. Tiene sentido, pues se trata de una institución laboral cuyos efectos se producen no sólo en el contrato, sino también en el mercado de trabajo. Esto es así por dos motivos: de una parte, su consecuencia más común es la extinción contractual, lo que lleva a la persona que lo ocupaba a una situación de desempleo involuntario, que a su vez genera la necesidad de ofrecerle las actividades de apoyo necesarias para poder salir de ella; de otra, en estos procesos existe una dimensión colectiva que cambia la relevancia de los intereses en juego, al tener un impacto social que demanda una mayor atención de los servicios públicos. Cada empresa que se reorganiza con efectos sustanciales en su plantilla es un desafío para éstos, que los afrontan de una manera diferenciada.

En el primer Estatuto de los Trabajadores la zona de confluencia entre estos dos sectores, el Derecho del Empleo y el del Trabajo, se encontraba en la fase inicial de la relación laboral, el acceso al empleo. Lo que se explica porque en este momento precontractual se imponían obligaciones para las empresas que debían cumplirse respecto del servicio público de empleo de entonces, el INEM. En el marco de un modelo socialdemócrata de este servicio, la utilización de sus recursos era obligatoria, y como tal aparecía en la norma que regulaba todo el desarrollo del contrato de trabajo, desde su inicio hasta su terminación.

Es más, las dos grandes leyes laborales de 1980, la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, y la 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, interactuaban para construir el régimen jurídico de la intermediación y los deberes de las empresas respecto de ésta. Podría decirse que llegaban a intercambiar contenidos, de tal manera que el segundo contenía una norma que, por su propia naturaleza y misión, debería haber estado en la primera. Nos referimos al artículo 16, que imponía a los empresarios la obligación de solicitar de las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesiten, así como a comunicar la terminación de los contratos de trabajo de los que fueran parte. El artículo 42 de la Ley Básica de Empleo contenía, por su parte, una regulación similar de las obligaciones empresariales, añadiendo algunos contenidos (como la libre elección de entre los candidatos propuestos) y las obligaciones de los trabajadores<sup>11</sup>.

Hoy el artículo 16 ha perdido su contenido de empleo para reutilizarse con una finalidad regulatoria completamente diferente. Y no vamos a encontrar en el TRET referencia alguna a instituciones del mercado de trabajo, al menos en la parte relativa a la contratación y a la formalización de la relación laboral. Esto tiene una explicación, la liberalización de la contratación a lo largo del tiempo transcurrido

<sup>11</sup> Curiosamente la prohibición de las agencias privadas de colocación, tema de regulación del mercado de trabajo donde los haya, aparecía en el artículo 16 ET, sin que el 42 LBE dijera nada al respecto.



desde 1980 hasta ahora. En el Derecho vigente los empresarios están libres de las numerosas obligaciones que antes tenían para con los SPE, con lo que el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET) sólo se ocupa de las que surgen en el momento del acceso a la empresa con los trabajadores y sus representantes.

En el Derecho laboral del siglo XXI la zona de confluencia, de coincidencia y superposición, se ubica en la terminación de la relación laboral. Concretamente en la regulación del despido colectivo, que es la decisión empresarial que hace surgir una demanda propia de actuaciones de los distintos proveedores en el mercado de trabajo; que genera responsabilidades particulares para los sujetos que la adoptan; y que coloca a las personas que lo sufren en condiciones de especial vulnerabilidad y necesidad de tutela. Es en el artículo 51 TRET donde por vez primera se hace referencia a un servicio, la recolocación, que será coetáneo con el propio proceso de extinción y que continuará cuando éste termine. Un servicio cuyo contenido y maneras de prestarse se desarrollan tanto en el Reglamento de Despidos colectivos como en la Ley de Empleo y el Real Decreto que regula la cartera de servicios del Sistema Nacional de Empleo.

La recolocación es la pieza que conecta ambos sectores del ordenamiento laboral: para el Derecho del Trabajo es un deber empresarial y un derecho de los trabajadores despedidos colectivamente; para el del Empleo, un servicio para cuyo acceso están legitimadas estas personas, que debe ser ofertado por los servicios públicos y que puede ser desarrollado también por operadores privados. Se desarrolla en un momento en el que coinciden las fases finales de la relación laboral con el acceso al mercado de trabajo en búsqueda de nueva ocupación.

Siendo un espacio de confluencia, la identificación de las fuentes de regulación de la recolocación en los procesos de reestructuración nos lleva a normas de ambos sectores. Comenzando por la vertiente laboral, el artículo 51.10 TRET dispone que *“la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas”*.

El Reglamento de Despidos Colectivos, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (en adelante RDC), ubica en su artículo 8 la recolocación dentro de una categoría más amplia, la de medidas sociales de acompañamiento<sup>12</sup>; éstas se dividen, a su vez, en dos. Un primer grupo sería el que aquella cuya misión es evitar o reducir estos despidos colectivos. Dentro de éstas aparece una primera referencia a la actividad que nos ocupa, concretamente en la

<sup>12</sup> En general sobre este plan Navarro Nieto, F. (2021), “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”; y Terradillos Ormaetxea, E. (2021), “Las medidas de acompañamiento en los procesos de reestructuraciones de empresas”, ambos en *“Ponencias del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*; op. cit., pgs. 247 y 305 respectivamente.

letra a) del artículo 81, en la que se cita como una de las medidas a adoptar una a la que denomina “recolocación interna”, que supone ubicar a los trabajadores en otros puestos dentro de la misma empresa o en otra del grupo de empresas, en su caso. Aquí no se produciría un acceso al mercado de trabajo, sino un ejercicio de poderes empresariales.

El segundo grupo de medidas se dirige a atenuar las consecuencias de las extinciones contractuales en los trabajadores afectados, y una de ellas sería la “recolocación externa de los trabajadores” del artículo 8.2.b). A esta medida concreta el Reglamento dedica un precepto monográfico, el 9, titulado “Plan de recolocación externa”. Uno y otro precepto nos delimitan el régimen jurídico no de la actividad de recolocación en sí misma, sino del objeto del servicio que debe garantizarse a los trabajadores que pueden ser despedidos. En otra palabra, que no se regula la recolocación como servicio en el mercado de trabajo; lo que se hace es desarrollar el plan de recolocación externa que debe acompañar a algunos despidos colectivos.

Uno y otro precepto nos aportan los siguientes datos normativos:

- El despido colectivo deberá afectar a más de cincuenta personas trabajadoras.
- Están exentas de esta obligación las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal.
- El servicio deberá ser suministrado por empresas de recolocación autorizadas, debiendo identificarse en la documentación del procedimiento la identificación de la que se encargará de ello.
- En la documentación del procedimiento deberá constar también la concreción y detalle de las medidas que se prevé poner en práctica.
- Toda esta información deberá incluirse en la documentación que acompaña la comunicación al inicio del procedimiento de despido colectivo, aunque su contenido podrá ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas.
- Al final del período de consulta se presentará la redacción definitiva del plan de recolocación.
- La duración mínima de las medidas contenidas en el plan será de seis meses.
- Las medidas deberán prestar especial extensión e intensidad a los afectados de mayor edad.
- El plan deberá contener medidas de intermediación, de orientación profesional, de formación profesional, y de atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación.
- El incumplimiento de la obligación de proporcionar un plan de recolocación podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores, además de a las correspondientes sanciones administrativas<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> El apartado 14 del artículo 8 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera infracción laboral muy grave “*el incumplimiento por el empresario de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o de las medidas*”

- El coste económico de la elaboración e implantación del plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores.

El artículo 51 TRET y el Reglamento de Despidos colectivos determinan también el papel de la autoridad laboral, que deberá verificar, a través del servicio público de empleo competente, que se cumplen las obligaciones de recolocación antes indicadas, pudiendo requerir a la empresa para que proceda a su cumplimiento, en caso de no haberlo hecho. También podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa.

Como se observa, se produce un reparto de roles entre varios actores: la empresa deberá contratar y ofrecer el plan a sus empleados afectados por el despido colectivo; la empresa de recolocación deberá diseñar e implementar el plan; mientras que la autoridad laboral desarrollará actuaciones de supervisión y de asesoramiento. Aunque no se diga expresamente, el coste será asumido por la empresa que despide. No se contempla que estos servicios sean atendidos por los servicios públicos de empleo, que, en estos términos, quedarían completamente al margen de un proceso que se movería en el ámbito de la iniciativa privada.

Esta privatización de la recolocación se comprueba por otra disposición del RDC, el artículo 45, dedicado igualmente al plan de recolocación externa, pero esta vez dentro del Título III, que contiene normas específicas de los procedimientos de despido colectivo del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público. Más concretamente, aparece en su capítulo II, de aplicación a los despidos colectivos que se lleven a cabo en administraciones públicas. En tales casos los empleados públicos integrados en entidades administrativas tienen el mismo derecho a que se les garantice un plan de recolocación, sólo que éste será elaborado por un servicio público de empleo, estatal o autonómico según corresponda por la naturaleza de la entidad. Se prevé que ésta se dirija al correspondiente SPE instando su elaboración, debiendo presentar al finalizar el periodo de consultas la justificación acreditativa de haberlo hecho. Es llamativo que la obligación de estos empleadores se reduce a solicitar del SPE la preparación de un plan, no estando obligado ni a garantizar la prestación efectiva de las medidas ni a la misma existencia de éste.

Llamamos la atención sobre un aspecto de esta regulación, la parte laboral de la recolocación: ésta proviene de las reformas laborales del principio de la década de 2010, y es coherente con el modelo de regulación del trabajo de este momento<sup>14</sup>.

*sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo”.*

<sup>14</sup> Sobre la transición a esta fase en la regulación del mercado de trabajo, Calvo Gallego, F.J., & Rodríguez-Piñero Royo, M. (2010), “Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales*, nº 107, pg. 303.

Es a partir del año 2010 que se culmina la transición del modelo tradicional de colocación en España, al que ya nos hemos referido, a otro en el que se admite la iniciativa privada en los servicios prestados en el mercado de trabajo, tras varios años en los que sólo se admitían las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro<sup>15</sup>. Este es el modelo recogido por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo<sup>16</sup>. En esta Ley de Empleo, hoy derogada, la recolocación se consideraba una subespecie de la intermediación en el mercado de trabajo, de tal modo que se decía que las empresas de recolocación eran “agencias de colocación especializadas” en estos servicios. Se le califica expresamente como un “servicio de carácter público”, pero las referencias que hace la ley son a “empresas de recolocación”, vinculando esta labor con sujetos privados. Poniendo en relación esta norma con lo dispuesto en el artículo 51 TRET y el RDC, la conclusión es que la recolocación es algo ajeno en principio a la actividad de los SPE, salvo cuando quien despida sea una administración pública. El Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, que establecía la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo en ese momento, disponía en su artículo 9 que ésta incluía el “apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente”, lo que comprendía el diseño y la ejecución de los planes de recolocación cuya ejecución correspondía a los SPE, de acuerdo con la legislación vigente, así como “el apoyo a los procesos de recolocación que se acuerde oportunamente”. Ya se ha visto de qué situaciones se trataba, las que afectaban a las administraciones públicas en tanto empleadoras que reducían plantilla. Para el resto de entidades, públicas y privadas, estos servicios quedaban en manos de la iniciativa privada.

Esto es por lo que se refiere a la regulación laboral de la recolocación en los procesos de reestructuración. Veamos ahora cuál es la ordenación que se hace en el Derecho del Empleo, haciendo la indicación de que el actualmente vigente pertenece a otra fase en la evolución de nuestro Derecho laboral, basada en principios y objetivos diferentes a los de las reformas del período 2010-2012. Aunque una y otra estén vigentes, se ha producido una desconexión entre la dimensión laboral y la de empleo.

La norma central del Derecho del Empleo, que es la que estamos analizando en este número monográfico, contiene un artículo 44 titulado “La actividad de recolocación de las personas trabajadoras”, lo que indica un grado de atención mayor que sus antecedentes normativos. Su definición de ésta es la siguiente: “*la*

<sup>15</sup> Un análisis de la transición de los distintos modelos de colocación en España en Calvo Gallego, F.J., & Rodríguez-Piñero Royo, M. (coords.) (2011), “*Colocación y servicios de empleo*”, Madrid, Consejo Económico y Social de España.

<sup>16</sup> Para conocer el régimen previsto en esta fase del Derecho del Empleo español, Molina Hermosilla, O. (2014), “*La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación*”, Pamplona, Aranzadi, *passim*; y Sáez Lara, C. (2010), “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas Laborales*, n° 107, pg. 337.

*actividad de colocación especializada destinada a la reinserción profesional o recolocación de las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial*". En el artículo 40.3, por su parte, se califica como colocación especializada *"la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos"*.

El artículo 56 LE incluye en el catálogo de servicios garantizados a personas demandantes de servicios de empleo la *"intermediación laboral eficiente, que facilite ofertas de empleo adecuadas, en particular en el caso de personas desempleadas inmersas en procesos de recolocación"*. Por su parte, el artículo 57 hace lo propio con el catálogo de servicios garantizados a personas, empresas y demás entidades empleadoras, entre los que se encuentra el *"apoyo en los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente"*.

Su desarrollo reglamentario lo conforman sobre todo dos normas: el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación; y el Real Decreto 438/2024, de 30 de abril, por el que se desarrollan la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados establecidos en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

Aunque vigente, el Real Decreto 1796/2010 se inscribe en una fase legislativa anterior, la misma que hemos visto para la dimensión laboral de la recolocación. Dedicó su artículo 2 a la definición de las agencias de colocación, indicando que *"las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación"*. Aunque se conciben como un sujeto con su propia identidad, una subespecie de las agencias de colocación, no merecen una regulación propia y diferenciada, sino que se someten a la general dictada para éstas.

Por su parte, el Real Decreto 438/2024 desarrolla la cartera de servicios prevista en el artículo 55 LE. Uno de sus objetivos, según su exposición de motivos, es potenciarla: *"Es fundamental también la incorporación definitiva en este país a las empresas privadas especializadas en la orientación laboral y en facilitar los procesos de recolocación"* (el subrayado es del autor).

Como no podía ser otra manera, el RD 438/2024, utiliza la misma terminología que la Ley de Empleo. Así, en el artículo 3, letra l) se define la intermediación

laboral como “*el conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades desde un enfoque integral. Incluye actividades de prospección y captación de ofertas de empleo, puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras*”. Mientras que la letra g) del artículo 3 introduce una nueva denominación, la de “colocación especializada”, que es la actividad “destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, en los términos establecidos en el artículo 40.3 y 4 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero”.

Este RD incluye el apoyo en los procesos de recolocación entre los servicios de intermediación, colocación y asesoramiento a empresas, lo que es desarrollado en su artículo 21. Ésta se contempla igualmente como uno de los servicios garantizados a las personas demandantes de éstos en el Anexo del Real Decreto. Adicionalmente, la intermediación laboral eficiente, recolocación incluida, se presenta como uno de los instrumentos garantizados en la prestación de los servicios a las personas demandantes de empleo.

Finalmente, entre los servicios garantizados a las personas, empresas y demás entidades empleadoras por los servicios de empleo aparece el “apoyo en los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente”.

Frente a la regulación laboral, la legislación de empleo vigente, posterior a aquélla, presenta la novedad de no considerar la recolocación como objeto casi exclusivo de la iniciativa privada<sup>17</sup>. El artículo 44 LE establece que “*podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación en los términos señalados en el artículo anterior*”. Más aún, se prevé que además de la prevista para los procesos de despido colectivo pueda desarrollarse “*a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno*”. El cambio de concepción es, a nuestro juicio, evidente<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Desde esta perspectiva, Bini, S. (2024), “Intermediación laboral, entre público y privado, a la luz de la nueva Ley de Empleo”, en Durán López, F. & Sáez Lara, C. (coord.), “*Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público: libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero*”; Sevilla, Monografías de Temas Laborales, pg.297.

<sup>18</sup> Se ha publicado recientemente un excelente estudio sobre esta actividad, centrado precisamente en el papel de la iniciativa pública y privada en su desarrollo: Cabeza Pereiro, J. (2024), “*Recolocación y colocación: políticas públicas y actores públicos y privados*”, Madrid, BOE.

### 3. APROXIMACIÓN A LA RECOLOCACIÓN

#### 3.1. Clasificación económica

En el tráfico empresarial se suelen utilizar indistintamente esta expresión y la inglesa “outplacement”, que fue la primera que se usó entre nosotros antes de que la legislación española afrontara esta actividad<sup>19</sup>. No así en la legislación, que ignora la segunda para utilizar exclusivamente la primera. Entre las empresas del sector y los coaches de recursos humanos aparece también la expresión “reorientación profesional”, como una función parecida, que suelen ofrecer los mismos proveedores. Ésta tiene se diferencia de la que nos ocupa en que es esencialmente individual; preventiva (en cuanto se ofrece a personas descontentas con su trabajo, no tanto porque peligre su empleo); y con un espectro más amplio, ya que no se busca un nuevo puesto de trabajo, similar al que ya se tenía, sino un cambio mayor, que altere el perfil profesional, el sector de actividad, etc.

En la vigente Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE 2009), aparece dentro de la sección N (Actividades Administrativas y Servicios Auxiliares) una división 78 de “actividades relacionadas con el empleo”, que comprende los servicios dedicados a informar sobre las ofertas de empleo disponibles y a seleccionar o colocar a los candidatos a un empleo –siempre que éstos no sean empleados de las agencias de colocación–, y a dotar de trabajadores a las empresas de los clientes por un periodo de tiempo limitado para completar su plantilla, así como las actividades de provisión de otros recursos humanos.

A su vez, esta división comprende tres grupos

- 78.1 cuyo objeto son las “actividades de las agencias de colocación”,
- 78.2, que incluye las actividades de las empresas de trabajo temporal
- 78.3. dedicado a “otra provisión de recursos humanos”

Pues bien, si estudiamos el primero, las actividades de las agencias de colocación (clase 78.10), vemos que esta clase comprende los servicios de información sobre ofertas de empleo disponibles y la selección o colocación de los candidatos a un empleo, siempre que éstos no sean empleados de las agencias de colocación. Expresamente se indica que esta clase comprende:

- las actividades de búsqueda, selección y colocación de personal, incluida la colocación o búsqueda de ejecutivos

<sup>19</sup> Un intento de distinguir entre ambos conceptos en Rodríguez, J. (2022), “Recolocación y ‘outplacement’, o la diferencia entre el destino y el viaje”, <https://www.observatoriorh.com/orh-posts/recolocacion-outplacement-diferencia-entre-destino-y-viaje.html>, visitado el 15 de junio de 2024.

- las actividades de las agencias y oficinas de casting de actores, como las agencias de casting teatral
- las actividades de las agencias de colocación a través de Internet
- los cazatalentos de deportes<sup>20</sup>

La clase 78.30, “Otra provisión de recursos humanos”, comprende las actividades de provisión de recursos humanos para las empresas de los clientes. Está pensando en actividades tales como el payroll, gestión de nóminas, etc., generalmente de forma permanente. La CNAE habla de “*una amplia variedad de tareas de gestión de personal y recursos humanos asociadas a esta provisión*”, pero sin incluir la prestación de funciones de recursos humanos junto con la supervisión o ejecución de la actividad empresarial, ni la provisión de recursos humanos para complementar o reemplazar temporalmente a la plantilla del cliente. Como se ve, la tarea que analizamos no encajaría dentro de esta clase, como tampoco lo hace en la 78.20, que es la actividad de las empresas de trabajo temporal.

La CNAE sigue de cerca la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU) de la Organización de las Naciones Unidas, que contempla las mismas tres actividades dentro de la categoría de “actividades de empleo”, sin diferenciar la recolocación como una autónoma y diferenciada de la colocación. Otra clasificación de las actividades económicas que se utiliza en España es el sistema de nomenclatura comercial internacional Standard Industrial Classification (SIC). Éste identifica un Código 7361 para las “agencias de colocación”, y un 7362 para las “agencias de empleo provisional” (que serían, en nuestra terminología jurídica, las empresas de trabajo temporal). El más reciente Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte (NAICS) sólo tiene un código 561300 para servicios de empleo.

La consecuencia a la que debemos llegar es que desde esta perspectiva la actividad que nos ocupa no aparece identificada como tal, con autonomía, sino que se integra en una más amplia, la de las agencias de colocación. En la práctica empresarial, sin embargo, se diferencian, hasta el punto de que existen proveedores especializados que tienen a presentarse más como consultores que como agencias especializadas de colocación.

### 3.2. Definición jurídica

La definición legal, construida con normas laborales y de empleo, se compone de elementos que se mueven en diferentes planos. Lo más relevante debería ser el contenido de la propia actividad. Ésta no es, en realidad, una única, sino que supone la suma coordinada de varias de éstas. El artículo 21 el RD 483/2024 afirma que “*el*

<sup>20</sup> Se excluyen expresamente las actividades de los agentes personales o agencias teatrales y artísticas, que se integran en la clase 74.90.



*desarrollo de este servicio comprende actuaciones con la empresa y actuaciones con las personas trabajadoras afectadas*”, en plural en ambos casos.

El plan de recolocación debe incluir medidas de orientación para el empleo, de formación, de atención personalizada para el asesoramiento de técnicas de búsqueda de empleo, y, de intermediación laboral. Así lo indican tanto el RDC como el RD 483/2024. Deberá incluir también un itinerario individual y personalizado de empleo, del que se hará un seguimiento.

Definida en estos términos materiales, el legislador español ha introducido dos elementos que lo reducen el ámbito de lo que puede considerarse, a efectos legales, recolocación. Así, el artículo 44 LE señala que es una actividad *“destinada a la reinserción profesional o recolocación de las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial”*. En el mismo sentido, el artículo 40.3 LE, el 2 del RD 1796/2010 y el 21 del RD 438/2024. Contrario sensu, fuera de estos procesos no cabría, por más que las empresas del sector ofrezcan sus servicios en otras circunstancias. Otras posibles medidas de reestructuración no darían lugar a la exigencia legal de ofrecer un plan de recolocación.

El artículo 40.3 LE limita aún más el ámbito de la recolocación, añadiéndole una segunda exigencia: *“cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos”*.

A estas dos restricciones el artículo 51.10 TRET añade una tercera: el despido colectivo que hace surgir la obligación de garantizar la oferta de sus servicios debe alcanzar a un mínimo de cincuenta personas.

A partir de estas restricciones, podemos separar dos modalidades, la que podemos calificar como “recolocación típica”, la prevista en el conjunto regulatorio que hemos analizado supra; y la “atípica”, que será la que materialmente se correspondería con estos servicios pero que no cumpliría con los criterios de inclusión apenas señalados. Esta segunda categoría incluiría la recolocación interna a la que hace referencia el RDC; la que se desarrolla en el marco de procesos de reestructuración no extintivos, como traslados de centros de trabajo; la que se produce en procedimientos de despido que no alcanzan los umbrales del artículo 51 TRET; o incluso la que no ha sido objeto de pacto entre la empresa y la representación de su plantilla.

Utilizando la terminología legal, podríamos distinguir la actividad que se desarrolla en ejecución de un plan de recolocación interna, que sería la que tanto el legislador laboral como el de empleo contemplan, de aquella otra que sería la desarrollada por proveedores públicos y privados en otras circunstancias. Aunque hablemos indistintamente de “recolocación”, lo cierto es que con esta expresión estamos designando dos realidades muy distintas.

Estas exclusiones legales carecen, a nuestro juicio, de sentido. Y ello desde varios puntos de vista. Desde la perspectiva de una persona trabajadora que pierde su empleo, se le va a hacer merecedor de una menor oferta de servicios (y por tanto de menos posibilidades de encontrar una nueva ocupación), por un dato absolutamente circunstancial y ajeno a sus necesidades. La voluntad de no imponer cargos excesivos a las empresas, que es la que está detrás de estas limitaciones, no puede hacerse a costa de los derechos de personas perjudicadas por su actuación. Habría, además, otras alternativas como la oferta pública de estos servicios, que hoy no resultaría posible.

Por otro lado, limitar la recolocación a los despidos colectivos de ciertas dimensiones resulta incongruente con un modelo de Derecho del Trabajo que prima la flexibilidad interna y la búsqueda de medidas no traumáticas. Se dejan fuera no sólo las extinciones provocadas por decisiones empresariales, tales como traslados o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, que pueden ser también de efectos colectivos; sino a otras figuras claramente dirigidas a facilitar las reestructuraciones empresariales, como los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo o el Mecanismo Red<sup>21</sup>. En éstos los trabajadores pueden tener un interés legítimo en buscar un nuevo empleo, puesto que los suyos están en una situación precaria y se ha producido una merma en sus ingresos. Es por ello que Cabeza Pereiro habla de “*la necesidad de expandir la recolocación más allá de los confines del despido colectivo*”<sup>22</sup>.

Tampoco parece coherente esta limitación en un momento en el que las personas han cambiado su actitud ante el trabajo, y están tomando decisiones sobre su permanencia en éste sobre la base de nuevas consideraciones y prioridades. Si las personas quieren abandonar empleos de escasa calidad y que les complican la vida; y si se considera legítimo hacerlo, ampliar el acceso al outplacement a más casos está más que justificado<sup>23</sup>.

El artículo 44 de la Ley de Empleo permite una ampliación del espacio de estos servicios, cuando a la prevista en planes de recolocación externa añade la que pueda desarrollarse “*a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurran*

<sup>21</sup> El Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, no prevé que las personas incluidas en uno de éstos pueden recibir servicios de recolocación, limitándolos a los de formación del artículo 20. Lo mismo ocurre en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (artículo 50).

<sup>22</sup> Cabeza Pereiro, op. cit., pg.131.

<sup>23</sup> Se habla en este sentido de la existencia de un “Trabexit”, de una huida del mercado de trabajo que caracteriza esta década del siglo XXI; Rodríguez-Piñero Royo, M. (2023), “La Ley de Empleo y las personas: reflexiones a partir de la idea de Trabexit”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Monográfico 2023, pg.9.

*circunstancias que lo hagan oportuno*”, lo que abre la puerta a su utilización más allá del ámbito estricto de los procedimientos de despido colectivo<sup>24</sup>.

Desde otra perspectiva, el legislador asume que puede haber recolocación pública y privada, según la desempeñen agencias privadas o un SPE<sup>25</sup>. Ya hemos indicado que se ha producido una evolución en este aspecto, desde una concepción inicial que casi excluía la prestación pública a otra en la que ésta se admite. En todo momento ha sido necesaria la supervisión pública, tanto respecto de los planes concretos que se firman en el marco de procedimientos de despido colectivo como de los sujetos que desarrollan la actividad. Aunque no se contemple expresamente, entendemos que sería posible su prestación mediante alguno de los esquemas de colaboración pública-privada que se prevén en el articulado de la Ley<sup>26</sup>, pudiendo actuar, en cuanto agencias de colocación, en coordinación con los servicios públicos de empleo o como entidades colaboradoras de éstos, incluso dentro de los acuerdos marco de colaboración del artículo 27 LE.

En nuestro Derecho el punto de partida es considerar que la recolocación es una modalidad de intermediación laboral<sup>27</sup>. Para la Exposición de Motivos de la LE vigente, *“la intermediación –objeto del Capítulo III– es objeto de configuración amplia y omnicomprendiva. En la misma quedan así subsumidas tres categorías de actuaciones: la prospección y captación de ofertas de trabajo, la puesta en contacto de ofertas de empleo con personas que persiguen su colocación o recolocación y la selección de personas que se estiman idóneas para un puesto de trabajo. Así mismo, conforme a dicho esquema, se configuran como colocación especializada, por un lado, las actividades de recolocación de personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial...”*.

Ya el artículo 31 de la Ley 56/2003 señalaba que se consideraba intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores, y que las empresas de recolocación eran agencias de colocación especializadas. El artículo 2 del Real Decreto 1796/2010, siguiendo la óptica de la anterior Ley de Empleo, sigue afirmando que las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas.

<sup>24</sup> Llama la atención sobre este aspecto Navarro Nieto, F. (2023), “La ley 3/2023, de empleo: Una visión panorámica”, en Durán López, F. & Sáez Lara, C. (coord.), *“Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público: libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero”*; Sevilla, Monografías de Temas Laborales, pg.141.

<sup>25</sup> Un estudio temprano de esta posibilidad en Molina Hermosilla, O. (2014), *“La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación”*, Pamplona, Aranzadi, pg.82.

<sup>26</sup> Pérez del Prado, D. (2023), “La colaboración público-privada en la Ley de Empleo”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Monográfico 2023, pg.153.

<sup>27</sup> Sobre la regulación de la intermediación en el Derecho vigente, Lázaro Sánchez, J.L. (2023), “Concepto y regulación de la intermediación en el mercado de trabajo en la ley 3/2023, de empleo”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Monográfico 2023, pg.207.

El artículo 40 LE señala en su apartado 3º que “*se considerará colocación especializada la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas*”. Esta afirmación, prevista ya en el artículo 31 de la Ley 56/2003, resulta algo incongruente, desde el momento en que su definición material incluye a la intermediación junto con otras actuaciones, de tal modo que en realidad la especialidad de estas agencias de colocación sería que junto a ésta desarrollan otras actividades.

### 3.3. Actuaciones de recolocación

El artículo 21 del Real Decreto 438/2024 nos indica qué actuaciones concretas conforman esta actividad cuando lo prestan los operadores públicos. Bajo el título de “apoyo a los procesos de recolocación”, nos indica que este apoyo comprenderá el diseño y la ejecución de los planes de recolocación cuya ejecución corresponda a los servicios públicos de empleo, de acuerdo con la legislación vigente, o el apoyo a los procesos de recolocación que se acuerde oportunamente. Este precepto aparece en una subsección dedicada a los servicios de intermediación, colocación y asesoramiento a empresas, lo que deja claro que se trata de una ayuda a un sujeto, la empresa, que es la verdaderamente responsable de garantizar esta medida a sus empleados. Es interesante subrayar que en el Anexo del RD 438/2024 cuando se enumeran los servicios garantizados por la LE se dice que para las empresas éstos serán el “apoyo en los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente”, mientras que cuando se habla de las personas demandantes de empleo se señala que se les proveerá de directamente de los servicios, asumiendo que las actuaciones serán proporcionadas directamente a sus destinatarios<sup>28</sup>.

El objetivo es la reinserción laboral de las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración empresarial, abundando en la visión restrictiva mantenida por la LE.

Dos tipos de usuarios de estos servicios se contemplan. Por un lado, las empresas públicas o privadas, independientemente de su forma jurídica, que se encuentren en procesos de reestructuración. En estos casos el acceso a la actividad se realizará bien a instancias de la empresa, bien del Servicio Público de Empleo.

<sup>28</sup> En la cartera común anterior, la establecida por el Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, el artículo 9 se ocupaba del servicio de colocación y de asesoramiento a empresas, indicando que entre las actuaciones a realizar se encontraba el “apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente”, lo que comprendía “*el diseño y la ejecución de los planes de recolocación cuya ejecución corresponda a los Servicios Públicos de Empleo, de acuerdo con la legislación vigente, o el apoyo a los procesos de recolocación que se acuerde oportunamente*”. Aquí quedaba más clara la distinción entre lo que es “apoyo”, y lo que es “diseño y ejecución”.

Por otro lado, las personas trabajadoras afectadas por el proceso de reestructuración de su empresa. La conexión con la reestructuración se recuerda una y otra vez.

Con independencia del tipo de usuario, se distinguen dos tipos de actuaciones, según se realicen con las empresas o con las personas trabajadoras afectadas. Respecto de las primeras, la principal actuación es la elaboración de un plan de recolocación, lo que se hará trabajando conjuntamente la empresa y el personal técnico cualificado del Servicio Público de Empleo. Respecto de las segundas se hará igualmente un plan, al que no se denomina “de recolocación” pero podemos pensar que se trata del mismo previsto para las empresas, pero en su dimensión individual. Además, se prevé la elaboración de un itinerario individual y personalizado de empleo, del que se hará un seguimiento por parte de la persona tutora responsable.

El RD 438/2024 especifica cuáles serán las medidas que podrá contener este plan: de orientación para el empleo para realizar un diagnóstico individualizado y definir el perfil de las personas trabajadoras afectadas; de formación para mejorar sus competencias profesionales o adquirir otras nuevas en los sistemas de formación existentes; de atención personalizada para el asesoramiento de técnicas de búsqueda de empleo; y, de intermediación laboral.

Estos son las actuaciones que deben realizar los SPE, al formar parte de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, por lo que su prestación debe estar garantizada en todos los territorios. Técnicamente son “servicios comunes”, que, según el RD, se corresponden con las funciones y objetivos estructurales del Sistema Nacional de Empleo y que se consideran necesarios para la atención adecuada y continuada a las personas, empresas y entidades usuarias.

Pueden incrementarse con otros servicios complementarios que cada SPE determine en el ámbito de sus competencias, en su propio ámbito territorial. Ahora bien, éstos, según señala el artículo 35, tendrán que ser algunos “no contemplados en la Cartera Común”, lo que excluiría la recolocación, sí incluida como hemos visto.

Cambiando de perspectiva, ya hemos visto que el RDC determina las actuaciones que conforman un proceso de recolocación desde el punto de vista del empleador obligado a ofrecerlo a sus empleados afectados por un despido colectivo, cuando la ley así lo exige. Servicios que en el modelo del RDC deben ser prestados por operadores privados, elegidos y pagados por la empresa. El artículo 9 establece que el plan deberá contener las siguientes actuaciones (que deberán ser “efectivas” y “adecuadas a su finalidad”)

- a) De intermediación consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo.

- b) De orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación.
- c) De formación profesional dirigidas a la capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas.
- d) De atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos.

Las cuatro actuaciones coinciden en ambos casos, lo que los SPE ofrecen y lo que las empresas deben proporcionar a sus empleados. En este caso concreto no se produce ese desfase antes señalado entre normativas de períodos distintos, que responden a modelos diversos de ordenación de los servicios en el mercado de trabajo. Cambia sólo el orden en que aparecen señalados, y la redacción de cada una, que es actualizada en el RDL 438/2024 respecto del RDC.

#### 4. CONCLUSIONES

Aunque nuestro Derecho no contiene una definición precisa de lo que debe entenderse por “reestructuraciones empresariales”, existen elementos para considerar que éstas son aquellas decisiones empresariales que, por motivos atinentes a la misma empresa, tienen como consecuencia la destrucción de puestos de trabajo. El mecanismo jurídico que articula estos procedimientos es el despido colectivo, que en los casos que tienen mayor impacto en las personas hacen surgir la obligación de proveer a los afectados de servicios de recolocación.

Ésta se presenta como un conjunto de actuaciones dirigidas a facilitar la transición laboral de las personas despedidas, incluyendo servicios que van más allá de la intermediación tradicional. Presenta también un componente colectivo, al vincularse a despidos que tienen este carácter; supone un coste que deben asumir las empresas; y surge al margen de los servicios públicos de empleo, como un sector empresarial especializado.

La regulación de la recolocación en España es una zona de confluencia entre el Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo. El primero se ocupa de ella en cuanto obligación de las empresas que proceden a despidos colectivos de ciertas dimensiones, por lo que la diseña como parte de un plan de recolocación interna que forma parte de las medidas de acompañamiento social anejas a estas extinciones contractuales. El segundo la regula como un servicio en el mercado de trabajo, centrándose en sus proveedores. Del estudio de estas dos regulaciones se constata una cierta descoordinación entre ambas, como consecuencia del distinto momento en que se aprobaron: mientras que el Derecho del Trabajo la contempla como una obligación empresarial que debe cubrirse por operadores privados especializados,

al margen casi completamente de los servicios públicos de empleo, el Derecho del Empleo en vigor, muy posterior, la prevé como una actuación que corresponde realizar también a éstos. La Ley de Empleo de 2023 ha supuesto un giro importante en la conceptualización de la recolocación, más como un servicio a las personas que lo necesitan que un deber a cargo de las empresas.

Esta desconexión hace que tengamos que operar con dos nociones de recolocación: la primera, más restrictiva, es la que se presta en el marco de planes de recolocación externa, lo que exige despidos colectivos con grandes efectos, acuerdos con los representantes de los trabajadores, supervisión pública, y contratación y prestación privadas. Esta noción es excesivamente limitada en estos momentos, ya que deja fuera de la cobertura de esta ayuda en el mercado de trabajo a numerosos supuestos (como traslados y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo) y personas trabajadoras. En particular condena a las personas que quieren cambiar de ocupación por su propia iniciativa a tener que realizar su transición profesional huérfanos de unas medidas que resultan de gran apoyo.

La segunda noción, más amplia, sería el objeto empresarial de las agencias de recolocación, unos sujetos típicos en el mercado de trabajo que la Ley de Empleo conceptúa como un subtipo especializado de agencia de colocación.

La actual cartera de servicios de los servicios públicos de empleo incluye entre éstos a la recolocación, que tiende a ser una más de sus áreas de actuación. Este cambio de actitud puede ser la expresión de una nueva fase en la evolución de estos sujetos públicos, que estarían pasando del modelo de intermediación introducido a principios de la década de 2010, que admitía la actividad empresarial y de hecho le reservaba ciertos espacios, a otro en el que el papel de la iniciativa pública es mayor, asumiendo todo tipo de tareas. Ello, por supuesto, sin negar el papel de los operadores privados, o incluso de las distintas formas de colaboración público-privada.

A pesar de estos cambios, la regulación de las agencias (antes empresas) de recolocación se sigue encontrando en el Real Decreto 1796/2010, una norma correspondiente a un momento anterior, por lo que sería necesaria una revisión en profundidad de este marco para adaptarse al modelo actual, algo que sí se ha hecho respecto de los operadores públicos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN MEDINA, J. & ROCHA SÁNCHEZ, F. (2004), *“La responsabilidad social empresarial: una aproximación desde la perspectiva laboral”*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

BINI, S. (2024), “Intermediación laboral, entre público y privado, a la luz de la nueva Ley de Empleo”, en Durán López, F. & Sáez Lara, C. (coord.), “*Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público: libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero*”; Sevilla, Monografías de Temas Laborales, pg.297.

CABEZA PEREIRO, J. (2024), “*Recolocación y colocación: políticas públicas y actores públicos y privados*”, Madrid, BOE.

CALVO GALLEGO, F.J. (2008), “*Códigos éticos y derechos de los trabajadores*”, Albacete, Bomarzo.

CALVO GALLEGO, F.J., & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2007), “Responsabilidad social corporativa: ¿un nuevo instrumento para las políticas laborales?”, en M.F. Fernández López (dir.), “*Política social europea y Comunidades Autónomas*”, Sevilla, Monografías de Temas Laborales.

CALVO GALLEGO, F.J., & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2010), “Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales*, nº 107, pg.303.

CALVO GALLEGO, F.J., & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (coords.) (2011), “*Colocación y servicios de empleo*”, Madrid, Consejo Económico y Social de España.

CORREA CARRASCO, M. (2021), “Autonomía colectiva y reestructuraciones empresariales no extintivas”, *Ponencias del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, pg.39.

DE LA TORRE GARCÍA, C, MARTÍN JIMÉNEZ, R., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., & MARURU PALACÍN, I. (2011), “*Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social: planes sociales, medidas alternativas y políticas de acompañamiento*”; Madrid, Ediciones Cinca.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (2015), “Reflexiones preliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral”, en Escudero Rodríguez, R. (coord.), “*Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*”; Madrid, Ediciones Cinca, pg.21.

LÁZARO SÁNCHEZ, J.L. (2023), “Concepto y regulación de la intermediación en el mercado de trabajo en la ley 3/2023, de empleo”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Monográfico 2023, pg.207.

LÓPEZ CABALLERO, A. (2006), “*Reestructuraciones socialmente responsables*”, Valencia, Tirant Lo Blanch.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2021), “Reestructuraciones empresariales”, “*Ponencias del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, pg.21.



MERINO SEGOVIA, A. (2005), “Responsabilidad social corporativa: su dimensión laboral”, *Documentación Laboral*, nº 75.

MOLINA HERMOSILLA, O. (2014), “La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación”, Pamplona, Aranzadi, pg.82.

MOLINA NAVARRETE, C. (2024), “Derecho (social) del empleo” y “Políticas de mercado de trabajo sostenible”: ¿más “obsolescencias” que “avances” en la “nueva” ley de empleo?, en Monereo Pérez, “40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía: XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales”, Sevilla, Monografías de Temas Laborales, pg.69.

MORALES ORTEGA, J.M. & CASTELLANO BURGUILLO, E. (2012), “Estudios sobre derecho y responsabilidad social en un contexto de crisis”; Madrid, Cinca.

NAVARRO NIETO, F. (2021), “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, en “Ponencias del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”; Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, pg.247.

NAVARRO NIETO, F. (2023), “La ley 3/2023, de empleo: Una visión panorámica”, en Durán López, F. & Sáez Lara, C. (coord.), “Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público: libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero”; Sevilla, Monografías de Temas Laborales, pg.141.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1989), “La instrumentación de la reconversión industrial: problemas de constitucionalidad”, *Revista de trabajo*, nº 94, 1989, pg. 79.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1990), “La política de reconversión española como política neocorporativa”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 42, 1990, pg. 245.

PÉREZ DEL PRADO, D. (2023), “La colaboración público-privada en la Ley de Empleo”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Monográfico 2023, pg.153.

RODRÍGUEZ, J. (2022), “Recolocación y ‘outplacement’, o la diferencia entre el destino y el viaje”, <https://www.observatoriorh.com/orh-posts/recolocacion-outplacement-diferencia-entre-destino-y-viaje.html>, visitado el 15 de junio de 2024.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1996), “Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, en Monereo Pérez, “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral”, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad, pg.227.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2012), “Responsabilidad social de los empleadores y crisis económica”, en Morales Ortega, J.M. & Castellano Burguillo, E. (2012), “Estudios sobre derecho y responsabilidad social en un contexto de crisis”; Madrid, Ediciones Cinca.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2023), “La Ley de Empleo y las personas: reflexiones a partir de la idea de Trabexit”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Monográfico 2023, pg.9.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2021), “Las medidas de acompañamiento en los procesos de reestructuraciones de empresas”, “*Ponencias del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”; Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, pg.305.

TASCÓN LÓPEZ, R. (2008), “*Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*”, Madrid, CEF.

SÁEZ LARA, C. (2010), “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas Laborales*, nº 107, pg.337.



# LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL EMPLEO DESDE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

## *THE PROMOTION AND PROTECTION OF EMPLOYMENT THROUGH COLLECTIVE BARGAINING*

EVA GARRIDO PÉREZ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Cádiz

ORCID: 0000-0001-7910-4969

### RESUMEN

**Palabras clave:** Cláusulas de convenios colectivos, compromisos negociales, creación de empleo, mantenimiento de la ocupación, medidas alternativas al despido, jubilaciones forzosas

El análisis de las cláusulas convencionales que acogen compromisos y medidas de favorecimiento del empleo en los ámbitos de cobertura del convenio ha constituido tradicionalmente una técnica idónea para testar el nivel de interesamiento de los sujetos negociadores sobre la temática del empleo. La intervención reformadora del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, con importantes novedades en materia de contratación, en particular la preferencia por el empleo estable, y con remisiones directas a la negociación colectiva para completar un buen número de sus previsiones, ha tenido sin duda su influencia y proyección entre los convenios colectivos negociados o revisados con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, conformando el marco idóneo para analizar las tendencias que en su caso y en la actualidad presenta la inserción de cláusulas o compromisos de empleo entre los contenidos negociales, y con ello en definitiva resolver cual sea el papel que cumple la negociación colectiva, si alguno le corresponde cumplir, en materia de empleo.

### ABSTRACT

**Keywords:** *Collective agreement clauses, negotiation commitments, job creation, job preservation, alternative measures to dismissal, forced retirements*

*The analysis of the conventional clauses that include commitments and measures to promote employment in the areas covered by the agreement has traditionally been an ideal technique to test the level of interest of the negotiating parties in the subject of employment. The reforming intervention of RD-law 32/2021, of December 28, with important and new developments around employment recruitment, in particular the preference for permanent employment, and with direct references to collective bargaining to complete a good number of its provisions, has undoubtedly had its influence and projection among the collective agreements negotiated or revised after the entry into force of the norm. All of this constitutes the suitable framework to analyze the currents trends in the insertion of employment clauses or commitments among the negotiating contents, and thus ultimately resolve what role collective bargaining plays, if any, in matters of employment.*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL TRATAMIENTO DEL EMPLEO DESDE Y POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO
  - 3.1. Identificación
  - 3.2. Tipología
4. CLÁUSULAS DESTINADAS A LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO
  - 4.1. Compromisos negociales de crecimiento y estabilidad del empleo
  - 4.2. Cláusulas promocionales del empleo de concreción legal
5. CLÁUSULAS DESTINADAS A LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO EXISTENTE
  - 5.1. Compromisos de reparto de empleo
  - 5.2. Preferencia por el empleo interno frente al externo
  - 5.3. Compromisos por medidas de ajuste no traumáticas
  - 5.4. Cláusulas de jubilación obligatoria
6. A MODO DE CONCLUSIONES
7. LISTADO CONVENIOS ANALIZADOS Y REFERENCIADOS DE ÁMBITO ESTATAL
  - 7.1. Convenios sectoriales
  - 7.2. Convenios de empresa

## 1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas no han faltado importantes y novedosos análisis que, generalmente al hilo de estudios sobre la negociación colectiva, han recaído sobre aquellas estipulaciones convencionales expresivas de compromisos y medidas de favorecimiento del empleo en los ámbitos de cobertura del convenio, y que suelen identificarse directa o indirectamente con el nombre de cláusulas de empleo<sup>1</sup>.

Cierto es que la contemplación de tales cláusulas en la negociación colectiva no tiene en modo alguno un carácter estacional, es decir, no se observa que la

<sup>1</sup> Particularmente, Serrano Olivares, R., *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*. Tirant lo Blanch, Valencia 2003. Tarabini-Castellani Aznar, M., *Empleo en la negociación colectiva*. La Ley, Madrid 2014. Sempere Navarro, A.V. y Nicolás Franco, A., “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 33, 2001. Cardona Rubert, B., “Cláusulas de empleo”, AA.VV. *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos. Colección Informe y Estudios nº 68, 2005. Estévez González, C., “El tratamiento del empleo en la negociación colectiva”, en AA.VV. *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*. Bomarzo, Albacete 2013. Soriano Cortes, D., “Negociación colectiva y estabilidad en el empleo”, en AA.VV. *El impacto de la negociación colectiva en la segmentación laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia 2015. Nieto Rojas, P., *Cláusulas de empleo en la negociación colectiva sectorial: algunas tendencias*. Revista de Información Laboral núm. 10, 2016. Guamán Hernández, A., Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva, en AA.VV. *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*. Ed. Thomson Reuters, Madrid 2016. Almendros González, M.A., “Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva”, en AA.VV. *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía*. Monografías de Temas Laborales. Junta de Andalucía, 2018.

aparición de tratamientos del empleo en los textos convencionales coincida con épocas de mayor o menor crecimiento en términos de ocupación y empleo. Pero cuando se colocan dichas cláusulas bajo el foco del análisis y en el específico contexto en que se sitúan sí es posible detectar una serie de líneas de tendencia o variación dependiendo de la propia conformación de las relaciones laborales desde su ordenación normativa hasta su desarrollo convencional. De hecho, en la década de los 90 donde se atisbó de manera más evidente la preocupación por el empleo en la negociación colectiva, se manifestaron unas iniciales cláusulas de empleo que tenían una finalidad más reorientadora de los recursos humanos, con un marcado carácter hacia el reparto del empleo, con disposiciones relativas a límites de horas extraordinarias, fomento del contrato de relevo, jubilaciones anticipadas, etc. En los momentos de excesiva temporalidad y crisis de estabilidad, la negociación colectiva ha evidenciado cierta preocupación por dotar de mayor fijeza a las plantillas, con porcentajes de nuevas contrataciones indefinidas, coberturas de vacantes y transformaciones contractuales, si quiera para compensar el obligado recurso a las contrataciones temporales dentro de la amplia flexibilidad tanto de entrada como interna que se procuró desde la reforma de 2012.

En los momentos actuales, tras los avatares tan particulares y excepcionales acaecidos en el orden socioeconómico y también jurídico de nuestro país en los últimos años, en especial a partir de 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, existe un sustrato idóneo para analizar bajo nuevos parámetros el actual escenario negocial y sus expresiones en materia de empleo, con el fin de extraer esas posibles líneas de tendencia en el interés o preocupación que parecen mostrar hoy por hoy los negociadores en relación con la temática del empleo y la ocupación, identificando cuáles sean sus focos de atención y los rasgos de orientación general que expresa la negociación colectiva en este aspecto.

Con estas premisas, la finalidad pues es expresar unas ideas generales sobre la conexión finalista entre empleo y negociación colectiva, como clave de bóveda para justificar la aparición de determinadas estipulaciones negociales de diversa configuración e intencionalidad pero que pudieran acogerse bajo un supuesto título identificativo de cláusulas o compromisos de empleo. Y todo ello con el fin de realizar un cierto diagnóstico general sobre el alcance y finalidad de este tipo de estipulaciones convencionales, y en definitiva sobre cuál sea el papel que cumple la negociación colectiva, si es que alguno le corresponde cumplir, en materia de empleo.

## 2. EL TRATAMIENTO DEL EMPLEO DESDE Y POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La funcionalidad tradicional del convenio colectivo, cual es la de servir de instrumento de consecución de la mejora de las condiciones de trabajo, se ve acompañada por otras funciones que han ido apareciendo con el tiempo y en buena medida por la propia dinamicidad y adaptabilidad de las relaciones laborales a los contextos socioeconómicos emergentes, apareciendo así la negociación colectiva como pieza clave para la gestión de cambios y reestructuraciones empresariales, de contención y reordenación de mecanismos de flexibilidad, de delimitación del alcance y efectos de la digitalización, de organización del régimen de teletrabajo, etc.

Ante estas novedosas e importantes orientaciones funcionales a las que la negociación colectiva presta un espacio regulador y ordenador cada vez más amplio, cabría preguntarse sobre cuál sea el dedicado en materia de empleo, si recibe una mayor o menor atención y si en definitiva forma parte o no de ese núcleo de cuestiones que centran la atención negocial. En este punto se trata de dar respuesta a si en realidad la negociación colectiva asume un objetivo de favorecimiento y fomento del empleo en cierto alineamiento con las actuaciones de los poderes públicos en materia de empleo.

Efectivamente, desde la perspectiva de las políticas públicas de empleo, sin duda se busca la colaboración de la negociación colectiva y su intervención para contribuir “a la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, y a la generación de trabajo decente”<sup>2</sup>. Y desde este punto de vista se coincide en que la negociación colectiva es un instrumento que puede sin duda coadyuvar a varios objetivos de la política de empleo en sí (de entre los definidos en el art.4 de la Ley 3/2023, de 18 de febrero, de Empleo):

- Garantizar la efectiva igualdad de oportunidad y no discriminación en el acceso al empleo.
- El mantenimiento del empleo y la progresión profesional de las personas ocupadas.
- La ampliación y mejora de las calificaciones, competencias, habilidades, y empleabilidad de las personas ocupadas.
- La incorporación laboral de colectivos prioritarios.
- Y el impulso a la creación de empleos de calidad y estables.

<sup>2</sup> Integrantes o elementos de definición de las políticas activas de empleo tal como se expresa el art. 2 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo.

Pero aun admitiendo en abstracto esta funcionalidad, la negociación colectiva no es por definición ni una medida de política de empleo, ni un instrumento de generación de empleo sino en su caso de favorecimiento del empleo existente utilizando la herramienta que en sí misma es la negociación colectiva como limitación de los poderes empresariales, especialmente cuando estos se expresan en medidas o decisiones que pongan en peligro ese empleo o sus elementos de calidad, estabilidad o igualdad.

De ahí que, en épocas de dificultad económica, la negociación colectiva se atrinchere tras las puertas de salida para evitar la pérdida de empleo, pero porque hasta cierto punto se doblaga en el terreno de la gestión de ese empleo admitiendo elementos de flexibilidad que lo preserven. En situaciones más expansivas, la estrategia es prácticamente la misma, pero incidiendo en ordenaciones sustantivas y procedimentales de gestión de carácter preventivo, adelantándose a cambios extremos o bruscos en procesos productivos que requieran ajustes, adaptaciones y alteraciones en la regulación de las condiciones de trabajo.

Se ha demostrado con creces cómo la negociación colectiva es sumamente adaptable y moldeable a los cambios que la realidad socioeconómica va impactando en las unidades productivas y en la gestión de las relaciones laborales, y lo ha sido particularmente en situaciones de crisis económica y de empleo, protegiendo en difícil equilibrio la actividad económica empresarial y la ocupación. Pero quizás ha sido menos permeable a una línea más incisiva de creación de empleo, por cuanto, como se ha apuntado, no está en la genética de la negociación colectiva cumplir tal función, aun cuando sí podrá forzar las costuras de la libertad empresarial de contratación para abrir las puertas de entrada a la empresa con nuevas contrataciones y bajo determinadas condiciones de calidad y estabilidad, y con ello favorecer indirectamente ese mercado de trabajo adecuado, eficiente, inclusivo e igualitario.

Por ello, no podrá reclamarse críticamente a la negociación colectiva el cumplimiento de una función que no le es propia, cual es la favorecer la generación de empleo a través de un esfuerzo negociador que se exprese en estipulaciones convencionales que comprometan a incrementos de plantilla (con cierto nivel de contratación cuantitativamente detallado y en periodos determinados) o a renunciar a medidas de flexibilidad organizativa/productiva como es el recurso a la subcontratación para favorecer la contratación directa, o sencillamente a cubrir con nuevas contrataciones las vacantes surgidas en la empresa.

De hecho, tampoco esta línea ha sido favorecida o auspiciada por los propios agentes sociales que en el V AENC<sup>3</sup> solo dedicaban palabras al fortalecimiento de la negociación colectiva y al valor del convenio colectivo “como vía más eficaz para adaptar el empleo y las condiciones de trabajo a las realidades de los

<sup>3</sup> Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección general de Trabajo, por el que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 31 mayo 2023).



sectores y empresas”. De hecho, los agentes sociales se vanagloriaban de cómo las medidas adoptadas en la reforma de finales de 2021 “están contribuyendo a erradicar ciertas patologías de nuestro mercado laboral, como la alta temporalidad o la destrucción masiva de empleo en épocas de crisis “, pero no trasladaban a la negociación colectiva el papel de contribuir aún más en esta línea. De este modo, y como permanente hilo conductor común en todos los acuerdos precedentes, en el V AENC se apunta a “buscar en la negociación colectiva la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales”. Cuestión distinta es el modo y la intensidad con la que dicha finalidad se traslada a los convenios colectivos, sirviendo así la crítica en ocasiones aducida<sup>4</sup> hacia el fuerte componente inercial en algunos de sus contenidos, con cláusulas pactadas en un determinado momento, fruto del escenario negocial de entonces, que se reiteran rutinariamente, porque a pesar del transcurso del tiempo no cambian de significado y no causan conflicto, ni coste, ni contraprestación, ni exigibilidad en su ejercicio, incluso respecto de aquellas cláusulas que incorporan algún contenido más concreto u obligacional.

No obstante, la aparición del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, aportando una buena dosis de novedad en materia de contratación, particularmente por la preferencia hacia la de carácter indefinido, y con desarrollados mecanismos de preservación del empleo, ha tenido un notorio impacto y proyección, aunque no excesivamente generalizado como podrá comprobarse, en las orientaciones y objetivos en materia de empleo que los sujetos negociadores deciden trasladar a los textos convencionales.

En este sentido, aun admitiendo que los contenidos de la negociación colectiva son sumamente permeables al contexto social, económico y jurídico en el que se proyectan, también se debe coincidir en que la atención desde los convenios colectivos hacia los temas de empleo y su concreta forma de exteriorización depende considerablemente de la empresa o sector de referencia y por supuesto del peso e influencia de los negociadores. Como podrá comprobarse a continuación, las cláusulas convencionales de mayor impacto o incidencia en términos de promoción o protección del empleo se detectan en convenios sectoriales de amplia proyección en el ámbito estatal y de aquellos de empresas con igual nota característica, de importante peso económico y de grandes dimensiones. No debe olvidarse que el juego de poder negocial se detecta en los equilibrios internos que necesariamente se producen cuando surgen ciertos compromisos que obligan de

<sup>4</sup> Sala Franco. T, “La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales “. AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid 2020, p. 414, apuntando a cómo la negociación colectiva adolece de una notable falta de imaginación a la hora de salirse de las tradicionales cláusulas convencionales (salarios y tiempo de trabajo, como paradigmáticas) y de negociar nuevas cláusulas, tales como ‘protocolos de actuación’ ante determinadas situaciones producidas en las empresas”.

forma primordial a la empresa. Si finalmente se acoge en el texto convencional un compromiso de contratación fija o de recurso a medidas alternativas al despido colectivo, conseguido como logro social, sin duda se corresponderá con alguna “ventaja” para la empresa inserta entre las condiciones de trabajo ordenadas en y por el mismo convenio.

Como se ha señalado, “las partes pueden pactar sobre sus respectivos intereses, derechos y patrimonio jurídico, así como respecto de los sujetos a quienes representan”<sup>5</sup>. Y las denominadas cláusulas o compromisos de empleo forman parte indiscutible de esta negociación de “interés” mutuo, aunque no responden con la misma intensidad a los intereses en presencia pues, como se dirá, tienen un alto componente estratégico y de posicionamiento en el juego negociador que en buena medida y en particulares cláusulas desvirtúa, ensombrece o debilita el impacto en las condiciones de trabajo del colectivo representado. De hecho, este interés recíproco y compensable que se evidencia tras las cláusulas de empleo sólo existe allí donde se exterioriza un claro poder social / sindical en la negociación, evidenciando importantes saltos cualitativos en la ordenación desplegada por los convenios colectivos, yendo más allá de lo que se solventa de forma tradicional en los contenidos negociales, para dar forma incluso a perfilados diseños de política de empleo en los ámbitos de aplicación de los convenios.

Más aún, si en épocas precedentes la identificación de estas denominadas cláusulas de empleo se presentaba por lo general como algo aislado dentro del texto convencional, expresivas de puntuales compromisos fundamentalmente en materia de contratación, en la actualidad, y a la vista de los convenios más recientes, no puede negarse la evidencia de que se está ante verdaderas expresiones de política de empleo. Con mayor o menor detalle, con más o menos contenido, un buen número de convenios está ya manifestando claras orientaciones u objetivos en materia de empleo que, partiendo desde una declarada apuesta por el mantenimiento y estabilidad de la ocupación en la empresa o sector de referencia, amparan y justifican la adopción de variadas medidas, actuaciones, y en definitiva compromisos u obligaciones que las partes negociadoras acuerdan (pero que en última instancia formaliza el titular empresarial). Conforme a este tipo de estrategias en materia de empleo, que ciertamente se observa en lo fundamental, como podrá comprobarse, en empresas o sectores de especial dimensión y relevancia, se trata de alcanzar el objetivo general de que el empleo existente en la empresa sea estable y de calidad; finalidad a la que se encauzan no solo mejoras de las condiciones mínimas legales, sino también y especialmente la previsión y acogida de medidas relacionadas con las transformaciones contractuales, las coberturas de vacantes, el régimen limitativo de las horas extraordinarias, el recurso al personal externo, las excedencias, las recolocaciones, las suspensiones y las extinciones.

<sup>5</sup> Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. y Cruz Villalón, J., “Negociación colectiva laboral: aspectos cruciales”, ed. Aranzadi, Madrid 2023, pág. 249.

Un marco de intervención en materia de empleo que se nutre de compromisos a adoptar durante la vigencia de los convenios que los acogen y que por lo general incluyen mecanismos formales y procedimentales para el seguimiento y control de lo acogido, con referencias a comisiones de análisis y perspectivas del empleo en los ámbitos de aplicación del convenio de acogida.

Ahora bien, frente a estas estrategias bien identificadas, que responden a posiciones negociales firmes y articuladas para dar forma a políticas de empleo que favorezcan una ocupación estable y de calidad en la empresa o sector, no es posible obviar cómo aún se detecta un importante número de convenios que apenas se separan de lo que se ha venido negociando en años y décadas anteriores, con sólo limitadas respuestas a las exigencias normativas de materias a acoger en los convenios colectivos (planes de igualdad, protocolos contra acoso, trabajo a distancia, etc.), y con escasos atisbos de un planteamiento por la mejora del empleo. De hecho, son mayoritarios los convenios donde cierto tipo de cláusulas de empleo aparecen de forma aislada o puntual dentro del conjunto de disposiciones convencionales, evidenciando específicos compromisos adquiridos entre los sujetos negociadores, que no obstante puede significar una primera vía de incursión en esta temática con la perspectiva de encontrar en el futuro más espacios negociales donde insertar nuevas cláusulas de favorecimiento del empleo.

### **3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO**

#### **3.1. Identificación**

Tradicionalmente se han calificado a las cláusulas o compromisos de empleo como parte integrante de ese contenido obligacional del convenio colectivo y diferenciado pues de eso otro contenido normativo en una distinción marcada por el ET desde su primera redacción<sup>6</sup> y que sin duda ha resultado útil desde el punto de vista jurídico para concretar el “alcance de la obligatoriedad de las disposiciones del convenio y la vigencia de las mismas”<sup>7</sup>. Por lo demás no ha sido una distinción excesivamente compleja desde la definición, si bien ha encontrado problemas de operatividad práctica por cuanto no siempre ha resultado fácil efectuar el perfecto encuadre de las disposiciones de un convenio colectivo en uno y otro contenido. Y no lo ha sido en concreto tratándose de las cláusulas de empleo, puesto que no

<sup>6</sup> Al decir el primer texto del art. 86.3 ET, “denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo”.

<sup>7</sup> Desdentado Bonete, A. y Valdés de la Vega, B., “*La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*”, Ed. Trotta, Madrid 1998, pág. 57.

todas ellas presentan la misma fisonomía y alcance para determinar su naturaleza normativa u obligacional en función ya sea de un criterio subjetivo u otro sustantivo de diferenciación que han sido los más manejados por la doctrina a tales efectos.

Ciertamente son cláusulas que no refieren a aspectos colectivos o de relación directa entre los sujetos negociadores, en la interpretación más genérica de funcionalidad de las cláusulas obligacionales<sup>8</sup>, sino que afectan a la general ordenación de las relaciones laborales, por lo que los destinatarios son los empresarios y trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio aun cuando los obligados o vinculados por la cláusula sean los firmantes de este. De hecho, el interés por calificar una cláusula de empleo como obligacional y no normativa, residía en delimitar el alcance de su vigencia (ante la denuncia del convenio) y especialmente las consecuencias anudadas al incumplimiento de dicha cláusula por quien resultara ser el sujeto comprometido y obligado a su observancia y ejecución<sup>9</sup>. Si desde el propio convenio no se delineaba un tratamiento específico sobre el seguimiento y control del cumplimiento de la cláusula de empleo, como parte de los pactos y obligaciones recíprocas a los que se comprometían los firmantes, la cláusula perdía todo su significado jurídico como posible estipulación de naturaleza obligacional. Y esta consideración es la que ha ido acompañando tradicionalmente a las conocidas y habituales cláusulas de empleo que en su diseño obligacional no incluían una previsión específica en orden a asegurar su cumplimiento o a determinar las consecuencias de su incumplimiento.

Ahora bien, en la actualidad, la dicotomía entre contenido normativo y obligacional ha perdido buena parte de su trascendencia y significado desde el momento en que, por un lado, el propio ET elude tal diferenciación en sus alusiones al contenido del convenio colectivo (de hecho el art.86.3 ET ya no califica a las cláusulas de paz laboral como de obligacionales sino simplemente alude a ellas como cláusulas convencionales, únicas que decaen con la denuncia del convenio, pero sólo en defecto de pacto)<sup>10</sup>. Una opción legislativa que por lo demás es sumamente coherente con el reconocimiento del absoluto control de

<sup>8</sup> Como indicaba Albiol Montesinos I., en la “Introducción” de AA.VV. *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos. Colección Informe y Estudios nº 68, 2005, pág.21, y citando a Mastinu, las cláusulas obligacionales son entendidas como “un aparato orgánico de reglas dirigidas a disciplinar el comportamiento de las partes contratantes con la finalidad de asegurar la observancia estable del convenio y a regular la futura actividad de negociación”.

<sup>9</sup> “La jurisprudencia ha interpretado que la calificación de una cláusula debe hacerse caso por caso en función de la consecuencia que produce y según la diferencia de tratamiento jurídico que deriva de ello, tendiéndose a utilizar un criterio pragmático de razonabilidad”. Cfr. Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E. y Cruz Villalón, J., op. cit., pág. 270.

<sup>10</sup> Omisiones a tal distinción que no solo se detectan en sede de contenido y vigencia del convenio (arts. 85 y 86 del ET), sino también en la previsión sobre extensión del convenio, donde la norma ya no refiere a las cláusulas obligacionales como posible contenido que quedara fuera de la resolución administrativa de extensión (art. 92).

los negociadores sobre la vigencia del convenio colectivo, produciéndose en los términos que se contemplaran en el mismo, incluso con distintos periodos para determinadas materias (art.86).

