

# EMPLEO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Comunicaciones del XXXIII Congreso  
Anual de la Asociación Española de  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023



INFORMES  
Y ESTUDIOS  
EMPLEO



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA  
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO  
DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,  
Recursos y Publicaciones**

RET: 23-2.413

# Empleo y protección social

Comunicaciones del  
XXXIII Congreso Nacional de la  
Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS  
Serie Empleo

Núm. 66

# Empleo y protección social

Comunicaciones del  
XXXIII Congreso Nacional de la  
Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023

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

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

**Ministerio de Trabajo y Economía Social**  
**Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones**

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: [sgpublic@mites.gob.es](mailto:sgpublic@mites.gob.es)

Internet: [www.mites.gob.es](http://www.mites.gob.es)

NIPO Epub: 117-23-034-8

NIPO PDF: 117-23-035-3

ISBN Epub: 978-84-8417-619-0

ISBN PDF: 978-84-8417-620-6

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.  
Imprime: Solana e hijos A. G., S.A.U.



## ÍNDICE

PRÓLOGO	
<i>Eva López Terrada</i> .....	13
<b>Panel A.</b> EMPLEABILIDAD Y FORMACIÓN TRAS LA LEY 3/2023, DE 28 DE FEBRERO, DE EMPLEO .....	19
1. Políticas dirigidas a la empleabilidad y a la formación de las personas jóvenes: en especial, en los “nuevos sectores de actividad” <i>Francisca Bernal Santamaría</i> .....	21
2. El empleo de las personas con discapacidad en el entorno actual marcado por la transición digital: cambios en la contratación y hoja de ruta para la negociación colectiva <i>Carolina Blasco Jover</i> .....	39
3. Formación en el trabajo, negociación colectiva y transiciones justas <i>Dulce María Cairós Barreto</i> .....	57
4. Ingreso mínimo vital y empleo: estrategias para la inserción laboral de los beneficiarios <i>Matthieu Chabannes</i> .....	73
5. La empleabilidad de las personas con discapacidad: retos de la economía digital inclusiva en la nueva ley de empleo <i>Carmen Delgado Garrido</i> .....	93
6. Los retos actuales y futuros en la formación y cualificación de la gente de mar ante la digitalización y la automatización de buques <i>María Gorrochategui Polo</i> .....	111
7. El desarrollo de la inteligencia artificial y sus consecuencias en el empleo <i>José Eduardo López Ahumada</i> .....	129

8.	Cambios normativos en los expedientes de regulación temporal de empleo y refuerzo de formación y empleabilidad <i>María Olaya Martínez Rodríguez</i> .....	145
9.	Apuntes para la mejora de la participación femenina en el mercado de trabajo digital: superando la brecha digital <i>Arturo Montesdeoca Suárez</i> .....	163
10.	Medidas de mejora de la empleabilidad y/o del mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras en la regulación del despido por causas empresariales <i>Rubén Parres Miralles</i> .....	181
11.	Inclusión laboral interseccional en el empleo público y en los contratos del sector público: cuotas reservadas de empleo <i>José Miguel Sánchez Ocaña</i> .....	191
12.	La empleabilidad de las personas con discapacidad en el marco de la nueva ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo <i>Catalina Smintinica</i> .....	207
13.	Sobre el sistema único e integrado de formación profesional regulado en la ley orgánica 3/2022 <i>Silvia Fernández Martínez</i> .....	225
14.	El sistema de formación para el empleo en el ámbito laboral: tribulaciones de un modelo formativo deficitario <i>Marina Fernández Ramírez</i> .....	241
15.	El impacto de la automatización cognitiva y la robótica avanzada en el mercado laboral <i>Julio Losada Carreño</i> .....	259
16.	Las estancias no laborales en el entorno profesional como instrumento de mejora de la empleabilidad de los jóvenes. Algunas propuestas a la espera del anunciado estatuto del becario <i>Josep Moreno Gené</i> .....	279
17.	Formación profesional e incorporación al mercado de trabajo: complejos y retos <i>Mariola Serrano Argüeso</i> .....	297
18.	El proyecto de estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa. ¿El final de los falsos becarios? <i>Nancy Sirvent Hernández</i> .....	313
19.	La “nueva” dimensión territorial de las políticas de empleo <i>María Rosa Vallecillo Gámez</i> .....	331
<b>Panel B.</b>	<b>LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO</b> .....	<b>357</b>
1.	La intermediación laboral para un empleo digno, en el nuevo planteamiento de la ley de empleo <i>Stefano Bini</i> .....	359



2.	La actuación de los servicios públicos de empleo en la configuración de un mercado de trabajo inclusivo y no discriminatorio ¿realidad o ficción? <i>Irene Dozo Mougán</i> .....	375
3.	El rechazo a las personas desempleadas de larga duración ¿una discriminación en el acceso al empleo por situación socioeconómica? <i>Antonio Fernández García</i> .....	393
4.	La intermediación laboral en el ámbito del mercado laboral del deporte profesional <i>Juan Luis García Ríos</i> .....	411
5.	La responsabilidad por las violaciones de derechos laborales cometidas en los momentos previos al contrato: empresas de selección y violencias sexogénicas en el ámbito laboral <i>Miguel Ángel Garrido Palacios</i> .....	433
6.	La intermediación laboral como herramienta de igualdad social en el acceso al empleo <i>Jaime Piqueras García</i> .....	453
7.	Los retos de la intermediación laboral a través del uso de algoritmos <i>Noelia de Torres Bóveda</i> .....	471
8.	Empleo, intermediación y movilidad actual de trabajadores en la unión europea: la red Eures <i>Macarena Ángel Quiroga</i> .....	489
9.	Prospección empresarial e intermediación laboral. Claves de un programa fallido <i>Brais Columba Iglesias Osorio</i> .....	507
10.	La influencia de los convenios y las recomendaciones de la OIT en la legislación laboral española en materia de agencias de empleo <i>Juan Carlos García Quiñones</i> .....	523
11.	Mecanismos de intermediación y coordinación laboral en el marco europeo: la red Eures como mecanismo de acceso al trabajo y la coordinación de servicios públicos de empleo <i>Natalia Ordóñez Pascua</i> .....	535
12.	El servicio público de empleo estatal: configuración, competencias y transformación hacia a una agencia española de empleo <i>Luis Ramos Poley</i> .....	557
13.	La igualdad efectiva y no discriminación en la intermediación laboral del siglo XXI <i>José Enrique Ruiz Saura</i> .....	575
<b>Panel C.</b>	<b>LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO CONTRIBUTIVA: ¿LA REFORMA PENDIENTE?</b> .....	<b>593</b>
1.	Análisis crítico del régimen de incompatibilidades y compatibilidades de la prestación por desempleo <i>Francisco Javier Arrieta Idiakez</i> .....	595

2.	Prestación por desempleo de nivel contributivo. Especial referencia al pago único de la prestación <i>Ana María Castro Franco</i> .....	615
3.	La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo autónomo: la necesaria reconsideración del artículo 282.1 LGSS <i>Juan Miguel Díaz Rodríguez</i> .....	635
4.	Protección por desempleo e incapacidad permanente en personas con discapacidad <i>Francisco Javier Fernández Orrico</i> .....	655
5.	Interacción entre las situaciones de excedencia y el derecho a la prestación por desempleo <i>Elena Lasaosa Irigoyen</i> .....	675
6.	La capitalización de la prestación por desempleo como mecanismo de fomento de las cooperativas y las sociedades laborales <i>Alexandra Lenis Escobar</i> .....	693
7.	La protección por desempleo en el ámbito del empleo doméstico <i>Francisco Lozano Lares</i> .....	713
8.	La conciliación de la vida familiar y laboral como criterio de determinación de la colocación adecuada a la luz de las últimas reformas <i>Delyana Milenova Koseva</i> .....	741
9.	Capitalización del desempleo: últimas líneas <i>Raquel Poquet Catala</i> .....	757
10.	Un acercamiento a la nueva protección social en el empleo doméstico con perspectiva de género <i>Josefa Romeral Hernández</i> .....	775
11.	La extensión de la protección por desempleo a los trabajadores ilegales como sanción empresarial por incumplimiento de la normativa de contratación <i>Carlos García-Giralda Casas</i> .....	791
12.	La prestación por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar <i>Pilar Palomino Saurina</i> .....	807
<b>Panel D.</b>	<b>LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO ASISTENCIAL Y OTRAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO</b> .....	<b>825</b>
1.	Acceso al subsidio por desempleo de las empleadas de hogar tras el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre <i>Laura Casanova Martín</i> .....	827
2.	Subsidio y renta agraria tras el ingreso mínimo vital: un futuro incierto <i>Francisco Javier Hierro Hierro</i> .....	843
3.	Protección de la seguridad social en caso de ERTE red alternativa al desempleo <i>Elena Castro Surís</i> .....	861

4.	Rentas de garantías de ingresos como la última red del sistema de protección social: la experiencia en el País Vasco <i>Enea Ispizua Dorna</i> .....	879
5.	Prestaciones por desempleo asistencial y trabajadores maduros: la delgada línea entre la inserción y la jubilación <i>Juan María Roldán Conesa</i> .....	899
6.	La renta activa de inserción como instrumento para mejorar la inclusión de las PCD <i>Noemí Serrano Argüello</i> .....	917
<b>Panel E.</b>	<b>EL GOBIERNO DEL EMPLEO Y EL DESEMPLEO</b> .....	927
1.	La situación de los “teletrabajadores” de carácter internacional en la legislación española <i>Julia Dormido Abril</i> .....	929
2.	La contratación laboral en el VI convenio colectivo general de la construcción tras la reforma laboral de 2021 <i>Fernando Elorza Guerrero</i> .....	939
3.	Una nueva herramienta para la autoevaluación de la transversalidad de género en los servicios públicos de empleo. El caso de <i>Labora. Servicio Valenciano de Empleo y Formación</i> <i>Santiago García Campá</i> .....	955
4.	La estabilización del empleo y el control de la temporalidad en el sector público <i>Laura María Melián China</i> .....	985
5.	La protección del empleo de las trabajadoras víctimas de violencia sexual: ¿un conjunto de derechos efímeros? <i>Belén Morant Torán</i> .....	999
6.	El derecho al trabajo y las políticas de empleo: una revisión a la luz de las reformas (y transformaciones) laborales <i>Gratiela-Florentina Moraru</i> .....	1013
7.	Negociación colectiva y gobernanza del impacto de la digitalización sobre el empleo <i>María Sepúlveda Gómez</i> .....	1029
8.	Los mecanismos de adaptación y mantenimiento del empleo y su impacto en las personas trabajadoras de mayor edad <i>María Belén Fernández Docampo</i> .....	1047
9.	La configuración del empleo en la ley 3/2023: ¿una reestructuración para superar las deficiencias del mercado de trabajo o simple continuismo? <i>Esther Guerrero Vizuete</i> .....	1063

<b>Panel F.</b>	<b>LAS REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL PREVISTAS EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA .....</b>	<b>1081</b>
1.	La nueva garantía de suficiencia de las pensiones públicas establecida la segunda fase de la reforma de pensiones (RDL 2/2023, de 16 de marzo): una evaluación del mandato constitucional de suficiencia (art. 41 CE) <i>Enrique Martín-Serrano Jiménez</i> .....	1083
2.	Políticas de empleo y personas de edad avanzada: medidas para favorecer su permanencia en el mercado de trabajo <i>Juan José Rodríguez Bravo de Laguna</i> .....	1105
3.	La asistencia personal en España: un modelo asistencial insuficiente en lo cuantitativo y en lo cualitativo <i>José Antonio Rueda Monroy</i> .....	1123
4.	El deber de comprobación y la eventual exoneración del art. 42 ET tras la reciente jurisprudencia de la sala tercera del TS <i>José María Ruz López</i> .....	1141
5.	Incentivos a la jubilación activa en sectores sensibles. El caso de los profesionales sanitarios del sistema nacional de salud <i>Andrés Urbano Medina</i> .....	1159
6.	La revalorización de pensiones para el año 2023 y la alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación <i>Elisabet Errandonea Ulazia</i> .....	1173

## PRÓLOGO



La presente obra recoge, de nuevo en formato *ebook*, las Comunicaciones presentadas al XXXIII Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que tuvo lugar los días 25 y 26 de mayo de 2023 en la ciudad de Cuenca. Es obligado, por ello, comenzar agradeciendo el magnífico trabajo realizado por sus autores, pues constituye uno de los pilares básicos del que es, sin duda, el principal punto de encuentro de los profesionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de nuestro país.

La recopilación de las Comunicaciones que se ofrece se ha ordenado sistemáticamente siguiendo la división en paneles que se ideó al efectuar el llamamiento para contribuciones en la convocatoria del Congreso. Son seis, en consecuencia, los bloques temáticos sobre los que versan las excelentes aportaciones cuya lectura hace posible la publicación del libro que se prologa: empleabilidad y formación tras la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (Panel A); la intermediación laboral en la nueva ley de empleo (Panel B); la protección por desempleo contributiva (Panel C); la protección por desempleo asistencial y otras políticas de protección del desempleo (Panel D); el gobierno del empleo y el desempleo (Panel E); y las reformas de la Seguridad Social previstas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Panel F).

Queda garantizado, de esta forma, el análisis detenido de las reformas vinculadas al empleo y la protección social que fueron oportunamente expuestas en las ponencias e interlocuciones del XXXIII Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cabe recordar a este respecto que, en el ámbito de las reformas vinculadas al empleo, era necesario plantear, fundamentalmente como consecuencia de los desajustes entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo, actuaciones sobre la oferta, en especial a través de las políticas activas de empleo, que incidiesen, entre otros aspectos, sobre la formación y la intermediación. De ahí que el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia incluyese la Reforma 5 (“Modernización de políticas activas de empleo”), comprensiva, entre otros extremos, de la recién aprobada modificación del texto refundido de la Ley de Empleo, y la Reforma 7 (“Revisión de las subvenciones y bonificaciones a la seguridad social”), relativa a una simplificación y mejora del sistema de incentivos a la contratación que pretende lograr el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero. Por su parte, en el terreno

de la protección social, pilar fundamental de la recuperación, la crisis hizo evidente la importancia del sistema de protección por desempleo para las personas más afectadas por esta y, al tiempo, confirmó la necesidad de culminar el proceso de reforma del sistema de pensiones, vistos los importantes retos a los que se enfrenta en términos de sostenibilidad y suficiencia. Ello explica la intensidad de las reformas que desde el mencionado año 2021 se han llevado a cabo en el marco del muy trascendente Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -relativo a la sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo- o en el de los Componentes 22 y 23, relacionados con las políticas de inclusión y la relación de la Seguridad Social con el mercado laboral.

El agradecimiento expresado a los autores de las Comunicaciones debe hacerse extensible, inexcusablemente, a los miembros integrantes del Comité Científico del XXXIII Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Fernando Ballester Laguna y Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano (responsables del Panel A); José Manuel Gómez Muñoz y Ana Romero Burillo (responsables del Panel B); Henar Álvarez Cuesta y Rodrigo Martín Jiménez (responsables del Panel C); Sofía Olarte Encabo y Juan Gil Plana (responsables del panel D); Djamil Tony Kahale Carrillo y Nieves Martínez Gayoso (responsables del panel E); y Belén Cardona Rubert y Juan Miguel Díaz Rodríguez (responsables del Panel F). Como coordinadora del mencionado Comité, quisiera dar fe de la intensa y rigurosa labor desempeñada por todos y cada uno de ellos, decisiva para que el Congreso de este año haya culminado, una vez más, con éxito.

Al margen de las funciones desarrolladas como responsables de cada uno de los paneles temáticos, seguramente la tarea más ardua que ha correspondido al Comité Científico, dada la calidad de las Comunicaciones presentadas, ha sido la relativa a la elección de los trabajos merecedores del Premio que la Asociación instauró en homenaje al Profesor Juan Rivero Lamas. Pero, puesto que resulta obligada la selección de dos de ellas, las finalmente adjudicatarias del Premio Juan Rivero Lamas 2023 han sido “Subsidio y renta agraria tras el ingreso mínimo vital: un futuro incierto”, del Profesor Francisco Javier Hierro Hierro, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura, y, en el caso de la Sección Juvenil, “Los retos actuales y futuros en la formación y cualificación de la gente de mar ante la digitalización y la automatización de buques”, de la Profesora María Gorrochategui Polo, Becaria Predoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad del País Vasco.

Quisiera dejar constancia, igualmente, que la celebración del XXXIII Congreso anual no habría sido posible sin el esfuerzo realizado por el Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social y de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, su anfitriona, y sin el soporte de instituciones, organismos y organizaciones como el Ministerio de Trabajo y Economía Social –que ha respaldado igualmente la publicación de sus resultados-, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Ayunta-



miento de Cuenca, la Diputación de Cuenca, el Consorcio de la Ciudad de Cuenca, y la Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo. Aprovecho estas líneas para reconocer a todos ellos, en consecuencia, en nombre de la Junta Directiva de la Asociación, el apoyo ofrecido, y para agradecer, desde luego, la presencia y participación de sus socios, sin las que el Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social dejaría de ser la cita nacional imprescindible para los juristas del trabajo.

EVA LÓPEZ TERRADA

*Vocal de Publicaciones de la Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social*



**Panel A**

EMPLEABILIDAD Y FORMACIÓN TRAS LA LEY 3/2023,  
DE 28 DE FEBRERO, DE EMPLEO



POLÍTICAS DIRIGIDAS A LA EMPLEABILIDAD  
Y A LA FORMACIÓN DE LAS PERSONAS JÓVENES:  
EN ESPECIAL, EN LOS “NUEVOS SECTORES DE ACTIVIDAD”<sup>1</sup>

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA  
*Profesora Ayudante Doctor*  
*Universidad de Cádiz*  
*francisca.bernal@uca.es*

---

<sup>1</sup> Esta comunicación ha sido ejecutada con cargo al proyecto de investigación financiado por el MCIU-Proyectos de investigación no orientada titulado “El régimen jurídico del transition Law y su impacto sobre los derechos laborales de los trabajadores en mares y océanos” (ref. PID2021-124045NB-C31) y del Grupo UPV/EHU “Derecho transnacional del trabajo y transporte” (ref. GIU 21/014)

## **SUMARIO**

1. LAS PERSONAS JÓVENES COMO COLECTIVO ESPECIALMENTE VULNERABLE. 2. EL SISTEMA DE GARANTÍA JUVENIL PLUS TRAS EL HALO DEL PLAN DE CHOQUE CONTRA EL DESEMPLEO JUVENIL. 3. ¿QUÉ HAY PARA LOS JÓVENES EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO. 4. A MODO DE REFLEXIONES

## 1. LAS PERSONAS JÓVENES COMO COLECTIVO ESPECIALMENTE VULNERABLE

Desde hace décadas, el desempleo juvenil es un problema real que se manifiesta de forma muy virulenta en el mercado laboral español y que ha preocupado al legislador y a los interlocutores sociales. En la plasmación de esta realidad se acude al término “juvencidio” para definir la desaparición simbólica de la juventud como actor social y para criticar que son un colectivo invisible de la escena pública dada la precariedad laboral, educativa, política, social y residencial que padecen<sup>2</sup>. Teniendo en cuenta la virulencia del término que es reflejo de la realidad no es de extrañar que siga siendo una preocupación del legislador y de los interlocutores sociales, que con mayor o menor éxito han tratado de poner en marcha políticas dirigidas a superar esta problemática y paliar de alguna manera la dualidad o segmentación del mercado laboral, las transiciones largas y las incertidumbres de la escuela al mercado laboral, el subempleo, la temporalidad o la parcialidad en el trabajo. Por tanto, España tras el halo recomendatorio de la Unión Europea (UE) ha venido aprobando un conjunto normativo para los jóvenes considerando que son un grupo social vulnerable con especiales dificultades de acceso al mercado laboral.

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) el empleo temporal y mal remunerado está en manos de las personas jóvenes que se enfrentan a un mayor riesgo de pérdida de empleo y de ingresos<sup>3</sup>. La mayor vulnerabilidad se explica por factores como su falta de experiencia profesional, su limitada cobertura de protección social, sus peores condiciones de trabajo y un mayor riesgo de discriminación. La situación se agrava

---

<sup>2</sup> STRECHER, T., BELLESTÉ, E., FEIXA, C. “El juvencidio Moral en España: antecedentes del concepto, causas y efectos”, *Jóvenes, trabajo y futuro*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

<sup>3</sup> Lejos de la polémica que suele generar el debate sobre la determinación de la edad de una persona joven, entenderemos por personas jóvenes a los menores de 25 años, aunque algunas fuentes de las que nos hemos nutrido incluyen referencias a personas menores de 30 años. Es más, algunos Estados miembros de la Unión amplían los instrumentos de empleo para los jóvenes hasta los 30 años, mientras otros lo dejan en el margen que parece establecer la UE en los 25 años. Se puede visitar algunos de los datos que expondremos en este enlace <https://www.fundacioncyd.org/insercion-laboral-de-los-jovenes/>.

para los jóvenes que no tienen una formación o educación adecuada, y mucho más para los jóvenes que ni estudian ni trabajan<sup>4</sup>.

En esta sede de análisis nos ocuparemos de estudiar el sistema de garantía juvenil (SGJ) como herramienta de tránsito de los estudios al mercado laboral. Nos parece interesante este enfoque partiendo de la premisa de que el nivel de estudios es determinante, pues a mayor nivel de estudios la situación de la persona en el mercado de trabajo es más favorable y tiene una menor incidencia de desempleo. De manera que los jóvenes con un nivel de cualificación más alto presentan una tasa de empleo relativamente más alta y una tasa de paro más baja. Efectivamente, los jóvenes con un nivel de estudios alto mantienen niveles superiores en la tasa de empleo representando más de la mitad de los ocupados de esa edad<sup>5</sup>. Pues bien, aunque sea cierto que a medida que aumenta el nivel formativo se forja un arma importante contra el desempleo y la exclusión social, no es menos cierto que algunos países, entre ellos España y otros del sur de Europa, albergan un gran porcentaje de “ninis” con un buen nivel de educación como resultado en algunos casos de la crisis y en otros casos del puro desánimo social. En esta realidad conviene tener presente las pérdidas económicas que supone la desvinculación de los jóvenes del mercado de trabajo y de la educación<sup>6</sup>.

Según la EPA, en el primer trimestre de 2022 están parados, 843.400 jóvenes menores de 30 años, de los que 459.100 tenían de 16 a 24 años. En el último año el paro juvenil ha disminuido en una cuantía de 91.800 entre los jóvenes menores de 25 años, un 16,7% menos, y 208.900 si se consideran los jóvenes de hasta 29 años, un 19,8% menos<sup>7</sup>. De una lectura detenida de las estadísticas se podría reflejar que las cifras van mejorando, pero lo cierto es que poco ha cambiado si tenemos en cuenta a que la reducción de las mismas obedece a contratos precarios, aunque si bien esta carencia se está tratando de paliar con las últimas reformas laborales.

En cualquier caso, no cabe duda que la evolución del empleo de los jóvenes se ve seriamente afectada por los periodos recesivos de la economía, como efectivamente pasó en el año 2008 y como ocurre ahora desde la crisis de la Covid19. Efectivamente, la Crisis Covid19 ha impactado fuertemente sobre la juventud, de forma específica en su situación respecto a la formación, al empleo y sus posibilidades de inserción en el mercado laboral. En relación

---

<sup>4</sup> Sobre estos jóvenes se recomienda la lectura de NIETO ROJAS, P.: “Estrategias de inclusión social de los jóvenes no cualificados en el marco del sistema de garantía juvenil. Una aproximación comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 2, 2018.

<sup>5</sup> Véase las estadísticas que presenta el Informe Jóvenes y Mercado de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 35, diciembre de 2022, La tasa de empleo alcanza el 53.5 % entre las personas jóvenes de hasta 24 años y de 66.5 % entre los jóvenes de hasta 29 años.

<sup>6</sup> Vid. BAVIERA PUIG, I.: “Perspectivas de empleo de los jóvenes en el marco de la Estrategia Europea 2020”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017.

<sup>7</sup> Informe Jóvenes y mercado de trabajo, Secretaría de Estado de empleo y economía social, Subdirección general de estadística y análisis sociolaboral, junio 2022.



a la formación, la OCDE señala que la pandemia entorpeció la inserción laboral de los estudiantes que finalizaron su grado universitario en el año 2020 cuando quedaron paralizadas las ofertas y los procesos de selección. A ello se suma las dificultades para encontrar prácticas académicas<sup>8</sup>, la paralización de la movilidad internacional o las dudas empresariales sobre el nivel formativo que se le dispensó a los universitarios en aquel periodo<sup>9</sup>. En suma, los jóvenes junto los trabajadores de baja cualificación, las mujeres y los trabajadores temporales se han visto más expuestos al impacto negativo provocado por la crisis económica.