Consiguientemente, si desde la cuestión de la vigencia no tiene ya mucho sentido plantear esta dicotomía entre contenido normativo y obligacional en relación a las cláusulas de empleo, sí habría de resultar aún necesaria a los efectos de analizar su obligatoriedad, puesto que lo que realmente interesa es el nivel de exigibilidad que tales compromisos convencionales arrastran para las partes y cuales habrían de ser las vías o instrumentos adecuados para reclamar su cumplimiento o reaccionar ante su inobservancia. De hecho, acudiendo a un criterio finalista (distinto de aquellos otros de orden subjetivo y sustantivo que han servido generalmente para situar las cláusulas de empleo en uno y otro contenido), bien se constataría que tales cláusulas, en su mayoría (y salvando algunos diseños de cláusulas un tanto diferenciales) responden a un planteamiento propio y característico de las estipulaciones convencionales de carácter normativo al incidir en la ordenación de las condiciones laborales, aportando contenido a la relación individual de trabajo. Si la cláusula convencional tiene como funcionalidad última generar un beneficio tangible, constatable, que se integre en el patrimonio contractual del trabajador, en sus aspiraciones de empleabilidad y estabilidad, y que redunde positivamente en sus condiciones de trabajo, el hecho de que su origen sea obligacional, en tanto que expresión de un compromiso de actuación asumido por las partes, queda superado por los efectos finalistas propios de una cláusula normativa jurídicamente exigible a través de las vías habilitadas a tal fin (como el procedimiento de impugnación de convenios colectivos, o el de conflicto colectivo). Quedarían al margen aquellas otras cláusulas o estipulaciones convencionales cuyo diseño o expresión no tienen un impacto directo o indirecto en las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras insertas en el campo de aplicación del convenio, con independencia de la eventual y posterior afectación que pudiera derivarse de su posible despliegue y cumplimiento, y que consiguientemente quedarían bajo el régimen de las obligaciones o compromisos de carácter instrumental asumidos por las partes firmantes. Aquí estarían, por ejemplo, las que limitan el recurso a las ETT o a la externalización productiva que someten claramente al empresario como sujeto obligado al cumplimiento del compromiso en cuestión.

### 3.2. Tipología

Ciertamente no es posible hablar de cláusulas de empleo caracterizadas por los mismos elementos de definición, tanto materiales como finalistas, puesto que debe partirse de su “carácter polivalente y multidireccional”<sup>11</sup>. De hecho,

<sup>11</sup> Cardona Rubert, B. “Cláusulas de empleo”, en AA.VV. *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*. loc. cit., pág. 204.

entran en una especie de marco indefinido todas aquellas estipulaciones de los convenios que recogen tanto declaraciones o muestras de interés particular, como compromisos algo más concretos que directa o indirectamente tengan un sentido de favorecimiento del empleo en tanto que objetivo general o de protección del empleo particular de las personas trabajadoras incluidas en el ámbito de aplicación del convenio en cuestión, y ya sea desde una posición proactiva, con medidas de promoción y creación, como aquellas otras más defensivas procurando la pérdida de empleo.

De hecho, algunas referencias convencionales de tal sentido u orientación a veces pasan desapercibidas o son extremadamente sutiles en su expresión hasta el punto de no quedar identificadas o individualizadas como tales cláusulas de empleo. Junto a ellas, otras cláusulas ya son conocidas y han venido apareciendo en algunos convenios, más por tradición que por convicción en su relevancia y eficacia, pero habrá que estar al tanto de nuevas estipulaciones en diseño y contenido que puedan surgir precisamente al amparo de esas nuevas funcionalidades a las que la negociación colectiva está prestando en la actualidad un importante espacio ordenador o las que en un futuro más próximo que tardío puedan incorporarse, como es lo relativo a los empleos verdes.

Así pues, aun manteniendo el término cláusulas de empleo debe tenerse en cuenta que su identificación no solo acoge compromisos de actuación de las partes que se proyectan sobre el empleo de la empresa o sector de aplicación, sino que también abarca todas aquellas previsiones convencionales con incidencia en términos de empleo, ya sea cuantitativo (crecimiento o incremento neto de empleo) o ya cualitativo (mantenimiento del empleo existente y su ordenación en mejores condiciones de calidad y estabilidad), y que están orientadas al cumplimiento de principios u objetivos de política de empleo, a veces anunciados desde los propios convenios, para dar respuesta a sobrevenidas situaciones personales de las personas trabajadoras (con reingresos, ajustes de condiciones laborales y recolocaciones) y a circunstancias de mercado y competitividad de las empresas (con medidas alternativas a las extinciones de contrato). El factor de novedad que actúa transversalmente en este tipo de estipulaciones convencionales queda representado por el empleo estable y de calidad con el objeto no sólo de procurar o mantener un cierto dimensionamiento de la plantilla, sino también que ese dimensionamiento sea estable, garantizado y abierto a regeneraciones y nuevas incorporaciones.

De hecho, comienza a ser frecuente encontrar entre las estipulaciones convencionales una serie de llamadas expresas al acuerdo, negociación o colaboración conjunta entre las partes negociadoras para afrontar el contexto de desempleo y las posibles situaciones de dificultad económica o estructural a los fines de dar respuesta a procesos de transformación garantizando a la vez la adecuada estabilidad del empleo en la empresa o sector de referencia. La intención manifestada de las partes es impulsar, potenciar la adopción y desarrollo de unas actuaciones o medidas que, aun con cierta flexibilidad y graduación temporal,

puedan contribuir “a una mayor calidad o estabilidad en el empleo”<sup>12</sup>, y “que redunde en el mantenimiento y rejuvenecimiento de las plantillas”<sup>13</sup>; cuestión distinta es que esta expresa intencionalidad se acompañe de mayores concreciones o especificaciones sobre su proyección, como a continuación se comprobará.

Desde esta perspectiva cabría pues identificar bajo la expresión cláusulas de empleo el conjunto de estipulaciones convencionales que acogen y proyectan medidas de favorecimiento del empleo acordadas por las partes negociadoras del convenio, pero en buena medida de responsabilidad ejecutiva por el titular empresarial. Unas cláusulas que, a su vez, desde el plano sistemático y metodológico, pueden diferenciarse entre aquellas que se dirigen a promover el empleo (desde la principal vertiente de creación o incremento de la ocupación), y aquellas otras destinadas a su protección (desde la óptica de su mantenimiento, evitando salidas indeseadas o traumáticas). Y es con esta diferenciación que se expondrá a continuación el particular tratamiento que unas y otras reciben en la negociación colectiva.

#### **4. CLÁUSULAS DESTINADAS A LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO**

Bajo esta genérica mención cabe referenciar a varios tipos de cláusulas alusivas a empleo y contratación que son expresiones del modo, el interés o el alcance con el que los convenios colectivos abordan un trato de favor hacia la creación del empleo y la ocupación.

Al margen de ciertas estipulaciones convencionales de naturaleza simplemente declarativa, carente de cualquier alcance vinculante o exigible en tanto que no van acompañadas de actuaciones concretas en materia de empleo, hay un buen número de cláusulas que, por el contrario, sí recogen cierta preocupación e interés por los rasgos de la ocupación constatada en el ámbito del convenio en orden a calidad, temporalidad, colectivos empleados, etc., y con ellas las partes firmantes se interesan en realizar un diagnóstico de situación del comportamiento y la calidad del empleo en su ámbito negocial, como base para una eventual adopción de medidas correctoras. Se tratan aquí sí de cláusulas de naturaleza obligacional que involucran a las partes firmantes para su despliegue en los términos que ellas mismas hayan acordado, pero con un serio peligro de quedar finalmente en el lado de las declaraciones inocuas si no se contemplan un control de seguimiento y las consecuencias en caso de incumplimiento. Son cláusulas que en todo caso evidencian una aproximación del convenio hacia la temática del empleo, como

<sup>12</sup> Convenio del sector de Jardinería. Convenio de Instalaciones Deportivas y Gimnasios. Convenio de Revistas y Publicaciones Periódicas. Convenio de Michelin. Convenio de Lidl; Convenio de Iberdrola.

<sup>13</sup> Convenio del Corcho. Convenio de Pastas, Papel y Cartón.

fruto de una preocupación más específica de los negociadores en controlar y ordenar los recursos existentes de forma más propia y adaptada a lo que sucede en el concreto ámbito negocial.

Y junto a ellas también se constatan opciones negociales de un mayor compromiso hacia el favorecimiento del empleo, tanto desde la óptica de nuevas contrataciones como del sostenimiento y mejora de la calidad del empleo ya existente en el ámbito del convenio. Son éstas las opciones que se dirigen en lo esencial a dar prioridad al contrato indefinido, a limitar la temporalidad, o a transformar los contratos temporales en indefinidos. Un marco que posiblemente sea el nivel máximo del espacio ordenador que pueda ofrecer la negociación colectiva en su limitada función de promoción del empleo, allí donde se orientan las puertas de entrada para favorecer la incorporación de nuevas personas trabajadoras y allí donde también se reconducen sus condiciones contractuales y de trabajo en orden a una mayor calidad y estabilidad en el empleo.

#### **4.1. Compromisos negociales de crecimiento y estabilidad del empleo**

Como se apuntó con anterioridad, comienza a ser una línea de tendencia la expresión entre las estipulaciones convencionales de declaraciones a favor de dar prioridad a la estabilidad y garantía del empleo y/o respetando la causalidad de la contratación temporal<sup>14</sup>. En este sentido, es clara la influencia de la reforma laboral de 2021 sobre las precisiones efectuadas por los convenios en materia de ingreso y contratación. No solo aparecen ya de forma más frecuente afirmaciones sobre la preferencia de los contratos de carácter indefinido, sino que además se hace una clara apuesta por la contratación fija discontinua a través de varias vías de intervención: bien expresando la preferencia por dicha modalidad al mismo nivel que la contratación indefinida ordinaria<sup>15</sup>; bien con un extenso desarrollo en la ordenación de los contratos fijos discontinuos, regulando hasta el detalle sus condiciones, especialmente en lo relativo al llamamiento<sup>16</sup>; bien acogiendo la preferente conversión en fijos discontinuos de previos contratos temporales<sup>17</sup>; o bien otorgando prioridad a las personas contratadas bajo esta modalidad para cubrir

<sup>14</sup> Entre otros ejemplos, convenios de Acción e Intervención Social; Enseñanzas de Peluquería y Estética; Danone; Ediservicios Madrid 2000; Game Stores Iberia; General Óptica; DÍA; Grupo VIPS; Grupo Endesa; Grupo Hermanos Martín; Grupo Supermercados Carrefour; Lidl Supermercados; Uniprex.

<sup>15</sup> Convenio de Empresas de Eeguridad; convenio de Empresas Elaboradoras de Productos del Aar.

<sup>16</sup> Convenio de Grandes Almacenes; Convenio de Acuicultura; Comercio del Papel y Artes Gráficas; Convenio de Contratas Ferroviarias.

<sup>17</sup> Convenio de Conservas; Convenio de Heineken España; Convenio de Acuicultura, convirtiéndose en fijos discontinuos los eventuales contratados por segundo año con contrato temporal o de ETT y hubieran prestado servicio un mínimo de 180 días por año.



puestos de trabajo fijos continuos<sup>18</sup>. E incluso se detectan cláusulas destinadas a la preservación del empleo que pudieran cubrir las personas contratadas en esta modalidad, impidiéndose la contratación temporal mientras exista personal fijo discontinuo pendiente de llamamiento con la categoría y el mismo puesto de trabajo que se pretende cubrir con un nuevo contrato<sup>19</sup>.

Más allá de estas líneas preferenciales hacia la estabilidad en el empleo como medida promocional del mismo, las cláusulas que más inciden en este propósito y las que consiguientemente más resultados podrían proyectar, de garantizarse su cumplimiento desde el propio convenio, son las que incorporan elementos cuantitativos cifrados en números o porcentajes de contratación estable a conseguir o mantener (por lo general durante la vigencia del convenio). Al respecto, los compromisos por un incremento cuantitativo del empleo se expresan en porcentajes que varían entre el 90% y el 65% de ocupación o plantilla fija<sup>20</sup>, a veces diferenciales en atención a la dimensión de la plantilla<sup>21</sup>, y solo ocasionalmente se apunta a la obligada contratación de un determinado número de personas trabajadoras para cumplir con el compromiso de incremento neto de empleo<sup>22</sup>.

Cierto que estos compromisos cuantitativos se insertan en condiciones de temporalidad o cómputo que pueden tener un efecto reductor en el impacto o el

<sup>18</sup> En el convenio de Agencias de Viaje la empresa se compromete a ofrecer la conversión del contrato fijo discontinuo en indefinido ordinario antes de proceder a la contratación de una tercera persona no vinculada a la empresa. Y también el convenio del Comercio del Papel y Artes Gráficas, concediendo a las personas trabajadoras fijas discontinuas la prioridad de incorporación sobre cualquier nueva contratación.

<sup>19</sup> Convenio del Comercio del Papel y Artes Gráficas; Convenio de Acuicultura, incluyendo incluso dentro del margen de prohibición de recurso por la contratación temporal a la proveniente por ETT's.

<sup>20</sup> El 65% se indica en el convenio de Empresas de Seguridad. El 70% en el convenio de Empresas Organizadoras del Juego del Bingo y en el convenio de Family Cash. El 75% en el convenio de Lidl Supermercados. El 80% en los convenios de Elaboradores de Productos Cocinados para su venta a domicilio; de Transporte Sanitario de Enfermos/as y Accidentados/as; y de Supermercados Eroski. El 85% en el convenio del Grupo Hermanos Martín, y en el convenio de Supermercados Sabeco, precisando este último que en centros de nueva apertura el compromiso es de contar con un 40% de plantilla fija a los 18 meses de apertura. Y el 90% de empleo indefinido se recoge en el convenio del Grupo VIPS, y en el convenio de Grandes Almacenes, precisando que de tal porcentaje un 10% como máximo podría estar destinado a contratos fijos discontinuos.

<sup>21</sup> En el convenio del Comercio de Flores y Plantas el compromiso es de un 80% o un 70% de contratados fijos dependiendo si la empresa cuenta con una plantilla superior o inferior, respectivamente, a 15 personas trabajadoras. En el convenio del Comercio del Papel y Artes Gráficas, el compromiso del 80% del empleo fijo se circunscribe únicamente en empresas de más de 20 personas trabajadoras.

<sup>22</sup> Convenio del Grupo Endesa en el que la empresa se compromete a la incorporación a la plantilla propia con carácter indefinido de 1.000 trabajadores en el conjunto de las empresas. Asimismo, el convenio de Otis Mobility recoge el compromiso por un incremento de un mínimo de 20 personas trabajadoras durante el primer año de vigencia del convenio, y de 30 al menos en el segundo año. Para los dos años posteriores la empresa acepta la posibilidad de acordar también

alcance de la medida planteada<sup>23</sup>, si bien lo importante es la previsión en el propio convenio de mecanismos o controles que preserven el seguimiento y control de su cumplimiento<sup>24</sup>, para evitar que estos compromisos queden solo en la letra de una norma que incluso se reitere en sucesivos convenios sin contemplar al menos un adecuado análisis sobre su efectividad y eventual revisión.

Por lo demás, y desde la perspectiva de las preferencias para la ocupación que pudieran incluirse entre los convenios colectivos, debe tenerse en cuenta el sometimiento a lo dispuesto en el ET y normas complementarias en cuanto a formas y modalidades de contrato, lo que incluye el respeto a los derechos de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo y contratación. La negociación colectiva de hecho ya está evidenciando un importante grado de sensibilidad en el respeto a tales derechos, al menos declarado en los textos convencionales, y de ahí que los negociadores se muestren remisos o posiblemente recelosos por incorporar cláusulas que acojan preferencias a determinados colectivos, ni tan siquiera bajo el amparo de las medidas de acción positiva, más allá de las que podrían contemplarse en relación con el género en los planes de igualdad que se insertan en los textos convencionales.

En este contexto resultan pues absolutamente excepcionales cláusulas que expresan el acuerdo de las partes firmantes por una preferencia en la contratación por el género menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate<sup>25</sup> o una prioridad en la contratación de colectivos de tradicional dificultad

un incremento neto. Igualmente, en el convenio de la ONCE se asume la celebración de al menos 2.500 nuevos contratos indefinidos durante los años de vigencia del convenio, de los cuales el 90% se formalizará con personas con discapacidad acreditada. Extrañamente, en el convenio de Iberdrola parece optar por un crecimiento no neto, al prever el compromiso de incorporación de un mínimo de 500 personas trabajadoras en las empresas incluidas en el ámbito funcional del convenio, pero “que no computarán en la plantilla neta de la Compañía”.

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, con restricciones y condicionamientos sobre cómputo del porcentaje de empleo fijo comprometido, los convenios de Empresas de Seguridad; Empresas Organizadoras del Juego del Bingo; Contact; o Transporte Sanitario.

<sup>24</sup> Por ejemplo, en el convenio de Empresas de Seguridad se contempla una comisión mixta empresas-trabajadores para controlar el porcentaje de empleados indefinidos al que se obligan las empresas sujetas al convenio. En el convenio de Contact Center se prevé la debida entrega a las secciones sindicales y a la representación legal de los trabajadores, de toda la información relativa a la plantilla, contratación, conversiones y evolución del empleo. En el convenio de Elaboradores de Productos Cocinados se atribuye a la Comisión Paritaria del convenio la garantía del efectivo cumplimiento del porcentaje de empleo fijo al que se comprometen las empresas en dicho convenio. Finalmente, en el convenio de Supermercados Eroski se debe dar cuenta al Comité Intercentros de las nuevas contrataciones y el índice de personas trabajadoras con contrato indefinido, con el fin de hacer el seguimiento al porcentaje de empleo estable comprometido en el propio convenio.

<sup>25</sup> Convenios de Aparcamientos y Garajes; Prensa Diaria; Aceites del SurCoosur; Bimbo Donuts; Bureau Veritas; Hertz España; Repsol.

para el acceso al empleo<sup>26</sup>. Algo más normalizada se encuentra la apuesta por la recuperación del empleo previo, otorgando preferencia o al menos valoración especial cara al ingreso, a quienes con anterioridad hubieran prestado servicios de naturaleza temporal en la empresa<sup>27</sup>.

Por lo demás, en el plano de los compromisos por un empleo estable, es de destacar cómo la negociación colectiva se muestra especialmente conservadora en lo que a procesos de estabilización se refiere, con aún muy escasas referencias a eventuales conversiones de empleo temporal en indefinido en atención a una política general de estabilidad del empleo<sup>28</sup> o en función de previsiones de evolución de plantilla<sup>29</sup>, y menos aún se detectan expresos compromisos de transformación, refiriéndose mayoritariamente, allí donde se acogen, a los contratos formativos (como posteriormente se detallará) y no tanto a los temporales del art.15 ET<sup>30</sup>.

Finalmente, y en esta sede de compromisos negociales en favor del crecimiento y la estabilidad del empleo en la empresa, serían aceptables cláusulas

<sup>26</sup> Como es el supuesto por ejemplo del convenio para la Acuicultura que expresa el compromiso por la contratación prioritaria para “personas jóvenes, mujeres y personas mayores de 45 años, siempre que tengan las capacitaciones de los puestos a cubrir”. En el convenio de Pastas, Papel y Cartón tan solo se expresa la coincidencia de las partes en “la necesidad de propiciar la contratación de colectivos con dificultades para conseguir empleo (mujeres subrepresentadas, jóvenes menores de 30 años, parado de larga duración, mayores de 45 años y personas con discapacidad)”. Debe también destacarse cómo curiosamente en el convenio de Banca tanto solo se contempla la opción de contratar a personas jóvenes y/o de colectivos de personas trabajadoras con baja empleabilidad, desempleados de larga duración o personas en riesgo de exclusión, como una de las posibles opciones asociadas a la jubilación obligatoria por cumplimiento de la edad contemplada en el propio convenio. Y de manera especial, por su excepcionalidad, debe mencionarse el convenio de DÍA en el que se contempla la preferencia de personas con discapacidad de forma absoluta para ocupar un puesto de trabajo de nueva contratación en igualdad de condiciones entre los aspirantes.

<sup>27</sup> Convenios de Contratas Ferroviarias; Perfumería y Afines; Logifruit Iberia. Asimismo, el convenio del Grupo EDP España otorga preferencia para cubrir cualquier puesto vacante que se convoque, y a igualdad de mérito y perfil, a las mujeres desempleadas que durante el año anterior a la fecha de contratación hubieran tenido un hijo (biológico o por adopción) o hubiesen sido declaradas víctimas de violencia de género.

<sup>28</sup> Cítese por ejemplo el convenio de General Óptica donde se apunta que “la política de contratación de la empresa estará dirigida a contribuir en un progresivo relevo generacional, mediante la transformación de un contrato temporal en indefinido o la contratación indefinida de un nuevo trabajador, o la transformación de un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo”. Igualmente, el convenio del Grupo VIPS señalando que “dentro del compromiso de empleo estable se atenderá prioritariamente a la transformación a indefinidos de los contratos formativos”.

<sup>29</sup> Convenio de Perfumería y Afines.

<sup>30</sup> Sirva como ejemplo de la excepcionalidad de este tipo de cláusulas el convenio del sector de Harinas Panificables y Sémolas donde se indica que “a su finalización, los contratos de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, y al objeto de facilitar la colocación estable, se podrán convertir en contratos de trabajo indefinidos”. En parecidos términos, convenio del sector de Fabricantes de Yeso. En el convenio de Bimbo Donuts también se acoge una previsión de conversión de contratos de trabajo temporales en indefinidos de concurrir las circunstancias

que recomendaran no recurrir a ETT's o reducir el recurso a las mismas. Sin embargo, este tipo de compromisos escasamente aparecen en los convenios y solo en ocasiones para garantizar el empleo de los fijos discontinuos que se encuentran pendientes de llamamiento, declarando su preferencia en caso de necesidad de nuevas contrataciones. De ahí la excepcionalidad que representan las disposiciones convencionales en las que, con fines claramente de estabilidad en la contratación, cuando se declara tal principio o modelo a seguir en la empresa, se acogen compromisos de dar prioridad a las relaciones laborales directas<sup>31</sup>, de evitar posibles abusos en cuanto al período de duración de los contratos de puesta a disposición<sup>32</sup>, de reducir al mínimo la contratación temporal a través de las ETT's<sup>33</sup>, o de acudir a ellas solo en el caso de necesidades temporales tras haberse agotado otras posibilidades de contratación eventual o fija discontinua<sup>34</sup>.

## 4.2. Cláusulas promocionales del empleo de concreción legal

Junto a al citado tipo de cláusulas convencionales que expresan elementos de interés y proyección en materia de promoción del empleo, y que son directa expresión de una iniciativa de los sujetos negociadores que aventaja a cualquier directriz normativa, debe identificarse otra variante de cláusulas con referencia a contratación pero que en esencia van destinadas a concretar y desplegar medidas por exigencia directa de la propia norma que remite a la negociación colectiva para tal fin. Valga al respecto citar varios ejemplos claros de esta orientación.

El primero de ellos refiere en particular al cumplimiento del cupo de reserva del 2% para personas trabajadoras con discapacidad que se impone a las empresas de más de 50 trabajadores en el art.42 del RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En relación con esta materia, ciertamente no faltan entre los convenios colectivos, en especial sectoriales o de grandes empresas, cláusulas generales relativas a ese cupo de reserva y que, aun con distintas fórmulas, acogen términos de marcada generalidad y de eventual

de existencia de un empleo de continuidad, de existencia de puesto de trabajo vacante, y de la inexistencia de trabajadores sin puesto de trabajo asignado en cualquier centro de trabajo. En el convenio de TK Elevadores España la empresa se compromete a pasar a indefinidos al 5% de los trabajadores que tengan contratos en prácticas o eventuales. Asimismo, en el convenio de Roca se fija un porcentaje de eventualidad del 7% de modo que pasarían a ser fijos las personas trabajadoras temporales que excedieran de tal porcentaje.

<sup>31</sup> Convenio del Grupo Repsol o Convenio de Logifruit acogiendo que el compromiso de la empresa es cubrir las vacantes de trabajo temporal con trabajadores habituales de la empresa.

<sup>32</sup> Convenio de Decathlon España.

<sup>33</sup> Convenio de Empresas de Elaboración de Productos del Mar; Convenio de Danone.

<sup>34</sup> Convenio para las Industrias de Curtido.

cumplimiento<sup>35</sup>, sin apenas incidir en su obligatoriedad<sup>36</sup> o en el posible recurso a medidas alternativas<sup>37</sup>. Expresando más intenciones que un compromiso de efectiva empleabilidad<sup>38</sup>, estas cláusulas relativas al cupo de reserva para personas con discapacidad terminan convirtiéndose desafortunadamente en una especie de cláusula de estilo de fácil incorporación, pero de difícil y compleja observancia.

El segundo de los ejemplos de intervención de la negociación colectiva allí donde la norma reclama su actuación se sitúa en sede de contratos formativos, con iniciales llamadas a los convenios colectivos para la efectiva concreción de condiciones contractuales fijadas por el art.11 ET (como la retribución del contrato en formación en alternancia y del contrato para la práctica profesional, o la propia determinación del periodo de prueba al que pudiera someterse este último contrato). Un reclamo que la negociación colectiva apenas acoge, siquiera mejorando las condiciones económicas de los contratos formativos con porcentajes superiores a los marcados por el ET<sup>39</sup>.

En la misma sede hay otras remisiones a la negociación colectiva que sí presentan directa o indirectamente una vinculación con un fin de mejora del empleo y de la empleabilidad (más propio de una cláusula de empleo), y respecto de las que la ley indica el objetivo a conseguir e incluso la vía a utilizar, pero deja a la libre disposición de los negociadores su concreción material.

Es el caso de la remisión ciertamente abierta y menos forzada (habida cuenta de la utilización del término “podrán”) contenida en el art.11.6 ET a que se establezcan en la negociación colectiva “compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido”. Sin duda, tal sería el contenido de una ejemplificativa cláusula de empleo, aunque no por mucho insistir

<sup>35</sup> Convenios del sector de entidades de seguro; Decathlon España; Grupo Enagás; SEAT.

<sup>36</sup> Poniendo no obstante el foco en la obligatoriedad del cupo de reserva, convenios del Comercio de Flores y Plantas; Acuicultura; Industrias de Curtido; Perfumería y Afines; Transporte Sanitario de enfermos/as y accidentados/as; Cash Converters; Repsol; y Convenio de Telefónica, ofreciendo la novedad de que “en los procesos de selección de más de 20 puestos de trabajo, se reservará un 5% de las vacantes para su cobertura por este colectivo”.

<sup>37</sup> Refiriéndose sí a tales medidas alternativas aún sin precisarlas, convenios de Centros y Servicios Veterinarios; Grandes Almacenes; Banca; Transporte Sanitario de enfermos/as y accidentados/as; Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana; Grupo Repsol.

<sup>38</sup> Con algunas excepciones como el ejemplo el convenio de Acción e Intervención Social que, confirmando el compromiso de la empresa por dar cumplimiento a la norma, incorpora también la decisión de la empresa de determinar los puestos de trabajo reservados para personas con discapacidad, según grado de ésta, así como las adaptaciones necesarias al puesto de trabajo. Asimismo, el convenio de Supermercados Eroski, acogiendo el compromiso de incrementar la contratación directa del colectivo colaborando con el movimiento asociativo de personas con discapacidad, a la vez que se fomenta la integración laboral indirecta mediante la contratación de bienes o servicios a Centros Especiales de Empleo.

<sup>39</sup> Convenio del sector de pastas, papel y cartón; Convenio de Supermercados Eroski; Convenio de Uniprex.

la norma en tal conversión se acoge con el mismo interés desde la negociación colectiva.

Es cierto que los contratos formativos están recibiendo una notoria acogida entre los textos convencionales, con algunas reproducciones casi literales de los preceptos del ET, excepcionalmente incorporando mejoras en su ordenación (como es el tema salarial), y con declaraciones expresas sobre la importancia de estos contratos para la incorporación de los jóvenes y consiguientemente para el relevo generacional<sup>40</sup>. Pero llama poderosamente la atención que con tan solo algunas y señaladas excepciones de firme promoción o fomento de contratos formativos<sup>41</sup>, y en algún caso de difusa intencionalidad al respecto<sup>42</sup>, tales declaraciones no vayan acompañadas de previsiones concretas sobre niveles de contratación de tales modalidades ni de compromisos de transformación en indefinidos al finalizar su duración máxima, evidenciándose así una más que clara resistencia o reticencia a expresar compromisos reales en relación a un mecanismo que posibilita una controlada inserción en la empresa de jóvenes y favorece el rejuvenecimiento de plantillas. Una orientación que por lo demás contrasta en algunos sectores, apuntados como de elevada presencia de becarios, y que siguen apostando expresamente por dicha práctica (de conformidad a la normativa específica que la posibilita) aún al margen de referencias a las contrataciones formativas<sup>43</sup>.

El tercero de los ejemplos de medidas promocionales del empleo que ofrece la negociación colectiva, pero orientadas o incentivadas desde la ley para concretar

<sup>40</sup> Tal como aparecen por ejemplo en los convenios de Grandes Almacenes, de Cash Converters, o del Grupo Endesa.

<sup>41</sup> Supuesto del convenio del Comercio de Flores y Plantas, recogiendo el compromiso de transformar en indefinidos al 60% de los contratos para la formación. También, en el convenio de Transporte Sanitario de Enfermos/as y Accidentados/as se acoge el compromiso de que, al menos, el 25% del personal contratado en prácticas que completen la duración máxima del contrato pasarán a ser indefinidos. Igualmente, en el convenio de Decathlon España se recoge el compromiso de la empresa de transformar en indefinidos el 30% de los contratos para la formación en alternancia que durante cada año natural agoten el período máximo de duración de dos años. Asimismo, el convenio del Grupo Supermercados Carrefour incorpora el compromiso de transformar en indefinidos el 75% de los contratos de formación en alternancia cuando agoten el plazo máximo de duración. Sin alusión a porcentaje alguno, el convenio de DÍA recoge la transformación indefinida de todo contrato de formación a la finalización de su duración máxima. La misma conversión comprometida se inserta en el convenio de Iberdrola, pero acogiendo tanto a los contratos de formación como a los de prácticas.

<sup>42</sup> Como es el ejemplo del convenio del Grupo VIPS en el que se declara el compromiso por el uso de los contratos formativos como vía de inserción y calificación de los/as jóvenes, garantizando que su finalización contribuya a la estabilidad del empleo<sup>37</sup>. O del convenio del Grupo Zena, reconociendo que se fomentará la contratación indefinida de contratados en formación que hayan agotado la duración máxima.

<sup>43</sup> Convenio de Entidades de Seguro; Convenio de Notarios/notarias y personal empleado; convenio de Telefónica, con una fuerte apuesta por programas de becarios dirigidos a estudiantes o recién titulados “que faciliten la integración de los jóvenes en el mercado laboral”.

o completar la opción por la fijeza contractual, surge a raíz de lo previsto en el art.15.8 del ET. Las remisiones contenidas en este precepto no adoptan la forma de mandato obligatorio sino antes bien la de mera habilitación para una acogida voluntaria en la negociación colectiva, solicitando la colaboración de los sujetos negociadores a la consecución de los fines generales, más que evidenciados por la norma, de eludir la temporalidad y promover la estabilidad contractual. Y de nuevo la norma les indica el objetivo y la vía para que libremente acuerden las medidas y actuaciones concretas “limitativas de la temporalidad admisible”<sup>44</sup>:

- Establecimiento de planes de reducción de la temporalidad
- Fijación de criterios para una adecuada relación entre nivel de contratación temporal y plantilla de la empresa
- Determinación de criterios de conversión de contratos temporales en indefinidos
- Fijación de porcentajes máximos de temporalidad

Unas directrices para las que apenas la negociación colectiva se muestra receptiva. En esta línea, el fomento por un crecimiento de plantilla estable que aparece puntualmente en los textos convencionales, solo en ocasiones va acompañado del acuerdo expreso de las partes negociadoras por causalizar la contratación temporal, esto es, de someterse a los criterios y condiciones que la norma impone para su utilización, o incluso precisando aún más en el texto del convenio los supuestos o circunstancias que en concreto habilitarían al recurso de la contratación temporal (cubrir bajas por incapacidad temporal, vacaciones, ausencias imprevistas, pedidos imprevistos, etc.)<sup>45</sup>, o muy excepcionalmente acordando no recurrir a la contratación eventual del art.15 ET si la empresa no tiene cubierta la plantilla de trabajadores fijos comprometida<sup>46</sup> o si fuera para cubrir las vacantes producidas por despido<sup>47</sup>, o incluso optando por acudir bien a contratos fijos discontinuos o bien a contratos a tiempo parcial como alternativa a la contratación temporal<sup>48</sup>. De hecho, las estipulaciones convencionales que incorporan compromisos de mantenimiento de cierto porcentaje de temporalidad en la empresa con relación al empleo fijo son muy infrecuentes<sup>49</sup>, de ahí que a la negociación colectiva aún le quede mucho

<sup>44</sup> Así califica tales medidas Sempere Navarro, A.V en “Epílogo” de Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E., y Cruz Villalón, J, *Negociación colectiva laboral: aspectos cruciales*, op. cit., pág. 447.

<sup>45</sup> Convenio de Conservas y Semiconservas; Convenio de Acuicultura.

<sup>46</sup> Convenio de Empresas Organizadoras del Juego del Bingo.

<sup>47</sup> Convenio de Estaciones de Servicio

<sup>48</sup> Convenios del Grupo VIPS; Grupo Hermanos Martín; Grupo Supermercados Carrefour.

<sup>49</sup> Convenio de Primark Tiendas, con el compromiso de mantener un porcentaje de contratación eventual no superior al 30% de promedio anual. Convenio de Roca, fijando un porcentaje máximo del 7% de eventualidad sobre la plantilla total de las empresas. Convenio del sector de Contact Center, disponiéndose que solo el 20% de la plantilla podría ser contratado por modalidades del art.15 ET o por contratación fija discontinua del art.16 ET o mediante recurso a las ETT's. Convenio de Danone, señalando que la contratación temporal no podrá exceder del 8% de la

espacio donde intervenir y que completar para alcanzar los deseables niveles de empleo estable y de calidad, con garantía de recurso limitado y eminentemente causal a la contratación temporal.

## **5. CLÁUSULAS DESTINADAS A LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO EXISTENTE**

Se acogería aquí a aquel otro grupo diversificado de estipulaciones convencionales que con distinto alcance y orientación se relacionan con la protección del empleo, tanto desde el aspecto cuantitativo del nivel de ocupación, de la dimensión de la plantilla que compone el ámbito subjetivo de aplicación del convenio, como desde el punto de vista cualitativo de la calidad del empleo existente. Se abarca así cláusulas de distinta naturaleza, sean normativas, obligacionales, o incluso mixtas en tanto que aun con origen obligacional impactan en las condiciones laborales y terminan formando parte del patrimonio contractual de la persona trabajadora.

### **5.1. Compromisos de reparto de empleo**

Esa conformación mixta o híbrida se presenta particularmente en las cláusulas de reparto de empleo, considerando la orientación particular de algunas de ellas hacia decisiones que, a la par que favorecen el empleo existente, aportan elementos de promoción de nuevo empleo, como es el caso de las que apuntan hacia una restricción de las horas extraordinarias como mecanismo que no solo podría mejorar la prestación laboral en condiciones de calidad, sin jornadas excesivas, sino también facilitar que el tiempo de trabajo requerido sea cubierto por nuevas contrataciones.

Ahora bien, desde el punto de vista del abordaje de la negociación colectiva hacia este tipo de opciones, los resultados son escasos en número y limitados en efectividad. Apenas los convenios salen de su espacio de confort representado por recomendaciones o declaraciones hacia la supresión o progresiva reducción de horas extraordinarias habituales que, por lo general, no son más que compromisos vacíos de concreción efectiva y de vinculabilidad, carentes de elementos realmente obligacionales<sup>50</sup>. Por ende, son muy excepcionales, dentro de un panorama bien reducido, las cláusulas convencionales que declaran firmemente la supresión o prohibición de horas extras sin más opción que mantener las de fuerza mayor<sup>51</sup>, pues buena parte de las estipulaciones que expresan un compromiso por suprimir

plantilla media de la empresa en cómputo anual; mismo porcentaje que se fija para la contratación a tiempo parcial.

<sup>50</sup> Véase por ejemplo los convenios de Derivados del Cemento, de Bureau Veritas, del Diario ABC, o de Heineken España.

<sup>51</sup> Convenio de Empresas Organizadoras del Juego del Bingo.



o reducir las horas extraordinarias habituales, se ocupan de aclarar de inmediato el mantenimiento de aquellas otras de orden estructural (las que responden a un buen número de circunstancias como urgencias, períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno, etc.)<sup>52</sup>, quedando consiguientemente el concepto de “habitualidad” en un papel muy reducido, sin olvidar que esas declaraciones no van acompañadas de una limitación en las compensaciones, al seguir discurriendo por lo general por las vías económicas e incluso de alto valor (75 o 100% de valor de la hora ordinaria).

No obstante, sí hay ejemplos convencionales que acogen pretensiones o propuestas de limitar el número de horas extras habituales, siquiera por efecto de desmotivar su recurso aludiendo a razones de política de empleo, optando de forma exclusiva o preferente por la compensación por tiempo de descanso<sup>53</sup> o desmotivando la compensación económica al no incrementar su valor muy por encima del que corresponde a la hora ordinaria<sup>54</sup>.

A pesar pues de las ventajas cara a la creación de empleo o a la conciliación de la vida laboral y familiar que puede arrastrar una política real de restricción de las horas extras<sup>55</sup>, en esta sede la negociación colectiva trata o pretende mantener un difícil equilibrio entre lo que se quiere y lo que se puede, entre lo ideal (eludir o reducir las horas extras) y lo real (colmar necesidades empresariales) pero que finalmente evidencia las carencias o incluso la certeza de que la propia negociación no sale de sus espacios de realidad conocida y negociada para abordar con seguridad y eficiencia unas medidas y actuaciones más incisivas y efectivas desde la óptica de la promoción y protección del empleo.

Similares consideraciones cabría reproducir para otro mecanismo de reparto de empleo desde la línea conjunta de promoción / protección del empleo que se manifiesta en la jubilación parcial con simultáneo contrato de relevo. Se trata de un conocido instrumento de relevo generacional que, no obstante, adolece de un muy limitado impacto en la gestión de recursos humanos, fruto de su confrontación con un sistema de jubilación que escasamente compensa la salida del mercado de trabajo y con unas orientaciones legislativas que por lo demás propician el alargamiento de la vida activa.

<sup>52</sup> Convenios de Conservas y Semiconservas; Agencias de Viaje; Acuicultura; Estaciones de Servicio; Cash Converters; Ediservicios Madrid 2000; Grupo EDP España; Grupo Hermanos Martín; Pirelli Neumáticos.

<sup>53</sup> Convenios de Industrias de Curtido; Cemex España Operaciones; La Caixa; Game Stores Iberia; o Convenio del Grupo Repsol, imponiendo como obligatoria la implantación de la compensación de las horas extras con descanso.

<sup>54</sup> Convenio de Entidades de Seguros y Seaseguros. Convenio de British American Tobacco.

<sup>55</sup> Es la orientación marcada por ejemplo en los convenios de Estaciones de Servicio, de Adecco ETT y de Ediservicios Madrid 2000.

De ahí que las menciones a la jubilación parcial y paralela contratación en relevo, más allá de las alusiones o reproducciones de la normativa de referencia (art.12 ET y art. 215 LGSS), se dedican por lo general a expresar declaraciones de intenciones desde las partes firmantes por fomentar y facilitar estos mecanismos contractuales a los fines de promover ese relevo generacional y los procesos de renovación de plantillas<sup>56</sup>, con solo alguna marcada excepción acogiendo compromisos cuantitativos de contratación<sup>57</sup>.

Finalmente, y en una eventual o supuesta dinámica de reparto de empleo, resulta más que extraño que entre los intereses de las partes negociadoras se evidencie cierta posición contraria al pluriempleo al momento de ordenar las condiciones de ingreso y contratación en la empresa. Cuando tal postura aparece se acompaña de otro tipo de previsiones favorables hacia la estabilidad en el empleo (limitación de la contratación temporal o reducción de las horas extraordinarias), de modo que es en el contexto de un modelo o política por la creación (neta) de empleo donde se pueden justificar previsiones que, aun frente a la libertad de pluriempleo, asuman el compromiso de erradicar tal opción como regla general, no realizando contrataciones a personas que estén ya contratadas en otra empresa o sector<sup>58</sup>.

## 5.2. Preferencia por el empleo interno frente al externo

En una línea más de protección del empleo existente que de promoción de nuevas contrataciones, se sitúan las opciones declaradas en los textos convencionales en relación con la cobertura de vacantes, donde se observa una clara tendencia a dar preferencia a personas trabajadoras de la misma empresa<sup>59</sup>, incluso con niveles de prioridad que comienzan por el acceso a puestos vacantes por parte del

<sup>56</sup> Convenios de Supermercados Eroski; Grupo VIPS; Compañía Asturiana de Bebidas; Danone; Entidades de seguro; Vestas Eólica; Industrias del Curtido; y Convenio de Fabricantes de Yeso, recogiendo el compromiso de formalizar contratos de relevo en aquellos puestos de trabajo que objetivamente sea posible.

<sup>57</sup> Caso del convenio del Grupo Endesa en el que la promoción del relevo generacional paulatino se traduce en el compromiso de la empresa por que al menos el 10% de la totalidad de las contrataciones a las que se obliga expresamente en el propio convenio (1.000 nuevas incorporaciones de personal fijo) lo sea bajo la modalidad contractual de relevo.

<sup>58</sup> Convenio de Recuperación de Materiales Diversos; Convenio de Entidades de Seguros y Reaseguros, extendiendo la misma prohibición a quienes ya estuvieran en situación de jubilación. Asimismo, en el convenio de Estaciones de Servicio, si bien con la importante precisión de que tal contratación no se realizaría si la persona trabajadora estuviera contratada ya a jornada completa, por tanto, dejando fuera de la prohibición cuando fuera a jornada parcial. En el mismo sentido convenio de Logifruit Iberia.

<sup>59</sup> Convenios de SEAT; Supermercados Grupo Eroski; Grupo Naturgy; Acción e Intervención Social; Contratas Ferroviarias. Asimismo, el convenio del Grupo Prisa Radio donde en “igualdad de condiciones con otros candidatos externos, tendrán un derecho preferente las personas que tengan una vinculación profesional con la empresa”. De manera más firme, el convenio del Grupo EDP

personal fijo de plantilla, y en su defecto por personal contratado a tiempo parcial o temporal<sup>60</sup>. Igualmente, con la idea de protección del empleo, tanto evitando la pérdida de plantilla o recuperando el existente con anterioridad, se ofrecen compromisos de reingreso para personas trabajadoras que solicitan excedencias voluntarias, reconociendo su derecho a la reincorporación<sup>61</sup>, o priorizando para la cobertura de plazas fijas a los excedentes que solicitan el ingreso<sup>62</sup>.

En esta línea de opciones favorecedores de recolocación de personal previo debe hacerse una mención especial a las destinadas a personas trabajadoras de la empresa que adolezcan de una reducción de su capacidad de trabajo por efecto de un accidente o enfermedad. En este punto debe destacarse no solo la mayor frecuencia con la que los textos convencionales están acogiendo compromisos de adaptación de personas trabajadoras con capacidad reducida a puestos de trabajo adecuados, sino también el hecho de que amplían el campo subjetivo de aplicación de este tipo de medidas más allá de lo previsto por la norma de referencia. Al respecto, desde el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se impone a los empresarios del mercado ordinario la obligación de “adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo...” (art.40.2) para garantizar el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, considerando como tales a estos efectos a “las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez...” (art.35.1). Y, sin embargo, las cláusulas convencionales detectadas sobre esta materia no necesariamente se asocian a una calificación del grado de discapacidad. De hecho, no debería ser un requisito de partida para adoptar medidas de recolocación o de adaptación del puesto de trabajo para personas trabajadoras que hubieran experimentado una disminución de su capacidad, sea por enfermedad o accidente o sea incluso por edad, y es así que se acoge como regla general entre los textos convencionales que las incluyen<sup>63</sup>. Aun así, en ocasiones se requiere que la discapacidad haya sido calificada por los órganos pertinentes o que sea de un

España declara que no se producirá ingreso de personal cuando la plaza vacante pueda ser ocupada por personal fijo de plantilla capacitado.

<sup>60</sup> Convenio de Centros de Enseñanza de Peluquería y Estética. Convenio de Avis.

<sup>61</sup> Convenio de Agencias de viaje. Convenio Grupo Axa.

<sup>62</sup> Convenios del Grupo Enagás; Grupo Endesa; Unedisa Comunicaciones. Igualmente, el convenio de Air Europa, precisando incluso el impedimento a contratar nuevo personal hasta que la empresa no hubiera realizado una oferta de contratación a los trabajadores que causaron baja como consecuencia de un despido colectivo.

<sup>63</sup> Convenios Grupo Prisa Radio; Siemens Energy; Personal de Tierra de Iberia; Grupo Asegurador Reale; Grupo EDP España; Iberdrola; Uniprex; Vestas Eólica; Construcción; Industrias de Curtido; o el convenio de la Industria Química, estando las empresas “obligadas a proveer las plazas adecuadas que puedan ser cubiertas por personas trabajadoras que por discapacidad

determinado grado para ser beneficiario de la medida de recolocación<sup>64</sup>, y en todo caso no siempre el nivel de compromiso expresado en los convenios confluye en un reconocimiento y garantía de un destino adecuado a la discapacidad, prefiriéndose expresiones que suelen moverse más en el terreno de las posibilidades o de la eventualidad<sup>65</sup>. Condiciones que no aportan confianza en la operatividad efectiva de cláusulas con esta orientación, y de nuevo, tal como se indicó con el cupo de reserva, más destinadas a permanecer en el plano de la formalidad que en el de la eventual realidad.

Finalmente, como cláusulas protectoras del empleo existente debe mencionarse a aquellas que refieren a limitaciones de empleo externo por terceras empresas en régimen de subcontratación<sup>66</sup>.

El recurso a empleo externo desde empresas subcontratadas, siendo más que habitual en determinadas actividades económicas, y contemplado como mecanismo de flexibilidad y contención de costes, sin embargo, suele ir acompañado de reducciones de plantilla o de cierre de nuevas contrataciones que afectan consecuentemente a objetivos deseables de calidad y estabilidad en el empleo de ciertas unidades negociales. En tales casos, la búsqueda de un equilibrio entre una política de externalización y otra de permanencia y seguridad contractual podría ser lo más aconsejable desde esta particular orientación o vía funcional de intervención de la negociación colectiva.

No obstante, la posibilidad de acoger condiciones o límites a la contratación y subcontratación de obras o servicios bajo la idea de eludir un posible efecto sustitución de personal propio por personal ajeno, recibe una más que escasa acogida por los convenios colectivos. De entre las cláusulas detectadas al respecto hay dos líneas de actuación, una más excepcional y otra más habitual. La primera, aquella en el que el convenio colectivo, por motivos de protección del empleo, decide reducir o condicionar el recurso a la subcontratación<sup>67</sup>. La segunda, aquella otra que, especialmente en sectores donde puede ser habitual o inevitable el recurso

no puedan seguir desempeñando su oficio con el rendimiento normal<sup>70</sup>. En similares términos, el convenio de Perfumería y Afines.

<sup>64</sup> Así por ejemplo las medidas de recolocación solo se prevén para las personas con incapacidad permanente parcial (convenio de DIA o de Petronor), o con incapacidad permanente total (convenio Repsol).

<sup>65</sup> Convenios de la Construcción; Conservas y Semiconservas; Aparcamiento y Garajes; Revistas y Publicaciones Periódicas; Ediservicios Madrid 2000; Grupo Repsol.

<sup>66</sup> Sobre esta temática, vid. AA.VV. *Contratación temporal, ETT y subcontratación en la negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios nº 94, 2010. Y más recientemente, *Subrogación contractual a través de la negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Informe nº 131, 2024.

<sup>67</sup> Convenio de Repsol Butano, aludiendo a la finalidad de posibilitar la incorporación de personal fijo; Convenio de Empresas de Seguridad, donde el recurso a la subcontratación impide la

a la subcontratación, proceden a desarrollar en extenso y al detalle este mecanismo con el fin de preservar, entre otras consideraciones, el principio de estabilidad en el empleo, ordenando la subrogación empresarial y la absorción del personal entre quienes se sucedan<sup>68</sup>.

En definitiva, la actuación de la negociación colectiva en esta materia se mueve de forma más que evidente en un terreno muy movedizo y con varios intereses en juego que las partes negociadoras deben intentar solventar precisamente buscando esos equilibrios internos, y solventando recelos y resistencias a intervenir en esta materia de tan directa afectación a la libertad de contratación mercantil de las empresas.

### 5.3. Compromisos por medidas de ajuste no traumáticas

Posiblemente, la cláusula convencional más singular y ejemplificativa de esa orientación por la protección del empleo existente sea la que se traduce en preservarlo ante requerimientos empresariales de flexibilidad o reestructuración.

De hecho, aquellas tradicionales y habituales expresiones casi retóricas que manifestaban las partes firmantes por una estrecha colaboración para solventar las situaciones de complejidad empresarial que pusieran en peligro los niveles de empleo de las plantillas, ya se encuentran superadas, y hoy en día las que constan carecen de relevancia (y de ubicación negocial) ante la dedicada y detallada atención que desde la negociación colectiva se presta a las actuaciones y medidas en escenarios de cambios, modificaciones, suspensiones o extinciones por circunstancias empresariales. Evidentemente, la negociación colectiva no discurre por la línea de acoger compromisos cerrados e incondicionales, y por lo demás de difícil cumplimiento, sobre prohibición de plantear extinciones por causas empresariales<sup>69</sup>; sin embargo, sí transita con mayor habitualidad y comodidad

reducción de plantilla con causa a dicha subcontratación “con la finalidad de garantizar los puestos de trabajo existentes”. Asimismo, el convenio de Iberdrola recoge, conforme a su política de estabilidad en el empleo, el compromiso de utilizar restrictivamente la subcontratación. Igualmente, el convenio del Grupo Repsol donde la política de la empresa de favorecer la recolocación del personal disponible va asociada a la reducción de la contratación de servicios. De manera más firme y contundente, el convenio de Harinas Panificables expresa que “las empresas no podrán externalizar o subcontratar la actividad principal de fabricación de harina y/o sémolas”. En la misma línea, el convenio de Supermercados Sabeco prohíbe la subcontratación de las actividades de venta directa y reposición.

<sup>68</sup> Convenios de Empresas Organizadoras del Juego del Bingo; Empresas de Seguridad; Aparcamientos y Garajes; Contratas Ferroviarias; Transporte Sanitario de enfermos/as y accidentados/as. Asimismo, el Convenio de Jardinería incluye una mención especial relativa a la subrogación de personas con discapacidad y especialmente destinada a preservar su retribución igual que las personas sin discapacidad de la misma contrata con igual o análogo puesto de trabajo.

<sup>69</sup> Excepcionalmente se encuentran compromisos de no efectuar despidos objetivos individuales en el convenio del Diario ABC, y en el convenio de Heineken. De forma más matizada,

a través del establecimiento de compromisos claramente obligacionales entre los firmantes, de naturaleza instrumental, para desplegar e insertar en escenarios más controlados los requerimientos formales y procedimentales dispuestos desde la norma ante tales situaciones. Desde la perspectiva de la protección del empleo, a través de esos despliegues convencionales se busca controlar material y formalmente las puertas de salida.

Especialmente en importantes sectores de actividad o en empresas de cierta dimensión, tanto desde el punto de vista de plantilla como del ámbito territorial de extensión, los convenios colectivos comienzan a acoger cada vez de manera más frecuente compromisos de las empresas de acudir, en supuestos de reestructuraciones o reajustes de plantilla, a despidos colectivos como última ratio, y sólo tras agotar otros procedimientos o medidas de flexibilidad interna, con el fin pretendido o referido de salvaguardar el empleo a la vez que mejorar la competitividad y la productividad de las empresas. Las fórmulas de expresión o las condiciones de operatividad de este tipo de compromisos varían, pero la idea que subyace en todas ellas es la misma: buscar soluciones de gestión interna y de clara flexibilidad antes que tomar decisiones más drásticas como sería un despido colectivo u objetivo, expresándose así el interés conjunto de las partes por afrontar procesos de reordenación, necesarios para adecuar la empresa a exigencias del mercado y de la competitividad, pero con mayores garantías de mantenimiento y estabilidad de los puestos de trabajo.

Posiblemente con el fin de delimitar y concretar los términos de estos compromisos negociales, las cláusulas que así los recogen se preocupan por lo general de incorporar la identificación precisa de esas medidas alternativas<sup>70</sup>, aludiendo en lo esencial a los procesos de movilidad funcional y geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, o suspensión de contratos, y en algunos casos, acudiendo también a excedencias, reducciones de jornada, jornadas irregulares o recolocaciones internas<sup>71</sup>; procesos donde prima la negociación y el acuerdo, que se refuerzan por lo general en cláusulas de este tipo con el compromiso expreso

el convenio de Radio Popular acoge la intención de la empresa de no plantear despidos del art.51 ET durante la vigencia del convenio “salvo que la situación económica de la empresa así lo exigiera para garantizar su viable, aspecto que en estos momentos no es previsible, con la actual situación económica de la empresa”.

<sup>70</sup> Aun sin mencionar medidas concretas, también se incluye este tipo de compromisos por procedimientos flexibles de carácter interno, o “no traumáticos” en los convenios del grupo Repsol; Grandes almacenes; Grupo Allianz; Petronor; Iberdrola Grupo; Repsol; Repsol Butano; y SEAT.

<sup>71</sup> Convenios del Grupo Naturgy; Grupo Parcial Cepsa; Grupo EDP España; Banca; Prensa Diaria; Sociedades cooperativas de crédito; Industria Química, apuntando también la utilización de la bolsa de horas flexibles; o Convenio de Iberdrola, favoreciendo las recolocaciones o las salidas no traumáticas por la vía de las jubilaciones obligatorias; Convenio del Grupo VIPS, cerrando el posible listado de medidas con “cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigía a reducir el número de trabajadores/as afectados/as”. Con igual cláusula de cierre, el convenio del Grupo Zena.

de que el proceso negocial se desarrolle bajo el principio de buena fe. A la misma idea, pero optando por otro tipo de medidas, responden aquellos compromisos de la empresa de no amortizar la plantilla si no es en base a jubilaciones anticipadas, ordinarias, bajas voluntarias o por mutuo acuerdo, incapacidades o fallecimientos, sin acudir a las medidas previstas en los arts.51 y 52 del ET salvo que medie acuerdo con la representación legal de los trabajadores<sup>72</sup>.

Encontramos así un importante foco de atención de los sujetos negociadores, un ámbito donde proyectar sus particulares intereses y donde los resultados positivos derivados del cumplimiento de tales compromisos resultan más que evidentes en orden a la protección del empleo en la empresa. Pero de manera especial se compromete la función representativa y negocial de la parte social firmante, en tanto que recibe más espacios a la hora de participar e intervenir de manera negociada en procesos de ajuste y reestructuración de afectación sobre el empleo. De ahí también que estas cláusulas, que favorecen la opción previa de medidas alternativas a los despidos, gocen de mayores garantías de efectivo respeto y acatamiento desde el plano del interesamiento directo de los firmantes, y posiblemente más que aquellas otras en las que el cumplimiento de lo acordado depende tan solo de la acción de la empresa (como así sucede respecto de los compromisos de contratación).

#### **5.4. Cláusulas de jubilación obligatoria**

Al margen de los supuestos indicados, y de esa línea funcional claramente definida de la negociación colectiva de ordenar y limitar los poderes empresariales de variación y extinción contractual con efectos sobre el empleo existente en el ámbito del convenio, las estipulaciones convencionales que también en sede de salida y finalización de la relación laboral han ejemplificado un compromiso de favorecimiento del empleo y del reparto generacional del mismo, ha sido sin duda las denominadas cláusulas de jubilación forzosa u obligatoria.

<sup>72</sup> Convenio de Cervezas San Miguel. Asimismo, en el Convenio de Otis Mobility la dirección se compromete a no hacer uso de los despidos de los arts. 51 y 52 salvo que medie acuerdo con los representantes legales de las personas trabajadoras. Y cierta extrañeza suscita la transformación de contratos fijos ordinarios en fijos discontinuos como posible medida alternativa menos lesiva a la extinción colectiva por causas empresariales, que se acoge en los Convenios de la Industria del Calzado y de la Industria Textil. No obstante, tal medida se inserta en un procedimiento donde se garantiza el previo acuerdo entre empresa y representación legal, así como la aceptación de los trabajadores, y con previsión de una eventual y posterior reversión total o parcial a la situación previa, también debidamente negociada y aceptada, de superarse las condiciones de la empresa que provocaron la transformación.

La habilitación legal a la negociación colectiva para acoger previsiones de jubilación forzosa ha tenido un recorrido normativo muy azaroso<sup>73</sup>, condicionando en paralelo su acogida convencional, y con orientaciones finalistas no del todo uniformes y coherentes en tanto que en cada momento de su entrada y salida de la expresividad normativa se mostraba un distinto objetivo que cumplir.

En este sentido, los extremos han sido por un lado, favorecer la salida, a veces prematura o anticipada, de personas trabajadoras por cumplimiento de una determinada edad, a cambio de objetivos de empleo y de contratación, no siempre aclarados o contrastados; y por otro lado, contener las salidas tempranas por razón de edad y favorecer la prolongación del empleo en atención a objetivos de sostenibilidad del sistema de pensiones, y por ello con un impacto más reducido en términos de empleo futuro (contrataciones a cambio).

En todo caso, y por encima de todos los vaivenes normativos que ha sufrido esta habilitación, la negociación colectiva ha mantenido siempre su postura favorable a pactar estas cláusulas referidas a extinciones por razón de edad, hasta el punto de que en momentos en que incluso tal habilitación ha desaparecido, resurgían voces desde los agentes sociales para mantener esa práctica negocial, y es precisamente la acción de los Acuerdos Interconfederales de Empleo y Negociación colectiva la que impulsaba de nuevo a su aparición normativa, tal como ya aconteció en 2001 y volvió a suceder en 2021.

El último y vigente texto que presenta la disposición adicional 10ª del ET, hasta ahora, es resultado de una nueva reforma auspiciada una vez más por el diálogo social que trata de equilibrar la línea de estrategia política de favorecer el retraso de jubilación como elemento necesario para el sostenimiento del sistema de pensiones, con aquel otro objetivo más de política de empleo que hacen suyo los agentes sociales para defender las jubilaciones forzosas a través de la negociación colectiva. Pero es un intento de equilibrio donde no obstante se presenta con un mayor peso el componente estratégico de facilitar el mantenimiento del empleo de personas trabajadoras de edad frente a aquel otro de fomento de nuevo empleo. En este sentido, tras la reforma introducida a finales de 2021<sup>74</sup>, es significativa la expresión utilizada para iniciar la nueva y actualizada disposición adicional 10ª ET: “en aras a favorecer la prolongación de la vida laboral...”, a modo de aviso de que los convenios no obstaculicen esta idea guía y que por tanto incorporen

<sup>73</sup> Con “vaivenes difíciles de entender”, como ya ponía de manifiesto la STS núm. 409/2016, de 11 de mayo, rec. 2530/2014), hasta el punto de recibir la calificación de “culebrón jurídico” por Molina Navarrete, C., “A vueltas con las ‘cláusulas de jubilación forzosa’: nuevos capítulos para una ¿‘historia interminable’?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Tomo I, 2007; citado por Maldonado Molina, J.A., “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, *Temas Laborales* nº 161, 2022, pág. 408.

<sup>74</sup> Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones financiera y social del sistema público de pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad.



cláusulas que “posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de una edad...”, en este caso igual o superior a 68 años, siempre que quede acreditado el cumplimiento de los requisitos para el acceso a la pensión con el 100% de su cuantía, y una vez más vinculado a objetivos de empleo, pero esta vez mucho más concretos, e incluso incorporando una variante hasta entonces desconocida.

En efecto, el texto de la disposición adicional 10ª ET contiene tres importantes elementos de definición que sin embargo no han recibido igual reproducción o acogida entre los textos convencionales.

En primer lugar, el carácter no obligatorio de la extinción por cumplimiento de la edad de jubilación<sup>75</sup>. Si se observa, ni la propia disposición adicional 10ª alude a la expresión jubilación forzosa u obligatoria por efecto de que así se pacte en los convenios colectivos. De hecho, la remisión a los convenios es para que “posibiliten” no que impongan o decidan, ni tan siquiera acuerden una extinción contractual que resulte así obligada para la persona trabajadora que alcance la edad de jubilación. Ahora bien, algunas cláusulas de convenios, aun en los de negociación o renegociación reciente, son sumamente deudoras de redacciones anteriores de la disposición adicional 10ª y persisten en una jubilación no como una opción sino como un deber u obligación de la persona trabajadora desde que alcanza la edad de jubilación ordinaria<sup>76</sup>, por decisión de la empresa<sup>77</sup>, o por efecto del acuerdo o pacto adoptado por las partes firmantes<sup>78</sup> o “en el momento en que la empresa así se lo indique”<sup>79</sup>.

De conformidad con el mandato de la disposición adicional 10ª los convenios pueden expresar cláusulas que posibiliten y no fuercen u obliguen a la jubilación<sup>80</sup>, a pesar incluso de la posible mejora en la contratación asociada

<sup>75</sup> De hecho, la acogida de este tipo de cláusulas resulta también voluntaria para la negociación colectiva; de ahí algunos convenios que eluden toda referencia a tal mecanismo de extinción contractual a partir de 68 años con paralela contratación, para optar por su propio plan de desvinculaciones y así controlar el proceso de nuevas incorporaciones y salidas ordenadas de trabajadores. Es el caso por ejemplo del convenio del Grupo Renfe aludiendo a que “la singularidad de la especialización ferroviaria no permite que se produzca un automatismo en el proceso de sustitución de los trabajadores que salen por los que entran y se necesitan largos períodos de formación adaptativa para cada una de las funciones”.

<sup>76</sup> Convenio de Derivados del Cemento; Convenio de la Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas.

<sup>77</sup> Convenio de la Banca.

<sup>78</sup> Convenio del Comercio del Papel y Artes Gráficas (“se pacta expresamente que será causa de extinción...”); convenio de Grandes Almacenes (“las partes acuerdan que las personas de 68 años o más deban proceder a causar baja en la empresa...”).

<sup>79</sup> Convenios de Entidades de Seguros y Reaseguros Industria Química; Europcar IB.

<sup>80</sup> En términos facultativos, convenios de Sociedades Cooperativas de Crédito; General Óptica; Bureau Veritas; Cervezas San Miguel; y Roca Corporación.

a dichas jubilaciones<sup>81</sup>. E incluso son admisibles fórmulas intermedias como “pactos de extinción” o cualquier otra que preserve la voluntariedad de la persona trabajadora alineada con el acuerdo de la empresa, necesario para la operatividad del compromiso de la contratación que hace efectivo ese mecanismo de relevo generacional<sup>82</sup>.

Por otro lado, tal y como certeramente se ha afirmado, “se da un salto cualitativo sin precedentes, al exigirse garantías concretas del relevo generacional, al condicionarse a la contratación indefinida y a tiempo completo de al menos un nuevo trabajador o trabajadora”<sup>83</sup>. En cierto modo, pareciera que el legislador no quiere hacer más actos de fe, ya no confía en grandes declaraciones que pudieran aparecer en convenios colectivos sobre transformación de contratos, contratación de nuevos trabajadores, etc., y en su lugar impone una medida muy concreta de relevo: una persona sale y otra entra, pero indefinida. No resulta aceptable, como terminó siendo el contrato de relevo, una medida de ajuste de recursos humanos sin exigencia de nueva contratación. Así pues, la alternativa a una extinción por cumplimiento de la edad de jubilación no puede reducirse a un compromiso indefinido desde la empresa por la no amortización o por una futura contratación. Los términos de la norma son claros y no cabe alternativas sustitutivas que desnaturalicen el objetivo de conseguir esa ecuación de una persona trabajadora que entra por otra que sale. Es un “nuevo trabajador o trabajadora” a tiempo completo, no ninguna transformación interna (de contrato temporal a indefinido, o de ampliación de jornada parcial a tiempo completo)<sup>84</sup>.

Finalmente, en tercer lugar, se incorpora un nuevo elemento modulador para la permisibilidad y efectividad de estas cláusulas convencionales sobre extinciones por cumplimiento de la edad de jubilación, y hasta tal punto lo es que ese inicial elemento prioritario de favorecer la prolongación de la vida laboral cede ante “el objetivo de alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando

<sup>81</sup> Supuesto del convenio de Telefónica en el que, tras acoger la jubilación forzosa, se expresa la obligación asumida por la empresa de contratar dos personas por una cuyo contrato se extingue por aplicación de dicha jubilación, y de tales contrataciones como mínimo la mitad será contratación joven de menores de 35 años.

<sup>82</sup> Tal como se indica por ejemplo en el convenio del Grupo Supermercados Carrefour donde admiten el pacto individual en contrario por escrito entre empresa y persona trabajadora que posponga dicha jubilación obligatoria”. Asimismo, en el convenio de Iberdrola se prevé la extinción automática del contrato por cumplimiento de la edad legal de jubilación, “salvo pacto individual en contrario entre empresa y persona trabajadora”.

<sup>83</sup> Cfr. Maldonado Molina, J.A., *Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*, op. cit., págs. 419-420.

<sup>84</sup> Como es el caso de lo previsto en el convenio de Centros de Enseñanza de Peluquería y Estética, incorporando un cuadro de opciones entre contrataciones y transformaciones de contratos o jornadas a elegir por la empresa. Opciones que también se expresan en el convenio de la Banca y en el convenio de la Compañía Transmediterránea. La elección de posibles medidas también se observa en el convenio del Grupo Enagás y en el convenio de Patentes Talgo.

a superar la segregación ocupacional por género” (apartado 2 de la disposición adicional 10ª ET). Conforme a esta variable de género, los convenios colectivos podrán facilitar la extinción del contrato con anterioridad a los 68 años si alguna de las actividades económicas de su ámbito de aplicación presenta una tasa de ocupación femenina inferior al 20% del total de personas ocupadas en las mismas. Requiriéndose igualmente tener el periodo de cotización exigida para acceder a una pensión con el 100% de su cuantía, la persona trabajadora a contratar con carácter indefinido debe ser lógicamente una mujer, de modo que finalmente el fomento de la empleabilidad femenina se antepone en este caso al del empleo juvenil. Una novedad diferencial en el régimen de las extinciones por cumplimiento de edad de jubilación que también con cierta frecuencia se acoge en los textos convencionales reproduciéndose sin más los mismos términos indicados en el ET y sin aportar precisiones o elementos complementarios en orden a garantizar su efectivo cumplimiento<sup>85</sup>.