De todo se desprende, que, aunque las cifras puedan estar mejorando, sigue siendo necesario la puesta en marcha de medios e instrumentos para que los jóvenes participen de forma activa en el crecimiento de su país, ejerciendo sus derechos y cumpliendo sus deberes como ciudadanos. En este sentido, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia contiene medidas y políticas específicamente dirigidas a los jóvenes para mejorar su empleabilidad.

En conexión con lo anterior, el RDL 2/2021 promueve objetivos de intermediación, empleabilidad, apoyo a la contratación y emprendimiento juvenil. Ello conlleva la participación y el compromiso en el desarrollo de las medidas y de las acciones que se lleven a cabo bajo el amparo del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Además, para cumplir el objetivo de apoyo a la contratación se promueven actuaciones y medidas que impulsen la inserción laboral de los mayores de 16 años, como incentivos en la cotización de seguridad social, fomento de los contratos formativos, ayudas al empleo para la contratación con un periodo mínimo de permanencia, promoción de la economía social, formación y fomento del empleo para el colectivo de jóvenes investigadores, y medidas que contribuyan al mantenimiento del empleo de los jóvenes que eran beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil cuando accedieron a su empleo y se han visto afectados por Expedientes de Regulación temporal de empleo así como cualesquiera otras de carácter similar.

## 2. EL SISTEMA DE GARANTÍA JUVENIL PLUS TRAS EL HALO DEL PLAN DE CHOQUE CONTRA EL DESEMPLEO JUVENIL

La Recomendación del Consejo de la UE de 22 de abril de 2013 reconoció que la segmentación del mercado laboral podía tener efectos desfavorables para la juventud e invitaba a los Estados miembros a reducir dicha brecha invirtiendo en el capital humano de los jóvenes europeos para lograr un crecimiento económico sostenible e integrador, impulsando el SGJ<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (BOE núm. 23, de 27/01/2021).

<sup>9</sup> Vid. Instituto de la Juventud, Estudios, Juventud en riesgo: análisis de las consecuencias socio-económicas de la Covid-19 sobre la población joven en España, marzo/abril, 2020.

<sup>10</sup> Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (DOUE de 26 de abril de 2013).

La Recomendación fue la respuesta europea a la pasividad de los Estados miembros al requerimiento político de la UE para luchar contra el desempleo juvenil, dado que no interiorizaron ni cumplieron el discurso o la política de empleo europea en este aspecto<sup>11</sup>. Otros puntos débiles en el desarrollo y ejecución de la garantía financiera se refieren a que no la limitada actuación de los poderes públicos, la poca estimulación que se le dispensa al tejido empresarial para la contratación de jóvenes (en forma de bonificaciones e incentivos atractivos), el escaso despliegue publicitario que se le ha dado a este instrumento, la diversidad de límite de edad que han fijado las comunidades autónomas dibujando una desigualdad entre los jóvenes en el territorio español, y el hecho de que no se garantice en sí un puesto de trabajo a la persona joveni unas adecuadas o atractivas condiciones de trabajo y de seguridad social<sup>12</sup>.

Con este marco, la UE pretende una movilización activa generadora de empleo y exhorta por la adopción de medidas de apoyo que ayuden a los jóvenes a buscar de forma activa a incorporarse a la actividad económica. En relación a los sectores de actividad se apuesta por la creación de empleo en la economía verde y en los sectores de las tecnologías de la información y de la comunicación. En el marco de esta Recomendación cobra especial protagonismo el SGJ que se refiere a la situación en la que los jóvenes reciben una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o período de prácticas en un plazo de cuatro meses tras quedar desempleados o acabar la educación formal. El SGJ no deja de ser un instrumento que trata de garantizar ese derecho a todos los jóvenes de la Unión con el fin de solucionar gradualmente el problema del desempleo juvenil. En suma, la Unión sienta las bases, los objetivos, las directrices y el enfoque en el establecimiento y la gestión del SGJ, destinando una serie de recursos financieros para que se gestionen de forma eficiente por parte de los Estados miembros.

En conexión con esta recomendación se promulga la Ley 18/2014 que establece el régimen de implantación del SGJ, sentando las bases de esta iniciativa en el panorama español<sup>13</sup>. Se regula el régimen general del SGJ en España junto con el procedimiento de atención de los beneficiarios del mismo. Las

---

<sup>11</sup> Vid. ROMERO CARDENAS, M.J., GARCÍA RÍOS, J.L.: “La garantía juvenil: el difícil camino de la inserción laboral juvenil”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 199, 2017. Se recomienda su lectura para conocer el desarrollo y la implementación de la política de empleo europea en lo que ciñe al trabajo juvenil. De este trabajo nos ha resultado muy interesante dos aspectos: por un lado, el reconocimiento de que exista un modelo de garantía juvenil comunitario, si bien criticando la disparidad que sigue existiendo en elementos tan importantes como lo que debe entenderse por una “buena oferta de empleo”; y de otro lado, la distribución de los distintos tipos de oferta que se han ofrecido a los jóvenes en los Estados miembros.

<sup>12</sup> Vid. GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “La garantía juvenil: ¿una respuesta a la crisis del empleo de los jóvenes”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015.

<sup>13</sup> Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE núm. 252, 17/10/2014) contempla entre las medidas de fomento de la empleabilidad y la ocupación el SGJ, en el Capítulo I (artículos 87 a 113).

medidas y las acciones se enfocan en los cuatro objetivos<sup>14</sup>, como son la intermediación, la empleabilidad, el apoyo a la contratación y el emprendimiento. Sin ánimo de repetirnos, se enfocan la actuación en una activación temprana que asegure la información, la orientación profesional y el acompañamiento en la búsqueda de empleo, los programas de movilidad laboral, de educación y empleo destinados a la mejora de aptitudes y competencias profesionales, y actuaciones como la formación con compromiso de contratación, formación en idiomas y en tecnologías de la información y de la comunicación e impulso de la formación dual, entre otras. En el mismo orden, la inserción laboral de los jóvenes se debe perseguir con incentivos a su contratación a modo de rebajas en la cotización a la Seguridad Social o el fomento de los contratos formativos, en especial, el contrato de alternancia.

Tras estos pasos, se formuló el Plan de Choque por el Empleo Joven (Plan de Choque) que contiene medidas y acciones dirigidas a fomentar un nuevo modelo productivo a largo plazo. Se perfila así un Acuerdo de Estado que acometa de forma ordenada, concreta y precisa una estrategia que apueste por la innovación aplicada a sectores o ramas específicas con el consiguiente apoyo presupuestario. El Plan de Choque pretende lograr 3 objetivos generales.

- mejorar la competitividad y el valor añadido de la estructura productiva española para alcanzar un nivel de crecimiento económico que genere una oferta sustancial de empleo en consonancia con la innovación que se apuntó antes, en sectores de futuro y con un alto valor añadido.
- apostar por la formación integral y la cualificación de este colectivo, apoyando al sistema educativo, y como un medio para su integración social. En este logro se refuerza y potencia el papel de los Servicios Públicos de Empleo como una puerta de entrada al mercado de trabajo de los jóvenes y de su vida activa.
- desarrollar iniciativas de retorno al sistema educativo y de apoyo a la formación en competencias estratégicas y a la formación dual. En relación a la vida activa de las personas jóvenes se fomenta su participación en el tejido sindical, asociativo, empresarial y en el emprendimiento.

De forma paralela se despliegan otros objetivos específicos para las personas jóvenes, algunos de los cuales se repiten en normas ya analizadas.

- trazar un marco laboral de calidad en empleo y en la dignidad en el trabajo teniendo en cuenta la precariedad laboral que sufren.
- empoderarles haciéndoles protagonistas de su propio recorrido de inserción laboral y de cualificación.
- incrementar la cualificación y la inserción laboral de los jóvenes en el

---

<sup>14</sup> Realmente siguen siendo los mismos objetivos en los que se centra el Real Decreto Ley 2/2021 de 26 de enero al que antes se hizo referencia.

aspecto tecnológico considerando la brecha digital y la segregación del colectivo. Este dato contrasta o tiene poco sentido teniendo en cuenta que es una población que ha sido calificada de nativa digital. Por tanto, es imperioso diseñar itinerarios formativos que suplan esta carencia tan necesaria en el mercado laboral y en la sociedad actual.

- desarrollar un nuevo modelo económico basado en la sostenibilidad social, la productividad y el valor añadido.
- dotar a los servicios públicos de empleo de los medios y de los recursos que sean necesarios para que puedan ejercer esa labor de ser la puerta de entrada a las personas jóvenes.
- eliminar la segregación horizontal, la brecha salarial y los sesgos de género apostando por una formación en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como objetivo transversal de las políticas públicas.
- combatir la pasividad juvenil a la hora de buscar empleo debida a la presunción de que no lo van a encontrar.
- prestar una atención especial a colectivos doblemente vulnerables al concurrir la condición de migrante, persona con discapacidad o des-emplado de larga duración o no cualificado, entre otras.

El Plan de Choque se alinea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, entre los que se puede destacar, se pueden destacar:

- el ODS núm. 4 “educación de calidad” que aboga por el diseño de programas y de políticas educativas inclusivas y de calidad, y por el desarrollo pleno en integral de las personas jóvenes;
- el ODS núm. 8 “trabajo decente y crecimiento económico inclusivo” que debe incluir el acceso de los jóvenes a un trabajo decente que supere la precarización laboral. En este momento cabe recordar la radiografía laboral de la juventud, pues tienen menos posibilidades de acceder a un empleo decente y sufren altas cifras de precariedad y de desempleo. En efecto, en la actualidad el índice de desempleo de las personas jóvenes es del 13%, tres veces mayor que la población adulta. Se apunta que, si no se invierte en su educación y en su capacitación, la cifra puede llegar a 2.000 millones de personas para 2030 que no tendrán la cualificación necesaria para competir en el mercado laboral. A nivel internacional se apuesta por fomentar las aptitudes y el empleo de los jóvenes con el fin de asegurar que para esa fecha la juventud esté empleada, curse estudios o reciba algún tipo de capacitación<sup>15</sup>.
- el ODS núm. 10 “reducción de las desigualdades” relacionado con los objetivos anteriores y con la protección social, la equidad y la inclu-

---

<sup>15</sup> <https://www.generationunlimited.org/>

sión ofreciendo programas educativos y de capacitación de alta calidad, promoviendo oportunidades de aprendizaje para toda la vida.

Pues bien, el Plan de Garantía Juvenil Plus (2021-2027) viene a dar continuidad al Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021 y a la anterior Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016. El Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 está dentro del SGJ, y se presenta para lograr una serie de objetivos entre los que anotamos: la mejora de la cualificación de los jóvenes en la búsqueda de empleo, ofrecer nuevas oportunidades laborales, aprovechar las oportunidades que brinda la transición digital y la transición ecológica, reducir la tasa de abandono escolar o promover el emprendimiento juvenil. En relación a los ejes en los que se sustenta el Plan de Garantía Juvenil vendrían siendo los mismos de anteriores programas como son: la orientación, la formación, las oportunidades de empleo, la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, el emprendimiento y la mejora del marco institucional. Los fines de los programas expuestos siguen las líneas que ya se han ido adelantando<sup>16</sup>: reducir la tasa de paro juvenil, incrementar la tasa de actividad, reducir la brecha de género, incrementar los contratos indefinidos y mejorar la formación en competencias lingüísticas, digitales y en sectores estratégicos.

La consecución de estas metas se articula en seis ejes con 50 medidas específicas. De todas las metas y de los ejes, resaltaremos solo aquellas que nos resultan más útiles al objeto del presente análisis (egresados universitarios).

- El eje de la orientación persigue entre otros objetivos: la orientación profesional y la atención personalizada con medidas específicas relacionadas con la dotación de los programas a los servicios públicos de empleo y con el desarrollo de una red potente de profesionales de orientación; y la relación con los agentes del mercado de trabajo que contiene medidas como la colaboración en el ámbito educativo garantizando el apoyo a las universidades.
- El eje de la formación tiene como fin que los jóvenes puedan adquirir las competencias y mejorar su experiencia profesional para facilitar su cualificación y facilitar su inserción laboral. Se concreta en dos objetivos, uno relacionado con la mejora de la competitividad de las empresas a través de una cualificación que se ajuste a los requerimientos del mercado de trabajo, tanto actuales como futuros, y otro objetivo centrado en la mejora de la empleabilidad para facilitar su transición al empleo.
- El eje de las oportunidades de empleo se centra en colectivos como las personas con discapacidad, en situación de exclusión social o las mujeres víctimas de violencia de género. Sobre estos colectivos se

---

<sup>16</sup> El Plan de Choque destinaba un presupuesto de 2.000 millones de euros para el logro de estos fines. Para conocer las metas más concretas léase el Resumen ejecutivo. Plan de Choque por el empleo joven. 2019-2021. Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social, pp. 3 y 4.

proyecta el Plan Director por un trabajo Digno con el fin no solo de evitar el fraude y los abusos laborales y la parcialidad no deseada o involuntaria, sino también de superar la temporalidad, la precariedad y la segmentación laboral, y a su vez para garantizar el cumplimiento de la norma laboral<sup>17</sup>. Estos fines son precisos para que los jóvenes puedan organizar un proyecto de vida estable, combatir la marginalidad y los trastornos de salud psíquica que puede conllevar el desempleo. El Eje contiene como objetivo la proyección de un marco de contratación laboral para dotar de mayor calidad a las relaciones laborales con el refuerzo de la casualidad de la contratación temporal y del contrato a tiempo parcial, y el fomento de contratos como el contrato de relevo y los contratos formativos, especialmente la formación dual. Se puede vincular este objetivo con la reforma laboral operada sobre estos contratos para evitar el uso abusivo de los contratos temporales y para potenciar la contratación indefinida, especialmente en lo que afecta a las personas jóvenes<sup>18</sup>. Entre otras medidas se centra en la creación de un portal con un apéndice referido exclusivamente a los nuevos contratos formativos, sin que hayamos encontrado en enlace a este punto único común. Igualmente, el Eje invita a la elaboración de un Estatuto de las prácticas no laborales de cara a regular los derechos, garantizar su carácter formativo y una protección social adecuada junto con un apoyo económico. Una medida que sería limitada en tanto no se laboralicen las mismas, pues se trata de una norma que ha de ser derogada<sup>19</sup>.

- El eje de la igualdad de acceso al empleo con el desarrollo de actuaciones dirigidas a promover la conciliación de la vida personal, fami-

<sup>17</sup> El Plan Director por un Trabajo Digno fue aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2018 y finalizó su vigencia en el 2020. Se puede destacar el objetivo de incorporar un cuerpo importante a la ITSS (Medida 56). En cualquier caso, y respecto a este extremo se anota que el Plan Director supuso un giro cualitativo en la actividad de la ITSS que ponía el foco de su actuación en la recuperación de derechos laborales y la mejora de la calidad del empleo (antes se centraba más en la lucha contra el fraude y en la economía irregular). Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 (BOE núm. 289 03/12/2021).

<sup>18</sup> Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre, establece medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, 30/12/2021).

<sup>19</sup> SÁNCHEZ RODAS, C.: “El Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, de prácticas no laborales en empresas ha de ser derogado”, *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social* / coord. por Ana María Chocrón Giráldez, 2013, pp. 87-102. De la misma autora “Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo”, *Retos del Derecho del Trabajo frente el desempleo juvenil: XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* / coord. por José Luis Monereo Pérez, 2014, pp. 173-217; AYALA SÁNCHEZ, A. y BERNAL SANTAMARÍA, F.: “Prácticas no laborales: la nueva esclavitud del siglo XXI en las relaciones laborales”, *Retos del Derecho del Trabajo frente el desempleo juvenil. Comunicaciones XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* / coord. por José Luis Monereo Pérez, 2014, pp. 491-507.

liar u laboral, la igualdad laboral, el emprendimiento y los proyectos de base tecnológica.

- El eje del emprendimiento con cinco objetivos vinculados al trabajo autónomo, la economía social y colaborativa de las personas jóvenes, la economía digital y el impulso del desarrollo económico social.
- El eje de la mejora del marco institucional se concibe con un carácter transversal con actuaciones para la gestión, coordinación y comunicación del Sistema Nacional de Empleo. Se plantea la mejora de la gobernanza del SGJ como una herramienta básica para el desarrollo de propuestas en el ámbito del Plan de Empleo Joven relacionadas con la inscripción telemática, accesible y sencilla a la inscripción en el SGJ, mayor coordinación con los servicios sociales y con el sistema educativo, la dinamización en las redes sociales del SGJ para lograr una mayor participación de los jóvenes, el seguimiento, control y evaluación del SGJ, así como la generación de un fichero o base de datos.

En paralelo, el Pilar Europeo de los Derechos Sociales invita a los Estados miembros a aplicar la Garantía Juvenil reforzada para lograr la elevación de la tasa de empleo, utilizando el apoyo financiero de la Unión El Pilar Europeo hay que ponerlo en conexión con la Recomendación del Consejo de 30 octubre de 2020 a la que se hizo referencia antes, y en el contexto del Plan de Recuperación y Resiliencia para enfrentarse al impacto de la crisis de empleo juvenil. Esta recomendación se vincula el Principio número 4 del Pilar Europeo. Pues bien, los países de la UE han manifestado su “compromiso” en aplicar la Garantía Juvenil reforzada siguiendo el halo recomendatorio europeo<sup>20</sup>. Esta recomendación se basa en una propuesta de la Comisión que forma parte del paquete de apoyo al empleo juvenil<sup>21</sup>.

En la actualidad, está en plena vigencia la ejecución del Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes (GJ+). Al igual que el Plan de Choque analizado antes, el GJ+ apoya el cumplimiento de los ODS de la Agenda 2030, principalmente, el ODS núm. 5 (igualdad de género) y el núm. 8 (trabajo decente y crecimiento económico). Junto a lo anterior, el Plan de GJ+ se alinea con el Plan de Choque que ya analizamos, manteniendo los mismos objetivos relacionados con el establecimiento de un marco laboral de calidad en el empleo y dignidad en el trabajo, con incrementar la cualificación e inserción laboral de los jóvenes dotándoles de las

---

<sup>20</sup> Recomendación del Consejo de 30 de octubre de 2020 relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil que sustituye la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil.

<sup>21</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Y Social Europeo y al Comité de las Regiones Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación (Bruselas, 1 de julio de 2020). Propuesta de Recomendación del Consejo Un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil que sustituye a la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (Bruselas, 1 de julio de 2020).

competencias profesionales para superar la brecha y la segregación laboral, tanto en la selección de itinerarios formativos como en el mercado laboral, o con favorecer el desarrollo de un nuevo modelo económico basado en la sostenibilidad social, en la productividad y en el valor añadido.

Pues bien, el Sistema de GJ+ permitirá liberar y destinar fondos europeos al empleo juvenil<sup>22</sup>. El programa de GJ+ cuenta con la financiación del Fondo Social Europeo y de la Iniciativa de Empleo Juvenil, como un recurso adicional para financiar la puesta en marcha de la Garantía Juvenil en los países europeos con tasas de desempleo superiores al 25% como es el caso de España. Este Plan se inscribe en el Plan Estratégico Juventud Avanza como un conjunto de acciones para el empleo juvenil para agilizar y facilitar la atención preferente a los jóvenes y un seguimiento especial. El Plan trata de identificar las oportunidades de empleo y promover la formación de los jóvenes en sectores como el digital, la economía circular, las energías renovables, la transición ecológica y la economía azul, junto la regeneración de espacios rurales y urbanos en declive que permitan el relevo generacional. Conjuntamente, se centra en programas de empleo y de formación que faciliten los jóvenes su primera experiencia profesional para que puedan acceder a un empleo digno y acorde a su nivel de formación<sup>23</sup>.

El Sistema de GJ+ está diseñado para crear oportunidades de acceso a “nuevos empleos” en “nuevos sectores”, tomando como referencia la transformación hacia un contexto verde, sostenible, colaborativo y digital. El objetivo principal es incrementar la cualificación de los jóvenes dotándoles de las competencias profesionales que requiere el mercado laboral. De hecho, prevé la consulta con las empresas, las organizaciones empresariales y sindicales sobre las necesidades específicas en estos sectores, de modo que se puedan dirigir medidas específicas para formar a los jóvenes y para que adquieran los conocimientos necesarios para incorporarse a las empresas de estos sectores.

Como ejemplo de lo anterior, se puede exponer la implementación de medidas en sectores como la economía azul, con el establecimiento de una formación específica teniendo en cuenta el potencial de oportunidades de empleo que presenta sectores como la logística portuaria y el transporte, los recursos marinos, la industria naval, las energías renovables procedentes del mar y de origen marino o turismo vinculado al mar<sup>24</sup>. Con este telón de fondo

---

<sup>22</sup> Los fondos disponibles son: Plan GJ+ 2021-2027: 3.263 M€ en todo el periodo a través del Fondo Social Europeo +; Inversiones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Total: 765 M€ (Primeras Experiencias: 330 M€) (Investigo: 315 M€) (Tándem: 120 M€); Otras inversiones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: 172 M€; Programas de Formación en alternancia del empleo: 600 M€; Convenio con la Secretaría de Estado de Digitalización Inteligencia Artificial: 150 M€. En definitiva, se destinan unos fondos de total de 4.950 M€.

<sup>23</sup> [https://www.mundojoven.org/noticias/-/asset\\_publisher/qWWCV3sLqYV1/content/plan-de-garantia-juvenil-plus-2021-2027?redirect=%2Fweb%2Fmundojoven%2Fnoticias&inheritRedirect=true](https://www.mundojoven.org/noticias/-/asset_publisher/qWWCV3sLqYV1/content/plan-de-garantia-juvenil-plus-2021-2027?redirect=%2Fweb%2Fmundojoven%2Fnoticias&inheritRedirect=true)

<sup>24</sup> La economía azul tiene un impacto positivo en la economía de las naciones, teniendo en cuenta el valor añadido bruto y el incremento de la tasa de empleo. La propia Resolución por la



se diseña la Guía Laboral Azul que es una herramienta que orienta a los jóvenes (de entre 15 y 29 años) a conocer las áreas de crecimiento de la Economía Azul, como el turismo costero, la acuicultura, la energía oceánica, la biotecnología marina, la construcción naval, el transporte marítimo y la pesca. Uno de los fines de Guía Laboral Azul es poner de manifiesto la necesidad de mejorar la cualificación de los jóvenes en estos sectores y ofrecerles información laboral sobre los perfiles de trabajo y las posibilidades en estos sectores. En definitiva, se trata de que los jóvenes vean estos sectores atractivos dado el potencial de generador de empleo (que no sea precario) y de iniciativas y proyectos de emprendimiento. En suma, es preciso afrontar las necesidades de la economía azul desarrollo un programa integral de formación y de empleo específicos para estos sectores.

Siguiendo con el Plan de GJ+ obra apuntar que se marca como prioridad el incremento de las competencias (técnicas y profesionales) para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento. Por ejemplo, en relación a los sujetos implicados, se incoa a que las personas tutoras en las empresas (en las prácticas que desarrollen los alumnos) tomen un rol más activo y fomenten su aprendizaje y su actualización.

Por tanto, y plenamente vinculado a la empleabilidad y a la formación, se sustenta el Eje 2: formación del Plan de GJ+ con iniciativas formativas como la formación dual o la formación en alternancia para que las personas puedan adquirir las competencias que requiere el mercado laboral. De tal modo que se reconoce dos necesidades: primera la de adaptar las acciones formativas a la realidad del mercado laboral y segunda la de transformar el modelo productivo. Para superar ambas necesidades es ineludible tener en cuenta las diferentes necesidades e intereses de los jóvenes según su nivel formativo para adecuarla a los sectores con más ofertas de empleo.

La GJ+ nace con una vocación de efectividad del compromiso de atención a los jóvenes inscritos en el plazo de cuatro meses en la dinámica de actuación ordinaria de los servicios de orientación. La agilidad en la gestión consiste en ofrecer a los jóvenes una buena oferta de empleo estable o de carácter formativo, o bien la posibilidad de darles acciones educativas – formativas adaptadas. El alcance de la orientación que se le ofrece a los jóvenes incluye técnicas de búsqueda de empleo, identificación de las necesidades formativas, así como fuentes de recursos formativos y educativos teniendo en cuenta el contexto de empleos variables y las necesidades formativas cambiantes.

En este orden de cosas, es importante incentivar la contratación de los jóvenes teniendo en consideración que son el colectivo que sufre una mayor

---

que se aprueba el Plan de Garantía Juvenil Plus expone que para España la economía azul emplea a más de 691.000 personas y genera aproximadamente 23 millones de euros de valor agregado. En relación a los sectores, señala que encabeza la lista el sector del turismo, con el 77% del total de empleo, seguido del sector de los recursos marinos, con el 17%. Por último, que, en términos globales, la economía azul representó en el año 2016 el 1,3% del PIB total de la UE según el Informe Económico Anual de 2018 sobre la Economía Azul de la UE.

precariedad laboral y temporalidad. Para enfrentarse a esta problemática la GJ+ dirige los esfuerzos al control del efectivo cumplimiento de la norma y a perseguir los abusos y los fraudes laborales que puedan cometerse. Por tanto, en el Eje 3 de oportunidades de empleo se comprenden acciones dirigidas al fomento de su contratación estable recogiendo una línea de trabajo de primera experiencia profesional, promocionando la empleabilidad de las personas tecnológicas en formación y el fomento de la innovación en el empleo.

En relación al programa de primera experiencia profesional se apuesta por crear empleo de calidad en la función pública mediante las correspondientes pruebas de mérito y capacidad y los términos de promoción profesional y de antigüedad si acceden a bolsas de empleo o a empleo indefinido. Este programa es una de las líneas transversales del Plan de GJ+ al ser un reto para los jóvenes que se enfrentan al mercado laboral en su transición de la escuela (o universidad) al trabajo. Antes se hizo referencia, y así lo contempla el Plan de GJ+ a que los jóvenes sufren una mayor precariedad laboral al verse obligados a aceptar ofertas de empleo de una categoría inferior a los estudios que poseen o a compatibilizar varios trabajos a tiempo parcial a la vez para tener un salario digno. Por tanto, la GJ+ apuesta por incentivos y ayudas para el fomento del primer empleo condicionada a que los empleos sean de calidad a jornada completa y dentro de su categoría profesional, así como los contratos formativos.

Pues bien, otra de las medidas que conviene analizar es el mecanismo de apoyo en el empleo para la consecución de una transición industrial justa. Esta medida se sustenta en la Estrategia de Transición Justa (OIT) y en las Recomendaciones del Acuerdo de París que persigue la reconversión del modelo económico y social. Se reconoce que las transformaciones sociales, económicas e industriales deben ponerse en relación con los efectos que provocan los trabajadores y en el modelo de empleo industrial. Esta reconversión debe ser justa en los términos de empleo de calidad, tomando como base el diálogo social, y un marco estable y de futuro para el empleo industrial y de progreso social. Para lograr estos fines se prevén instrumentos que puedan articular mecanismos de apoyo adecuados y específicos para jóvenes. Las oportunidades se crean en sectores que ya hemos anotado: la economía azul, las energías renovables, la economía circular, la economía digital y la economía ecológica.

En esta transición hacia un nuevo modelo económico sostenible y eficiente, se vincula nuevamente la economía circular como un sector con gran demanda laboral que incide en los otros perfiles relacionados con la tecnología y la investigación, las energías renovables o la transición ecológica. Se trata de ámbitos de empleo en los que se dibujará un mapa de oportunidades y de necesidades, se diseñará itinerarios integrales de empleo con programas de formación específicos. Por ejemplo, y relacionado con las universidades, se apoya su estancia en centros de investigación y de empresas tecnológicas, a su vez se fomenta la movilidad entre comunidades autónomas<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> <https://www.sepe.es/HomeSepe/va/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/noticias/detalle-noticia.html?folder=/2021/Junio/&detail=Plan-de-Garantia-Juvenil-Plus-2021-2027>

En este sendero e iniciando una breve aproximación de la implantación de la Garantía Juvenil en las Universidades lo cierto es que se podría ordenar en dos vías: por un lado, una labor de divulgación de los programas de garantía juvenil para fomentar que los jóvenes universitarios se inscriban en el correspondiente registro. Esta labor la han realizado, entre otras, la Universidad de Cádiz como una especie de llamamiento a los jóvenes universitarios para que se inscriban en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Esta función es vital para la adquisición de experiencia laboral a través de la contratación en proyectos de ayuntamientos, de forma que les permita adquirir una primera experiencia para poder incorporarse en mejores condiciones al mercado laboral; Y de otro lado, la convocatoria de contrataciones para jóvenes investigadores o para personal de técnico de apoyo a la I+D+I y a la gestión o internacionalización de la investigación en los grupos, departamentos, institutos, centros y servicios de investigación de las universidades públicas<sup>26</sup>.

Con base en las acciones del Programa de Empleo Juvenil que incluye la de fomento del empleo para jóvenes investigadores y de apoyo a su contratación cuyos destinatarios son los jóvenes con niveles medios y altos de cualificación. De hecho, la GJ+ fomenta el intercambio de información y de transferencia de conocimiento de los grupos de investigación de ámbito universitario a congresos, seminarios o publicaciones. En resumen, ambas vías han sido el modo en el que las Universidades han implantado o lanzado el SGJ con vistas a combatir el alto porcentaje de desempleo juvenil, tras la finalización de su etapa formativa y ante las dificultades de encontrar un primer empleo de calidad que padecen los jóvenes. Por tanto, se trata de un instrumento de refuerzo de la empleabilidad y de las competencias profesionales de los jóvenes universitarios que no están ocupados. Por último, y teniendo en cuenta el Plan de GJ+, la investigación de los jóvenes universitarios la podríamos relacionar a su vez con la economía circular, la economía azul, el sector tecnológico, incluso en actividades musicales y artísticas.

En suma, este ha sido el compromiso de las universidades con el empleo juvenil para potenciar la colaboración entre los servicios de orientación y de empleo de las universidades en la mejora de la empleabilidad de las personas jóvenes universitarias.

### 3. ¿QUÉ HAY PARA LOS JÓVENES EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO

Por último, la nueva Ley de Empleo esboza entre los objetivos de política de empleo a emprender la autonomía y la integración social de las perso-

---

<sup>26</sup> Por ejemplo, en Andalucía, Universidades como la de Cádiz, la de Granada, la de Málaga o la de Jaén, entre otras españolas ha elaborado las bases reguladoras y las convocatorias cofinanciadas con fondos europeos para fomentar el empleo de los jóvenes universitarios que se quieren dedicar a la investigación. En la misma línea, se están lanzado estas convocatorias financiadas también con los Fondos de Recuperación, Transformación y Resiliencia (UE y Next-GenerationUE).

nas jóvenes. En relación a la lucha contra la discriminación en el empleo de las personas jóvenes, el artículo 39 de la Ley de Empleo expone que se guardará especial cuidado de evitar discriminaciones por edad, entre otras circunstancias, en la planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad, así como la toma de decisiones que puedan implicar un sesgo o un estereotipo negativo. En concreto, reafirma que se evitará el establecimiento de criterios que presupongan que las personas destinatarias de estas políticas u acciones son “suficientemente mayores o suficientemente jóvenes”.

Por su parte, el artículo 50 incluye como un colectivo vulnerable de atención prioritaria para las políticas de empleo a las personas jóvenes, si bien se enfoca sobre todo en las personas con baja cualificación, lo que dejaría fuera de esa especial atención a los jóvenes universitarios.

Nos parece interesante detenernos en el artículo 53 referido a las personas demandante de empleo de servicios de empleo joven. El primer apunte es que a los efectos de esta ley se amplía la edad de persona joven a quien no haya alcanzado la edad de 30 años o sea beneficiaria del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Como ya se adelantó, las políticas activas se enfocan sobre todo en las personas que carezcan de formación, siendo el colectivo prioritario. En cuanto a las personas jóvenes con titulación, la nueva Ley de Empleo aboga por la disposición de medidas de empleabilidad que se dirijan a favorecer la práctica profesional.

Pues bien, y en conexión con las últimas reformas laborales emprendidas, la Nueva Ley de Empleo trata de promover políticas activas de empleo de calidad, la contratación indefinida y a jornada completa con salarios dignos.

Por último, la Nueva Ley de Empleo dispone que no será discriminación por motivos de edad la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas para las personas jóvenes si se cumplen los requisitos de justificación, objetividad y razonabilidad. En suma, si esas condiciones están justificadas, de forma objetiva y razonable, y resultan adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación en el empleo del colectivo de jóvenes. Como se sabe, este tipo de medidas son excepcionales en tanto la tasa de desempleo juvenil no se equipare a la tasa de desempleo total (Disposición Adicional Sexta).

#### 4. A MODO DE REFLEXIONES

En líneas generales se ha subrayado los desajustes y las causas del desempleo de las personas jóvenes egresadas universitarias en España y la necesidad de diseñar iniciativas formativas para mejorar sus cifras de empleo. De esta manera, se debe redirigir la acción pública y universitaria hacia la juventud centrando los esfuerzos en combatir las altas (e inaceptables) cifras de desempleo juvenil y la precariedad laboral que solo lleva al desánimo y a la exclusión social de los jóvenes. El compromiso es por tanto ofrecer y apli-

car unas políticas adecuadas con vistas a que los jóvenes puedan conseguir empleos de calidad.

Tras lo expuesto y a pesar de reconocer el esfuerzo legislativo y de las propias universidades para minimizar el impacto de la pandemia y para poner en marcha medios y herramientas para que los jóvenes participen de forma activa en la sociedad, sigue siendo necesario remover los obstáculos y las barreras que siguen presentes que impiden su acceso, permanencia y promoción en el mercado laboral. En suma, es imperioso mejorar la formación de las personas jóvenes para conseguir una mayor empleabilidad buscando nuevos sectores que les ofrezcan oportunidades de empleo estable, de calidad en nuevos sectores de actividad, principalmente ligados al cambio tecnológico y ecológico, a los que se les reconoce la potencialidad de crecimiento, y que atienda a las necesidades reales de las empresas.

Conjuntamente, las políticas activas de empleo para las personas jóvenes se deben enfocar en estos sectores de actividad con el refuerzo de programas de orientación y de itinerarios personalizados, planes de actuación individuales desarrollando incentivos formativos permanentes con el fin de lograr que las personas jóvenes consoliden sus carreras profesionales de forma satisfactoria. Téngase presente que el SGJ se centra en las personas y en las empresas atendiendo a las necesidades en función del perfil, del nivel formativo y de la experiencia profesional de los jóvenes. Tras las anotaciones que se han realizado de los “nuevos sectores” de actividad, no cabe duda que la Economía Azul, la economía circular o el cambio climático representan unos enclaves adecuados. Así las cosas, las universidades deben aunar esfuerzos y ofrecer títulos académicos de calidad que formen a los jóvenes para desempeñar su actividad en estos sectores, toda vez que los empleadores deben respetar los derechos socio-laborales de aquellos, en la búsqueda precisamente de un trabajo digno y de un empleo de calidad.

Por último, y como balance final en la implementación de la garantía juvenil y reconociendo que el ritmo no ha sido el mismo en todos los Estados miembros, compartimos que ya se puede sugerir que existe un modelo europeo de garantía juvenil, sigue siendo una realidad que existen grados distintos de implementación y, consiguientemente, de éxito. Nos parece que las universidades deben recoger el guante lanzado desde la UE y hacer un uso más intenso de este instrumento financiero que nos resulta adecuado para reforzar el acceso de los jóvenes universitarios a un empleo de calidad, más allá que falté aún por concretar que se entiende por este término. En cualquier caso, las universidades tienen ante sí el importante reto de plantearse si su función es acercar o no a los jóvenes a un mercado de trabajo tan cambiante como el que tenemos en la actualidad, y que exige a jóvenes y no tan jóvenes no dejar nunca de formarnos nunca.



EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD  
EN EL ENTORNO ACTUAL MARCADO POR LA TRANSICION  
DIGITAL: CAMBIOS EN LA CONTRATACIÓN Y HOJA DE RUTA  
PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA<sup>1</sup>

CAROLINA BLASCO JOVER  
*Profesora Titular de Universidad*  
*Universidad de Alicante*  
*carolina.blasco@ua.es*

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación “La negociación colectiva como acelerador de la transición digital” (TED2021-130070B-I00) en el marco de la Convocatoria del Ministerio de Ciencia e Innovación 2021 de ayudas a “Proyectos Estratégicos Orientados a la Transición Ecológica y a la Transición Digital” en el seno del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

## **SUMARIO**

1. UNAS IDEAS PREVIAS. 2. LOS CAMBIOS EN LA CONTRATACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 2.1. Los contratos formativos. 2.2. El contrato temporal de fomento del empleo para las personas con discapacidad. 3. RETOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA UN ENTORNO E-WORK DECENTE E INCLUSIVO



## 1. UNAS IDEAS PREVIAS

Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que se le ha mantenido habitualmente y tal vez por la prevalencia de ciertos prejuicios en conocidas condiciones de exclusión social y laboral. De hecho, si se comprueba el informe del INE para el año 2021 sobre “El empleo de las personas con discapacidad” se evidencia que la tasa de actividad de las personas de 16 a 64 años con discapacidad oficialmente reconocida era 43,1 puntos inferior a la de la población sin discapacidad (34,6%). Por su parte, la tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 26,9%, más de 39 puntos inferior a la de las personas sin discapacidad (66,3%). Por lo que respecta a la tasa de paro, ésta (22,5%) superó en más de siete puntos a la de la población sin discapacidad. Los datos del año 2021, si bien mejoran, aunque ligeramente, los obtenidos en el año anterior, evidencian las dificultades propias que este colectivo debe afrontar cuando decide emplearse.

Los resultados referenciados son, ciertamente, demoledores. Un país avanzado como España, con sus particularidades a nivel de mercado de trabajo y con un sector servicios muy potente en muchas de sus autonomías, no puede permitirse disponer de un stock de personas con discapacidad perfectamente válidas para prestar servicios que no puedan emplearse o, lo que es peor, que ni siquiera lo intenten por el mero hecho de las trabas que en el acceso al empleo se encuentran. La situación, además, puede agravarse en el caso de las mujeres. Ciertamente es que los datos, al menos del año 2021, demuestran que, a diferencia de lo que ocurre en la población general, las mujeres con discapacidad tenían más presencia activa en el mercado laboral que los hombres (35,3%, frente a 34,2%). De hecho, en la población sin discapacidad la tasa de actividad masculina superó a la femenina en casi 10 puntos (82,6% frente a 72,8%). En cuanto a la tasa de empleo de los hombres con discapacidad, ésta fue 0,5 puntos inferior a la de las mujeres. En cambio, entre la población sin discapacidad, la tasa de empleo masculina superó a la femenina en 11,3 puntos. Pues bien, aunque ciertamente la estadística del año 2021 arroja unos resultados esperanzadores para el empleo femenino que habrá que constatar si se mantienen, ello no puede esconder el hecho de que las mujeres con discapacidad pueden llegar a padecer discriminación

múltiple y verse apartadas del entorno laboral ya no sólo por su discapacidad, sino también por su género. De hecho, si como muestra un botón, obsérvense los resultados de la tasa de paro de las mujeres con discapacidad con respecto a los hombres en esa misma situación. Así, en el año 2019, la tasa de paro en las mujeres era del 24,6% frente al 23,4% de la correspondiente a los hombres; en el año 2020, era del 22,4% frente a la propia de los hombres que era del 22,1%; y en el año 2021, fue del 23% frente a la de los varones, que fue del 22%.

La fotografía que dejan estos resultados requiere, sin duda, de acciones concretas que pongan en valor el empleo de las personas con discapacidad. Ello, además, redundaría en la mejora de la percepción de las empresas por parte de sus empleados y de la colectividad en general, afrontaría el reto de eliminar prejuicios y trabas sociales y, al límite, aumentaría la autoestima del colectivo en su conjunto, empujándole a buscar más oportunidades de empleo. El marco normativo para alcanzar estos ideales existe, al menos sobre el papel. De este modo, el art. 1 del RD 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 marca como objetivo prioritario “garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas”.

Por su parte, los arts. 35 a 47 de la mencionada norma prevén toda una serie de garantías y derechos de las personas con discapacidad y obligaciones para los empresarios y poderes públicos a fin incentivar la generación de empleo de este colectivo y contribuir, de este modo, a eliminar las trabas invisibles con las que se enfrenta en el momento de acceder al trabajo. Así, tras explicitarse los principios básicos del derecho al trabajo (que se podrá ejercer a través del empleo ordinario, del empleo protegido y del empleo autónomo) y a la igualdad de trato, se erige como finalidad de la política de empleo “aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación”. Para ello, se conmina a las Administraciones Públicas competentes a fomentar “sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, promoviendo los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”. Así mismo, se encomienda a los servicios públicos de empleo y de las agencias de colocación debidamente autorizadas “la orientación y colocación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad que se encuentren en situación de búsqueda de empleo”.

En lo que atañe al empleo ordinario, que es el que, a efectos de este trabajo interesa, el art. 39 dispone que las empresas podrán contar con una serie de 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”. Además, habrán de cumplir con una serie de obligaciones. Así, de un lado, la adaptación del puesto de trabajo y la mejora de la accesibilidad de la empresa y, de otro, contar con una cuota de reserva si emplean a 50 o más trabajadores de, al menos, el 2% para personas con discapacidad; cuota, no obstante, de la que podrán exonerarse aplicando ciertas medidas alternativas.

Con estas directrices y medidas, se pretende generar empleo de calidad en el colectivo de las personas discapacitadas. No obstante, ello sobre el papel, puesto que previsiones como la exoneración de la cuota de reserva, si bien se entienden desde la perspectiva de la libertad de empresa, contribuyen a que, en la práctica, el empleo de las personas con discapacidad se articule a través del denominado empleo protegido, esto es, centros especiales de empleo y enclaves laborales. Los datos estadísticos, como antes se ha visto, avalan esta conclusión y muestran otra realidad, una, más tozuda, en la que es necesaria una acción legislativa más contundente y una mayor implicación por parte del empresariado español.

No ayuda, por otra parte, el avance tecnológico en el que actualmente se ve inmerso el entorno laboral. Cierto es que la digitalización, la robotización o los sistemas de inteligencia artificial (IA) contribuyen sobremedida a que las personas con algún tipo de impedimento o discapacidad vean derribadas ciertas barreras y esto es algo que ha facilitado su inclusión en las empresas al permitirles desempeñar tareas o rutinas que, de otro modo, les habrían resultado prácticamente inalcanzables. Con todo, cierto es también que esa misma tecnología puede terminar excluyendo, aún más si cabe, a este colectivo. De hecho, entre los principales riesgos de los sistemas de IA para los derechos de las personas con discapacidad, se han incluido los siguientes: el uso de estos sistemas para justificar la selección genética de personas sin discapacidad o para identificar y eventualmente discriminar a personas con discapacidad; la creación de sistemas de IA basados en modelos de normalización que excluyan o no tengan en cuenta las necesidades, la opinión y diversidad de las personas con discapacidad; el diseño de sistemas de IA que se basen o nutran de datos que incluyan estereotipos, sesgos y prejuicios respecto de la discapacidad; el uso de sistemas de IA que no permitan la participación o toma de decisiones de personas con discapacidad por sí mismas o a través de sus organizaciones representativas; la creación de sistemas IA dirigidos a las personas con discapacidad que no sean probados y validados para su uso por las propias personas con discapacidad.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Manifiesto del CERMI (2020) “Inteligencia Artificial y Personas con Discapacidad desde una visión exigente de derechos humanos: <http://www.convenciondiscapacidad.es/2020/05/14/inteligencia-artificial-y-personas-con-discapacidad-desde-una-vision-exigente-de-derechos-humanos/>.”

Es por ello por lo que se hace preciso que la tecnología, los algoritmos, los sistemas de IA se encuentren, también, al servicio de la inclusión de las personas con discapacidad. Y ello supone, a la postre, abrir un discurso, un debate de especial relevancia para una gobernanza digital decente.<sup>3</sup> A esta discusión puede contribuir la negociación colectiva que serviría, de este modo, de cauce para vehiculizar la mayor implicación o sensibilidad hacia este problema por parte de la iniciativa privada, articulándose, a nivel de empresa o de sector, toda una batería de previsiones destinadas a lograr, de manera muy concreta, la inserción laboral de las personas con discapacidad y a conjurar, de igual modo, los riesgos que plantea en materia de inclusión el uso del algoritmo o el sistema de IA. Desde este trabajo, pues, se pretende visibilizar esta concreta problemática, repensando el diseño de determinadas cláusulas convencionales que podrían incorporarse a los textos negociados para conseguir una mayor toma de conciencia de los distintos agentes sociales y avanzar en la consecución de los ODS 8 y 16.

Con todo y antes de entrar en ese análisis, es conveniente analizar las modificaciones legislativas que en materia de contratación de las personas con discapacidad han venido de la mano del 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. La norma, con los cambios legislativos que incorpora, intenta favorecer la inserción laboral del colectivo; otra cosa será que, como se verá, sea lo suficientemente ambiciosa para lograr el objetivo que pretende, que no es otro que aspirar a que el empleo protegido deje de ser el reducto principal de contratación de las personas con discapacidad.

El presente trabajo, por lo tanto, se plantea con dos partes muy diferenciadas. Una, la primera, en la que se analiza cuáles son los efectos de la reforma laboral en materia de contratación sobre las personas con discapacidad. Y otra, la segunda, en la que se pretende potenciar la mayor implicación empresarial a través de la propuesta de una serie de cláusulas convencionales que tengan en cuenta la realidad del colectivo en un entorno como el actual dominado por el e-work y las nuevas tecnologías de la información.

## 2. LOS CAMBIOS EN LA CONTRATACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El RD 32/2021 no acomete una transformación en profundidad del modelo de relaciones laborales impuesto por la Ley 3/2012, pero sí que altera el

---

<sup>3</sup> La Estrategia y el Programa de Transición Justa de España 2021-2027 consideran como colectivo especialmente vulnerable a las personas con discapacidad y prevén distintas líneas de actuación para prestar especial atención a sus particulares necesidades: [https://www.transicionjusta.gob.es/Noticias/common/PROGRAMA\\_FTJ\\_ESP\\_2021-2027.pdf](https://www.transicionjusta.gob.es/Noticias/common/PROGRAMA_FTJ_ESP_2021-2027.pdf) y [https://www.transicionjusta.gob.es/destacados/common/Estrategia\\_Transicion\\_Justa-Def.PDF](https://www.transicionjusta.gob.es/destacados/common/Estrategia_Transicion_Justa-Def.PDF).

régimen de contratación laboral existente hasta el momento. Por decirlo muy resumidamente y con todas las salvedades que puedan hacerse, la reforma ha ocasionado que en el mercado de trabajo se aprecie un fuerte incremento de la contratación indefinida y una drástica reducción de la contratación temporal. Ciertamente, no es ni el momento ni el lugar para describir el régimen jurídico y las características de todas y cada una de las modificaciones introducidas; lo que ahora importa es reseñar los cambios que se han producido en la contratación de las personas con discapacidad, que pasan básicamente por la modificación o introducción de nuevas disposiciones relativas a los contratos formativos celebrados con integrantes de este colectivo. Con todo, nada se dice sobre el contrato temporal de fomento de la contratación indefinida para personas con discapacidad, por lo que surge también la duda sobre su vigencia o derogación tras la reforma laboral de 2021. Veamos.

## **2.1. Los contratos formativos**

El art. 11 ET siempre ha estado en el punto de mira del legislador. Cada modificación que se implementa le sigue a otra y ésta a otra y pareciera con ello que aún no se hubiera dado con la solución más acertada para fomentar y potenciar el ingreso y la empleabilidad de las personas jóvenes al mercado laboral. Ahora, el RD 32/2021 intenta darle otra vuelta al régimen jurídico de los contratos formativos, afrontando, como se indica en su Preámbulo, un “cambio de modelo” que pasa por suprimir los contratos anteriores. Recuérdese, a estos efectos, que en el momento previo a la aprobación de la norma de reforma, se contemplaban tres tipos de contratos para la formación: el contrato en prácticas, el contrato para la formación y el aprendizaje y el contrato para la formación dual. Pues bien, con este modelo, como se decía, acaba la reforma laboral de 2021 que plantea tan sólo un contrato formativo, si bien con dos modalidades. En primer lugar, el contrato de formación en alternancia, que viene a ser el heredero del anterior contrato para la formación y el aprendizaje y que tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. En segundo lugar, el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios, que se correspondería con el anterior contrato en prácticas. El tiempo dirá si estas dos modalidades eran o no las más idóneas para reducir la importante tasa de desempleo juvenil que tenemos en España. Lo que ahora importa es conocer cuáles han sido las previsiones que, en el seno de estos contratos formativos, ha previsto quien legisla para fomentar el empleo de las personas con discapacidad.

Y, al efecto, son dos los apartados del art. 11 ET que hay que mencionar. Por un lado, la letra b) del apartado tres del precepto que dispone que el contrato de trabajo para la obtención de práctica profesional deberá concertarse “dentro de los tres años, o de los cinco años si se concierta con una persona con discapacidad,

siguientes a la terminación de los correspondientes estudios”. La filosofía que subyace en esta previsión es la misma que la que permitía, en el anterior contrato en prácticas, concertar el contrato con personas con discapacidad a los siete años de finalización de los estudios: otorgar un trato más favorable a quien, por sus especiales circunstancias, puede tener más dificultades que otra persona para concluir los estudios. La especificación, por lo tanto, no resulta novedosa, aunque, evidentemente, ha de valorarse positivamente.

Más interesante es lo que contempla la letra d) del apartado cuatro del art. 11 ET. Ese apartado especifica las normas comunes a ambas modalidades de contrato formativo y, singularmente, la letra d) hace mención a que “los límites de edad y en la duración máxima del contrato formativo no serán de aplicación cuando se concierte con personas con discapacidad o con los colectivos en situación de exclusión social previstos en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente”.