Cierto es que tales novedades de actuación efectiva en el plano del empleo pudieran suponer algún tipo de cambio en el sí y en el modo en que se puedan contemplar estas jubilaciones “forzosas” en la negociación colectiva, pero también los es que su alcance y efectividad es más bien limitada. Por un lado, porque el ámbito de quienes pudieran acogerse a una jubilación a los 68 años con toda la vida laboral cotizada presenta unos números realmente reducidos<sup>86</sup>, como también lo es la propia tasa de cobertura de convenios que acojan tales cláusulas<sup>87</sup>; e igualmente es limitada la posible vinculación de cláusulas de jubilación antes de los 68 años para favorecer el empleo femenino en actividades económicas de infra representación, considerando que a datos actuales<sup>88</sup> en el sector de agricultura e industria se supera el 20% de ocupación femenina (26,29% y 27,93%, respectivamente), superado de forma amplia en el sector servicios (54,22%), y solo hay una infrarrepresentación en la construcción (8,97%) .

<sup>85</sup> Por ejemplo, convenios del sector jardinería; Construcción; y Acuicultura.

<sup>86</sup> A datos de julio de 2024, del total de altas en la jubilación contributiva del régimen general (32.538), solo 528 (1,62%) eran de personas con 68 años, reduciéndose a 280 altas (0,86%) de personas con 69 años, y 247 altas de personas con 70 años (0,75%). Cfr. Altas y bajas de pensiones contributivas. Detalle de jubilación, en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST44>

<sup>87</sup> Con datos de convenios firmados en 2023, un 23,78 % de trabajadores están cubiertos por el 11,86 % de convenios superior a empresa que acogen cláusulas sobre jubilación forzosa. Tratándose de convenios de empresa, solo el 10,11 % de convenios contemplan cláusulas de este tipo, afectando al 11,40% de trabajadores. Cfr. Estadísticas de Convenios Colectivos \_informe 2023 (con datos hasta junio 2024)

<sup>88</sup> Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres. 2024 (Datos 2023). <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-mujeres>

En este sentido, como acertadamente se ha indicado, “la Ley 21/21 ha permitido las cláusulas de jubilación forzosa, pero en condiciones que las hace irrelevantes, y es que el legislador prefiere fijar un marco legal angosto, a que no haya ninguno”<sup>89</sup>, imponiendo un relevo generacional con una nueva contratación por cada extinción por cumplimiento de una edad, pues en esencia, tal como también ha sido subrayado, “ni el trabajador se ve obligado a jubilarse ni se le impide trabajar en otra empresa o como autónomo”<sup>90</sup>.

## 6. A MODO DE CONCLUSIONES

La misma dinamicidad de las relaciones laborales y de las prestaciones de servicios, así como de los propios escenarios o contextos en los que unas y otras deben desarrollarse, explica en buena medida cómo la negociación colectiva está siendo (incluso a veces de forma obligada por efecto de la norma) campo de acogida de contenidos hasta entonces desconocidos o incluso irrelevantes, hasta el punto de que, como se ha destacado, difícilmente se pueda ya identificar al convenio colectivo tan solo en su funcionalidad de ser instrumento de fijación de salario, jornada y demás condiciones básicas, en tanto que está llamado a acoger otras funciones, más allá de esa tradicional, como el de ser instrumento de gestión de reestructuraciones empresariales, de regulación de nuevos derechos digitales, de atención a las especialidades de nuevas formas de trabajo, etc.<sup>91</sup>.

Y en ello podemos estar totalmente de acuerdo, esto es, en los cambios detectables en la fisonomía funcional de la negociación colectiva, y de los que aún están por surgir, pero no parece que en los momentos actuales “el tratamiento por la negociación colectiva de cláusulas relacionadas con distintas facetas del empleo sitúe dicha temática en el centro de gravedad de la misma”<sup>92</sup>, aunque sí se podría coincidir en que sobre buena parte de los contenidos de los convenios colectivos planea de manera más o menos cercana o visible la variable empleo,

<sup>89</sup> Cfr. Maldonado Molina, J.A, op. cit., pág. 412.

<sup>90</sup> Casas Baamonde, M.ª E. y Cruz Villalón, J., “Negociación colectiva laboral: aspectos cruciales”, op. cit., pág. 261.

<sup>91</sup> Cruz Villalón, J., *Boletín de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, núm. 89, 2024.

<sup>92</sup> Como en su momento se afirmó por Escudero Rodríguez, R, “Negociación colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma del mercado de trabajo”, en AA.VV. *La contratación y el empleo en la negociación colectiva*. XII Jornadas de Estudios sobre Negociación Colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenio Colectivos. Colección Informes y Estudios nº 98, 2011, pág. 17.

lo que explica que existan distintos modos de acercamiento y también distintos grados de intensidad en la intervención negocial en esta materia.

Como se ha podido comprobar, la negociación colectiva evidencia un limitado favorecimiento hacia la promoción del empleo desde la expresividad de sus contenidos, y aun es más limitado o reducido desde la eficiencia y efectividad de estipulaciones que tienen aparentemente tal finalidad, mientras que sí hay un mayor desarrollo de cláusulas convencionales reconducibles directa o indirectamente a la protección y mantenimiento de la ocupación, y que floreciendo en épocas de difíciles contextos económicos y de empleo, se han preservado y adaptado en otros de distinta fisonomía pero que también impactan en la gestión y la ordenación de las relaciones laborales que se hace desde la negociación colectiva.

Siendo así, hay espacios de muy limitada o incisiva intervención por la negociación colectiva, ni exigida por la ley ni querida o interesada por las partes en la composición de sus respectivas posiciones estratégicas, como es en materia de contratación y promoción del empleo, que coinciden con otros espacios que tienen una mayor potencialidad que cabría explorar (como la limitación de horas extraordinarias o de recurso al empleo externo, por ejemplo), Y también coinciden con espacios que posiblemente había que revisar, modificar o simplemente depurar, con cláusulas pactadas en un determinado momento, fruto del escenario negocial de entonces, que se reiteran inercialmente, porque a pesar del transcurso del tiempo no cambian de significado y no causan “problemas”, ni coste, ni contraprestación, ni exigibilidad en su ejercicio. Y, fundamentalmente, allí donde los negociadores deben incidir es en el plano de las garantías de seguimiento y cumplimiento de aquello que pactan y acuerdan. Si la aparición de compromisos negociales a favor de la promoción y/o protección del empleo parece estar configurándose como línea de tendencia, también lo es que tales compromisos apenas se ven acompañados de previsiones que en paralelo se dirijan a ofrecer garantías de que lo contemplado se proyecte en la realidad con mayor o menor grado de cumplimiento. Un idóneo punto de partida sería asumir al menos el compromiso de las partes por líneas de trabajo futuro, de análisis o encuentro para atender las previsiones de empleo y contratación, con especial referencia al recurso a la contratación temporal, a externalizaciones o a ETT's o la incidencia de las jubilaciones anticipadas, etc. Si bien, en aras a dotar de mayor de realidad al compromiso y de garantía de efectividad, los negociadores deberían incorporar mayores y mejores referencias que garanticen la oportuna actuación de seguimiento y control bien desde instancias o comisiones con competencias en materia de empleo<sup>93</sup> o bien de manera

<sup>93</sup> Como por ejemplo se contemplan en los Convenios de Entidades de Seguro y Reaseguros; Kutxabank; Siemens; Grandes Almacenes; Cadenas de Tiendas de Conveniencia. También el Convenio de Industrias de Ferralla donde se acuerda la constitución de una comisión sectorial de seguimiento del empleo y la contratación, que está “facultada para acordar las medidas pertinentes para fomentar la mejora de la calidad y la cantidad de empleo”.

particular por la Comisión Paritaria del convenio, otorgándole un papel más activo en la función de seguimiento de la aplicación de lo pactado<sup>94</sup>; sin olvidar las competencias informativas que sobre la situación de la plantilla y el empleo deben reservarse a los representantes legales de las personas trabajadoras y que habría de ser también de cumplimiento prioritario por parte de las empresas en la rendición de cuentas sobre la operatividad y efectividad de los compromisos asumidos en la negociación.

Aun detectándose ciertas fisuras en las fórmulas negociales con las que se acogen disposiciones o estipulaciones de favorecimiento del empleo, no debe desdeñarse en modo alguno el valor de su expresión en los textos convencionales no solo por su directa o eventual proyección de mejora en las condiciones laborales de las personas trabajadoras incluidas en su campo de aplicación, sino por lo que evidencian desde el interesamiento mutuo y el acuerdo conjunto de las partes negociadoras a la hora de alcanzar determinados objetivos de promoción y/o protección del empleo en la empresa o sector de referencia, y que sin duda en la actualidad han alcanzado mayores espacios negociales en relación con épocas pasadas. Un logro que en todo caso ni es gratuito ni es causal, pues la ocupación y el empleo en condiciones de estabilidad y calidad es sin duda un valor en alza que juega un papel importante en el marco de la composición de intereses particulares de los negociadores. Al fin y al cabo, la aparición de disposiciones o cláusulas convencionales con referencia a ciertos compromisos de favorecimiento del empleo no son más que piezas de un tablero negociador, elementos de estrategia que se ofrecen o que se sacrifican en función de las ventajas o renunciadas en las posiciones estratégicas y negociadoras de las partes.

Que ello sea criticable es una cuestión a matizar si se consideran los objetivos a los que se dirige la propia negociación, sea singular o plural, es decir, sea básicamente a realizar esa finalidad tradicional de mejora de las condiciones de trabajo o sea en paralelo y de forma complementaria a cumplir esas otras funciones de ordenación y articulación de los escenarios dispares en los que deben desarrollarse las relaciones de trabajo de quienes se incluyen en el ámbito aplicativo del convenio en cuestión y en los que el empleo puede cruzarse transversalmente y tener su propia y singular influencia.

<sup>94</sup> Con atribuciones de conocimiento y seguimiento de la evolución del empleo o de las modalidades de contratación, incluyendo ocasionalmente la emisión de informes o dictámenes, o la adopción de medidas necesarias para alcanzar los compromisos u objetivos de estabilidad propuestos. Así por ejemplo en los convenios de Centros de enseñanza de peluquería y estética; Aparcamientos y garajes; Banca; Contact Center; Empresas de elaboración de productos del mar; Estaciones de Servicio; Sociedades Cooperativas de Crédito.

## **7. LISTADO CONVENIOS ANALIZADOS Y REFERENCIADOS DE ÁMBITO ESTATAL**

### **7.1. Convenios sectoriales**

- Acción e intervención social. 2022-2024 (BOE 28.10. 2022)
- Acuicultura 2023-2025 (BOE 3.5.2024)
- Agencias de Viajes. 2023-2024 (BOE 2.9.2023)
- Aparcamientos y garajes, 2022-2025 (BOE 17.5.2024)
- Banca (BOE 30.3.2021)
- Cadenas de tiendas de conveniencia, 2024 (BOE 1.6.2024)
- Cajas y entidades financiera de ahorro, 2024-2026 (BOE 6.6.2024)
- Centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos. 2024-2025 (BOE 18.4.2024)
- Centros y servicios veterinarios. 2023-2025 (BOE 25.10.2023)
- Comercio de flores y plantas (BOE 3.9.2021)
- Comercio del papel y artes gráficas (BOE 14.8.2020)
- Conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco. 2021-2024. (BOE 11.8. 2022)
- Construcción. 2023-2026 (BOE 23.9. 2023)
- Contact Center, 2023-2026 (BOE 9.6.2023)
- Contratas ferroviarias 2022-2025 (BOE 28.6.2022)
- Corcho. 2022-2024 (BOE 7.9.2023)
- Derivados del Cemento (BOE 14.7.2024)
- Elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, 2022-2024 (BOE 29.7.2022)
- Empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración (BOE 19.4.2023)
- Empresas de Seguridad. 2023-2026. (BOE 14.12. 2022)
- Empresas organizadoras del juego del bingo, 2022-2024 (BOE 10.10.2022)
- Entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. 2021-2024. (BOE 27.12.2021)
- Estaciones de Servicio, 2022-2024 (BOE 10.3.2023)
- Fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, 2023-2024 (BOE 28.2.2024)
- Grandes Almacenes, 2023-2025. (BOE 9.6.2023)
- Harinas panificables y sémolas, 2023-2025 (BORE3.5.2024)
- Industria de la Ferralla, 2023-2024 (BOE 16.2.2024)
- Industria del Calzado, 2022-2025 (BOE 10.4.2023)
- Industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, 2023-2025 (BOE 22.3.2023)

- Industria textil y de la confección (BOE 16.12.2021)
- Instalaciones deportivas y gimnasios, 2023-2025 (BOE 26.1.2024)
- Jardinería. 2021-2024. (BOE 13.7.2022)
- Notarios/Notarias y personal empleado, 2024-2026 (BOE 3.7.2024)
- Pastas, papel y cartón, 2023-2025 (BOE 11.10.2023)
- Perfumería y afines, 2022-2025 (BOE 26.1.2023)
- Prensa diaria, 2023-2025 (BOE 19.6.2024)
- Revistas y publicaciones periódicas, 2022-2024 (BOE 19.1.2023)
- Sociedades cooperativas de crédito, 2024-2026 (BOE 26.7.2024)
- Tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, 2023-2025 (BOE 7.12.2023)
- Transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, 2021-2025 (BOE 25.9.2020)

## 7.2. Convenios de empresa

- Aceites del SurCoosur, S.A., 2020-2024 (BOE 23.11.2021)
- Adecco, S.A., ETT, 2023-2026 (BOE 20.1.2023)
- Air Europa Líneas Aéreas, SAU (Técnicos de mantenimiento de aeronaves), 2023-2026 (BOE 3.7.2023)
- Avis Alquiler un Coche, SAU, 2023-2024 (BOE 4.4.2023)
- Bimbo Donuts Iberia, SAU (BOE 6.2.2023)
- British American Tobacco España, SA, 2023-2026 (BOE 23.12.2023)
- Bureau Veritas Iberia, SLU, 2023-2025 (BOE 31.3.2023)
- Cash Converters, SL, y sociedades vinculadas, 2023-2026 (BOE 26.12.2022)
- Cemex España Operaciones, SLU, 2023-2025 (BOE 26.7.2023)
- Cervezas San Miguel, SLU, 2022-2025 (BOE 26.9.2022)
- Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas, 2023-2024 (BOE 20.1.2023)
- Compañía Transmediterránea, SA, 2021-2026 (BOE 12.4.2021)
- Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana, 2021-2025 (BOE 18.5.2021)
- Danone, SA, 2022-2024 (BOE 25.11.2023)
- Decathlon España, SA, 2024-2026 (BOE 9.7.2024)
- Diario ABC (BOE 27.2.2020)
- Distribuidora Internacional de Alimentación, SA y Día Retail España, 2023-2024 (BOE 31.3.2023)
- Ediciones Reunidas, 2023.2025 (BOE 5.12.2023)
- Ediseervicios Madrid 2000, SL 2023-2025 (BOE 1.6.2024)
- Europcar IB, 2024 (BOE 3.7.2024)
- Family Cash, SL, 2021-2023 (BOE 16.11.2021)
- Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona "La Caixa", 2024-2027 (BOE 7.6.2024)
- Game Stores Iberia, SLO 2023-2025 (BOE 15.11.2023)
- General Óptica, SA. (BOE 22.2.2023)



- Grupo Allianz, 2022-2026 (BOE 29.6.2023)
- Grupo Asegurador Reale, 2021-2025 (BOE 30.10.2023)
- Grupo Axa. 2023-2025 (BOE 21.12.2023)
- Grupo EDP España, 2019-2025 (BOE 8.3.2019)
- Grupo Enagás, 2023-2026 (BOE 25.4.204)
- Grupo Endesa (BOE 17.6.2020)
- Grupo Hermanos Martín, 2023-2027 (BOE 10.4.2023)
- Grupo Naturgy, 2023-2024 (BOE 24.2.2023)
- Grupo Parcial Cepsa, 2024-2025 (BOE 28.2.2024)
- Grupo Prisa Radio. 2024-2025 (BOE 23.3.2024)
- Grupo Renfe, 2022-2024 (BOE 19.7.2023)
- Grupo Repsol, 2020-2024 (BOE 22.2.2023)
- Grupo Supermercados Carrefour, 2023-2026 (BOE 14.6.2023)
- Grupo Vips (BOE 8.3.2022)
- Grupo Zena, 2020-2023 (BOE 9.3.2022)
- Heineken España, SA 2021-2024 (BOE 2.12.2021)
- Hertz de España, SL, 2022-2025 (BOE 14.3.2024)
- Iberdrola Grupo, 2021-2024 (BOE 2.3.2021)
- Kutxabank, SA., 2019-2024 (BOE 27.9.2021)
- Lidl Supermercados, SAU., 2022-2026 (BOE 12.9.2022)
- Logifruit Iberia, SLU, 2024-2028 (BOE 3.5.2024)
- Michelin España Portugal, SA, 2023-2026 (BOE 25.10.2023)
- Organización Nacional de Ciegos Españoles y su personal, 2022-2025 (BOE 8.12.2022)
- Otis Mobility, SA., 2023-2026 (BOE 16.2.2024)
- Patentes Talgo, SLU, 2022-2025 (BOE 30.5.2022)
- Personal de tierra de Iberia, Líneas Arreas de España, SA., 2022-2025 (BOE 15.2.2023)
- Petróleos del Norte, SA (Petronor), 2020-2024 (BOE 6.4.2024)
- Pirelli Neumáticos, SAU 2023-2026 (BOE 8.11.2023)
- Primark Tiendas SLU 2021-2023 (BOE 4.9.2021)
- Radio Popular SA, 2022-2024 (BOE 25.7.2024)
- Recuperación de Materiales Diversos, SA, 2023-2025 (BOE 19.7.2023)
- Repsol Butano, SA, 2020-2024 (BOE 7.4.2023)
- Repsol SA, 202-2024 (BOE 31.3.2023)
- Roca Corporación Empresarial, SA y Roca Sanitario, SA (BOE 22.7.2024)
- SEAT, SA, 2022-2026 (BOE 29.9.2022)
- Siemens Energy, SA (BOE 27.5.2024)
- Supermercados Grupo Eroski (BOE 28.4.2022)
- Supermercados Sabeco, SAU, 2021-2024 (BOE 6.10.2021)
- Telefónica de España, Telefónica Móviles España, y Telefónica Soluciones de Informativa y Comunicaciones, 2024-2026 (BOE 28.2.2024)

- TK Elevadores España, SLU, 2024-2027 (BOE 20.5.2024)
- Unedisa Comunicaciones, SL, 2023-2025 (BOE 19.6.2024)
- Unidad Editorial Formación, SL, 2023-2025 (BOE 31.1.2024)
- Uniprex, SA, 2023-2024 (BOE 30.10.2023)
- Vestas Eólica, SAU, 2021-2024 (BOE 20.11.2021)



# LAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO: REFORMAS DE ACTIVACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y SUS LÍMITES JURÍDICOS

## “PASSIVE” EMPLOYMENT POLICIES: REFORMS FOR ACTIVATION OF UNEMPLOYMENT BENEFITS AND THEIR LEGAL LIMITS

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Jaén

ORCID: 0000-0001-8830-6941

### RESUMEN

**Palabras clave:** prestaciones de desempleo, Carta Social Europea, políticas pasivas, políticas de empleo, mercado de trabajo

La protección por desempleo ha adquirido un protagonismo especial en la economía y en el mercado de trabajo de los últimos años. Primero con la pandemia covid19, luego con la reforma laboral del año 2021 (socialización de costes de la gestión temporal de empleo, promoción de la fijeza discontinua sobre la base de la cobertura por desempleo en los periodos de actividad) y últimamente con la reforma del nivel asistencial (RDL 2/2024, de 21 de mayo). En todos esos procesos hay un hilo conductor: el reforzamiento del fin de la empleabilidad (retorno al empleo) en una medida clásicamente orientada a la garantía de renta. Este estudio analiza los progresos y disfunciones de esta tensión entre ambas funciones de la prestación por desempleo, también en clave de los compromisos internacionales en la materia, respecto de los que se vislumbra desajustes notables.

### ABSTRACT

**Keywords:** *unemployment benefits, European Social Charter, passive policies, employment policies, labor market*

*In Spain, unemployment protection has acquired a special role in its economy and labor market. First it was with the covid19 pandemic; It was later revealed with the labor reform of 2021 (socialization of costs of temporary employment management, promotion of discontinuous permanent employment based on unemployment coverage in periods of activity, etc.) and recently with the reform of the level of unemployment assistance (RDL 2/2024, of May 21). In all these processes there is a common thread: the reforms reinforce the economic objective of employability (incentives for returning to employment) in a measure classically oriented towards the social guarantee of income to cover situations of need. This study analyzes the progress and dysfunctions of this tension between both functions of unemployment benefits, also in terms of international commitments on the matter, with respect to which notable imbalances can be seen.*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: DOBLE ACTUALIDAD LEGISLATIVA DE LAS MAL LLAMADAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO
2. LA INTERACCIÓN DE LAS DOS DIMENSIONES DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO: ¿UNA RELACIÓN SINÉRGICA O DE SUBORDINACIÓN?
  - 2.1. Constitucionalización del enfoque integral de las políticas de empleo: ¿justo equilibrio entre sus razones económicas y sociales?
  - 2.2. De la empleabilidad como faceta inherente a la protección por desempleo a la activación como obsesión legal: ¿crear empleo versus garantizar rentas?
3. NUEVAS TÉCNICAS DE ACTIVACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO EN LA REFORMA DEL RDL 2/2024, DE 21 DE MAYO
4. LA TÉCNICA DE LA CUANTÍA DECRECIENTE DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO: ¿ES CONFORME CON LA CARTA SOCIAL EUROPEA?
5. UN EFECTO DISFUNCIONAL DE LA MEJORA DE LA COBERTURA: LA ASISTENCIALIZACION DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO
6. REFLEXIONES FINALES: ¿EN LA ANTESALA DE UNA REFORMA MÁS INTEGRAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO?

### 1. INTRODUCCIÓN: DOBLE ACTUALIDAD LEGISLATIVA DE LAS MAL LLAMADAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO

En los ámbitos del Derecho y de las Políticas de empleo ha sido un clásico la distinción dicotómica entre “políticas activas” (las que crean las diversas condiciones económicas, contractuales e institucionales para la creación y/o el reparto del empleo) y las “políticas pasivas” de empleo (las que se limitarían a garantizar una renta de existencia digna a las personas desempleadas mientras encuentran un nuevo empleo). Las primeras tienden a su configuración como auténticas “inversiones productivas”, a fin de optimizar los mercados de trabajo, por lo tanto, ofrecen una imagen muy positiva, a incentivar y promover. Por su parte, las segundas, vistas con más recelo usualmente, tienden a configurarse como un “gasto social” y, en consecuencia, como todo gasto, la orientación predominante será la de racionalizarlo, o, reducirlo (reformas de recortes), de un lado, así como procurar su máxima eficiencia en términos de fomento de la empleabilidad (reformas de activación), de otro. La visión dominante de las “políticas pasivas” ha venido siendo, pues, negativa, identificada con una “cultura de vida subsidiada” y con una cierta “ética economicista del riesgo moral”, según la cual, una parte importante de la situación de la persona en paro es “culpa individual” y, en consecuencia, el subsidio de desempleo (no solo el asistencial, también el contributivo -prestación-), cuando se percibe, y mientras se perciba, debería servir de incentivo para el retorno al empleo.

En realidad, la calificación como “pasivas” de una parte de las políticas de empleo nunca ha estado en las leyes de empleo, no existiría, pues, como una categoría

normativa. Se trata de una pura invención doctrinal, de una simple construcción artificial hecha en sede “científico-social”, por oposición a las “políticas activas”.

Éste sí constituye un concepto extensa e intensamente utilizado en las leyes, desde la primera ley de empleo (1980). En estas leyes siempre se habla de “políticas de protección frente al desempleo”, como hace el actual art. 2.3 de la Ley de Empleo (LE)<sup>1</sup>. Una comprensión legal descriptiva que mutó, en la construcción dogmático-social, en una categoría valorativa. No pretendía cumplir tan solo una función taxonómica (científica), también prescriptiva (normativa), esto es, con pretensiones de política jurídica.

En efecto, con la adjetivación doctrinal (asumida institucionalmente) como “pasivas” para hacer la diferencia con las políticas de empleo que, por ser garantía de rentas sociales durante las situaciones de desempleo, no eran “activas” (la intermediación, el fomento, el reparto, la formación para la empleabilidad, etc.), se estaba marcando una doble línea de política jurídica en esta materia, como se anticipó. De un lado, la que buscaría reducir el “gasto”<sup>2</sup> en desempleo, en especial, las prestaciones contributivas, no solo, lógicamente, maximizando las políticas activas de empleo (a más personas ocupadas, menos protección social, como es obvio), rebajando de forma ostensible el ámbito de personas beneficiarias de esta rama prestacional de la seguridad social (caracterizada por tener una cobertura mediante cotizaciones específicas, como se sabe), sino también reduciendo cada vez más su ámbito de cobertura y su intensidad de protección. Esa es la línea de política jurídica que puede sintetizar la historia de los procesos de reforma en los últimos 40 años, desde 1984<sup>3</sup>, de ahí la reducción progresiva de la cobertura contributiva. Coherentemente, ha ido creciendo, hasta llegar a ser ahora dominante, como analizaremos, el nivel asistencial, nacido como puramente complementario, incluso residual, paradójicamente. Una mínima excepción ha sido la recuperación del 60 por ciento de la base reguladora, frente al 50 por ciento, de la prestación pasados los 180 primeros días de su percepción.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo («BOE» núm. 51, de 01/03/2023).

<sup>2</sup> En el Derecho de la UE se incluye como “gasto neto”. Vid. Reglamento UE 2024/1263, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativo a la coordinación eficaz de las políticas económicas y a la supervisión presupuestaria multilateral y por el que se deroga el Reglamento CE/1466/97, del Consejo. Vid. ampliamente Molina Navarrete, Cristóbal (2024). *La reestructuración empresarial mediante la regulación de empleo: nuevas normas y prácticas sobre ERTE y despidos colectivos*. La Ley, Madrid.

<sup>3</sup> Vid. Monereo Pérez, José Luis (2003). “Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico”, *Lan Harremanak*, pp. 73-156; De la Casa Quesada, Susana (2008). *La protección por desempleo en España: configuración y régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada.

<sup>4</sup> Así sucedió con la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. Por supuesto, fuera de esa crítica queda el tratamiento en pandemia de las prestaciones por desempleo en el contexto de los ERTE-COVID19, luego trasladado a los ERTE-FM y ERTE-RED (art. 47 bis ET).

De otro lado, esa técnica reformadora legal basada en el recorte de la extensión subjetiva (menor cobertura subjetiva) y de la intensidad protectora (menor cuantía, menor duración) de la prestación contributiva por desempleo, se sumaría a otras, de diferente naturaleza jurídica, dirigidas a incentivar la búsqueda activa de empleo por las personas beneficiarias de las prestaciones (sean subsidios contributivos, sean asistenciales). En consecuencia, la garantía de activación para la empleabilidad de la persona desempleada beneficiaria de una prestación social ínsita en la otrora solo garantía social de rentas para acompañar, y evitar el deterioro profesional, la situación de necesidad consistente en el desempleo cada vez primaria más, hasta el punto de alcanzar una posición dominante en los procesos de reforma legislativa. Ninguna de las leyes de empleo que desde 1980 han sido en España han permanecido extrañas a este tránsito desde su función de garantía de renta a la de garantía de empleabilidad.

Para no razonar en el puro vacío de la especulación científica, merece la pena ilustrar el argumento con varios ejemplos, trayéndolos a colación siquiera enunciativamente en este momento introductorio, sin perjuicio de mayores desarrollos en su desenlace. Desde este prisma pragmático, y respecto al nuevo marco de regulación de las políticas de empleo, de especial interés es recordar que la LE reformó con profusión la regulación de seguridad social relativa a los requisitos a cumplir por las personas beneficiarias de empleo, a fin de intensificar la interacción entre las políticas activas (garantías, servicios, programas para su empleabilidad) a favor de estos colectivos y las políticas “pasivas” (garantías sociales de rentas). La modificación de la práctica totalidad de los preceptos de seguridad social incluidos en la disposición final cuarta de la Ley de Empleo tiene como fin reforzar, por enésima vez, las condiciones de demandantes de empleo de estos colectivos, la conclusión de un “acuerdo de actividad” (art. 300 TRLGSS en relación con el art. 3 LE), la búsqueda activa de empleo, la aceptación de una “colocación adecuada” (art. 301 TRLGSS ahora también en relación con el art. 3 LE), etc.<sup>5</sup>. Como luego se verá, siquiera igualmente de una forma breve, algunos de estos preceptos han vuelto a ser modificados en un sentido de política jurídica (de control disciplinario social -y jurídico-) idéntico, por el reciente Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo<sup>6</sup>.

Precisamente, ahora en lo que concierne a este nuevo marco de regulación de políticas de protección por desempleo, fundamentalmente en el nivel asistencial, introducido por esta enésima ley de urgencia (inicialmente pensada como un real

<sup>5</sup> Afecta también en el ámbito de las prestaciones de cese de actividad. Vid. art. 330.1, letra c) TRLGSS.

<sup>6</sup> por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo («BOE» núm. 124, de 22 de mayo de 2024).

decreto-ley, luego como un anteproyecto de ley, para terminar luego, siempre en el marco del diálogo social, con más o menor vigor y función real, ha vuelto a esta forma excepcional de legislación), merece la pena reseñar la denominación, y el sentido de política jurídica, que recibe, y proyecta, una de las principales novedades incluidas en el nivel asistencial de la protección por desempleo: el “complemento de apoyo al empleo” (CAE). Delimitado legalmente como un instrumento de compatibilidad de la protección por desempleo (tanto del subsidio de desempleo como de la prestación contributiva) con el retorno al empleo, trae causa de la propuesta hecha por el Ministerio de Economía, en su pugna con el Ministerio de Trabajo por el contenido, y por el relato, de la reforma del nivel asistencia comprometida con la Comisión (componente 23, Reforma 10, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -PRTR-). La concepción y el sentido político-jurídico subyacentes a esta técnica (originariamente ausente del borrador del proyecto de RDL del Ministerio de Trabajo, que establecía una técnica de compatibilidad diferente) quedaban explicitados sin eufemismo ni filtros alguno en el título dado al (muy polémico) borrador de proyecto de RDL que auspiciaba: “Proyecto de Real Decreto-Ley de refuerzo de los mecanismos de activación y apoyo al empleo”<sup>7</sup>.

El título era toda una declaración de intenciones sobre la función instrumental que deberían cumplir las reglas legales de protección (asistencial) de desempleo al servicio de la activación, diluyendo la función de garantía de rentas como finalidad en sí misma. Volveremos sobre este enfoque, afortunadamente difuminado en la reforma final (tanto en el fallido RDL 7/2023, de 19 de diciembre como, todavía más en el RDL 2/2024, de 21 de mayo), pero que ha dejado bastantes más huellas en el marco normativo de las que se quieren reconocer gubernamentalmente. Ahora nos interesa poner de relieve que, en el fondo, esa lógica (economicista y ético-social disciplinaria) de activación no hacía sino perpetuar, con mayor intensidad o menos, con mayor o menor explicitación, una dirección constante de política jurídica relativa a la protección por desempleo, como sucedió, solo por poner un ejemplo antecedente, con el Programa de Activación para el Empleo (PAE). El PAE estuvo concebido como un programa destinado a quienes agotaran las demás medidas de protección frente al desempleo, con especial vulnerabilidad por sus cargas familiares (rasgo luego incorporado de forma indefinida a la técnica que lo sustituyó: el subsidio extraordinario por desempleo -que el RDL 2/2024 deroga-), incorporando entre sus novedades la posibilidad de compatibilizar la ayuda con un trabajo asalariado, si bien era el empleador quien tenía derecho a descontar

<sup>7</sup> Vid. Molina Navarrete, Cristóbal (2023). “La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo: «Cal» (mejoras sociales) y «Arena» (lógica económica del riesgo moral)” *Diario LA LEY*, n. 10413, Sección Tribuna, 26 de diciembre de 2023; Miñarro Yanini, Margarita (2024). “Nueva legislatura, nuevas reformas, nuevos equilibrios: el Real Decreto-ley 7/2023...para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n. 478, pp. 7-20.



la cuantía de la ayuda del salario que tiene que abonar a la persona trabajadora-perceptora de desempleo asistencial<sup>8</sup>.

Ciertamente, la doctrina constitucional (que no suele adjetivar las políticas de protección por desempleo de “pasivas”) no ha visto nada extraño en esta estrecha interacción entre ambas facetas de las políticas de empleo, las políticas activas (garantías sociales basadas en medidas -incentivos- y servicios de empleabilidad efectiva ex arts. 35 y 40 CE) y las de protección social (garantías de rentas para cubrir situaciones de necesidad ex art. 41 CE). De este modo, asume el carácter integral “y sinérgico” de las políticas de empleo, concepto “de especto aún más amplio” (STC 133/2019, FJ 4) y recuerda que la misma perspectiva asume el Derecho de la UE, con una expresa cita del principio 13<sup>a</sup> del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS<sup>9</sup>), según el cual las personas desempleadas: “tienen derecho a ayudas adecuadas a la activación por parte de los servicios públicos de empleo para (re)integrarse en el mercado laboral y a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales. Estas prestaciones no deberán desincentivar un retorno rápido al trabajo”

Ahora bien, una cosa es entender esta imbricación sinérgica, indisociable e inexorable, y otra bien diferente hacerlo para interiorizar en su función, y en su régimen jurídico, tales cúmulos de exigencias de la función de empleabilidad hasta confundir una faceta y otra. Nacida como una técnica de garantía social del derecho a una renta suficiente para cubrir situaciones de necesidad vinculadas a la ausencia de empleo, la visión convencional como una política “pasiva”, por tanto, de “gasto social”, exigiría cada vez más ceder espacio de regulación a las técnicas de activación, hasta desfigurar su función primigenia de técnica de protección social. Como el propio TC reconoce, si bien a efectos competenciales, pero la afirmación y sus consecuencias prácticas pueden ir mucho más allá de esa cuestión,

<sup>8</sup> Estuvo regulado en el Real Decreto-ley 14/2014, de 19 de diciembre, prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2016, de 15 de abril. Para algunos problemas de constitucionalidad, relativos a la distribución competencial de las políticas activas de empleo (cuya ejecución corresponde a las CCAA, como se sabe) y a las políticas “pasivas” (garantías de rentas sociales) de empleo, resueltos por el Tribunal Constitucional (TC) a favor de la competencia estatal vid. SSTC 100/2017, 20 de julio, 153/2017, 21 de diciembre, 156/2017, 21 de diciembre y 40/2019, 27 de marzo. Para la misma problemática y solución frente al citado subsidio extraordinario por desempleo (que será derogado, como la renta Activa de inserción -RAI- a partir del 1 de noviembre de 2024, según la disposición derogatoria del RDL 2/2024, 21 de mayo), vid. STC 133/2019, 13 de noviembre.

<sup>9</sup> Apartado decimotercero de la proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales (2017/C 428/09). Para un análisis reciente de la regulación de la protección por desempleo en esta clave del PEDS, y sus impactos en el Derecho interno, vid. Álvarez Cortés, Juan Carlos (2024). “Capítulo III. La rama de desempleo de los sistemas de seguridad social y el pilar europeo de derechos sociales: otro reto pendiente”. En AAVV. (Dir. Isabel Villar Cañada-Cristóbal Molina Navarrete). *Pilar europeo de Derechos Sociales y progreso jurídico de la Unión y de España: logros y asignaturas pendientes*, Editorial Bomarzo, Albacete, pp. 65-90.

la complejidad que de ello deriva en la regulación no puede ser tal como para no identificar las debidas diferencias al establecer el régimen jurídico, confundiendo las dos facetas.

Sin embargo, a mi entender, esta dialéctica permanente entre la lógica de la activación (la garantía social de empleabilidad efectiva en el mercado: la prestación como renta para el acompañamiento en el proceso de búsqueda activa de empleo) y la lógica de la protección de situaciones de necesidad (la garantía social de rentas suficientes de sustitución para cubrir la situación de necesidad derivada de la falta de un empleo adecuado) adquiere tintes especialmente agudos en estos tiempos, hasta desnaturalizar algunos aspectos del régimen de prestaciones, contributivas y sobre todo asistenciales, por desempleo. Así se plasmó de forma relevante, pero mucho más aceptable en la LE, adquiriendo un relieve mucho más intenso, e inquietante, en la reforma operada por el referido RDL 2/2024, de 21 de mayo, en ambos niveles, contributivo y asistencial, pero mucho más claro e intenso en el asistencial, que es el más afectado por la reforma comprometida con la UE. Ni que decir tiene que, valorada de forma general, esta reforma amerita una valoración positiva.

En efecto, de un lado, es innegable el esfuerzo de simplificación, luego relativizado sin mucha justificación (al crear dos modalidades nuevas de subsidio: personas emigrantes retornadas y víctimas de violencia de género o sexual-). De otro, y sobre todo, de mejora frente a las lagunas de protección, al extender de forma notable en la cobertura subjetiva (ampliación de colectivos protegidos por el subsidio, equiparación de otros -ej. personal eventual agrario-, etc.), así como la aprobación de una subida, limitada y temporalmente condicionada, de la cuantía (en algún caso del tiempo de duración), etc. La equiparación del tiempo parcial (eliminación de la parcialidad de los subsidios en atención al origen parcial del contrato previo a la situación de desempleo) y la mejora de la compatibilidad irían en esa dirección positiva. Pero, en mi valoración y análisis, estas indudables mejoras no pueden ocultar la persistencia de algunas lagunas de protección y la perpetuación de insuficiencias en la intensidad prestacional que lastran gravemente la efectividad de la función de garantía de rentas de la protección por desempleo, introduciendo técnicas que, solo obedientes a la lógica economicista del riesgo moral, resultan muy criticables (ej. la escala decreciente en la cuantía del subsidio, emulando la técnica del nivel contributivo).

Desde un análisis más sistemático no serían las únicas cuestiones de actualidad que deben exigir una profunda reflexión sobre el régimen actual de protección por desempleo, más allá sin duda del nivel asistencial, el único significativamente afectado por la reforma, si bien ya se ha anticipado que hay cambios que afectan al nivel contributivo también. Incluso hay aspectos de la reforma laboral que conectan directamente con la protección por desempleo sobre los que, quizás, no se ha reflexionado lo suficiente. Como sucedería, al menos parcialmente, con la figura del personal fijo discontinuo (art.267.1 d TRLGSS).

Sabido es -a este último respecto- que esta figura ha presentado históricamente notables deficiencias de protección, entre otras cosas porque arrastraban problemas típicos de esta prestación propias del trabajo a tiempo parcial, con algunos otros específicos añadidos, que incluso los colocaban en situación peyorativa. Y ello tanto en el nivel contributivo como en el asistencial. Ha de recordarse que la reducida calidad de este empleo conllevó no solo una menor cobertura contributiva, sino cotizaciones por periodos cortos y cuantías reducidas. La reforma laboral trató de corregir las deficiencias en el nivel asistencial (art.277 TRLGSS, en la redacción dada por el RDL 3/2022, 1 de marzo<sup>10</sup>), en especial eliminando las restricciones de acceso al “subsidio de prejubilación”, con el fin de abrirles “puentes a la jubilación”, lo que ha de tenerse como una decisión adecuada.

Sin embargo, a mi juicio, menos atención ha merecido el nivel contributivo. Quizás infravalorando esa gran enseñanza de uno de los mejores economistas del trabajo españoles, que gustaba de advertir de los riesgos de usos desviados o disfuncionales de las reformas laborales de los contratos de trabajo cuando se combinan con la prestación por desempleo, porque termina ésta convirtiéndose en una subvención encubierta a la gestión flexible de las empresas más que en un incentivo para la mejora de la calidad de vida y de trabajo de las personas trabajadoras<sup>11</sup>. Convendría hacer un análisis más profundo de esta reforma en términos de protección social en general y de protección por desempleo en particular, no en clave de sostenibilidad financiera del sistema, por supuesto, dado su bajo coste, sino en clave, al contrario, de suficiencia prestacional y de equidad protectora.

Aunque este análisis aún contempla otras dimensiones, también vinculadas al papel clave que la protección por desempleo, paradójicamente llamada “política pasiva”, tiene para el sostenimiento de los paradigmas de flexiguridad en la regulación y gestión del trabajo, como evidencia el favor por la gestión interna (regulación temporal de empleo -ERTE-) en detrimento de la gestión externa (regulación extintiva de empleo -ERE-). La apuesta de la reforma laboral por estas opciones de política jurídica se ve comprometida hoy, en cierto modo, por la retoma no solo de los despidos colectivos (a menudo no precisa llegar a extinciones obligatorias ex art. 51 ET, sino que se formalizan mediante bajas voluntarias incentivadas, donde la protección por desempleo tiene también un papel estelar a la

<sup>10</sup> Vid. SEPE. Instrucciones provisionales para la aplicación, en materia de protección por desempleo, del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre y del Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo, 13 de mayo de 2022. <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/instrucciones-directrices>

<sup>11</sup> Vid. Toharia, Luis et alii. (2010). “El sistema de protección por desempleo y la salida del paro”. *Papeles de Economía Española*, vol. 124, pp. 230-246. Él se refería a las relativas a la contratación temporal, pero pueden aplicarse también ahora a las de fijeza discontinua, que aspira a desplazar a aquella, siquiera sea parcialmente (otra parte se está haciendo a través de la parcialidad indefinida, así como de la indefinición, a secas, pero con menos duración de estas relaciones “fijas”).

hora de formalizar los programas de prejubilación), sino el creciente número de los despidos individuales realizados en nuestro país, pasen por disciplinarios (aunque con inmediato reconocimiento de su improcedencia) pasen por objetivos. Como relevante sería hacer este análisis en el papel que la protección por desempleo puede tener también a la hora de afrontar procesos transicionales sistémicos de nuestro tiempo, como el digital y, cómo no, el ecológico, especialmente ante la pertinaz sequía en zonas como Andalucía<sup>12</sup>.

Sin duda, la disposición adicional cuarta del RDL 2/2024 parece ser consciente de ello. En ella se compromete, dos años después de la vigencia de las reformas que introduce (la mayoría también diferida en el tiempo -la mayoría a partir del 1 de noviembre de 2024-), una evaluación, en el marco del diálogo social, no solo de la reforma asistencial, sino del “*sistema de protección por desempleo en su conjunto, incluidas las políticas activas de empleo*”. No por casualidad, como luego se verá con más detalle, la disposición final 1ª de la referida norma de urgencia compromete una “*Estrategia global para el empleo de las personas trabajadoras desempleadas de larga duración o de más edad y garantía de servicios para personas beneficiarias de mayores de cuarenta y cinco años*”.

Al margen de la efectividad normativa del compromiso (ya veremos que tiene poca), rebela de forma clara una convicción jurídico-política diferente, sin duda fruto del mayor peso ahora del diálogo social en la elaboración de esta norma de urgencia, superior a la -muy escasa- que supuso el malogrado RDL 7/2023, 19 de diciembre, busca centrar la activación de estos colectivos no en pretendidas responsabilidades ético-económicas individuales (incentivos para la búsqueda activa de empleo) sino en servicios efectivos de empleo, que les ofrezcan oportunidades reales de empleo. En un sistema normativo de protección por desempleo edificado sobre un mercado de trabajo con una persistente alta tasa de paro, la mirada debe dirigirse a la eficiencia de los servicios de empleo más que a las pretendidas responsabilidades de los individuos, de modo que, presuponiendo que no hacen lo suficiente para retornar al empleo, se modifiquen las normas para incentivar una ética individual del trabajo que desactive el riesgo moral identificado por la concepción económica neoclásica y liberal de la protección por desempleo.

Por enésima vez, el sistema normativo y las políticas de empleo expresan de una forma específica, explícita, esa imbricación entre lo contributivo y lo asistencial (genuina lógica de los “vasos comunicantes”), entre la activación para el mercado y la garantía de rentas sociales de desempleo (las mal llamadas políticas “pasivas”). Como es evidente, por los límites de espacio y tiempo no es posible afrontar ahora un análisis de este tipo, si bien ya se ha emprendido recientemente en el marco de un proyecto de investigación, que pronto verá la luz. Por eso, he creído más

<sup>12</sup> Para todo ello, de forma extensa, Molina Navarrete, Cristóbal (2024). *La reestructuración empresarial mediante regulación de empleo...* Ob. cit.

adecuado elegir un enfoque unitario o hilo conductor único que permita, incluso facilite, analizar, expositiva y críticamente, algunos de los aspectos más relevantes de las dos últimas reformas legislativas, la de la LE y, más en particular, del RDL 2/2024, de 21 de mayo<sup>13</sup>. Ese hilo analítico será la referida tensión dialéctica entre la lógica de la activación para la empleabilidad y la lógica de la pasividad de la cultura de la vida subsidiada asignada la garantía de rentas sociales que ha presidido, durante en los últimos 40 años, la regulación de las políticas de protección por desempleo y que habría encontrado su mayor expresión en la lucha por el relato y el contenido de la reforma del nivel asistencial, primero en el frustrado RDL 7/2023 y, ahora, de forma más matizada, en el convalidado RDL 2/2024. En algún caso, a mi juicio, incluso en contra de los compromisos adquiridos por España con la Carta Social Europea, según los estándares de protección acotados por su órgano de garantías, como veremos en su momento.

## **2. LA INTERACCIÓN DE LAS DOS DIMENSIONES DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO: ¿UNA RELACIÓN SINÉRGICA O DE SUBORDINACIÓN?**

### **2.1. Constitucionalización del enfoque integral de las políticas de empleo: ¿justo equilibrio entre sus razones económicas y sociales?**

Por imperativo constitucional, dentro de un marco de garantías multinivel, la protección frente a las situaciones de necesidad derivadas de la inexistencia de un empleo es, antes que nada, un derecho social que los poderes públicos están obligados a asegurar de forma efectiva. No por casualidad la protección por desempleo es la única prestación del sistema de la seguridad social nominado en el art. 41 CE. Ciertamente, se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, su contenido y alcance, dentro de ciertos límites exigidos por los referidos compromisos internacionales, depende estrictamente de lo que en cada momento determinen las leyes. Unas leyes que, como es bien sabido, además de que asocian la situación de necesidad a la pérdida de un empleo previamente desarrollado, no a la ausencia de acceso a un primer empleo (situación que hoy se reconduciría a través de la prestación del ingreso mínimo vital -IMV-, en las

<sup>13</sup> No son las únicas leyes que contienen aspectos de novedad en esta materia. Piénsese, por ejemplo en el Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, que creó un subsidio específico de desempleo para este colectivo. Para las Instrucciones provisionales del SEPE de 21 de febrero de 2023 vid. <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/instrucciones-directrices>

condiciones -cambiadas de forma parcial recientemente<sup>14</sup>, si bien todavía de forma insuficiente- por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre -LIMV, en adelante), han seguido una trayectoria casi lineal de recortes. De ahí las lagunas de cobertura y los déficits de intensidad protectora.

Pero es innegable que, junto a esta dimensión jurídico-social primaria, en el diseño de la Constitución, la protección por desempleo ha tenido siempre una importante dimensión económico-ocupacional. Sea en épocas de crisis, incluso tan extraordinarias como la que ha representado la pandemia, sea en épocas estructurales, de normal desenvolvimiento del ciclo económico, la rama de protección por desempleo ha mostrado su eficiencia como amortiguador social de los déficits de empleo. En el primer plano, pese al enorme coste económico que supuso el sostenimiento del empleo en tiempos de covid19, nadie niega su éxito como inversión productiva, porque permitió mantener el consumo y facilitar la recuperación económica y del empleo cuando pasó la tragedia sanitaria y económica, de ella derivada. Los fondos económicos comunitarios, según la técnica del préstamo a las mejores condiciones posibles, no a fondo perdido, puestos al servicio de esta lógica (SURE), son un ejemplo de cómo las garantías sociales de renta frente al desempleo están muy marcadas por una función económica de política “activa” de empleo, porque facilita rentas de sostenibilidad<sup>15</sup> de la vida digna personal y familiar, del patrimonio profesional y del capital humano necesario para facilitar el retorno al mercado de trabajo. La mejor prueba de ello es el éxito de los mecanismos de ERTE, tanto la modalidad CETOP (causas económicas, tecnológicas, organizativas y productivas) como la modalidad FM (fuerza mayor), así como el mecanismo Red de Flexibilidad y Estabilización (art. 47, bis ET).

En el segundo plano, el de las situaciones normalizadas de los ciclos económicos en los sistemas de mercado, existe un amplio consenso en la ciencia económica, incluso liberal, en reconocer que el coste de la protección por desempleo, tanto contributiva (unos 14.600 millones de €, para algo más de 800.000 personas, con una tasa de cobertura en torno al 68%) como, más aún, asistencial (unos 7.000 millones de € para unas 900.000 personas beneficiarias -incluye renta agraria,

<sup>14</sup> La Disposición final cuarta ha modificado la Ley 19/2021, de 20 de diciembre (LIMV) para facilitar el tránsito de una parte de los colectivos antes protegidos por el subsidio asistencial de desempleo hacia esta nueva prestación de seguridad social “no contributiva”, con un enorme potencial para la racionalización del entero sistema de protección asistencial por desempleo, hoy a medias.

<sup>15</sup> No es casual esta denominación para las prestaciones a favor de personas trabajadoras autónomas para la modalidad sectorial (DA 48ª TRLGSS) como para la modalidad cíclica (DA 49ª TRLGSS Vid. Molina Navarrete, Cristóbal (2024). “Situaciones legales de desempleo por extinción o suspensión del contrato: propuestas de actualización”, *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social (en prensa)*

subsidio agrario y renta activa de inserción-), es sostenible<sup>16</sup> y, en consecuencia, no hay un problema específico de financiación del sistema, a diferencia de lo que se dice para el conjunto, especialmente en la rama de jubilación. La media de la prestación por desempleo en España (con límites mínimos y máximos legalmente reducidos) está muy por debajo del SMI, pues se situó en torno a los 960 € el año pasado, si bien conviene advertir del sesgo estadístico, en la medida en que para el nivel asistencial la prestación es muy inferior, el 80 por ciento del Indicador Público de Rentas a Efectos Múltiples -IPREM-, por lo tanto, 480 €, hasta la entrada en vigor del RDL 2/2024 (a partir del 1 de noviembre de 2024), como luego se analizará en detalle. En todo caso, se estima que, con la reforma, cada 100.000 nuevas personas beneficiarias del nivel asistencial se aumentará el gasto en unos 600 millones de €, lo que significaría que, de cumplirse con las estimaciones gubernamentales de un incremento de 400.000 nuevas personas beneficiarias, el coste se elevaría unos 2.500 millones, con un volumen global de 9.500 millones de € para este nivel, unos 24.000 millones en total<sup>17</sup>.

¿Entonces, donde reside el notable interés, desde el punto de vista económico, de incluir notables reformas en el sistema de protección por desempleo, contributiva y asistencial? Dejando de lado el argumento coyuntural, nada desdeñable, por supuesto, como ha sido el garantizar que España percibía 10.000 millones de € procedentes del cuarto tramo de los fondos comunitarios *Next Generation Europe*, en el plano estructural, sea desde el punto de vista doctrinal (ej. FEDEA) sea institucional (Banco de España, el Ministerio de Economía), el enfoque económico insiste en la disfuncionalidad de la actual regulación de la protección por desempleo para activar un mercado de trabajo que, como el español, convive con dos problemas en principios opuestos:

- a) persistentes deficiencias en la creación de empleo, de ahí la alta tasa de desempleo del mercado de trabajo español (12%), aún en tiempo de récords en su creación, comparado con la media europea (que seguimos doblando), de un lado

<sup>16</sup> Vid. García Díaz, Miguel Ángel (2024). *Nota sobre la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo (RD Ley 7/2023)*, Fedea, Colección Apuntes, 2024-01, Madrid. Disponible: <https://fedea.net/notas-sobre-el-decreto-de-simplificacion-y-mejora-del-nivel-asistencial-de-la-proteccion-por-desempleo-rdl-7-2023/>. Más extensamente sobre esta dimensión económico-financiera de la rama de protección por desempleo vid. Devesa, Enrique et alii. (2013). “La sostenibilidad financiera del sistema de desempleo contributivo en España. Análisis comparado 2009-2011”. En *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 3ª época, 19, pp. 155-176. Para una visión económica más equilibrada e institucional vid. Toharia, Luis et alii (2008). *El sistema español de protección por desempleo: equidad, eficiencia y perspectivas*. Estudio financiado por FIPROS 2008/26.

<sup>17</sup> Para un conocimiento de los datos estadísticos actualizados prácticamente el mes de gran interés resulta (en un magnífico ejercicio de transparencia -que se echa en falta para otros aspectos en este ámbito de la protección por desempleo -ej. situación de personas fijas discontinuas en periodos de inactividad-) la información ofrecida por la web del SEPE: “*Prestaciones por desempleo: Resumen de datos*”.

- b) la creciente dificultad de encontrar personas adecuadas para cubrir un número cada día mayor de vacantes en el mercado de trabajo, de otro.

Aunque el enfoque económico de la protección por desempleo asume su función de cobertura de las necesidades de las personas en desempleo, algo obligado jurídicamente, tienden a poner el acento en su función de incentivo para la reactivación laboral, para el retorno al mercado de trabajo. Siempre desde el trasfondo de la doctrina económica del riesgo moral, advierten de la (más pretendida que real) existencia de “trampas de pobreza” en el sistema legal de desempleo, así como de “usos ineficientes de los recursos públicos” destinados a la prestación por desempleo (también a políticas activas de empleo). Por lo que se apela a reformas que pongan en el primer plano la activación para el empleo, no la perpetuación de mejoras de cobertura asistencial por desempleo, cuando, además, ni tan siquiera se coordinaría con la existencia de otras rentas para personas en situaciones de desempleo de larga duración, repartidas entre diversas Administraciones Públicas<sup>18</sup>.

En suma, vemos cómo el análisis constitucional y el análisis económico convergen a la hora de atribuirle a los distintos instrumentos de la política de empleo las dos facetas, aún en grado diverso. Las acciones orientadas al objetivo de inserción o reincorporación al mercado de trabajo, las llamadas políticas activas, no pueden prescindir de la obligación de atender la situación de necesidad de las personas, que precisan una renta retributiva para su existencia digna, pero tampoco las prestaciones sociales por desempleo, las mal (incorrecta e injustamente) llamadas políticas pasivas, pueden desentenderse del objetivo económico de contribuir a incentivar aquel objetivo. Por tanto, ambos tipos de medidas para la optimización del mercado de trabajo acumularían una pluralidad de funciones y una diversa gama de técnicas de diversa naturaleza jurídica, creando una complejidad de especial significación.

Esta complejidad extrema no solo se refleja en el referido aspecto de la distribución de las competencias entre el Estado (regulación y gestión de las prestaciones por desempleo) y las CCAA (ejecución de las políticas activas de empleo; pero también la regulación y gestión de otras técnicas de garantía de renta asistenciales que convergen con medidas de desempleo), que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos del TC, como se indicó ut supra, sino también en

<sup>18</sup> Cfr. García Díaz, Miguel Ángel (2024). *Nota sobre la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo... Ob. Cit.* En este sentido, se concluye, respecto del RDL 7/2023, pero no disímil sería la situación derivada del RDL 2/2024 en este punto: “Realizada una lectura detallada de la norma, se observan avances en el segundo de los objetivos mencionados, si bien parece haberse priorizado reforzar el primero de ellos sin tener en cuenta en exceso el conjunto de prestaciones existentes dirigidas a las personas en desempleo de larga duración. (...). La situación del subsidio por desempleo después de la reforma no guarda la necesaria relación y coherencia con el resto de las prestaciones económicas existentes dirigidas a personas en desempleo (IMV y rentas autonómicas)”.



su funcionalidad. En efecto, la eficacia, eficiencia y efectividad de las políticas activas de empleo tendrían como una de sus condiciones la delimitación correcta de las políticas de garantía de rentas sociales, para evitar que estas desincentiven aquéllas, al tiempo que la eficacia y eficiencia de estas dependería en gran medida de la efectividad de las acciones de empleabilidad, en especial de los servicios de empleo. Por lo tanto, la solución reformadora debería estar, como vienen exigiendo las sucesivas leyes de empleo, en asegurar un “justo equilibrio” (paradigma tan querido para la jurisprudencia del TEDH en materia de prestaciones sociales: ej. STEDH 26 de abril de 2018, asunto *Cakarevic*) entre las dimensiones sociales y económicas de las prestaciones por desempleo, así como en una adecuada coordinación entre unas medidas (los servicios de colocación y las acciones de activación para el empleo) y las otras (garantías de rentas).

El problema reside, sin embargo, en que la evolución legal (e institucional) evidencia un notable desequilibrio, además creciente, del favor por la función económica de activación de las prestaciones en detrimento de su función social de garantía de rentas suficientes, en un contexto de persistente descoordinación e ineficiencia de los servicios de empleo, de cuya efectividad dependería realmente el cumplimiento de las prestaciones sociales por desempleo de aquella función económica de reactivación. Ante esta paradoja, cuando no contradicción, las últimas reformas legislativas, parecen haber puesto el acento en la lógica de la responsabilidad individual, sin perjuicio, por supuesto de situarnos, una vez más, en un marco de reglas que responden a diversos fines de política jurídica (garantistas de rentas a personas y colectivos necesitados unas; de desincentivo de la permanencia en situación de cobertura prestacional, otras), con el consiguiente resultado de una marcada ambivalencia, tan típica de la norma social. Aunque, como veremos, los compromisos de naturaleza internacional adquiridos por España exigen una mayor centralidad de la faceta de garantía de rentas suficientes respecto de la función económica de reactivación para la búsqueda del retorno al empleo.

## **2.2. De la empleabilidad como faceta inherente a la protección por desempleo a la activación como obsesión legal: ¿crear empleo versus garantizar rentas?**

Que las personas beneficiarias de una prestación (contributiva o asistencial) de desempleo constituyen, en sí mismas, un colectivo priorizado para las políticas activas de empleo es, además de una consecuencia de lógica elemental, una regla constante de todas las leyes de empleo, también de la vigente (art. 50 LE). De ahí que, por lo mismo, en todas ellas, el Título que dedican a las políticas activas de empleo incorporen un capítulo específico dedicado a la coordinación con las medidas y con los organismos competentes en materia de “protección frente al desempleo” (arts. 47-49 del Capítulo IV del Título III de la Ley de Empleo vigente). En esta clave de reforzamiento de la activación de las prestaciones por desempleo, si la LE (2023) promovió, reformando, la vinculación de la garantía

social de rentas por desempleo con el “acuerdo de actividad”, a fin de intensificar su calificación como colectivos prioritarios de las políticas activas, en especial de los de larga duración, una creciente mayoría, el RDL 2/2024 ha hecho lo propio, dándole otra vuelta de tuerca, previniendo al mismo tiempo -dice- los conflictos competenciales (recurrentes, como se vio), al situar las reformas en la legislación de seguridad social.

En consecuencia, el proceso de reforma legislativa incluido en la Reforma 10 de la Componente 23 del PRTR, se concibe “directamente ligada” con el objetivo transversal de regular e impulsar un “mercado de trabajo inclusivo y resiliente”, coherente con “las políticas públicas para hacer el mercado más dinámico y con capacidad de respuesta para hacer frente a desafíos como el reto demográfico y las transiciones verde y digital.”. Más allá de la recurrente referencia a la utilidad de estas reformas para afrontar los desafíos de las (no muy coherentemente en la UE) llamadas “transiciones gemelas”, junto a la previa “transición demográfica”, cada vez más agudizada, el preámbulo de esta nueva norma de urgencia precisa que la revisión de las características básicas de la protección asistencial por desempleo respondería a los siguientes objetivos:

- 1) Ampliar su nivel de cobertura eliminando lagunas de protección, mejorando los requisitos de acceso y mantenimiento
- 2) Simplificar su ámbito de protección y su gestión, facilitando la automatización.
- 3) vinculación efectiva (se plantea por enésima vez, pues ya está en la LE) de las personas beneficiarios de los subsidios con las políticas activas de empleo (acceso a itinerarios personalizados para mejorar su empleabilidad e inserción laboral)
- 4) reafirmación de la vinculación de las prestaciones por desempleo con el acuerdo de actividad y el seguimiento de medidas de inserción (enésimo reforzamiento de los mecanismos disciplinarios para garantizar la suspensión o pérdida de la prestación por desempleo y del subsidio por interrupción o incumplimiento del acuerdo de actividad)
- 5) facilitar a los ciudadanos el conocimiento de los procedimientos para atender las obligaciones (sobre todo de reintegro<sup>19</sup>) contraídas en materia de desempleo.

Como puede comprobarse, se insiste en el vínculo, ya normativamente intensificado con la LE, de las prestaciones de desempleo con las medidas de activación para el empleo (más bien para la empleabilidad), reforzando la idea

<sup>19</sup> Al respecto, conviene recordar que se da nueva redacción del artículo 295 (en este caso la vigencia efectiva coincide con la vigencia formal: 23 de mayo de 2024, según la DF 14ª. 1 RDL 2/2024), que regula la obligación de reintegro de pagos indebidos. Incluye la posibilidad de compensaciones parciales y el fraccionamiento de pago para el reintegro (incluirá el interés de demora), en los términos reglamentarios. De ahí que el RDL (DDFF 7ª y 8ª), modifique los Reales Decretos 625/1985 y 1044/1985. Estos beneficios exigirán solicitud anterior al inicio de su recaudación en vía ejecutiva. Al respecto, conviene tener en cuenta la importante rectificación

de cumplimiento de obligaciones por parte de las personas beneficiarias de la protección social por desempleo, para compensar (y equilibrar, se pretende) la idea dominante en el imaginario colectivo de vida subsidiada. Es evidente que este redactado preambular responde claramente, si bien no se explicita (salvo difusamente) a la doble transacción a la que responde la norma final. De un lado, la transacción del Ministerio de Trabajo con el Ministerio de Economía, pues el primero ponía el acento en los dos primeros (simplificación y mejora de coberturas subjetivas y de intensificación protectora), mientras que el segundo lo hacía radicalmente en los segundos (primacía de la activación para el empleo). De otro, de ambos, esto es, del Gobierno, con los sindicatos, e dn el marco del diálogo social finalizado con acuerdo, una vez brilló por su ausencia en el primer intento reformador, el que supuso el malogrado RDL 7/2023, 19 de diciembre<sup>20</sup>.

Justamente, como el resultado final se presenta mucho más ambiguo y ambivalente, más difuso y transaccional respecto de los dos programas reformadores originarios en pugna, merece la pena recordar, brevemente, algunos de los términos clave de ese conflicto para entender mejor el conflicto raíz subyacente a estos procesos reformadores y también para una mejor valoración de algunas de las reformas que se han consolidado. Éstas, a mi juicio, si bien se presentan oficialmente de un cierto modo (garantista), tienen un sentido distinto, sino opuesto (primado de la idealizada e ideologizada activación sobre la garantía de renta suficiente). Para ello, es muy útil acudir a la concepción del sistema prestacional por desempleo que exhibía una parte del Gobierno, a través del Ministerio de Economía, en el preámbulo del proyecto de RDL sobre “refuerzo de los mecanismos de activación al empleo”, elaborado para satisfacer el compromiso comunitario en la reforma C23.R10.

En él, primero se reconocía lo positivo. De un lado, la estrategia de política económica seguida en estos años habría mejorado de manera decisiva el funcionamiento del mercado de trabajo español (ej. cambios en sus dinámicas con la reforma laboral -favor por el ajuste temporal frente al extintivo; transición de la temporalidad a la indefinición, etc.-). De otro se modernizó las políticas activas de empleo (la LE pondría énfasis en medidas de reincorporación de las personas desempleadas al mercado de trabajo; reforma de los incentivos a la contratación laboral mediante el ya referido RDL 1/2023) y las “políticas pasivas” (este proyecto sí recogía este término peyorativo), a través de un “instrumento de apoyo social moderno”, como el IMV, porque este nuevo instrumento facilita:

de su jurisprudencia en esta materia, en beneficio de la exención de la obligación de reintegro de la persona beneficiaria de buena fe e imputación del carácter indebido de la prestación a error exclusivo de la Administración. Vid. STS, 4ª, 812/2024, 30 de mayo.

<sup>20</sup> Para un análisis comparado de ambos proyectos de normas de urgencia vid. Molina Navarrete, Cristóbal (2024). “La reforma de los subsidios asistenciales de desempleo (...), Ob. cit.; Miñarro Yanini, Margarita (2024). Nueva legislatura, nuevas reformas, nuevos equilibrios: el Real Decreto-Ley 7/2023 (...), Ob. cit.

*“transitar desde políticas pasivas a políticas activas de empleo en las situaciones transitorias de paro y abordar el resto de situaciones de mayor complejidad con políticas más eficaces de inclusión social”.*

Pero, de inmediato, se ponía de relieve las deficiencias de la regulación del mercado de trabajo persistentes. Así, situado el objetivo central a perseguir por la política económica española en la consecución del pleno empleo resultaría “indispensable proceder a una reforma de las políticas pasivas de empleo...”. ¿En qué sentido? En el de orientarlas “a cubrir de forma ágil situaciones transitorias de desempleo y centre todo el sistema en favorecer la reincorporación del trabajador.”.