Pues bien, actualmente, sólo se contempla un límite de edad: el de 30 años previsto para el contrato para la formación en alternancia, pero únicamente en el supuesto de que se suscriba “en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2 y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo–formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo”. Habida cuenta, pues, de lo previsto en el art. 11.4.d) ET y a salvo de lo que se dirá después, esta específica contratación no estará sujeta a condicionante alguno por razón de la edad para las personas con discapacidad.

Por lo que atañe al tope máximo temporal, se prevé, de un lado, que la duración del contrato para la formación en alternancia se encuentre en una horquilla de tres meses y dos años. Por lo que atañe a la duración del contrato para la obtención de práctica profesional, dispone el art. 11.3.c) ET que “no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año”, aunque, dentro de esta horquilla, los convenios colectivos podrán fijar una duración determinada. Pues bien, volviendo, de nuevo, a la regla específica prevista para las personas con discapacidad, habrá que convenir que las duraciones máximas no serán de aplicación a los miembros de este colectivo que ingresen en el mercado laboral a través de la contratación formativa. Con todo, en tanto que son contratos que no tienen un carácter indefinido, sino que se conciertan para un fin muy concreto y específico que debe concluir en un determinado momento, ha de defenderse que cualquier práctica consistente en prolongar más allá de lo realmente necesario su vigencia debería quedar proscrita por abusiva.<sup>4</sup> Consciente de ello, quien legisla ha incluido otra previsión en el texto del art. 11.4.d) ET en la que se indica que, por vía reglamentaria, “se establecerán dichos límites [edad y duración] para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado

---

<sup>4</sup> De hecho, es infracción grave (art. 7.2 LISOS) la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales.

de discapacidad y características de estas personas”. Ello supone, a la postre, que la idea no es tanto que se supriman de forma absoluta e incondicionada los límites de edad y duración máxima en los contratos formativos, sino que se especifiquen *a posteriori* tales condicionantes.

El problema, no obstante, es que, habiendo pasado ya más de un año desde que se aprobó la norma de reforma, aún no se ha producido ese desarrollo reglamentario, por lo que la contratación formativa de personas con discapacidad sigue sin estar sujeta, a día de hoy, a límite alguno, siendo el más preocupante, evidentemente, el del tope máximo de duración por los perjuicios que ello puede ocasionar en cuanto a la merma de derechos.<sup>5</sup> Quizá un modo de solucionarlo sea acometer una interpretación del art. 11.4.d) ET según la cual hasta en tanto no se apruebe la pertinente norma reglamentaria estos contratos formativos deben quedar sujetos a los límites ordinarios de duración máxima. Pero esta interpretación se antoja un tanto voluntarista al excederse del propio tenor literal del precepto. Otra posibilidad sería adoptar el criterio del SEPE<sup>6</sup> y entender que, ante la falta de desarrollo normativo, resultan aplicables el RD 488/1998, de 27 de marzo y el RD 1529/2012, de 8 de noviembre en todo aquello que no resulte incompatible con el actual redactado del art. 11 ET, así como en aquellos extremos no agotados por el precepto legal. Esta interpretación conduciría a sostener la vigencia, al menos para el contrato para la formación en alternancia, de la Disposición adicional segunda del RD 1529/2012 que establece 4 años como tope máximo de duración para el contrato para la formación y el aprendizaje concertado con personas con discapacidad y de la Disposición adicional sexta que prevé también como tope máximo los 4 años para los contratos de este tipo celebrados con personas con capacidad intelectual límite, entendiendo por tales aquéllas “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% de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33%”.<sup>7</sup> La interpretación que realiza el SEPE, aunque se entiende por pretender ofrecer seguridad jurídica, también puede ser controvertida en tanto que, a la postre, supone aplicar disposiciones pensadas específicamente para ciertos contratos ya derogados a otros con un régimen jurídico en ocasiones muy distinto al precedente. En cualquier caso y sea como fuere, lo cierto es que no hubiera estado de más que quien legisla hubiera aprovechado la oportunidad que le brindaba la norma de reforma para imponer límites específicos de duración máxima y/o de edad para este tipo de contrataciones, si es que ello era realmente lo que se pretendía. No habiendo adoptado esta decisión y no habiéndose aprobado aún la pertinente norma de

---

<sup>5</sup> Con la excepción de los contratos formativos concertados antes del RD 32/2021 por el régimen transitorio que prevé la Disposición transitoria primera.

<sup>6</sup> Nota informativa de 29 de marzo de 2022 sobre modificaciones en los modelos de contratos de acuerdo con la reforma de la contratación laboral del RD Ley 32/2021, de 28 de diciembre.

<sup>7</sup> Art. 2 RD 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite.

desarrollo, qué duda cabe que, a salvo de que se adopten las interpretaciones de la norma antes comentadas, se pone en tela de juicio la eficacia real de las modificaciones introducidas para fomentar y potenciar el empleo de calidad de las personas con discapacidad.

En otro orden de ideas, también incide en la contratación del colectivo los incentivos de los que pueda beneficiarse el empresario. Sobre esto, la norma de reforma ha modificado también la Disposición adicional vigésima del ET (“Contratos formativos celebrados con trabajadores con discapacidad”) no sólo para corregir la nomenclatura, sino también para sustituir la anterior reducción del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes por una “bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, durante la vigencia del contrato, del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes”, recayendo en la Inspección de Trabajo la vigilancia de su procedencia.

Por lo demás, la nueva Disposición adicional cuadragésima tercera de la LGSS dispone, en su apartado cuarto, que “a los contratos formativos en alternancia les resultarán de aplicación los beneficios en la cotización a la Seguridad Social que, a la entrada en vigor de esta disposición, estén establecidos para los contratos para la formación y el aprendizaje”. Ello implica que siguen siendo de aplicación para esta modalidad de contratos formativos los incentivos previstos en el art. 3 Ley 3/2012, de 6 de julio, esto es, reducciones en un tanto por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional. Con todo, hay que tener en cuenta que el juego combinado de la Disposición derogatoria única y de la Disposición final tercera del RD 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 hace que estos incentivos estén en vigor hasta el 31 de agosto de 2023, pues el 1 de septiembre ya cabrá entenderlos derogados y, por lo tanto, no aplicables. A partir de esa fecha, en consecuencia, resultarán de aplicación los incentivos previstos en los arts. 23 a 26 del mencionado RD 1/2023, teniendo en cuenta que esta norma pretende promover la contratación de ciertos colectivos muy delimitados, entre ellos y por lo que ahora importa, personas con discapacidad y personas con discapacidad que presenten mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, esto es, 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%, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Yendo más allá de la contratación formativa, la mencionada norma también prevé, en sus arts. 14 y 15, beneficios para la contratación indefinida de personas con capacidad intelectual límite



## **2.2. El contrato temporal de fomento del empleo para las personas con discapacidad**

Como se dijo más arriba, la reforma laboral de 2021 plantea un cambio de modelo en la contratación laboral, potenciando la de carácter indefinido frente a la de carácter temporal. El preámbulo del RD 32/2021 es claro al respecto cuando dispone que uno de sus fines es “simplificar los tipos de contratos, generalizar la contratación indefinida y devolver al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada” y ello con el objetivo de “diseñar adecuadamente estos nuevos tipos de contratos para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras”. En absoluta correlación, el art. 15.1 ET queda redactado de la siguiente manera: “El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”.

Con esta declaración de principios es lógico que surgiera la duda, en los primeros momentos tras la aprobación de la norma de reforma, de la vigencia del contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad desarrollado, como se sabe, por la Disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo Disposición derogatoria única. Si se establecía una presunción del carácter indefinido del contrato y si de lo que se trataba era de restringir el uso de la contratación temporal para únicamente cuando existiera causa real que los justificase ya fuera la eventual o la de sustitución, cabía la posibilidad de pensar que el contrato temporal de fomento del empleo de las personas con discapacidad quedaba derogado por aplicación de la cláusula general prevista en el apartado uno de la Disposición derogatoria única del RD 32/2021.<sup>9</sup>

A mi modo de ver, no obstante, ni antes ni ahora puede sostenerse este planteamiento. Básicamente, por tres motivos. En primer lugar, por la especial confi-

---

de personas trabajadoras readmitidas tras haber cesado en la empresa por IPT o IPA. El art. 17 prevé bonificaciones en los contratos de duración determinada que se celebren con personas desempleadas con discapacidad para sustitución de personas trabajadoras con discapacidad que tengan suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal y el art. 28 dispone también una serie de incentivos por la incorporación como socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales de personas trabajadoras discapacitadas mayores de 35 años y con un grado de discapacidad igual o superior al 33%. También hay que tener en cuenta lo previsto en la Disposición adicional quinta sobre el mantenimiento de ciertas bonificaciones previstas en determinadas normas cuando se contrate a personas con discapacidad y las medidas de acción positiva para la contratación en forma de subvenciones que para las personas con capacidad intelectual límite prevé el RD 368/2021.

<sup>9</sup> En ella se dispone la derogación de “cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en este real decreto-ley”.

guración de este contrato, pues, aunque temporal, no se encuentra ligado a causa alguna que justifique tal carácter. Es decir, desde el momento en que no se exige que se produzca ninguna circunstancia concreta para poder concertarlo, queda desactivada para este contrato la previsión antes mencionada prevista en el art. 15.1 ET de que debe existir causa justificada de temporalidad como motivo habilitante de la contratación temporal. O, planteado de otra forma, la singularidad o especificidad de este contrato debe primar sobre la regla ordinaria o común de uso de la contratación temporal. Anudado precisamente a ello, el segundo motivo está relacionado con el colectivo al que se dirige este contrato. Con él, se trata de fomentar el empleo de las personas con discapacidad y, si ello es así, parece que no sea el mejor modo de alcanzar este objetivo limitar las posibilidades al empresario de contratarlas mediante un contrato temporal que, además, está incentivado y para el que no se requiere la alegación de causa alguna que lo justifique. En tercer lugar, en fin, lo cierto es que quien legisla ha tenido diversas oportunidades para derogar explícitamente este contrato, pero, sin embargo, no lo ha hecho. Ni se ha derogado explícitamente por el RD 32/2021, ni por RD 1/2023 que, de hecho, sí deroga el art. 1 y los apartados cuatro a ocho del art. 2 y la disposición adicional tercera de la Ley 43/2006, y ni tan siquiera por la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que tan sólo llega a modificar determinados preceptos del RD 1/2013. A ello, además, se le une el hecho de que siguen en vigor los incentivos para la concertación de este contrato previstos en el apartado cuatro del art. 2 Ley 43/2006, por lo que cabe concluir que su vigencia determina también la vigencia del tipo contractual.

### 3. RETOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA UN ENTORNO E-WORK DECENTE E INCLUSIVO

Como se adelantó en la introducción, no sólo es tarea de quien legisla promover el empleo de las personas con discapacidad y hacer efectiva su integración laboral. Los negociadores sociales tienen aquí también una importante labor que realizar, máxime cuando el contexto actual está inmerso en una indudable transformación tecnológica y digital que genera tanto inéditas oportunidades como nuevas dificultades y barreras. La realidad es pertinaz en este sentido y demuestra que los algoritmos, los sistemas de inteligencia artificial, las herramientas que provienen de las nuevas tecnologías, en fin, pueden causar un impacto negativo en la vida de las personas con discapacidad por los sesgos y discriminaciones en los que pueden incurrir. Ante este panorama, la negociación colectiva adquiere una especial relevancia para lograr no sólo la incorporación real de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, sino también los objetivos que definen una transición digital justa e inclusiva. Y alcanzar esta meta pasa, indudablemente, por repensar las cláusulas –hasta ahora muy esporádicas o prácticamente inexistentes– que pueden incorporarse a los textos convencionales para que los nuevos sistemas informáticos sean respetuosos con la diversidad humana. Se trata, dicho de otra de forma, de ofrecer una serie de pautas que puedan servir de modelo a los negociadores

sociales para avanzar hacia la igualdad, la no discriminación por razón de discapacidad y la accesibilidad universal.<sup>10</sup>

De este modo y en línea de principio, si se pone el foco en cláusulas atinentes a la igualdad de oportunidades en el trabajo, se podría proponer un texto tipo del siguiente tenor.

*“No podrá existir discriminación, ni siquiera a través del empleo de sistemas automatizados, hacia las personas con discapacidades, físicas, psíquicas o sensoriales, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. Se promoverán políticas activas para asegurar la transversalidad del factor discapacidad y la visibilidad e integración de este colectivo, incluso cuando se trabaje a distancia o en un entorno e-work. La política de igualdad de oportunidades en materia de inclusión de la diversidad deberá: a) Favorecer la contratación de las personas con discapacidad; b) Garantizar la accesibilidad a los puestos de trabajo de las personas con discapacidad incluso con el empleo de las nuevas tecnologías; c) Garantizar en la gestión de personas con discapacidad la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; d) Promover el diseño de planes de formación destinados específicamente a personas con discapacidad; e) Facilitar a las personas con discapacidad el conocimiento de las medidas vigentes en materia de conciliación de la vida personal y laboral, incluyendo el teletrabajo o el trabajo a distancia”.*

Por lo que atañe a la contratación y selección, una materia en la que el uso de algoritmos puede incidir negativamente en la consecución de la igualdad real y efectiva, se podrían proponer las siguientes cláusulas tipo:

*“Se favorecerá la contratación de personas con discapacidad y el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% en empresas de más de 50 personas en plantilla, con la posibilidad, en todo caso excepcional, de desarrollar las medidas alternativas mencionadas en el art. 42 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad. Para fomentar esa contratación, se promoverá el trabajo a distancia especialmente en este colectivo y se garantizará la accesibilidad física y tecnológica del entorno laboral, facilitándose, en su caso, herramientas TIC (como, por ejemplo, asistentes virtuales por voz, lectores de pantalla, apps específicas, etc) que permitan a las personas con discapacidad su plena inserción laboral”.*<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Por supuesto, ello más allá de otro tipo de clausulado ajeno a lo que implica la transformación digital que se podría incorporar a la negociación colectiva destinado a contribuir a la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Sobre ello, vid. “Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad”, elaborado por el CERMI (2013): <https://cermi.es/noticia/manual-para-la-negociacion-colectiva-inclusiva-en-materia-de-discapacidad>.

<sup>11</sup> La accesibilidad de las herramientas digitales es considerada como una palanca para la inclusión digital de las personas con discapacidad en el trabajo. Así se desprende del informe “Una economía digital inclusiva para las personas con discapacidad” elaborado por la Fundación ONCE y la Red Mundial de Empresas y Discapacidad de la OIT: [https://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/WCMS\\_780957/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/WCMS_780957/lang--es/index.htm).

*“En los procesos de selección se garantizará la igualdad de oportunidades y se tendrá en cuenta la necesidad de hacer accesibles las pruebas sin que ello pueda comportar per se el rechazo de la persona aspirante. Cuando la selección se realice a través de procesos automatizados o sistemas de inteligencia artificial, éstos deberán tener en cuenta el factor de la discapacidad para evitar que se generen sesgos, brechas o discriminaciones. En su caso, cuando se requiera la adaptación de las pruebas selectivas automatizadas, la mera solicitud de realizar los ajustes precisos no podrá implicar impacto negativo alguno para la persona aspirante. La empresa, en este caso, deberá justificar que la decisión de excluir a la persona candidata de la evaluación se basa en un motivo razonable, ajeno a cualquier móvil discriminatorio basado en la discapacidad”.*

*“Los sistemas automatizados de selección de personal deberán tener en cuenta la diversidad humana para no incurrir en sesgos y discriminaciones por razón de discapacidad. El sistema que se emplee habrá de ser revisado periódicamente para detectar cualquier anomalía que pueda suponer la exclusión de las personas con discapacidad y deberá permitir la intervención humana para que se pueda ajustar la evaluación de las habilidades y competencias de las personas con discapacidad”.*

*“Para garantizar la igualdad de condiciones en el ingreso al empleo entre personas sin discapacidad y personas con discapacidad, la empresa realizará un análisis adecuado de los puestos de trabajo. Para ello, definirá las tareas que resultan imprescindibles de forma objetiva y mesurada y valorará las exigencias que implican, tales como la visual o la auditiva o la necesidad de trabajar en equipo, bajo presión, la memoria, la atención o el manejo de conflictos o de situaciones de tensión”.*

La formación en competencias digitales de las personas con discapacidad es también un aspecto clave que habría que incluir en la negociación colectiva. A este respecto, conviene tener en cuenta que, para este colectivo, el hecho de ampliar sus competencias, especialmente si sus puestos de trabajo tienen probabilidad de desaparecer, es esencial para garantizar que puedan reconvertirse e, incluso, acceder a nuevos empleos en el futuro.<sup>12</sup> La formación, por lo tanto, en la empresa también debería tener en cuenta a las personas con discapacidad, utilizándose, para ello, un enfoque interseccional e inclusivo. Teniendo ello cuenta, la cláusula que se podría proponer podría ser la siguiente:

*“Para conseguir la plena inclusión de las personas con discapacidad y la igualdad de oportunidades, la empresa, de forma específica, facilitará, tanto de manera inicial como continua, la formación de este colectivo en las competencias y habilidades digitales necesarias para apoyar su autonomía y afrontar su reconversión digital y la adaptación a las nuevas*

---

<sup>12</sup> La formación en competencias digitales es otra de las palancas de cambio que aparecen en el ya mencionado informe “Una economía digital inclusiva para las personas con discapacidad”.

*tareas que así lo requieran, así como para evitar y erradicar las brechas digitales y garantizar su empleabilidad. Los cursos de formación que se impartan deberán ser, en la medida de lo posible, accesibles, interactivos y adecuarse en tiempo a la capacidad de la persona”.*

Por lo que atañe al teletrabajo, pocas referencias a las personas con discapacidad se encuentran en la actual Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. De hecho, tan sólo tres. Así, en el número tres del art. 4 cuando se hace referencia a la prohibición de cualquier discriminación de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, incluida la discapacidad. También en el número uno del art. 11 cuando se alude a que la empresa debe asegurar que los medios, equipos y herramientas que facilita sean universalmente accesibles. Finalmente, en el art. 22 también se alude a este colectivo cuando se abordan las facultades de vigilancia y control empresarial y se indica que éstas deberán tener en cuenta las circunstancias personales del teletrabajador, incluida la discapacidad. No obstante, sea como fuere, lo cierto es que una empresa tecnológicamente responsable debería velar por que su política de teletrabajo incluya a las personas con discapacidad. De esta forma, unos ejemplos de buenas prácticas negociales podrían ser las siguientes:

*“Uno de los criterios para valorar las solicitudes del trabajo a distancia o de teletrabajo será la discapacidad de la persona trabajadora”.*

*“La empresa facilitará a las personas trabajadoras con discapacidad que trabajen a distancia o teletrabajen las herramientas o medios de trabajo necesarios para desarrollar su actividad. Tales instrumentos deberán ser accesibles y adecuados a su discapacidad y podrán consistir, según el caso, en lectores de pantalla, monitores de gran pulgada, teclados virtuales, joysticks, asistentes de voz, brazos articulados, etc. La empresa se hará cargo de las averías o daños de los medios de trabajo que impidan la realización del trabajo de forma debida, salvo uso indebido o negligente por parte de la persona trabajadora. Asimismo, también se hará cargo en caso de obsolescencia sobrevenida de los mismos”.*

*“La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia de las personas con discapacidad deberán tener en cuenta tanto los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo como los que puedan derivar de la propia capacidad limitada de la persona trabajadora. En particular, debería prestarse especial atención a las necesidades de adaptación psicosocial derivadas del aislamiento profesional y agudizadas por la discapacidad. Por ello, se deberían promover entornos de trabajo colaborativo o planes de onboarding en remoto que faciliten el sentido de pertenencia a la organización”.*

*“Cuando a la persona trabajadora le sobrevenga una situación de discapacidad, la empresa realizará las adaptaciones y ajustes razonables que fueran necesarios, incluyendo el cambio del trabajo presencial al trabajo a distancia o en remoto”.*

La seguridad y salud laboral de las personas con discapacidad en un entorno e-work es otra de las áreas de las que la negociación colectiva debería ocuparse. A este respecto, se propone una cláusula del siguiente tenor:

*“En lo que se refiere a las nuevas tecnologías informáticas, la empresa, oído el comité de seguridad y salud o la representación legal de los trabajadores que desempeñen tales funciones, observará aquellas medidas preventivas necesarias para que las condiciones y medios de trabajo no alteren la salud del personal, especialmente el afecto de una discapacidad, facilitando las medidas ergonómicas suficientes para que las condiciones de trabajo del personal que de forma preferente maneje aparatos informáticos no incida especialmente por este motivo en su salud”.*

La representación de las personas trabajadoras también puede y hasta debe tener un papel muy relevante en esta materia, en particular para controlar y vigilar todo lo que tenga que ver con el sistema informático o de inteligencia artificial utilizado. De esta forma, se puede pensar en la introducción en los textos negociados de cláusulas del siguiente tenor:

*“La empresa queda obligada a informar sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse en su seno, cuando éstos sean relevantes, puedan tener consecuencias significativas sobre el empleo y/o cambios sustanciales en las condiciones laborales y puedan afectar particularmente a las personas con discapacidad. A estos efectos, la empresa informará a la representación legal de los trabajadores sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento, la evaluación de los resultados y, particularmente, todo aquello que esté relacionado con la atención a la diversidad, como los riesgos vinculados a la discapacidad, la interconexión entre las variables edad y discapacidad y género y discapacidad o los sistemas de anonimización de atributos identificativos de la discapacidad”.*<sup>13</sup>

*“La empresa debe avanzar hacia una responsabilidad social tecnológica y, a estos efectos, creará en su seno una comisión u observatorio de seguimiento de la transformación digital desde el que los interlocutores sociales firmantes del convenio realizarán los correspondientes análisis sobre los cambios que la digitalización produzca en la misma, en su competitividad y en su evolución, en la mejora de las condiciones laborales y de la calidad en el empleo, la formación y la igualdad de oportunidades. Esta comisión prestará especial atención a la utilización de algoritmos, sistemas informáticos o sistemas de inteligencia artificial que incidan, de modo general, en las condiciones de trabajo de la plantilla y, de modo*

---

<sup>13</sup> Sobre estas variables, vid. “Plan de algoritmos sociales y de inclusión”, aprobado por el CERMI (2022): <https://back.cermi.es/catalog/novelty/file/b3hyz-plan-de-algoritmo.pdf>.

*particular, en el impacto social, laboral y tecnológico de aquéllos sobre las personas con discapacidad. A tal fin, esta comisión participará, en la medida de sus posibilidades, en el desarrollo del algoritmo para intentar consensuar los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basa y poder evitar ya de inicio cualquier sesgo, discriminación o brecha de inclusión a la diversidad que pueda existir. También impulsará procesos periódicos de auditoría de los algoritmos utilizados y procurará que, en los mismos, estén representados personas con discapacidad o, en su caso, organismos que tengan como fin promover la igualdad real de las personas con discapacidad, con el objetivo de garantizar el uso de sistemas informáticos inclusivos”.*

*“La empresa, en colaboración con la representación de los trabajadores y con el auxilio del delegado de protección de datos y de los pertinentes expertos en la materia y, en particular, de los organismos que tengan como fin promover la igualdad real de las personas con discapacidad, acometerá, previamente, a la implantación del sistema algorítmico, una evaluación del impacto que aquél pueda tener sobre la materia o materias sobre las que va a ser aplicado o sobre los datos que van a conformar el input del algoritmo a efectos de detectar e identificar posibles ventajas, obstáculos, riesgos o dificultades para la organización del trabajo y los derechos de las personas trabajadoras, señaladamente las afectados por una discapacidad”.*

Éstas y seguramente otras propuestas se podrían incorporar a la negociación colectiva y permitirían avanzar hacia una transición digital justa e inclusiva. No obstante y como todo lo que tiene que ver con este proceso y con la atención a la diversidad, deviene absolutamente imprescindible un cambio de cultura empresarial, superando posibles reticencias y objeciones. La acción legislativa puede ser clave en el proceso, pero también lo es e incluso mucho más la negociación colectiva que debe convertirse, de una vez por todas, en una herramienta de presente y de futuro capaz de anticipar y regular los cambios que provoca el entorno digital, también y desde luego en su dimensión social e inclusiva.





FORMACIÓN EN EL TRABAJO, NEGOCIACIÓN COLECTIVA  
Y TRANSICIONES JUSTAS<sup>1</sup>

DULCE M. CAIRÓS BARRETO  
*Profesora Titular de Universidad*  
*Universidad de La Laguna*  
*dcairos@ull.edu.es*

---

<sup>1</sup> Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. PID2021-124045NB-C32. *Las estrategias de las organizaciones sindicales y el papel de los interlocutores sociales en el proceso de transición justa, cambio climático y respeto del medio ambiente.*

## **SUMARIO**

1. LAS TRANSICIONES LABORALES JUSTAS: CONCEPTO Y ALCANCE.
2. EL DERECHO A LA FORMACIÓN Y READAPTACIÓN PROFESIONAL.
3. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ART. 23 LET. 4. EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL.
5. BALANCE Y CONCLUSIONES

## 1. LAS TRANSICIONES LABORALES JUSTAS: CONCEPTO Y ALCANCE

Las transiciones justas a una economía menos dañina con el medio ambiente, digital y socialmente responsable promueven cambios radicales en las economías de las sociedades occidentales, potenciando la transformación del sistema de producción lineal en un sistema de economía circular y social en el marco del desarrollo de las denominadas economía verde y azul. Esto es, según la ONU, aquellas que dan lugar a la mejora del bienestar humano y la igualdad, reduciendo significativamente los riesgos medioambientales y la escasez ecológica, además de conseguir un desarrollo económico y un consumo eficiente de los recursos. La economía verde constituye una respuesta para luchar contra el cambio climático, reducir las emisiones de efecto invernadero y fomentar un desarrollo sostenible. La economía azul, por su parte, promueve el desarrollo de procesos productivos que imiten el funcionamiento de la naturaleza, donde se aprovechen al máximo los recursos utilizados, y en los que los residuos generados sean escasos o se transformen en materias primas para crear nuevos productos. También el concepto de economía azul se centra en el papel de los mares como fuente económica y en la importancia de gestionar sus recursos de una forma eficiente, restaurando los ecosistemas dañados e introduciendo tecnología e innovación que permitan un aprovechamiento sostenible en el futuro.

La automatización y, sobre todo, la digitalización, forman parte no sólo de las nuevas economías (ecológica, circular y del bien común) sino que adquieren relevancia y autonomía propias y se erigen en uno de los desafíos más importantes de los nuevos trabajos, que exigirán unas cualificaciones muy específicas y especializadas para ser útiles en los nuevos y futuros procesos productivos y que al mismo tiempo tienen que enfrentarse al uso de técnicas, materiales y sistemas de trabajo que ponen en riesgo la propia ecologización y el trabajo decente en tanto potencian los riesgos laborales y la contaminación del medio ambiente.

La vertiente social prioritaria de estas transiciones es la laboral: el abandono de un determinado modelo de desarrollo económico y el fomento de otro deben fundarse en la reconversión del trabajo humano, en la recualificación

y readaptación profesional de las personas que han promovido el desarrollo y éxito de la economía que se abandona o se transforma y en garantizar el trabajo con derechos protegidos suficientes. Las estrategias, planes y programas de economía circular, economía ecológica y azul y las de transición digital se centran en destacar los nichos de empleo de las nuevas explotaciones y hacen hincapié en las necesidades de cualificación y formación a nivel de educación y formación profesional y de grado y posgrado, insistiendo en la bondad de la especialización tecnológica, el empleo cualificado que se genera y la alta calidad de los nuevos puestos de trabajo. En este escenario se concentra la formación en un plano externo al contrato de trabajo.

Sin embargo, siendo necesaria y fundamental la formación de las nuevas y las actuales generaciones en competencias y habilidades especialmente demandadas por el sistema económico y por los nuevos modelos de organización del trabajo, no puede olvidarse que va a ser el ámbito del contrato de trabajo (también en el trabajo autónomo y en el que no obedece a una relación laboral regida por las normas de trabajo asalariado) el que tenga un especial protagonismo en materia de cualificación y readaptación profesional porque constituye el instrumento jurídico que ampara en última instancia el patrimonio profesional de la persona trabajadora, al mismo tiempo, que constituye un derecho con relevancia constitucional. Esta conexión es básica y lleva necesariamente a que la justicia en las transiciones laborales pase por su debida configuración en todos los órdenes y, especialmente, en aquel donde es especialmente necesario, útil y determinante del debido, ordenado y justo funcionamiento del mercado de trabajo.

El objeto de esta comunicación es destacar la necesidad de potenciar la formación continua y permanente en los escenarios de cambios ecológicos y digitales en los que se sitúa la economía española, abordando la necesidad de potenciar las posibilidades que ofrecen el art. 23 LET y, especialmente, la negociación colectiva y el diálogo social.

Es común entender que a la Organización Internacional del Trabajo se le debe haber acuñado el término Transición Justa, pero en realidad fue la ONU la que acuñó el término en el marco de la agenda climática: la adopción oficial del concepto de transición justa no se produce hasta la Conferencia de las Partes (COP21), en París en 2015, en cuyo preámbulo aparece la noción *just transition*, entendida como “la reconversión justa de la fuerza laboral y la creación de trabajo decente y empleos de calidad de conformidad con las prioridades de desarrollo definidas a nivel nacional”<sup>2</sup>. Anteriormente, en la Cumbre de Johannesburgo en 2012 los Estados habían expresado su compromiso a favor del desarrollo sostenible económico, social y medioambiental y se había reconocido la importancia de una transición justa, que incluyera programas de ayuda a los trabajadores para adaptarse a las cambiantes condiciones del mercado de trabajo y las oportunidades de creación de empleo y

---

<sup>2</sup> Preámbulo del Acuerdo de París.

Vid. [https://unfccc.int/sites/default/files/spanish\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf)

trabajo decente para todos<sup>3</sup>. En 2015 la OIT adoptó de manera conjunta y tripartita las Directrices de política para una Transición Justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos, constituyendo “la hoja de ruta mundial”<sup>4</sup> para poner en práctica la transición justa en el marco del paso a una economía sostenible en términos ecológicos y medioambientales, e incorporando consecuentemente la transición justa a todos los procesos de reconversión económica que se vayan a producir y los consiguientes desplazamientos de trabajadores, y buscando con este principio rector el objetivo de minimizar y neutralizar las eventuales pérdidas de empleo, contribuyendo al logro de los objetivos del trabajo decente, la inclusión social y la erradicación de la pobreza.

Estas directrices sobre transición justa se centran en la creación de trabajos decentes, previendo la repercusión en el empleo y favoreciendo una protección social adecuada y sostenible frente a la pérdida de empleos y los desplazamientos y en desarrollar competencias y ofrecer oportunidades de formación (aprendizaje inicial en prácticas empresariales ecológicas y en tecnologías e innovaciones respetuosas con el medio ambiente) encaminadas a la reconversión y el perfeccionamiento, tanto para los jóvenes en el marco de la educación y la formación profesional reglada, como para trabajadores jóvenes y para los trabajadores afectados por los procesos de reestructuración. Y para su puesta en práctica se llama, obviamente, a la acción gubernamental y al diálogo social.

Por transición justa la OIT entiende la transición hacia economías y sociedades más ecológicas, resistentes y neutras desde el punto de vista climático. Una transición equitativa significa hacer que la economía sea lo más justa e inclusiva posible para todos los interesados, creando oportunidades de trabajo decente y sin dejar a nadie atrás. Que la transición se haga “con los trabajadores y no para para los trabajadores”, en palabras de la presidenta de la Comisión Europea, y donde los nuevos puestos de trabajo que se crean sean los mejores en términos de salario, competencias, pensiones y reconocimiento sindical.

Sin embargo, la transición justa que nos ocupa es algo más que la transición verde, ecológica y medioambiental, abarca también una más concreta, la digital y la derivada de la incorporación de la IA en la gestión del trabajo y pretende lo mismo: gobernar el proceso de modificación, reestructuración y reconversión económica acelerada en esta nueva revolución industrial, sin dejar atrás los postulados clásicos de la transición justa: gobierno participado y coherencia para lograr el trabajo decente y la cobertura social de todas las personas y de todos los trabajadores.

---

<sup>3</sup> Declaración de Río+20, El futuro que queremos.

Vid. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/764Future-We-Want-SPANISH-for-Web.pdf>

<sup>4</sup> La expresión es de NIETO SÁINZ, J., SÁNCHEZ, A. B. y LOBATO, J.: “Transición justa: la dimensión sociolaboral del cambio climático”, *Papeles de Economía Española*, núm. 163, 2020, p. 119.

El alcance de la transición justa va realmente más allá que una protección adecuada en términos de protección del empleo en el marco de la defensa del medio ambiente, la lucha contra el cambio climático y la ecologización de la economía: se sustenta en varios pilares que aconsejan utilizar la expresión en plural. Las transiciones justas descansan en una adecuada y moderna concepción de la formación profesional, en la intervención gubernamental en materia de protección y defensa del empleo y de protección de la eventual situación de desempleo derivada del fracaso o imposibilidad de la recualificación, de la decisiva e incisiva intervención de la acción de los agentes sociales, en su doble vertiente de diálogo social y de negociación colectiva como mecanismo que complementa, desarrolla y perfecciona el sistema estatal y una regulación del derecho de formación profesional en el contrato de trabajo, de la formación continua, más completo, coherente y garantista, que sortee eventuales ambigüedades e inacciones por parte de la negociación colectiva.

## 2. EL DERECHO A LA FORMACIÓN Y READAPTACIÓN PROFESIONAL

El derecho a la formación profesional en España va desde su vertiente constitucional como parte del derecho fundamental a la educación (art. 27 CE y art. 3.2,e) LOE, según el cual la formación profesional se incardina dentro de las enseñanzas que ofrece el sistema educativo), hasta el derecho a la promoción a través del trabajo, que recoge el art. 35.1 CE y el principio rector que incluye el art. 40.2 CE, según el cual los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales.

En el plano internacional, la Carta Social Europea (revisada) contiene uno de los reconocimientos más completos al establecer que los Estados parte se comprometen: “1. a asegurar o favorecer, según se requiera, la formación técnica y profesional de todas las personas, incluidos los discapacitados, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, y a arbitrar medios que permitan el acceso a la enseñanza técnica superior y a la enseñanza universitaria, con base únicamente en el criterio de la aptitud individual;” y a “2. a asegurar o favorecer un sistema de aprendizaje y otros sistemas de formación de los jóvenes de ambos sexos en sus diversos empleos”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Añadiendo además que también se compromete a prestar o favorecer “a) servicios apropiados y fácilmente accesibles para la formación de trabajadores adultos; b) servicios especiales para la reconversión profesional de trabajadores adultos requerida por el desarrollo técnico o por un cambio de tendencias en el mercado de trabajo; 4. a asegurar o favorecer, según se requiera, medidas particulares de reciclaje y de reinserción de los parados de larga duración; 5. a alentar la plena utilización de los servicios previstos, y ello mediante medidas adecuadas tales como: a) la reducción o la supresión del pago de cualesquiera derechos y gravámenes; b) la concesión de una asistencia financiera en los casos en que proceda; c) inclusión, dentro del horario normal de trabajo, del tiempo dedicado a los cursos suplementarios de formación seguidos por el trabajador, durante su empleo, a petición de su empleador; d) la

Por su parte, el art. 14.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que *“Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente”*.

En el marco de la OIT, varios instrumentos se refieren a la formación profesional de forma directa: el Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (núm. 140), el Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142) y la Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, 2004 (núm. 195), así como de forma indirecta, el Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa (2010) y el Estudio general sobre el Desarrollo de los recursos humanos (1991), que se refiere a los Convenios 140 y 142.

En el plano de la legalidad ordinaria española, dos normas básicas se refieren al derecho a la formación profesional: en primer lugar, la LO 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, que garantiza el derecho a *“la formación y acceso a la orientación profesional, así como una orientación, formación y readaptación profesionales respetuosa con la igualdad de oportunidades y el principio de igualdad de trato, que establece la Carta Social Europea”* (art. 4.1,e) y define un modelo *“que garantice el acceso a la formación y readaptación profesionales de personas trabajadoras a lo largo de la vida activa, en una perspectiva de aprendizaje a lo largo de la vida y de igualdad de oportunidades de la ciudadanía”* (art. 4.2), que abre la formación profesional a toda la población, incluyendo la preparación para el primer acceso al mundo laboral, la formación profesional continua o permanente y la readaptación profesional, así como la orientación profesional, abarcando con ello las partes clásicas de la formación profesional: formación reglada, continua y ocupacional. Y reconociendo expresamente la adquisición, mantenimiento, adaptación o ampliación de las habilidades y competencias profesionales y el progreso en la carrera profesional, la reconversión profesional y la reconducción del itinerario profesional a un sector de actividad distinto y el reconocimiento y acreditación de competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral u otras vías no formales o informales (art. 5.4).

Y, en segundo lugar, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, cuyo art. 4 incluye entre los objetivos de la política de empleo *“El mantenimiento del empleo y la progresión profesional de las personas ocupadas, mediante la mejora y la actualización preventivas y activas de sus cualificaciones a través de la formación en el trabajo, así como la difusión de nuevos yacimientos de empleo, especialmente en el caso de sectores, enclaves o empresas en proceso de reconversión”*; *“La ampliación y mejora de las cualificaciones,*

---

*garantía, por medio de un control adecuado, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, de la eficacia del sistema de aprendizaje y de cualquier otro sistema de formación para trabajadores jóvenes y, en general, de la adecuada protección a los trabajadores jóvenes.”*

*competencias, habilidades y empleabilidad de personas desempleadas y ocupadas, señaladamente mediante la detección y atención de sus necesidades e intereses formativos y de readaptación profesional, singularmente, en el ámbito de las entidades de la economía social, así como la adaptación de su perfil profesional a las demandas de empresas y sectores productivos”; “La promoción de la movilidad funcional y sectorial, favoreciendo el tránsito hacia profesiones y actividades en proceso de crecimiento” y “El mantenimiento de un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de ocupación, a través de un sistema eficaz de protección ante situaciones de desempleo o cese de actividad”.*

Además, esta norma desarrolla un capítulo de políticas activas de empleo que las define 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”* (art. 31) y en el que de forma muy gráfica y significativa la expresión formación continua es sustituida por la de formación en el trabajo, que se define en su artículo 33 bajo el epígrafe *Sistema de formación en el trabajo*, con base en los siguientes objetivos.

- 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 periodo 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.*

Hay que destacar positivamente que se configura el derecho a la formación y readaptación profesional como un derecho complejo, vinculado de modo esencial al contrato de trabajo y, con ello, al desarrollo de la propia actividad empresarial y laboral, como un derecho y deber del trabajador y de la propia empresa, porque constituye tanto un derecho subjetivo de la persona trabajadora, como un derecho y un deber de la empresa para el adecuado desarrollo de su libertad de empresa, que debe necesariamente formar parte de su política y decisiones de empresa y sobre el que debe desplegar su responsabilidad: el derecho del trabajo y el derecho de la empresa que ponen el acento en el trabajo decente y en las transiciones justas deben tener a la formación y readaptación profesional como uno de los derechos principales derivados del contrato de trabajo, que debe ser garantizado y defendido como parte del patrimonio profesional de la persona trabajadora y como parte de la obligación de diligencia de la empresa, en tanto también conecta con el principio de libertad de empresa del art. 38 CE.

Frente a la parquedad, ambigüedad y generalidad del precepto equivalente del RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, de la Ley de Empleo, ya derogado casi en su totalidad, la nueva regulación asume una posición global, con referencia expresa a la consolidación de los derechos reconocidos y regulados en los arts. 4 y 23 LET, a la formación permanente, a las competencias digitales y la sostenibilidad, procesos de transformación digital y ecológica, la cohesión social y territorial, y, de modo especialmente importante, la igualdad de género y la igualdad de oportunidades. No adopta una perspectiva exclusivamente laboral o social, dado que se refiere también a la movilidad laboral, que siempre ha sido un caballo de batalla en el plano sindical y que aquí se aborda de modo natural, como característica esencial del trabajo, tanto en lo funcional como en lo territorial, y a la mejora de la productividad y competitividad de la empresa, que tendrá que ser considerada como parte de la obligación y la responsabilidad empresarial en cuya consecución tiene que invertir e implicarse con mayor intensidad que hasta el momento, porque la formación constituye también y en todo caso, un objetivo estratégico de la empresa.

### 3. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ART. 23 LET

Como es de todos conocido, el art. 23 LET regula actualmente seis derechos básicos relativos a la formación de la persona trabajadora en el seno de la relación laboral, de diversa índole y finalidad: el derecho a un permiso para concurrir a exámenes, el derecho a la elección de turno o acceder al trabajo a distancia por cursar título académico o de formación profesional, el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo por la misma razón, el derecho a la obtención de permisos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo, el derecho a la formación necesaria para la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo y el permiso individual de formación para el empleo vinculado a la actividad de la empresa.

Estos derechos son expresado como derechos subjetivos de la persona trabajadora y como mínimos de derecho necesario, tal y como ha reconocido pacíficamente la doctrina laboral desde la primera versión de la LET<sup>6</sup>, y se ejercerán de acuerdo con los términos pactados en la negociación colectiva, acomodándose a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, por razón de sexo. Esta especificación no quiere decir que la ausencia de regulación en convenio colectivo sea causa de no disfrute de estos derechos por indefinición, sino que el ámbito propio de decisión acerca de los detalles de su ejercicio corresponde a la negociación colectiva, porque la regulación legal es susceptible de desarrollo y adaptación a las características de sectores, subsectores y empresas. Tal y como se ha afirmado recientemente, y pese a no contar con una interpretación jurisprudencial general para estos derechos, todos los derechos reconocidos en el art. 23 LET son de aplicación directa, porque son mecanismos que desarrollan y garantizan el derecho reconocido en el art. 4 de la propia norma estatutaria y en los arts. 35 y 40 CE, y constituyen la garantía mínima para su disfrute en el ámbito laboral<sup>7</sup>. En todo caso, y según la necesidad de concreción, podrán pactarse tales términos de ejercicio en acuerdos colectivos y también individuales.

Para prevenir la controversia judicial, la desprotección de la persona trabajadora y la dejación de su deber de diligencia por parte de la empresa, y en coherencia con el papel esencial que la formación para el trabajo y el empleo adquiere en el escenario de las transiciones justas, debe ser objeto de consideración una futura modificación legal de la LET en orden a dejar claro que se trata de derechos garantizados y de contenido suficientemente claro como para evitar que la indeseada inacción de la negociación colectiva o la negligencia empresarial afecte a su efectivo disfrute.

---

<sup>6</sup> Entre otros, GARCÍA MURCIA, J.: “La promoción profesional del trabajador”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.): *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 544-546.

<sup>7</sup> REQUENA MONTES, O.: *Los derechos individuales de formación profesional en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 83.

También es necesario tener en cuenta el aparato protector en el ámbito disciplinario y judicial. La Ley de Infracciones en el Orden Social no se refiere más que accidental y accesoriamente a la infracción empresarial del derecho a la formación profesional: cuando tipifica como infracción grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas “*La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores*” y cuando tipifica en el art. 23 como infracción muy grave en materia de Seguridad Social “*Incurrir los empresarios, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas, en el falseamiento de documentos o en la simulación de la ejecución de la acción formativa, incluida la teleformación, para la obtención o disfrute indebido de bonificaciones en materia de formación profesional para el empleo*”. Es bien sabido por todos que los derechos que no cuentan con un aparato protector en el ámbito sancionador son menos eficaces y se consideran derechos de segundo orden, de concienciación o promoción de determinados comportamientos o cambios de actitud: si la formación profesional en el contrato de trabajo es esencial en el ámbito de las transiciones justas en la nueva economía debe contar con una tipificación de su infracción que aporte potencia, claridad y contundencia a su consideración como derecho subjetivo esencial.

Del mismo modo, tal y como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina<sup>8</sup>, la directa invocación en juicio del incumplimiento empresarial de estos derechos no constituye una defensa ni garantía suficiente cuando el pronunciamiento judicial se produce cuando ya se ha perdido la posibilidad efectiva o útil del disfrute, en tanto se trata, normalmente, de derechos de rápida o inminente necesidad de puesta en práctica: la jurisprudencia puede reconocer el resarcimiento económico de los daños producidos por la indebida negativa empresarial a la solicitud de ejercicio, pero ese resarcimiento no convalida ni compensa que el trabajador se vea privado de acudir al examen, de adaptar su horario de trabajo o de realizar la formación necesaria para garantizar su derecho a la promoción profesional: el resarcimiento económico es ineficaz e insuficiente desde la perspectiva del patrimonio profesional del trabajador. Por ello debería extenderse a los derechos del art. 23 LET una eventual regulación similar a la del art. 139 LRJS en tanto instaura una modalidad procesal rápida, preferente y sumaria y que pretender hacer más efectivo el derecho reconocido en caso de discrepancias en el ejercicio de los derechos de conciliación entre la vida laboral y familiar.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 100-103.

#### 4. EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

Durante muchos años consecutivos el Diálogo Social en materia de formación profesional ha gozado de buena salud en España. Con el amparo jurídico de los acuerdos sobre materias concretas del art. 83.3 LET se suscribieron tres Acuerdos Nacionales de Formación Continua firmados por las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios, que supusieron un impulso decisivo de la formación en nuestro país, apoyándose sobre dos elementos básicos, según destacaba la exposición de motivos del IV Acuerdo Nacional de Formación: por una parte, la utilización de las cotizaciones que realizan empresas y trabajadores para formación profesional como recurso para financiar las acciones formativas de las empresas y la oferta formativa dirigida directamente a los trabajadores y, por otra, la participación de los interlocutores sociales en una materia que les es propia: *“El modelo, así configurado, cuenta ya con más de 13 años de experiencia y dos renovaciones a través de los II y los III Acuerdos Nacionales y ofrece un balance positivo, reflejado en un importante crecimiento de los planes de formación realizados, de los trabajadores formados y del presupuesto dedicado a la formación”*<sup>9</sup>.

Se refiere este texto a los Acuerdos Nacionales sobre Formación Continua, firmados a dos bandas en primer lugar, por los sindicatos UGT y CCOO y las patronales CEOE y CEPYME y, a continuación, a tres bandas, también con el Gobierno para proveer la financiación necesaria, y cuya primera versión fue suscrita el 16 de diciembre de 1992 (vigencia 1992-1996), seguido del II Acuerdo de 19 de diciembre de 1996 (vigencia 1997-2000), del III Acuerdo de 19 de diciembre de 2000 (vigencia 2001-2005) y del IV Acuerdo Nacional de Formación, con vigencia desde 2006 hasta 2010 y que no ha sido aún sustituido por un nuevo acuerdo, aunque se encuentra prorrogado por decisión de las partes<sup>10</sup> mientras se lleva a cabo la negociación del quinto.

Estos acuerdos supusieron un elevado grado de responsabilidad por parte de empresas y personas trabajadoras y la consideración del diálogo social y la negociación colectiva como instrumentos básicos de desarrollo del subsistema de formación profesional, así como la participación de los interlocutores sociales en el diseño, en la planificación, en la dirección y en la gestión de la formación. Pero no puede dejar de señalarse la conexión entre esta implicación en la dirección y la gestión de la formación profesional y la demora en la negociación de un nuevo acuerdo, ante los supuestos de fraude y corrupción denunciados e investigados y la necesidad de hacer más efectiva y productiva

---

<sup>9</sup> Exposición de motivos del IV Acuerdo Nacional de Formación, Resolución de 3 de marzo de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del IV Acuerdo Nacional de Formación (BOE de 27 de marzo de 2006).

<sup>10</sup> Resolución de 27 de enero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el contenido del Acuerdo de prórroga del IV Acuerdo Nacional de Formación, (BOE de 2 de febrero de 2011).

la inversión económica y financiera pública en el efectivo ejercicio de una formación útil y adecuada para trabajadores y empresas.

Además, en el marco del Diálogo Social se adoptó entre el Gobierno, las organizaciones sindicales UGT y CCOO y las patronales CEOE y CEPYME el Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo el 7 de febrero de 2006, cuyo texto ha servido de base para las regulaciones de 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 de la vigente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

En el seno de las Administraciones Públicas se han producido negociaciones y acuerdos similares, desde la firma del Acuerdo Administración-Sindicatos de 15 de septiembre de 1994 hasta el Acuerdo de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas de 9 de marzo de 2018, con vigencia indefinida, que señala expresamente en su preámbulo que *“La formación desempeña un papel relevante para fomentar la innovación e incrementar la productividad y la competitividad de nuestro país, así como para coadyuvar al cumplimiento de los compromisos adquiridos en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. Al mismo tiempo, es también un instrumento de motivación y compromiso del personal, de creación de cultura y valores, de progreso personal y profesional, y de generación y transmisión de conocimiento. Todos estos elementos influyen de modo directo en el mejor desempeño. En definitiva, la formación es una de las mejores inversiones que puede hacer cualquier organización”*.