Este proyecto -finalmente perdedor, pero solo en parte- se mostraba mucho más realista y apegado a la visión económica de la situación. Los evidentes progresos en el mercado de trabajo español no pueden ocultar, difuminadas por las estadísticas exitosas, el arrastre de diversas anomalías que lastran el progreso económico y social. En este sentido, como ya se apuntó, la tasa de paro española sigue siendo la más alta de la Unión Europea (11,6% frente a 5,8%), con especial incidencia en el paro de larga duración (4,5% frente a 2,25%) y el paro juvenil (27,9% frente a 14,3% para los menores de 24 años), debiéndose añadir que tenemos una tasa de ocupación por debajo de la media (65,8% frente a 70,6%). Sin en este diagnóstico es imposible, seriamente, no estar de acuerdo, porque estos datos son muy reales y contrastados, más discusión merece la causa que identifica como principal para esas persistentes anomalías ocupacionales de nuestra economía y mercado laboral:

“Las estimaciones empíricas apuntan a que dos tercios del diferencial de paro con la UE se deben a la escasa eficacia de las políticas pasivas de empleo españolas para incentivar la reincorporación...al mercado de trabajo. El tercio restante se explica...por las deficiencias en los mecanismos de ajuste entre la oferta y la demanda...”.

Esto es, para el Ministerio de Economía, las deficiencias de creación de empleo en nuestro mercado se deberían más a la ineficacia de las políticas de garantías de rentas -insiste en calificarlas de pasivas- para incentivar individualmente el retorno al empleo que a la ineficacia probada de nuestros servicios de empleo. Este preámbulo no tenía rubor alguno en profundizar en su crítica. Así recordaba que, en comparación con la media europea, y como ya informara el Banco de España, *“las políticas pasivas en España se caracterizan por dar cobertura a un reducido número de trabajadores, por presentar escasos incentivos a la reincorporación al mercado laboral y por reducidos niveles de supervisión y control.”.* Es decir, se reconocen claramente las lagunas de protección contributiva y asistencial, pero en sus propuestas de reforma insistirá esencialmente en:

- a) las técnicas de activación para el empleo, porque el régimen regulador incurriría en notables “errores de diseño de los incentivos” de las prestaciones (contributivas y asistenciales), porque ni por su ámbito, ni cuantía, ni duración

- ni articulación en la práctica incentivaría suficientemente la reincorporación al empleo<sup>21</sup>, y
- b) en las de control disciplinario de las personas beneficiarias, en la medida en que ni los requisitos condicionantes del acceso a la búsqueda activa de empleo efectiva ni las sanciones por su inobservancia serían suficientemente disuasorios

Esta doble tipología de deficiencias tendría un notable impacto negativo sobre la tasa de desempleo, pero también sobre otros desequilibrios cualitativos del sistema. Primero, perjudicaría el crecimiento económico, ralentizando la tasa de empleo y la cobertura de vacantes. Segundo, en consecuencia, reduciría “la sostenibilidad de los sistemas de protección social”, al impedir mutar personas beneficiarias por personas cotizantes.

Tercero, generaría importantes barreras de entrada que agravarían el riesgo en caso de reincorporación al empleo o cambio de situación (transiciones<sup>22</sup>), incentivando continuar en el sistema de subsidios en vez de proporcionar una red de seguridad ágil y eficaz para responder a situaciones sobrevenidas (lo que se querría evitar, precisamente, favoreciendo el tránsito al IMV). Careceríamos, pues, a juicio del Ministerio de Economía (en parte compartido por el Ministerio de Trabajo), antes del RDL 2/2024, de pasarelas entre los sistemas de protección en el ámbito laboral y social, dificultando asignar de forma óptima los instrumentos para satisfacer cada situación de necesidad. En consecuencia, la mezcla o confusión de objetivos en el nivel asistencial de desempleo ni facilitaría la reinscripción al mercado laboral de las personas beneficiarias (enfoque de empleabilidad típica de la protección por desempleo), ni tampoco la lucha eficaz contra la exclusión social

<sup>21</sup> Entre los diversos ejemplos que se ponían para ilustrar este error estructural del diseño del subsidio asistencial de desempleo, se ponía énfasis, conforme a los Estudios del Banco de España y de FEDEA, a la regulación de los umbrales de renta y consideraciones de responsabilidad familiar, considerados como generadores de “incentivos negativos para otros miembros de la familia del beneficiario, en particular cuando las características del hogar ya se toman en cuenta en la determinación de la cuantía del Ingreso Mínimo Vital. Y todo ello eleva el coste implícito de aceptar un empleo en la economía formal, con el consiguiente incentivo para la economía sumergida”.

<sup>22</sup> En este proyecto, esencial era el objetivo de incentivar la recualificación y la reincorporación laboral, para evitar la “pérdida de capital humano fruto de los avances tecnológicos de la economía y del paro de larga duración”. De ahí que apele al impacto de la transición digital en marcha, que también demandaría una profunda adaptación del “sistema de protección” social. La dimensión económica de la lógica prestacional emergen fuerte, una vez más, en esta concepción institucional de las políticas de empleo: “la generalización de tecnologías como la Inteligencia Artificial, el Internet de las Cosas, el 5G, los vehículos autónomos o la robótica avanzada producirán una mejora significativa de nuestro bienestar, pero también alteraciones profundas en la estructura del mercado laboral, que afectarán tanto a la distribución de ocupaciones como a la propia organización del trabajo.”. Estos cambios estarían generando políticas de fuerte inversión creadoras de “oportunidades de empleo en ámbitos de mayor valor añadido y supone una ocasión única para lograr reducir significativamente la tasa de paro, aflorar economía sumergida y aumentar el empleo en la economía española, con un impacto estructural muy significativo sobre las cuentas públicas, el sistema de pensiones, el crecimiento potencial y la reducción de desigualdades”.

y la pobreza infantil en situaciones de máxima vulnerabilidad fuera de lo laboral, adaptadas a la situación específica de cada familia (lógica de protección social de las prestaciones de ingreso mínimo).

Cuarto, el sistema adolecería no solo de lagunas sino de disfunciones generadoras de desigualdades entre las distintas personas trabajadoras y beneficiarias de prestaciones. A tal fin, se hace una referencia doble intergeneracional, destacando nominativamente la doble “discriminación” que supondría (1) el efecto excluyente de las personas jóvenes, que no tiene acceso a algunas prestaciones, lo que califica de “discriminación negativa” y (2) el efecto ventaja que supondría la “sobrecootización social” (125% base mínima de cotización del RGSS) en el subsidio de personas de más de 52 años, calificado como una “ventaja injustificable frente a los trabajadores empleados”. Por tanto, se traduciría -a su entender, rechazado finalmente por la reforma- en una “discriminación positiva injustificada” por razón de la edad. Un efecto perverso jurídico-social de esta regla diferenciadora al que se sumaría otro económico, por cuanto, en tales condiciones, estas personas no tendrían ningún incentivo para incorporarse al empleo, máxime dadas sus especiales dificultades de retorno al empleo, limitándose a pasarela a la prejubilación.

Esta extensa y articulada argumentación institucional, claramente de inspiración de la ciencia económica neoclásica y liberal, se resumía en prensa con un titular muy ilustrativo de la diferencia de enfoques entre el Ministerio de Economía y el Ministerio de Trabajo para afrontar una misma reforma: “*No queremos subsidiar el paro, sino crear 350.000 empleos*”<sup>23</sup>. En efecto, el secretario de Estado de Economía defendía la reforma legal del subsidio por desempleo como imperativo de modernización de las políticas pasivas de empleo en clave de pleno empleo europeo, en radical contraste con la propugnada por el secretario de Estado de Empleo, renegando de la función de garantía de rentas sociales de las personas desempleadas para abrazar su función de incentivo a la creación de empleo. Nada menos que 350.000 empleos nuevos se crearían con su reforma, reduciendo de tal modo el número de personas beneficiarias y mutándolas en cotizantes, con el efecto visto de mejora de la sostenibilidad del sistema de seguridad social. En cambio, en las mismas fechas, los titulares que daba el proyecto en paralelo presentado por el Ministerio de Trabajo destacaban que aumentaría en unas 400.000 personas beneficiarias del subsidio.

El planteamiento no puede ser más contradictorio y la posición diferencial más radical entre Ministerios de un mismo Gobierno. Cada Ministerio abanderó una concepción de las dos frontalmente enfrentadas en la ciencia económica y en la jurídica. La noche y el día, pues. En consecuencia, parecía inevitable un acuerdo transaccional para devenir ley.

<sup>23</sup> <https://elpais.com/economia/2023-12-02/gonzalo-garcia-andres-no-queremos-subsidiar-el-paro-sino-crear-350000-empleos.html>

Conocido es que tanto el RDL 7/2023 como, todavía más, el RDL 2/2024 arrumbó este planteamiento económico en la dinámica reformadora del nivel asistencial, desechándose algunas de las medidas indicadas (ej. pervive el plus de cotización para mayores de 52 años -art. 280 TRLGSS, con nueva redacción, pero continuidad de ese beneficio-; no tuvo aceptación la reducción del periodo de disfrute del subsidio; menores incrementos de la cuantía, hasta incluso llegar a reducirse respecto de la situación anterior a la reforma legal, etc.). Pero ¿seguro que no ha dejado una profunda huella en la reforma, como exigencia de una norma social transaccional en materia de desempleo asistencial que permitiera el acuerdo interno gubernamental, en parte asumida por el diálogo social en su acuerdo, sin perjuicio de ciertas matizaciones? A dar una respuesta, siquiera sucinta y, como veremos, en un sentido parcialmente positivo, dedicamos el siguiente apartado.

### **3. NUEVAS TÉCNICAS DE ACTIVACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO EN LA REFORMA DEL RDL 2/2024, DE 21 DE MAYO**

Sin duda, al menos a mi juicio, el enfoque economicista de una parte del Gobierno para afrontar la reforma del desempleo asistencial comprometida con la Unión ha dejado más huellas de las que, al menos inicialmente, se quieren reconocer, en el sistema normativo renovado con el RDL 2/2024, de 21 de mayo. En realidad, las principales novedades en las técnicas de incentivo al retorno al empleo ínsitas en el subsidio por desempleo tienen un claro código genético y lo firma el Ministerio de Economía. El Ministerio de Trabajo no pudo resistirlas, a diferencia de otras (ej. el Ministerio de Economía proponía reducir del tiempo de subsidio, sobre la idea de depurar el subsidio de su función de cobertura de cargas familiares, dejándolo como mecanismo individual vinculado al desempleo, sin más y dejando la cobertura de esas necesidades al complemento del IMV; sin embargo, se mantiene la duración y mejora en ciertos casos -nueva redacción del art. 277 TRLGSS-).

En efecto, si dejamos de lado las vinculadas a las técnicas de activación conocidas (reforzamiento de la vinculación con el acuerdo de actividad, una priorización de estos colectivos en las políticas activas, mayor control del cumplimiento de los requisitos de activación para el acceso y mantenimiento etc.<sup>24</sup>), las dos técnicas más novedosas a tal fin tienen la firma del Ministerio de Economía. A saber:

- 1) La compatibilidad de la prestación por desempleo (tanto del subsidio como de la prestación -si bien en este caso se difiere más en el tiempo-) con la retribución

<sup>24</sup> Por ejemplo, se da nueva redacción al art. 299 TRLGSS, relativo a las obligaciones de las personas trabajadoras, solicitantes y beneficiarias de la prestación por desempleo, para introducir,

por un trabajo asalariado<sup>25</sup>, a jornada completa o parcial, durante un tiempo máximo de 180 días, reduciéndose los porcentajes de compatibilidad según avanza el periodo de duración del beneficio social (nueva redacción del art. 282 TRLGSS -formalmente vigente desde el 23 de mayo de 2024 pero sin que tenga efectividad hasta el 1 de noviembre de 2024, a excepción de su apdo. 5-)

- 2) La fijación de la cuantía del subsidio mediante una técnica variable decreciente, según el tiempo de duración del beneficio social (art. 278 TRLGSS)

Respecto a la primera técnica de incentivación referida, hay que recordar que el Ministerio de Trabajo proponía una compatibilidad plena entre subsidio y retribución durante 45 días, sin hacer mención alguna al “complemento de apoyo<sup>26</sup> al empleo” (CAE). En cambio, el Ministerio de Economía auspiciaba una novedosa regla generalizadora de la compatibilidad del subsidio con el trabajo por cuenta ajena (también por cuenta propia, si bien se ha descartado en la norma resultante<sup>27</sup>), a tiempo completo o parcial, con un límite máximo de 180 días, en una o varias relaciones laborales. En estos casos, el subsidio se percibirá como un complemento de activación cuya cuantía se determinará trimestralmente, en función de la jornada inicial de la compatibilización y del trimestre en que se halle en cada momento la persona perceptora al inicio del subsidio (se formula una tabla en la ley, que va del máximo del 80% al mínimo del 5%)

El proyecto del Ministerio de Economía explicitaba que con ello se buscaba, de manera temporal, garantizar una *renta complementaria decreciente* que incentivara, de forma similar al incentivo introducido para el IMV en el Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, la reincorporación al trabajo y la afloración

entre las novedades más relevantes (formalmente en vigor desde el 23 de mayo de 2024, pero con vigencia efectiva solo desde el 1 de noviembre de 2024), la desaparición (además de la obligación de renovar la demanda de empleo) del carácter voluntario, durante los 30 primeros días de percepción de la prestación contributiva de desempleo, de participar en acciones de mejora de la empleabilidad adecuada a su cualificación, así como la obligación de comunicar las situaciones de interrupción de la actividad fija discontinua suspensión o extinción de la relación laboral que originó el CAE. A ello se suma la obligación de presentar anualmente la declaración correspondiente al IRPF y, durante la suspensión cautelar o definitiva de la prestación o subsidio por desempleo como consecuencia de un procedimiento sancionador o del incumplimiento, los documentos requeridos por la entidad gestora que pueda afectar a la conservación del derecho.

<sup>25</sup> La norma establece la incompatibilidad de la prestación y del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia cuya realización no implique la inclusión obligada en alguna mutualidad de previsión social alternativa al RETA (en la versión precedente se refería únicamente a la no inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social).

<sup>26</sup> Sin duda expresión eufemística, porque se está pensando realmente en “complemento de activación para el empleo”.

<sup>27</sup> Esta regla se reservada hasta la reforma únicamente para los colectivos de personas desempleadas mayores de 52 años (subsidio de prejubilación) y para las personas eventuales agrarias incluidas en el REA (disposición transitoria quinta de la Ley 45/2002, que se deroga en la disposición derogatoria única.3 en relación con la disp. trans. cuarta del RDL 2/2024).



de economía sumergida. Algo menos contundente, el preámbulo del RDL 2/2024 explicita esta finalidad ocupacional de no penalizar la reincorporación al trabajo. Añade, más en el plano dogmático, si bien de forma poco coherente, que pese a denominarse complemento no afectaría a su inicial naturaleza de “nueva forma de compatibilidad”, respondiendo el cambio terminológico para “distinguir esta nueva regulación de la compatibilidad de la anterior compatibilidad de las prestaciones y subsidios por desempleo con el trabajo a tiempo parcial” (así como durante el periodo transitorio hasta la extinción de los subsidios reconocidos antes de la entrada en vigor de la reforma -disposición transitoria cuarta RDL 2/2024-)<sup>28</sup>.

No es cuestión de entrar en estas disquisiciones terminológicas que, innecesariamente, o quizás a modo de *excusatio non petita*, acusatio..., abre el Gobierno. Pero lo cierto es que, appena se compare con la opción técnica preferida por el Ministerio de Trabajo, en la que se contemplaba una plena compatibilidad de 45 días, la situación resultante actúa más como un complemento notablemente decreciente (una persona con empleo a jornada completa podrá añadir al salario entre 120 euros y 480 € al mes, dependiendo del momento temporal de percepción del subsidio en el que se encuentre) que como un régimen genuino de compatibilidad. En todo caso, obedece a una política de activación.

Esta novedad se extiende a las prestaciones contributivas (disposición adicional quincuagésima novena TRLGSS), si bien con un periodo aplazado de vigencia efectiva más dilatado<sup>29</sup>. La norma prevé una tabla específica a tal fin (va desde el máximo del 80 por ciento, para el CAE a tiempo completo desde el 10 al 15º mes, al mínimo del 15 por ciento, para el CAE a tiempo parcial y mes 22 a 24º), determinando la cuantía y duración del CAE, previendo un umbral a partir del cual incurre en incompatibilidad de la prestación contributiva con el trabajo por cuenta ajena: cuando el salario bruto mensual sea superior al 375% del IPREM (2.250 € en 2024). Además, se prevé expresamente que la entidad gestora no esté obligada a ingresar cotizaciones sociales durante el tiempo de percibo del CAE por empleo

<sup>28</sup> Esta regulación se complementa con la nueva disposición transitoria cuadragésima del TRLGSS. En ella se regula la compatibilidad, a partir de 1 de junio de 2025, del subsidio para las personas emigrantes retornadas y el de las personas víctimas de violencia de género o sexual con CAE. Desde el 1 de noviembre de 2024 (fecha de entrada en vigor de las disposiciones 57ª y 58ª) hasta el 31 de mayo de 2025 ambos subsidios serán incompatibles con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando lo sea a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá de su importe la parte proporcional al tiempo trabajado. Esa deducción se hará además de cuando se acceda al subsidio manteniendo un contrato a tiempo parcial, cuando se esté percibiendo el subsidio y se obtenga un trabajo a tiempo parcial.

<sup>29</sup> Las prestaciones contributivas nacidas a partir del 1 de abril de 2025 y cuyo periodo reconocido de derecho fuera superior a 12 meses, una vez devengados los primeros 9 meses, serán compatibles con el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo y a tiempo parcial en la misma forma, condiciones y efectos previstos para el subsidio por desempleo (art. 282.3 LGSS), si bien la persona beneficiaria podrá desistir de la aplicación de esa compatibilidad presentando la correspondiente solicitud, suspendiéndose la prestación.

completo compatible con la prestación y el subsidio. Sí deberá hacerlo (ingreso de cotizaciones) proporcionalmente si es un CAE de empleo parcial.

Ni el subsidio para mayores de 52 años ni el previsto para el personal artístico-cultural se ven afectados por esta nueva regulación. El preámbulo del RDL 2/2024 (convalidado ya por el Congreso) explica que la continuidad de la cuantía fija queda compensada, de una parte, por la mayor duración del subsidio de prejubilación, y, de otra, por la cotización de la que se beneficia esta modalidad -125% de la base mínima de cotización del RGSS- a cargo de la entidad gestora, beneficios de los que “carece el resto de subsidios”.

En lo que concierne a la cuantía, también se acude a esta técnica de garantía de rentas sociales variable, pero decreciente. Así, se aumenta la cuantía inicial del subsidio (95% del IPREM para el primer semestre de percepción) para luego reducirla (90% del IPREM en el segundo semestre de percepción), hasta dejarla en la cuantía actual (anterior a la reforma: 80% del IPREM a partir del día siguiente al año de percepción), de forma que, al igual que la reforma del sistema de compatibilización con el empleo referida, se fomente el retorno al mercado de trabajo de las personas beneficiarias. La introducción de esta escala (en tres tramos) decreciente estaría en línea con el diseño de las prestaciones contributivas y del incentivo al empleo en el IMV, alineándose así, se decía en el proyecto del Ministerio de Economía, con el diseño aplicado en la mayoría de los países de la Unión Europea.

Nada de todo esto aparece en el preámbulo del RDL 2/2024. El incluido en la ley aprobada finalmente ha preferido limitarse a referencias más escuetas y descriptivas. Opta por dar más relieve a la mejora que supone, a raíz de la petición sindical, la eliminación de la deducción proporcional en función de las horas trabajadas a tiempo parcial. Una reforma que, conviene subrayarlo, tiene un indudable impacto indirecto de género, porque la gran mayoría de las personas en esta situación son mujeres, como es bien sabido, así como las personas más jóvenes, pero ya hemos indicado cómo las personas jóvenes tienen menor presencia en la protección asistencial. Junto al factor sexo-género, muy presente en el ámbito de la protección asistencial por desempleo (como en otros ámbitos de la protección de seguridad social), otro factor importante que sesga esta regulación es el de la edad.

#### **4. LA TÉCNICA DE LA CUANTÍA DECRECIENTE DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO: ¿ES CONFORME CON LA CARTA SOCIAL EUROPEA?**

Más allá de los debates de política del derecho en materia de desempleo que puedan suscitar todas estas cuestiones, entiendo que aspectos tales como la cuantía no pueden ser dejados a una decisión tan puramente discrecional como plantea el Gobierno y parecen asumir, de momento, los sindicatos. Al contrario, a mi juicio,

existen condicionantes jurídicos más comprometidos normativamente que se han pasado por alto en esta reforma. Al respecto, no es ocioso recordar que la norma finalmente resultante vuelve a ser un fiel reflejo del carácter transaccional de la norma social, especialmente radicalizado en este caso. El Ministerio de Economía propuso la siguiente tabla, que evidenciaba una mejora de la cuantía para el primer trimestre del percibo del subsidio, pero un recorte intenso para los periodos finales, sin duda en la línea planteada por el Banco de España y por los teóricos de FEDEA. Así (recuérdese que la propuesta originaria también pretendía utilizar el aspecto de la duración del subsidio como técnica de incentivo para el retorno al empleo) reduciendo notablemente el periodo temporal previsto, que se mantiene tras la reforma-:

Trimestre desde que se inicia el subsidio	Subsidio (%IPREM)
1	100%
2	80%
3	65%
4	50%

Por su parte, la tabla originaria propuesta por el Ministerio de Trabajo era:

Semestre desde que se inicia el subsidio	Subsidio (%IPREM)
1 (180 días)	110% (660 €)
2 (181-360)	90% (540 €)
3 (361-adelante)	70% (420 €)

La tabla resultante ya la conocemos y expresa esa transacción institucional, con un marco puramente político, cuestionado sindicalmente de inicio, pero posteriormente asumido en aras del acuerdo. Así:

Duración del subsidio	Cuantía % IPREM (600€)	Cuantía €/mes
180 primeros días (6 meses)	95% IPREM	570€
360 día siguientes	90% IPREM	540€
Resto hasta 21 meses	80% IPREM	480 €

A mi entender, esta cuestión debe presentarse de una manera análoga a la suscitada en relación bien, en el ámbito de la regulación de las relaciones de trabajo y configuración de uno de los factores clave en las dinámicas económicas del mercado de trabajo, al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) bien, ya en el terreno de la protección social, para las pensiones mínimas y asistenciales. Como es igualmente conocido, sin entrar ahora en profundidades al respecto, ya suficientemente analizadas, en ambos casos ha sido muy importante la nueva

visión o concienciación que en España se tiene de la Carta Social Europea y, sobre todo, del papel de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales. ¿Y en este caso? A nuestro juicio, también debería serlo.

El reconocimiento y garantía, por el art. 12 de la CSE, de un nivel de intensidad protectora objetivado mínimo, que además deberá ser mejorado de forma progresiva, también afecta a las prestaciones por desempleo, desde luego al nivel asistencial. Justamente, España viene recibiendo constantes reprobaciones por seguir con un Derecho social disconforme con la Constitución Social de Europa, con el art. 12 de la CSE en lo que hace a los subsidios de desempleo. Hasta ahora, esa reprobación ha venido a través del sistema de control del (in)cumplimiento basado en la valoración de los Informes de los Estados y emisión de Conclusiones por el CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales) a partir de los Informes de los Estados. Así, entre otras muchas previas a la última en la que ha tenido oportunidad de pronunciarse en el mismo sentido que en las ocasiones precedentes (recuérdese que el CEDS utiliza indistintamente sus Conclusiones para razonar las Decisiones de Fondo y estas para argumentar en aquellas, evidenciando un cuerpo de valor jurisprudencial coherente), se destaca cristalínamente en las Conclusiones XXII-2 (2021 —publicadas en marzo de 2022—) del CEDS, para España (grupo temático II: «Salud, Seguridad Social y Protección Social»).

En ellas se pone de relieve, sin ambages, que el subsidio por desempleo, al estar por debajo del 50 por cien del ingreso mediano (el ingreso mediano está en España hoy en torno a 1600€ —no hay que confundir con salario medio—), incluso por debajo del 40 por ciento de tal ingreso, sería contrario al art. 12.1 CSE. En consecuencia, al margen del parámetro o indicador que se elija para tratar de dar cumplimiento a este mandato, conviene dejar bien afirmado que no es discrecional para los Estados, como parece haberse entendido hasta el momento. Por lo tanto, debe actuarse en este ámbito como se ha hecho para el SMI, como nos parecería más ajustado al vincularse a una dimensión reguladora de mercado laboral o de empleo (así habría una coherencia, desde un lado proactivo y de garantía de renta, entre la tan proclamada vinculación del subsidio con las políticas activas de mercado de trabajo o de empleo), o, al menos, como se ha llevado a cabo con las pensiones mínimas. En definitiva, no se ajustaría a la Carta Social Europea, según la doctrina vinculante del CEDS:

- (i) Ni la cuantía fijada. Tendría que situarse entre los 640 y los 800 €.
- (ii) ni la técnica establecida a tal fin, como es una escala variable a la baja según se avanza en la duración del subsidio, por lo que debería ser estable, al menos durante más tramos de los ahora previstos
- (iii) ni el indicador objetivo elegido para determinar la cuantía, el IPREM, porque nada indica respecto de la capacidad para garantizar una vida digna

Hay que recordar que una de las principales novedades de la reforma es reconducir una parte del ámbito subjetivo previo del nivel asistencial hacia el IMV.

El preámbulo de la reforma explica que el ámbito del desempleo asistencial sería el de las situaciones que guardan una relación directa con la pérdida inmediata de un empleo, o el agotamiento de la prestación contributiva; en cambio, las situaciones que no guardan relación directa con la pérdida de un empleo anterior, así como las medidas de protección de las personas que agoten los derechos previstos en el Título III del TRLGSS deben ser reconducidas hacia el IMV. Una racionalización que incluirá la RAI (derogada, si bien la protección del colectivo de víctimas de violencia de género y sexual gozan excepcionalmente de un subsidio de desempleo propio). Pues bien, al respecto es útil traer a colación la reciente reclamación colectiva presentada ante el CEDS contra España por la eventual disconformidad de la regulación del IMV con la CSE (n. 241/2024)<sup>30</sup>.

La LIMV, en especial la cuantía, pero no solo, quedaría lejos de satisfacer los estándares exigentes de la CSE sobre los que el CEDS habría venido pronunciándose críticamente, aún respecto de las rentas autonómicas, indicando no conformidades con el artículo 13.1 de la CSE. Para la reclamación colectiva, presentada por una ONG, no por un sindicato, el IMV, además de persistir en los mismos defectos identificados por el CEDS para los incumplimientos relativos al artículo 13, incurriría en nuevos incumplimientos contra otros artículos de la CSE. Veremos la suerte de esta reclamación. En tanto, a mi juicio, es irrefutable que el art. 278 TRLGSS incurre en radical disconformidad con el art. 12 CSE

## **5. UN EFECTO DISFUNCIONAL DE LA MEJORA DE LA COBERTURA: LA ASISTENCIALIZACION DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO**

Junto a la simplificación (de cargas administrativas, sobre todo; más relativa de lo que se decía respecto del ámbito subjetivo, por la insuficiente reconducción al IMV, creando dos nuevas modalidades de subsidio -personas emigrantes retornadas y mujeres víctimas de la violencia de género y/o sexual-, a sumar a otras como el subsidio de artistas), el objetivo de la mejora de la cobertura subjetiva del nivel asistencial es el principal efecto que tendrá (no fue inmediato, pues entró en vigencia efectiva el 1 de noviembre del 2024). No puede regatearse a esta reforma una valoración muy positiva en este punto, ampliando de forma muy notable el número de personas beneficiarias (otra valoración merecerá la intensidad protectora, que apenas ha variado, perpetuando el déficit social y jurídico) del subsidio asistencial de desempleo. Se amplía la cobertura del nivel asistencial en algunos tramos de edad excluidos antes de la reforma (ej. personas menores de 45 años sin cargas o responsabilidades familiares -se redefine esta exigencia en el art. 275 TRLGSS-,

<sup>30</sup> [https://rm.coe.int/cc241casedoc1-es/1680b05d18?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTAAAR0bQcTA7jn9KtwbgyyIxmaL6rsYOno2w-2Vv\\_0nyiG3S5Q7SLJxVgRcOUU\\_aem\\_A1356Qvo43pXgkJODFVcDw](https://rm.coe.int/cc241casedoc1-es/1680b05d18?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTAAAR0bQcTA7jn9KtwbgyyIxmaL6rsYOno2w-2Vv_0nyiG3S5Q7SLJxVgRcOUU_aem_A1356Qvo43pXgkJODFVcDw)

siempre que hayan agotado una prestación contributiva de 360 días), así como en favor de aquellas que acrediten periodos cotizados inferiores a 6 meses (aun sin responsabilidad familiar) y de las personas trabajadoras eventuales agrarias (indirectamente también tienen un efecto de género evidente, porque las mujeres están sobrerrepresentadas en estas técnicas de protección asistencial), beneficiadas, además, por la reducción del número mínimo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio de desempleo agrario. En tal dirección, se reconoce la prestación a las personas trabajadoras transfronterizas de Ceuta y Melilla

Ahora bien, es necesario, entiendo, a efectos de la futura evaluación de su impacto, comprometida en la reforma, tener en cuenta que el resultado será la culminación de un largo proceso del sistema de protección social por desempleo: nacido esencialmente como contributivo parece que terminará siendo eminentemente asistencial. El sistema pasará de las 900.000 personas beneficiarias actuales a unas 1.300.000 personas cubiertas por este nivel, frente a los poco más de 800.000 personas beneficiarias del nivel contributivo. O lo que es lo mismo, prácticamente 6 de cada 10 personas protegidas por desempleo lo serán en el nivel asistencial. Sin duda, con ello se avanza en cobertura universal, pero, al mismo tiempo, significa una reducción relativa y progresiva del estándar cualitativo de protección, por cuanto ya hemos visto lo pírrico de la cuantía. Por tanto, encontraremos una dimensión más de esta evolución (bajo ciertos criterios podría tenerse como auténtica involución o regresión) hacia lo asistencial del entero sistema de seguridad social.

En realidad, si atendemos a las estadísticas oficiales, el nivel asistencial ya supera al nivel contributivo. Este nivel representaba en el primer semestre del año 2024 en torno al 44,3% del total de personas cubiertas y el asistencial el 42,3%. Pero esto era así solo por la diferenciación estadística de otras ayudas asistenciales de desempleo, como la renta agraria (3,7%), subsidio agrario (4,4%) y la renta Activa de inserción (5,3%). Por lo tanto, la suma de todas estas técnicas asistenciales hace un total del 55,7%. Con esta reforma, la reconducción de algunas de estas técnicas al nivel asistencial y el aumento del número de personas beneficiarias de éste ampliará notablemente el porcentaje. El desequilibrio entre el nivel contributivo y el nivel asistencial será muy apreciable.

Pero habrá otros desequilibrios jurídico-sociales, de carácter subjetivo y territorial. El impacto no será homogéneo, incluso equitativo, ni en todos los colectivos potencial y actualmente beneficiarios (brechas subjetivas en la protección asistencial por desempleo), ni en todos los territorios (brechas territoriales en la protección por desempleo), pese a las mejoras en el desempleo asistencial agrario, incluso en el desempleo transfronterizo (Ceuta-Melilla: D.A. 56.<sup>a</sup> de la LGSS). La propia exclusión de un nivel asistencial en la protección por cese de actividad (la denominada “protección por desempleo autónomo”) evidencia estas asimetrías de protección, no resueltas por la reforma.

El carácter asistencial de un sistema apunta hacia su universalización protectora y esa tendencia puede ser una buena noticia, pero, al tiempo, evidencia que estamos ante una garantía de rentas mínimas, a menudo muy por debajo de los umbrales de pobreza contemporáneos, lo que exige una revisión más en profundidad de lo apuntado hasta el momento respecto de sus cuantías, por razones sociales y por exigencias jurídicas, como se ha indicado (compromisos con la CSE). En este sentido, debe tenerse en cuenta que:

- 1) Una institución de la gobernanza económica española, poco sospechosa de derivas hacia el garantismo social, como el Banco de España, ha reconocido que en España existe un grave problema de cobertura por desempleo, siendo el español uno de los sistemas con coberturas más bajas de la UE (solo por detrás de Malta, Eslovaquia y Croacia). Un déficit que contrasta más si se tiene en cuenta que somos el país de la UE con mayor tasa de paro.
- 2) La brecha de género del nivel asistencial es evidente. El diferencial es notable, en torno a los 10 puntos porcentuales de más presencia en él de mujeres, cuando en el contributivo la diferencia es mucho menor.
- 3) Las brechas etarias en la protección (asistencial) por desempleo. Pero no es solo el género la variable sociodemográfica relevante en la protección asistencial por desempleo, también lo es, y mucho, la edad. La mayor parte de las personas beneficiarias de los subsidios asistenciales son para personas de edad madura, lo que genera un nuevo efecto de inequidad intergeneracional (la mayor protección se da a partir de los 55 años), lo que ya fuera objeto de crítica, como se comentó, por el proyecto del Ministerio de Economía. Afortunadamente malogrado, incluía aspectos críticos muy significativos, que convendría retomar en el futuro próximo, por lo acertado de sus diagnósticos, aunque fuesen desacertadas sus terapias.
- 4) Si ciertamente “son todos los colectivos que están” en la ampliación (se trata de colectivos vulnerables sin duda), no están todos los que son (ej. el colectivo de las personas autónomas en situación vulnerable comparable a la de las personas por cuenta ajena -STJUE 12 de enero de 2023, asunto 352/2021-; la disfuncionalidad del subsidio especial para el sector artístico -DA 51ª TRLGSS, introducida por el RDL 1/2023, de 10 de enero-).

## **6. REFLEXIONES FINALES: ¿EN LA ANTESALA DE UNA REFORMA MÁS INTEGRAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO?**

Es momento de cerrar este estudio. Es usual, y conviene, hacerlo apuntando reflexiones que, además de sintetizar lo más significativo de las páginas precedentes, avisten algunas líneas de evolución futura, tanto del debate sobre el objeto de análisis, la protección social por desempleo en este caso, mal llamadas interesadamente “políticas pasivas” de empleo, como del cambio legal más deseable, al menos desde

el doble punto de vista de la mejora de la justicia protectora (enfoque de garantismo social) y de la eficiencia del sistema (racionalización económica). Al respecto, entiendo que podría ser más adecuado realizar las siguientes observaciones.

En primer lugar, se ha destacado cómo, en el proceso -más atormentado de lo previsto- de producción de la última reforma de la protección social por desempleo, ha tenido lugar una dura pugna, muy visibilizada institucionalmente, entre las dos funciones básicas de estas prestaciones del sistema: la cobertura suficiente de situaciones de necesidad ligadas a la pérdida de un empleo, de un lado, y la incentivación para retornar a un nuevo empleo. Tan radical fue el conflicto que dos Ministerios diferentes de un mismo Gobierno hicieron sus respectivos proyectos de RDL abanderando un objetivo frente al otro. Se concluye mayoritariamente que tanto en el primer, y malogrado, intento (el no convalidado RDL 7/2023) como en el segundo, parlamentariamente convalidado (RDL 2/2024) la prioridad, dentro de una norma social claramente transaccional entre ambas pulsiones opuestas, en el seno mismo del Gobierno, se habría dado a la primera función, dominando el objetivo de la mejora subjetiva de la cobertura asistencial del subsidio de desempleo.

Ahora bien, convendría -por lo argumentado en el estudio- no infravalorar la intensidad que la incentivación para el retorno al empleo tiene en la reforma finalmente aprobada. Junto a la enésima vuelta de tuerca a las clásicas técnicas de activación (vinculación al acuerdo de actividad, control disciplinario de la búsqueda activa de empleo, etc.), se han incorporado otras nuevas (ej. generalización de la compatibilidad, cuantías decrecientes)

La concepción económica de la protección por desempleo (doctrina del riesgo moral, las evidentes anomalías del mercado de trabajo español en términos de creación de empleo y de cobertura de vacantes se explica mayoritariamente por la escasa cultura del retorno al empleo, la empleabilidad debe ser el santo y seña del diseño institucional de las políticas de protección social, etc.) ha dejado, pues, una intensa huella en el sistema. Aunque todos los análisis evidencian que la necesidad actual de reforma del sistema de desempleo no reside básicamente en un problema de desequilibrio financiero de aquél o de riesgo para su sostenibilidad, se insiste en nuevas reformas a fin de incentivar el retorno al mercado de trabajo de las personas beneficiarias (subsidiadas), como vía fundamental para corregir las referidas persistentes deficiencias del mercado de trabajo (a las que el proyecto propio del Ministerio de Economía daba pábulo y listaba, de forma precisa, dicho sea de paso).

Sin embargo, en segundo lugar, estos avances notables en instrumentación de las medidas prestacionales de protección del empleo al servicio del incentivo a la empleabilidad, ni están contrastados en su eficacia ni, lo más preocupante, han sido escrutados en el marco de las obligaciones jurídicas internacionales sociales de España, por lo que la legitimidad de algunas de ellas es dudosa. En el primer plano, la falacia de la técnica de la reducción de las cuantías para incentivar el



retorno al empleo, decreciendo notablemente según va creciendo el periodo de duración (la cuantía es inversamente proporcional a la duración), es de evidencia cuando estamos hablando de prestaciones tan pírricas, muy por debajo del umbral de pobreza. Es irrazonable a la luz de cualquier criterio de evaluación pensar (incluso creer) que una persona, por cobrar en vez de 540 € 570 € va a tomarse más en serio su retorno. Quizás pueda pensarse, aunque también me cuesta mucho aquí, que, en el plano contributivo, la diferencia entre un 70% y un 60% de prestación pueda servir de acicate para el retorno al empleo (la experiencia no lo confirma). Pero en el asistencial es pura ciencia (económico-moral) ficción. Además, incluso quien cree que puede mover a una actitud más proactiva para salir lo antes posible de la situación, sabe bien que reduce el incentivo de quienes lleven en desempleo más tiempo, una mayoría de ellas.

Con todo, el principal problema de esta técnica de cuantificación económica reside en su marcado desajuste con las exigencias del art. 12 CSE, según la doctrina del CEDS. En este estudio se defiende la clara ilegitimidad internacional de la cuantía del subsidio, de conformidad con la crítica al respecto realizada a España reiteradamente por el CES en sus Conclusiones. Unas dudas de legitimidad que también se han formalizado de manera reciente, a través de una reclamación colectiva, para la prestación a la que, tras la reforma por el RDL 2/2024, se pretende reconducir una parte del nivel asistencial vigente antes de ella, en el debido esfuerzo de simplificación y racionalización: el IMV. Aunque, como se ha dicho, este proceso de racionalización se ha quedado a medio camino, lo que exigirá una reforma más profunda y coherente al respecto, lo cierto es que ahora se encuentra con este contratiempo jurídico-social internacional

En tercer lugar, es indudable ahora ya que la principal condición de eficiencia del sistema de protección social por desempleo, para, y más allá de, las personas mayores de 52 años, pasa por la mejora real de la eficacia y la eficiencia de las políticas activas de empleo. En el RDL 2/2024 se formulan algunos compromisos al respecto, que refuerzan los presentes en la LE. Sin embargo, ni un marco legal ni el otro aseguran que las nuevas garantías de servicios públicos (y privados, socialmente financiados) de las personas beneficiarias sean efectivas, porque ni se establecen indicadores ni concretan recursos financieros

Los compromisos normativos de mejora de la empleabilidad, arrancados sindicalmente al Gobierno en el diálogo social previo al RDL 2/2024, de las personas receptoras del subsidio reforzando las garantías de acceso a políticas activas está muy lejos de cumplirse de forma efectiva, por varios motivos. De un lado, por la fractura existente entre los más definidos derechos y la escasa capacidad práctica de cumplimiento por los servicios públicos de empleo. Ante esta persistente fractura, de muy poco va a servir que se hagan más intensas las vinculaciones de la situación de desempleo a las obligaciones genéricas asociadas a los acuerdos de actividad, cuando se mantienen las notables deficiencias en el desempeño de los servicios públicos de empleo, que carecen sea de recursos de

personal sean de la capacitación económico-empresarial necesaria para mejorar la relación entre las ofertas de empleo y las demandas. De otro, se cuestiona también el desalieneamiento constante derivado de la separación de competencias entre el SEPE y los servicios autonómicos, pese a que se llama, desde hace décadas, a su coordinación<sup>31</sup>.

En cuarto lugar, se ha llamado la atención sobre un aspecto menos más inquietante de la mejora de cobertura subjetiva del nivel asistencial y es que, a partir de que tenga efectiva vigencia, este nivel habrá dado un notable “sorpaso” al nivel contributivo. Nacida esta protección como contributiva esencialmente, siendo el nivel asistencial complementario solo, tendería a convertirse en dominante, sin duda debido a las deficiencias persistentes del nivel contributivo. La positiva tendencia a la universalización de la protección guarda este inquietante efecto. Al tiempo que, con ello, se intensificarán los sesgos de género y de edad del sistema, creando brechas y desigualdades importantes, atendidas de una forma muy indirecta, y solo respecto al género, con la reforma (ej. de las personas perceptoras de prestaciones con parcialidad un 72% son mujeres, solo un 28% de hombres, por lo que la eliminación de la parcialidad en el subsidio favorece más a aquéllas, lógicamente)

En quinto lugar, hay que reformar ya con urgencia también el nivel contributivo. No solo su ámbito de cobertura ofrece importantes lagunas de protección, sino que su intensidad protectora ha mermado notablemente en los últimos años, estando muy por debajo la prestación media del SMI, lo que resulta inconcebible, inasumible, socioeconómica y jurídicamente. Que se mantenga aún como referente el IPREM, para fijar los límites mínimos y máximos de la cuantía, carece hoy de razonabilidad, fuera, lógicamente, del objetivo exclusivo de la garantía de sostenibilidad financiera del sistema por la reducción de la cobertura y de la intensidad protectora. Al respecto, conviene poner de relieve la revalorización del papel de la prestación por desempleo en la conformación económicamente óptima del mercado de trabajo, evidenciando que las políticas de garantía de rentas sociales por desempleo nunca son “pasivas”, ni normativa ni materialmente.

<sup>31</sup> Cfr. García Díaz, Miguel Ángel (2024). *Notas sobre la simplificación y la mejora...* Ob. cit. Añade que persistiría una importante descoordinación entre los diferentes ámbitos prestacionales sociales existentes en este ámbito. Así: “La situación del subsidio por desempleo después de la reforma no guarda la necesaria relación y coherencia con el resto de las prestaciones económicas existentes dirigidas a personas en desempleo (IMV y rentas autonómicas). La opción de simplificar el número de prestaciones identificando las funciones específicas de cada una de ellas podría ser más eficiente para conseguir los objetivos buscados. En concreto, se podría mejorar la cuantía de la prestación económica contributiva limitando el periodo a 12 meses, disponer de un subsidio por desempleo por un periodo máximo de 18 meses y, en caso de mantenerse la persona en desempleo, pasar a percibir el IMV, actuando las rentas autonómicas como complemento de los colectivos con mayores necesidades. Todas las prestaciones deberían ser compatibles con el trabajo, articulándose como un porcentaje adicional al salario que se reduciría progresivamente en el tiempo”.



# LA AGENCIA ESPAÑOLA PARA EL EMPLEO\*

## *THE SPANISH AGENCY FOR EMPLOYMENT*

ANTONIO COSTA REYES

*Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*

Universidad de Córdoba

ORCID: 0000-0003-1640-9321

### RESUMEN

Palabras clave: Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; Política de Empleo; Servicio Público de Empleo. SEPE; Agencia Española de Empleo

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia es, sin duda, el principal motor de las reformas más relevantes (estructurales) llevadas en los últimos años en nuestro país, particularmente en el ámbito sociolaboral. Fruto de ello es, precisamente la Ley 3/2023, de Empleo (LE).

De dicha norma, de la que se ha observado que introduce pocas novedades, también cabe señalar que introduce importantes conceptos-clave y ressignifica algunos de los instrumentos que en materia de política de empleo venían desarrollándose. En este sentido, quizás una de las cuestiones más novedosas sea la creación y transformación del SEPE, organismo autónomo, en la Agencia Española de Empleo (AEE).

El presente estudio parte de un acercamiento a las debilidades y retos que tradicionalmente se ha pregonado del SEPE, para analizar con mayor detalle cómo operará aquella transformación y el posible marco normativo y organizativo de la mencionada AEE, con la finalidad de valorar en qué medida ese cambio permite superar aquellos enraizados problemas y afrontar los desafíos para (las políticas de) el empleo en el siglo XXI.

Finalmente, nos planteamos si la LE, más allá de ese cambio de naturaleza jurídica de la AEE, aporta los instrumentos necesarios que posibiliten los cometidos a los que está llamada.

### ABSTRACT

**Keywords:** *Recovery Plan, Transformation and Resilience. Employment policy; Public Service Employment SEPE; Spanish Agency for Employment*

*Recovery Plan, Transformation and Resilience is the main driving force behind the most relevant reforms carried out in recent years in our country, particularly in the socio-labour field. The result of this is, precisely, Law 3/2023, on Employment (LE).*

*Although it has been noted that this law introduces few new features, it is also worth noting that it introduces important key concepts and redefines some of the instruments that had been developed in the field of employment policy. In this sense, perhaps one of the most novel issues is the creation and transformation of the SEPE into the Spanish Employment Agency (AEE).*

*The present study is based on an approach to the weaknesses and challenges that have traditionally been identified with regard to SEPE and considers whether this transformation will facilitate their response.*

*Finally, we consider whether the LE, beyond this change of legal nature, provides the necessary instruments that enable the AEE to achieve the tasks to which it is called.*

\* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PID2022-139488OB-I00 “*Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral*”, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y FEDER/UE.

## ÍNDICE

1. A MODO DE CONTEXTO
2. INCIDENCIA DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA EN LA NECESARIA RENOVACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL
3. CAMBIO EN SU NATURALEZA JURÍDICA: DE SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, ORGANISMO AUTÓNOMO, A AGENCIA ESTATAL
  - 3.1. Oportunidad y elementos clave para la transformación en Agencia Estatal
  - 3.2. Estructura organizativa
    - 3.2.1. Central
    - 3.2.2. Periférica
4. ATRIBUCIONES Y MEDIOS ¿OTRA OPORTUNIDAD?
  - 4.1. Competencias: sin novedad aparente
  - 4.2. Personal suficiente y adecuado ¿Un *déjà vu*?

### 1. A MODO DE CONTEXTO

Comprender los planteamientos de reforma que la Ley 3/2023 de Empleo (LE) pretende sobre el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) precisaría previamente, a nuestro modo de ver, un mínimo acercamiento a pasado. Creemos en efecto que la necesidad de una reforma de aquel organismo estatal, con la idea de transformarlo en una Agencia Estatal, reclama tener presentes los antecedentes que llevaron a la construcción del actual modelo, el cual parece siempre inacabado o, al menos, escasamente satisfactorio. Y porque el reto, tanto entonces como ahora, es revertir una realidad en la que los servicios públicos de empleo en general y el estatal en particular, carecen del protagonismo que se les presupone en materia de políticas de empleo y, particularmente, en su función de no solo respecto a los trabajadores, sino también para con las empresas.

Si en algo existe un punto de consenso es que esta negativa realidad no es una cuestión nueva, sino que se remonta a sus orígenes, cuando el servicio público estatal actuaba en una situación monopolística y centralizada: INEM (creado por RD-Ley 36/1978)<sup>1</sup>.

Ciertamente, aunque la *política de colocación* se reconocía legalmente como un monopolio estatal a favor del Estado, y obligaba a las partes a canalizar las ofertas de trabajo a través del INEM, la realidad pronto evidenció que sólo una parte muy reducida de las ofertas de empleo se mediaban realmente por tal organismo. Junto a ello, la muy limitada actuación del mismo respecto a otras cuestiones (políticas de empleo en sentido estricto), unida a la estructural problemática de los elevados índices de desempleo de nuestro país, llevaron al INEM a centrarse en gran medida en la gestión de prestaciones frente a tal riesgo social. Marco de intervención cuya

<sup>1</sup> Sobre sus antecedentes, brevemente en Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Concepto”; AA.VV. (Monereo/Nieves/Fernández, Dirs.; Triguero, Coord.) *El derecho del Empleo. El Estatuto jurídico del empleo*; Comares, 2011, pp. 237-240.

crítica se agravaba porque no respondía a la estructura territorial compleja de nuestro país. En otras palabras, se venía achacando que ese centralismo parecía no casar bien con la necesidad de descentralización de las políticas de empleo, al objeto de que se implementasen actuaciones que mejor se ajustasen a las singularidades territoriales del mercado de trabajo concreto<sup>2</sup>.

Es sobradamente conocido que a esta situación monopolística y centralizadora le siguieron importantes reformas que implicaron -no solo la liberalización de la contratación laboral directa entre las partes<sup>3</sup>, sino muy especialmente- la intervención de otros sujetos en esta materia, tanto privados (con la reforma de 1994 que reconocía las agencias de colocación sin fines lucrativos,), como públicos, con la transferencia a las CC.AA. de competencias en materia de colocación, intermediación y formación y la consiguiente creación de los SPE autonómicos (SEPA)

Sin embargo, esas reformas tuvieron lugar sin unos planteamientos claros y unas medidas adecuadas en cuanto a la coordinación de los SPE entre sí y con respecto a esos otros agentes privados, lo que implicaba en la práctica importantes problemas para el correcto funcionamiento de un mercado de trabajo único. En nuestra opinión, aquellos déficits, evidentes, fueron utilizados no para un replanteamiento del sistema existente, sino más bien para su desmantelamiento, ya que los cambios carecían de un modelo global claro de hacia dónde se pretendía orientar y los objetivos a conseguir<sup>4</sup>.

Como dato de lo que decimos, no debe olvidarse el contexto en el que se lleva a cabo ese proceso descentralizador, donde fueron sobre todo las necesidades de estabilidad del primer gobierno central el PP las que llevaron a una rápida carrera de transferencias en materia de empleo en favor de las CC.AA. Un *indicio indirecto* de que el motor de esta descentralización fue esa la necesidad y no la de un replanteamiento de conjunto, podemos verlo en la proximidad de fechas y sujetos inicialmente implicados: la Generalitat fue la primera en asumir competencias en la materia, vía RD 1050/1997... apenas un año después de que empezara ese nuevo gobierno popular; y, si excluimos el caso del País Vasco por las razones que todos conocemos, el proceso concluyó un año antes de expirar la segunda legislatura, en 2003, cuando Andalucía y Murcia asumieron tales competencias. Pero más allá

<sup>2</sup> Gorelli Hernández, J., “El servicio público de empleo estatal”, AA.VV. (Monereo/Márquez, Dir.) *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*; Monografías de Temas Laborales, 56; 2016, p. 440.

<sup>3</sup> Igualmente, debe recordarse que la Ley 14/2000 excluyó la obligación del empresario de registro de los contratos en el INEM, sustituyéndola por una mera comunicación del contenido de los contratos o sus prórrogas. Sobre las razones de marco comunitario que impusieron finalizar con ese monopolio, Pérez del Prado, “La Ley 3/2023 de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España” (segunda parte); Trabajo y Derecho, 103/2023 (Smarteca).

<sup>4</sup> Valdés Dal-Ré, F., “El servicio de información de los servicios públicos de empleo como instrumento de la coordinación del Sistema Nacional de Empleo”; AA.VV. (Monereo/Márquez, Dir.) *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*; cit., pp. 451-452.

del dato temporal, si atendemos a la forma en que se llevó a cabo ese proceso de transferencia y si, además, se toma en consideración el hecho clave de la falta de intervención simultánea sobre el SEPE; es fácil concluir que este proceso se hizo sin una visión global y de conjunto y sin una idea previa de qué sistema o modelo se pretendía, evidenciando más bien los intereses cortoplacistas a los que respondía y carente de unos postulados institucionales mínimos y claros, lo que a la postre originó no pocos problemas de coordinación, de coherencia y de eficiencia (y los consiguientes conflictos de competencia) en materia de empleo entre Estado y Comunidades Autónomas<sup>5</sup>. Problemas que se verán agravados cuando, como consecuencia del proceso liberador en materia de intermediación o de “segunda” descentralización (local), se multipliquen los agentes que intervienen.

Y pese a todo ello, como decimos, el SEPE nunca dejó de ser lo que era (INEM) ni parece que en la práctica se pretendiera un cambio real, de envergadura, que reajustase su papel y estructura a esta nueva situación territorial, competencial y de entrada de nuevos agentes (agencias privadas, ETT, etc.), porque, pese a todo ello, reiteramos, la principal actividad del SEPE no difería en mucho de la de su antecesor, a saber, gestionar prestaciones de desempleo<sup>6</sup>.

Desfase que se hará más evidente si atendemos a lo que venía sucediendo fuera de nuestras fronteras, fruto del creciente protagonismo del empleo en el ámbito comunitario (Directrices integradas, Estrategia Europea de Empleo, Europa 2020, etc.), y que reclamaba el cumplimiento de diversos objetivos y la centralidad de unas políticas de empleo más centradas en la persona (intermediación en sentido amplio, vinculado a la orientación, formación, etc.)<sup>7</sup>. Esta nueva dimensión comunitaria (pero también por razones internas) exigirá con urgencia la necesidad de una adecuada evaluación de las políticas de empleo, pues -pese a ese complejo contexto de principios de siglo (también en términos de empleo)-, carecíamos de criterios objetivos y concretos para la evaluación y valoración de la eficacia y eficiencia de las medidas llevadas a cabo (*vid.* también art. 2 Convenio 122 OIT)<sup>8</sup>

En este sentido, se entiende el escaso protagonismo de un SEPE que veía como cambiaba la realidad y el contexto en el que debía operar, pero que sufría el

<sup>5</sup> Como señalara el CES en su Dictamen 7/2002 respecto a la futura Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, “hubiera sido oportuno contar con este nuevo marco normativo general de forma previa al inicio del proceso de transferencias de gestión de las políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas”

<sup>6</sup> No es casualidad que su indebida calificación como entidad gestora se siga manteniendo en la LGSS, pese a los cambios en su naturaleza jurídica y funciones; Monereo Pérez/ Rodríguez Escanciano/ Rodríguez Iniesta, “La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo”; Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum, 7/2023, p. 18.

<sup>7</sup> Sobre esos elementos para entender y valorar el papel del SEPE, Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Concepto”; cit., pp 236-237.

<sup>8</sup> Navarro Nieto, F., “Política de Empleo”, AA.VV. (García Murcia, Dir.) *La influencia de los Convenios y Recomendaciones de la OIT en la legislación social española*; BOE, 2024, pp. 150-151. Como acertadamente afirmara este autor (p. 137) “Podemos decir que la modernización

abandono de las reformas necesarias para ejecutar el rol distinto y central que debía asumir en esta nueva etapa (sobre todo a partir de la Ley 56/2003, de Empleo y la creación del Sistema Nacional de Empleo -SNE-).

Por todo ello, y teniendo en cuenta el escaso espacio que las normas de delegación le han dejado para llevar a cabo políticas de empleo más eficaces y vinculadas a un concepto amplio de intermediación (como el que ahora plantea la Ley 2/2023, de Empleo -LE-), creo que solo indirectamente se le puede achacar al SEPE la pobreza de resultados de los SPE, no solo en intermediación (peor en materia de colocación)<sup>9</sup>, sino también en cuanto a desarrollo de otras PAE, particularmente, aquellas orientadas a mejorar la *empleabilidad*, concepto clave en la nueva LE (Cap. II, Tít. III)<sup>10</sup>, entendida en términos de *ocupabilidad* (formación) y adaptabilidad (orientación laboral, búsqueda activa de empleo o emprendimiento e IPI)<sup>11</sup>.

Frente a ello, el plano para evaluar al SEPE se debería situar esencialmente en su objetivo de integrar, coordinar y controlar adecuadamente la actuación de los diversos servicios de empleo, particularmente, a través del SNE. Es importante volver a subrayarlo: si bien las diversas Leyes de empleo de este siglo se refieren en muchas ocasiones de manera conjunta a los servicios públicos autonómicos (SPEA) y estatal, lo cierto es que el rol de éste no es el de uno más o más acertadamente, eso es solo una parte de lo que es (art. 8.1, 3º LE), pues sus competencias y objetivos evidencian que va mucho más allá. En efecto, en todas esas normas, también en la actual LE, el organismo estatal juega un papel central dentro del SNE y también fuera, a nivel comunitario (Red EURES)<sup>12</sup>.

de las políticas de empleo en España es sobre todo fruto del contexto normativo e institucional de la UE y de estrategias en este contexto de acciones nacionales sometidas a un «método abierto de coordinación»”.

<sup>9</sup> Entorno al 2% se cifra esa intervención pública (*vid.* al respecto las sucesivas Encuestas de Población Activa). Entre otros factores, se subraya especialmente, su muy mejorable actuación y relación respecto a la demanda de trabajo, aspecto sobre lo que algo incide la actual LE; Guerrero Vizúete, E., “El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023 de 28 de febrero: de la casación de ofertas y demandas de empleo a la prestación de un servicio integral de intermediación laboral” *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum* 10/2024, pp. 146 y sgs.

<sup>10</sup> Con ello, y por primera vez, la LE se conecta expresamente con el art. 35 CE, al punto de considerar la empleabilidad no solo un derecho, sino también un deber (art. 35.1 LE). Sobre la relación del art. 40 CE y el art. 35 CE en la LE, Moraru, G-F, “El derecho al trabajo y las políticas de empleo: una revisión a la luz de las reformas (y transformaciones) laborales”; AA.VV., *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; MTES, 2023, pp. 1023 y sgs.

<sup>11</sup> Desde el primer momento de la anterior TRLE 3/2015, los datos confirmaron el mayor impacto para salir del desempleo de este tipo de políticas, particularmente para parados de larga duración; García Pérez, J.I., “Una primera evaluación del impacto sobre la salida del desempleo de las políticas activas ofrecidas por los servicios públicos de empleo en España”; Fedea Policy Papers, 2017/07, págs. 24 y sgs.

<sup>12</sup> Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Concepto”; p. 246.



Ciertamente, y como veremos al recordar sus competencias, la futura Agencia Española de Empleo (AEE) en la que se debe transformar el actual SEPE, es de nuevo la pieza clave en ese entramado, al mantener la idea de que esa estructura estatal debe ser la principal encargada de dar coherencia (coordinación y colaboración) al conjunto del sistema y velar por unas políticas de empleo adecuadas<sup>13</sup>. A nuestro modo de ver, es éste un tema central, pues más allá del marco normativo, el problema del que adolecen las políticas de empleo en nuestro país es en gran medida de ejecución<sup>14</sup>.

Por tanto, ese rol deviene esencial para, al menos en parte, hacer mínimamente realidad la aspiración de que los SPE sean una herramienta esencial en la dinámica del mercado de trabajo, particularmente ante la evidente incremento de protagonismo que se les requiere con la implementación del modelo de flexiguridad y, particularmente, con los efectos derivados de la economía digital, pues todo ello implica, como se ha evidenciado sobradamente, un incremento de las transiciones laborales de las personas y una mayor segmentación del mercado, de ahí la urgencia y necesidad de mejorar su eficacia y funcionamiento. Junto a ello, la idea de “cambio” como motor del modelo económico y productivo, requiere de las personas trabajadoras la continua adquisición de competencias renovadas y adaptadas para favorecer su empleabilidad, lo que reclama de tales SPE una intervención ágil e, incluso, anticipatoria. Pero es que, además -en un contexto económico como el señalado, con el incremento del trabajo atípico y, por ende, de riesgos sociales que todo ello implica-, es imprescindible (art. 2 Convenio 168 OIT) una adecuada y renovada coordinación de las políticas activas (PAE) y las prestaciones frente al desempleo (las mal llamadas políticas pasivas).

En definitiva, el desafío que la futura AEE tiene por delante es dar respuesta no solo a los nuevos retos que demanda la nueva realidad (digitalización, precarización del empleo y proliferación del trabajo atípico, etc.), sino también a los tradicionales problemas clave de las políticas de empleo en España<sup>15</sup>: en primer lugar, “la falta de evaluación, lo que impide determinar hasta qué punto las políticas de empleo están cumpliendo sus fines y, también, proponer medidas correctoras o alternativas adecuadas”. Y, segundo, “la falta de coordinación, que no solamente afectaría a las políticas de empleo en sí mismas consideradas, sino

<sup>13</sup> De ahí lo acertado de su calificación como ente “ordenador y supervisor”, Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Competencias”; cit., p. 328. o como señalará en estudios posteriores (“Los agentes intermediadores a la luz de la Ley 3/2023, de Empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada”; Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 66/2023): el SPE “aparece como eje de abscisas a la hora de enuclelar la vertebración de las distintas redes” (...) “pues administra las prestaciones por desempleo, ordena las políticas activas y, cómo no, supervisa la red territorial”.

<sup>14</sup> Navarro Nieto, F. “Valoración crítica general de la Ley 3/2023, de empleo”; Diario La Ley, 10302/2023 (LA LEY 4568/2023).

<sup>15</sup> Pérez del Prado, D., *Derecho, Economía y Digitalización. El impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*; Tirant lo Blanch, 2023 (TOL9.710.962)

también a los sujetos actuantes en el mercado de trabajo, ya sean de naturaleza pública o privada”. Y como instrumental a todo ello, asoma “la falta de capacidad de los sujetos actuantes, fundamentalmente por la falta de medios humanos y materiales en relación al número de sujetos a atender”. En relación a estos último, es importante volver a señalar que este déficit crónico es una diferencia clara respecto a los países de nuestro entorno<sup>16</sup>, y que debe ser entendido, a mi parecer, desde una visión cuantitativa y cualitativa (especialización, digitalización, etc.), particularmente, porque en esa crítica a la escasa incidencia en términos de inserción laboral de los servicios públicos se olvida la dificultad añadida que implica el perfil tanto de los demandantes de empleo que acuden -y a los que esencialmente deben dedicarse (menos empleables: baja cualificación, trayectorias laborales inestables, bajos salarios, poco conectados)- como el de las plazas ofertadas por las empresas que los utilizan (menor calidad)<sup>17</sup>.

## **2. INCIDENCIA DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA EN LA NECESARIA RENOVACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL**

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) es, sin duda, el principal motor de las reformas más relevantes (estructurales) llevadas en los últimos años en nuestro país, particularmente en el ámbito sociolaboral, y seguirá siéndolo en los próximos, fruto de las exigencias y compromisos para la obtención de los Fondos *Next Generation EU* a los que con aquel Plan aspira nuestro país.

Por lo que ahora interesa, dicho Plan menciona y refiere diversas actuaciones con incidencia en las políticas de empleo y el papel de los servicios públicos de empleo, en particular, del SEPE. Como sabemos, dicho PRTR se estructura en lo que llaman Políticas Palanca, las cuales a su vez se concretan en diversos componentes (C), para cada uno de los cuales se comprometen ciertas reformas (R).

En lo que ahora interesa, debemos referirnos (E.MMILE) a la Palanca IV (“Una Administración para el Siglo XXI”). En concreto, el C11 -titulado “Modernización de las Administraciones Públicas”- y su plasmación en la R1 (“Reforma para la modernización y digitalización de la Administración”). Pero junto a ello, como

<sup>16</sup> Castelló Roselló, V., “Los servicios Públicos de Empleo en la Unión Europea y España”; Revista de Treball, Economia i Societat, 86/2017.

<sup>17</sup> Cueto/Suarez, “Un análisis del servicio público de empleo como método de búsqueda de trabajo”; Ekonomiaz, 93, 2018, pp. 62-66 (algunos datos concretos del perfil de desempleado que suele utilizar más el SPE en España -frente a las entidades privadas-, en pp. 70 y sgs. y 77: personas mayores, con menor nivel educativo y con mayor tiempo en desempleo).

Datos que se confirman actualmente, *vid. Perfil del Usuario del SEPE: Síntesis Anual 2023*: el grupo de edad predominante es el de mayores de 55 años (32,02%), y más de la mitad de los usuarios presentan un nivel académico de educación general (52,24%). Más del 30% se encuadran en ocupaciones elementales.

el propio PRTR señalada, “la modernización de las Administraciones Públicas pasa por las iniciativas recogidas de manera transversal en otros componentes relevantes del Plan de Recuperación. En particular, (...) la modernización del marco laboral” recogida en el C23 (“Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”), encuadrado en el área política VIII (“Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo”).

En relación a este último componente, se advierten ciertos objetivos de las reformas a implementar que se conectan con los cambios reclamados en los SPE. En sus propias palabras, el C23 “incluye iniciativas para la modernización de los sistemas de prestaciones e intermediación / orientación de personas físicas y jurídicas. Entre ellas, cabe destacar la modernización de los sistemas informáticos que dan servicio a las autoridades laborales (...), así como la mejora y desarrollo de los sistemas que darán soporte al Plan de Reforma de las Políticas Activas de Empleo planteado como una reforma estructural del PRTR”.

En esta línea, se comprometen reformas que pueden incidir en esos nuevos retos y problemas clave que advertíamos *supra*: por un lado, la “digitalización de la Administración y sus procesos”, de cara a “mejorar la accesibilidad de los servicios públicos digitales y favorecer la eficiencia y eficacia de los empleados públicos” y permitir transformarse en una Administración “guiada por los datos”. Esta cuestión se conectará (C11.I2 y C23.R11) con la transformación digital en el ámbito del empleo, no solo como cuestión ligada a la capacitación-formación o para la relación-comunicación con empresas y trabajadores (“servicios públicos digitales de empleo”), sino también y muy especialmente, respecto a los procesos de intermediación, aspecto que se conectará con la IA y la llamada estadísticas y *gestión del dato* que permita la toma de decisiones “a través de la digitalización para la gestión del perfilado, para el seguimiento de vacantes en tiempo real y seguimiento de tendencias en el mercado de trabajo” (C23.R5). Sin duda, este es un salto cualitativo de enorme interés y repercusión, porque como acertadamente se ha señalado, “el big data y la inteligencia artificial pueden impulsar la prospección, permitiendo atender en primer lugar y de forma más precisa a aquellos sujetos que presenten mayores dificultades. También, que ambos progresos técnicos permitirán el avance significativo de las tareas de evaluación de las políticas de empleo”<sup>18</sup>.