Desde el I Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012, adoptado por CEOE-CEPYME y CCOO y UGT, se ha incorporado como contenido necesario de la negociación colectiva la consecución de objetivos en materia de formación profesional en cuestiones como las iniciativas a desarrollar, en función de las necesidades de formación, y los colectivos prioritarios, en particular, los de menor nivel de cualificación, para mejorar su empleabilidad; el desarrollo de la formación teórica en los contratos para la formación; los derechos y obligaciones en relación con la formación; facilitar la aplicación de las bonificaciones de las empresas y los permisos individuales de formación; la asistencia a la formación, su aprovechamiento y cuándo se realiza; la evaluación y, en su caso, la acreditación de la competencia profesional; la orientación a los trabajadores y el desarrollo de itinerarios de formación coherentes con las necesidades de empresas y trabajadores; las referencias formativas en relación con la clasificación, movilidad, promoción y planificación de carreras y la mejora de la calidad de las acciones formativas.

En igual sentido se manifestaba el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014, así como el III y el IV Acuerdo para los años 2015-2017 y 2018-2020<sup>11</sup>. En desarrollo de estos compromisos, son

---

<sup>11</sup> El IV Acuerdo se expresaba en términos más sencillos, buscando el V acuerdo en materia de formación: *“Las organizaciones sindicales y empresariales instamos a establecer un marco de diálogo para alcanzar un acuerdo en materia de Formación Profesional para el Empleo*

constantes los contenidos en materia de formación profesional de la negociación colectiva sectorial y de empresa<sup>12</sup>.

Por su parte, el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización de junio de 2020, adoptado por los interlocutores sociales europeos<sup>13</sup> hace un hincapié especial en los objetivos y las necesidades de formación para la digitalización, reforzando la idea de la necesidad compartida entre la empresa y las personas trabajadoras para lograr una digitalización justa e integradora, facilitando el acceso a una formación y un desarrollo de aptitudes de calidad y eficaces, respetando al mismo tiempo la diversidad y flexibilidad de los sistemas de formación, que varían según las diversas prácticas de relaciones laborales. Lo que “*supone el compromiso de los empleadores de utilizar la tecnología digital de manera positiva, tratando de mejorar la innovación y la productividad para una viabilidad duradera de las empresas, dar seguridad en el empleo a las plantillas, así como mejorar sus condiciones de trabajo, y a su vez el compromiso de los trabajadores de apoyar el crecimiento y el éxito de las empresas y de reconocer el papel potencial de la tecnología digital para que las empresas sigan siendo competitivas en el mundo moderno*”.

Se parte de que existe un interés común, pero una responsabilidad diferente de empleadores y trabajadores a la hora de contribuir a la mejora de la formación y la readaptación profesional, lo que conduce al éxito de las empresas y a la prestación de servicios públicos de alta calidad, así como a una mano de obra debidamente cualificada. Las estrategias en esta materia se basan en un compromiso común de los interlocutores sociales en relación con los siguientes aspectos.

- La reconversión profesional y la mejora de las competencias para que los trabajadores puedan trasladarse a nuevos puestos de trabajos o adaptarse a trabajos rediseñados dentro de la empresa, en condiciones acordadas.

---

*en el ámbito laboral, que contribuya a proporcionar a los trabajadores las competencias, conocimientos y prácticas necesarias para mejorar su cualificación profesional, atendiendo a las necesidades del tejido productivo y favorezca la productividad y competitividad de las empresas.*

- *Las partes asumen el compromiso de impulsar una reforma del actual marco legal regulador que, entre otros, refuerce el carácter laboral del sistema, defina con mayor concreción las tareas y funciones a realizar por los interlocutores sociales, administraciones públicas y entidades de formación; asegure de forma efectiva su financiación y reanualización automática de los excedentes; abra el sistema a nuevos procedimientos de asignación de recursos; aumente la seguridad jurídica de los usuarios del sistema y simplifique los mecanismos de impartición y justificación de las acciones formativas, mejorando así la confianza de las empresas y trabajadores que participan en el mismo.*
- *Y ello teniendo en cuenta que son precisamente las empresas y los trabajadores los que financian el sistema mediante la aportación, con carácter finalista, de la cuota de formación”.*

<sup>12</sup> Vid. CANO GALÁN, Y.: *La Formación Profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 303 y ss.

<sup>13</sup> BusinessEurope, SMEunited, CEEP y la CES (y el comité de enlace EUROCADRES/CEC).

- El rediseño de los puestos de trabajo para permitir que los trabajadores permanezcan dentro de la empresa asumiendo un nuevo rol si algunas de sus tareas o su trabajo desaparecen debido a la tecnología digital.
- El rediseño de la organización del trabajo, si es necesario, para tener en cuenta los cambios de tareas, roles o competencias.
- Una política de igualdad de oportunidades para asegurar que la tecnología digital resulte beneficiosa para todos los trabajadores. Si la tecnología digital contribuye a la desigualdad, por ejemplo, entre mujeres y hombres, los interlocutores sociales deben abordar esta cuestión.

## 5. BALANCE Y CONCLUSIONES

Esta exposición del diseño legal y convencional de la regulación del derecho a la formación profesional en España y la transición hacia una economía más ecológica y digital lleva a realizar el siguiente balance: el derecho a la formación profesional como parte del patrimonio profesional de la persona trabajadora necesita en España ser considerado como el derecho subjetivo ligado a la educación, a la promoción y a la readaptación profesionales que la CE expresa. Necesita, además, el refuerzo de su posición como derecho directamente ejercitable y exigible ante los tribunales, en los términos que legalmente vengán establecidos específicamente en el art. 23 LET y en general en todos aquellos preceptos legales que los refiera, como el art. 52 LET.

En este sentido conviene reforzar y mejorar el art. 23 LET en lo que respecta a la certeza de que engloba derechos de directo reconocimiento y disfrute, sin perjuicio de que ciertas condiciones de ejercicio, como el modo y momento de solicitarlo y acreditar la finalidad o el cumplimiento del objetivo propuesto deben ser encomendados a una negociación individual o colectiva. Se requiere una mejor y mayor coherencia en cuanto a la enumeración de los derechos que reconoce, mejorando el permiso retribuido del artículo 23.3 LET, distinguiendo los permisos retribuidos de los derechos a la formación en general (la formación permanente) y la formación ligada a la actividad de la empresa, sin perjuicio de que cualquier tipo de formación se incorpore al patrimonio profesional de la persona. Debe reforzarse, asimismo, la posición deudora del empresario como contenido de su derecho constitucional a la libertad de empresa. Además, es necesaria una modificación de la LISOS en orden a sancionar adecuadamente el incumplimiento por parte empresarial de los derechos reconocidos en el artículo 23 LET así como una vía judicial rápida y efectiva de solución de discrepancias y conflictos.

Al mismo tiempo, el espacio que la negociación colectiva está llamada a ocupar es enorme y debe rellenarse de modo exhaustivo. La negociación colectiva sectorial y de empresa es la ideal para ocuparse de los derechos de formación como derechos de conciliación entre la vida laboral y personal de las personas trabajadoras, especialmente de los permisos y adaptaciones de

tiempo o modalidad de trabajo, alargando con ello los derechos de conciliación más allá de la protección a la familia, pero en todo caso dentro del encaje constitucional que la formación profesional tiene, que entronca tanto con los arts. 27 y 35 CE, como con el 38 CE y, en definitiva, con la cláusula de estado social del art. 1 CE<sup>14</sup>.

La digitalización y ecologización de la economía exigen también nuevos escenarios para la formación profesional, para garantizar la adecuada recualificación de trabajadores y lograr el equilibrio entre la ultra especialización y la seguridad en el trabajo. Esto supone un tratamiento de doble dirección del derecho a la formación profesional y recualificación y deber de la empresa, asegurando el mantenimiento de la persona trabajadora ocupada, aun dentro del espacio de la movilidad funcional y geográfica: la productividad y la competitividad de la empresa no pueden utilizarse como excusas para despidos objetivos y colectivos, sin procesos de reconversión, recualificación y recolocación de trabajadores, de lo contrario, la transición ecológica y digital no será justa, ni será constitucional. El nuevo concepto de empleabilidad introducido en la Ley 3/2023 (“*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*”) debe poseer un correlativo deber y responsabilidad por parte empresarial como contenido esencial de los deberes empresariales derivados del contrato de trabajo.

---

<sup>14</sup> Vid. ROMERO RODENAS, M. J. y GARCÍA RÍOS, J. L.: “Derecho al trabajo y derecho a la educación: un enfoque constitucional sobre la formación profesional”, *RDS*, 2019, núm. 85, pp. 153-156.



INGRESO MÍNIMO VITAL Y EMPLEO: ESTRATEGIAS  
PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE LOS BENEFICIARIOS

MATTHIEU CHABANNES

*Profesor e Investigador en Formación Predoctoral Contratado (FPU)*  
*Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Complutense de Madrid*  
*matthcha@ucm.es*

## **SUMARIO**

1. EL INGRESO MÍNIMO VITAL: MUCHO MÁS QUE UNA PRESTACIÓN ECONÓMICA. 2. ESTRATEGIAS PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DEL INGRESO MÍNIMO VITAL. 2.1. Los proyectos piloto y los itinerarios de inserción. 2.2. El sello de inclusión social. 2.3. El incentivo al empleo. 3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

## 1. EL INGRESO MÍNIMO VITAL: MUCHO MÁS QUE UNA PRESTACIÓN ECONÓMICA

En medio de una crisis sanitaria mundial sin precedentes, nuestro Gobierno aprobó, con cierta urgencia y a través del RDL 20/2020, de 29 de mayo, una nueva prestación económica de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva: el Ingreso Mínimo Vital (IMV)<sup>1</sup>. Esta prestación surgió como política social destinada a mejorar la protección social en nuestro país y abordar el problema estructural de los altos niveles de pobreza y exclusión social de las personas y familias que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica<sup>2</sup>.

No obstante, la implementación del IMV no ha sido fácil y ha presentado ciertas disfunciones debido a la urgencia de su puesta en marcha<sup>3</sup>. Por un lado, la situación causada por la pandemia supuso un reto para la propia Entidad Gestora que se vio desbordada ante la avalancha de solicitudes. Ello suscitó un gran desconcierto por parte de los propios beneficiarios ante las trabas administrativas y el tiempo transcurrido para resolver y conceder la

---

<sup>1</sup> RDL 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, BOE núm. 154, de 01/06/2020. Disposición derogada.

<sup>2</sup> España figura entre los países con la tasa de pobreza y exclusión más altas de la Unión Europea. Unas cifras que empeoraron los últimos años por la crisis financiera que puso en evidencia las deficiencias de nuestro modelo de protección social. Si bien es cierto que las causas de esta triste realidad social son múltiples, un denominador común es la ausencia de un sistema de garantía de ingresos a nivel estatal. En efecto, hasta ahora, debido a las competencias que les han sido reconocidas constitucionalmente, las Comunidades Autónomas han sido las encargadas, en gran medida, de desarrollar y llevar a cabo las políticas de rentas mínimas. Sin menospreciar el papel desempeñado por éstas, dada la diversidad de realidades en cada uno de sus territorios, cada Comunidad Autónoma ha configurado su propio sistema, con grandes disparidades en sus condiciones de acceso, cobertura y cuantía, lo que ha generado un sistema de protección social complejo y fragmentado que limitó su alcance y efectividad. Estas debilidades también han sido puestas de manifiesto de manera recurrente por parte de las instituciones europeas que, a través de sus recomendaciones específicas por país en el marco del Semestre europeo, han insistido en la necesidad para nuestro país de rediseñar su sistema de garantía de ingresos.

<sup>3</sup> TRILLO GARCÍA, A.R.: “La gestión del Ingreso Mínimo Vital. Algunas cuestiones sobre su problemática”, en VV.AA. (ORTIZ CASTILLO, F., DIR.): *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AEISS*, Murcia, Laborum, 2021, p. 1248.

prestación. Por otro lado, la primera versión de la norma contenía muchos defectos, lo que suscitó críticas por parte de la doctrina<sup>4</sup>. Consciente de ello, durante el primer año de su vigencia, el legislador ha modificado hasta en siete ocasiones el RDL 20/2020, antes de ser convertido, tras su larga tramitación parlamentaria, como proyecto de ley, en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el IMV<sup>5</sup>. Lo cierto es que pocas prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social habrán conocido tantos vaivenes por parte del legislador en tan poco tiempo<sup>6</sup>.

Además, otro de los principales problemas fue el incompleto diseño del IMV en el momento de su implementación. Durante más de dos años, el legislador dejó pendientes de regular muchos aspectos fundamentales del RDL 20/2020, mediante los correspondientes desarrollos reglamentarios. Alguna de estas previsiones esenciales eran los mecanismos e incentivos para la inserción y/o consolidación sociolaboral de los beneficiarios. En efecto, más allá de la prestación económica para garantizar un nivel básico de suficiencia económica para vivir dignamente, la prestación no se erige como un fin en sí mismo, sino que debe servir de trampolín para facilitar el tránsito de un estado de pobreza y exclusión hacia una situación que permita a las personas desenvolverse mejor en la sociedad<sup>7</sup>. El espíritu esencial de la norma quiere evitar que las personas queden estancadas en una situación de dependencia permanente con el sistema de protección social y que su estado de exclusión se cronifique en el tiempo<sup>8</sup>.

En este sentido, la inserción social y laboral de los beneficiarios del IMV constituye la otra cara de la misma moneda y un aspecto crucial para el éxito de

<sup>4</sup> PÉREZ DEL PRADO, D.: “Funciones y disfunciones del Ingreso Mínimo Vital”, en VV.AA. (ORTIZ CASTILLO, F. DIR.): *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AESSS*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 951-966.

<sup>5</sup> Las distintas modificaciones fueron introducidas a través del RDL 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (DF 5); RDL 28/2020, de 22 de septiembre, por el que se regula el trabajo a distancia (DA 11a); RDL 30/2020, de 29 septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (DF 5a); RDL 35/2020, de 22 diciembre (DF 5a); Resolución de 16/12/2020, de la Intervención General de la Administración del Estado (BOE núm. 330, de 19 diciembre de 2020); RDL 3/2021, 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (art. 3); Ley 10/2021, de 9 de julio, sobre trabajo a distancia, que convalida el RDL 28/2020 (DA 11a y DT 5a).

<sup>6</sup> Sobre las sucesivas modificaciones, véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El ingreso mínimo vital un año después de su implantación en España”, en VV.AA.: *A protecao social na encruzilhada: Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. XI Congresso Internacional de Direito do Trabalho 2021*, Benítez Sierra, E.M. y Nahas T.C. (Dirs.), Sao Paulo, Lex Editora, 2021, pp. 43-60; MACÍAS GARCÍA, M<sup>a</sup> C.: “El ingreso mínimo vital y los vaivenes del legislador”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº5, 2022, pp. 205-223.

<sup>7</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “El ingreso mínimo vital en España: caracterización general y algunos puntos críticos”, en VV.AA.: *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, GARCÍA MURCIA, J. (DIR.), Oviedo, KRK Ediciones, 2022, p. 27.

<sup>8</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Derecho Social al Ingreso Mínimo Vital”, *Temas Laborales*, nº158, 2021, p. 52.

esta política social. Es importante no sólo garantizar el acceso a una renta mínima para cubrir las necesidades básicas, sino proporcionar oportunidades para la formación y el empleo para la inserción sociolaboral de sus beneficiarios y, por ende, una mejora real de su situación en la sociedad. En este sentido, uno de los mayores desafíos al que se enfrenta el IMV guarda relación con su impacto en el empleo. De hecho, ello constituye uno de los aspectos que más debate ha suscitado – y sigue suscitando – este tipo de prestación. Entre las críticas más recurrentes que recibe es su posible efecto perverso para desincentivar la búsqueda de empleo o incentivar el trabajo en la economía sumergida. Por un lado, se argumenta que, al percibir una renta mínima, algunos beneficiarios podrían sentirse más cómodos con un ingreso económico seguro y perder el interés por encontrar empleo. Por otro lado, existe la creencia de que, en el caso de encontrar un trabajo, las personas beneficiarias preferirían mantenerlo en la economía sumergida para no perder o ver reducir la prestación. Este fenómeno es lo que los expertos llaman “la trampa de pobreza”.

En este contexto, de forma paralela, a través de varios desarrollos reglamentarios, el legislador ha puesto en marcha una política de empleo complementaria para conseguir la integración y/o consolidación en el mercado laboral de los beneficiarios del IMV. En este sentido, el presente estudio tiene como principal objetivo analizar las tres principales estrategias articuladas en torno al IMV para la inserción laboral de las personas beneficiarias del IMV. Para ello, en primer lugar, centraremos nuestro estudio en el RD 938/2021, de 26 de octubre y RD 378/2022, de 17 de mayo, por los que el Gobierno impulsó proyectos piloto implementados por Comunidades Autónomas, entidades locales y del Tercer Sector para el despliegue de itinerarios de inclusión sociolaboral. En segundo lugar, analizaremos el RD 636/2022, de 26 de julio, mediante el que el legislador regula el Sello de Inclusión Social para las empresas y entidades que contratan a personas perceptoras del IMV. Por último, pondremos el foco sobre el RD 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se establece un incentivo al empleo para las personas beneficiarias del IMV.

## 2. ESTRATEGIAS PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

### 2.1. Los proyectos piloto y los itinerarios de inserción

La Ley 19/2021 incluye en su articulado la obligación de llevar a cabo estrategias de inclusión dirigidas a las personas beneficiarias del IMV, mediante la alianza, entre otros, con otras administraciones autonómicas y municipales, así como con entidades del Tercer Sector. Por otro lado, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Componente 23 “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e incluso” contiene entre las inversiones previstas el hito 7 “Fomento del Crecimiento Inclusivo mediante la vinculación de las políticas de inclusión sociolaboral al IMV”. Para alcanzar dicho objetivo, se ha planteado, entre

otros, el desarrollo de proyectos piloto para la puesta en marcha de itinerarios de inclusión social con las Comunidades Autónomas, entidades locales, entidades del Tercer Sector de acción social, así como con todos los demás agentes sociales que, por su mayor cercanía al ciudadano, juegan un papel decisivo para el despliegue de itinerarios.

Así, a través el RD 938/2021, de 26 de octubre<sup>9</sup> y RD 378/2022, de 17 de mayo<sup>10</sup>, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones ha regulado la concesión directa de subvenciones para la realización de proyectos piloto para el desarrollo de itinerarios de inclusión vinculados al IMV. Esta financiación va a cargo de los fondos europeos *NextGenerationEU* (298 millones de euros). Hasta la fecha, se firmó un total de 34 convenios, superando ampliamente el compromiso acordado con las instituciones europeas de tener firmados para el 2023, al menos, dieciocho convenios. En concreto, los proyectos piloto se desarrollarán en las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos ciudades autónomas Ceuta y Melilla; los ayuntamientos de Barcelona, Madrid, Santander y Sevilla; y catorce entidades del Tercer Sector como Cáritas, CEPAIM, Cruz Roja, EAPN, Hogar Sí, Save the Children, etc.

Antes de entrar a analizar los proyectos piloto, creemos conveniente recordar que la mayoría de las personas que reciben rentas mínimas no sólo tienen dificultades de inserción sociolaboral por disponer de recursos económicos insuficientes, sino también por presentar un perfil con baja empleabilidad. Esto se debe, en parte, a que gran parte del colectivo cuenta con un nivel educativo y de formación muy bajo. Según el último Informe de Rentas Mínimas en España, entre sus perceptores, el 45,55% no tiene estudios o solo tiene estudios primarios, el 23,30% alcanzó la Educación Secundaria Obligatoria (ESO), el 12,82% cuenta con estudios de Bachillerato o Formación Profesional de grado medio y, por último, sólo el 5,75% tiene estudios de Formación Profesional de grado superior o universitarios<sup>11</sup>. En este mismo sentido, según los datos de la última Encuesta de Condiciones de Vida, el 38,4% de la población que ha alcanzado un nivel de formación hasta la ESO, estaba en situación de pobreza, mientras que dicho porcentaje se reducía hasta un 14,9% para las personas que cuentan con estudios superiores<sup>12</sup>. No obstante, la EAPN alerta de que la tasa de pobreza entre el colectivo de personas con estudios superiores es la que más ha incrementado proporcionalmente según

---

<sup>9</sup> Real Decreto 938/2021, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el ámbito de la inclusión social, por un importe de 109.787.404 euros, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 257, de 27 de octubre de 2021.

<sup>10</sup> Real Decreto 378/2022, de 17 de mayo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el ámbito de la inclusión social, por un importe de 102.036.066 euros, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022.

<sup>11</sup> Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *El Sistema Público de Servicios Social. Informe de Rentas Mínimas de Inserción – año 2020*, 2021. p. 170.

<sup>12</sup> Instituto Nacional de Estadísticas, *Encuesta de Condiciones de Vida. (ECV). Año 2021*, 2022.

el nivel de formación<sup>13</sup>. Estos datos confirman que existe una correlación entre la situación de vulnerabilidad y el nivel de estudios, de tal manera que, cuanto menor sea el nivel educativo alcanzado, mayor es el riesgo de exclusión sociolaboral y pobreza.

No obstante, el problema es mucho más que educativo. Como consecuencia de sus carencias formativas y baja empleabilidad, los perceptores de rentas mínimas están más expuestos a integrarse en un mercado laboral que les ofrece escasas posibilidades, con un empleo poco cualificado, inestable y con unas condiciones precarias que difícilmente les permita salir de su situación de manera permanente. Por eso, salir de la pobreza y precariedad depende de la posibilidad de encontrar un trabajo, pero no cualquier trabajo. En efecto, según el INE, el 17,9% de los ocupados se encuentran en situación de riesgo de pobreza o exclusión social. Por su parte, el último Informe de la EAPN dibuja un nuevo perfil de pobreza que ya no se define solamente por encontrarse en una situación de desempleo de larga duración y/o tener un bajo nivel educativo, sino que pone de manifiesto que, en los últimos años, se ha incrementado el número de personas pobres con empleo, pasando de un 11,7% en 2013 a un 14,3% en 2021<sup>14</sup>. La realidad de estos datos parece indicar que encontrar cualquier trabajo ya no constituye una condición suficiente para garantizar la ausencia de pobreza o de exclusión social. Es lo que se conoce como la figura del “trabajador pobre”, es decir, una persona que, a pesar de tener un trabajo, por sus condiciones personales y/o familiares, no consigue atender sus necesidades básicas. Una explicación vendría dada por los cambios acaecidos en las reformas acaecidas durante los años más duros de la crisis financiera de 2008; el aumento de la población ocupada a tiempo parcial; la reducción del valor del trabajo y la reducción en el tiempo de duración de los contratos. En este sentido, a nuestro entender, un posible desincentivo a la inserción laboral no vendría dado por la percepción en sí de una renta mínima, sino por el estado del mercado laboral y la calidad de los empleos ofrecidos. El trabajo, y concretamente el trabajo decente, es el único que dignifica a las personas y otorga libertad. Evidentemente, el IMV no está diseñado para solucionar el problema de la precariedad laboral, pero al permitir la compatibilidad de la prestación con las rentas de trabajo se erige como una red que proporciona unos ingresos complementarios que permitan al trabajador pobre cubrir las necesidades básicas cuando no pueda hacerlo mediante las percepciones salariales<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> European Anti-Poverty Network, *XII Informe: El Estado de la pobreza en España. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030. 2015-2021*, EAPN España, 2022, p. 56

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 46 y ss.

<sup>15</sup> En este mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: “es importante subrayar que su objetivo típico no se limita a la cobertura de las situaciones de “indigencia” (objetivo tradicional de la “beneficencia pública”), sino mucho más ampliamente -y con una nueva visión de los derechos sociales a proteger- a la protección de las situaciones de pobreza –absoluta y relativa- y las situaciones de exclusión social vinculadas a la falta (desempleo) o deficiencia (trabajadores “pobres” o “precarios”) del trabajo profesional.”, en “El Derecho Social al Ingreso Mínimo Vital”, *Op. Cit.*, p. 60.

En estos términos, parece que el perfil de la pobreza está cambiando. Si bien alcanzar un buen nivel educativo o tener un trabajo siguen siendo factores de protección, ya no constituyen en todos los casos garantías suficientes para evitar la pobreza y/o la exclusión. En este sentido, no cabe la menor duda de que un elemento básico clave para promover la inclusión sociolaboral de las personas pasa innegablemente por una mejora de su formación. Con este fin, es preciso que los itinerarios de inclusión se adapten a las necesidades de formación de las personas. Incluso se debe llevar a cabo procesos “preformativos” antes de apoyar la inserción laboral para que las personas adquieran las habilidades, competencias y conocimientos básicos imprescindibles. Y ello porque en muchos casos la falta de habilidades básicas (como los conocimientos del idioma, por ejemplo) representa un obstáculo abrumador que finalmente empuja a los adultos en edad laboral a la inactividad<sup>16</sup>. Por lo tanto, las políticas estratégicas de inclusión dentro del marco del IMV deben centrarse en los itinerarios de formación y de activación laboral como un resultado principal. El riesgo de pobreza se reducirá de manera más eficaz a medida que las personas están mejor formadas para poder optar a mayores y mejores oportunidades de empleo.