Por otro lado, se afirma (C11.R1) que para “modernizar la Administración Pública no basta con dotarla tecnológicamente, sino que es preciso (t)ambién reformar el marco normativo para reducir la temporalidad *-por debajo del 8%-* y reforzar el capital humano que trabaja en el sector público”; y para cumplir con este compromiso considera al SEPE como organismo prioritario.

Y prosigue, “adicionalmente, es preciso reforzar el marco de evaluación de las políticas públicas, con el fin de disponer de instrumentos adecuados para

<sup>18</sup> Pérez del Prado, D., *Derecho, Economía y Digitalización...*, cit.

mejorar el proceso de evaluación”<sup>19</sup>. En relación a esta cuestión, considera prioritario fortalecer una dirección pública profesional que asegure una gestión pública orientada a resultados y, en esta línea, plantea una estrategia para reforzar el sistema público de evaluación y, en concreto, apuesta por la obligatoriedad de un programa anual en cada organismo y “una memoria anual en la que se refleje el grado de cumplimiento, sus principales resultados y las acciones de mejora a adoptar”. En concreto, y por lo que respecta a las políticas de empleo, se afirma que “la eficiencia en la articulación de las políticas públicas requiere un diseño preciso de las medidas y una adecuación de las mismas a los objetivos que se persiguen”, y también, “es necesario realizar un seguimiento continuo de las políticas y analizar el grado de consecución de dichos objetivos. Para ello, resulta fundamental la evaluación de las políticas públicas”. Y al respecto, subraya (C23.R5) que “(...) la experiencia adquirida durante la crisis derivada del Covid-19, ha demostrado la eficacia del seguimiento mediante organismos tripartitos o comisiones de seguimiento que tienen como cometido valorar el impacto de las medidas, la evaluación de la actividad económica y del empleo y cooperar en la prospección de eventuales nuevas medidas para mejorar el empleo y el tejido productivo”.

Obviamente, como señala el PRTR, todo ello reclama reformas en las políticas de empleo en general y del SEPE en particular, para que realmente pueda asumir la transformación de su papel y sus funciones con eficacia y eficiencia y con una agilidad y responsabilidad acorde a los retos que la cambiante realidad reclama. De ahí que una de las actuaciones contempladas para la implementación de C23.R5 fuera, precisamente, la aprobación de la Ley 2/2023, de Empleo (E.MM. I). Veamos hasta qué punto aquellos retos y problemas se han afrontado realmente.

### **3. CAMBIO EN SU NATURALEZA JURÍDICA: DE SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, ORGANISMO AUTÓNOMO, A AGENCIA ESTATAL**

#### **3.1. Oportunidad y elementos clave para la transformación en Agencia Estatal**

Cabe comenzar señalando que la LE no modifica la misión a la que debe responder la futura AEE respecto a la que ya contemplaba la anterior norma para el SEPE (art. 15 TRLE 3/2015), de modo que también ahora “se le encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de las políticas activas de empleo y de protección por desempleo, en el marco de lo establecido en esta ley”.

<sup>19</sup> Téngase en cuenta la aprobación de la Ley 27/2022, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado (LEPAGE).

Sin embargo, pese a ello, entiende el legislador que es preciso un cambio en la naturaleza del órgano que debe llevarlo a cabo (actualmente, el SEPE, organismo autónomo de la Administración General del Estado)<sup>20</sup>. Así, en el art. 18 LE se autoriza la creación de la AEE, remitiéndose a un Real Decreto para que en él se regulen “las condiciones de la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal, O.A. (...) de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera”.

Dicho cambio en el modelo de organismo público no se trata de una cuestión que resulte novedosa, pues desde tiempo atrás (*v.gr.*, Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos -LAE-) se venía planteando la necesidad de avanzar en vías que permitieran superar las “rigideces” y “escasa autonomía” que presentan los tradicionales modelos de gestión de los organismos públicos (en especial los organismos autónomos)<sup>21</sup>. Se pretende, en suma, impulsar en el ámbito de la sector público institucional estatal “un mayor nivel de autonomía y flexibilidad en la gestión” a la vez que se refuercen “los mecanismos de control de eficacia y promueva una cultura de responsabilización por resultados” (E.MM. RD-L 36/2020, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia).

En este sentido, es oportuno advertir que el propio PRTR, aunque referido a otros ámbitos, mostraba ya en algunos pasajes su predilección por el modelo Agencia Estatal como “un organismo con alto grado de autonomía” y que cuenta “con amplia participación de actores afectados y flexibilidad suficiente para incorporar en su actuación las capacidades necesarias procedentes de distintos ámbitos de conocimiento (administrativo, académico, social, etc.)”. En definitiva, valores como la flexibilidad, autonomía, responsabilidad, eficacia y control-rendición de cuentas (y una financiación plurianual relativamente estable) serían las notas definitorias de la actuación de las agencias estatales, para lo cual se configura como elemento esencialísimo el llamado “contrato (plurianual) de gestión”, ya que el mismo identificará los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar, y concretará la exigencia de responsabilidades de sus directivos y órganos ejecutivos en su consecución<sup>22</sup>.

Respecto a este tipo de entidades, debe recordarse que la DF 34<sup>a</sup> Ley 11/2020, introdujo diversas disposiciones en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector

<sup>20</sup> Algunas notas sobre la evolución, Fernández Nieto, L.A., “Del INEM a la Agencia Española de Empleo”; Diario La Ley, 10418/2024.

<sup>21</sup> Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Naturaleza y régimen jurídico”; cit., p. 293.

<sup>22</sup> Dicho contrato tiene naturaleza de convenio entre Administraciones Públicas (en este caso, AGE y AAE), -más próximo al Plan de Actuación que a un negocio bilateral propiamente dicho- y tiene como precedente más cercano el denominado contrato-programa; Cosculluela Montane, L. “Las Agencias estatales” Revista Española de Control Externo, Vol. 8, 24/2006. Sobre el contrato-programa en el desarrollo-ejecución de las PAE, *vid.* art. 32.5 LE.

Público (LRJSP) para dar una *nueva* oportunidad a las agencias estatales como uno de los organismos del sector público institucional vinculado o dependiente de la AGE. Como advirtió la referida LRJSP (E.MM. V), esta regulación tenía en cuenta el anterior “fracaso” en la apuesta de la mencionada y derogada LAE por la generalización de este tipo de agencias. Como explicitada dicha E.MM., el nulo éxito anterior vendría motivado no solo por la crisis económica de la pasada década (y las consiguientes exigencias de control del gasto público, las cuales chocaban con la exigida autonomía financiera), sino también, y muy especialmente, por una regulación mejorable y por la falta de un enfoque más pragmático y ajustado a cada situación, pues la realidad había acreditado que no siempre esta fórmula es la más eficiente y eficaz posible de cumplir los objetivos públicos (de ahí la relevancia dada ahora a la *memoria justificativa* sobre la necesidad de transformación en este tipo de agencia de cualesquiera otros organismos estatales, art. 87.4, a LRJSP).

En definitiva, los problemas no eran tanto de marco regulador, cuanto de pretensión y oportunidad (generalización). Se entenderá así que, más allá de otras cuestiones concretas que ahora no interesan (*v.gr.* régimen retributivo de su personal que deberá ajustarse al <sup>RD 451/2012</sup> -en relación al RD 462/2002, DA Primera, 8 LE-), la LRJSP mantenga en gran medida lo contenido en la derogada LAE.

De cuanto llevamos señalado, este modelo cobra un especial significado para nosotros, por un lado, y como adelantábamos, atendidos los profundos cambios en la configuración de los programas y servicios que deben plasmar las políticas de empleo y que quedan fuertemente condicionados a la permanente evaluación de resultados y, con ello, “al control de responsabilidad y rendición de cuentas” (art. 4, *e* LEPAGE 27/2022). Pero también, por otro, tal y como infiere del mencionado RD-L 36/2020 (E.MM III), porque lo pretendido es que esta tipología de agencias sea el instrumento para gestionar los fondos europeos (singularmente, los derivados del Instrumento Europeo de Recuperación *Next Generation EU*).

En palabras de la propia LE (E.MM. III), el marco regulatorio de las agencias estatales es “el óptimo para abordar los desafíos a afrontar en materia organizativa, tecnológica y de gestión. Así, el cambio de régimen jurídico ofrece una serie de particularidades normativas, organizativas, así como relativas al modelo de cumplimiento de objetivos y de rendición de cuentas que permitirán aumentar el compromiso con la sociedad de la agencia, realizando los esfuerzos necesarios para prestar eficazmente el servicio público que esta ley le encomienda”<sup>23</sup>.

En cuanto a su régimen jurídico, la LE (trasladando la genérica previsión del Cap. III del Tít. II LRJSP) se limita a señalar que la AEE “estará adscrita

<sup>23</sup> Algunos datos más sobre la oportunidad de la agencia estatal, *vid.* lo señalado por Díaz Martínez, G. (Subdirector Gral. Adjunto de Relaciones Institucionales y Asistencia Jurídica del SEPE), en “La Agencia Española de Empleo: ¿y por qué no?”, Cuadernos del Mercado de Trabajo, 9/2023.

Como señalara Alfonso Mellado (“La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz?”; Briefs AEDTSS, 21/2023): “Es claro que lo anterior no garantiza un mejor funcionamiento, pero puede ser determinante para que se consiga”.

al Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social. Como Agencia Estatal tendrá personalidad jurídica pública, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía funcional y de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas de empleo que desarrolle en el ámbito de sus competencias, con arreglo al plan de acción anual y al pertinente contrato plurianual de gestión” (art. 20.1 LE).

Por aclarar esta aparente dicotomía autonomía-adscrición (dependencia o vinculación, en los términos del art. 84.1, *a* LRJSP), debe advertirse que se trata de una “autonomía respecto de las instrucciones de las autoridades políticas a las que están adscritas, que tiene sus límites, pues son entidades dependientes y no independientes, pero que se pretende objetivar a través de la figura del denominado contrato de gestión”. En definitiva, dicho contrato de gestión “tiene por objeto regular la actividad de la Agencia, por lo que establece los objetivos propios de un plan de acción plurianual, los medios personales, reales y financieros para conseguirlos, y se anuda una serie de compromisos financieros de la Administración matriz con su ente institucional. Ahora bien, las potestades de dirección de la Administración matriz quedan objetivadas por este contrato-gestión (*control de eficacia*), impidiendo dictar instrucción o directivas contrarias a lo dispuesto en el mismo”<sup>24</sup>.

Por consiguiente, dos serán los aspectos esenciales que ahora queremos señalar para garantizar el sentido y objetivo de este tipo de organismos (en concreto, la AEE): su programación, vía contrato -plurianual- de gestión (y su concreción en el plan anual); y el mecanismo de control de su cumplimiento y actuación, al objeto de poder exigir, en su caso, responsabilidades. Volveremos sobre ellos.

Retomando la cuestión del marco regulador de la AEE, como adelantábamos, la LE se limita a autorizar su creación de la AEE, y remite a un RD para que regule las condiciones de la transformación del SEPE en esa nueva fórmula organizativa. Como sabemos, no existe aún el mencionado desarrollo reglamentario por el que se procederá a esa transformación y a fijar su estatuto y las pautas sobre el contrato de gestión<sup>25</sup>. No obstante, sí podemos tener en cuenta las reglas que sobre ambos aspectos contiene la LRJSP. En todo caso, también existe un Anteproyecto de RD (en adelante, ARD) que puede servirnos de guía específica (aunque, como veremos, en gran medida se limita a reproducir lo previsto en la LE y en la referida LRJSP)<sup>26</sup>.

Así pues, en cuanto a cómo se producirá esa transformación desde el SEPE-organismo autónomo a Agencia Estatal, la LE solo fija unas mínimas reglas que

<sup>24</sup> Cosculluela Montane, L. “Las Agencias estatales”; cit. (la cursiva es nuestra).

<sup>25</sup> Como irónicamente señalara Navarro Nieto (“Valoración crítica general...; cit.): “la Agencia va a necesitar un desarrollo reglamentario y después unos estatutos, augurio de una larga vida al SEPE”.

<sup>26</sup> Se trata del “Proyecto de Real Decreto por el que se regulan las condiciones de la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal, O.A. en la Agencia Española de Empleo y se aprueba su Estatuto” (cuyas siglas, dice en su art. 1, será AEM), en su versión de 30/06/2022.

debe recoger el mencionado RD y referidas en esencia a la incidencia del referido cambio en materia económico-patrimonial, de personal y del conjunto de derechos y obligacionales existentes al momento de tal integración. En concreto, prevé la referida DA 1ª LE 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”. Se trata de una previsión coincidente plenamente con lo contemplado en el art. 87 LRJSP, donde también se señalaba expresamente que la transformación en Agencia Estatal deberá efectuarse por Ley (y no por RD, como es la regla en el caso del resto de organismos públicos)<sup>27</sup>. En cualquier caso, recordemos, esa transformación requerirá la referida *memoria justificativa* y el correspondiente informe preceptivo de la Intervención General de la Administración del Estado. En suma, el mencionado art. 87 LRJSP ya prevé que la transformación conlleve la adaptación de la organización de los medios personales, materiales y económicos que resulte necesaria por el cambio de naturaleza jurídica y, respecto a los recursos humanos, contempla la posibilidad de integrar el personal en la entidad transformada, en cuyo caso, tendrá los mismos derechos y obligaciones que le correspondan según su normativa original de aplicación. Lo que, como hemos visto, es la opción en el caso de la AEE para el personal que preste ya servicios en el SEPE: aquélla se subrogará en las relaciones del personal laboral y de ella dependerá el funcional, con los mismos derechos y obligaciones que tuvieran en el momento de la integración<sup>28</sup>.

Volviendo sobre los arriba señalados aspectos esenciales, respecto al segundo, control, señala el art. 20.3 LE -como concreción y reflejo de lo previsto en la referida LRJSP (especialmente, arts. 85 y 108 sexies)-, que corresponde a la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social el *control de eficacia* (es decir, “evaluar y verificar el grado de cumplimiento de los objetivos y resultados marcados y la adecuada utilización de los recursos asignados para alcanzarlos” -*vid.*, en relación a ello, la competencia de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, art. 9,g LE-). Y a la Intervención General de la Administración del Estado le compete ejercer tanto la llamada *supervisión continua* (esto es, al menos, verificar la subsistencia de las circunstancias que justificaron su creación, su sostenibilidad financiera y la concurrencia de la causa de disolución por incumplimiento de sus fines -*vid.* también arts. 81 y 85 LRJSP-, como el control interno de la gestión económico-financiera (en los términos de la LGP 47/2003 -señala la DA Primera, 8 LE, excepcionando así lo previsto en este tema en el referido 108 sexies LRJSP-). El control externo corresponderá al Tribunal de Cuentas.

<sup>27</sup> La normativa anterior (LAE) habilitaba o delegaba al Gobierno para que pudiera crearlas, pero con importantes limitaciones, Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Naturaleza y régimen jurídico”, cit., p 293.

<sup>28</sup> En todo caso, la opción del legislador resuelve las posibles dudas que pudieran plantearse sobre la existencia de transmisión de empresas (art. 44 LET y Directiva 2001/23/CE), porque en este caso podría no darse el caso, ya que “se excluyen por principio de la calificación de actividad económica las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público” (por todas, SSTJUE de 20/07/2017, C-416/16 y de 06/09/2011, C-108/10).



Y por lo que se refiere al primero de aquellos elementos esenciales para las agencias estatales, contrato de gestión, debemos recordar que el mencionado art. 20 LE se limita a reproducir lo ya contemplado en el art. 108.ter, 2. LRJSP, donde ya se señala que “la actuación de las agencias estatales se produce, con arreglo al plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión”. Será este último precepto el que nos aclare algunos de los extremos de este relevante elemento (contrato de gestión): de un lado, que corresponderá a los órganos de gobierno de la Agencia tanto elaborarlo (a la Dirección) como sancionar la propuesta definitiva (Consejo Rector), para que sea aprobada, en su caso, por orden ministerial conjunta de los Ministerios afectados (en nuestro caso, el Ministerio de Trabajo y el de Hacienda pues afectada a cuestiones presupuestarias -*vid.* art. 22, b LE). Y, de otro, que el contenido mínimo de dicho contrato plurianual de gestión para el periodo de su vigencia deberá recoger:

- i. Los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar.
- ii. Los mecanismos que permitan la exigencia de responsabilidades en caso de incumplimiento de esos objetivos.
- iii. Los planes necesarios para alcanzar los objetivos, con especificación de los marcos temporales correspondientes y de los proyectos asociados a cada una de las estrategias y sus plazos temporales, así como los indicadores para evaluar los resultados obtenidos.

En relación a esta cuestión, debe tenerse en cuenta (por cuanto que será precisa su conexión) lo previsto en el art. 13.2 (en relación al art. 10) LEPAGE 27/2022, pues prevé que la “Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas elaborará indicadores generales de evaluación *ex ante* de la medición efectiva de los resultados esperados en (...) empleo...”.

- iv. Las previsiones máximas de plantilla de personal y el marco de actuación en materia de gestión de recursos humanos.
- v. Los recursos personales, materiales y presupuestarios a aportar para la consecución de los objetivos, si bien serán automáticamente revisados de conformidad con el contenido de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del ejercicio correspondiente.

Cuestión que habría que poner en conexión con el Título V LE, relativo a la planificación presupuestaria en materia de política de empleo, donde se contempla la previsión del gasto plurianual (art. 12.2 f) LE). Cuestión que “debe subrayarse positivamente, porque un aspecto crítico destacado tradicionalmente es el de la insuficiencia y estabilidad de la financiación. Por tanto, este escenario plurianual de financiación debe facilitar una planificación estratégica, tal como han reclamado distintos informes en la materia”<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Navarro Nieto, F. “Valoración crítica general de la Ley 3/2023...; cit.

- i. Los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos por lo que hace a exigencia de responsabilidad por la gestión de los órganos ejecutivos y el personal directivo, así como el montante de masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral.
- ii. El procedimiento a seguir para la cobertura de los déficits anuales que, en su caso, se pudieran producir por insuficiencia de los ingresos reales respecto de los estimados y las consecuencias de responsabilidad en la gestión que, en su caso, deban seguirse de tales déficits. Dicho procedimiento deberá ajustarse, en todo caso, a lo que establezca el contenido de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del ejercicio correspondiente.
- ii. El procedimiento para la introducción de las modificaciones o adaptaciones anuales que, en su caso, procedan.

Tales puntos son reproducidos casi literalmente en el mencionado ARD (art. 23). Igualmente, respecto al Plan de Acción anual, en dicho ARD se establece que deberá a) determinar para el año en curso de las actividades que la Agencia debe desarrollar en ejecución de sus competencias, y b) asignar los valores, para dicha anualidad, de los indicadores que permitan evaluar tanto la gestión como el cumplimiento de objetivos alcanzado por la agencia de acuerdo con lo previsto en el contrato de gestión.

De cuanto llevamos señalado, podemos concluir, sobre el cuadro regulador de la AEE, que la misma se regirá por la LRJSP y, en su marco, por su estatuto propio (y sin perjuicio del resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación)<sup>30</sup>. Por aclarar algo más el contenido de tales estatutos, señala el art. 93 LRJSP que en los mismos se regularán, al menos, los siguientes extremos: a) Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas que pueda ostentar. b) La determinación de su estructura organizativa, con expresión de la composición, funciones, competencias y rango administrativo que corresponda a cada órgano. Asimismo, se especificarán aquellos de sus actos y resoluciones que agoten la vía administrativa. c) El patrimonio que se les asigne y los recursos económicos que hayan de financiarlos. d) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio, presupuesto y contratación.

En cuanto a la actuación de la AEE, se producirá con arreglo al plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión.

### **3.2. Estructura organizativa**

Como puede inferirse de lo señalado al inicio de este trabajo sobre la descentralización no planificada de las políticas de empleo en favor de las CCAA,

<sup>30</sup> Debe recordarse que, de conformidad a la LRJSP (art. 93), los estatutos de los organismos públicos se aprobarán por Real Decreto.

resultaba esencial replantear el papel del INEM en cuanto a sus funciones, fuertemente condicionadas por esa realidad creada por el mal proceso de delegación normativa en materia de empleo. En consecuencia, como adelantábamos, se reclamaba un cambio en sus competencias, concretado con la aparición del SEPE, para fortalecer su rol, dentro del SNE, “de ente rector coordinador y enlace de las políticas de empleo de las Comunidades Autónomas” (y con el resto de agentes); y, por otro lado, para responder de los compromisos asumidos en el marco de la UE.

En dicho contexto, parecía particularmente relevante una estructura orgánica que reflejara esa realidad y objetivos, algo especialmente evidente en el tránsito del INEM al SEPE, pero que no llegó a efectuarse, pues en gran medida se mantuvo la organización central y periférica del antiguo Instituto<sup>31</sup>. En este sentido, cabe adelantar que, de las propuestas normativas para la transformación en AEE (ARD), tampoco parece extraerse que la configuración de la estructura territorial vaya a suponer un cambio importante, y sin perjuicio de valorar que en el nivel provincial e inferior centre sus competencias y funciones en materia de prestaciones por desempleo. En todo caso, tampoco en esta competencia (gestión de prestaciones) la LE abre otras posibilidades, como las planteadas en la STC 133/2019, de 13 de noviembre (que posibilitaría, en aquellas CCAA que así lo tengan previsto en sus estatutos de autonomía, la posibilidad de delegar las competencias ejecutivas en materia de prestaciones, sin que ello suponga violentar *per se* el principio de unidad de caja)<sup>32</sup>. No obstante, parece que no es una cuestión del todo excluida en esta legislatura<sup>33</sup>.

Por lo que respecta a la previsión legal, cabe señalar que la LE (art. 21, en relación con la DA Primera), no aclara la estructura organizativa de la AEE, aunque sí adelanta algunos elementos mínimos, remitiéndose para su concreción y desarrollo a su propio estatuto donde se plasmará “la composición, funciones, competencia y rango administrativo que corresponde a cada órgano”.

Junto a ello, y centrándonos en lo relativo a la estructura organizativa, si atendemos de nuevo a la LRJSP (art. 90), se establece que los organismos públicos, como lo es la Agencia Estatal, orgánicamente “se estructuran en los órganos de gobierno y ejecutivos que se determinen en su respectivo Estatuto”. Respecto a los primeros, aclara que, en todo caso, “los máximos órganos de gobierno son el Presidente y el Consejo Rector”. Igualmente, y respecto a éste último, precisa (art.

<sup>31</sup> Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Naturaleza y régimen jurídico”; cit., pp. 309 y 310.

<sup>32</sup> Sobre el tema, Blasco Altuna, J.A., “Comentario a la STC 133/2019, de 13 de noviembre de 2019, subsidio extraordinario por desempleo” (19 de diciembre de 2019); Legegunea (Documentación jurídica), y Duque Villanueva/ Ortega Carballo/ Losada González/De La Quadra-Salcedo Janini, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2019”; Revista Española de Derecho Constitucional, 118/2020, pp. 246-247.

<sup>33</sup> *Vid.* Izpizúa Dorna, E., “Acuerdo PSOE-PNV sobre la transferencia de competencias: seguridad social”; Brief AEDTSS, 65/2023.

108.Ter) que en su seno “se constituirá una Comisión de Control”. En cuanto a los segundos, establece que “el órgano ejecutivo de la Agencia Estatal es el director”.

Partiendo de tales premisas, como advertíamos, la LE adelanta algunos de ellos elementos mínimos que deberán reflejarse en los mencionados estatutos de la AEE:

*Primero*, y como mandato genérico, señala el art. 21 LE que “las organizaciones empresariales y sindicales más representativas participarán, de forma tripartita y paritaria, en sus órganos correspondientes” de la AEE, sin perjuicio de que se facilite, “cuando proceda, la consulta a los sectores de la economía social y el trabajo autónomo”. Recuérdese lo que adelantábamos, al referirnos al PRTR, sobre el interés por este tipo de participación.

*Segundo*, prevé la existencia de una estructura central y exige que en ella se integre un Consejo Rector y una Comisión Permanente “como órganos rectores y de participación institucional” de la AGE y de los interlocutores sociales “que garanticen un adecuado cumplimiento de sus competencias”.

*Tercero*, aunque conectado con los anteriores, recoge el apartado 8 de la mencionada DA Primera LE que el número de miembros -incluidos los de tales interlocutores- del “Consejo Rector y de los demás órganos colegiados de la Agencia Española de Empleo se determinará en su Estatuto” (concretando así el instrumento para fijarlo de entre los previstos en la D.A. Cuarta RD 910/2012 -referida a los integrantes en las entidades de derecho público del sector público estatal en cuyos órganos de gobierno o administración participen representantes de otras Administraciones Públicas y organizaciones representativas de intereses sociales-).

Entodo caso, con independencia de cuál sea ese número, el máximo de miembros del Consejo Rector que podrían percibir “indemnizaciones por asistencias, dietas o gastos de viaje o cualquier otra indemnización o compensación” (contempladas en el RD 451/2012) no podrá superar el límite contemplado en el art. 6.2 RD 451/2012. Recordemos que esta última norma fija tal tope en función del grupo en el que se clasifique dicho organismo, lo cual a su vez se determina en atención a los criterios (necesidad o no de financiación pública, volumen de actividad y número de trabajadores), previstos para las entidades públicas administrativas -como es el caso de las Agencias Estatales- (conforme se infiere de la tipología prevista en el art. 3 LGP 47/2003, donde se distingue entre aquéllas y las empresariales)<sup>34</sup>.

Y *cuarto*, menciona al Director o Directora de la Agencia (órgano ejecutivo), sobre el cual establece, por un lado, y como especialidad a lo previsto en los arts. 108 quater y sexies LRJSP, cuál sea el instrumento (RD) y el competente para proponer su nombramiento y cese (Ministerio de Trabajo y Economía Social). Y, por otro, sus competencias mínimas (en materia económico-presupuestaria de la

<sup>34</sup> Previsión que, por otro lado, ya se contemplaba en la referida DA Cuarta RD 910/2012.

Agencia y de personal, en particular, respecto al personal directivo de la Agencia, su nombramiento y cese y los criterios y porcentajes para calcular su incentivo de rendimiento o complemento de productividad).

Nada más prevé la LE sobre la estructura o las competencias o funciones de los órganos de la AEE. Por tanto, para conocer algo más será preciso acudir de nuevo a la LRJSP y, sobre todo, a su desarrollo y concreción en ese futuro estatuto al que ya vimos que se remite la LE (DA 1ª). Como sabemos, no existe aún el mencionado desarrollo reglamentario por el que se procederá a fijar el estatuto de la AAE. No obstante, y como ya hemos adelantado, tomaremos como referencia el Anteproyecto del mismo referido *supra* (ARD) para indicar, en su caso, las diferencias o similitudes con la actual estructura del SEPE organismo autónomo (TRLE 3/2015 -LE 56/2003- y RD 1383/2008)<sup>35</sup>.

Como puede fácilmente inferirse de lo dicho, y la lógica reclama, parece obvio que además de tal estructura territorial central existirá una periférica. Y en términos puramente orgánicos y funcionales, es evidente que se deberá distinguir entre órganos ejecutivos y de gobierno. Conclusión que se plasma en el ARD.

### 3.2.1. Central

Conforme a este ARD, y en línea con la LRJSP, la estructura central estará integrada por los siguientes órganos.

#### a) Órganos de gobierno

En concreto, por un lado, la figura de la Presidencia, que recae en la persona titular de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social (art. 7 ARD). En cuanto a sus funciones, de menor alcance material, serían las propias del quien ejerce como presidente de un órgano colegiado, en este caso, el Consejo Rector (incluida la representación de la AEE).

Y, por otro, como máximo órgano, el ya mencionado Consejo Rector (art. 8 ARD), que, al igual que el actual Consejo General del SEPE (art. 4 RD 1383/2008), se configura como un órgano tripartido de gobierno y de participación institucional, que estaría presidido por quien ostente la Presidencia y como vicepresidente, quien ejerza la Dirección de la AAE.

Como adelantábamos, a tal Consejo le corresponden las funciones de mayor relevancia en materia de programación y objetivos de la Agencia (*v.gr.*, proponer los mecanismos de coordinación y cooperación con los diversos SPEA, especialmente en materia de PAE-prestaciones por desempleo). Y, también, las propias de un órgano superior, entre las que destacan, relevantes facultades en

<sup>35</sup> Sobre las estructuras del SEPE, en detalle, Serrano Falcón, C., “El servicio Público de Empleo Estatal”; AA.VV. (Monereo/Fernández/López, Dir. y Coord.) *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*; Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 355 y sgs.

relación a los principales instrumentos que ordenan la AEE (*v.gr.*, aprobar la propuesta del contrato de gestión y el informe anual de actividad de la AEE -sin perjuicio de que corresponda a la Dirección la elaboración del proyecto inicial de todo ello- o informar el anteproyecto de presupuesto y los objetivos y planes de acción -incluyendo los criterios para medir el cumplimiento de los mismos y el grado de eficiencia sobre la base del contrato plurianual de gestión-). A nivel externo, al Consejo Rector le corresponde informar la participación de la AEE en el Programa anual del SNE y proponer estudios en materia de empleo. Junto a ello, también le compete ejercer el seguimiento, supervisión y control de la actuación de la Agencia (y en relación con ello, efectuará el seguimiento de las cuestiones que el Consejo General del SNE realice sobre la misma y propondrá medidas de mejora de la misma) y, en particular, de su Dirección.

Reparto de roles con el referido órgano ejecutivo que se repite en gran medida en materia de recursos humanos, pues al margen del personal directivo (al que la Dirección nombra o cesa y fija los elementos determinantes del incentivo de rendimiento o complemento de productividad), es dicho Consejo quien determina los criterios de selección y aprueba la correspondiente RPT (a propuesta de la Dirección) y la OPE -dentro de lo previsto en la oferta correspondiente a la AGE y en el marco del mencionado contrato de gestión-.

Por último, y dando cumplimiento a lo mandado en la LE, se señala también que, en el seno de tal Consejo Rector, se constituirá una *comisión permanente* (art. 9 ARD), cuyas funciones y composición lo asemejan en gran medida a la actual Comisión Ejecutiva Central del SEPE (art. 5 RD 1383/2008).

#### b) La comisión de control

De obligada constitución, como adelantaba la LRJSP, se trata de un órgano colegiado técnico de apoyo a los referidos órganos de gobierno. Así, sus funciones -tal y como se deriva del art. 108 ter.5 LRJSP-, serán esencialmente informativas sobre la ejecución del contrato de gestión y en materia económica y presupuestaria (incluidos los informes de control económico-financiero que -según establece DA Primera, 8 LE- corresponde tanto a la Intervención General de la Administración del Estado, interno, como al Tribunal de Cuentas -externo-). Sus miembros, que serán elegidos por el Consejo Rector a propuesta de su Presidencia de entre personas con conocimiento y experiencia en las cuestiones que le corresponden, no pueden tener responsabilidades de gestión en la AEE (art. 11 ARD).

#### c) Órgano ejecutivo

Como ya hemos anunciado, se trata de la Dirección de la AEE. Considerado un alto cargo, sus funciones son similares a la actual Dirección General (art. 6 RD 1383/2008). Recordemos que, para el órgano ejecutivo, la LE preveía que, como especialidad a lo previsto en la LRJSP (en el que es designado por el Consejo Rector a propuesta de la Presidencia), su nombramiento y cese debe hacerse por RD y a propuesta del Ministerio de Trabajo.

Para el desarrollo de sus cometidos, bajo su dependencia, por un lado, queda la llamada *estructura territorial o periférica* que ahora explicamos. Y, por

otro, se crean hasta siete Departamentos que compondrán la llamada *estructura administrativa* de la AEE (similares, en muchos casos, a las actuales subdirecciones generales -de hecho, aquellos mantienen el nivel orgánico de éstas-) Al frente de cada Departamento existirá un titular que, “por la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas”, será calificado como personal directivo, y su puesto será de libre designación por la Dirección AEE (art. 29 ARD)<sup>36</sup>. En concreto, se prevén los siguientes Departamentos:

- i. Capital humano y organización.
- ii. Relaciones institucionales y asesoría jurídica.
- iii. Administración financiera y gestión del Fondo Red.  
Este último añadido deriva, precisamente, de asumir la AEE las funciones en relación con el fondo red de flexibilidad y estabilización en el empleo.
- iv. Información, estadística y evaluación.  
A diferencia de la actual subdirección, en este caso contiene como añadido esta última expresión, la cual refleja su función en la coordinación de evaluaciones de las políticas de empleo y la formulación de metodologías para ello, así como de indicadores para el seguimiento del cumplimiento del Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno<sup>37</sup>.
- v. Digitalización y tecnologías de la información.  
Es, sin duda, el departamento que más cambios y funciones asume respecto a su actual equivalente, fruto sin duda de la mayor importancia de la digitalización en este ámbito que ya advertía el referido PRTR y la propia LE (*vid.* también DA 6ª LE). Debe valorarse positivamente el fortalecimiento en esta materia, particularmente ante las insuficiencias desde donde se parte<sup>38</sup>.
- vi. Protección por desempleo
- vii. Políticas activas de empleo.

### 3.2.2. Periférica

En cuanto a la *estructura territorial*, también sigue un patrón muy similar al previsto en el actual RD 1383/2008 respecto al SEPE. Así, a nivel autonómico, existirá, como órgano unipersonal, la *Coordinación Territorial* (art. 19 ARD), presente en cada Comunidad Autónoma (CA) y cuya función esencial es representar ante ellas a la AAE y coordinar a los llamados delegados/as de la AAE en las diversas provincias de la concreta CA. Será designado por la Dirección de

<sup>36</sup> En este caso se excepciona lo previsto en la LRJSP, donde se prevé que corresponde al Consejo Rector proponer al personal directivo y sus incentivos (art. 108 ter).

<sup>37</sup> Recuérdese lo referido respecto a la LEPAGE 27/2022 (art. 13).

<sup>38</sup> “El grado de avance en la transformación digital de los servicios públicos de empleo resulta muy heterogéneo y retrasado con respecto a los países de referencia (...) el uso de tecnología para unir oferta y demanda es insuficiente y tanto las empresas como los demandantes de empleo terminan por utilizar canales alternativos”, Navarro Nieto, F., “Política De Empleo”, cit., p. 144.

entre estos delegados provinciales de su territorio (por lo que en las comunidades uniprovinciales coincidirán ambas figuras en la misma persona).

En este nivel autonómico también existirán órganos de participación institucional, serán las llamadas *Comisiones territoriales* (equivalentes a las actuales Comisiones Ejecutivas territoriales, art. 18 RD 1383/2008). En consecuencia, por su propia naturaleza, no dependen del órgano ejecutivo o de gestión (y sin perjuicio de que están presididas por el Coordinador/a territorial correspondiente), y en ellas se integran los agentes socioeconómicos más representativos: tanto sindicales -a nivel estatal y autonómico (art. 6 LOLS)- como la patronal -a nivel estatal (manteniendo la exclusión de su equivalente autonómico)-.

En segundo lugar, a nivel provincial, la referida *Delegación provincial*, como órgano también unipersonal (dependiente funcionalmente de la Dirección de la AAE) y equivalente a las actuales Direcciones provinciales.

Respecto a los órganos de participación institucional de los agentes sociales en este nivel, el ARD no suprime las Comisiones Territoriales Provinciales (contempladas en el RD 1458/1986 y por los decretos de transferencia, donde se otorga su presidencia a la CA correspondiente-). Y, por lo que respecta a los llamados Consejos Comarcales de Empleo Agrario (creados por la DA Sexta RD 1387/1990 y la Orden de 17 de enero de 1991), subsistirán hasta su sustitución en el marco del Programa de Fomento de Empleo Agrario.

Por último, se mantienen las *Oficinas de empleo y/o de prestaciones* (presenciales o telefónicas-digitales)<sup>39</sup>. Actuarán bajo la dirección y dependencia de la correspondiente Delegación provincial y al frente de la cual existirá un *titular*, al que se atribuyen las funciones propias de un órgano de gestión territorial de las competencias de la AAE en materia de desempleo.

## 4. ATRIBUCIONES Y MEDIOS ¿OTRA OPORTUNIDAD?

### 4.1. Competencias: sin novedad aparente

Pocas son las novedades que la LE presenta respecto a las competencias de la AEE, las cuales vienen recogidas principalmente en el art. 22 LE. No obstante, hay que poner en conexión dicho artículo con otros preceptos que, a lo largo de dicha Ley, reconoce competencias específicas y, en todo caso, se debe tener en cuenta (las funciones y) su papel en las estructuras de gobernanza (SNE, art. 9 LE, y también de participación institucional, particularmente, el CGSNE, art. 9 LE) y

<sup>39</sup> Conforme al SEPE Informe Anual 2022 (último publicado), actualmente existe una red territorial de 711 oficinas de prestaciones, distribuidas por las 50 provincias y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla; aparte, existen también 52 oficinas más, pertenecientes a la Red de Atención Telemática (RATEL).



en los instrumentos de planificación-coordinación (Cap. III, Tít I LE: Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo-EEAEA, Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno-PAFED y Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo- SPIISE -*vid.* también arts. 12 y sgs. LE-)<sup>40</sup>.

Esa línea de continuidad permite concluir que la LE viene a confirmar que los problemas no derivaban tanto del marco regulador, cuanto de la ejecución y, del mismo modo, reitera la especial significación de la AEE, pues mantiene su liderazgo en el diseño y en aras a la efectividad de los mecanismos de cooperación y coordinación, como cuestión previa e indispensable para garantizar importantes principios y objetivos de la política de empleo (señalados en la EMM y explicitados en los arts. 4 y 5 LE); en concreto, los de eficacia, descentralización y autonomía, libre circulación de trabajadores y, singularmente, igualdad de oportunidades y no discriminación y unidad de mercado (cuestión ligada a la cohesión y los desequilibrios sociales y territoriales)<sup>41</sup>.

En atención a las competencias estatales en la materia, a la AEE le corresponderá las siguientes prerrogativas (art. 22 LE):

a) Pre-normativas

Sobre la base de que corresponde al Estado la iniciativa reguladora sobre política de empleo (*ex* art. 149.1, 7º CE), la AEE conserva la función de elaborar “las propuestas normativas de ámbito estatal en materia de empleo y protección por desempleo y formación en el trabajo”. La nueva redacción, pese a la expresa referencia añadida al desempleo y la formación, no creemos que añada nada nuevo pues, en todo caso, se advierte que debe hacerlo “dentro de su ámbito competencial” y conforme a la doctrina existente, estas cuestiones ya estaban incluidas en el concepto genérico de política de empleo<sup>42</sup>.

b) Planificación y coordinación

En este sentido (*ex* art. 149.1, 13ª CE), a la AEE se le encomienda la elaboración del “proyecto de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, del Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno y de las Recomendaciones Específicas para el fomento del Empleo Digno” (*vid.* arts. 12 y 13 LE). Estas últimas, que presentan una novedad, se establecen “con la finalidad de trazar líneas estratégicas de actuación concretas para corregir desviaciones en la consecución de los objetivos recogidos en la Estrategia y en el Plan Anual”<sup>43</sup>. En definitiva, se trataría, a nuestro modo de ver, de un equivalente a las recomendaciones específicas

<sup>40</sup> Competencias y participación, por otro lado, coincidentes en gran medida con las reconocidas en la anterior normativa –TRLE 3/2015-.

<sup>41</sup> Valdés Dal-Ré, F., “El servicio de información...; cit., pp. 454 y 456. Sobre el reconocimiento de un mercado de carácter nacional, entre otras, *vid.* SSTC 236/91 y 124/03.

<sup>42</sup> Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Competencias”; 329 y sgs.

<sup>43</sup> En palabras de Gutiérrez Ardoy, G. (DG SEPE) “Proyecto de Ley Estatal de Empleo”; V Congreso Empleo, Donostia-San Sebastián 27 y 28 octubre 2022

por país en la UE en el ámbito del empleo, y, por tanto, incluiría orientaciones adaptadas a cada territorio, con medidas personalizadas que han de adoptarse ante situaciones de desvío respecto a los objetivos marcados por aquellos instrumentos, en lógica con los principios de colaboración y coordinación y el de adecuación para procurar la cohesión y el equilibrio territorial (art. 5.c y.f LE).

Del mismo modo, le compete la planificación de las actuaciones conjuntas Estado-CCAA “en el desarrollo del Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo” (art. 14 y sgs. LE) -en relación al cual, junto a su conexión con la Red EURES, le corresponde, además y entre otras, la función instrumental de “mantener las bases de datos generadas de información” por esos sistemas integrados-.

Como sabemos, el SPIISE es uno de los instrumentos clave para garantizar la unidad de mercado y los principios de transparencia e igualdad, imprescindibles para un verdadero y eficiente servicio de intermediación<sup>44</sup>; pero también para una adecuada gestión, y evaluación de las políticas de empleo<sup>45</sup>. En este sentido, debe recordarse que la competencia en materia de gestión y control de la prestación por desempleo (AEE) incidirá también en esta cuestión, consecuencia de la obligación de inscripción y el efecto que la misma tiene en el uso de los SPE<sup>46</sup>.

En este ámbito de la coordinación (tanto interna como con la UE) e impulso a la colaboración de los agentes implicados en el SNE, le corresponde a la AEE ciertas actuaciones en relación a la política comunitaria de empleo (*v.gr.*, movilidad estatal y europea), la representación de nuestro país en la red EURES, así como -art. 8.6 LE- la articulación de la participación de los SPEA en la Red Europea de SPE (PES Network) -*vid.* también art. 42.2 LE-. En el ámbito interno, como, novedad, tiene atribuida la coordinación tanto de la evaluación de las Estrategias y Planes Anuales y del desempeño de los SPE, “de acuerdo con el modelo establecido por la Comisión Europea”; como entre los diversos “Centros de Orientación, Emprendimiento, Acompañamiento e Innovación para el Empleo y fomentar la colaboración entre ellos”. Tales Centros (que integran la Red COE y cuya creación impulsa PRTR -C23.I5-), “constituyen el soporte especializado del SNE dirigido a reforzar la dinamización y planificación en esas materias” (art. 8.5 LE).

### c) Ejecución-gestión

Bajo esta competencia (*ex* art. 149.1, 17º CE) se recogen las funciones de gestión, por un lado, de las prestaciones por desempleo, sobre las que mantiene también la de su control (que se realizará a través de la ITSS y de la propia AEE). Cuestión íntimamente ligada a la necesidad de coordinación y cooperación con los SPEA, a fin de garantizar su conexión con las PAE (a lo que la LE dedica un

<sup>44</sup> Valdés Dal-Ré, F., “El servicio de información...; cit.

<sup>45</sup> También, Pérez del Prado, D., “La Ley 3/2023 de empleo...; cit. (Smarteca).

<sup>46</sup> Cueto/Suarez, “Un análisis del servicio público de empleo...; cit.

capítulo completo, Cap. IV Tít. III. LE), y en lo que vimos que el Consejo Rector tenía un papel relevante.

En relación a esta cuestión, debemos recordar que tales prestaciones deben también orientarse indirectamente al mismo objetivo que las PAE, en este caso, tanto al siempre expresado fin de evitar desincentivar la vuelta al trabajo (lo que no parece o, al menos, los datos no permiten afirmar que suceda), como -aunque menos recordado- impedir que la persona se vea obligada a “decisiones que vayan en detrimento de su profesionalidad y de su capacidad de mejorar en el mercado de trabajo”, pues en una lógica de política de empleo, el sistema de protección por desempleo debería permitir “a la persona desempleada aceptar ofertas que mejor se adapte a su perfil y cualificación”<sup>47</sup>. Bajo esta idea se entienden y justifican los cambios en el concepto existente de *colocación adecuada* (art. 3, g LE y art. 301 LGSS),

Y, por otro lado (*ex art. 149.1, 7º LET*), aunque de un alcance marginal (por su limitadas competencias, derivado de las ya mencionada delegación en las CC.AA.)<sup>48</sup>, respecto al desarrollo de servicios y programas financiados con cargo a la reserva de crédito cuya ejecución sea de su competencia<sup>49</sup>. Pero también a la realización de acciones formativas (incluidas en alternancia) dirigidas a la mejora de la ocupación llevadas a cabo en colaboración con la AGE y las entidades del sector público institucional estatal (*vid. LRJSP*), pasando por las PAE (incluida la intermediación) destinadas a la integración laboral de inmigrantes.

<sup>47</sup> Con un planteamiento similar, Pérez del Prado, D., *Derecho, Economía y Digitalización...*; cit. Como también concluye este autor, tras analizar los datos y estudios en la materia, “la protección por desempleo no parece provocar en los beneficiarios un efecto ‘anestésico’ frente a los no protegidos”. *Vid.* también OIT, “Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects”, 2016. EN dicho Informe se reclama, ante esta creciente realidad precarizadora del empleo atípico, la necesidad de reformular la prestación por desempleo como un “seguro de empleo” para fomentar, entre otros, la mejora de competencias y el desarrollo profesional.

<sup>48</sup> Navarro Nieto/Costa Reyes, “Introducción crítica al marco jurídico de las políticas de empleo en España”; Revista Doctrinal Aranzadi Social, 9/2013 (BIB 2013\15), y de los mismos autores, “Reformas laborales y políticas de empleo” Revista de Derecho Social, 60/2012, p. 19. También, Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Concepto”; AA.VV. (Monereo/Nieves/Fernández, Dir. Triguero, Coord.) *El derecho del Empleo...*, cit., pp.236 y 337 y sgs.

<sup>49</sup> Porque afecte a un ámbito supraautonómico y, además, precisen una coordinación unificada (sin perjuicio de requerir en ciertos casos que la AEE acuerde previamente esa concreta actuación con las comunidades afectadas); y también cuando se trate de programas de empleo (en todo caso, excepcionales y temporales) desarrollados en todo el territorio nacional, cuando sea imprescindible su gestión centralizada para garantizar su efectividad. En estos caso, cabe recordar que corresponde también a la AEE su diseño.

Sobre la utilización de la extraterritorialidad como criterio de atribución de competencias ejecutivas al Estado, *vid.*, Costa Reyes, A., “La FP-dual en el RD 1529/2012 y su adecuación a la distribución de competencias Estado-CCAA. STC 27/2014, de 13 febrero”; Revista Española de Derecho del Trabajo, 168/2014 (BIB 2014\3581).

En relación a esta última, cabe advertir que, a diferencia de la anterior regulación, no se limita a las realizadas “en los países de origen”. A nuestro modo de ver, ese cambio de redacción tampoco implica una ampliación o autolimitación de su ámbito de actuación, tan solo elimina un añadido que, por otro lado, no impedía que el SEPE desarrollara actuaciones dentro de sus competencias en las que pudieran participar las personas inmigrantes. En todo caso, no debe olvidarse que al Estado competente en exclusiva la ordenación de los flujos migratorios (art. 149.1, 2ª CE), lo que no ha excluido la posible delegación de ciertas cuestiones en aquellos territorios que puedan justificar una especial actividad de gestión (*v.gr.*, para temporeros); es más, el TC ha expresado con claridad que las CCAA puedan incidir en las personas inmigrantes en aspectos propios de la ejecución de sus competencias en materia de empleo<sup>50</sup>.

Finalmente, dentro de este ámbito de competencias, mantiene también importantes funciones instrumentales de apoyo para el adecuado desarrollo de la política de empleo por parte del SNE. Se trata de nuevo de cuestiones ya previstas en la anterior normativa, tales como la de percibir las ayudas de fondos europeos para la cofinanciación de acciones a cargo de su presupuesto y proceder a la justificación de las mismas<sup>51</sup>. Igualmente, mantiene su labor de estudio e investigación sobre el mercado de trabajo y sobre los instrumentos de mejora del mismo (con la elaboración de estadísticas a nivel estatal “en materia de empleo, formación en el trabajo y protección por desempleo” -a través de la llamada Oficina de Análisis de Empleo, DA Tercera LE-; y también, con la gestión del Observatorio de las Ocupaciones). En esta línea, y como adelantábamos, le compete igualmente el mantenimiento de las base de datos, no solo el mencionado SPIISE, sino también respecto a la Red EURES, entre otras. No queremos dejar pasar la oportunidad para subrayar que estas actividades, en el marco además de la implementación de la IA y la gestión del dato, unida a la de prospección que ahora se integra en la intermediación, resultará esencial para la detección de los requerimientos profesionales, aspecto clave en el pretendida empuje de los SPE<sup>52</sup>.

Junto a las señaladas y que específicamente se recogen el art. 22 LE, como decíamos, a lo largo de esta norma encontramos otras funciones (algunas advertidas), muchas de ellas también en su papel de SPE (responsabilidad en el tratamiento de datos, colaboración con otras entidades, etc.).

<sup>50</sup> Rodríguez Escanciano, S., “El Servicio Público de Empleo Estatal. Naturaleza y régimen jurídico”; cit., pp. 299-301. En la misma obra colectiva, sobre tales Fondos, Fernández Bernat, J.A., “Fondos Europeos: los programas cofinanciados por la UE”. *Vid.* Tribunal Constitucional. Secretaria General, “Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1 y 2 CE (Prontuario)”, marzo 2024, pp. 40-43.

<sup>51</sup> Incluyendo en ello las propias y las de los SEPA; Serrano Falcón, C., “El servicio Público de Empleo Estatal”...; cit., p. 365.

<sup>52</sup> Guerrero Vizuete, E., “El papel del servicio público de empleo...”; cit., págs. 151 y 152.

## 4.2. “Unos recursos humanos necesarios y especializados” ¿Un *déjà vu*?

Como señalábamos al principio, una de las principales causas que suelen alegarse para explicar el muy mejorable funcionamiento de los SPE - en general y del SEPE en particular- es la relativa a los déficits en su personal<sup>53</sup>; insuficiencia tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativa (cualificación, perfiles específicos y especialización, etc.). Aspecto este último que debe ponerse en conexión con las nuevos contenidos de las PAE y, en particular, de la intermediación (que alcanza también, por ejemplo, a la prospección de mercados y la orientación profesional) y, sobre todo, con la ya mencionada personalización de la atención y la digitalización de la actuación de los SPE (especialmente en lo relativo al perfilado de las personas demandantes de empleo y ofertas de trabajo, la automatización de los procesos de gestión, etc.)<sup>54</sup>.

Como se indicó al inicio, este ha sido uno de los grandes obstáculos en la modernización de los SPE<sup>55</sup>. En efecto, no estamos tampoco ante una cuestión desconocida por el legislador, pues reiteradamente ha expresado la necesidad de mejorar los recursos humanos disponibles, “al objeto de incrementar la calidad y eficacia de los servicios que prestan, de lograr su universalización y de converger con los países de nuestro entorno en esta materia” (DA 4ª RD-Ley 1/2011).

Cobra interés, por tanto, conocer cuál sea la realidad en esta materia. Así, si atendemos a los propios datos del SEPE, esta es la situación y evolución de su plantilla<sup>56</sup>:

	TOTAL	Temporal (%)	Edad: ≥ 51 años	Personal de oficinas
2022	7.891	28,3	4533 (57,4%)	65% (aprox.)
2021	7.726	22,9	4700 (60,8%)	65% (aprox.)
2019	7.974	17,4	5.006 (62,8%)	
2018	8.224	18,8	5.083 (61,8%)	
2014	9.331	19,9		
2013	9.482	19,8		

Los datos nos muestran una plantilla decreciente y con un alto nivel de temporalidad, caracterizada por un preocupante envejecimiento de su personal y que concentra una buena parte del mismo en actividades burocratizadas<sup>57</sup>. Esto

<sup>53</sup> Navarro Nieto/Costa Reyes, “Introducción crítica...; cit. (BIB 2013\15), y de los mismos autores, “Reformas laborales...; cit., p. 20.

<sup>54</sup> Guerrero Vizuete, E., “El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023...; cit., p. 152.

<sup>55</sup> Navarro Nieto, F. “Valoración crítica general de la Ley 3/2023...; cit.

<sup>56</sup> *Vid.* SEPE, Informe Anual. En nuestro caso, para tener cierta perspectiva, tendremos en cuenta los de 2024, 2018, 2019 2020, 2021, 2022.

<sup>57</sup> Como advirtiera Cruz Villalón, en relación a los SPE, la insuficiencia presupuestaria y de personal, así como “el excesivo encorsetamiento y carácter administrativo de su funcionamiento

último, que pareciera *a priori* un perfil criticable, no debiera serlo necesariamente o, al menos, no tanto, por cuanto que, como ya adelantamos, el núcleo principal de las políticas de empleo se desarrolla por las CC.AA., conservando la AEE la labor de gestión de las prestaciones por desempleo, y para la que aquella plantilla debe dar respuesta a un importante número de beneficiarios<sup>58</sup>. De tales número se concluye la existencia de una *ratio* muy superior a la de los países de nuestro entorno (casi 360 por cada trabajador de oficio -o 230 personas por empleado en general), lo que explica, precisamente, la casi imposibilidad de poder actuar en otra cuestión que no sea la gestión de prestaciones por desempleo<sup>59</sup>. Pero también el “inadecuado funcionamiento de la atención presencial y telefónica dispensada en sus oficinas, así como a la repercusión de la brecha digital en los servicios prestados por este organismo, que tienen carácter esencial y cuyos destinatarios son colectivos vulnerables”<sup>60</sup>. En definitiva, el déficit de personal suficiente y adecuado también sea da para esas tareas de gestión burocrática, pues disminuye su número, pese al incremento de beneficiarios, tanto más si se pretende cumplir con el compromiso de atención personalizada, especialmente respecto de ciertos colectivos vulnerables.

Recordemos que esta estructura es la que asumirá la AAE, por lo que parece que, solo con estos mimbres, se hace difícil ese giro al papel de la AEE en el tratamiento de las políticas de empleo.

Por todo ello, cobra especial interés lo que señala la LE para remediar los mencionados déficits del personal empleado en los SPE en general y en la AEE en particular. En concreto, nos referimos a lo previsto en sus arts. 29.1 y 30.1 y en la DA segunda, de donde se extrae una constante entre el “quiero y no puedo”: así, si bien se afirma que “teniendo en cuenta los requerimientos de los sistemas de

(...) disminuye significativamente su efectividad” (“Causas estructurales y coyunturales del desempleo en España”, AA.VV., (Monereo/Márquez, Dir.) *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*. cit., p. 29.

<sup>58</sup> Vid. SEPE, *Datos de los registros del servicio público de empleo estatal. Demandantes de empleo, paro, contratos y prestaciones por desempleo* -respecto al mes de diciembre-: 2023, 1.835.927; 2022, 1.838.199; 2021: 1.842.238; 2019: 1.964.182).

<sup>59</sup> A nuestro modo de ver, junto a ese aspecto cuantitativo (*ratio*), debe tenerse en cuenta la dificultad añadida que implica la excesiva complejidad y diversidad de prestaciones formalmente vinculadas a la situación de desempleo (contributivo, asistencial, RAI, SED, PREPARA, PAE, etc.), porque favorece esa excesiva centralidad de las tareas gestoras (además de problemas de competencia, *vid.*, por ejemplo, SSTC 100/2017, de 20 de julio o 153 y 156/2017, de 21 de diciembre). Por todo ello también, nos parece positiva la simplificación y armonización del nivel asistencial de desempleo que, en cumplimiento de la C23.R10, ha operado el RD-Ley 2/2024 (eliminando a futuro el subsidio extraordinario por desempleo-SED, o la renta activa de inserción-RAI).

<sup>60</sup> Conde Colmenero, P., “El nuevo marco normativo del empleo: hacia la modernización de las políticas de ocupación y el establecimiento de un modelo de mercado de trabajo facilitador de la transformación digital y la transición ecológica”; *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 477/2023, pp. 73-74 (sobre la base del Informe anual del Defensor del Pueblo de 2022-Vol. I...y que comprobamos que se reitera en gran medida en el Informe anual de 2023, pp. 48 y sgs.).

información y la atención personalizada de las personas demandantes, la Agencia Española de Empleo” tendrán los recursos humanos necesarios para una prestación eficaz y eficiente de los servicios y con unos perfiles técnicos y de gestión con la suficiente especialización como “para dar respuesta a las nuevas realidades y a los diferentes perfiles demandantes de ocupación, incluidas las personas con discapacidad” (*vid.* también art. 7 Convenio 88 OIT); todo ello se condiciona a las disponibilidades presupuestarias y a los planes de formación que al efecto se desarrollen.

En cuanto a lo hecho hasta este momento para dar respuesta a esos compromisos del Gobierno, debe señalarse algunas actuaciones llevadas a cabo en los procesos selectivos, los cuales, en todo caso, siguen un ritmo claramente insuficiente al que necesita el nuevo organismo. Sea como fuere, lo cierto es dichos procesos se caracterizan, por un lado, por intentar sustituir y rejuvenecer al personal existente, a través de instrumentos como los contratos de relevo que acompañan a la jubilación parcial de esa plantilla envejecida; y, por otro, especializar e incrementar la plantilla, tanto por la vía de convocatorias a plazas estables (funcionario de carrera o laboral fijo), como por un número no menor de contratos de interinidad-sustitución por vacante. En este último caso, y en aras a reducir la temporalidad en los términos comprometidos en el PRTR, confiamos que se establezcan en plazo y forma tras la reformas llevadas a cabo con la Ley 20/2021 (especialmente, en el art. 10.4 y D.A. 17<sup>a</sup> -en relación al art. 70- LEBEP y, respecto a las situaciones anteriores, vía procesos de estabilización como los recogidos en su art. 2 y en su DA sexta).

En todo caso, será importante ver cómo afecta a esta cuestión la transformación en AEE y las competencias en materia de personal que se le atribuyen.

# EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO

## *THE ANDALUSIAN EMPLOYMENT SERVICE*

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Granada

ORCID: 0000-0002-5720-996X

### RESUMEN

**Palabras clave:** Servicio Andaluz de Empleo, intermediación laboral, política de empleo

Afrontar el estudio de cualquier organismo autónomo de carácter administrativo, como es el Servicio Andaluz de Empleo, siempre requiere adoptar una visión más de política del derecho característica que de técnica jurídica analítica.

Como parte de la política de empleo andaluza, se plantean unas controversias respecto a su potencialidad y funcionamiento. No hay una claridad en sus roles. Aparece en mucha normativa interna, programas y planes de actuación. La cuestión es a qué nivel decisorio en materia de intermediación laboral, bien directa o indirectamente resultado de una interpretación de conjunto. El que el Servicio Andaluz de Empleo venga a materializar el derecho social al trabajo constitucionalmente reconocido y otro derecho social al empleo, junto a otros derechos laborales inespecíficos, ha de constituirse en el eje de su actuación acotada en el marco de la administración laboral participe en la política de empleo.

### ABSTRACT

**Keywords:** *Andalusian Employment Service, labor intermediation, employment policy*

*Facing the study of any autonomous administrative body, such as the Andalusian Employment Service, always requires adopting a vision more of a characteristic policy of law than of an analytical legal technique.*

*As part of the Andalusian employment policy, some controversies arise regarding its potential and operation. There is no clarity in their roles. It appears in many internal regulations, programs and action plans. The question is at what decision-making level in matters of labor intermediation, whether directly or indirectly the result of an overall interpretation.*

*The fact that the Andalusian Employment Service comes to materialize the constitutionally recognized social right to work and another social right to employment along with other non-specific labor rights must become the axis of its limited action within the framework of the labor administration participating in the policy of employment.*



## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPCIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO
3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA POLÍTICA AUTONÓMICA DE EMPLEO
  - 3.1. Estrategia Europea de Empleo
    - 3.1.1. La Red Eures
  - 3.2. La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024
  - 3.3. El Plan Anual de Fomento del Empleo Digno 2024
4. EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA
5. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTENIDOS EN MATERIA DE EMPLEO DE LA LEY 4/2002, DE 16 DE DICIEMBRE, DE CREACIÓN DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, JUNTO A OTRA NORMATIVA CONCORDANTE
6. DOS CASOS DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO ORIENTADOS A LOS DEMANDANTES DE EMPLEO PARA SU INSERCIÓN LABORAL
  - 6.1. La Red Andalucía Orienta
  - 6.2. El itinerario personalizado de inserción
7. EL PROGRAMA DE EMPLEO ANDALUCÍA ACTIVA DE 2024 COMO EJEMPLO DE CONEXIÓN COMPLEJA ENTRE LA POLÍTICA DE EMPLEO ANDALUZA, EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO Y SU ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN
8. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

## 1. INTRODUCCIÓN

La materialización del derecho al empleo como derecho social fundamental del ciudadano pasa por los servicios públicos de empleo autonómicos. Han de ser eficaces y eficientes en su funcionamiento.

El artículo 35 de la Constitución Española establece expresamente el derecho al trabajo. Ahora bien, como avance destacado a modo de desarrollo de éste, el artículo 40.1, para los poderes públicos, recoge que la orientación de su actuación ha de transitar hacia el pleno empleo. Sólo así se puede considerar el interés de toda persona de acceder a un puesto de trabajo como derecho subjetivo a una oportunidad efectiva de empleo en el marco de la política socioeconómica del momento que se trate. Está vinculado al derecho a la existencia y el respeto a la dignidad<sup>1</sup>.

En este sentido, el derecho al trabajo, por su carácter prestacional, requiere de una dimensión social y colectiva concretada en la necesidad de articular políticas y organizar la prestación de servicios públicos mediante los que ofrecer a las personas el máximo número de oportunidades de empleo. Son claves, al

<sup>1</sup> Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., “El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo”, en AA.VV., Comentario a la Constitución socioeconómica de España, J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.<sup>a</sup> N. Moreno Vida (dirs.). Comares, Granada, 2002, p. 1325.

respecto, tanto la Agencia Española de Empleo como los servicios públicos de empleo de cada Comunidad Autónoma. Por ende, el garantizar una oportuna tasa de ocupación viene a constituirse en mandato para los poderes públicos, pero sin obviar la iniciativa privada y social con carácter general.

Todo lo derivado del mandato constitucional, en la praxis, se debe a que las tensiones intrínsecas resultantes del funcionamiento del mercado de trabajo inherentes están influidas de una forma clara por la evolución y desarrollo del sistema económico. Es clave desmontar que este planteamiento es erróneo: las crisis económicas no son consecuencia de un mal funcionamiento del mercado de trabajo y/o de su rigidez. La política social, en este ámbito, precisamente consiste en acomodar las ofertas y demandas de empleo a través de un elenco de medidas, actividades e instituciones. Significativamente: los servicios públicos de empleo. En este caso y para Andalucía, el Servicio Andaluz de Empleo.

## **2. CONCEPCIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO**

Llegado a este punto, es clave afirmar que los servicios públicos de empleo y, particularmente, el Servicio Andaluz de Empleo, asume el rol instrumental para el derecho al trabajo en su vertiente de ser un derecho a acceder a una ocupación que permite un nivel suficiente de rentas.

Siguiendo la vigente Ley de Empleo, en su artículo 2 se concibe la política de empleo como un marco en el que, un conjunto de medidas integrantes de la política activa de empleo y la política frente al desempleo, requieren una coordinación tanto para su diseño como para su coordinación con las diferentes Administraciones Públicas competentes. Eso sí, sin dejar en el olvido a los interlocutores sociales. En esencia, por tanto, se ordena, de un lado, el aumento del empleo y, de otro lado, la protección por desempleo. Ambas son cuestiones que entroncan con los artículos 35 y 40.1 de la Constitución ya aludidos.

En este contexto es donde la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos, en este caso el andaluz, encuentra su ámbito de acción y razón de ser. El artículo sobre el que se fundamenta es el 23 de la vigente Ley de Empleo. Son concebidos y, por ende, es entendido como el órgano o la entidad que, de una parte, gestiona y desarrolla las políticas de empleo y, de otra parte, garantiza la prestación de los servicios de empleo contemplados en la misma. En aras de una mayor operatividad, nada obsta a que pueda acudir a las Corporaciones Locales o a cualquier otra entidad susceptible de prestar su colaboración, indistintamente a la naturaleza pública o privada que posea. Hecho que se completa, como se demuestra, con la necesaria coordinación competencial entre las diferentes administraciones territoriales.

Plasmando el hecho de que con los servicios públicos de empleo autonómicos finalizó el proceso de descentralización territorial en lo relativo a los servicios públicos de empleo<sup>2</sup>, aquéllos erigen su esencialidad con sustento en el concepto de intermediación laboral<sup>3</sup> del artículo 3 c) de la citada Ley. El Servicio Andaluz de Empleo materializa actuaciones para que las personas trabajadoras dispongan de un empleo afín a sus perfiles, poniéndolos a disposición de las entidades empleadoras para que consideren la satisfacción de sus necesidades. Las competencias para su efectividad corresponden a la Dirección General de Intermediación y Orientación Laboral. De un lado, la atención, encuadramiento y puesta en conocimiento de ofertas de empleo; y, de otro lado, la atracción de demandantes con una coordinación en su atención,

Para cumplir esta finalidad y competencias, los servicios públicos de empleo tienen la capacidad reconocida de captar ofertas de empleo, poner en contacto a oferentes y demandantes para su colocación, recolocación o, incluso, realizar procesos selectivos. De hecho, en esta línea, en el Pacto Económico y Social por el Impulso de Andalucía, de 13 de marzo de 2023, como medida orientada a la estabilidad y apoyo al empleo, por los motivos señalados, se pone de manifiesto la necesidad de reforzar la importancia que en el mercado laboral andaluz tiene y realiza activamente el propio Servicio Andaluz de Empleo.

En cualquier caso, como bien jurídico protegido<sup>4</sup>, esta intermediación se ha de hacer ajustándose a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, debiéndose garantizar su plena transparencia en el funcionamiento.

<sup>2</sup> Fernández Avilés, J. A., Las políticas autonómicas, en AA.VV., Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional, J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Bernat, B. López Insúa (dirs. y coords.). Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 265.

<sup>3</sup> Serrano Falcón, C., Los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, en AA. VV., El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo, J. L. Monereo Pérez, M<sup>a</sup> N. Moreno Vida, J. A. Fernández Avilés (dirs.), L. Á. Triguero Martínez (coord.). Comares, Granada, 2011, pp. 417-418.