Ello constituye uno de los mayores retos que presenta las políticas estratégicas complementarias del IMV<sup>17</sup>. Para este trabajo nos hemos acercado a los convenios suscritos con las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y las entidades del Tercer Sector con el fin de analizar los proyectos de itinerarios de inclusión sociolaboral que se desarrollarán durante los próximos años en nuestro país.

Pues bien, en líneas generales, se aprecia como todos los proyectos se focalizan en reducir las vulnerabilidades de los hogares perceptores del IMV,

---

<sup>16</sup> En este mismo sentido, QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La vulnerabilidad económica y la exclusión social como riesgo social específico protegido por el sistema de Seguridad Social”, afirma que “El excluido social sufre enormes dificultades para entrar y mantenerse en el mundo de las relaciones laborales ante su falta de educación, de formación o de adaptación profesional, o, en ocasiones, porque la propia desmotivación personal o su ignorancia de las reglas sociales y laborales más elementales le avocan al fracaso. Ese fracaso en su intento por entrar o mantenerse en el mercado laboral conllevará frecuentemente el aislamiento de esa persona respecto de su participación social y profesional, en definitiva, su exclusión social.” en VV.AA. (ORTIZ CASTILLO, F. DIR.): *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AESSS*, Murcia, Laborum, 2021, p. 791.

<sup>17</sup> En este mismo sentido, LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Ingreso mínimo vital y protección no contributiva del sistema público de Seguridad Social”, recalca la importancia de “potenciar aún más la inserción laboral en la ordenación del IMV. Esta afirmación contrasta con las previsiones contempladas generalmente en las rentas mínimas de inserción autonómicas. Sin duda, el estímulo de nuevos mecanismos de inserción laboral y social de los beneficiarios de la renta mínima vital es esencial. Especialmente se debería fomentar la previsión de algunos itinerarios de inserción, dando una gran importancia a la formación, al ser este un aspecto clave en la reconversión profesional, influyendo decisivamente en las posibilidades de empleabilidad futura. Y todo ello como una previsión que permite favorecer la incorporación de estos colectivos al mercado de trabajo. Se daría, pues, una protección adicional a las personas beneficiarias del IMV”, en VV.AA. (GARCÍA MURCIA, J., DIR.): *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, Oviedo, KRK Ediciones, 2022, pp. 268-269.



incidiendo en diversos ámbitos relevantes, entre los que podemos destacar la educación, el acompañamiento social, la salud, las competencias digitales o el empleo, etc. La gran mayoría de los proyectos parten de la base de realizar un diagnóstico de vulnerabilidad para detectar su origen (ámbito educativo, familiar, salud, laboral), y elaborar un plan personalizado de intervención para combatir la causa de su exclusión sociolaboral. Así, algunos requerirán medidas para acceder a bienes y servicios básicos, y otras medidas en materia de educación, salud o laborales. Con independencia de la naturaleza del proyecto, el objetivo compartido por todos es el desarrollo de políticas activas para fomentar la inclusión social y evaluar de manera rigurosa su eficacia antes de ser implantadas a nivel nacional.

Centrándonos en las acciones de inserción laboral, la gran mayoría parten de la necesidad de elaborar un itinerario individualizado de inclusión orientado al empleo con el fin de que la persona mejore sus habilidades y competencias y a la postre, encuentre un empleo acorde a sus circunstancias y capacidades. Así, encontramos una variedad de planes que incluyen acciones de motivación y concienciación, acciones de orientación laboral, acciones formativas para la adquisición de habilidades y competencias básicas, así como acciones profesionales mediante prácticas en empresas.

Así, a modo ilustrativo, el Ayuntamiento de Barcelona desplegará diversos módulos de formación con actividades destinadas a fortalecer capacidades y habilidades socioeducativas mediante certificaciones de idiomas, alfabetización digital, cursos de educación económica, o formación para ayudar a la preparación de pruebas de acceso a estudios posobligatorios o formación ocupacional<sup>18</sup>. Por otro lado, promoverá acciones de participación comunitaria a fin de promover la participación de los beneficiarios en actividades que vinculen sus necesidades y demandas en proyectos de interés común que sean positivos para las entidades comunitarias y asociativas.

Por su parte, los convenios suscritos con la Comunidad Autónoma del País Vasco<sup>19</sup> o con el Ayuntamiento de Santander<sup>20</sup> ponen el acento en el desarrollo personal y la formación profesional para facilitar la contratación del beneficiario mediante la experiencia laboral. Así, ofertan diversos módulos formativos que se dividen en varios perfiles como ayudante de cocina, cama-

---

<sup>18</sup> Resolución de 21 de enero de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, por la que se publica el Convenio con el Ayuntamiento de Barcelona, para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 27, de 1 de febrero de 2022.

<sup>19</sup> Resolución de 21 de enero de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma del País Vasco, para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 26, de 31 de enero de 2022.

<sup>20</sup> Resolución de 29 de septiembre de 2022, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, por la que se publica el Convenio con el Ayuntamiento de Santander, para la realización de un proyecto para la inclusión social en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 241, de 7 de octubre de 2022.

rero y auxiliar de limpieza civil, así como atención y cuidados para personas de tercera edad y/o dependientes. Una vez superada la formación teórica, se pretende poner en práctica los conocimientos adquiridos a través de la realización de prácticas en empresa. Por último, se promoverá el incentivo a la contratación para las empresas de los sectores formativos mediante un proceso selectivo en el que se intentará contratar al mayor número de personas posible.

## 2.2. El sello de inclusión social

Una segunda estrategia puesta en marcha por el legislador consiste en reforzar la cooperación del sector privado para impulsar la inclusión social y profesional de los beneficiarios del IMV. Para ello, se aprobó el Real Decreto 636/2022, de 26 de julio, que regula reglamentariamente el Sello de Inclusión Social<sup>21</sup>. Esta medida da respuesta a la disposición adicional primera de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre y cumple, además, con la inversión 7 del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

El Sello de Inclusión Social es un distintivo público que persigue el fomento de la colaboración público-privada mediante el reconocimiento otorgado a las actuaciones desarrolladas por empresas y entidades que dan una oportunidad para que las personas beneficiarias del IMV transiten desde una situación de riesgo de pobreza y exclusión hacia la inclusión y participación activa en la sociedad. Concretamente, el Sello podrá concederse a entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, empresas privadas, trabajados por cuenta propia y fundaciones que contribuyan a la creación de una sociedad más inclusiva, justa e igualitaria. En función del ámbito de intervención en el que la entidad lleve a cabo sus actuaciones, se establece varios tipos de sellos que son los siguientes<sup>22</sup>: acceso a bienes y servicios básicos; apoyo a la infancia y adolescencia; digitalización; inserción socio-laboral: Este tipo de Sello reconoce las empresas y entidades que desarrollan actuaciones dirigidas a facilitar el acceso al mercado laboral de las personas beneficiarias del IMV ofreciendo cursos de formación y/o puestos de trabajo; y otros.

Cabe precisar que las diferentes tipologías del Sello no son excluyentes entre sí, sino que una empresa puede solicitar y obtener varias a la vez en función de la o las acciones desarrolladas. Ello nos recuerda el carácter multidimensional y multifactorial de las situaciones de exclusión<sup>23</sup>. No estamos ante una situación causada únicamente por una falta de recursos económicos, de vivienda, de formación educativa o de empleo, sino que, generalmente,

---

<sup>21</sup> Real Decreto 636/2022, de 26 de julio, por el que se regula el Sello de Inclusión Social. BOE núm. 179, de 27 de julio de 2022.

<sup>22</sup> Art. 4 del RD 636/2022, de 26 de julio.

<sup>23</sup> QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La vulnerabilidad económica y la exclusión social como riesgo social ...”, *Op. Cit.*, p. 781.

varías o todas esas áreas se ven afectadas<sup>24</sup>. Bien es cierto que algunas de las esferas vitales de las personas, como la activación laboral, son fundamentales para el proceso de inclusión<sup>25</sup>. No obstante, no es menos cierto que, en las situaciones de exclusión más severas, solamente constituyen una respuesta parcial al problema. En este sentido, resulta primordial mejorar cada una de las dimensiones para cubrir integralmente las necesidades de las personas.

Para optar a dicho distintivo, las empresas tienen que cumplir determinados requisitos, entre los que podemos destacar: ejercer una actividad en territorio español, desarrollar medidas de inclusión social, estar al corriente de las obligaciones tributarias y en materia de Seguridad Social, no haber sido sancionadas, disponer de un plan de igualdad de género, etc. La solicitud se realiza a través de la sede electrónica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, cumplimentando los formularios pertinentes y deberá acompañarse de la memoria de actividades o plan de actuación según proceda, los certificados de cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social, y de diversas declaraciones responsables<sup>26</sup>.

Antes de su desarrollo reglamentario, podríamos pensar que la concesión del Sello vendría acompañada de una política de incentivos mediante bonificaciones fiscales y/o de cuotas a la Seguridad Social, como viene siendo habitual en política activa de empleo cuando las empresas contratan a personas provenientes de colectivos vulnerables. Nada más lejos de la realidad, su concesión no implicará en ningún caso transferencias monetarias. Por el contrario, la obtención del Sello dará la posibilidad de utilizar su logotipo en actividades propias con fines de comunicación y publicidad, participar en actividades y jornadas de inclusión social desarrolladas por el Ministerio y poder optar a premios otorgados por la Administración, entre otras cuestiones<sup>27</sup>. Además, por su parte, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se compromete a publicitar y difundir las actividades, buenas prácticas y los resultados cosechados por parte de las entidades distinguidas<sup>28</sup>.

El Sello tendrá una vigencia de tres años desde que la administración pública resuelve favorablemente la concesión y siempre que se mantengan los requisitos y las circunstancias que motivaron su concesión y se cumplan

---

<sup>24</sup> GÓMEZ GORDILLO, R.: “¿Un nuevo marco de compatibilidad entre trabajo y protección social en España? El ingreso mínimo vital”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, Vol. 9, Núm. 1, 2021, p. 132.

<sup>25</sup> GARCÍA ROMERO, B.: “Régimen Jurídico del Ingreso Mínimo Vital (XI): Compatibilidades e incompatibilidades del IMV con otras prestaciones sociales y con el trabajo”, en VV.AA.: *El Ingreso Mínimo Vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B. (Coords.), Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 380.

<sup>26</sup> Art. 5 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

<sup>27</sup> Arts. 11 y 13 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

<sup>28</sup> Art. 12 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

los compromisos establecidos en el RD, así como los supuestos de revocación del distintivo por parte del Ministerio<sup>29</sup> o renuncia al mismo por parte de la entidad<sup>30</sup>. No será objeto de prórroga o renovación automática, por lo que, una vez transcurrido ese tiempo, si se quiere renovar, la entidad tendrá que volver a iniciar los trámites de solicitud. Durante su vigencia, el Sello de Inclusión Social será objeto de seguimiento y de evaluación por parte de una Comisión de control<sup>31</sup>. Así, las empresas distinguidas tendrán que elaborar anualmente un informe en el que deberán dar cuenta de los resultados de participación y el impacto obtenido en términos de inclusión sociolaboral de las personas beneficiarias del IMV<sup>32</sup>.

Por último, podemos destacar que, el pasado 22 de noviembre de 2022, la Fundación Adecco ha sido la primera organización en haber solicitado y recibido el Sello Social, en reconocimiento a su labor de inserción sociolaboral de las personas beneficiarias del IMV<sup>33</sup>.

### 2.3. El incentivo al empleo

Por último, para impulsar la incorporación y/o consolidación de los beneficiarios en el mercado laboral y evitar así que estos caigan en la “trampa de la pobreza” el legislador ha optado por establecer una tercera estrategia que facilite la compatibilidad de los ingresos salariales con la percepción del IMV<sup>34</sup>. Para ello, a través del RD 789/2022, de 27 de septiembre, se establece un incentivo al empleo vinculado al IMV a través de un régimen de compatibilidad de la prestación con los ingresos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia<sup>35</sup>. La aprobación de este RD responde así al mandato previsto en el artículo 11.4 de la Ley 19/2021, y cumple, además, con el hito de reforma 5 del Componente 22 del Plan de Recuperación y Resiliencia. Sin lugar a duda, este desarrollo reglamentario forma parte de los más importantes y

<sup>29</sup> Art. 9 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

<sup>30</sup> Art. 10 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

<sup>31</sup> Art. 33 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre.

<sup>32</sup> Arts. 14 y 15 del RD 636/2022, de 26 de septiembre.

<sup>33</sup> Ver la Nota de prensa del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, *Inclusión entrega el primer Sello Social a Fundación Adecco por la inserción sociolaboral de beneficiarios del IMV*, el 22/11/2022.

<sup>34</sup> Sobre el régimen de compatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social con las rentas de trabajo resulta muy ilustrativo el trabajo de PÉREZ DEL PRADO, D.: La compatibilidad de las prestaciones y el trabajo como incentivo al empleo: líneas de tendencia, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, n°4, 2022, pp. 5-27.

<sup>35</sup> Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital con los ingresos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación. BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2022.

esperados por parte de los beneficiarios y de la doctrina. Con este tercer mecanismo, quedaría completado el diseño de incentivos para la estimulación al empleo de los beneficiarios al IMV.

Tal y como se expresa en el preámbulo, este incentivo al empleo, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2023, “busca la no desincentivación a incorporarse al mercado laboral o a poder incrementar el número de horas en el caso en el que el individuo esté trabajando porque hace que no pierda un euro de prestación, sino menos, por cada euro que se incrementan los salarios por un incremento en la oferta laboral”. Cabe recordar que el IMV ya era compatible con el trabajo. No obstante, hasta ahora esas rentas de trabajo actuaban como recorte de la ayuda, puesto que el salario percibido se restaba de la prestación. A partir de ahora, el beneficiario que se incorpora al mercado de trabajo o mejora sus condiciones laborales en el caso de que ya esté trabajando verá garantizada que su renta disponible sea superior a la que habría tenido sin incentivo, con un incremento que se va moderando a medida que aumentan los rendimientos de trabajo. En este sentido, como veremos seguidamente, a este incremento de renta por percepciones salariales, se fija un porcentaje exento del cómputo de ingresos y rentas que se toman en consideración para determinar la situación de vulnerabilidad económica de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia.

En primer lugar, para activar el incentivo, las personas beneficiarias deberán reunir los siguientes requisitos<sup>36</sup>.

- Haber sido beneficiarias del IMV en el año anterior a la aplicación de la revisión de la prestación.
- Mantener el derecho a la percepción de la prestación el 1 de enero del ejercicio en el que se vaya a realizar la revisión de la prestación.
- Incrementar sus ingresos procedentes de rendimientos del trabajo por cuenta ajena o propia respecto del año que se tuvo en cuenta para el cómputo de sus ingresos.

En cuanto a la determinación del importe de la renta exenta, esta dependerá de la aplicación de tres tramos<sup>37</sup>:

Tramo 1 (Ingresos hasta el 60% de la renta garantizada): En este primer tramo, al perceptor del IMV que registra un incremento de sus ingresos del trabajo por cuenta ajena o propia que alcance hasta el 60% de la cuantía del IMV, no se efectuará ninguna reducción, sino que el incentivo le proporcionará un aumento de su renta disponible del mismo importe. Supongamos el caso de una unidad monoparental compuesta por un adulto y un menor que no ha tenido ingresos el año anterior. Su renta garantizada en 2022 es

---

<sup>36</sup> Art. 2 del RD 789/2022, de 27 de septiembre.

<sup>37</sup> Art. 4 y Anexo III del RD 789/2022, de 27 de septiembre.

de 8.967,30 euros anuales. Al año siguiente, la familia consigue ingresos procedentes de rentas de trabajo por valor de 4.500 euros al año. Al realizar la revisión del IMV, si no existiera incentivo al empleo, su renta garantizada sería de 4.467,30 euros (Renta Garantizada de 8.967,30 euros – 4.500 euros de ingresos de trabajo) y su renta total disponible sería la misma que si no trabajase. No obstante, con el incentivo al empleo, puesto que el incremento de sus ingresos de trabajo es inferior al 60% de la renta garantizada por el IMV, el incentivo aporta la totalidad del aumento de su renta disponible, es decir, 13.467,30 euros al año (Renta Garantizada de 8.967,30 euros + 4.500 euros de ingresos de trabajo).

Tramo 2 (Ingresos entre el 60% y el 100% de la renta garantizada): En este segundo tramo, el porcentaje excluido del cómputo para el cálculo del IMV varía entre un 20% y un 40% en función de tres parámetros:

- La relación previa con el mercado de trabajo: el incentivo es más alto para las personas que desde una situación de desempleo se incorporan al mercado de trabajo que aquellos que ya están trabajando.
- La composición de la unidad de convivencia: las familias monoparentales y las personas con discapacidad reciben un mayor incentivo.
- La presencia o no de menores a cargo: las unidades de convivencia que cuentan con uno o varios menores a su cargo cuentan también con un mayor incentivo.

Por otro lado, el porcentaje aplicado dependerá de la inclusión o no de ingresos procedentes del trabajo o actividad por cuenta propia en el ejercicio fiscal previo al ejercicio fiscal anterior al año de la revisión.

Cuando el ejercicio fiscal previo no incluya ingresos procedentes del trabajo para ninguna de las personas en la unidad de convivencia, serán aplicados los siguientes porcentajes.

- En el supuesto de beneficiarios individuales o en el de unidades de convivencias compuestas solamente por adultos, el porcentaje de exención será del 30%.
- En el caso de unidades de convivencia compuestas por más de un adulto con uno o varios menores a cargo, el porcentaje de exención será del 35%.
- En el supuesto de unidades de convivencia compuestas por una persona adulta con uno o varios menores a cargo o en el supuesto de beneficiarios individuales o unidades de convivencia a las que se les aplica el complemento de discapacidad en el IMV, el porcentaje de exención será del 40%.

Por lo contrario, si en el ejercicio fiscal anterior al año de la revisión, el perceptor del IMV hubiera obtenido ingresos procedentes del trabajo, serán aplicados uno de los siguientes porcentajes.

- En el caso de beneficiarios individuales o en el de unidades de convivencia compuestas exclusivamente por personas adultas, el porcentaje de exención será del 20%.
- En el supuesto de unidades de convivencia compuestas por más de un adulto con uno o varios menores a cargo, el porcentaje de exención será del 25%.
- En el caso de unidades de convivencia compuestas por un adulto con uno o varios menores a cargo, el porcentaje de exención será del 30%.

Así, el mecanismo establecido se ha graduado de manera que el incentivo sea más alto para quienes salgan de una situación de desempleo, para los hogares con menores a su cargo, para las familias monoparentales, para los hogares con menores a su cargo y para las familias que conviven con personas con discapacidad igual o superior al 65%. La razón radica en la situación particularmente vulnerable desde la que parten estos grupos de personas con especiales dificultades de acceder y mantenerse en el mercado laboral.

Retomando el ejemplo anterior, si esa misma familia obtiene unos ingresos de trabajo por valor de 6.725 euros al año, es decir, un 75% de la renta garantizada, su renta disponible quedaría de la siguiente manera. Los primeros 5.380,38 euros (60% de la Renta Garantizada IMV) se bonifican el 100%. Los 1.344,62 euros restantes tienen una bonificación menor, en este caso del 35% (470,62 euros) por tratarse de una persona con un menor a cargo que antes no trabajaba. Si se suma al IMV que queda (2.242,3 euros) los ingresos por trabajo (6.725 euros) y las bonificaciones por el sistema de incentivos (5.380,38 euros + 470,62 euros), ahora dispone de una renta total disponible de 14.818,3 euros anuales.

Tramo 3 (Ingresos superior al 100% de la renta garantizada): En este tercer tramo, el importe de los incrementos de los ingresos previstos, que supere la cuantía de la renta garantizada de la unidad convivencia, no se excluirá del cómputo para el cálculo del IMV. En este supuesto, la persona solo recibiría el incentivo al empleo que consistiría en la diferencia entre la renta mínima garantizada y dicho aumento menos el máximo bonificable en el segundo tramo.

Para facilitar su visualización, nos serviremos del siguiente cuadro-resumen que hemos elaborado a partir del Anexo III del RD 789/2022:

<b>Importe de los incrementos de los ingresos con respecto a la renta garantizada</b>	<b>Ingresos obtenidos en el ejercicio fiscal previo al ejercicio fiscal anterior al año de la revisión</b>	<b>Unidad de convivencia</b>	<b>Porcentaje excluido del cómputo para el cálculo del IMV</b>
Hasta el 60%	----	----	<b>100%</b>
Superior al 60% y hasta el 100%	NO	Adulto solo o varios SIN menores a cargo	<b>30%</b>
		Varios adultos CON uno o varios menores a cargo	<b>35%</b>
		Adulto solo o varios (con o sin menores a cargo) CON complemento IMV por discapacidad	<b>40%</b>
	SI	Adulto solo o varios SIN menores a cargo	<b>20%</b>
		Varios adultos CON uno o varios menores a cargo Adulto solo CON uno o varios menores a cargo	<b>25%</b> <b>30%</b>
Superior al 100%	----	----	<b>0%</b>

Estos porcentajes podrán ser modificados mediante orden ministerial para la determinación del importe de renta exenta en el caso de que el Ministerio lo estime necesario, según la evaluación del impacto del incentivo sobre la participación de las personas beneficiarias del IMV en el mercado laboral<sup>38</sup>. En cualquier caso, como puede observarse, ante las múltiples casuísticas que entran en juego (18 posibilidades de incentivo), el método de cálculo puede resultar complejo para los beneficiarios. Consciente de ello, el Ministerio anunció en paralelo en su nota de prensa la puesta en marcha de un simulador virtual que contemple todas las opciones y tipologías posibles con el fin de que estos puedan conocer las cuantías del incentivo.

También cabe subrayar que el incentivo no es una prestación nueva ni independiente del IMV. En este sentido, el receptor del IMV no tendrá que

<sup>38</sup> Art. 6 y disposición final tercera del RD 789/2022, de 27 de septiembre.



realizar ningún trámite ante la Administración Pública. Este se activará de oficio por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social cuando disponga de los datos fiscales del ejercicio anterior y detecte cambios en los ingresos de trabajo. Bien sea por haber encontrado un empleo o haber mejorado las condiciones laborales anteriores<sup>39</sup>.

Adicionalmente, debemos referirnos a la disposición adicional tercera del RD 789/2022 que regula la forma de proceder en los casos en que un beneficiario del IMV haya visto indebidamente reconocida su prestación o aumentada su cuantía sobre la base de datos provisionales facilitados por la Agencia Tributaria al Instituto Nacional de la Seguridad Social y que posteriormente se vieron modificados. Pues bien, para estos supuestos, se establece que los importes percibidos en exceso podrán ser objeto de compensación directa mediante su descuento sobre la cuantía de la prestación del IMV que, en su caso, hubiere de ser abonada en virtud de la resolución definitiva, garantizando el percibo del 30% mensual de dicha cuantía. Ahora bien, se señala que esa compensación solo procederá cuando el importe total percibido en exceso pueda ser descontado, aplicando la citada garantía en un periodo máximo de doce mensualidades. En el caso contrario, se aplicará, según proceda, el procedimiento general o especial de reintegro de prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas.

### **3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS**

La aprobación del IMV representa un avance en nuestro modelo de Estado de bienestar y responde a una necesidad en España de implementar políticas públicas efectivas para reducir los niveles de pobreza y exclusión. Aunque su implementación no ha estado exenta de ciertas dificultades, representa un gran impulso al gasto social en nuestro país, destinado a mejorar las difíciles condiciones de vida de las personas en riesgo de pobreza.

No obstante, más allá de la prestación económica, el IMV debe acompañarse de políticas de inclusión que garanticen la transición de sus beneficiarios desde una situación de exclusión a una situación de plena integración. El colectivo se enfrenta a múltiples barreras para acceder y mantenerse en el empleo, debido a la falta de cualificación, de habilidades y competencias específicas, de experiencia laboral previa, entre otros. Por ello, este es, en nuestra humilde opinión, el mayor desafío al que se enfrenta la prestación. No cabe duda de que la herramienta central para salir de la situación de exclusión y pobreza es el trabajo. El éxito del IMV no depende solo de mejorar el acceso a la prestación, sino de bajar el número de perceptores que, por las oportunidades de empleo, han logrado salir definitivamente de la pobreza y/o exclusión.

---

<sup>39</sup> Art. 5 del RD 789/2022, de 27 de septiembre.

Ante la magnitud del desafío, el legislador ha desarrollado una política de empleo estratégica vinculada al IMV que implica la movilización y coordinación entre todos los agentes relevantes en materia de inclusión. Concretamente, se han adoptado tres estrategias. Por un lado, se ha reforzado la cogobernanza con todas las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y las entidades del Tercer Sector mediante la financiación de proyectos piloto para el despliegue de itinerarios de inclusión sociolaboral. Por otro lado, se fomenta la participación del sector privado a través del establecimiento de un Sello de Inclusión para distinguir públicamente aquellas empresas y entidades que contribuyen a la inserción sociolaboral del colectivo a través de su contratación. Por último, se ha regulado un régimen de compatibilidad del IMV con el empleo para las personas beneficiarias, evitando así “la trampa de la pobreza”. El papel que cada uno de estos actores y medidas puede adoptar en el marco de la política estratégica es diferenciado pero complementario y debe entenderse como un conjunto que impulse la integración sociolaboral de las personas.