<sup>4</sup> Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en AA.VV., Comentario a la Constitución socioeconómica de España, J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.<sup>a</sup> N. Moreno Vida (dirs.). Cit., p. 325.

### **3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA POLÍTICA AUTONÓMICA DE EMPLEO**

Siendo necesario pasar por un enfoque participativo y de cooperación activa y decidida sobre la base de una colaboración de poderes, hay que mencionar la complementariedad de los distintos niveles de intervención político-jurídica. De esta forma, para la política autonómica de empleo, mostrando la relevancia de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, el artículo 23.3 de la vigente Ley de Empleo, les atribuye un específico papel en el diseño, planificación y coordinación con la acción jurídico-política de empleo multinivel. Así, menciona el precepto los que a continuación se relacionan y analizan.

#### **3.1. Estrategia Europea de Empleo**

Como tal, no existe una mención expresa común a los Estados que haga referencia a los servicios públicos de empleo, aunque sea con diferentes denominaciones, pero con una finalidad análoga.

Lo único que se puede tener en consideración es el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se menciona el desarrollo de unos recursos humanos garantes de un nivel de empleo elevado y duradero. De una parte, los primeros se pueden considerar o entender como los ocupados en los servicios públicos de empleo autonómicos en la labor de hacer efectiva la intermediación; mientras que, de otra parte, los segundos, mantener en su funcionamiento un nivel de eficacia alta como cauce para la materialización del derecho subjetivo a una oportunidad de empleo.

En la misma dirección, en la Estrategia Europa 2030, se puede comprender una alusión implícita cuando, entre sus objetivos, está hacer una Europa más inclusiva en el ámbito del empleo. Así pues, los servicios públicos de empleo autonómicos tienen la misión de ayudar a ello desde su actuación y actividad de intermediación para facilitar la integración de las personas en el mercado de trabajo.

En conjunto, se está ante una modalidad de coordinación requerida legalmente que, en la praxis, no es clara y directa. Sí ambigua y sujeta a interpretaciones que, hasta cierto punto, se pueden considerar forzadas. Quizás la alusión resulte escasa.

Ahora bien, no hay que olvidar el Fondo Social Europeo. Éste constituye una herramienta clave para Europa. Una de sus finalidades, entre otras, es la ayuda a las personas a la consecución de puestos de trabajo. He aquí donde los servicios públicos de empleo tienen cancha para participar. De hecho, muchos programas de empleo se encuentran financiados por el mismo.

### 3.1.1. La Red Eures

La libre circulación de personas trabajadoras en la Unión Europea se plasma, canaliza y garantiza con la Red Eures: la agrupación y coordinación de todos los tipos, formas y estructuras de servicios públicos de empleo existentes en cada Estado miembro.

En la práctica y funcionamiento se conforma como un servicio de empleo dependiente de las instituciones de la Unión. Tal es así que, en los diferentes Estados miembro, funciona en coordinación con los servicios públicos de empleo de éste en calidad de miembros de la Red. Es el caso del Servicio Andaluz de Empleo.

La particularidad es que todo está articulado de forma única y exclusiva a través de internet, por medio del portal web de la propia Red. Portal al que se accede de forma directa al sitio web de éste o, indirectamente, a través de los portales web de los servicios públicos de empleo de cada uno de los Estados miembro. En España son concebidos y entendidos como miembros Eures y, por ende, así sucede con el Servicio Andaluz de Empleo.

En su labor de intermediación hay un intercambio de datos sobre las ofertas de trabajo, la utilización de un conjunto diversificado de formas y medios de contratación entre personas trabajadoras y empleadoras y el rol cada vez más destacado que, junto a los servicios públicos de empleo, tienen otros agentes del mercado laboral. A destacar para tal fin: la puesta en contacto entre oferentes y demandantes de empleo para una efectiva contratación. La Red Eures es considerada en este punto como una garantía.

La eficacia y eficiencia en su funcionamiento pasa por la atención e inclusión dentro de su ámbito subjetivo a cualquier tipo de contratación resultante de la intermediación. Todo ello sin olvidar a las nuevas entidades que, junto a los servicios públicos de empleo, gestionan o son parte también de la política activa de empleo para facilitar la incorporación a los mercados de trabajo.

En lo concerniente a las responsabilidades, en el artículo 12.2 del Reglamento 2016/589, son concretadas tres tareas: el llamamiento a que el conjunto de ofertas de empleo publicadas por los servicios públicos de empleo o cualquier otro miembro lo sean también en el portal de la Red; la contribución a que el conjunto de demandas de empleo y de *currículum vitae* publicadas por los servicios públicos de empleo o cualquier otro miembro lo sean igualmente en el portal de la Red. Condición: la persona trabajadora interesada haya dado su consentimiento al efecto; y la prestación de servicios de apoyo a las personas trabajadoras y empleadoras de conformidad a lo establecido y fijado reglamentariamente.

Si se atiende al artículo 13 del citado Reglamento, hay un llamamiento a la responsabilidad en la promoción activa cooperada para las oportunidades laborales existentes y en las que la intermediación tiene un rol clave.

Pese a ello, existe una gran complejidad resultado del elevado volumen cuantitativo de servicios públicos de empleo involucrados, restando así eficacia en su finalidad en este ámbito.

### **3.2. La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024**

El primer y único artículo que tiene el Real Decreto 1069/2021 es la aprobación de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. En conjunto, en ella tienen un rol más que destacado los servicios públicos de empleo autonómicos. Es la norma que establece la coordinación y ejecución de las políticas activas de empleo e intermediación laboral para todo el Estado.

En esta dirección, la Estrategia expresamente recoge como objetivos clave la esencia de la funcionalidad de los servicios públicos de empleo. Esto es: la reducción del desempleo; la activación y la disminución de los períodos de desempleo; la mejora cualitativa de la cobertura de puestos de trabajo; y la mejora de la satisfacción de los oferentes y demandantes de empleo con los servicios prestados.

De los mismos, implícitamente se aprecia cómo olvidan la vertiente activa de la política de empleo. Se vuelcan en la reducción del desempleo y en la función de intermediación. La generación de empleo y la gestión de éste la entienden anudada a la bajada de los niveles de desempleo y las medidas destinadas a ello. Particularidad: la llamada de atención a la creación de empleo y las políticas activas de empleo quedan relegadas a un segundo plano. Se anudan de forma débil.

Igualmente, llama la atención el uso del verbo mejorar. Se alude así a términos cualitativos. Se da a entender que no funcionan todo lo bien que deberían de hacerlo, generando dudas en sus usuarios protagonistas de la política de empleo. Esto plantea de por sí los interrogantes sobre eficacia y eficiencia en su función principal. Tienen que mejorar sus niveles de operatividad con la misión de que se deje constancia en la praxis de su funcionalidad. Se hace necesaria una elevación en los estándares de calidad de los servicios que prestan. Si no se cumple, queda en entredicho la adecuada y correcta implementación de las políticas de empleo autonómicas.

Desde estos objetivos clave, se establecen unos prioritarios dando continuidad a los precedentes en el tiempo. Éstos se sujetan a criterios temporales, particulares de colectivos, los específicos de las regiones que se traten y áreas de especial interés coyunturales. En ello, la llave la tiene el Gobierno y el Plan Anual de Política de Empleo. Elementos comunes esenciales: empleabilidad de las personas jóvenes; empleo como instrumento de inclusión social, significativamente para las personas

paradas de larga duración y los mayores de cincuenta y cinco años; formación para el empleo en conexión con la realidad de cada momento; de nuevo, la mejora de los servicios públicos de empleo autonómicos; y la concepción de la realidad de las políticas activas de empleo autonómicas como un todo con marcos de colaboración interpartes comunes.

Por su parte, quedan acotados igualmente unos objetivos estructurales estables a seguir expresamente, como se menciona, por los servicios públicos de empleo autonómicos. Se encuentran organizados en seis ejes: orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional del sistema nacional de empleo.

Significativo es cómo en la evolución desde los objetivos clave a los estructurales hay un vuelco y cambio de lógica. Se parte de una perspectiva principal de lucha contra el desempleo para llegar a la centralidad del empleo, de la ocupación, del tener oportunidades de trabajo y así poder formalizar y garantizar el derecho al empleo en la subdisciplina a la que se llega del Derecho Social del Empleo<sup>5</sup>.

La razón de ser de la controversia que se suscita tiene su origen en que los objetivos clave sí se han pensado y marcado *ex novo*, mientras que los restantes provienen de estrategias y planes de acción anteriores. Desde el ámbito jurídico-político, se ha entendido como lógico un desarrollo que no entrelaza de forma correcta. El mercado de trabajo evoluciona y, de conformidad con ello, también ha de evolucionar la política de empleo que, a su vez, va a trazar los designios de las autonómicas y la funcionalidad de los servicios públicos de empleo. La estabilidad mencionada deja de ser operativa.

### 3.3. El Plan Anual de Fomento del Empleo Digno 2024

El Plan Anual de Fomento del Empleo Digno para el año 2024 se aprobó en una fecha tardía: el dos de julio del mismo. No es lo más procedente para su implementación el que se hiciese vencida ya la mitad del año. Automáticamente, se le está restando impacto y resultados en un futuro inmediato, salvo que se decida su prórroga, si bien su evaluación y resultados no serán los óptimos en consonancia con la realidad.

Su calificación de digno no había estado en los anteriores más cercanos y lejanos en el tiempo. Por tanto, queda constancia, implícitamente, de que, con el mismo, se quiere evolucionar cualitativamente en la empleabilidad y ocupaciones con unas condiciones de trabajo que se impulsan en su marco.

<sup>5</sup> Molina Navarrete, C., “Derecho (social) del empleo” y “Políticas de mercado de trabajo sostenible”: ¿más “obsolescencias” que “avances” en la “nueva” Ley de Empleo?, en AA.VV., 40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía, J. L. Monereo Pérez (dir.). Monografías de Temas Laborales, núm. 66, Sevilla, 2024, pp. 81-82.

En lo que aquí interesa es necesario subrayar: el impulso que incluye a las redes de orientación profesional; un más que prudente pretendido incremento del 10% en la mejora de la empleabilidad; y el remarcar el derecho a la inserción laboral para las personas mayores de cuarenta y cinco años en situación de desempleo, en aras de garantizarles un contenido esencial de éste: la realización de un itinerario ajustado al perfil, “su itinerario”, culminante en la firma de un acuerdo de actividad con una persona tutora que haga su seguimiento.

#### **4. EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA**

Siguiendo la línea constitucional y de derechos ya analizada, en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su artículo 26, denominado “Trabajo”, hay una escueta mención al servicio público de empleo. Implícitamente hay una amplitud en su tratamiento. El precepto garantiza el acceso al trabajo de forma gratuita como forma específica del ejercicio del derecho al trabajo del artículo 35 de la Constitución. Por tanto, sin discriminación alguna.

Se puede entender que aparece en este momento el derecho al itinerario personalizado de empleo, cuya concreción es la inserción social de la persona desempleada. De hecho, tanto el Pilar Europeo de Derechos Sociales como la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 enfatiza en que las personas sean acompañadas individualmente. Implícitamente, se trata de que las mismas perciban la utilidad del Servicio Andaluz de Empleo. Pero, de forma simultánea, se conforma el deber de éste en la materialización de un derecho social de ciudadanía.

Desde este planteamiento, la mención en el artículo 26 del Estatuto, lo viene a reconocer como un derecho ambiguo con carencias en su sistematización técnica en el modo de reconocimiento o proclamación. Formalmente, ni lo considera, ni se considera, como fundamental. Pero en la práctica lo es. Posibilita el que todas las personas tengan la oportunidad de beneficiarse de una intermediación laboral que le permita ejercer, en conexión, el ofrecimiento de oportunidades de empleo para, en consonancia, tender hacia el pleno empleo.

Este objetivo nacional pasa, parcialmente, por el de las comunidades autónomas y, por ende, por Andalucía. El Servicio Andaluz de Empleo se constituye como elemento contribuyente de forma activa hacia el mismo. Ha de conseguir que la colocación finalice con éxito y adquiera el protagonismo que merece<sup>6</sup>. Es clave la evolución de la expectativa de derecho al derecho materializado.

<sup>6</sup> Molina Hermosilla, O., Clasificación de la política de empleo: políticas activas y pasivas, en AA.VV., Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e



Hay que destacar la importancia de la gratuidad. Implica, automáticamente, que el poder político de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la implementación de las políticas públicas de carácter social, incluya un elenco de medidas justificadoras de su existencia y funcionamiento como parte de su política de empleo<sup>7</sup>.

El problema de fondo es que este derecho gratuito encubre a otro elenco de derechos laborales inespecíficos susceptibles de aplicación al respecto. Hubiese sido necesaria, sin duda, una redacción más completa en contenidos y alcance. La horizontalidad interpretativa de la que derivar derechos no es suficiente<sup>8</sup>.

## **5. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTENIDOS EN MATERIA DE EMPLEO DE LA LEY 4/2002, DE 16 DE DICIEMBRE, DE CREACIÓN DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, JUNTO A OTRA NORMATIVA CONCORDANTE**

En lo que aquí atañe, es de especial interés el capítulo I de la Ley en cuestión, razón por la cual se va a prestar atención expresa y particular al conjunto de artículos que lo componen. Abordan la naturaleza y atribuciones del Servicio Andaluz de Empleo. Esta delimitación responde a evitar la transcripción de la misma en su totalidad, cuando lo que se está analizando es su función de intermediación.

El artículo primero de la Ley 4/2002 define al Servicio Andaluz de Empleo como un organismo autónomo de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia. A lo que se ha de añadir, *ex* artículo 1.2 del Decreto núm. 96/2011 de Servicio Andaluz de Empleo, de 19 de abril, por el que se aprueba los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, su patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión funcional. Resultado de la descentralización autonómica, en línea con lo ya apuntado previamente, es el que gestiona la política de empleo andaluza. También, en su artículo 1.1 hay una referencia directa: tiene facultad tanto para realizar el elenco de actividades administrativas y otras funciones y competencias recogidas en la Ley 4/2002, como para cualquier otra que le sea atribuida *ad hoc*.

El artículo segundo de la Ley 4/2002 relaciona diez principios tasados estrictamente que han de regir en su organización, funcionamiento y ejercicio de

institucional, J. L. Monereo Pérez, J. A. Fernández Bernat, B. López Insúa (dirs. y coords.). Cit., p. 137.

<sup>7</sup> Salas Porras, M., El Servicio Público de Empleo y el proceso jurídico de colocación. Monografías de Temas Laborales, núm. 46, Sevilla, 2010, p. 172.

<sup>8</sup> Sáez Lara, C., Política de empleo y relaciones laborales en el Estatuto de Andalucía, en AA.VV., Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía, S. Muñoz Machado y M. Rebollo Puig (dirs.). Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 1025-1026.

sus competencias. El primero de ellos, relativo a la igualdad de oportunidades y no discriminación. El segundo es la participación de los agentes sociales y económicos, siendo muestra reciente el Pacto Económico y Social por el Impulso de Andalucía. El tercero es la transparencia del mercado de trabajo, pudiendo entenderse unido al primero. El cuarto, la integración, la complementariedad y la coordinación en la gestión de la política de empleo entronca con la intervención y participación jurídico-política multinivel desarrollada. El quinto es la solidaridad territorial, tratando siempre de que no haya desigualdades en su funcionamiento en relación con los correspondientes a los de otras comunidades autónomas. El sexto es la aludida, como derecho, gratuidad, universalidad y personalización. El séptimo es la optimización en su organización y funcionamiento, circunstancia que dependerá de las decisiones del gobierno de turno sobre las consejerías dependientes. El octavo en la calidad en la intermediación que realiza entre trabajadores y empresas. El noveno es el impulso y el carácter innovador en las políticas activas de empleo de las que es parte directa o indirecta. Y, el décimo, la necesaria coordinación con otros organismos y otras Administraciones Públicas.

Reformado por el Decreto-Ley 4/2013, de Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, de 2 de abril, en el artículo tercero de la Ley 4/2002, dedicado expresamente a las funciones del Servicio Andaluz de Empleo, menciona separadamente la intermediación en el mercado de trabajo. Más concisamente, en el seno de la planificación, gestión, promoción y evaluación de las acciones y programas para el empleo, cita expresamente a la intermediación laboral, con su correspondiente registro de demandantes de empleo, la recepción de comunicación de contratos y la gestión de la Red Eures. Como se ha apuntado, esta última es socio y parte del engranaje para su funcionamiento.

De igual forma y en aras de una mayor eficiencia, se expresa la necesaria coordinación con la Consejería con competencia sobre la materia de formación para el empleo. Hay un interés claro en la implementación de todas las posibles funciones de intermediación laboral tratando de conseguirse unas mejores opciones de acceso al empleo, la adaptación de la formación y una recualificación.

En el artículo cuarto de la Ley 4/2002, se menciona que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía es el único competente para: aprobar los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo; establecer su proyecto de presupuestos; y nombrar, siempre con propuesta del Consejero competente, su Director-Gerente y los titulares de las Direcciones Generales que pudieran llegar a establecerse.

El artículo quinto de la Ley 4/2002 atribuye a la actual Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo la facultad de concretar el elenco de directrices generales y criterios a los que se ha de sujetar la actuación del Servicio Andaluz de Empleo; la aprobación del anteproyecto de su presupuesto; la aprobación anual de la necesidad, llegado el caso, de recursos humanos para su eficiente funcionamiento que, de conformidad con el Plan de Acción SAE 2023-2024, ha de

ser ordenado y diseñado siguiendo el modelo de gestión por competencias con la finalidad de reforzar la comunicación interna; y el planificar, supervisar y controlar su actuación.

Llama la atención que el Decreto núm. 155/2022, de Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, de 9 de agosto, por el que se regula la estructura orgánica de la misma, ya en su justificación señala que su nueva organización quiere impulsar la actividad y finalidad del Servicio Andaluz de Empleo. A los efectos se recoge la voluntad política de darle más medios para que, estando informado del mercado de trabajo, pueda ejercer de una manera eficaz la labor de intermediación sumando así a la empleabilidad. Esta intención se manifiesta en el artículo 1 a) 1º al señalar la coordinación requerida con el Servicio Andaluz de Empleo para la intermediación laboral.

Tratando de dar respuesta, uno de los contenidos del citado Plan de Acción SAE 2023-2024, su Plan Director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales en Andalucía, es la apuesta por el modelo de gestión integral: la construcción e implementación de los medios técnicos posibilitadores de una visión integradora de los procesos de encuadramiento, orientación e intermediación.

Aunque no se les preste atención analítica en estas páginas respecto a la Ley 4/2002, sí hay que dejar constancia de que los restantes capítulos de ella se dedican a sus órganos de funcionamiento, régimen económico y financiero, régimen jurídico y personal. Vienen a completar una visión de conjunto que justificó, en su momento, su creación en relación con su principal razón de ser: la intermediación.

Pese a ello, sí hay que meter en valor la Resolución de Servicio Andaluz de Empleo, de 6 de julio de 2023, vigente desde el 11 de abril de 2024, en virtud de la cual se establece la delegación de competencias en los órganos directivos del mismo. Su contenido, en esencia, es la evolución, síntesis y enlace de las reformas acaecidas para desembocar en una reunificación coherente con la realidad actual. El objetivo es su consolidación, evitando vaivenes organizativos.

## **6. DOS CASOS DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO ORIENTADOS A LOS DEMANDANTES DE EMPLEO PARA SU INSERCIÓN LABORAL**

En la sociedad actual ya no se considera al trabajo como punto básico para la inclusión social. El planteamiento de que una persona necesita de actividad laboral profesional para su integración, si bien no ha sido olvidado, sí ha sido superado por otras variables y situaciones afrontadas por diferentes políticas sociales de diverso calado.

## 6.1. La Red Andalucía Orienta

En el capítulo II de la Orden de 26 de septiembre de 2014, por la que se desarrollan los programas de orientación profesional, itinerarios de inserción y acompañamiento a la inserción regulados por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, se regula la Red Andalucía Orienta. El Servicio Andaluz de Empleo tiene un rol importante. Pone a disposición todas sus unidades e instrumentos.

La actividad es, en exclusiva, la orientación en la formación, desarrollo y puesta en práctica de actuaciones dirigidas a la inserción laboral, utilizando para ello las unidades de las que se disponen a los efectos y los itinerarios personalizados de inserción como parte del contenido del artículo 26 del Estatuto de Autonomía.

La intermediación que pueda realizar el Servicio Andaluz de Empleo se supedita a una buena labor de formación y orientación profesional previa. Sin que ésta transcurra eficazmente por el itinerario personalizado de inserción, pone en jaque la función clave del Servicio Andaluz de Empleo. No se estaría orientando ni formando para la adquisición de aptitudes, competencias, habilidades y capacidades requeridas por una determinada profesión con la que pueda ser demandante de empleo ajustándose a un perfil definido a efectos de una intermediación adecuada. En este sentido, hace que el propio Servicio cojee.

## 6.2. El itinerario personalizado de inserción

En el marco general del derecho al itinerario personalizado de empleo ya analizado, la Orden de 26 de septiembre de 2014, por la que se desarrollan los programas de orientación profesional, itinerarios de inserción y acompañamiento a la inserción regulados por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, afronta el mismo.

El carácter diferenciador y más importante es que si la persona está sujeta al mismo, tiene preferencia en el derecho al acceso y programas de actuación del Servicio Andaluz de Empleo. Se puede llegar a plantear si con ello se da lugar a una discriminación. A priori, se puede entender afirmativamente, si bien a posteriori se puede valorar negativamente. Esto es así porque, en última instancia, las personas que tienen posibilidad de beneficiarse del mismo están en idéntica situación involuntaria de desempleo demostradora de una actitud proclive al trabajo<sup>9</sup>. Tan solo la calibración de un elemento subjetivo, como es el mayor interés personal, lo impulsa y dota de más contenido al derecho. Responde así a su concepción como ofrecimiento de una oportunidad. No cambia su posible comprensión como puerta de acceso<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Vigo Serralvo, F., El deber de trabajar. Significado constitucional y proyección legislativa. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 289.

<sup>10</sup> Domínguez Morales, A, “La orientación profesional mediante los itinerarios o planes personalizados de actuación. Apuntes sobre el caso andaluz”, Temas Laborales 171/2024, p. 160.

Si se está ante un derecho social, lo más correcto desde la política del derecho, no debería de haber sido el dar lugar a un derecho de opción. No hay que obviar que está de por medio el buen funcionamiento del Servicio Andaluz de Empleo. Buen funcionamiento que, por otra parte, siempre aparece como declaración y objetivo político en cualquier normativa relacionada directa o indirectamente con el mismo.

La posibilidad de acogerse al mismo se concreta en la previa necesidad de estar inscrito como demandante de empleo. Desde esta situación todo el procedimiento se pone en marcha. Con total lógica comienza con una entrevista personal en la que se conoce a la persona demandante del itinerario en la que muestra sus pretensiones y se le informa de los servicios de los que dispone. Seguidamente, se va a recoger toda la información curricular de cara a su análisis y valoración. A continuación, se le va a definir el propio programa en sí de formación para su inserción, particularizando la oferta de las actividades y programas a las que se podría acoger. Posteriormente se va a desarrollar y seguir el itinerario con la posibilidad de una revisión ante posibles opciones o evoluciones en materia de necesidades de empleo y perfiles profesionales muy concretos. Finaliza el itinerario valorando los objetivos propuestos y realidades alcanzadas. La óptima y confluyente con su razón de ser: el haber conseguido hacer efectivo el resultado de la intermediación, accediendo a un puesto de trabajo.

## **7. EL PROGRAMA DE EMPLEO ANDALUCÍA ACTIVA DE 2024 COMO EJEMPLO DE CONEXIÓN COMPLEJA ENTRE LA POLÍTICA DE EMPLEO ANDALUZA, EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO Y SU ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN**

Este Programa fue aprobado mediante Orden de 2 de julio de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, para el fomento del empleo en el ámbito local, Programa Andalucía Activa.

En el marco de éste, el Servicio Andaluz de Empleo tiene más un rol de orientación que de intermediación expresa para las personas desempleadas e inscritas como demandantes de empleo no ocupadas.

Aún así, no se resta un ápice de importancia al Servicio Andaluz de Empleo. Tiene un rol destacado. Implícitamente va a tratar de mejorar la empleabilidad en el ámbito local fomentando una adquisición de experiencia laboral vinculada a una ocupación. Expresamente, siendo obligatoria la presentación de la oferta ante el mismo, tiene que ser el propio Servicio Andaluz de Empleo el que elija sólo a dos personas candidatas por cada puesto de trabajo que se solicite. Tiene que hacerlo siguiendo los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por tanto, una preselección sobre la que, a posteriori, la entidad beneficiaria selecciona definitivamente.

En este Programa, el Servicio Andaluz de Empleo es relegado a un segundo plano. No participa, para nada, en la ordenación, instrucción y resolución de las subvenciones. Con ello, no hay ni una coherencia desde la política del derecho y la importancia que tiene en el momento actual, ni por las constantes referencias en la normativa de su grupo regulador en aras de su centralidad para la intermediación.

Una corroboración de esta deficiencia se encuentra en la citada Resolución de Servicio Andaluz de Empleo, de 6 de julio de 2023, vigente desde el 11 de abril de 2024, en virtud de la cual se establece la delegación de competencias en los órganos directivos. En su apartado segundo, letra c), la persona titular de la Dirección General competente en materia de intermediación y orientación laboral tiene una delegación expresa para la resolución de procedimientos de concesión y el reintegro de las subvenciones concedidas que son de su competencia. Igualmente tienen la facultad para declarar la prescripción del derecho al cobro o, en su caso, al reintegro de subvenciones ya concedidas, al margen de lo que se establezca en la normativa particular sobre la materia.

Paradójicamente, en el marco del ya mencionado Plan de Acción SAE 2023-2024, el objetivo del conocimiento de una nueva forma de atención y prestación de servicios por el Servicio Andaluz de Empleo y la socialización entre todos los actores implicados y afectados no se pone en práctica. Se da a entender así que, en relación con lo que podría ser, se encuentra disminuida la intermediación.

## **8. REFLEXIÓN CONCLUSIVA**

En el seno de la política de empleo andaluza se encuentra el Servicio Andaluz de Empleo con la finalidad primordial de hacerla efectiva a través de, principalmente, la intermediación. Éste nada entre un elenco de programas y/o planes que no son muy claros en relación con la trascendencia epicentral que debe de tener. Todo un entramado de normativa interna lo enrevesa, sumándose como un elemento más en la constante aparición y desaparición de planes de acción en los que no se halla una unidad de actuación evolutiva de la política social desde una perspectiva holística. El valor cuantitativo y cualitativo de la intermediación se encuentra disminuido.

Los recursos humanos para el funcionamiento adecuado del Servicio Andaluz de Empleo están disponibles, así como su dirección política jerárquicamente organizada. Es probable la necesidad de incluir en ésta última un personal con perfil técnico cualificado y distinguido. No hay que olvidar la concienciación a todas las personas involucradas del carácter social del derecho que están posibilitando y tratando de garantizar no sólo para la ciudadanía, sino también para el desarrollo social y económico, dada su función intermediadora en el camino hacia el pleno empleo.

Carece de mucho sentido el hecho de que se banalice al Servicio Andaluz de Empleo. Sus menciones como sólo una herramienta política, a veces no utilizada de la forma adecuada o con simples alusiones dotantes de una importancia y expectatividad mermadas, supone el desaprovechar una oportunidad para el conjunto de la política de empleo. Viene a constituirse más como un órgano encajado con una estructura y finalidad más administrativa que de otro carácter.

Por más que fue creado *ad hoc*, en el seno de la política de empleo andaluza, las menciones jurídico-normativas otorgantes de facultades al Servicio Andaluz de Empleo se realizan atribuyendo posibilidades de actuación o, incluso, impulsándolas. El rol tan importante que posee este órgano administrativo para la intermediación -como servicio público- se difumina en una política social del derecho con una muy mejorable técnica de ordenación jurídica y, como resultado, de un funcionamiento eficaz y eficiente.

# AGENTES DE LA INTERMEDIACIÓN EN LA LEY 3/2023, DE EMPLEO: LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN Y LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

## *INTERMEDIATION AGENTS IN LAW 3/2023, ON EMPLOYMENT: PLACEMENT AGENCIES AND SELECTION COMPANIES IN LABOR INTERMEDIATION*

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Jaén

ORCID: 0000-0001-7220-2160

### RESUMEN

**Palabras clave:** empleo; servicios de empleo; colocación; intermediación laboral

El reconocimiento constitucional del derecho al trabajo conlleva, entre otros aspectos, a la consideración de la colocación como actividad o servicio público. Ello no obsta a que tal actividad se preste tanto en sus formas de gestión directa -a través de los servicios públicos de empleo estatales o autonómicos- o de forma indirecta -mediante el recurso a la iniciativa privada-, y todo ello presidido por el principio de colaboración con lo público.

Tal relación de cooperación entre sujetos intervinientes en la actividad de la intermediación parte en la nueva Ley 3/2023, de Empleo, en todo caso, del fortalecimiento de los Servicios Públicos, con el principal objetivo de lograr una gestión de las políticas de empleo que sea moderna, eficaz, eficiente e inclusiva y que dé respuesta a los requerimientos que llegan desde el nuevo contexto socioeconómico.

En tal sentido, este nuevo marco regulador pretende dar respuesta a los espacios de anomia y autorregulación que se venían produciendo en materia de intermediación. Al análisis de su alcance y de su contenido se dirige el presente estudio.

### ABSTRACT:

**Keywords:** *employment; employment services; placement; job intermediation*

*The constitutional recognition of the right to work entails, among other aspects, the consideration of employment as a public activity or service. This does not prevent such activity from being provided both in its forms of direct management - through state or regional public employment services - or indirectly - through recourse to private initiative -, and all of this presided over by the principle collaboration with the public.*

*Such a relationship of cooperation between subjects involved in the intermediation activity is part of the new Law 3/2023, on Employment, in any case, on the strengthening of Public Services, with the main objective of achieving management of employment policies that be modern, effective, efficient and inclusive and that responds to the requirements that arise from the new socioeconomic context.*

*In this sense, this new regulatory framework aims to respond to the spaces of anomie and self-regulation that have been occurring in terms of intermediation. The present study is directed to the analysis of its scope and content.*



## INDICE

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: UNA NUEVA LEY DE EMPLEO PARA LA TRANSFORMACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO DE ESPAÑA
2. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: UN MODELO BASADO EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA
  - 2.1. Conceptualización legal de la intermediación laboral
  - 2.2. Agentes de la intermediación laboral
3. LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN Y LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN COMO SUJETOS DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL
4. BREVE REFLEXIÓN FINAL

### **1. PLANTEAMIENTO GENERAL: UNA NUEVA LEY DE EMPLEO PARA LA TRANSFORMACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO DE ESPAÑA**

La profundidad e importancia de los cambios que ha sufrido el mercado de trabajo en las últimas décadas es una realidad incontestable que se encuentra representada por una elevada y creciente tasa de personas desempleadas. La radicalidad de las crisis económica, financiera y sanitaria que ha azotado la economía mundial en las últimas dos décadas, junto a la reconfiguración del tejido productivo ligado a los procesos que se producen en razón a los cambios tecnológicos, la mundialización de la economía y la descarbonización industrial y, en fin, los conflictos armados que afectan en este último año a algo más de una treintena de países, explican en gran parte las tensiones que se producen en los mercados de trabajo.

Obviamente, ello tiene una derivada consecuencia desde la perspectiva social, puesto que, de un lado, se presencia el escenario de la desaparición u la obligada reestructuración de algunos sectores productivos tradicionales por los mencionados eventos vinculados a la digitalización, la globalización o la economía verde, de otro, los procesos de gestión y dirección empresarial que se producen a consecuencia de tales circunstancias y en aras a la competitividad, lleva a la adopción de medidas de gestión de las plantillas que bien se reducen en cuanto a su tamaño, o bien redistribuyen a las personas trabajadoras, lo que produce una espiral de destrucción de puestos de trabajo o la transformación de las ocupaciones.

Pues bien, todo ello conlleva el que se materialice entre otras consecuencias la de un evidente incremento en la presión sobre la empleabilidad de las personas trabajadoras, llevándolas a la necesidad de ajustarse a un proceso continuo de reconversión profesional vinculado a la actualización y perfeccionamiento de sus capacidades profesionales.

Tal presión a fuer de entenderla como una consecuencia que ha de analizarse desde una visión por la que se entiende que debe valorarse como un proceso

normalizado dentro del actual contexto económico, sin embargo, no deja de producir otro tipo de efectos indeseables desde el plano social. Con ello nos referimos al más que evidente fenómeno de la exclusión social de algunos colectivos de personas, dando como resultado el que se consolide la línea de tendencia del crecimiento de los índices de pobreza en todos los países, así como al aumento de la brecha entre rentas.

De tal panorama no otra consecuencia se puede extraer más que la de la del incremento de las barreras, de un lado, para el acceso a un primer empleo de aquellas personas que aún no lo tienen, así como, de otro, para la reincorporación al mercado laboral de las personas trabajadoras afectadas por tales procesos de gestión de la fuerza de trabajo.

Y, frente a ello, no cabe, como se sabe, otra vía de acción política más que la adopción de medidas dirigidas a la mejora de las condiciones de vida y el bienestar de las personas de forma integral, abarcando para ello una diversidad de dimensiones entre las que destaca el de la creación de empleo de alta calidad con el que atajar la desigualdad, la brecha de rentas y, en fin, corolario de ello la pobreza de capas enteras de población, tanto la desempleada, como aquella otra que aun disponiendo de trabajo no les permite hacer frente a las necesidades vitales más esenciales tanto propias como de las personas de ella dependientes.

En este sentido encuentra su justificación el que se exija, entre otras medidas, la revisión -si no, renovación- de la política activas de empleo de los estados, a fin de proyectar con la misma todo un instrumental en materias de colocación dirigido a alcanzar el equilibrio entre demanda y oferta de ocupaciones.

Es dentro de esta óptica como hay que interpretar la aprobación en España del *“Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”*<sup>1</sup> vinculado a los nuevos instrumentos comunitarios de financiación *“Next Generation EU”*, proporcionando un soporte idóneo para el despliegue de dicho Plan y de este modo poder contrarrestar el impacto de la pandemia sobre la inversión y la actividad económica a la misma vez que impulsar la recuperación y abordar una modernización de la economía española.

Pues bien, en el mencionado Plan, a los efectos que aquí nos interesan, el *Componente 23* del mismo, que se encuadra bajo el título “nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, incluye la *“Reforma 5”* centrada en la “modernización de políticas activas de empleo”, por tener estas un papel protagonista en la lucha contra el desempleo y ser elemento fundamental en la conformación de un mercado de trabajo sostenible. Y encuadrándose en las actuaciones principales contempladas para la implementación de esta dicha *“Reforma 5”* ha sido la modificación del texto refundido de la Ley de Empleo,

<sup>1</sup> <https://planderecuperacion.gob.es/documentos-y-enlaces>

aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (en adelante, TRLE), siendo el mismo sustituido por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (en adelante, LE).

De los compromisos vinculados a la modernización de las políticas activas de empleo y la necesaria mejora de los instrumentos que faciliten el retorno al empleo de las personas trabajadoras desempleadas, la aprobación de la nueva Ley 3/2023, de Empleo, tiene como objetivos principales: potenciar los instrumentos de actuación y de coordinación del Sistema Nacional de Empleo, centrándose en la revisión de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y sus ejes y de los Planes Anuales de Política de Empleo; la reforma de las Políticas Activas de Empleo; revisar la Gobernanza del Sistema, con el reforzamiento de la dimensión local de la política de empleo; y, en fin, la adecuación a los requerimientos de implementación de las distintas actuaciones previstas en el Plan Nacional de Políticas Activas de Empleo<sup>2</sup>.

A este respecto, se identifica un evidente cambio en lo que se podría definir como el eje definitorio de los objetivos que se plantea la nueva LE frente al texto precedente –TRLE–, puesto que los objetivos de esta última ponían el punto de mira en la “consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo y la reducción...del desempleo” (art. 1 TRLE), mientras que en el nuevo texto normativo el foco se pone en “la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, el pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, la generación de trabajo decente y la consecución del objetivo de pleno empleo” (art. 2.2 LE). Y ello además se diseña en torno a la efectiva materialización de una serie de principios esenciales que han de transitar en la nueva política de colocación definida en la LE (art. 5 LE), como son los de: igualdad y no discriminación en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social favoreciendo de esta manera la cohesión social; principio de transparencia en el funcionamiento del mercado de trabajo; principio de colaboración institucional y coordinación entre los distintos agentes públicos y privados intervinientes; principio de adaptación, acompañamiento y activación, a fin de promover una atención personalizada adecuada a las necesidades de las personas y empresas usuarias de los servicios públicos de empleo, así como la activación laboral de la población en edad de trabajar; principio de eficacia y eficiencia en el diseño y

<sup>2</sup> Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G., La reforma del derecho del empleo: notas sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo-Laborum*, 7/2023, p. 15.

ejecución de las políticas de empleo, así como en la prestación de los servicios de empleo, básicos y complementarios, a las personas demandantes y personas, empresas u otras entidades empleadoras usuarias, a cuyos efectos se establecerán las correspondientes herramientas de seguimiento y control de calidad; y, en fin, el principio 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.

La clave del sistema de colocación que pretende poner en marcha la nueva LE se conforma ahora en torno al acceso a un empleo y el mantenimiento del mismo en términos de calidad y de dignidad, de trabajo decente y de empleo con derechos, con el que se posibilite una real y efectiva integración social y la evitación de la pobreza, superando así etapas precedentes en los que se apostaba más por la creación de empleo de cualquier tipo con el fin de último de alcanzar por cualquier vía la reducción del desempleo y la consecución del pleno empleo.

Para tan ambicioso objetivo, la LE pergeña una sólida estructura de la que una parte esencial de la misma es la referida al refuerzo del carácter público del servicio de empleo, apostando por la modernización de los servicios de empleo, con incentivación e impulso para la opción de dispensación pública, con la que facilitar una rápida transición a las personas en paro o con trabajos inestables hacia la realización de prestaciones laborales de mayor calidad y dignidad.

## **2. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: UN MODELO BASADO EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA**

La falta de equilibrio automático entre oferta y demanda de ocupación ha justificado la intervención de los poderes públicos sobre esta situación, con el principal objetivo de garantizar los derechos de la persona que ocupa la posición más débil en dicha relación jurídica de compraventa de fuerza de trabajo<sup>3</sup>.

Como se sabe la colocación ha constituido una de las actividades tradicionales de los mercados de trabajo, teniendo la misma su origen, desde una dimensión institucionalizadora, en el desarrollo, desde mediados del siglo XIX, de esta labor por parte de las Administraciones públicas de carácter local. Con ello se dio así una débil, pero necesaria respuesta a los problemas ligados al desempleo y a la búsqueda de empleo que se les planteaba en su territorio, y sobre los que la actitud abstencionista del Estado y la labor en esta materia de la iniciativa privada no realizaban acciones viables para la válida solución de esta situación.

<sup>3</sup> Escudero Rodríguez, R.: “Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral”, Relaciones Laborales, 1991, Tomo I, pp. 138 y ss.

Y, en este sentido, resulta importante destacar –aunque sea brevemente- cuál ha sido el proceso evolutivo de la conceptualización de esta actividad de colocación e intermediación en el marco de la normativa internacional emanada de la OIT, en tanto que, en buena medida, ello nos aportará elementos de juicio de especial calado para comprender la propia evolución que de la misma se ha constatado en el ordenamiento jurídico de España, así como las líneas de desarrollo de política legislativa que se pueden derivar de ello.

En tales términos, una circunstancia especialmente reseñable en los comienzos de esta actividad de la intermediación en la colocación fue la de la intervención en la materia por parte de la OIT, adoptándose a estos efectos el Convenio núm. 2 OIT, de 29 de octubre de 1919, por el que vino a establecerse la obligación de generalizarse la intervención pública en materia de colocación, debiéndose crear por todos los Estados miembros un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación. Esta intervención pública se configura y define técnico-jurídicamente por los caracteres de gratuidad, control y coordinación de la misma por parte de una autoridad central, y, en fin, reconocimiento de un papel de intervención de los agentes sociales.

A partir de este momento, la actividad normativa de la OIT en la definición de la colocación ha determinado en buena manera la propia definición que en los ordenamientos jurídicos nacionales se han ido decantando. Y, en este sentido, dos son las etapas que se pueden diferenciar<sup>4</sup>: una primera, en la que desde la OIT se reproducen las pautas que se iban aquilatando en las regulaciones nacionales, y que venían a identificar a la actividad de colocación con la conexión de ofertas y demandas de trabajo; y, una segunda etapa, en la que se produce un salto cualitativo en la propia conceptualización de la colocación, por la que se supera la anterior identificación del término con la propia intermediación, englobando y superando a ésta en el nuevo concepto adoptado por la OIT.

Así, respecto de la primera de las etapas, fue con la adopción del Convenio núm. 34 OIT, relativo a las agencias retribuidas de colocación, cuando se definió esta actividad en referencia al objeto de tales agencias. En este sentido, se destacó en el art. 1.1.a) que la misma es la de servir de “*intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador*”, en vista a lo cual se puede afirmar que el concepto se realiza mediante la equiparación a la actividad dirigida a la puesta en contacto entre quienes pretenden celebrar un contrato de trabajo. No obstante, de ello se excluyen determinadas actividades como las de la mera y circunstancial transmisión de información de ofertas y demandas de trabajo, lo que pone de relieve el componente de profesionalidad que se le viene a imprimir a la actividad de intermediación.

<sup>4</sup> En este sentido, vid.: AA.VV. (Rodríguez-Piñero Royo, M.C., Morales Ortega, J.M. y Calvo Gallego, F.J., Coord.), *Lecciones de Derecho del Empleo*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 80.

Con posterioridad, con la aprobación del Convenio núm. 88 OIT, relativo a la organización del servicio de empleo, se amplía el concepto, en tanto que se incorporan al mismo otra serie de actividades que, aun ligadas a la propia intermediación, la trascienden en contenido y objeto. Así se nos dice que consiste en “*ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo conveniente y a los empleadores a contratar trabajadores apropiados a las necesidades de las empresas*” (art. 6.a), incluyéndose entre las acciones a desarrollar el registro de las aptitudes de los trabajadores, su evaluación y la prestación de labores de orientación para su readaptación profesional. De este modo, se puede comprobar que se vino a producir una evolución en el propio concepto, en tanto que a la luz de los términos utilizados se aprecia que la intermediación, aun ocupando un lugar preeminente en esta actividad, se diferencia del concepto de colocación, englobándose en éste otras actividades diferenciadas en contenidos y en objeto de las propiamente dichas de intermediación.

Sin embargo, esta evolución conceptual no vino a representar el definitivo acogimiento por parte de la OIT de tal conceptualización de la colocación, puesto que sólo un año más tarde de la adopción del mencionado Convenio núm. 88, se aprobó el Convenio núm. 96, relativo a las agencias retribuidas de colocación, el cual vino a revisar en esta materia al Convenio núm. 33 OIT, y en el que se vuelve a adoptar de nuevo el concepto inicial por el que se equiparaba colocación e intermediación. Y ello no nos puede más que sorprender si se analiza otro de los Convenios adoptados en la misma reunión de la Conferencia en el que se aprobó el mencionado Convenio núm. 96, pues en el Convenio núm. 97 OIT, relativo a los trabajadores migrantes, se refiere al término colocación como “*todas las operaciones efectuadas para procurar o facilitar el empleo*”. En consecuencia, se puede afirmar que, durante este período, para la OIT existían dos conceptos de colocación: uno amplio, en el que se incluían una amplia serie de actividades, y otro reducido a la intermediación, vinculándose uno u otro en función del agente que intervenía en la misma, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación, respectivamente.

Con la adopción en la Conferencia celebrada en 1977, del Convenio núm. 181 OIT, relativo a las agencias de empleo privadas, se abre la segunda de las etapas que cabe diferenciar en relación a la conceptualización de las actividades de colocación y de intermediación.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la colocación se venía equiparando desde el principio a la actividad de la intermediación, transformándose con posterioridad aquélla en un concepto que englobaba a otras múltiples actuaciones que transcendían y que superaban a la intermediación<sup>5</sup>. Sin embargo, en este

<sup>5</sup> Vid. Lázaro Sánchez, J.L., *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2002, p. 33.

momento, el término “colocación” deja paso a la noción de “empleo”, lo cual provoca una ruptura definitiva con la identificación que se venía produciendo entre colocación e intermediación.

No obstante, ello no se ha de entender como que los nuevos términos que se utilizan para definir la actividad de las agencias privadas deba llevar a suplantarse al concepto de intermediación, pues en el propio Convenio se recoge la idea de que dentro del terreno del empleo existen una pluralidad de acciones a realizar, entre las que se podrían reseñar las dirigidas a “vincular ofertas y demandas de empleo” (art. 1.1.a). El Convenio núm. 181 OIT, en este sentido, va a repercutir positivamente en la delimitación de la intermediación por cuanto que, aunque en ningún caso la defina, lo que sí realiza es determinar –y no exhaustivamente, por tanto, de contenido abierto- las diversas funciones o servicios que puede realizar una agencia de empleo (art. 1) y, con ello, definir de manera precisa qué se entiende por intermediación y qué constituye acciones diferentes a la misma.

La actividad de intermediación hasta este momento había sido definida de forma excesivamente amplia, en tanto que se trataba como aquella dirigida a “*procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador*”, lo que sin duda plantea una buena dosis de confusión en cuanto al contenido que define a la misma. Sin embargo, los cambios que introduce a este respecto el Convenio núm. 181 OIT determinan una mejor delimitación de los términos precisos para el entendimiento de la intermediación, pues ahora se refiere a “*vincular ofertas y demandas de empleo*”, y además se adiciona una delimitación por exclusión, indicándose que el desarrollo de esta actividad por parte de las agencias de empleo no conllevará a que éstas pasen a ser parte en las relaciones laborales que se pudieran derivar, esto es, sin que participe en la relación de empleo.

De ello se pueden extraer las siguientes consecuencias: en primer lugar, con el cambio del verbo que define a la actividad –“vincular”- frente al utilizado hasta el momento –“ayudar” o “procurar”- ello determina un claro componente de requerimiento de una acción específica, para los que habrá de utilizarse los medios precisos para la consecución del objeto de la actividad de intermediación laboral; en segundo lugar, se precisa el objeto de la actividad desde una vertiente positiva, identificándose con las ofertas y demandas de empleo; en tercer lugar, se acota a la intermediación, desde una dimensión negativa, excluyéndose a las actividades que conlleven a una participación en la condición de sujeto de la relación de empleo que se pudiera derivar del proceso de intermediación, lo que rompe de manera definitiva entre la posible identificación dentro de la misma actividad entre intermediación e interposición en el mercado de trabajo; y, por último, hay que resaltar que en la letra c) del mencionado art. 1.1, se diferencia otra actividad como es la de la brindar información sobre ofertas y demandas de empleo, sin que ello conlleve la propia acción de vincularlas entre sí, lo cual nos pone sobre la pista de que, desde la perspectiva del Convenio núm. 181 OIT, esta actividad tampoco quedaría incluida dentro de lo que ha de entenderse como intermediación, si se

considera de manera independiente a la labor adicional de la vinculación entre oferta y demanda de empleo.

Si nos situamos en el plano normativo estatal, el tratamiento legislativo de la actividad relativa a la intermediación en la colocación de los trabajadores ha constituido una constante en el ordenamiento jurídico español desde finales del siglo XIX. Así, en este sentido, ya el Decreto de 6 de mayo de 1882, por el que se creaba el Ministerio de Fomento, Agricultura, Industria y Comercio, establecía una sección a la que se le encomendaba labores de control y fiscalización de las agencias que intervenían en la contratación de la mano de obra emigrante. Y, con diferente alcance y contenido, la actividad de intermediación como parte de la función de la colocación, viene estando presente en la acción normativa acometida por el legislador español. No corresponde aquí tratar de realizar un excursus de la historia legislativa de la intermediación en España<sup>6</sup>, pero sí pretendemos destacar que de su análisis se deduce que idéntica problemática a la hasta aquí puesta de relieve se produce respecto de la definición y delimitación de la actividad de intermediación respecto a la propiamente dicha de colocación, siendo ello, en unos términos u otros, una constante en todo el discurrir normativo de esta actividad en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de los más de cien años transcurridos desde la inicial regulación de aquella actividad en el mercado de trabajo.

Centrándonos en el momento presente, de acuerdo a lo previsto en el art. 40 CE, en cuanto que se emplaza a los poderes públicos a la realización de una política orientada al pleno empleo, la nueva LE traza las líneas maestras para el desarrollo constitucional del “estatuto jurídico del empleo” y la garantía del trabajo digno como derecho a la realización de un trabajo definido con derechos sociales de desmercantilización<sup>7</sup>.

A tal efecto, el soporte básico para llevar a efecto tal objetivo político-jurídico se establece por la LE sobre toda una serie de características esenciales que han de definir los presupuestos de la política de empleo y de su entero sistema institucional de ordenación, desarrollo y seguimiento de la misma. No es este el lugar ni el momento de hacer un excursus para el análisis detallado de las novedades de la LE en esta materia, aunque sí que nos hemos de detener en lo atinente a la intermediación laboral y cómo ha afectado a la misma la entrada en vigor de la mencionada LE.

Se ha de partir en esta materia de una doble premisa: de un lado, la ligada al mandato constitucional –ya referido anteriormente- de emplazamiento a los

<sup>6</sup> A este respecto, para un análisis de la historia legislativa española en materia de colocación e intermediación laboral, vid. Lázaro Sánchez, J.L., *La intermediación en el mercado de trabajo*, op. cit., pp. 45 y ss.

<sup>7</sup> Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G., *La reforma del derecho del empleo: notas sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo*, op. cit., p. 17.



poderes públicos para que realicen una política que se oriente a la consecución del pleno empleo (art. 40 CE); y, de otro, el derecho reconocido a todos los ciudadanos europeos al acceso de un servicio gratuito de colocación (art. 29 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)<sup>8</sup>.

A este respecto, la LE plantea como soporte básico para ello al Sistema Nacional de Empleo, que estará conformado por nueva Agencia Española de Empleo, además de, en orden a la descentralización territorial llevada a efecto desde hace décadas, por los servicios públicos de empleo autonómicos (art. 8). También se prevé la colaboración en este sentido de las Corporaciones locales, así como de otras entidades, públicas o privadas, que participen en la implementación de políticas de empleo, teniendo las mismas como premisa básica de actuación el de la coordinación y colaboración con los servicios públicos de empleo.

De tal definición del Sistema Nacional de Empleo se desprende la apuesta del legislador por el refuerzo del modelo basado en la cooperación y colaboración pública y privada para la gestión de las políticas de empleo, pero ahora con una evidente postura de refuerzo del carácter público del servicio con independencia del agente que lo preste, además de manifestar la voluntad de fortalecer los medios públicos del Sistema Nacional de Empleo para llevar a cabo la prestación de los servicios que se les encomienda (art. 42). Así, se mantiene el posicionamiento previo a esta nueva LE acerca de la oportunidad de mantener la operatividad de la colaboración público-privada, abriendo ahora mayores espacios de libertad de acción a la iniciativa privada, pero reforzando la dimensión pública, con el objetivo de lograr una más eficaz, eficiente y moderna gestión de las políticas de empleo.

Desde tal óptica se comprende la referencia normativa que se realiza en este sentido en el art. 42.3 LE cuando remarca que “sin perjuicio de la oportuna colaboración público-privada a través de los instrumentos de coordinación o los convenios de colaboración que se celebren con agencias de colocación, se fortalecerán los medios públicos del Sistema Nacional de Empleo para facilitar la intermediación laboral”. Se trataría así de entender la oportunidad de una iniciativa privada en esta materia, que no por ello deba ensombrecer o eliminar la acción pública en el ámbito de la intermediación entre sujetos que ofrecen empleo y personas que lo demandan<sup>9</sup>, sino más bien, todo lo contrario -cuanto menos sobre el texto de la norma-, de modo que se apuesta por un fortalecimiento de los servicios públicos y a ello adicionar la opción colaborativa con el sector privado, asumiendo ello como un mal menor, a fin de garantizar en todo caso un eficaz y eficiente servicio de intermediación laboral.

<sup>8</sup> González-Posada Martínez, E., “Servicios públicos e iniciativa privada en el empleo y en la colocación”, *Documentación Laboral*, 124/2021, p. 20.

<sup>9</sup> Cabeza Pereiro, J., “La nueva dimensión de la intermediación laboral”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 6/2023, p. 61.

Y tal planteamiento se encuadra de manera precisa dentro de los principios definitorios del Estado Social, puesto que ante las situaciones de desempleo y de precarización laboral que implican escenarios de precariedad, inseguridad y vulnerabilidad para las personas, es preciso que se otorgue el máximo relieve a las políticas activas de empleo<sup>10</sup>, siendo preciso que en las mismas tenga un papel protagónico los servicios de empleo públicos. La oportunidad y necesidad de contar con un armazón institucional de carácter público, sólido y fuerte que movilice todos los recursos en pos de garantizar un empleo digno, decente y de calidad se hace en este momento imprescindible. Y, para ello, la intermediación en la colocación se reviste como servicio de interés general que en razón a ello hace precisa esa dimensión pública definida y reforzada en cuanto a su prestación a la ciudadanía y, en fin, al cumplimiento del propio mandato constitucional y a la misma definición del Estado Social en el que se inscribe nuestro modelo de Estado.

Sin embargo, siendo ello cierto, lo destacable en este punto es que el problema central con el que el legislador se ha enfrentado es el de la concreción de quiénes serán los sujetos que actúen en este espacio de la intermediación laboral, y, definidos los mismos, cuál es el peso específico que se le otorga a cada uno de ellos –públicos y privados- dentro de la comentada actividad<sup>11</sup>.

Destacando la importancia de tal extremo, no obstante, con carácter previo se ha de abordar el análisis de la intermediación laboral tanto desde el plano conceptual, como respecto del sistema competencial definido legalmente por los agentes con competencias en gestión de la intermediación laboral.

## 2.1. Conceptualización legal de la intermediación laboral

Situándonos en los precedentes inmediatos de la actual norma vigente en materia de Empleo, fue la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, la que, dentro de su Título segundo, que intituló como “*instrumentos de la política de empleo*”, le dedicó una especial atención a la “*intermediación laboral*”, junto a las políticas activas de empleo y la coordinación entre éstas y la protección económica frente al desempleo. Con ello, sin duda, la Ley 56/2003 vino a singularizar a la actividad de intermediación laboral dentro de las diferentes políticas activas de empleo de la cual forma parte aquélla, reforzando<sup>12</sup> así la importancia de la misma

<sup>10</sup> Monereo Pérez, J.L., La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral, Albacete, Bomarzo, 2011, p. 101.

<sup>11</sup> Valdés Dal-Re, F., “La reforma de la intermediación laboral”, Relaciones Laborales, 21-22/2010, p. 131.

<sup>12</sup> Así, vid. Molina Hermosilla, O. y Molina Navarrete, C., “«Más acá y más allá del trabajo»: comentario a la Ley 56/2003, de Empleo”, en AA.VV. (Molina Navarrete, C., Coord.): *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004, p. 57.

como política centrada en la facilitación del encuentro entre oferta y demanda de empleo.

El art. 20 de la Ley 56/2003 definió a la “*intermediación laboral*” de un modo más acertado desde una perspectiva terminológica y con una mayor corrección técnico-jurídica, ligando la misma a la relación que se produce entre el concepto de “intermediación” –el cual es una faceta específica del proceso completo de colocación- y el concepto de “colocación” –por tanto, con un contenido conceptual de mayor calado-. En este sentido, la intermediación se configuró como instrumental para la conceptualización de la colocación.

Sin embargo, el art. 20 de la Ley 56/2003, lejos de alcanzar este objetivo, y, sobre todo, de romper con los equívocos que sobre la utilización de los términos “intermediación” y “colocación” se vienen produciendo tanto en la normativa española, como en la normativa internacional, en cierto modo vuelve a reiterar los mismos.

El inmediato precedente normativo del art. 20 LE fue el art. 38 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (en adelante, LBE), el cual con ocasión de la definición que realizaba del término “colocación”, señalaba que “*la política de colocación comprende las acciones tendentes a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y a facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas*”.

Esta definición se aproximaba, en cierta medida, a los términos que utilizaba a este respecto el Convenio nº 34 OIT cuando definió la colocación, aun cuando éstos contaban con una mayor precisión que los manejados por la propia LBE, puesto que en ésta, más que una definición, lo que se plasma es una relación de las medidas que forman parte de la política de colocación, y, además, cuando define dichas medidas, lo realiza de una manera tan genérica que incrementa las dificultades de precisión de su significado<sup>13</sup>. Al fin y al cabo, la LBE, por lo que afecta a la noción de intermediación que en ella se recogía, reflejaba iguales deficiencias que hasta el momento habían mostrado la legislación que le precedió en esta materia, y que no era más que la ausencia de una real definición de colocación.

Y ello es así, aun cuando la mención expresa que a la misma se hacía en el art. 38 LBE, el cual, puesto en relación con los arts. 39 y 43 del mismo cuerpo legal, venían a definirse las medidas que formaban parte de esta rama de la política activa de empleo, los fines a cuya consecución había de tender, y las funciones con que contaba el INEM como órgano que tenía conferida la prestación del servicio público de colocación. Pero, más allá de ello, no se podría afirmar que dicho precepto nos llegase a proporcionar un concepto claramente definido y preciso de qué se habría de entender por “política de intermediación”, por más que sí supusiese un avance

<sup>13</sup> Vid. Lázaro Sánchez, J.L., *La intermediación en el mercado de trabajo*, op. cit., p. 53.

respecto a la normativa precedente el que se especificara el objeto de la misma -“ajuste entre ofertas y demandas de empleo”-, excluyéndose otras actividades que no se incluirían dentro de aquella –selección de trabajadores-<sup>14</sup>. En definitiva, la LBE en este punto utilizó una deficiente técnica legislativa, por la que con la identificación de la actividad a regular con el objeto o la finalidad que se persigue con la misma provocaba con ello imprecisiones de importante calado<sup>15</sup>.

En fin, con la derogación de la Ley 51/1980, Básica de Empleo, que constituía parte integrante del conjunto de grandes normas “socio-laborales” que tuvieron el mérito de poner en marcha el modelo constitucional de ordenación del mercado de trabajo, y la aprobación de la Ley 56/2003, de Empleo, se culminó un proceso, que podríamos definir como histórico, de reconfiguración del marco normativo socio-laboral español a las nuevas realidades sociales, económicas y normativas.

La nueva LE dentro del Título III sobre las políticas activas de empleo, recoge un capítulo III dedicado a la “intermediación”. A este respecto, dos consideraciones iniciales hay que realizar: la primera, relacionada con la eliminación del término “laboral” respecto de la expresión que venía a definir el capítulo referido a la “intermediación laboral” y que se ha mantenido así hasta el precedente inmediato a esta norma –el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Empleo-, lo que debe valorarse negativamente, puesto que, a mi juicio, tal terminología prescinde de la necesaria armonización terminológica con el resto de referencia que en la LE se hace a esta materia; y, en segundo lugar, ahora de forma positiva se debe valorar el que se mantenga la especial atención a la intermediación laboral, singularizando su tratamiento. Este tratamiento diferenciado y específico supuso una ruptura con la tónica tradicional mantenida a este respecto, pues bajo la denominación de “política de colocación” se encajaba a la actividad de intermediación. Con esta diferenciación en la propia sistemática formal y de fondo, se refuerza la importancia de la actividad de intermediación, aun cuando ello no obste a su pleno entendimiento como una política activa de empleo centrada en la facilitación del encuentro entre la oferta y la demanda de empleo.

Seguidamente, la conceptualización de la intermediación se aborda en el art. 40 LE en relación al art. 3.c) LE, de modo que por la misma se entiende como el “conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades”. A ello se le añaden algunas precisiones más en el art. 3.c) LE, puesto que en el mismo

<sup>14</sup> Vid. Molina Hermosilla, O., *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistémica*. CARL-Mergablum, Sevilla, 2005, p. 320.

<sup>15</sup> Vid. Martín Valverde, A., “La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo”, *Documentación Laboral*, n.º 9, p. 64.

se realiza una precisión acerca del alcance de tal actividad, en el sentido de que tales acciones se han de realizar desde un “enfoque integral”, y en las que se han de integrar una serie de actividades como son las de prospección y captación de ofertas de empleo, puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras. Y todo ello se remata en el mencionado art. 3.c) LE excluyendo la posibilidad de considerar intermediación o colocación laboral a aquellos procesos que de forma completa e integral realicen tales actividades de forma automatizada.

Esta nueva definición supone un punto de ruptura evidente con las definiciones de la intermediación laboral precedentes, puesto que, como veremos, da un paso más hacia la conceptualización integral de tal actividad, además de una mejor delimitación objetiva de la misma.

Con la definición que realiza este art. 40 LE sobre la intermediación laboral se trasluce la voluntad del legislador de llevar a cabo un replanteamiento, en términos de mayor corrección técnica, de la relación entre los conceptos de “intermediación” y de “colocación”, siendo aquella instrumental a ésta.

Sin embargo, como se puede comprobar a la luz de una labor de contraste entre el precedente TRLE y la actual LE, cuando en esta última se delimita la finalidad esencial de esta función de intermediación en el mercado de trabajo, se utilizan iguales términos con los que desde la LBE hasta el TRLE definían a la “política de colocación”. Ello determina que, en principio, se produzca la tan comentada confusión en esta materia, pues, como se indica en el art. 3.c) LE la intermediación laboral consiste en “*proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades*”. Sin embargo, esta primera impresión se ve rectificada por la incorporación en el art. 3.c) y 40 LE de una precisión en cuanto al alcance del ámbito objetivo de tal actividad, de forma que se solventa la crítica que a este respecto se vertía en relación a la definición de intermediación laboral que realizaron las normas precedentes en materia de empleo. Ahora sí se puede considerar que en sentido estricto el concepto de intermediación laboral y la actividad que la misma implica quedan englobadas aquellas otras actividades que hasta la presente LE no se especificaban de forma precisa en la norma, como las de buscar, seleccionar y reclutar a las que, de manera expresa, viene a referirse el art. 2 del Convenio núm. 97 OIT<sup>16</sup>.

Así una virtud de esta delimitación conceptual de la intermediación laboral realizada por el precepto que aquí comentamos, es la de haber mostrado una especial sensibilidad con la evolución que ha experimentado en esta materia la normativa internacional, en la que el concepto de intermediación ha encontrado un reseñable

<sup>16</sup> Así, vid. Molina Hermosilla, O. y Molina Navarrete, C.: “<<Más acá y más allá del trabajo>>: comentario a la Ley 56/2003, de Empleo”, en AA.VV. (Molina Navarrete, C., Coord.): *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, op. cit., p. 57.

margen de autonomía respecto del concepto de colocación –el cual, como se ha visto, venía sirviendo de referencia a la intermediación-. Así la intermediación se trata como una faceta del entero proceso de colocación, proceso que está integrado de un conjunto más amplio de actividades y fases, y en el que la intermediación se conforma como una de ellas, con un relieve de especial importancia dentro de aquél.

De otro lado, la definición que se realiza de la intermediación laboral se viene a vincular a un “*conjunto de acciones*” que vienen a nuclearse en torno a la identificación de los objetivos que se pretenden alcanzar:

1. La prospección y captación de ofertas de trabajo.
2. La puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo, para su colocación o recolocación.
3. La selección para un puesto de trabajo de personas que pueden ser idóneas para el mismo, evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad.
4. La puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral.

Con ello, como dijimos, se supera la delimitación objetiva precedente que se ceñía a la de “*poner en contacto*”, esto es, vincular las ofertas y las demandas de trabajo. En este sentido, si partimos del hecho de la evolución que ha conocido en este ámbito el mercado, y que ha llevado a que en la actualidad concurren sobre el mismo objetivo de la “colocación” un conjunto variado y múltiple de modalidades de intervención y de actuación en el momento previo de la contratación laboral –si es que estamos en el ámbito del trabajo por cuenta ajena- o profesional –si es que lo estamos en el trabajo por cuenta propia-, podemos llegar a concluir que de ello se derivan dos circunstancias que inciden en relación a la actividad de intermediación laboral: la complejidad de la misma, y el dinamismo que ha definido a esta actividad, apreciándose, en este sentido, una evidente evolución de las prestaciones que delimitan la propia actividad de la intermediación.

A este respecto, buen ejemplo de cuanto aquí destacamos lo encontramos en las razones que se barajaron por la OIT para justificar la revisión del Convenio núm. 96 por parte del Convenio núm. 181 OIT. Así se identificó como uno de los mayores problemas que presentaba la regulación contenida en el Convenio núm. 96 OIT era el de la existencia en el mercado de trabajo de actividades que no eran en sentido estricto de intermediación laboral aun cuando mantenían importantes analogías con ella, quedando, en consecuencia, extramuros del marco reflejado en dicho Convenio. Es por ello por lo que la Oficina Internacional del Trabajo decidió analizar estas otras actividades, a través de un estudio realizado

en veinticinco países entre 1988 y 1990. Del mismo se desprendió la existencia de hasta dieciséis tipos de agencias (agencias retribuidas de colocación; agencias de empleo en el extranjero; agencias de contratación y de colocación de extranjeros; ETT; agencias de subcontratación de mano de obra; agencias de arrendamiento de personal; agencia de búsqueda y de selección de ejecutivos; agencias de asistencia con objeto de reinserción profesional y de recolocación; consultorías en materia de inserción profesional; consultorías en gestión de personal; institutos de formación y de colocación; agencias de servicios profesionales; gestorías de espacios publicitarios dedicados al empleo; gestorías de bancos informáticos sobre el empleo; gestorías de carreras profesionales; y, en fin, empresas y asociaciones de inserción profesional provisional) que se clasificaron en torno a cinco categorías (agencias intermediarias; agencias que entablan una relación triangular entre ellas, los trabajadores contratados por las mismas y las empresas a las que éstos prestan sus servicios; agencias prestadoras de servicios en materia de personal; empresas que a los servicios tradicionales adicionan otros relacionados con el empleo; y, por último, otras agencias que no tienen cabida en los grupos anteriores). A la vista de ello, junto a las agencias que responden a las características propias de la actividad de intermediación, se observaron otras cuyo encuadramiento en el Convenio núm. 96 OIT planteaban importantes interrogantes, lo que motivaba que se propusiera la revisión del mismo, llevándose ello a efecto en la 85ª reunión de la Conferencia de la OIT celebrada en 1997.

En fin, a la vista de esta situación, no cabe duda de que la intermediación laboral es una actividad de carácter complejo y que cuenta con un reseñable dinamismo que provoca, ante todo, el que encierre un concepto en permanente evolución, lo cual viene así a reflejarse en la misma definición que se adoptó al respecto en el Convenio núm. 181 OIT, en el que se parte no de una definición cerrada, sino que se ofrece a este fin una definición abierta y flexible (art. 1)<sup>17</sup>.

En fin, la extensión y complejidad del concepto legal utilizado nos permite poder afirmar que se aprecia de forma clara el que con el término intermediación laboral se está refiriendo a toda una serie de actuaciones que trascienden de la mera actividad de información, y que, por tanto, estas actuaciones a realizar habrán de ser aquellas que se requieran para alcanzar una eficaz gestión del acceso efectivo de los trabajadores que buscan un empleo al oferente del mismo, satisfaciéndose de este modo su derecho a una oportunidad de empleo. Pero esta circunstancia no ha de suponer, como se ha destacado, que ello ha de llevar a la confusión de la actividad de intermediación con otras fases del proceso o ciclo del empleo, en todo caso se han de diferenciar cada una de ellas. Y a esta afirmación no obsta el que los agentes de la intermediación previstos en el art. 41 LE puedan realizar una o más fases de aquel proceso, pudiendo alcanzar el ciclo completo de las políticas activas

<sup>17</sup> Vid. Lázaro Sánchez, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op. cit., pp. 33 y ss.

de empleo; con lo que se desbordaría su faceta de intermediario siempre que así no lo impida, por venir establecida una obligación de exclusividad en el objeto, el marco jurídico que le sea aplicable en cada caso.

Otro de los elementos del concepto de intermediación laboral que merecen, a nuestro juicio, una crítica es el uso por el legislador del término “oferta de trabajo”, en lugar de haberlo hecho, en términos más precisos desde un punto de vista técnico-jurídico, en relación al término “oferta de empleo”, de forma que con ello se entremezclan de manera indebida ambos términos. En este sentido no se ajusta a las propias previsiones del Convenio núm. 181 OIT, en tanto que en él sí se refiere a “vincular ofertas y demandas de empleo” (art. 1.1.a), ocupando en ello la posición de oferente de trabajo la persona trabajadora que *“busca un empleo”*, mientras que la posición de demandante de trabajo la ocupará la entidad empleadora que actúa en la condición de oferente de empleo.

Otro de los elementos de aparente distorsión que se producen en relación al concepto legal de intermediación laboral que se recoge en el art. 40.1 LE es el de la introducción de un párrafo tercero y cuarto a este artículo por el que se viene a considerar como colocación especializada, respectivamente, tanto a la actividad de *“recolocación de personas trabajadoras o desempleadas que resultan afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos”*, como a la actividad de selección de personal *“aun cuando el método de reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado requiera extender, a falta de perfiles adecuados entre las personas demandantes inscritos, la búsqueda de la candidatura adecuada entre personas trabajadoras no inscritas como personas demandantes de los servicios públicos de empleo”*.

A nuestro juicio, ello tiene dos lecturas. De un lado, el párrafo tercero, en principio, es la traslación del precedente art. 31.2 TRLE, que no más que recogía una previsión que mejoraba uno de los aspectos sobre los que existía un consenso generalizado: las deficiencias de los mecanismos de intermediación laboral. Y, en esta línea de política legislativa, se ha aprovechó con las reformas llevadas a cabo por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a fin de reconocer a las denominadas “empresas de recolocación”<sup>18</sup>. Con ello se ahondó en la ampliación de la gama de funciones que disponen los agentes de la intermediación, y por la que se abarca todo el ciclo completo del empleo: desde la información profesional hasta la intermediación, pasando por la selección de personal. No obstante, a tal actividad, a

<sup>18</sup> Para un análisis de esta figura, vid. De la Casa Quesada, S.: “Las empresas de recolocación (outplacement) y nuevos derechos del trabajador a la prevención del desempleo”, Revista Trabajo, 20/ 2007, pp. 137 y ss.



diferencia del texto legal precedente, ya no se equipara sin más a la intermediación laboral, sino que se singulariza como una especialidad de la misma, de modo que se identifica con las actividades de intermediación que por su singularidad tienen el tratamiento de una “colocación especializada”.

Y, de otro lado, de igual modo se define como colocación especializada a la actividad de selección de personal, aun cuando el método de reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado requiera extender, a falta de perfiles adecuados entre las personas demandantes inscritos, la búsqueda de la candidatura adecuada entre personas trabajadoras no inscritas como personas demandantes de los servicios públicos de empleo (art. 40.4 LE). Con ello, a la ya identificada selección de personal como actividad de intermediación laboral (art. 40.2.c LE), se le adiciona este aspecto de especialización en el proceso de colocación, de modo que con ello se amplía el ámbito de la actividad de selección, recogiendo aspectos nuevos en el proceso de reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado de modo que ante la falta de perfiles adecuados entre las personas demandantes de empleo inscritas, la búsqueda se realice entre personas no registradas.

A la vista de ello, más que un elemento de distorsión en la conceptualización de la intermediación laboral, ambas previsiones no hacen sino incidir en el proceso de expansión y actualización de lo que se ha de entender como intermediación laboral, aportando, desde una perspectiva funcional, una serie de previsiones vinculadas a actuaciones o actividades que delimitan el alcance de aquella.

Y, un último apunte en esta materia se ha de realizar respecto de la previsión con la que se remata en el art. 3.c) LE, cuando excluye la posibilidad de considerar intermediación o colocación laboral a aquellos procesos que de forma completa e integral realicen tales actividades de forma automatizada. Ello contrasta con la ordenación jurídica precedente en la que preveía expresamente en el art. 33.2 TRLE la posibilidad de que las agencias de colocación operaran exclusivamente por medios electrónicos. En tal sentido, una inicial lectura nos podría llevar considerar que los portales de empleo quedan al margen de las exigencias de la regulación aplicable, aunque realicen alguna tarea incluida dentro del proceso de colocación. No obstante, tal como se ha destacado por la doctrina, una reflexión más sosegada nos deberá llevar a considerar que tal excepción se ha de entender como inaplicable en la práctica, pues el art. 22 del Reglamento Europeo 2016/679, de 27 de abril de 2016, de Protección de Datos, prohíbe la adopción de decisiones basadas “únicamente en el tratamiento automatizado”, de manera que las agencias de colocación nunca podrán actuar exclusivamente por medios informatizados, quedando sometidas a los condicionamientos y controles de la LE. El alcance de tal excepcionalidad sería el ligado a situaciones en las que se produce una información sobre ofertas de empleo en redes sociales –en línea a lo que podría entender como

un anuncio- siendo la empresa la que recibe directamente los currículos<sup>19</sup>. En cualquier caso, la inaplicación del régimen jurídico de la intermediación a estas situaciones sitúa a tales operadores en un espacio de prestación de servicios carente de regulación, no obstante lo cual, cabría que considerar que hay determinados principios de la LE plenamente aplicables a todas las actividades, automatizadas o no, que se desdoblán en el terreno del acceso al empleo<sup>20</sup>.

## 2.2. Agentes de la intermediación laboral

Además del hasta aquí analizado problema de la definición del alcance y función básica de la intermediación laboral, un segundo punto de conflicto con el que el legislador se ha enfrentado de forma recurrente en materia de la intermediación laboral ha sido el de la concreción y dilucidación de los sujetos habilitados para intervenir en esta actividad. La definición de los mismos y de las competencias que se le atribuyen han sido quizás el gran “caballo de batalla” de la intermediación, recomponiendo, a lo largo de los diferentes momentos de intervención legislativa, la actividad de la intermediación entre los poderes públicos y las entidades privadas intervinientes<sup>21</sup>.

El art. 41 LE establece que únicamente podrán actuar en la intermediación en el mercado de trabajo aquellos que tengan la consideración de agentes de la intermediación a efectos del Sistema Nacional de Empleo, identificándolos en una relación cerrada de sujetos o entidades. Y así, en tal sentido, se prevé que los mismos son:

1. Los servicios públicos de empleo.
2. Las agencias de colocación, sean agencias de colocación propiamente dichas o agencias especializadas en la recolocación o en la selección de personal.
3. Aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con las personas trabajadoras en el exterior.

Adicionalmente, a tal determinación se añade a las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los servicios públicos de empleo, las cuales estarán facultadas para realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción laboral

<sup>19</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G., La reforma del derecho del empleo: notas sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, op. cit., p. 32; Gómez Salado, M.A. y Ruíz Santamaría (Dirs.): El Empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social, González Cobaleda, E., y Ortega Lozano, P.G. (Subdirs.), Granada, Comares, 2023.

<sup>20</sup> Lázaro Sánchez, J.L., Concepto y regulación de la intermediación en el mercado de trabajo en la Ley 3/2023, de Empleo, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, 2023, p. 212.

<sup>21</sup> Valdés Dal-Re, F., “La reforma de la intermediación laboral”, op. cit., p. 131.

de las personas participantes en los mismos, ajustándose a al marco jurídico establecido en la normativa reguladora correspondiente. En este supuesto, dichas entidades quedan exceptuadas de la obligación de constituirse como agencias de colocación. Y, a este respecto, hay que recordar que han venido siendo muchas las entidades que han colaborado con un papel destacado en la actividad de intermediación y colocación no lucrativa en el mercado de trabajo, creando a tal efecto las denominadas bolsas de empleo. En este sentido, de forma particular, descuellan las llevadas a cabo por parte de las corporaciones locales, cámaras de comercio, agrarias e industria, organizaciones sindicales, centros de formación o centros docentes, universidades, organizaciones no gubernamentales, asociaciones, colegios profesionales y otras entidades o instituciones de naturaleza pública o privada, que desempeñan igualmente funciones de índole pública o social y participan en programas públicos de orientación, formación e inserción profesional o colaboran con los servicios públicos de empleo, con su propio régimen jurídico y de financiación<sup>22</sup>.

Una primera conclusión que se extrae de esta regulación es la evidente voluntad del legislador de establecer en esta materia una relación tasada de los mismos, puesto que se refiere a ello con la expresión “...se realizará únicamente a través de...”. Determinación que si se contrasta con la normativa precedente se aprecia que, si ya se caracterizaba esta última por la rotundidad en cuanto a la definición de quiénes podrían actuar en la intermediación laboral como sujetos o entidades, ello se refuerza aún más puesto que se añade el término “únicamente”, lo que denota la voluntad del legislador de venir a establecerlos de manera imperativa y mediante una concreción cerrada de quiénes pueden ser considerados como agentes de intermediación. No obstante, aun cuando ello es así, hay que advertir que, dada la amplitud en la delimitación de los sujetos intermediarios, este listado es mucho más amplio de lo que en apariencia se expresa.

En segundo lugar, otro elemento a destacar en esta regulación es el de que con esta última previsión se ha, en principio, ampliado el elenco de sujetos que pueden actuar como agentes de intermediación. Y, así, a la par de los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con las personas trabajadoras en el exterior, se incorpora las anteriormente mencionadas entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los servicios públicos de empleo para realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción laboral de las personas que participen en ellos sin que resulte necesario que se constituyan como agencias de colocación.

<sup>22</sup> Fernández Prieto, M., Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance de la Ley 3/2023, Revista Justicia & Trabajo, núm. extraordinario, 2023, p. 47.

No obstante, como se advierte, tal afirmación es cierta siempre que se haga la salvedad de que tal relación de sujetos se ha visto modificada, en una primera lectura, a la baja, si es que se compara con la regulación del derogado art. 33 de la precedente Ley de Empleo, por cuanto que ha desaparecido la referencia expresa que se realizaba a las empresas de trabajo temporal, las cuales, como se sabe, podían operar como agencia de colocación.

A este respecto, la duda que nos asalta es la de si tal habilitación a la ETT ha dejado de ser posible o se mantiene vigente aún. En tal sentido, a nuestro juicio, la respuesta debe venir de una lectura conjunta del art. 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, en el que se sigue mencionando a tal posibilidad de actuación como agencias de colocación, aunque vinculando ello al cumplimiento de los requisitos establecidos en la –actualmente derogada– Ley 56/2003, de Empleo, así como en su normativa de desarrollo; y de la interpretación finalista de la propia LE, que acorde con la filosofía que la inspira hacia una definida apuesta por la colaboración público-privada en materia de intermediación nos debe llevar a mantener, en principio, a seguir admitiendo tal posibilidad en el marco de la intermediación laboral.

Una tercera reflexión a la que nos debe llevar el análisis de este precepto es la de que nos encontramos con la cuestión de la denominación utilizada de “agencias de colocación”. Con su uso, lo que vino a realizar la Ley 56/2003, de Empleo fue reiterar la denominación que estaba vigente en la normativa –legal y reglamentaria– en el momento de su aprobación. Ello contrasta con la normativa internacional, en concreto el Convenio núm. 181 OIT, en la que se utiliza de manera expresa el término “Agencias de Empleo Privadas”. Bien es cierto que, a diferencia de la regulación precedente, el legislador, a fin de solventar en parte tal incorrección que llevaba a dejar fuera a un buen número variantes de agencias de empleo privadas<sup>23</sup>, adiciona una puntualización expresa, de modo que nos indica que “...sean agencias de colocación propiamente dichas o agencias especializadas en la recolocación o en la selección de personal...”, salvando así tal crítica, al menos desde el plano de la operatividad técnica-jurídica, de forma que se reitera así el favor legislativo por una visión integral del papel de estas agencias en el entero proceso de colocación, incluyendo otras actividades que forman parte del ciclo completo de actividades o de actuaciones de la política de empleo, atribuyendo una amplia gama de funciones –como pone de relieve una lectura conjunta del art. 40.2 y 42.8 LE–, que exceden de la típica de intermediación, a estas agencias de empleo, gestionando a partir de este momento el mencionado ciclo completo del empleo, desde la información profesional hasta la intermediación, pasando por la selección del personal.

<sup>23</sup> En este sentido, vid. Serrano Falcón, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*. Op. cit., p. 131.

Y así, la actividad de intermediación laboral que se puede llevar a cabo por las agencias privadas abarca un amplio abanico de actuaciones que van desde la prospección y captación de ofertas de trabajo, la casación de la propuesta y demanda de empleo, hasta alcanzar no solo a la colocación efectiva sino también a la recolocación o selección de personal. A la vista de ello, se puede afirmar<sup>24</sup> que se amplían las posibles modalidades de agencias de colocación a las siguientes cuatro:

- a) Agencias de colocación públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen labores de intermediación (desde la captación y prospección de ofertas hasta la puesta en contacto con las demandas de empleo)
- b) Agencias de colocación públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, que también realicen actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación, formación e información profesional.
- c) Agencias de colocación, públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen labores de selección de personal.
- d) Agencias de colocación, públicas o privadas, con labores de intermediación destinada a recolocar a los trabajadores.

A la vista de ello, con tal ampliación del plano objetivo –del contenido- de la intermediación laboral se integran de forma evidente toda una serie de actores privados que realizan tal actividad, de modo que estaríamos así próximos a lo que se podría denominar como “agencias globales de empleo”<sup>25</sup>.

Ligado a lo anterior, podemos destacar como una cuarta reflexión de tal regulación la de que con la nueva LE se cambia el plano de atención legislativa en materia de intermediación, de modo que se centra el objetivo regulador en relación al contenido de las actividades de intermediación incluyéndose algunas que con anterioridad no se contemplaban de forma expresa o quedaban extramuros de lo que se consideraba como intermediación. Así se atribuyen en este punto a los agentes de la intermediación laboral, sean públicos o privados, cuantas actividades sean adecuadas para incrementar la empleabilidad de la persona trabajadora, lo que abarca desde la misma información hasta la prospección, formación, orientación,

<sup>24</sup> En tal sentido, vid. López Balaguer, M., “La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo”, Empleo y protección social. XXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 89; Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores a la luz de la ley 3/2023, de empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 66/2023, p. 109.

<sup>25</sup> Rodríguez Crespo, M.J., Los mecanismos de intermediación laboral tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 10/2010. En Especial, la aparición de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos, 14/2010, p. 20; Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores a la luz de la ley 3/2023, de empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada”, op. cit., p. 110.

recolocación y selección, todos ellos entendidos como piezas de un mismo engranaje que deben llevar a la consecución del objetivo de garantizar el derecho-deber a la empleabilidad<sup>26</sup>.

Partiendo de tal configuración legal de los agentes de la intermediación a efectos del Sistema Nacional de Empleo prevista en el art. 41 LE, identificando a los mismos, como hemos visto, a través de una relación cerrada de sujetos o entidades, nos hemos de centrar en el presente análisis en uno de ellos, en concreto, las agencias de colocación, sean agencias de colocación propiamente dichas o agencias especializadas en la recolocación o en la selección de personal.

### **3. LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN Y LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN COMO SUJETOS DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL**

La renovada simbiosis entre lo público y lo privado que se define con cierta rotundidad y reiteración en la nueva LE viene a poner de manifiesto que, en aras de una mayor eficacia y eficiencia además de una oportuna modernización de todo el sistema de gestión de las políticas de empleo, se apueste por, de un lado, reforzar el papel de los servicios públicos de empleo y, de otro, por reiterar la capacidad de acción en este espacio de la iniciativa privada mercantil, si bien bajo un esquema específico de control de transparencia, de eficacia y de equidad llevado a cabo por el Servicio Público de Empleo. Desde tal óptica, y siempre bajo el mencionado mecanismo de control público, el carácter complementario con el que se define a la actividad privada en materia de intermediación laboral tiene como objetivo distanciarse de la hasta ahora visión marginal con la que se venía identificándose a la misma, siendo fiel reflejo de ello el propio dictado legal cuando se señala en el art. 26 LE *“todas las entidades privadas que intervengan en el campo de las políticas activas de empleo deberán colaborar y coordinarse con los organismos públicos en los niveles territoriales y competenciales que sean pertinentes”*.

Y, en tal sentido, encuentra sentido el frontispicio que da entrada a la regulación del servicio público de intermediación laboral cuando remarca que *“la intermediación laboral tiene la consideración de servicio de carácter público, con independencia del agente que la realice”* (art. 42.1 LE), apostándose por el fortalecimiento de los medios públicos del Sistema Nacional de Empleo (art. 42.3 LE). Con ello se pretende reforzar la idea de que se está ante un cambio de modelo en el que será central el impulso de los servicios públicos de intermediación, a través de una mayor y mejor dotación de medios económicos y personales. Sobre

<sup>26</sup> Sobre el derecho-deber a la empleabilidad y una crítica de su plasmación normativa en la Ley de Empleo, vid. Molina Navarrete, C., “Derecho (Social) del Empleo” y “Políticas de Mercado de Trabajo Sostenible”: ¿más “obsolescencias” que “avances” en la “nueva” ley de Empleo”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., coord.), 40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía, CARL, 2024, p. 77.

el texto de la norma, el diseño del modelo queda definido sobre un esquema de colaboración público-privada en el que se apuesta por servicios públicos adecuados y solventes en orden a los requerimientos que se les presenten, en cada caso, por quienes serán sus usuarios, a lo que se une el necesario complemento –que no suplantación- de la iniciativa del sector privado, situándose así en una posición similar a la que se aprecia en otros países de nuestro entorno que se singularizan por una mayor eficacia y eficiencia en materia de intermediación laboral. No obstante, como decimos, este es el planteamiento de política jurídica que se define en el art. 42.3 LE, el cual, para materializarse de manera efectiva precisa tanto de un desarrollo reglamentario preciso, además de –y es aquí donde se puede encontrar la falla del presente modelo- contar con una dotación presupuestaria y de medios personales y materiales para con los servicios públicos de empleo adecuada y dimensionada para prestar los cometidos que se les han adscrito<sup>27</sup>.

Tal modelo de reforzamiento del eje público del sistema no empecerá a la oportuna y, en cierto modo, necesaria colaboración con el sector privado a través de los oportunos instrumentos de coordinación o los convenios de colaboración que se pudieren celebrar en cada caso, siendo de aplicación a la actuación privada en cualquier caso los objetivos y principios rectores de la política de empleo recogidos en el art. 5 LE, y, en particular, el respeto a la igualdad real y efectiva de las personas oferentes y demandantes de empleo y la no discriminación en el acceso al empleo, sin perjuicio de la generación de mercados de trabajo inclusivos y la ejecución de programas específicos para facilitar la empleabilidad de colectivos más desfavorecidos (art. 42.8 LE).

En consecuencia, por lo que aquí nos interesa, se parte en todo caso de la centralidad de los Servicios Públicos de Empleo, de modo que para todos los operadores privados que puedan intervenir en el campo de las políticas activas de empleo, en general, y de la intermediación laboral, en particular, se exige de manera taxativa que se produzca ello bajo los parámetros de coordinación y colaboración entre ambos sujetos o agentes de la intermediación, lo que nos lleva al reforzamiento, o, más bien, a la reiteración del principio de control y carácter público de la colocación que sujeta a cuantos agentes privados actúen en tal actividad económica en línea con lo mantenido por la legislación española desde que se produjo el cambio de modelo en la organización de la colocación. Es así como dicha actividad pública se mercantiliza aunque bajo un doble prisma: de un lado, el mantenimiento de la presencia de la Administración Pública y su primacía –sobre el texto legal, y, no tanto, en la realidad práctica por una diversidad de

<sup>27</sup> Vid. López Balaguer, M., “La intermediación laboral en la nueva Ley de empleo”, en AA.VV., Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, pp. 103-105; Pérez Prado, D., La colaboración público-privada en la Ley de Empleo, Revista Trabajo, Persona, Mercado, monográfico, 2023, p. 167.

razones entre las que descuella la de la infrafinanciación para la óptima prestación del servicio- en materia de intermediación laboral; y, de otro, el control de la actividad privada en la materia, estableciéndose una diversidad de obligaciones de autorización, de coordinación y de colaboración entre agentes de la intermediación.

Dicho proceso de consolidación del modelo de colaboración público-privado en materia de intermediación ha ido derivando –a través de tímidos y pequeños hitos legislativos- en nuestro ordenamiento jurídico en pos del reforzamiento de los instrumentos y medios que garanticen la efectiva protección de las personas trabajadoras que utilizan los servicios de colocación prestados por los agentes del sector privado, además de la búsqueda de las medidas idóneas para garantizar la eficacia en la dispensa y prestación de los mismos, todo ello en consonancia con los principios y obligaciones recogidos en el Convenio 181 OIT ratificado por España, además de por el apremio que desde instancias comunitarias o, más precisamente, desde los pronunciamientos que desde el TJUE<sup>28</sup> se han venido emitiendo en orden a considerar que el monopolio de los servicios públicos y las limitaciones injustificadas a la iniciativa privada en la actividad de colocación vulneraban, en concretas situaciones, el derecho a la competencia y a las libertades fundamentales de la UE.

Con la entrada en vigor de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, las agencias de colocación tienen su marco regulador en el art. 43 de la misma, además de en el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, el cual mantiene su vigencia en lo que resulte de aplicación y no se contraponga a lo previsto en la Ley.

Las agencias de colocación se definen (art. 43.1), en clara sintonía con la normativa precedente, como aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el art. 42, en coordinación con los servicios públicos de empleo o como entidades colaboradoras de estos.

Como se ha destacado<sup>29</sup>, con la remisión que el legislador realiza al concepto de intermediación se amplía el marco subjetivo de quiénes pueden actuar como agentes en la actividad de la intermediación laboral. Ello es fiel reflejo de lo que

<sup>28</sup> En tal sentido, entre otras, las SSTJUE de 18 de enero de 1979, asunto van Wesenmael, 110/78 y 11/78, ECLI:EU:C: 1979:8; de 23 de abril de 1991, asunto Klaus Höfner & Fritz Elser vs. Macrotron, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161; de 10 de diciembre de 1991, asunto Mercier Generali di Genova, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464; de 19 de octubre de 1995, asunto Job Centre I, C-111/90, ECLI:EU:C:1995:340; de 11 de diciembre de 1997, asunto Job Centre II, C-55/96, ECLI:EU:C: 1997:603; de 8 de junio de 2000, asunto Giovanni Carra y otros, C-258/98, ECLI:EU:C:2000:301; de 19 de junio de 2001, asuntos acumulados C-9/01 Monnier, C-10/01 Van Ankeren, C-10/01 Govan Sports, ECLI:EU:C:2001:344; de 15 de junio de 2006, asunto Comisión contra Francia, C-255/04, ECLI:EU:C:2006:401 y de 11 de enero de 2007, asunto ITC Innovative Technology Center GmbH, C-208/05, ECLI:EU:C:2007:16.

<sup>29</sup> Vid. Pérez Prado, D., La colaboración público-privada en la Ley de Empleo, op. cit., p. 168.



se adelanta en la propia exposición de motivos de la norma, cuando indica que dicha actividad se define en términos “omnicomprensivos”, al objeto de acoger la práctica totalidad del proceso de ayuda para la provisión de un empleo adecuado.

Acorde con tal planteamiento de política jurídica, el art. 40.2 LE relaciona de forma abierta e indicativa toda una serie de actuaciones que puede comprender la actividad de la intermediación laboral:

- a) La prospección y captación de ofertas de trabajo,
- b) La puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo, para su colocación o recolocación.
- c) La selección para un puesto de trabajo de personas que pueden ser idóneas para el mismo, evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad.
- d) La puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral (art. 40.2).

No obstante, hay que advertir que tal delimitación ha de coordinarse con lo previsto en el art. 3.c) LE, que nos indica que para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados. Tal exclusión conlleva un doble orden de consecuencias: de un lado, supone la derogación de facto del art. 3.1 del RD 1796/2010; y, de otro, al quedar excluidos tales formas de llevar a cabo los procesos de intermediación laboral, en el actual contexto de prestación de servicios cada vez más digitalizado y vinculado a la inteligencia artificial en el que la intervención directa humana se elimina o cuanto menos, en buena parte de los casos, se reduce, nos debe llevar a plantear cierta perplejidad<sup>30</sup> a este respecto, entendiéndose que para que se esté en el ámbito objetivo de la ley en materia de intermediación laboral se hará preciso en cualquier caso una mínima intervención humana en los procesos de intermediación laboral, admitiéndose así lo que se podría denominar como intermediación laboral mixta<sup>31</sup>.

Por otro lado, hay que destacar cómo en la definición de estas agencias se opta por el legislador de 2023 en eliminar la referencia -que sí aparecía en el RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido

<sup>30</sup> En igual sentido, vid. Navarro Nieto, F., “La ley 3/2023, de empleo: Una visión panorámica”, en Durán López, F., Sáez Lara, C. (eds.), *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público: libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2023, p. 152.

<sup>31</sup> Vid. Bini, S., “La intermediación laboral, entre público y privado, a la luz de la nueva ley de empleo”, en Durán López, F., Sáez Lara, C. (eds.), *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público: libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero*, op. cit., p. 309.

de la Ley de Empleo (TRLE)- sobre la posibilidad de que las mismas actuaran de forma autónoma o dependiendo en régimen de colaboración con el Servicio Público de Empleo, de modo que con la actual regulación, y hasta tanto se cuente con el necesario desarrollo reglamentario, se apuesta por una obligatoria coordinación o colaboración entre las agencias de colocación y el Servicio Público de Empleo. A tal fin, se establece que las agencias privadas deberán articular su actividad mediante la suscripción del correspondiente instrumento jurídico convenido para la prestación de sus cometidos, o en su caso, con sujeción al acuerdo marco para la contratación de servicios que faciliten el desarrollo de políticas activas de empleo previstos en la disposición adicional trigésimo primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 41 LE).

Como se ha destacado<sup>32</sup>, esta regulación del modo de articular la actividad de las agencias privadas a través de un convenio o la disposición de un acuerdo marco unifica la diversidad de tratamiento que se permitía en la regulación precedente, pues, con anterioridad (art. 22.4 TRLE), la suscripción del convenio obligaba a efectuar la actividad de intermediación de forma gratuita, y, por el contrario, si no contaba con dicho convenio ello posibilitaba que se recibieran contraprestaciones –captaran recursos económicos- por la realización de dicha actividad, los cuales, en todo caso, sólo podrían provenir desde la parte empresarial y en ningún caso desde la parte de las personas trabajadoras. Ello, como es fácil deducir, conllevaba que aquellas agencias que no disponían de convenio con los Servicios Públicos de Empleo y actuaban de forma autónoma eran las que podían obtener lucro por medio de la realización de sus actividades.

La articulación de la actividad de intermediación que pueden llevar a cabo las agencias de colocación, como hemos indicado, y tal como establece el art. 42.4 LE, se vehiculará a través de la formalización y suscripción con los servicios públicos de empleo, y siempre dentro del correspondiente ámbito territorial de los mismos, bien por medio de acuerdos de coordinación o bien a través de convenios de colaboración.

Por tanto, las agencias de colocación pueden realizar actividades de intermediación en coordinación con los servicios públicos de empleo o como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo mediante la articulación del correspondiente instrumento jurídico para la prestación de servicios de intermediación laboral, o en su caso, con sujeción al acuerdo marco para la contratación de servicios que faciliten el desarrollo de políticas activas de empleo previsto en la disposición adicional trigésimo primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> En tal sentido, vid. Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores a la luz de la ley 3/2023, de empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada”, op. cit., p. 112.

<sup>33</sup> Vid. Pérez Prado, D., La colaboración público-privada en la Ley de Empleo, op. cit., p. 166.

A través de tales acuerdos de coordinación y convenios de colaboración, y siempre sujetándose al alcance y contenidos en ellos previstos, caben diferenciar diferentes vías de actuación de la iniciativa privada en materia de intermediación laboral. De un lado, los servicios públicos podrán optar por redirigir a las agencias de colocación a las personas demandantes de empleo para que sean ellas las que les presten los servicios de colocación e intermediación laboral que hubieren solicitado. De otro, dichos servicios públicos de empleo pueden derivar a tales agencias a las empresas usuarias de esos servicios, aun cuando ello deberá venir así contemplado en el correspondiente acuerdo. Y, además, igualmente podrán emplearse aquellos como expediente para la ejecución de programas incluidos en los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo que respondan a necesidades específicas, en particular de ciertos territorios por transiciones industriales, transformaciones productivas o despoblación, o para la protección de colectivos con necesidades especiales (art. 42.6 LE).

En tales casos, se prevé de forma expresa que tales servicios prestados a las empresas han de ser en todo caso de carácter gratuito, del mismo modo que lo es para los usuarios de las políticas activas de empleo.

Y, por otro lado, cabe que la prestación de servicios de intermediación por parte de las agencias de colocación se realice a instancia y por decisión unilateral de las empresas, a fin de poder reclutar a las personas candidatas cuyo perfil se ajuste a sus requerimientos y necesidades; o bien por decisión directa de las personas demandantes de servicios de empleo, al objeto de poder encontrar un empleo adecuado a su perfil. El único condicionante de que tales agencias actúen por esta vía es el de que lo hagan en coordinación o colaboración con los servicios públicos de empleo y se sujeten a los principios rectores de la política de empleo.

Otro de los elementos con los que se diseña el marco jurídico de las agencias de colocación es el referido a la situación en la que éstas actúen con ánimo de lucro, en cuyo caso, y siempre con el condicionante de que su actuación se realice de forma concertada con los servicios públicos de empleo, se precisa que dicha actividad se ha de desarrollar con la aportación de fondos propios que alcance al menos un 60 por ciento (art. 42.6.1º LE). Esta previsión constituye una modificación del marco regulador precedente, puesto que se incrementa el porcentaje de aportación de fondos propios del 40 al 60 por ciento, pudiendo ello interpretarse como un requisito legal que limita aún más la posibilidad de obtener ánimo de lucro las agencias de colocación que actúen de este modo. No obstante, como acertadamente se ha indicado<sup>34</sup>, tal previsión redundará en solventar un inconveniente que derivaba del precedente marco normativo, ya que “la retribución que las agencias que actuaban de forma autónoma podían percibir de las empresas provocaba que su intervención

<sup>34</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores a la luz de la ley 3/2023, de empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada”, op. cit., p. 113.

se limitara a reclutar a trabajadores cualificados, quedando olvidados aquellos que mayores dificultades sufren a la hora de acceder al mercado de trabajo”.

En pleno reforzamiento de tal objetivo, se indica en el art. 42.6.2º LE que se optará en todo caso por incrementar y potenciar la suscripción de convenios para la ejecución de programas incluidos en los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo que respondan a necesidades específicas, en particular de ciertos territorios por transiciones industriales, transformaciones productivas o despoblación, o para la protección a colectivos con necesidades especiales en línea con los relacionados en el art. 50 LE u otros adicionales que pudieren determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo.

En otro orden de cosas, respecto al procedimiento legalmente previsto para constituirse como agencia de colocación, el art. 43.2 LE establece, para las personas físicas o jurídicas que deseen actuar como tales, la obligación de presentar una declaración responsable ante el servicio público de empleo competente de la Comunidad o ciudad autónoma donde tengan su establecimiento principal. Con tal presentación de la declaración responsable, que encuentra su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario, y, en concreto, en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y su transposición al Ordenamiento jurídico español por las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la mencionada Ley, su actuación tendrá validez en todo el territorio del Estado y sin límite de duración.

Junto con la declaración responsable se ha de aportar una certificación de las autoridades competentes en la que se haga constar que se está al corriente del pago de las obligaciones en materia de Seguridad Social y tributaria, estar constituida válidamente e inscrita en el registro mercantil –cuando se trate de una persona jurídica- y, en fin, una última certificación en el que conste que no incurre en causa que le prohíba contratar con la Administración.

Desde el día de la presentación de la declaración responsable, la agencia de colocación podrá dar inicio a su actividad, sin que cuente con un límite temporal de duración esta autorización para actuar con la condición de agencia de colocación. Ello no obsta a que las administraciones públicas competentes en los respectivos territorios en los que se desarrolle la actividad por parte de la agencia puedan poner en marcha los procedimientos de comprobación, control e inspección establecidos por la ley y que fueran oportunos para cerciorarse de la veracidad de lo expresado en la declaración responsable, así como del alcance de las obligaciones asumidas en la misma (art. 43.2 LE).

En este punto hay que advertir que, tal como establece la Disposición transitoria cuarta de la LE, aquellas entidades que, a la entrada en vigor de esta ley, colaborasen con los servicios públicos de empleo mantendrán tal condición

de acuerdo con la normativa en virtud de la cual se estableció la colaboración, en tanto no se desarrolle reglamentariamente un nuevo régimen de colaboración con los servicios públicos de empleo. A tal efecto, dicha regulación establecerá los requisitos mínimos de las entidades para colaborar en la gestión, sin perjuicio del desarrollo que en cada Comunidad Autónoma pueda hacerse de la misma.

En la línea de aseguramiento de la correcta y adecuada actuación de la agencia de colocación, se prevé el sometimiento de la actividad de las mismas al seguimiento, control, inspección y evaluación por parte de los servicios de empleo en su respectivo territorio. Con la finalidad de posibilitar tales mecanismos, se prevé una doble obligación para las agencias de colocación: por un lado, facilitar, en los soportes informáticos o medios que se establezcan legal y reglamentariamente, los datos, documentación e información precisos para dotar el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo; y, de otro, en los soportes y con el alcance que fueren oportunos, aportar cuanta información fuera requerida por los servicios públicos de empleo para evaluar el resultado cualitativo y cuantitativo de su intermediación (art. 42.7 LE).

Un instrumento coadyuvante para alcanzar tales objetivos de información y de transparencia en la actividad de intermediación laboral de la iniciativa privada se prevé en el art. 43.3.1º LE, el cual indica que se preverá a través de reglamento la creación y el alcance de un sistema electrónico común que permita integrar el conjunto de la información proporcionada por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación, de manera que éstos puedan conocer en todo momento las agencias que operan en su territorio.

El falseamiento de la declaración responsable, junto con el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el apartado 3 del art. 43 LE, se conforman como causas que darán lugar a que se decrete, por la autoridad con competencias en la materia, la baja en la condición de agencia de colocación, sin perjuicio de la aplicación del correspondiente régimen sancionador. De manera específica, se indica como una de las consecuencias de la comisión de tales incumplimientos, que la agencia de colocación que cause baja por dichos motivos, no podrá volver a recuperar dicha condición, aunque se ampare en nombres o razón social distintos, durante los dos años siguientes a la fecha de baja (art. 43.4 LE).

Como se acaba de indicar, el art. 43.3 LE relaciona toda una serie de obligaciones para las agencias de colocación, adicionales a las que se prevén de forma específica en esta u otras normas y a las que vayan a recogerse en el desarrollo reglamentario oportuno. En tal sentido, recoge un listado abierto y extenso de obligaciones, en el que se expresa la voluntad del legislador de la precedente Ley de Empleo de consolidar el control y las obligaciones dispuestas sobre las agencias de colocación. Y así, indica que las mismas deberán: a) suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con

la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre las personas trabajadoras atendidas y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas; b) respetar la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos y garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios; c) disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo; d) cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social; e) cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad; f) garantizar, en su ámbito de actuación -siguiendo la estela del art. 9.3 de la Ley 15/2022-, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, siempre que las personas trabajadoras se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Por último, hay que subrayar que se prevé el condicionamiento de la financiación de dichas actividades por parte de la iniciativa privada con fondos públicos al sometimiento de aquella a unos baremos de eficiencia. En tal sentido, de manera específica el art. 46 LE remite a su concreción a una futura regulación reglamentaria, en la que habrá de definirse los indicadores de proceso, impacto y resultados para medir la eficiencia de la actividad de las agencias de colocación, teniendo en cuenta, entre otros, los relativos al número y perfil de las personas atendidas, las ofertas de empleo captadas, la reducción de las brechas de género, así como el número de inserciones conseguidas en el mercado laboral. Junto a ello, se indica de forma expresa que la medición de la eficiencia deberá apostar constituirse como un mecanismo que incentive el acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos de empleo por parte de cualquier persona, con independencia de su nivel de empleabilidad inicial.

En tal sentido, como acertadamente se ha indicado<sup>35</sup>, resulta llamativo que el art. 23 d) Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, establezca que “cada inserción laboral conseguida en el marco de este programa

<sup>35</sup> Guerrero Vizuete, E., “La configuración del empleo en la Ley 3/2023 ¿una reestructuración para superar las deficiencias del mercado de trabajo o simple continuismo?”, Comunicación presentada al XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023.

(colaboración público- privada o público-pública) se considerará colocación gestionada por el servicio público de empleo competente, sin perjuicio de que el éxito en la inserción compute también para la agencia o entidad colaboradora”, previsión que lleva a un distorsionador doble cómputo que en ningún caso tiene razón objetiva para su existencia.

Y, en fin, hay que destacar que al margen de las previsiones recogidas sobre las agencias de colocación en la aquí analizada Ley 3/2023, de Empleo, habrá que estar a aquellas otras de desarrollo reglamentario que se contienen en el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. El mismo ha influido –por traslado sin más de sus términos al texto legal- en buena parte de los aspectos abordados por el legislador en esta materia, lo que nos lleva a afirmar que las previsiones de la LE son en mayor proporción más continuistas que innovadoras. Y, a este respecto, y en tanto que sus previsiones no se opongan a lo establecido en la LE, mantendrá tal desarrollo reglamentario su vigencia hasta que se publique un nuevo reglamento que lo sustituya, obligando, en tanto, al operador jurídico a realizar una labor de contraste y eventual interpretación de esta regulación a fin de preservar el sentido y el alcance de las disposiciones recogidas en la LE.

Por otro lado, nos hemos de referir aquí al supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 40 se dedica a la recolocación, entendiéndose a la misma como un servicio especializado de colocación, definiéndose a la misma como *“la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos”*.

A la luz de tal previsión, cabría distinguir pues una posible una dual tipología de supuestos de recolocación<sup>36</sup>: de un lado, la que podríamos denominar como ordinaria, que se corresponde con la que no cuenta con el rasgo diferencial que el legislador ha establecido en el comentado art. 40.3 LE en relación con la colocación; y, de otro, la especializada, que se define por estar dirigida a personas que se encuentren inmersas en procesos de reconversión o reestructuración, y siempre que haya sido establecida por la empresa o acordada con la representación legal de las personas trabajadoras en planes sociales o programas de recolocación, asimilándose a ella a los supuestos en los que se decidan por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos.

<sup>36</sup> A este respecto y para un estudio detallado y solvente de esta materia, vid. Cabeza Pereiro, J, *Recolocación y colocación: políticas públicas y actores públicos y privados*, BOE – Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº. 24, 2024, p. 112.

A este respecto, de seguido hay que hacer referencia al art. 44 LE, el cual aborda de forma específica la actividad de recolocación de las personas trabajadoras en el sentido comentado de recolocación especializada, lo cual debe llevarnos a la conclusión que por más que el epígrafe de tal precepto se abra haciendo referencia de forma genérica a la “...actividad de recolocación...”, ello no debe llevarnos a entender que con la presente regulación se agota todo el contenido de la recolocación. Siguiendo en tal sentido a la mejor doctrina<sup>37</sup>, mantener otra interpretación que podríamos catalogar como reduccionista, implicaría que un amplio conjunto de actividades reconducibles al concepto genérico de recolocación quedaría extramuros de toda regulación y, lo que es más importante, se abstraería de su consideración de servicio público (art. 42.1 LE) así como de las garantías correspondientes a él.

El art. 44 LE se estructura -de forma muy esquemática- sobre los siguientes elementos: en primer lugar, en relación a la actividad de colocación especializada, la misma se dirige a la reinserción profesional o recolocación de las personas afectadas en procesos de reestructuración empresarial, lo cual, y a diferencia de la definición recogida a este respecto en el art. 3 LE, técnico-jurídicamente es más correcto, puesto que con ello se abarca tanto a la obtención de un empleo adecuado, como a los supuestos de reinserción profesional no estrictamente laboral, como, por ejemplo, el trabajo autónomo o del tercer sector, e inclusive al tránsito ordenado a la jubilación; en segundo lugar, desde el punto de vista del plano subjetivo pasivo o de las personas destinatarias de tales actividades, la referencia a las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial lleva a un entendimiento de la recolocación más amplio que el precedente legislativo que lo encontramos en la reforma de 2010, abarcando así las diferentes formas de despido por reestructuración de empresa que afecten a la totalidad o a parte de la plantilla, así como a las suspensiones o reducciones de jornada que se producen en orden a lo previsto en los art. 47 y 47 bis ET. No obstante, solo deberá considerarse como colocación especializada del art. 40.3 LE, la que, o bien hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o bien haya sido decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas –incluidas las iniciativas con origen en las organizaciones sindicales- afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos; en tercer lugar, desde el plano subjetivo activo o de los sujetos que prestarán la actividad de recolocación, se prevé que la actividad de reinserción profesional o recolocación puede ser llevada a cabo por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación, en los términos previstos en el art. 43 LE, lo cual amplía el campo de sujetos prestadores, superando así el modelo legal iniciado

<sup>37</sup> Vid. Cabeza Pereiro, J, *Recolocación y colocación: políticas públicas y actores públicos y privados*, op. cit., p. 113.



en 2010, por el que la actividad de recolocación se confiaba en exclusiva al sujeto privado; en cuarto lugar, el art. 44.2 LE establece una remisión en esta materia al régimen de recolocación en el entorno de los despidos colectivos previsto en los arts. 51.10 ET y 9 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1483/2012, así como la que se desarrolle a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno; y, por último, el apartado 3 del art. 44 LE, determina que en desarrollo del plan de recolocación externa deberá procurarse, en particular, el retorno al mercado de trabajo de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, cuyos contratos se hayan extinguido por despido colectivo después de los cincuenta y dos años, evitando toda discriminación por razón de edad. Tal previsión aun por más que se pueda valorar positivamente su objetivo político-jurídico, sin embargo, como viene detectándose en otro buen número de previsiones de esta ley, carece de haber incorporado obligaciones específicas en tal sentido bien para la empresa, bien para las organizaciones sindicales o las entidades representativas que negocian en las fases de consultas, o bien para las entidades de recolocación. A este respecto, como bien se ha destacado<sup>38</sup>, solo cabe esperar que el reglamento que desarrolle los indicadores de eficiencia previstos en el art. 46 incluya en un lugar destacado la recolocación de las personas mayores de cincuenta y dos años.

Por último, al igual que como venía ocurriendo hasta la reforma en 2010 de la Ley 56/2003, de Empleo, para las entidades que desarrollaban la actividad de recolocación que quedaban fuera del ámbito de actividad de las agencias de colocación sin ánimo de lucro, encontrándose así en una situación de anomia que provocaba que el desarrollo de tales actividades se realizara en condiciones de absoluta falta de transparencia, nula colaboración con los servicios públicos de empleo y ausencia de garantías de una adecuada observancia de los principios constitucionales básicos, en términos similares se han encontrado las empresas dedicadas a la selección de personal hasta la Ley de Empleo de 2023. A partir de su entrada en vigor, se ha abordado tal actividad como una parte integrante más de la intermediación que se conforma en torno al concepto de servicio público, en la que se implican tanto a los actores públicos como a los privados, y por la que se caracteriza a la misma como actividad de colocación especializada.

El art. 45 LE prevé que la actividad de selección de personal podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación, debiendo ajustarse la misma, en sintonía con lo previsto en la Ley 15/2022, a los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como por razón de lengua dentro del Estado español.

<sup>38</sup> Vid. Cabeza Pereiro, J, *Recolocación y colocación: políticas públicas y actores públicos y privados*, op. cit., p. 119.

Con ello, tal como se destacó con antelación, se abre paso desde el plano de su reconocimiento legal y no tanto en el de la realidad práctica de la prestación de tales servicios, una modalidad específica de agencia de colocación que realizan labores de selección de personal, que lleva de suyo a que la actividad de intermediación a desarrollar por las mismas alcanza ahora desde la prospección y captación de ofertas de trabajo hasta la casación de la propuesta y demanda de empleo, pasando no solo por la colocación efectiva sino también por la recolocación o selección de personal (art. 42.8 LE), acercándola a lo que se ha denominado como agencias globales de empleo<sup>39</sup>. Siendo múltiples las variantes que se pueden identificar de tales agencias en orden a la prestación y alcance de los servicios ligados a la selección de personal, tales como: gabinetes de selección, agencias de colocación especializadas “executive search” o “cazatalentos”, empresas de “*interim management*”, etc.

En fin, tales actividades de selección de personal se han de prestar, en todo caso, como servicio público, con sujeción, en el supuesto en el que se preste tal actividad por parte de una agencia de colocación, al régimen previsto para las mismas y, en especial, como se ha destacado a los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo. En este sentido, a partir de la LE de 2023 parece preverse<sup>40</sup> la obligatoriedad de que deban constituirse como agencias de colocación incluso cuando actúen con meras agencias especializadas de selección con ánimo de lucro.

#### 4. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Llegado a este punto, entiendo que no procede realizar una síntesis del análisis que se ha construido en las páginas que nos preceden. Sin embargo, sí es éste el espacio en el acometer una reflexión, siquiera breve, acerca del nuevo marco regulador recogido en la Ley 3/2023, de Empleo, sobre los agentes de la intermediación.

Y, como primera de las reflexiones a la que se llega tras dicho análisis es la de que más allá del pretendido “espíritu de innovación” jurídica que transita a lo largo y ancho de esta norma, y, por ende, también en materia de intermediación, la materialización fáctica del mismo ha sido, cuanto menos, muy relativa. Las previsiones sobre intermediación no son ajenas a la crítica que, de forma transversal,

<sup>39</sup> Rodríguez Crespo, M.J., Los mecanismos de intermediación laboral tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 10/2010. En Especial, la aparición de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, op. cit., p. 20; Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores a la luz de la ley 3/2023, de empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada”, op. cit., p. 110.

<sup>40</sup> En este sentido, vid. Fernández Prieto, M., Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance de la Ley 3/2023, op. cit., p. 44.

se ha realizado acerca de que ni la nueva LE avanza sobre aspectos respecto de los cuales debería haber afrontado, y en los que sí hay un avance innovador el mismo queda en una zona de imprecisión y escaso alcance por la excesiva dependencia de lo que habrá de constituir su desarrollo reglamentario o venir ligados a acciones técnicas<sup>41</sup>.

No obstante, lo que sí trasluce y transita en toda la ley es la voluntad del legislador de dejar patente que con esta nueva regulación se pretende superar el apriorístico y preconcebido juicio de que la intervención de los agentes privados se basaba en una supuesta ineficacia e ineficiencia del sector público. Ahora, uno de los objetivos de política del derecho en materia de intermediación es el de apostar por un modelo diferente, en el que adquieran el papel protagónico los servicios públicos de empleo, conformándose en garantes del conjunto del sistema, e incorporando a los sujetos o iniciativa privada como una vía complementaria de aquellos, importante y básica a la misma vez, de modo que con ello se pueda aprovechar cuantos recursos estén disponibles, de la forma más eficiente posible, y ello sin que se mire la naturaleza jurídica de los sujetos actuantes o la titularidad de los recursos.

La conformación legal de esta nueva –al menos, pretendida sobre el texto legal- relación de cooperación entre sujetos intervinientes en la actividad de la intermediación parte, en todo caso, del fortalecimiento de los Servicios Públicos, con el principal objetivo de lograr una gestión de las políticas de empleo que sea moderna, eficaz, eficiente e inclusiva y que dé respuesta a los requerimientos que llegan desde el nuevo contexto socioeconómico. Y ello, además, dando –en parte- respuesta a los espacios de anomia y autorregulación que se venían produciendo en esta materia en el precedente marco regulador de la intermediación.

Dicho papel central de los Servicios Públicos de Empleo y el pretendido reforzamiento de medios viene vinculado con el objetivo de implantar un sistema de gestión integrado, equilibrado y coparticipado, en el que el marco de colaboración y coordinación entre los diversos sujetos, sean públicos o privados, que actúan como agentes intervinientes en la intermediación, se conforme como la vía para alcanzar una adecuada, eficaz y eficiente actuación sinérgica de todos ellos, a fin de poner en práctica una idónea política de empleo y hacer realidad el derecho al trabajo digno garantizado por nuestra Constitución. Otra cosa será si ello se alcanza o no, debiendo estar, en este caso, a lo que acontezca en cuanto a su aplicación práctica y, especialmente, a lo que reglamentariamente se prevea, pues es ésta la sede en la que se delega buena parte de las innovaciones legales y las expectativas de su eficacia.

<sup>41</sup> En tal sentido, vid. Molina Navarrete, C., “Derecho (Social) del Empleo” y “Políticas de Mercado de Trabajo Sostenible”: ¿más “obsolescencias” que “avances” en la “nueva” ley de Empleo”, op. cit., p. 96.

# LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN DEL EMPLEO\*

## *TEMPORARY EMPLOYMENT AGENCIES AS AN INSTRUMENT OF EMPLOYMENT MANAGEMENT*

MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO

*Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Huelva

ORCID: 0000-0002-2596-7707

### RESUMEN

**Palabras clave:** empresas de trabajo temporal, empleo, colaboración público-privada, intermediación, mercado de trabajo

Es llamativo que, en los últimos dos años, tras la reforma laboral por la que se pretendía reducir drásticamente los niveles de contratación temporal, las empresas de trabajo temporal hayan protagonizado un auge de su actividad de intermediación, llegando a niveles históricos de participación en la formalización de contratos de trabajo. Esta circunstancia hace que debamos detenernos a analizar el papel que las empresas de trabajo temporal desarrollan en la gestión del empleo. Como protagonistas de la actividad privada de intermediación, las empresas de trabajo temporal forman parte del entramado de sujetos colaboradores de los servicios públicos en la labor de intermediación y colocación que regula la nueva Ley de Empleo. El legislador opta por un modelo de colaboración público-privada, que aúne todos los esfuerzos de los operadores del mercado, para garantizar el acceso a un empleo digno, estable y de calidad de todos los demandantes de empleo. En este estudio nos centraremos en el papel de las empresas de trabajo temporal en el ámbito de las políticas activas de empleo y, en particular, en el ejercicio de la actividad de la intermediación, tal y como es concebida por la actual Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo.

### ABSTRACT

**Keywords:** temporary employment agencies, employment, public-private partnership, intermediation, labour market

*It is striking that, in the last two years, following the labor reform aimed at drastically reducing the levels of temporary hiring, temporary employment agencies have seen a boom in their intermediation activity, reaching historic levels of participation in the formalization of employment contracts. This circumstance makes it necessary to analyze the role that temporary employment agencies play in the management of employment. As protagonists of the private intermediation activity, temporary employment agencies form part of the network of subjects collaborating with the public services in the intermediation and placement work regulated by the new Employment Law. The legislator chooses a model of public-private collaboration, which brings together all the efforts of market operators to guarantee access to decent, stable and quality employment for all job seekers. In this study we will focus on the role of temporary employment agencies in the field of active employment policies and, in particular, in the exercise of the activity of intermediation, as conceived by the current Employment Law 3/2023.*

\* Este estudio es un resultado científico del Proyecto I+D+I PID2022-141201OB-I00, «La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España» (TRABEXIT), financiado por el MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

## INDICE

1. LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA COMO PILAR DE LA NUEVA LEY DE EMPLEO Y LA REFORMA DE LA INTERMEDIACIÓN
  - 1.1. La colaboración público privada en la nueva Ley de Empleo
  - 1.2. La reforma de la intermediación en la nueva Ley de Empleo
2. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y SU CONSIDERACIÓN COMO MECANISMO DE FLEXIBILIDAD
3. LAS MEJORAS EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN Y LA EXPANSIÓN DE LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN COMO ELEMENTOS DINAMIZADORES DE LA POSICIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN EL MERCADO DE TRABAJO
  - 3.1. El principio de igualdad de trato y su desarrollo en la legislación y la negociación colectiva
  - 3.2. Los contratos fijos discontinuos para los trabajadores contratados para ser cedidos a otras empresas usuarias
4. LA PARTICIPACIÓN DE LAS ETTS EN LA FUNCIÓN DE COORDINACIÓN Y CONTROL DE DATOS E INTEGRACIÓN DE INFORMACIÓN ASIGNADA A LA AGENCIA NACIONAL DE EMPLEO
5. REFLEXIONES FINALES: EL IMPULSO CONTENIDO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO GESTORAS DEL EMPLEO

### 1. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO PILAR DE LA NUEVA LEY DE EMPLEO Y LA REFORMA DE LA INTERMEDIACIÓN

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (LE), pretende establecer un nuevo marco de ordenación de las políticas públicas de empleo, basado en Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en el que se enmarcan todas las reformas estructurales que el Gobierno español impulse en los próximos años. Los altos niveles de desempleo, especialmente entre los jóvenes<sup>1</sup> y los cambios en los sectores económicos productivos, determinan la necesidad de modificar la forma de afrontar las políticas activas de empleo<sup>2</sup>. Dentro de este Plan de Recuperación se encuentra el Componente 23, cuyo objetivo es impulsar “nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo, dinámico, resiliente e inclusivo” y, en particular, “modernizar las políticas activas de empleo”. Y una de las acciones acometidas para el cumplimiento de este objetivo es la reforma de la Ley de Empleo.

<sup>1</sup> Un simple vistazo a la EPA de los últimos años 2022 y 2023 nos muestra datos de niveles de desempleo bastante elevados en comparación con la media europea. A finales de 2022, el paro se situaba en 3.079.200 personas y a finales de 2023, se produce un pequeño descenso, pero sigue situándose en cotas bastante altas, 2.937.500 personas. Fuente: INE-EPA: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=65994&L=0> (fecha de la consulta 30 de junio de 2024).

<sup>2</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores a la luz de la Ley 3/2023, de empleo. Antecedentes y perspectivas desde la colaboración público-privada”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 66, 2023, p. 67.

El Preámbulo de la nueva Ley de Empleo señala que la norma va dirigida a aumentar la eficacia y eficiencia de las políticas públicas de empleo, tratando de actualizar el concepto de colaboración público-privada e incluyendo para ello a todas las entidades, públicas o privadas, que participen en la implementación de políticas de empleo, en coordinación o colaboración con los servicios públicos. De este modo, dedica su capítulo III a regular el funcionamiento de dichas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, precisando que deben actuar en coordinación con los citados servicios de empleo; destacando la naturaleza pública del servicio, con independencia de la entidad que lo realice. La consecuencia inmediata de esta afirmación es la aplicación de los objetivos y principios rectores de la política de empleo a la actuación de todas estas entidades colaboradoras. Extiende, además, como veremos, a estas entidades el principio de transparencia en su actuación y el deber de informar del desarrollo de su actividad.

Recordemos que este principio de eficacia y eficiencia en la actuación de la Administración Pública se encuentra recogido en el artículo 103 de la Constitución Española, sin que en ningún caso hayamos de entender éste como un monopolio público de la gestión de las políticas de empleo<sup>3</sup>. Con estas premisas, la nueva Ley de Empleo consolida un nuevo modelo de colaboración público-privada que pretende maximizar los esfuerzos de todos los sujetos del mercado de trabajo, para lograr “el pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo del pleno empleo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la Constitución y en el marco de la estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea” (art. 2 LE).

### **1.1. La colaboración público privada en la nueva Ley de Empleo**

Con el objetivo de mejorar la eficacia y eficiencia de las políticas de empleo, la nueva Ley de Empleo hace de la colaboración público privada un principio básico de su funcionamiento; entendiendo ésta no como una forma de reforzar o realizar aquello que las entidades públicas no son capaces de hacer, sino de colaborar para actuar conjuntamente y con el mismo objetivo en el mercado de trabajo<sup>4</sup>. Por ello, las actividades propias de la puesta en práctica de las políticas activas de empleo son consideradas servicio público, independientemente de quien las lleve a cabo.

El artículo 26 de la Ley se refiere al papel de las entidades privadas de empleo colaboradoras, destacando su deber de colaboración y coordinación con los organismos públicos en los niveles territoriales y competenciales respectivos. Esta colaboración se construye sobre la base de la transmisión de una serie de deberes propios de las instituciones públicas, como son la transparencia y la obligación de informar del desarrollo de su actividad a los organismos autonómicos de empleo, si su ámbito de actuación se circunscribe a una Comunidad Autónoma, o a la Agencia Española de Empleo, a la que también se informará, junto con los

<sup>3</sup> De nuevo Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores...”, op. cit. p. 105.

<sup>4</sup> Pérez del Prado, D., “La colaboración público-privada en la Ley de Empleo”, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, n<sup>o</sup> monográfico 2023, p. 154.

servicios autonómicos competentes, si la actividad trasciende el ámbito de dichas comunidades. Se permite así la participación de la iniciativa privada en el proceso de intermediación y colocación, dejando atrás el monopolio público propio de los años 80 y principios de los 90<sup>5</sup>.

No podemos negar que una de las principales razones del cambio de actitud del legislador hacia la intervención de operadores privados en el mercado de trabajo tiene que ver con el fracaso de los servicios públicos de empleo en el ámbito de la intermediación y la colocación; pues, si atendemos a las cifras ofrecidas por la última EPA de 2023, un total de 338.200 personas obtuvo su empleo con la intermediación de una oficina de empleo pública, lo que representa un 1,9% del total, cifra similar a la de 2022. Mientras que el número de asalariados contratados a través de una empresa de trabajo temporal (ETT) fue de 768.100 en 2023; es decir, el 4,3% del total, frente al 3,8% de 2022<sup>6</sup>.

Sin duda, es esta una de las razones más importantes para el cambio de estrategia del legislador, tratando de sumar esfuerzos e integrar todas las actuaciones públicas y privadas en un mismo servicio de naturaleza pública; aunque no la única, pues el proceso de liberalización del mercado de trabajo es común a todos los países de la Unión Europea y responde también a otras razones de naturaleza económica<sup>7</sup>. Por ello, el legislador incorpora a la actividad de la intermediación del sector privado como complemento de la labor de los servicios públicos, protagonizando un cambio en el modelo de colaboración con los operadores privados del mercado de trabajo<sup>8</sup>, con el objetivo de lograr, como hemos dicho, la máxima eficacia de las políticas activas de empleo. Es algo valorado muy positivamente en la nueva Ley<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Vid. sobre el tema Rodríguez-Piñero Royo, M., “Público y privado en el mercado de trabajo de los noventa”, lección inaugural del curso académico 1994/95 de la Universidad de Huelva, publicado en la Revista Temas Laborales, nº 40, 1996, pp. 29-52. También Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores...”, op. cit. pp. 80 a 86.

<sup>6</sup> Nota de prensa de la EPA 2023, disponible en la página web del INE <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/vsEPA2023.htm> (fecha de la consulta: 22/06/2024).

<sup>7</sup> Para Rodríguez-Piñero Royo, M., “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, Temas Laborales 125, 2014, p. 55, son muchas otras las razones para el auge de la colaboración público privada en el ámbito de las políticas de empleo: “El discurso de las bondades de la iniciativa privada, las presiones para reducir el gasto e incrementar la eficacia, el impacto de las regulaciones union europeas, los movimientos para reducir la dimensión y el coste del sector público... Todo esto está detrás de la atribución a sujetos privados de la responsabilidad de prestar unos servicios hasta ahora suministrados por entidades públicas, los servicios públicos de empleo”. En relación con los condicionantes de las políticas de empleo, vid. también Cruz Villalón, J., “El gobierno del empleo”, en AA.VV., Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, pp. 187 y ss.

<sup>8</sup> Para Pérez del Prado, D., “La colaboración público-privada...”, op. cit. pp. 175 y 176, se trata de un cambio de paradigma en el que el sector público se incorpora “como un complemento indispensable que, estando presente de facto en el mercado, se procura aprovechar de la mejor forma posible”; es decir, “el aprovechamiento eficiente de los recursos”.

<sup>9</sup> Cabeza Pereiro, J., “La nueva dimensión de la intermediación”, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, nº 6, 2023, p. 62 y López Balaguer, M., “La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo”, en AA.VV., Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de

Este modelo de colaboración que ya inaugurara la Ley 35/2010, procedente del Real Decreto Ley 10/2010, que reformó la Ley de Empleo para abrir el mercado de trabajo a la iniciativa privada, se mantiene hasta nuestros días; si bien se configura en la nueva Ley de empleo como un deber de las entidades privadas. A pesar de que España se incorporó tarde a la tendencia de colaboración público privada que se había instalado en los países de nuestro entorno, en el modelo de 2010 tiene lugar una liberalización total de la actividad de intermediación, permitiendo que las agencias de colocación tuvieran ánimo de lucro o no, y que éstas colaboraran o no con los servicios públicos de empleo; si bien, no era un requisito para su admisión en el mercado de trabajo<sup>10</sup>. No obstante, el legislador declaraba en el preámbulo de la norma que el mantenimiento de la centralidad de los servicios públicos de empleo respecto de estas agencias quedaba “asegurada por la exigencia de una autorización administrativa para el desarrollo de su actividad, por la configuración de las mismas como entidades colaboradoras de dichos servicios públicos cuando suscriban convenios de colaboración con los mismos y, en todo caso, por su sometimiento al control e inspección por parte de éstos”. En todo caso, el artículo 21 bis de la Ley de Empleo introducido por esta norma, mantenía la obligación de coordinación con los servicios públicos de empleo; es decir, se permitía a las agencias actuar de forma autónoma pero coordinada con éstos<sup>11</sup>.

Se modificó también en el momento el concepto de políticas activas de empleo para permitir la prestación de los servicios incluidos en el marco de las mismas por operadores privados, al admitir la “contratación administrativa”.

Este modelo ha servido de base a la regulación posterior de la colaboración entre los servicios públicos de empleo y los operadores privados del mercado de trabajo para la ejecución de las políticas activas de empleo<sup>12</sup>. Sin embargo, volvemos a destacar que la vigente Ley de Empleo sigue las bases del modelo de colaboración público privada, pero mantiene aún de forma más señalada la centralidad de los servicios públicos de empleo, pues impone a las agencias privadas de colocación, protagonistas de la actividad de intermediación, el deber de coordinarse y colaborar con los organismos públicos en los diferentes niveles territoriales y competencias (art. 26 LE). De ahí que la intermediación laboral se defina en el artículo 42 de la norma como “un servicio público, con independencia del agente que la realice”.

la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 99.

<sup>10</sup> En este sentido, Rodríguez-Piñero Royo, M., “Aproximación a la colaboración...”, op. cit., p. 68.

<sup>11</sup> “A efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos”.

<sup>12</sup> En la Estrategia Española de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, se preveía la participación de operadores privados en la colocación de los jóvenes, como colectivo desfavorecido.



El modelo de colaboración implantado tras la reforma de 2010 se sustentaba sobre dos elementos, el Sistema Nacional de Empleo, como estructura administrativa encargada de determinar la política de empleo y el Acuerdo Marco como instrumento de definición del modelo de colaboración<sup>13</sup>. Sin embargo, la Ley 2023 desecha el modelo anterior por el que se permitía la colaboración o no con los servicios de empleo, pues las agencias de colocación podían actuar de forma autónoma; y lo sustituye por la configuración de un deber de coordinación y colaboración dirigido a las entidades privadas que actúan en el mercado de trabajo, por lo que, como han destacado algunos autores, la colocación no es una actividad económica absolutamente libre<sup>14</sup>. El artículo 43 de la LE refuerza esta idea al definir las agencias de colocación como aquellas entidades que realicen actividades de intermediación “en coordinación con los servicios públicos de empleo o como entidades colaboradoras de éstas”. Luego sólo existe la posibilidad de coordinarse con los servicios públicos o colaborar con ellos<sup>15</sup>, por lo que podemos decir que al modelo de colaboración le ha seguido uno de coordinación.

El instrumento a través del cual se llevará a cabo esa labor de colaboración y coordinación será, con carácter general, el Acuerdo Marco de Colaboración regulado en el artículo 27 LE; en esto la norma ha sido conservadora, manteniendo el sistema de suscripción de acuerdos marco de colaboración establecido desde la Ley 11/2013<sup>16</sup>. La nueva Ley de Empleo modifica la disposición adicional trigésima primera de la Ley de Contratos del Sector Público para adaptar dicha norma a la regulación de los acuerdos marco para la contratación de servicios que

<sup>13</sup> González-Posada, Martínez, E., “Servicios públicos e iniciativa privada en el empleo y en la colocación”, *Documentación Laboral*, 124, 2021, p. 26.

<sup>14</sup> Por todos, Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores...”, *op. cit.* p. 105, para quien “se permiten, por tanto, mecanismos privados de intermediación laboral, pero preservando el espacio de los Servicios Públicos de Empleo, que van a quedar reforzados en el tratamiento automatizado de las ofertas de empleo de las empresas, incluyendo su difusión unificada en el marco del Sistema Nacional de Empleo, tutelando la prospección y captación de ofertas, el envío de candidaturas, la preselección, el apoyo en las entrevistas, así como el diseño y seguimiento de los itinerarios personalizados”.

<sup>15</sup> De nuevo Rodríguez Escanciano, S., *ibídem*.

<sup>16</sup> Esta norma reguló en su artículo 15 la formalización de acuerdos marco para la contratación de servicios que facilitasen la intermediación laboral. Añadió para ello una disposición adicional trigésima segunda a la Ley de Contratos del Sector Público para permitir la formalización conjunta de estos acuerdos marco entre el Servicio Público de Empleo Estatal o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, y los empresarios correspondientes que pretendan realizar la actividad de intermediación. El objetivo de estos acuerdos, conforme al preámbulo de la norma era fijar las condiciones de los contratos de servicios que se firmen entre los servicios públicos de empleo y los operadores privados del mercado de trabajo. Así, el sistema operaba en dos fases; en una primera se celebraba el acuerdo marco propiamente dicho; y en la segunda se adjudicaban los contratos a través de éste, que son los que habilitaban la prestación de servicios. De este modo, se simplificaba el proceso y se hacía más fácil su gestión. Vid. en extenso, en relación con los acuerdos marco y su aplicación, Rodríguez-Piñero Royo, M., “Medidas en materia de intermediación y trabajo temporal”, en Fernández López y Calvo Gallego, *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Bomarzo, 2013, p. 313 y ss.

faciliten el desarrollo de políticas activas de empleo. Así, conforme a esta norma, estos acuerdos marco “deben facilitar el desarrollo de políticas activas de empleo y deben incluir la totalidad o una parte de las iniciativas públicas que se pretendan adjudicar durante un período determinado”; con la única limitación de que estos acuerdos no podrán incluir actuaciones de intermediación “en procedimientos de selección de personal laboral temporal por parte de las Administraciones Públicas, debiendo realizarse dicha intermediación exclusivamente y de manera directa por los correspondientes servicios públicos de empleo”. Con este modelo de colaboración se permite la firma de un acuerdo marco que facilite la contratación de servicios posteriores, cuyo objetivo es, por tanto, agilizar la contratación, pero también controlarla y homogeneizarla<sup>17</sup>.

No obstante, en el ámbito de la intermediación laboral, el artículo 42 LE se refiere a la formalización de acuerdos de coordinación o convenios de colaboración entre los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación. El objetivo de estos acuerdos, dice la norma, es poder redirigir a las agencias a las personas demandantes de empleo para la prestación de los servicios de colocación e intermediación laboral solicitados. El único requisito es que habrá de garantizarse la gratuidad del servicio. Incluso se permite que las empresas y personas demandantes de servicios de empleo puedan concertar directamente la prestación del servicio de intermediación con agencias de colocación, que actúen en coordinación o colaboración con los servicios públicos de empleo (art. 42.4 LE). Obviamente, esto supone la sujeción de estos operadores privados a los principios rectores de la política de empleo.

Se limita así, bastante, la posibilidad de las agencias de colocación de lucrarse con esta actividad de intermediación<sup>18</sup> pues, por un lado, se eleva al 60% el porcentaje de fondos propios con los que deberán desarrollar su actividad; y, por otro, se potencia la suscripción de convenios que ejecuten programas específicos de la política de empleo (art. 42.6 LE), entre los que menciona la norma los dirigidos a la protección de los colectivos con necesidades especiales.

## **1.2. La reforma de la intermediación en la nueva Ley de Empleo**

La intermediación en el mercado de trabajo, cuyo objetivo es poner en contacto la oferta y la demanda de empleo para proporcionar a las personas demandantes de empleo un puesto de trabajo acorde a sus necesidades y características, ya fue objeto de reforma en anteriores versiones de la Ley de Empleo, siendo ahora objeto de una ampliación objetiva digna de mención. Las críticas vertidas hacia la anterior Ley de Empleo se centraban en lo indefinido del concepto de intermediación, pues dejaba fuera del concepto legal, aparentemente, acciones relacionadas con

<sup>17</sup> El mismo objetivo que presentaba el Acuerdo marco de la Ley 2013. González-Posada Martínez, E., “Servicios públicos e iniciativa privada...”, op. cit. p. 24.

<sup>18</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores...”, op. cit. p. 112.

la selección de personal o las acciones dirigidas a ello<sup>19</sup>. Por este motivo, la nueva Ley de Empleo, a través de una definición amplia del concepto de intermediación, incluye ésta y otras actividades dentro del concepto, enumerándolas específicamente y resolviendo así importantes dudas sobre la aplicabilidad de sus principios a las actuaciones previas a la contratación. Por ello, define la intermediación más que como una actividad, como un proceso<sup>20</sup>.

Para integrar correctamente la actuación de las entidades privadas en el mercado de trabajo, la nueva Ley amplía el concepto de políticas activas de empleo, considerando dentro de éstas “los servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo, mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo y elevar sus posibilidades de acceso a un empleo, por cuenta ajena o por cuenta propia, digno y reducir las brechas de género”<sup>21</sup>. Este aspecto es clave porque el legislador, por primera vez, acepta que todas las acciones tendentes a hacer que la oferta y la demanda de empleo se acerquen forman parte de las políticas activas de empleo. Pues, como vemos, no se trata sólo de llevar a cabo este acercamiento, sino de involucrar en ello todas las acciones que se dirijan a que las personas demandantes de empleo consigan con éxito, no sólo un puesto de trabajo acorde a sus características profesionales, sino un empleo de calidad<sup>22</sup>.

En particular, como indica el Preámbulo de la norma, se amplía el concepto de intermediación comprendiendo tres categorías de actuaciones; “la prospección y captación de ofertas de trabajo, la puesta en contacto de ofertas de empleo con personas que persiguen su colocación o recolocación y la selección de persona que se estiman idóneas para un puesto de trabajo”.

Sigue, así, el legislador la tendencia reformadora de amplitud y globalidad de la actividad de intermediación, que venía realizando en las últimas reformas<sup>23</sup>. Un proceso reformador que ha ido completándose poco a poco, a través de pequeños pasos, hasta llegar a lo que podemos considerar la liberalización de la actividad de intermediación, en cuanto a la capacidad otorgada a los sujetos que intervienen en

<sup>19</sup> El anterior artículo 31 del Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, definía la intermediación laboral como el conjunto de acciones que tiene por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación”. En el apartado segundo se refería a la inclusión de la actividad de recolocación; “también se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores”.

<sup>20</sup> López Balaguer, M., “La intermediación laboral...”, op. cit. p. 89.

<sup>21</sup> Preámbulo de la Ley 3/2023, de empleo, apartado III (BOE de 1 de marzo de 2023).

<sup>22</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores...”, op. cit. p. 68.

<sup>23</sup> Vid. Lázaro Sánchez, J.L., “Concepto y regulación de la intermediación en el mercado de trabajo en la Ley 3/2023, de empleo”, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, Monográfico, 2023, p. 215.

el mercado de trabajo; si bien, como veremos, conservando importantes medidas de control y exigencias de naturaleza financiera para estas entidades<sup>24</sup>.

Por ello, la novedad más importante de la Ley de empleo de 2023 es la reordenación de la intermediación como elemento fundamental en la política de empleo. Así, como hemos dicho, la norma incluye la actividad de intermediación dentro de las políticas activas de empleo (art. 31 LE) y considera, a su vez, dentro de éstas dos actividades que, si bien la doctrina ya consideraba necesaria su identificación con la actividad de intermediación, no aparecían definidas como tal en la norma: la recolocación y la selección de trabajadores (arts. 3 y 40.2 LE)<sup>25</sup>.

Destacaremos, por tanto, dos cuestiones de la regulación de la intermediación. En primer lugar, su consideración, al igual que en el Texto Refundido de 2015, como servicio público. Así, el artículo 42 de la Ley dice expresamente que la intermediación laboral “tiene la consideración de servicio de carácter público, con independencia del agente que la realice”. En esto, la norma no ha cambiado. Consciente el legislador de la labor de ampliación subjetiva que ha realizado en la nueva norma, mantiene la consideración de la actividad de la intermediación como un servicio público, con el objetivo de que se cumplan los principios que la Ley atribuye a las políticas activas de empleo; en particular, la igualdad y no discriminación y la gratuidad del servicio. Así lo establece expresamente el apartado 8 del artículo 42 LE, conforme al cual “toda actividad de intermediación, tanto respecto a la labor de prospección y captación de ofertas de trabajo como de la casación de la oferta y demanda de empleo o la colocación, recolocación o

<sup>24</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M., “Aproximación a la colaboración...”, op. cit. p. 67, reflexiona sobre las razones de estos controles hacia las agencias de colocación de forma acertada, “primero, porque al tratarse de figuras nuevas en nuestra economía el legislador quiso retener mecanismos de control más incisivos que la mera autorización administrativa; la condición de colaboradoras les imponía una relación más estrecha, intensa y continuada. Es llamativo que a las ETT, otra novedad de esta reforma, se les exigiera sólo la autorización, pero no el actuar en colaboración con los sujetos públicos; pero a cambio se les sometió a un régimen muy estricto con controles y garantías de todo tipo. Y segundo, porque presentándolas como cooperadoras con los SPE se facilitaba su admisión por parte de la opinión pública y las organizaciones sindicales, que habían sido secularmente contrarias a la iniciativa privada en este ámbito. Ausencia de lucro y obligación de colaborar con el INEM permitían justificar la presencia de unos actores que quedaban lejos de las empresas que se beneficiaban indebidamente de la colocación de personas tradicionalmente asociadas con la iniciativa privada en esta actividad”.

<sup>25</sup> En relación con la selección de trabajadores, Cabeza Pereiro, J., “La nueva dimensión...”, op. cit. p. 53, se refiere a esta inclusión como necesaria: “Indudablemente, el propio Convenio 181 de OIT había aproximado las actividades de intermediación, cesión y selección de personas trabajadoras cuando aunó todos estos servicios, como propios de las agencias privadas de empleo, en su art. 1.1. Y, a partir de que las agencias de colocación pudieron tener ánimo de lucro, perdió toda su razón de ser la diferencia radical entre una actividad de intermediación y otra de selección. Ambas se han aproximado siempre, hasta el punto de confundirse en muchas ocasiones. Puede decirse que la exclusión de la selección del contenido sustantivo de la intermediación solo ha respondido a inercias históricas. La común aceptación de la iniciativa privada en el ámbito de la colocación ha producido progresivamente que se difumine una diferencia que siempre fue artificiosa”.

selección de personal, se desarrollará atendiendo al cumplimiento de los objetivos de la política de empleo y los principios rectores de la misma”.

La segunda cuestión de importancia en la nueva regulación de la intermediación es precisamente la ampliación de su ámbito objetivo. La inclusión dentro del concepto de intermediación de todas las actividades que van desde la prospección y selección a la colocación propiamente dicha. Todas estas actividades quedan comprendidas, de una vez por todas, en el ámbito de la intermediación. Es una de las cuestiones más alabadas de la nueva norma, ya que venía siendo una antigua reivindicación de la doctrina laboralista, la determinación con claridad de las actividades que debía comprender la intermediación<sup>26</sup>. De este modo, se zanja una cuestión que había suscitado no pocos debates jurídicos en la doctrina, especialmente en relación con la actividad de selección.

Dado que las diferentes actividades han sido objeto de atención en este número monográfico, no es nuestra intención detenernos en cada una de ellas, sino, más bien, enumerar las novedades que los sujetos intermediadores han de tener en cuenta, en particular, las empresas de trabajo temporal.

Así, en el artículo 3º de la LE se recoge una definición de intermediación identificando ésta con un “conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a su requerimientos y necesidades desde un enfoque integral”. Tras esta definición, enumera la norma un conjunto de actividades que hemos de considerar englobadas en el concepto de intermediación; que son las mismas que aparecen recogidas en el artículo 40.2 de la Ley. Así, conforme al artículo 3º, se consideran “intermediación laboral” las actividades de prospección y captación de ofertas de empleo, la puesta en contacto y colocación; la recolocación y la selección de personas trabajadoras. Y, esto sí es una novedad, el artículo 40.2 LE señala, además, entre las actividades de intermediación “la puesta a disposición de las personas solicitantes de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral”. Para algunos autores, esta inclusión, introducida en la norma durante la tramitación parlamentaria, es excesiva y resulta incoherente con lo debería ser la intermediación<sup>27</sup>; aunque también ha sido valorada positivamente por otros, porque permite considerar la intermediación como una “herramienta” para la igualdad de oportunidades<sup>28</sup>. En definitiva, acerca más el concepto de intermediación al de políticas activas de empleo, pues, como hemos dicho, el legislador la incluye en la definición de éstas (art. 31 LE).

<sup>26</sup> De nuevo, Lázaro Sánchez, J.L., “Concepto y regulación de la intermediación...”, op. cit. p. 211.

<sup>27</sup> Cabeza Pereiro, J., “La nueva dimensión de la intermediación”, op. cit. p. 49.

<sup>28</sup> López Balaguer, M., “La intermediación laboral...”, op. cit. p. 99.

Se parte, pues, de un concepto amplio de intermediación<sup>29</sup>, englobando todas las acciones que tienen lugar antes de la firma de un contrato de trabajo por la persona trabajadora; si bien, excluyendo expresamente las que se lleven a cabo exclusivamente por medios automatizados<sup>30</sup>.

## **2. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y SU CONSIDERACIÓN COMO MECANISMO DE FLEXIBILIDAD**

Como hemos tenido ocasión de señalar, la Ley de Empleo da un nuevo impulso a la actuación de los agentes de la intermediación, en cuanto que colaboradores de los servicios públicos de empleo en la ejecución de las políticas activas de empleo.

Conforme a los datos de la Encuesta de Población Activa de 2023 antes expuestos, resulta incontestable la presencia de las empresas de trabajo temporal en el ámbito de la intermediación y su eficacia, 4 puntos por encima de los resultados de los servicios públicos de empleo. Considerando estas cifras, algunos han puesto de manifiesto lo paradójico del fenómeno, ya que se produce tras dos años de vigencia de una reforma laboral cuyo objetivo era precisamente reducir las cifras de trabajo temporal en España<sup>31</sup>.

Independientemente de las razones que justifiquen este auge en la contratación a través de empresas de trabajo temporal, que podremos ir señalando a lo largo de este estudio, lo cierto es que la actividad de intermediación en España se ha realizado, como ha señalado alguna autora, al margen de los servicios públicos de empleo<sup>32</sup>. Y los estudios sobre la materia demuestran una y otra vez que son los operadores privados los que más éxito tienen en la colocación de demandantes de empleo<sup>33</sup>.

No obstante, es importante insistir en que la existencia de un servicio público de empleo se justifica para poder garantizar, entre otras cosas, la transparencia en el mercado de trabajo y la atención a los colectivos más vulnerables<sup>34</sup>, pues

<sup>29</sup> Para Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores...”, op. cit. p. 110, la finalidad de esta ampliación es acercar las agencias de colocación al concepto de “agencias globales de empleo”.

<sup>30</sup> Para Lázaro Sánchez, J.L., “Concepto y regulación de la intermediación...”, op. cit. p. 227, ha de destacarse esta novedad de la norma porque “esta exclusión afecta a una forma de actuar en este mercado cada vez más frecuente”.

<sup>31</sup> Esteban, J., “El misterio de las ETTs”, en <https://es.linkedin.com/pulse/el-misterio-de-las-ettts-javier-esteban-iukef> (fecha de la consulta 22/06/2024).

<sup>32</sup> López Balaguer, M., “La intermediación laboral...”, op. cit., p. 106.

<sup>33</sup> Vid. en extenso Pérez del Prado, D., “La colaboración público-privada...”, op. cit. pp. 156-159; Alujas Ruiz, J.A., “Resultados de la intermediación laboral en España: una comparación público-privado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 340, pp. 165-184.

<sup>34</sup> De nuevo López Balaguer, M, *ibídem*.

corresponde a los poderes públicos velar por el principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo. Por ello, sin renunciar a la existencia de un sistema público de empleo como servicio público, es preciso unir sinergias procedentes del ámbito privado para lograr un objetivo común, el pleno empleo, recogido en nuestra Constitución como principio que ha de informar la política de empleo<sup>35</sup>. Se otorga de este modo a la iniciativa privada un papel de flexibilidad y complementariedad de la labor de los servicios públicos de empleo para lograr una gestión más ágil y dinámica de las políticas activas de empleo<sup>36</sup>.

La forma en que se configura esta colaboración público privada va variando en función de las circunstancias del mercado de trabajo y de las fórmulas que el legislador quiera emplear. Y es posible afirmar que nuestro legislador, aparte de seguir las directrices marcadas por los Convenios ratificados de la OIT y la normativa de la UE de obligado cumplimiento, ha ido avanzando en una senda de confianza en la actividad de los agentes privados o con ánimo de lucro<sup>37</sup>. En este espacio se encuentran las empresas de trabajo temporal que, como veremos, han evolucionado desde concepciones restrictivas, fruto de una cierta desconfianza del legislador<sup>38</sup>, hacia posiciones más cercanas a la colaboración con el servicio público de empleo.

Podemos decir que fue la reforma laboral de 2012 la que nos permite empezar a considerar las empresas de trabajo temporal como operadores del mercado de trabajo que contribuyen decididamente a la flexibilización del mercado de trabajo. Esta consideración, así como la liberalización de las ETTs, se encontraba en la estrategia europea de flexiseguridad<sup>39</sup> y en la Directiva 2008/104/CE<sup>40</sup>, e incluso en los motivos de la reforma del mercado de trabajo de 1994<sup>41</sup>. Sin embargo, hasta

<sup>35</sup> En relación con el objetivo de pleno empleo y la política de empleo tras la Ley 3/2023, vid. Sempere Navarro, A.V., “Reivindicación de la Ley de Empleo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8/2023, BIB 2023/2198.

<sup>36</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M., “Aproximación a la colaboración ...”, op. cit. p. 60.

<sup>37</sup> En relación con la evolución de la liberalización de la actividad de intermediación en nuestro país y la progresiva implantación de las empresas de trabajo temporal, vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., “Aproximación a la colaboración ...”, op. cit. pp. 57 y ss.

<sup>38</sup> Cristóbal Roncero, R. y San Martín Mazzuconi, C., “Nuevos criterios en la ordenación de la intermediación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 184, 2016, (Aranzadi BIB 2016/701) p. 5/27.

<sup>39</sup> López Ahumada, J.E., “La promoción del recurso a las empresas de trabajo temporal en el proceso de reformas laborales: alcance y efectos de una auténtica reconversión empresarial”, *Relaciones Laborales*, nº11 2012, p. 2/39.

<sup>40</sup> Considerando 11 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

<sup>41</sup> La exposición de motivos de la Ley 11/1994, ya afirmaba que la reforma buscaba “incidir en los aspectos relacionados con la gestión más flexible de los recursos humanos en la empresa”, introduciendo las ETTs como instrumento de flexibilidad. En este sentido, vid. Rodríguez-Piñero Royo, M.C., “El nuevo papel de las empresas de trabajo temporal”, en Fernández López y Rodríguez-Piñero Royo (dirs.), *Diez años desde la regularización de las empresas de trabajo temporal. Balances y perspectivas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2004, p. 30.

el momento, la posición del legislador era más bien restrictiva en relación con la actuación de estas empresas en el mercado de trabajo, por la imagen de sujetos precarizadores del empleo que se les había otorgado<sup>42</sup>.

Como consecuencia de la crisis financiera mundial de principios del siglo XXI, tuvo lugar en España un proceso de reformas en el período 2010-2014, conformado por un aluvión de reales decretos leyes que transformaron no sólo el ordenamiento laboral sino también el marco jurídico del mercado de trabajo. Un conjunto de medidas coyunturales que, sin embargo, en lo que a la liberalización del mercado de trabajo se refiere, se convirtieron con el tiempo en medidas de carácter estructural. Podemos decir que, sin perjuicio del fin perseguido por cada una de las reformas operadas, en lo que al mercado de trabajo se refiere, van encadenadas y no se puede entender una sin conocer la anterior<sup>43</sup>. Se inició así un proceso de ampliación de los sujetos intervinientes en el mercado de trabajo, con el único objetivo de reducir las elevadas cifras de desempleo, que afectó especialmente al papel de las empresas de trabajo temporal.

Es importante señalar que el derecho del empleo en nuestro país ha sido objeto de continuas reformas, como consecuencia de las dramáticas cifras de desempleo, especialmente entre los jóvenes, que sufrimos desde hace décadas. Muchas de estas reformas han tenido naturaleza temporal, como medidas de choque, que ayudaran a descender los niveles de desempleo; lo que algunos denominaron “derecho de la emergencia”<sup>44</sup>. Sin embargo, las medidas dirigidas a la reforma de la intermediación, por el contrario, han tenido tradicionalmente carácter estructural. El proceso de liberalización de los servicios de las empresas de trabajo temporal, como sujetos de la intermediación, ha ido progresando con el tiempo, superando así la inicial desconfianza hacia estos operadores privados en el mercado de trabajo español. Desde su aparición en 1994, se ha ido avanzado hacia un modelo completamente liberalizado y lucrativo de iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y colocación, ampliando poco a poco los espacios de actuación de las ETTs.

<sup>42</sup> Como señala Moreno Vida, M.N., “La contratación temporal a través de las empresas de trabajo temporal”, en AAVV, *Las modalidades de contratación laboral*. Libro homenaje al Profesora Francisco J. Prados de Reyes, Monografías de Temas Laborales nº60. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018, p. 349, “la utilización de ETT, junto con las demás políticas flexibilizadoras adoptadas, tiende a incrementar el empleo secundario; es decir, de carácter temporal eminentemente precario y poco protegido, que abunda en la segmentación del mercado de trabajo donde se localiza – junto al fenómeno de la subcontratación al que suele estar íntimamente vinculado – un elevado índice de siniestralidad laboral, como consecuencia de la temporalidad del empleo...Y en este modelo de empresa flexible las ETT han servido fundamentalmente para llevar a cabo un sistema de gestión competitiva basado sobre todo en la reducción de costes siendo un mecanismo básico en la estrategia empresarial de conseguir el abaratamiento de los costes de personal mediante la precarización de las condiciones de trabajo”.

<sup>43</sup> Molina Navarrete, C., “Intermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma “que brilla por su ausencia”, *Temas Laborales*, 115, 201, p. 141.

<sup>44</sup> Vid. Rodríguez-Piñero royo, M., “Medidas en materia de intermediación laboral...”, op. cit. p. 310.



Como decimos, uno de los procesos reformadores que gozaría de vocación de permanencia sería el relativo a los operadores del mercado de trabajo en el período 2010-2014<sup>45</sup>; pues es entonces cuando podemos afirmar que las ETTs comienzan a tener mayor protagonismo en el mercado de trabajo y en la creación de empleo. Este proceso reformador provenía de la necesaria transposición de la Directiva 2008/104/CE que procuró otorgar mayor margen de actuación a las empresas de trabajo temporal flexibilizando la posibilidad de recurrir a ellas<sup>46</sup>, si bien no modificó el rol de estas empresas en el mercado que se ceñía a la colocación y la intermediación<sup>47</sup>.

Siguiendo los mandatos de la Directiva, la reforma operada en el mercado de trabajo español por la Ley 35/2010 se centró en garantizar la igualdad en las condiciones esenciales de trabajo y empleo entre los trabajadores en misión y los empleados por la empresa usuaria, la gratuidad del servicio para los trabajadores y la eliminación de las restricciones al uso de las ETTs, permitiendo su utilización en sectores de actividad hasta entonces prohibidos<sup>48</sup>. Sin embargo, los cambios en el mercado de trabajo y en la gestión de las políticas de empleo fueron más trascendentes. Se puede hablar de un cambio de modelo de mercado de trabajo y de la intermediación<sup>49</sup>,

Por su parte, la reforma de 2012, a través de la Ley 3/2012, dio un paso más en este proceso liberalizador de las ETTs, tratando de dinamizar el mercado de trabajo y reducir el desempleo; permitiendo a estas empresas actuar como agencias de colocación. Lo que muchos han considerado un verdadero cambio en el modelo o función de las empresas de trabajo temporal en el mercado de trabajo<sup>50</sup> y en el que jugó un papel fundamental la ratificación del Convenio 181 de la OIT sobre Agencias privadas de colocación<sup>51</sup>. Un paso realmente importante en la ampliación del ámbito de actuación de las ETTs, justificado, conforme a la exposición de motivos de la norma, en dos razones; la insuficiente capacidad de gestión de la colocación por parte de los Servicios Públicos de Empleo y las exigencias de las instituciones comunitarias al respecto. Se refería la Ley a la necesidad de converger con el modelo de intermediación que ya se había implantado en la mayoría de los

<sup>45</sup> Vid. en este sentido Rodríguez-Piñero Royo, M., “Medidas...”, op. cit. p. 320.

<sup>46</sup> Moreno Vida, M.N., “La contratación temporal...”, op. cit. p. 347.

<sup>47</sup> Vid. López Ahumada, J.E., op. cit. p. 4/39.

<sup>48</sup> De nuevo López Ahumada, J.E., op. cit. p. 5/39 y Moreno Vida, M.N., op. cit. pp. 353 y ss.

<sup>49</sup> Vid. entre otros estudios, Rodríguez-Piñero Royo, M y Calvo Gallego, F.J., “Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales*, 107, 2010, pp. 337 y ss.; Prado de Reyes, F. y Molina Martín, M.A., “Nuevos criterios para la ordenación de la intermediación laboral”, *Revista de Derecho Social*, 54, 2011, pp. 45 y ss.

<sup>50</sup> López Balaguer, M., “La intermediación ...E”, op. cit. p. 83, López Ahumada, J.E., *ibidem* y Molina Navarrete, C., “Intermediación y políticas activas...”, op. cit. pp. 135-164.

<sup>51</sup> Cabeza Pereiro, J., “La nueva dimensión...”, op. cit., p.62.

Estados miembros, permitiendo a las ETTs actuar como agencias de colocación<sup>52</sup> y dando, por tanto, un impulso a este mercado de la intermediación laboral<sup>53</sup>.

De este modo, se da un paso de gigante en la liberalización de la actuación de estas empresas, dejando atrás la obligación impuesta al inicio de dedicarse exclusivamente a la puesta a disposición de trabajadores con carácter temporal<sup>54</sup>; empezando a ser contempladas como parte de la solución a los problemas de nuestro mercado de trabajo<sup>55</sup>. Aunque no estuvo exenta esta reforma de duras críticas, por la alteración del equilibrio entre lo público y lo privado que este relanzamiento de los agentes privados de colocación podría generar<sup>56</sup>.

No obstante, la reforma no impidió que se siguiera realizando un férreo control de la actividad de las ETTs, quizás en un intento de mantener el citado equilibrio, estableciendo requisitos para poder actuar como agencias de colocación<sup>57</sup>.

Para continuar con el período reformador 2010-2014, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, también introdujo modificaciones en el régimen jurídico de las ETTs, continuando el proceso de ampliación de los espacios de actuación en el mercado de trabajo y modificando su papel en éste, pasando de ser meros “proveedores temporales de mano de obra a ser proveedores globales de servicios

<sup>52</sup> No obstante, seguía manteniéndose el requisito de la autorización administrativa, muestra de la necesidad de controlar, por parte de la administración, la actuación de las ETTs. Así, la Ley 3/2012, modificó el apartado 2 del artículo 21 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, queda redactado del siguiente modo: “Las personas físicas o jurídicas, incluidas las empresas de trabajo temporal, que deseen actuar como agencias de colocación deberán obtener autorización del servicio público de empleo que se concederá de acuerdo con los requisitos que se establezcan reglamentariamente. La autorización, que será única y tendrá validez en todo el territorio español, se concederá por el Servicio Público de Empleo Estatal en el supuesto de que la agencia pretenda realizar su actividad en diferentes Comunidades Autónomas o utilizando exclusivamente medios electrónicos o por el equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que la agencia únicamente pretenda actuar en el territorio de una Comunidad. El vencimiento del plazo máximo del procedimiento de autorización sin haberse notificado resolución expresa al interesado supondrá la estimación de la solicitud por silencio administrativo”.

<sup>53</sup> Molina Navarrete, C., “Intermediación y políticas activas...”, op. cit. p. 145.

<sup>54</sup> Recordemos que la inicial redacción de la Ley 14/1994, recogía en su artículo 2º b), la obligación de las empresas de trabajo temporal de “dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal”, impidiendo, por tanto, la realización de cualesquiera otras actividades relacionadas con la intermediación o la colocación.

<sup>55</sup> Sempere Navarro, A.V., “La intermediación laboral en el RDL 3/2012”, Aranzadi Doctrinal 1/2012, BIB 2012/525, p. 8/8.

<sup>56</sup> En este sentido se pronuncia Molina Navarrete, C., “Intermediación y políticas activas...”, op. cit. p. 139.

<sup>57</sup> En particular, el artículo 1º de la reformada LETT exigía a las empresas de trabajo temporal, en su relación tanto con los trabajadores como con las empresas clientes, “informar expresamente y en cada caso si su actuación lo es en la condición de empresa de trabajo temporal o de agencia de colocación”.

en este mercado”<sup>58</sup>. Un proceso este que, como observamos, se ha ido completando poco a poco a lo largo de la historia de las ETTs en nuestro país.

Una de las novedades más importante fue la ampliación de las modalidades contractuales que las ETTs podían utilizar con sus trabajadores. Así, la Ley 11/2013 modificó el apartado 2 del artículo 6 de la Ley de ETTs para permitir a éstas formalizar contratos de naturaleza formativa, concretamente el contrato para la formación y aprendizaje, regulado por el recién reformado en 2021 artículo 11.2 del ET, con sus trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias; adaptando además sus preceptos a las peculiaridades de la relación triangular propia de los contratos de puesta a disposición<sup>59</sup>. Dejando atrás una limitación cuya justificación se encontraba en que la naturaleza temporal del contrato formativo no tiene que ver con necesidades temporales de la empresa, sino con las necesidades del trabajador de alcanzar una formación o cualificación determinada, se produce, así, un cambio importante en el objeto del contrato de puesta a disposición entre las empresas de trabajo temporal y las usuarias, que, como decimos, ya no sería sólo la existencia de una necesidad laboral de naturaleza temporal en la empresa usuaria.

Pero quizás lo más trascendente de esta reforma es su significado, pues, por primera vez, se involucran a estas empresas en las políticas de empleo, al poder hacer uso de modalidades contractuales relacionadas con éstas<sup>60</sup>. No cabe duda de que los contratos formativos, en particular la antigua modalidad del contrato para la formación y el aprendizaje, se dirigen a permitir la inserción de los más jóvenes en el mercado de trabajo; suponiendo la entrada de las ETTs en esta actividad una posibilidad de dinamizar la situación de este colectivo y hacer descender, de este modo, los niveles de desempleo<sup>61</sup>. Pues al legislador no le cabía la duda de la importancia que estas empresas estaban adquiriendo en la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo<sup>62</sup>.

Para finalizar el proceso liberalizador de la actividad de las ETTs y la ampliación de su ámbito objetivo de actuación, el Real Decreto Ley 8/2014, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia<sup>63</sup>, justificando la reforma en “que las empresas de trabajo temporal

<sup>58</sup> Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., “Medidas...”, op. cit. p. 338.

<sup>59</sup> También se incluyó entre las modalidades contractuales, la del “primer empleo joven”, modalidad contractual expresamente creada en la Ley 11/2013, incentivada y que no llegaría a perdurar en el tiempo. Vid. en extenso, Rodríguez-Piñero Royo, M., “Medidas...”, op. cit. pp. 338 a 347.

<sup>60</sup> En este sentido Rodríguez-Piñero Royo, M., “Medidas...”, op. cit. p. 347.

<sup>61</sup> Aunque no ha estado exento de críticas por las dudas que suscita que la ETT lleve realmente a cabo su obligación de formación en el marco de esta modalidad contractual. En este sentido, Moreno Vida, M.N., “La contratación temporal...”, op. cit. p. 379.

<sup>62</sup> De nuevo, Moreno Vida, M.N., “La contratación temporal...”, op. cit. p. 351.

<sup>63</sup> Transformado, tras el trámite parlamentario correspondiente, en Ley 8/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 17 de octubre).

se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo”, amplió “las actividades que van a poder desarrollar, añadiendo las actividades de formación para la cualificación profesional y de consultoría y asesoramiento de recursos humanos”<sup>64</sup>. Con esto, se completaba el elenco de actividades propias de la intermediación y la colocación, dejando atrás definitivamente la exclusividad inicialmente exigida en la Ley de 1994 hacia la actividad de puesta a disposición de trabajadores. Se aprovechó, además, esta reforma para eliminar también las limitaciones territoriales de la autorización administrativa, como consecuencia de la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que establecía como principio básico el de eficacia nacional de las autorizaciones.

Finalizada la etapa reformadora consecuencia de la crisis financiera y la adaptación a la Directiva 2008, quedaba pendiente la determinación de la actividad de la intermediación en la Ley de Empleo. Sin embargo, el legislador perdió la oportunidad de aclarar este aspecto con motivo de la elaboración del Texto Refundido de 2015 (Real Decreto Legislativo 3/2015) pues no llegó a abordar el problema de la intermediación<sup>65</sup>.

La nueva Ley de Empleo de 2023 sí aborda esta cuestión, delimitando la actividad de la intermediación, e incluyendo en ella dos actividades cuya pertenencia a la intermediación era aceptada por la mayoría de la doctrina, aunque era dudosa su inclusión por la norma. Se soluciona así un problema que venía siendo discutido por la doctrina y se incluye dentro del concepto de la intermediación, tanto la actuación de las agencias privadas de colocación como las actividades de selección.

Así, como hemos puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, la Ley de Empleo incluye la actividad de intermediación dentro de las políticas activas de empleo (art. 31 LE) y recoge dentro de ésta, como se indica en el artículo 3º de la Ley, “un conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades desde un enfoque integral”. Para ello, enumera el conjunto de actividades que deben considerarse “intermediación laboral” y que son las siguientes:

- actividades de prospección y captación de ofertas de empleo,
- puesta en contacto y colocación;
- recolocación y
- selección de personas trabajadoras.

Por su parte, el artículo 40.2 LE señala, además, entre las actividades de intermediación “la puesta a disposición de las personas solicitantes de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales

<sup>64</sup> Preámbulo del Real Decreto Ley 8/2014.

<sup>65</sup> López Balaguer, M., “La intermediación laboral...”, op. cit., p. 83.

o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral”.

Por tanto, las empresas de trabajo temporal, como agentes privados de intermediación y actuando, como indica la norma, como agencias privadas de colocación, podrán realizar todas las actividades que la norma recoge dentro del concepto de intermediación, siempre que reúnan los requisitos legales para ello<sup>66</sup>. En este aspecto, la nueva Ley de Empleo también mantiene un concepto amplio de agencias de colocación, definiéndolas en su artículo 43 como “aquellas entidades, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral en los términos señalados por el artículo 42, en coordinación con los servicios públicos de empleo o como entidades colaboradoras de estos”. Y recoge, además, las obligaciones que habrán de cumplir dichas agencias, sin perjuicio de su futura regulación reglamentaria; y que son las siguientes:

- a) Suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre las personas trabajadoras atendidas y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas.
- b) Respetar la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos y garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios.
- c) Disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo.
- d) Cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social.
- e) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad.
- f) Garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, siempre que las personas trabajadoras se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

<sup>66</sup> En la Ley de Empleo 2023 y hasta tanto se produzca el desarrollo reglamentario correspondiente el único requisito que deben cumplir las personas físicas o jurídicas que deseen actuar como agencias de colocación es la presentación de una declaración responsable ante el servicio público de empleo competente de la Comunidad o ciudad autónoma en la que tengan su establecimiento principal. Con la declaración responsable, la actuación de la agencia de colocación tendrá validez en todo el territorio del Estado y sin límite de duración (art. 43.2 LE).

Toda esta regulación supone aclarar de una vez por todas, el régimen jurídico aplicable a la actividad de la intermediación y la determinación del ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal en el mercado de trabajo; así como su inclusión definitiva en el ámbito de las políticas activas de empleo.

### **3. LAS MEJORAS EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN Y LA EXPANSIÓN DE LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN COMO ELEMENTOS DINAMIZADORES DE LA POSICIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN EL MERCADO DE TRABAJO**

Hemos destacado en un momento de nuestro estudio que, conforme a las estadísticas facilitadas por la EPA 2023, es posible observar un importante repunte en la realización de nuevos contratos por parte de las empresas de trabajo temporal. Concretamente, el número de asalariados contratados a través de una empresa de trabajo temporal (ETT) fue de 768.100 en 2023; es decir, el 4,3% del total, frente al 3,8% de 2022, lo que supone un crecimiento de 15%<sup>67</sup>. Con la eliminación del contrato de obra o servicio determinado y la decidida apuesta por la reducción de la temporalidad en la reforma de 2021, todos los pronósticos auguraban una reducción drástica en la contratación a través de las empresas de trabajo temporal, sin embargo, el resultado no ha sido tan negativo, como se puede observar.

Este fenómeno puede tener varias explicaciones; una de ellas reside en la ampliación del ámbito objetivo de la intermediación que hace que estas empresas de trabajo temporal puedan ofertar un conjunto global de servicios que van desde la selección y captación del candidato a la contratación del trabajador; otra de las causas podemos considerar que trae causa del hecho de que se ha dejado de demonizar este tipo de contratación a través de ETTs gracias a la garantía de la igualdad de trato entre trabajadores cedidos y trabajadores de las empresas usuarias, regulada por la Directiva 2008/104/CE relativa a empresas de trabajo temporal y su trasposición a nuestro ordenamiento. Pero también vamos a destacar, aunque no tiene una relación directa una causa con otra, la inclusión tras la última reforma operada 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, del contrato fijo discontinuo entre las modalidades contractuales permitidas a las empresas de trabajo temporal. Dado que ya hemos tenido ocasión de analizar la primera de las causas, nos centraremos en las otras dos.

<sup>67</sup> Nota de prensa de la EPA 2023, disponible en la página web del INE <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/vsEPA2023.htm> (fecha de la consulta: 22/06/20249).

### **3.1 El principio de igualdad de trato y su desarrollo en la legislación y la negociación colectiva**

Uno de los aspectos más importantes de la Directiva 2008/104/CE relativa a las empresas de trabajo temporal fue el reconocimiento del principio de igualdad de trato, entendido éste como el reconocimiento a los trabajadores en misión de las mismas “condiciones esenciales de trabajo y de empleo” que las de los trabajadores de la empresa usuaria donde prestan sus servicios, o más bien, “que hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto de trabajo”<sup>68</sup>. Entendiendo por “condiciones esenciales”, conforme al art. 3 de la Directiva, las relativas a la remuneración, la duración de la jornada, horas extraordinarias, pausas, descansos, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos; ya estén recogidas en una norma legal, reglamentaria o administrativa, en un convenio colectivo o en cualquier otra disposición vinculante de alcance general en vigor.

El reconocimiento de este estatus a los trabajadores cedidos por una ETT que se encuentren prestando servicios en una empresa usuaria fue fundamental para poner fin a las prácticas precarizadoras de este tipo de empleo y a las empresas que trataban de sacar beneficio de la reducción de condiciones laborales básicas, como el salario, a los trabajadores cedidos a otras empresas. Pero también fue clave en la aceptación y liberalización de la actividad de las empresas de trabajo temporal en el mercado de trabajo y la intermediación, entendida ésta ampliamente, como hemos visto; pues, si se podía garantizar el principio de igualdad de trato de los trabajadores cedidos a otras empresas, no tenía sentido mantener las restricciones iniciales aplicadas por el legislador a estas empresas.

Así, como hemos visto, el proceso reformador 2010-2014 fue eliminando trabas a la actividad de estas empresas y la Ley de Empleo de 2023 culmina el proceso incluyendo a las empresas de trabajo temporal, cuando actúan como agencias privadas de colocación, en el ámbito de las políticas activas de empleo y, más concretamente, en la intermediación con la ampliación objetiva del ámbito de actuación que ello supone.

De este modo, se concentran en las empresas de trabajo temporal las dos actividades, la cesión de mano de obra y la actuación en el mercado como agencias de colocación, siendo la reforma de la Ley de Empleo 2023 continuista con las anteriores reformas del legislador en relación al papel de las ETTs en el mercado de trabajo.

### **3.2. Los contratos fijos discontinuos para los trabajadores contratados para ser cedidos a otras empresas usuarias**

Uno de los aspectos más criticados de la cesión de mano de obra a través de las empresas de trabajo temporal se centraba en la inexistencia para el trabajador de derechos propios de una carrera profesional; es decir, en el sistema de contratos

<sup>68</sup> Artículo 5.1 de la Directiva.

a través de ETTs, los contratos temporales se van sucediendo para el trabajador en misión, sin que exista una continuidad en la empresa, lo que le impide acumular derechos de antigüedad o acceder a una promoción profesional<sup>69</sup>. Sin embargo, al incluir la reforma laboral la modalidad contractual de los contratos fijos discontinuos, la posibilidad de tener un contrato de trabajo de duración indefinida rompe la dinámica de la inestabilidad laboral y permite una salida a estas empresas que habían visto desaparecer el principal contrato suscrito entre ellas y sus trabajadores, el de obra o servicio determinado<sup>70</sup>. Sin embargo, son muchas las dudas que nos asaltan cuanto nos referimos a esta modalidad contractual dentro del ámbito de la cesión de trabajadores.

El contrato fijo discontinuo aparece en la reforma laboral de 2021 como un instrumento de estabilidad al tratarse de un contrato indefinido; sin embargo, coincidimos con quienes han declarado que “ni es un ideal de calidad en el empleo, ni una opción asumida, en muchos casos de forma voluntaria por los propios trabajadores”, sino “un mal menor que intentará dar una vía de flexibilidad a las empresas al mismo tiempo que otorga algo más de seguridad al trabajador, mejorando, desde luego, los datos estadísticos siempre presentes en la mente del legislador”<sup>71</sup>. Junto a ello podemos apreciar un cierto efecto sustitución entre el contrato de obra o servicio determinado y el contrato fijo discontinuo, que las empresas de trabajo temporal han materializado, a juzgar por sus estadísticas. Aunque se han endurecido las causas de temporalidad, la realización de contratos de carácter indefinido, incluso el fijo discontinuo, se ha flexibilizado, generando una pequeña ventaja a estas empresas porque los costes de la contratación se han abaratado, al menos en relación con los contratos de corta duración (menos de 30 días), al no existir penalización en las cotizaciones, y la eliminación de la indemnización por finalización de contrato del artículo 49.1 c) ET<sup>72</sup>.

Esta apertura de la modalidad contractual fija discontinua a las empresas de trabajo temporal ha sido considerada la respuesta legal a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2020 (núm. 728)<sup>73</sup>, que descartaba la posibilidad de que estas empresas pudieran realizar este tipo de contratos dado que la legislación vigente entonces, no lo contemplaba. La Sala IV del TS rechazaba que la referencia del artículo 10 de la Ley 14/1994 de empresas de trabajo temporal al contrato indefinido incluyese la posibilidad de realizar contratos fijos discontinuos, siendo

<sup>69</sup> Moreno Vida, M.N., “La contratación temporal...”, op. cit. p. 352.

<sup>70</sup> Según Esteban, J., “El misterio de las ETTs”, op. cit. “la reforma laboral abrió la puerta a las empresas de trabajo temporal a firmar estos contratos y ellas lo han aprovechado a fondo: suponen ya el 45% de los contratos de puesta a disposición que gestionan. Además, el creciente desinterés del resto de las empresas por esta fórmula contractual ha llevado a que sean las de trabajo temporal las que firman la mayoría de ellos. En diciembre de 2023 alcanzaron un récord de 94%.

<sup>71</sup> Calvo Gallego, F.J., “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021”, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, Monográfico 2022, p. 136.

<sup>72</sup> Goerlich Peset, J.M., “Contrato fijo-discontinuo ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, Labos, vol. 3, p. 66.

<sup>73</sup> Vid. de nuevo Calvo Gallego, F.J., *ibidem*.



sólo posible el fijo ordinario. Así, la Sala consideraba que “si bien desde el punto de vista de la regulación de las ETT, no existe prohibición alguna para la celebración de un contrato de trabajo indefinido fijo-discontinuo, las empresas usuarias únicamente pueden celebrar contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada en prácticas o para la formación y el aprendizaje”; por lo que la referencia del artículo 10 al contrato indefinido debía entenderse, según el Tribunal, “como una forma de que la ETT celebre sucesivos contratos con las empresas usuarias de puesta a disposición de dicho trabajador, sin necesidad de suscribir cada vez un contrato con el mismo, debiendo observar el cumplimiento de determinados requisitos”. Además, argumenta la Sala, que “no cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal -a tenor del artículo 6.1 de la LETT- y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria”. Por ello, la Sentencia admite el contrato indefinido ordinario, pero no el fijo discontinuo.

El voto particular de la Sentencia firmado por tres magistrados se mostraba partidario, por el contrario, de la realización de este tipo de contratos por las ETTs<sup>74</sup>, ya que la Ley no lo excluía expresamente.

Sin duda, es el propio Tribunal el que parece aceptar esa modalidad de contrato indefinido pero sujeto a la suscripción de diferentes órdenes de servicio, coincidentes con la firma de contratos de puesta a disposición, pero finalmente la rechaza por no estar contemplada en la Ley.

Con la reforma laboral de 2021 se zanja la polémica y se permite a las empresas de trabajo temporal, por la vía del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores, hacer uso de este contrato fijo discontinuo “en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994” (Ley de ETTs). Y este precepto de la LETT admite la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal celebren contratos fijos discontinuos “para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el artículo 15 del ET, coincidiendo en este caso los períodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos”. Pero coincidimos con quienes afirman que es sorprendente que no se haya establecido un plazo máximo para la interrupción de la actividad<sup>75</sup>. Lo que sí está claro es que la ETT sólo puede ceder a su personal contratado con esta modalidad fija discontinua para cubrir necesidades temporales

<sup>74</sup> “No nos parece razonable que pueda desprenderse de ese precepto la prohibición de utilizar una determinada y concreta modalidad de contratación indefinida, cuando el legislador no solo no ha querido imponerla, sino que habilita expresamente a las ETTs para que puedan hacer uso de la contratación indefinida sin imponer ninguna clase de limitación o condicionamiento”.

<sup>75</sup> Goerlich Peset, J.M., “Contrato fijo-discontinuo...”, op. cit. p. 66.

de la empresa usuaria, no necesidades de estas empresas que tengan encaje en el artículo 16 ET<sup>76</sup>.

Coincidimos con quienes se han mostrado contrarios a esta opción legislativa<sup>77</sup>, precisamente por la falta de homogeneidad de la que adolecen los contratos de puesta a disposición, que se realicen en el marco de esta contratación indefinida, por lo que será difícil justificar que la cobertura de necesidades temporales de una empresa usuaria con un contrato de estas características.

Independientemente de que estemos de acuerdo o no, lo cierto es que la reforma laboral admite la celebración de estos contratos y esta puede ser la causa de que no haya decaído la actividad de las empresas de trabajo temporal en la intermediación laboral, sino que se encuentre en alza, tal y como hemos visto por las estadísticas del INE, y refuerce su presencia en el mercado de trabajo.

#### **4. LA PARTICIPACIÓN DE LAS ETTS EN LA FUNCIÓN DE COORDINACIÓN Y CONTROL DE DATOS E INTEGRACIÓN DE INFORMACIÓN ASIGNADA A LA AGENCIA NACIONAL DE EMPLEO**

Modernizar los servicios públicos de empleo pasa por integrar los datos de los demandantes de empleo en un solo sistema que permita dar un mejor servicio a las personas que acuden a ellos en busca de un empleo de calidad. Esto forma parte de la tan demandada coordinación entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso de intermediación y colocación en el mercado de trabajo.

El artículo 14 de la nueva Ley de Empleo crea el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios Públicos de Empleo como un instrumento técnico de coordinación del Sistema Nacional de Empleo. La finalidad de este sistema es el registro de datos y la integración de la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo. Todos estos datos se encuentran repartidos entre los diferentes sujetos que actúan en el mercado de trabajo, pretendiendo la norma crear un único registro de los datos que manejan tanto la recién creada Agencia Española de Empleo (antiguo Servicio Público de Empleo), como los servicios públicos de empleo autonómicos y las entidades colaboradoras. Esto permitirá tener un control de las ofertas y demandas de empleo, así como de las prestaciones por desempleo.

Sin duda, uno de los retos más importantes de las administraciones públicas en general, y de los servicios de empleo en particular, es analizar y racionalizar la cantidad de datos que se generan de la actividad pública y privada, en nuestro caso,

<sup>76</sup> Sempere Navarro, A.V., “Sobre la contratación fija discontinua”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8/2022 (BIB 2022/2942), p. 13/25 y Goerlich Peset, J.M., “Contrato fijo-discontinuo...”, op. cit. p. 65.

<sup>77</sup> Calvo Gallego, F.J., “La reforma de la contratación...”, op. cit. p. 139.

en el ámbito de las políticas activas de empleo, con el objetivo de hacerlas lo más eficaces y eficientes posible.

El mecanismo elegido por la Ley de Empleo es la realización de protocolos para el registro de datos comunes y la integración de la información procedente de los diferentes sujetos activos del mercado de trabajo, articulándolo a través de acuerdos de colaboración que se adoptarán en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales.

Se configura así el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SPII en adelante) como “una red de información común para toda la estructura pública y privada de empleo”, en beneficio “de las personas demandantes de los servicios de empleo y de las personas, empresas y otras entidades empleadoras usuarias de los mismos. Y, declara expresamente la norma que deberá tener una “estructura de procesamiento de datos pertinentes eficaz, integrada y compatible”. El Sistema se integrará, además, en la Red Europea de los Servicios de Empleo<sup>78</sup>.

De este modo, se conseguirá facilitar el acceso de los usuarios del sistema a las ofertas de empleo, así como permitirá evaluar el resultado de las políticas activas de empleo. La creación de un sistema de información integrado es clave para la coordinación, no sólo de la ejecución de las políticas activas de empleo por los servicios de empleo autonómicos, sino también por las entidades privadas que operan en el mercado de trabajo. La centralización de la información en un único sistema permite que la información sobre ofertas de empleo y perfiles de personas desempleadas fluya superando las barreras territoriales y contribuyendo así a garantizar el principio de igualdad de oportunidades<sup>79</sup>.

Además, la participación de las entidades privadas, como las empresas de trabajo temporal en la coordinación de los datos del SPII, implica una labor de colaboración y coordinación con los servicios públicos de empleo que, hasta el momento, no había tenido lugar en nuestro mercado de trabajo. Una muestra más de la confianza que el legislador pone en la colaboración público privada para la consecución de los objetivos de pleno empleo.

Es este un proyecto ambicioso que viene a paliar las deficiencias de nuestro sistema público de empleo, a la vez que constituye todo un reto para los servicios de empleo estatal y autonómicos. El uso de la Inteligencia Artificial ha facilitado el acceso y la racionalización de la ingente cantidad de datos que se manejan en la administración y esperamos que también ayude en este objetivo. Así lo recoge el Preámbulo de la norma, conforme al cual la reforma del sistema de empleo, “se ha de sustentar en medidas como la modernización del Portal Único de Empleo mediante el uso de inteligencia artificial y demás herramientas para mejorar la eficacia y la eficiencia de la adecuación entre la oferta y la demanda y aumentar

<sup>78</sup> Regulada por los Reglamentos (UE) 2016/589, de 13 de abril de 2016 y 2018/1724, de 2 de octubre de 2018; así como por el Reglamento (UE) 2019/1149, de 20 de junio de 2019.

<sup>79</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores...”, op. cit. p. 97.

la competencia y la productividad de la economía, la ampliación y mejora de los servicios de orientación para personas desempleadas para proporcionar una orientación de calidad y personalizada, la consecución de la máxima coordinación entre la Agencia Española de Empleo, los servicios de empleo autonómicos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las entidades educativas para vertebrar respuestas público privadas coherentes e integradas a escala nacional, el aumento de la financiación de las políticas activas mediante el establecimiento de una ratio orientador/persona desempleada u otros indicadores objetivos que permitan ir cerrando la brecha relativa que existe entre España y los países de la UE-8 o la creación de un sistema de evaluación y monitorización de las políticas activas eficaz mediante una sistematización de toda la información y la inclusión de criterios clave como el éxito de inserción laboral o la calidad del empleo conseguido<sup>80</sup>. Son tres, por tanto, los objetivos a conseguir con el tratamiento unificado de los datos:

- mejorar la eficacia y eficiencia de la adecuación entre la oferta y la demanda;
- mejorar los servicios de orientación para las personas desempleadas;
- y conseguir la máxima coordinación entre los servicios de empleo, los agentes sociales y las entidades educativas.

Por otro lado, el tratamiento de estos datos de forma unitaria permitirá a su vez cumplir con el objetivo de realizar un correcto seguimiento (“monitorización”) y evaluación de las políticas activas de empleo, que contribuirá, sin duda alguna, a la mejora del sistema. Haciendo hincapié la norma en el tratamiento de datos de vital importancia como “el éxito de inserción laboral o la calidad del empleo conseguido”.

Para lograr este objetivo, el artículo 15 de la LE indica que el Servicio Público de Información Integrada garantizará que se lleven a cabo de forma adecuada las funciones de la intermediación laboral, sin barreras territoriales. De este modo, los objetivos del servicio son:

- el registro de las personas demandantes de empleo y de las personas, empresas y demás entidades empleadoras usuarias;
- la trazabilidad de las actuaciones seguidas por estas en su relación con los servicios públicos de empleo;
- las estadísticas comunes;
- la comunicación del contenido de los contratos;
- el conocimiento de la información resultante;
- el seguimiento, entre otros ámbitos de la gestión de la formación en el trabajo, la orientación profesional, las iniciativas de empleo y las bonificaciones a la contratación, así como las actuaciones de las agencias de colocación y de las demás entidades colaboradoras, incluidas las de acción social.

<sup>80</sup> Es curioso que la norma se refiera a un Portal Único de Empleo, pues recuerda a la regulación anterior de la Ley 11/2013. Sobre el tema, Rodríguez-Piñero Royo, M., “Medidas en materia de intermediación laboral...”, op. cit. p. 322.

Conforme a esta regulación, el sistema de información reúne los datos relativos al empleo y la empleabilidad de las personas y empresas usuarias de los servicios públicos de empleo, así como los referentes a las personas, empresas y demás entidades empleadoras usuarias (art. 15). El objetivo es, por tanto, mejorar la situación de los demandantes de empleo y reunir la información, de forma centralizada, de las vacantes actuales y previsibles que existen o existirán en las empresas. Esta última perspectiva no deja de ser novedosa, por cuanto la norma se dirige también a prever qué personas puedan necesitar en un futuro las empresas, realizando así una labor de prospección.

Para ello, la norma también recoge el compromiso del Sistema Nacional de Empleo de dedicar “medios personales, económicos y materiales adecuados” para lograr el objetivo propuesto de la obtención, gestión y procesamiento de los datos de empleo y empleabilidad de las personas. Y la colaboración de las entidades privadas que actúan en el ámbito de la intermediación es clave, por cuanto, conforme a las estadísticas que hemos mostrado en este estudio, concentran la mayor parte de la actividad de intermediación y colocación con éxito.

El tratamiento de estos datos deberá respetar, como no puede ser de otro modo, los principios y garantías recogidos en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y la normativa comunitaria vigente sobre el tratamiento de datos personales (art. 16 LE); y, en particular, las garantías relativas al consentimiento expreso y la información sobre el uso de los datos, su almacenamiento y conservación, y el principio de proporcionalidad o minimización de los datos recogidos<sup>81</sup>.

Pero, además, mantiene el artículo 15 LE el compromiso de que esta información se ponga a disposición de la ciudadanía publicándose como datos abiertos, respetando la privacidad y los derechos de propiedad intelectual o industrial.

En palabras del Gobierno, en el Documento España 2050<sup>82</sup>, elaborado como una Estrategia a largo plazo, se recoge este objetivo, señalando que se creará “una plataforma digital estatal que funcione como un *Job Marketplace* que conecte a todos los demandantes de empleo con todas las ofertas a nivel nacional, tanto públicas como privadas. Esta plataforma se apoyará en el uso de Inteligencia Artificial, algoritmos de perfilado y datos masivos para mejorar la eficiencia de los emparejamientos laborales y aumentar la competencia y la productividad de la economía. Su funcionamiento debe realizarse de una manera transparente y anónima, tanto para trabajadores como para empresas, en aras de evitar la segregación y discriminación laboral por cuestiones de género, edad o raza. En este sentido, un buen punto de partida podría ser la modernización del Portal Único de Empleo”. Añade el documento que “en el medio y largo plazo, será necesario,

<sup>81</sup> López Balaguer, M., “La intermediación laboral...”, op. cit. p. 103.

<sup>82</sup> Este documento puede consultarse en la web de La Moncloa: <https://futuros.gob.es/nuestro-trabajo/espana-2050>

además, que este Job Marketplace se integre en uno similar para el conjunto de la UE, facilitando así la creación de un mercado laboral europeo verdaderamente integrado que permita aprovechar al máximo las ventajas sociales y económicas de la Unión”.

Como vemos, se trata de una estrategia que el Gobierno asume como propia dentro del objetivo de la modernización de nuestros servicios públicos de empleo y la búsqueda de empleos de calidad.

Este deber de colaboración relativo a la información también se encuentra recogido entre los deberes de las agencias de colocación. El artículo 43.3 establece la obligación de las agencias de colocación de integrarse en un sistema electrónico común, cuyo objetivo es integrar el conjunto de la información proporcionada por la Agencia Española de Empleo y por los servicios públicos de empleo autonómicos respecto a las agencias de colocación, de forma que éstos puedan conocer en todo momento las agencias que operan en su territorio. Además, tienen la obligación de “suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre las personas trabajadoras atendidas y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas”. Como vemos, toda la información necesaria para poder llevar a cabo un control y seguimiento de las políticas activas de empleo, en general, y de la actividad de intermediación y colocación, en particular.

Sin embargo, es crucial que todo el desarrollo reglamentario de la Ley se vaya materializando de un breve espacio de tiempo, para que todos estos objetivos puedan alcanzarse cuanto antes<sup>83</sup>.

Por último, es importante destacar que este sistema de información también servirá para poder ejercer un control administrativo sometiendo a las agencias a inspección y evaluación por parte de los servicios de empleo. Así se establece en el artículo 42.7 LE cuando indica que “las actividades de intermediación desarrolladas por las agencias de colocación se someterán a seguimiento y evaluación por parte de los servicios de empleo en su respectivo territorio. A estos efectos, las agencias de colocación facilitarán, en los soportes informáticos o medios que se establezcan, los datos, documentación e información precisos para dotar el Sistema Público Integrado de información de los Servicios de Empleo”. Por tanto, la existencia de un sistema centralizado de datos permitirá un mayor control y seguimiento de la actividad de intermediación.

<sup>83</sup> Como sabemos, el único reglamento vigente que regule la actividad de las agencias de colocación es el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, con las modificaciones que se han venido realizando hasta nuestros días.

## 5. REFLEXIONES FINALES: EL IMPULSO CONTENIDO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO GESTORAS DEL EMPLEO

Con la nueva Ley de Empleo, el objetivo de la política de empleo en nuestro país sufre un cambio cualitativo, dirigiéndose, conforme al artículo 2º de la Ley, “al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo del pleno empleo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la Constitución y en el marco de la estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea”. Toda una declaración de intenciones del legislador que llama la atención por los calificativos del puesto de trabajo perseguido por las políticas activas de empleo.

No cabe duda de que la búsqueda de un empleo digno y de calidad, además de estable, está en el centro de las demandas de quienes se encuentran en el mercado de trabajo en busca de un empleo de estas características o quienes están atrapados en un empleo que no les satisface y cuya única salida es la dimisión<sup>84</sup>.

En lo que a las entidades privadas que actúan en el mercado de trabajo se refiere, el legislador opta por un modelo de complementariedad, no de competencia<sup>85</sup>; una actuación coordinada que garantice la naturaleza de servicio público en la intermediación y la gratuidad del servicio para los demandantes de empleo; pero que, a su vez, sea sensible con los objetivos de la política activa de empleo, reforzando la protección de la igualdad de oportunidades a través de la protección de los colectivos especialmente desfavorecidos o con dificultades de inserción. Evitando así que la iniciativa privada se centre en la atención a los colectivos con más cualificación o menos dificultades de colocación.

A pesar de que nos asalten lógicas dudas sobre la idoneidad de esta inclusión de los operadores privados del mercado en el ámbito de las políticas de empleo, esta colaboración es el instrumento ideal para lograr el objetivo propuesto. Las posibilidades de actuación en el mercado de la intermediación, probadamente más elevadas, de las empresas de trabajo temporal y la necesidad de colaborar con los objetivos señalados por los servicios públicos de empleo conforme a la política de empleo marcada en cada momento, son, sin duda, recursos que hemos de aprovechar para un fin común, el empleo decente, estable y de calidad.

Es claro que el legislador ha luchado siempre contra la intervención de la iniciativa privada en el mercado de trabajo para tratar de evitar la mercantilización de la mano de obra y proteger a los demandantes de empleo. Por ello, el aspecto central de la regulación de la intermediación privada en el mercado de trabajo es la protección de éstos, logrando un equilibrio entre la actividad económica de

<sup>84</sup> En relación con este fenómeno, Rodríguez-Piñero Royo, M., “¿Qué pasa en el mercado de trabajo español? Aproximación al Trabexit”, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, 7, 2023, p. 13-17.

<sup>85</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Los agentes intermediadores...”, op. cit. p. 123.

dichas entidades y el respeto por los derechos de los demandantes; sin perder de vista que el objetivo es la consecución de una colocación “adecuada”, es decir, un empleo digno y de calidad. O lo que es lo mismo, evitar que el trabajador quede degradado a una mera mercancía en el mercado de trabajo. Pues, como se ha dicho, el aumento de la flexibilidad de gestión de personal puede ser asumido sólo si, en contraposición, existe una adecuada garantía de seguridad en el empleo, es decir, de lograr que, a pesar de la salida o rotación del trabajador, se garantice la posibilidad de encontrar, en un corto o razonable espacio temporal, un empleo adecuado<sup>86</sup>.

Por eso, el balance de la reforma de la Ley de Empleo, por el momento es positivo, ya que mantiene la centralidad de los servicios públicos de empleo y obliga a las entidades privadas a coordinarse y colaborar con ellos para lograr el objetivo común.

El auge de la actividad de las empresas de trabajo temporal, por el momento, no parece ser consecuencia de las reformas de la Ley, pues no ha habido tiempo material para ello, pero deberemos estar atentos a su evolución y conocer bien los datos relativos a la actividad de intermediación para saber si vamos en la dirección correcta.

<sup>86</sup> Es lo que Molina Navarrete, C., “Intermediación y políticas activas...”, op. cit. p. 140, denomina “principio de seguridad activa” o “dinámica de los trabajadores, proporcionándoles no sólo seguridad económica sino también “oportunidades efectivas de recolocación” en un tiempo óptimo o cuando menos razonable”.





## PRESENTACIÓN

40 años de la Revista de Temas Laborales  
José Manuel Gómez Muñoz, Presidente del CARL

## ESTUDIOS

Normas y políticas en la gestión del empleo  
Jesús Cruz Villalón

Derecho al trabajo digno y política de empleo en el ordenamiento jurídico comunitario  
José Luis Monereo Pérez

Reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de empleo  
Amparo M<sup>a</sup> Molina Martín

Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo  
Sofía Olarte Encabo

La orientación profesional como instrumento de la empleabilidad  
Esther Carrizosa Prieto

Las políticas de formación y recualificación para el empleo  
María Nieves Moreno Vida

Las medidas estatales de fomento del empleo  
Eduardo González Biedma

Las medidas autonómicas de fomento del empleo  
Susana de la Casa Quesada

Flujos migratorios y gestión del mercado de trabajo  
Antonio Álvarez del Cuvillo

Reestructuraciones empresariales y políticas de recolocación en el empleo  
Miguel Rodríguez-Piñero Royo

La promoción y protección del empleo desde la negociación colectiva  
Eva Garrido Pérez

Las políticas "pasivas" de empleo: reformas de activación de las prestaciones por desempleo y sus límites jurídicos  
Cristóbal Molina Navarrete

La Agencia Española para el Empleo  
Antonio Costa Reyes

El Servicio Andaluz de Empleo  
Luis Ángel Triguero Martínez

Agentes de la intermediación en la Ley 3/2023, de empleo: las agencias de colocación y las empresas de selección en la intermediación laboral  
Manuel García Jiménez

Las empresas de trabajo temporal como instrumento de gestión del empleo  
María Luisa Pérez Guerrero