El IMV puede ser una herramienta importante para promover la inclusión sociolaboral de las personas en situación de pobreza y exclusión en España, pero su efectividad está condicionada por múltiples factores y persisten importantes desafíos en este ámbito. No obstante, por el momento, por su muy reciente implementación, es imposible predecir con certeza el alcance y los resultados que tendrán estas estrategias puestas en marcha. Es necesario esperar la publicación de los primeros estudios que evaluarán el impacto que tendrán los incentivos sobre la participación de las personas beneficiarias del IMV en el mercado laboral. Aunque, en nuestra humilde opinión, dada la magnitud del reto, creemos que, en determinados aspectos, el legislador podría haber sido más determinado adoptando medidas más ambiciosas.

En primer lugar, si bien la Ley 19/2021 establece que el IMV tiene como objetivo el despliegue de itinerarios como estrategia de inclusión sociolaboral, la norma no regula los itinerarios. En este sentido, ante una posible futura modificación del régimen jurídico, quizás pueda valorarse la introducción de una disposición que establezca un contenido común que sirva de marco para el desarrollo de los itinerarios de inserción sociolaboral.

En segundo lugar, tenemos dudas sobre la eficacia de establecer un Sello Social como única medida para fomentar la contratación de personas beneficiarias del IMV por parte de las empresas. Si bien reconocemos sus beneficios, creemos que, en caso de que no se obtengan los resultados esperados, deberían adoptarse medidas adicionales para incentivar al sector privado a contratar a personas en situación de exclusión. Por ejemplo, una de estas medidas podría ser la introducción de una cuota de reserva de puestos de trabajo para este colectivo de personas en empresas públicas y privada, similar a la prevista en la normativa reguladora de los derechos de personas con discapacidad. Esto podría implicar que las entidades que empleen a un cierto número de trabajadores deban reservar un porcentaje determinado de puestos para personas beneficiarias del IMV. Otra posibilidad sería reservar un cupo de

vacantes en ofertas de empleo público y bolsas de trabajo temporal para personas beneficiarias del IMV siempre que superen los procesos de selección. Por último, otra medida podría consistir en la aplicación de bonificaciones temporales o permanentes sobre las aportaciones empresariales a la cotización por contingencias comunes de la Seguridad Social por su contratación indefinida.

Por último, como posible mejora del régimen de compatibilidad entre el trabajo y el IMV, consideramos que, para las rentas garantizadas más bajas, es necesario mantener un porcentaje excluido en la determinación del importe de renta exenta, incluso si el importe de los incrementos de los ingresos previstos supera el 100% la cuantía de la renta garantizada de la unidad de convivencia.

Sea como fuere, recordemos que el régimen jurídico establece un mecanismo de seguimiento y evaluación del IMV mediante la creación de un Consejo Consultivo y una Comisión. A través de estos órganos se podrán detectar y solucionar posibles deficiencias y/o barreras para la inserción laboral de las personas. La evaluación de los resultados permitirá reajustar y volver a parametrizar los elementos deficientes y lograr que el IMV cumpla con sus objetivos. Ello constituye, sin lugar a duda, una forma efectiva de mejorar las políticas públicas y abordar los desafíos a los que se enfrenta actualmente nuestra sociedad.

En definitiva, la inserción sociolaboral de los beneficiarios del IMV es un desafío importante que requiere una atención y seguimiento constante para garantizar que esta política social tenga un impacto real y positiva en la vida de las personas en situación de vulnerabilidad en España.



LA EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD: RETOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL  
INCLUSIVA EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO

CARMEN DELGADO GARRIDO

*Carmen.delgado@uclm.es*

*Estudiante Doctorado*

*Universidad de Castilla la Mancha*

## **SUMARIO**

1. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NUEVA LEY DE EMPLEO COMO PARADIGMA NORMATIVO DE IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS DISCAPACITADOS: HACIA UN MODELO DE TRABAJO JUSTO, SOCIAL E INCLUSIVO QUE APROVECHE LAS OPORTUNIDADES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. 3. LOS COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA: UN AVANCE RELEVANTE EN LA AMPLIACIÓN DEL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 4. NUEVAS TECNOLOGÍAS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO ESPERANZA DE FUTURO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: AVANCES, OPORTUNIDADES Y AMENAZAS DE LA BRECHA DIGITAL. 4.1. Formación para la empleabilidad: la individualización de las personas trabajadoras y desempleadas. 4.2. Organización y formación del personal de los servicios de empleo: una premisa necesaria para garantizar los objetivos de la empleabilidad. 4.3. La importancia de los datos y la necesidad de garantizar su adecuada protección como objetivo de las nuevas políticas de empleo inclusivas, particularmente en la automatización. 4.4. Derecho algorítmico: el aprovechamiento de la inteligencia artificial en la prestación de los servicios de empleabilidad. 5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

El futuro del mundo laboral se encuentra en una situación de transformación sin precedentes, auspiciada por una evolución tecnológica acelerada estimulada por un mundo cada vez más digitalizado y dirigido al desarrollo de la Industria 5.0 caracterizado por un cambio de enfoque desde el valor económico hacia el valor social, donde la tecnología y digitalización tienen una proyección en el empleo y en las personas.

Ya se advertía desde décadas que la tecnología había llegado, y lo había hecho para quedarse y llegar a todos los sectores sociales y económicos. La revolución digital ha traído infinidad de facilidades al ser humano, revolucionando la manera de concepción de la vida cotidiana, hasta tal punto que podemos afirmar que hemos dejado realizar ciertas tareas por nosotros mismos, o simplemente, hemos tomado la ayuda que nos presta la ciencia de forma que ya no nos planteamos ni siquiera actuar sin ella.

Entre las múltiples medidas de resiliencia ante esta realidad, la novedosa Ley de Empleo, Ley 3/2023, de 28 de febrero, asume la transformación radical del mundo laboral, la forma de concepción del trabajo, la remodelación de los puestos de empleo, la demanda y oferta de trabajo y la manera de ejecutar las nuevas funciones y la especialización que requiere la evolución al trabajo digitalizado. Como muestra de legislación adaptada a la realidad tecnológica, se incluye el uso de tecnología para facilitar la interacción digital, la accesibilidad a la información, la provisión de los servicios y la prestación electrónica de trámites administrativos o gestiones, de movilidad geográfica, de mejora de la empleabilidad, de búsqueda de la protección económica para mantener un nivel de vida digno durante la transición al empleo o a un expediente laboral personalizado único. Además, se ofrece la prestación de servicios de la cartera común a través de medios electrónicos y digitales, ofreciendo una cartera digital de servicios, como alternativa adicional y accesoria a la atención presencial personalizada e inclusiva.

En esta comunicación abordamos una de las cuestiones más sensibles desde el punto de vista social, para centrarnos en las repercusiones y medidas que la evolución en la economía digital presentan para las personas

con discapacidad, que la Ley incluye entre los denominados “colectivos prioritarios”.

La norma pretende hacer realidad una original Estrategia Coordinada que trata de impulsar la oportunidad de empleo mediante políticas activas de orientación, integración, emprendimiento, formación y orientación, poniendo el foco en la garantía específica de atención y ayudas especializadas para determinados colectivos. El fin último es disminuir la brecha de empleo y promover su acceso, complementando los pilares de Ley de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre). La evolución desde aquella norma hacia la que ya conocemos como “era tecnológica” o “era digital” estaba necesitada de una revisión profunda que paliara deficiencias legislativas, e innovara una normativa desfasada o incluso inexistente.

La realidad sociolaboral en el marco de la transformación digital que contempla la Ley se enfrenta a enormes desafíos para el derecho laboral, con ventajas e inconvenientes en el reto de resolver las actuales deficiencias y la necesidad de adaptación. Propósitos que se manifiestan particularmente, por su peculiaridad, en las personas con discapacidad (en adelante, pcd). Y es que no cabe duda de que las nuevas tecnologías brindarán un apoyo a las pcd, pero también supondrá una destrucción del empleo o la transformación de otros, sin olvidar la necesidad de corregir la brecha digital que se ha ido consolidando en los últimos tiempos.

Este será el objeto del estudio, centrándonos en las propuestas especialmente dirigidas a la empleabilidad e igualdad de oportunidades para este grupo. Algunos ratifican reivindicaciones de estos colectivos, como la equiparación, a efectos laborales, de la situación de incapacidad permanente con la discapacidad, corrigiendo la desenfocada disección que el Tribunal Supremo consolidó en 2018. Otros revisan y ahondan en capítulos de nuestro derecho laboral desde una visión integradora e inclusiva necesaria a los nuevos tiempos y la corrección de situaciones de desprotección y dificultad con que nos abruman los datos estadísticos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Resulta de gran interés el Informe “Tecnología y discapacidad”, realizado por la Fundación ADECCO en 2022. El informe basa sus conclusiones en una encuesta a 300 pcd, complementada con datos oficiales de contratación ofrecidos por el SEPE, así como otras fuentes de referencia como el informe anual del INE sobre el empleo de las personas con discapacidad o el informe AROPE sobre el Estado de la Pobreza en España, en línea en <https://fundacionadecco.org/informes-y-estudios/informe-tecnologia-y-discapacidad>.

En este Informe se constata que, tras el hundimiento de la contratación en 2020 en plena pandemia del 25%, 2021 se saldó con un crecimiento de 14% y en 2022, ha crecido un 32% con respecto al mismo periodo. Sin embargo, junto a este dato emerge otro indicador menos prometedor, la aún exigua participación de las personas con discapacidad en el mercado laboral, con una tasa de actividad del 34,3%. Esto es, el 65,7% de las que están en edad de trabajar no tiene empleo ni busca, un dato que ha permanecido parcialmente estanco en la última década. Esta tasa de actividad es 41,8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad (76,1%) y, según indican fuentes del movimiento asociativo, la brecha sería aún mayor en el caso de las personas con discapacidades intelectuales y/o problemas de salud mental, ya que se dispararía hasta el 80% o 90%.



Desde el mismo frente de la nueva Ley, el impulso al acceso al trabajo de los ciudadanos, la reducción del desempleo, la mejora del capital humano y la eficacia de las políticas de empleo son abordados como objetivos que incorporan el principio de inclusión, bajo la premisa de la igualdad de género, no discriminación y la mejora general de las condiciones laborales.

Pero, sobre todo, la norma maneja a lo largo de su articulado un nuevo concepto de “empleabilidad”, para garantizar la individualización de las personas trabajadoras y desempleadas que, como magníficamente describe el art. 34, debe dar como resultado una adecuación entre las habilidades y capacidades de una persona y lo que requiere el mercado.

De ahí que la norma defina de manera amplia a los colectivos de atención prioritaria en las políticas de empleo, incluyendo a las “personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite y personas con trastornos del espectro autista”. Partiendo de esta premisa, las principales medidas que conectan nuevas tecnologías y accesibilidad se pueden resumir en las siguientes.

- las oportunidades y **accesibilidad de las herramientas digitales en la formación y la demanda de empleo**, incluyendo la formación específica en accesibilidad cognitiva. Como reza el texto: “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 asegurándose la plena accesibilidad y la no discriminación en el uso de dichas herramientas”;
- la **prioridad del acceso de estos colectivos al empleo ordinario**, el mantenimiento del empleo, la mejora de su empleabilidad a lo largo de su ciclo laboral y su desarrollo profesional.
- el mandato a los servicios públicos de empleo para el diseño e implementación de **acciones positivas dirigidas a las personas con discapacidad**. Por ello, deben ser utilizadas las medidas más adecuadas del catálogo de instrumentos, “a la vista del perfil de las personas demandantes de servicios de empleo, que serán objeto de las adaptaciones necesarias para su plena efectividad”;
- **medidas dedicadas a la formación y especialización** de los profesionales de los servicios para dar respuesta “a las nuevas realidades y a los diferentes perfiles demandantes de ocupación, incluidas las personas con discapacidad”.
- la reorganización de los instrumentos estructurales de la empleabilidad al servicio de la digitalización, que persigue conformar un **sistema de estructuras, recursos, servicios y programas integradores para el Sistema Nacional de Empleo** para garantizar unos objetivos adecuados a la nueva era digital;

- una **atención primordial a los datos**. Bien puede decirse que la norma supone una de las primeras manifestaciones en España del “Derecho algorítmico”, lo que convierte al derecho laboral en una de las áreas pioneras incluyendo las nuevas tecnologías y digitalización en nuestro panorama legislativo. Además, lo hace poniendo al servicio del progreso desde una perspectiva inclusiva y atenta a una concepción amplia de la discapacidad, el uso de las tecnologías más avanzadas y la inteligencia artificial.

En conclusión, esta nueva ley se centra en impulsar el acceso al trabajo de todos, sin diferencias y de forma personalizada. Una norma conveniente y poderosa para un mercado laboral más inclusivo, equitativo y respetuoso con las diferencias individuales.

## 2. LA NUEVA LEY DE EMPLEO COMO PARADIGMA NORMATIVO DE IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS DISCAPACITADOS: HACIA UN MODELO DE TRABAJO JUSTO, SOCIAL E INCLUSIVO QUE APROVECHE LAS OPORTUNIDADES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

La esperada Ley era uno de los compromisos contraídos por nuestro actual Gobierno en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Componente 23 «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 el mismo se preveía una Reforma 5, dedicada a la «Modernización de políticas activas de empleo», y una las actuaciones contempladas para su implementación era la modificación del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre. La reforma tiene como reto y objetivo impulsar la reforma laboral para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales, recogiendo el desafío del documento “España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo” para resolver las deficiencias de nuestro mercado de trabajo, y el hito CID nº335 del citado Plan de Recuperación.

Sus objetivos son ambiciosos: 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; y el desarrollo de las actuaciones recogidas en Plan Nacional de Políticas Activas de Empleo.

En este marco, la Ley es modelo de la visión del derecho-deber constitucional al trabajo de todos los ciudadanos, contemplando en sus principales líneas de acción las medidas concretas dirigidas a los colectivos vulnerables, acciones de integración, planes personalizados, instrumentos de ayuda, tutorización, entre otros. Algunos de ellos están concebidos para su uso general,

pero es un paso de suma importancia que se visualicen figuras que atiendan y se especialicen en cada usuario, rompiendo experiencias de actuación en masa, que pueden dejar atrás a los que más lo necesitan.

No menor importancia reviste la corrección de carencias previas en nuestro modelo de empleabilidad: insuficiencia de recursos, falta de herramientas para lograr una mediación efectiva, falta de individualización de acciones, escasez de especialización del personal del sistema público de empleo o los sistemas de formación, falta de coordinación entre los servicios nacionales y regionales y otros sujetos privados, o la necesidad tan reclamada de un seguimiento, control y evaluación efectivos de todas estas actuaciones llevadas a la práctica. Nuevamente, todas estas acciones van encaminadas a paliar situaciones que han venido afectando especialmente a los colectivos más necesitados y, concretamente, al de la discapacidad en su más amplio sentido.

Por ello es de aplaudir que esta regulación claramente ambiciosa no haya querido quedarse en el mundo de los ideales y la vaguedad de las promesas y compromisos de futuro; ha querido plasmar unos objetivos definidos, claros y concisos a establecer medidas de actuación inmediatas, concretas, huyendo de ser otra norma que deje a “la imaginación” de la Administración la manera en la que ha de actuar.

En este marco, y ciñéndonos al objeto de nuestra comunicación, no nos excedemos señalando que nos encontramos además con una norma que hace realidad los principios generales de la Convención Internacional de Derechos de las pcd de la ONU<sup>2</sup>, cumpliendo la obligación de que los Estados aseguren y promuevan el pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las pcd sin discriminación alguna por su condición (art. 4 de la Convención) entendida esta como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

Los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos reconocidos; lo que incluye, entre otros: a) modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación; b) proteger y promover sus derechos en todas las políticas y programas; d) adoptar las medidas necesarias para que no exista discriminación por motivos de discapacidad en ninguna organización o empresa privada; e) tomar todas las medidas para que ninguna

---

<sup>2</sup> Art.3: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las pcd como parte de la diversidad y la condición humanas; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad;

persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; g) Emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las pcd; h) Proporcionar información accesible para las pcd sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo; i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con pcd.

Objetivos que también asume y completa la Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las pcd al trabajo y al empleo del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en desarrollo del art. 27 de la Convención.

El texto define la discapacidad como “una construcción social, pues la deficiencia es un aspecto valorado de la diversidad humana y dignidad y ese menoscabo no debe tomarse como motivo legítimo para la negación o restricción de los derechos humanos”.

Por ello, consagra auténticos deberes de accesibilidad, en forma de diseños inclusivos o tecnologías de asistencia, para garantizar condiciones de trabajo justas, en condiciones de igualdad. Aborda la exigencia de dar fin a situaciones de discriminación múltiple e interseccional, en especial la de las mujeres con discapacidad, por el doble riesgo de discriminación también por género.

Para la efectividad del derecho al trabajo, se abunda en la formación, reciclaje y mejora de habilidades, o el aprendizaje permanente del personal de los servicios de empleo. Única forma de garantizar el acceso antidiscriminatorio a tales servicios.

El empleo del colectivo es objetivo prioritario y se ha de impulsar en el sector público y privado; así pues, los EEMM facilitarán la provisión de ajustes razonables a través de medidas y programas que brinden asistencia técnica y financiera a los empleadores tanto públicos como privados.

En opinión de esta autora, el Comité resume en tres simples y acertados vocablos los compromisos a adoptar: respetar, proteger y cumplir. A su vez, el cumplir obliga a facilitar, proveer y promover. Particularmente, la protección de las pcd culminaría con la eliminación de las cuatro formas principales de discriminación en relación con el trabajo y el empleo: directa, indirecta, denegación de ajustes razonables y el acoso.

Y en este sentido, con un esmero elogiabile, destacan entre los objetivos de la política de empleo que recoge el art. 4 de la Ley:

*a) Favorecer las condiciones para la generación de mercados de trabajo inclusivos en que se garantice la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, con presencia equilibrada de sexos.*

*e) 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.*

*g) La dotación de un servicio integrado de información de los servicios de empleo, garantizando la protección de datos personales y los derechos digitales de las personas usuarias.*

No menor relevancia tiene uno de los principios rectores de la política de empleo contenido en el art. 5 a): la 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.

Desde estos conductores, las nuevas “políticas activas de empleo”, tienen como objetivo cuspide elevar la empleabilidad, tomando como eje trasversal a cualquiera de sus instrumentos la reducción de las brechas de género y digital y la consecución del ajuste entre oferta y demanda de empleo, a través de una mayor fluidez de la información y de unos servicios de empleo eficaces y eficientes. Por ello la Ley obliga a garantizar a colectivos prioritarios, entre los que se encuentran las pcd, la prestación de los servicios especializados para facilitar su inserción laboral o, en su caso, el mantenimiento del empleo y la promoción profesional.

El distintivo de la personalización que debe guiar las políticas de empleo implica la “colocación adecuada” de acuerdo con la formación, capacidades, experiencia o intereses de cada persona trabajadora. Medida crucial para la consecución de empleos dignos y adecuados, personas especializadas desarrollando tareas para las que han sido formadas. Pero estas medidas de individualización van a ser decisivas especialmente para el colectivo de pcd. Hasta ahora pocas empresas han podido incluirlas dentro de sus recursos humanos, bien por falta de especialización, falta de medios, o de conocimientos para la adaptación de los puestos de trabajo. Las vías para conseguir este objetivo son fundamentalmente dos: los “servicios garantizados”, donde jugará un papel esencial la interacción digital o la provisión y prestación electrónica de trámites administrativos; y el impulso a la “cartera común de servicios del Sistema Nacional de Empleo”, que planea específicamente una cartera digital de servicios, como alternativa adicional y accesoria a la “atención presencial personalizada e inclusiva”.

### 3. LOS COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA: UN AVANCE RELEVANTE EN LA AMPLIACIÓN DEL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Es original el tratamiento que se hace de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, al que se dedica el Capítulo V completo de la

Ley (arts. 50 a 55). El listado es extenso, pero además es loable que tampoco se considere cerrado, como nos revela la cláusula abierta “entre otros colectivos de especial vulnerabilidad”. Siendo la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales la encargada de identificar los colectivos prioritarios, así como los objetivos cualitativos y cuantitativos que deberán cumplirse en relación con los mismos (art. 9 f).

Estos colectivos se definen como aquellos que tienen “*especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad*”. Y el listado es amplio e inclusivo: 1) jóvenes con baja o nula cualificación; 2) la mujer, más específicamente las mujeres con baja cualificación, víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos como un colectivo reforzado; 3) los mayores de 45 años y las personas en desempleo de larga duración; 4) las personas en situación de exclusión social, entre los que se incluyen, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones; 5) otros nuevos colectivos prioritarios: las personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos; 6) las personas con discapacidad; 7) las personas con capacidad intelectual límite; 8) el colectivo LGTBI, en particular trans; 9) las personas migrantes; 10) las personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional; 11) las víctimas del terrorismo; 12) las personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración; 13) las personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las administraciones públicas; 14) las “personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de 16 años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales”.<sup>3</sup>

Se ha conseguido una acertada ampliación del colectivo de ped, que incluye expresamente a las que mayores dificultades de acceso al trabajo presentan como una rémora desde hace tiempo: personas con parálisis cerebral, trastorno de la salud mental, discapacidad intelectual o trastorno del espectro autista. Además, acertadamente, vuelven a la categoría de especial protección las personas 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.

Por tanto, es encomiable que nuestra nueva Ley de Empleo ya no solo contemple discapacidades clásicas, auditivas, visuales, o motoras. Resultando un avance importante la incorporación al colectivo, a efectos de empleabilidad, de personas con discapacidades especiales, como el autismo (enfermedad en auge en los últimos años), o personas con capacidad límite. Como reflejan las estadísticas, estas personas sufren especialmente la brecha de empleo, llegando hasta el 90 por ciento el índice de desempleados.

---

<sup>3</sup> Recurso en línea, página web oficial Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colectivos de atención prioritaria de la política de empleo, Rosario Cristóbal Roncero, publicado el 8 de marzo de 2023, <https://www.aedtss.com/colectivos-de-atencion-prioritaria-de-la-politica-de-empleo/>

#### 4. NUEVAS TECNOLOGÍAS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO ESPERANZA DE FUTURO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: AVANCES, OPORTUNIDADES Y AMENAZAS DE LA BRECHA DIGITAL

La pandemia ha tenido un fuerte impacto en la calidad de vida de las pcd, mermando su poder adquisitivo y relaciones sociales; sin embargo, también ha traído un proceso de tecnologización súbita, consolidando la economía digital y abriendo nuevas y crecientes oportunidades para su inclusión laboral.

Como bien advierte el Preámbulo de la norma, en un futuro no muy lejano el cambio tecnológico hará que desaparezcan muchas ocupaciones, que surjan otras nuevas y que se transforme el resto. Es fundamental conseguir que esta transición sea lo más rápida y beneficiosa posible. Para ello, el documento propone aumentar significativamente la capacidad de nuestras instituciones laborales para recualificar, orientar y ayudar a las personas que buscan empleo.

La nueva Ley, aun con las incertidumbres que siempre planea el imparable desarrollo tecnológico, debe considerarse un avance normativo en general, pero especialmente para las pcd, colectivo prioritario para el legislador. Sin lugar a duda, enaltece una cultura de progreso que redundará en beneficios para el colectivo. Siempre que se consiga asegurar la protección de sus derechos, la ausencia de discriminación, y la transformación de los puestos y del personal del Servicio Público de empleo adaptándolos a su situación y ofreciendo las ayudas necesarias para su correcta inclusión en la vida laboral.

En este sentido se alinea con los instrumentos nacionales e internacionales dirigidos a la inclusión y prohibición de discriminación respecto a las nuevas tecnologías, que meramente enunciaremos: la declaración de Toronto sobre protección de derechos de igualdad y no discriminación en los sistemas de aprendizaje automático (o inteligencia artificial), presentada en mayo de 2018 por Amnistía Internacional, Access Now y otras organizaciones asociadas; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts.21 y 36); el Informe de la Comisión Europea “La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030, de la Comisión Europea; la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (abril 2021); o la Guía de Derechos Digitales aprobada por el Gobierno español en julio 2021; en un futuro, este será también uno de los ejes del Libro blanco de empleo y discapacidad, que sin duda marcará el futuro del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en condiciones de seguridad, igualdad y accesibilidad.

No está de más recordar que las pcd se enmarcan en una situación de fragilidad social, y, por ende, corren mayor riesgo de vulneración de sus derechos y libertades, lo que obliga a la incorporación de criterios inclusivos en todas las facetas de la vida, por supuesto también e incluso primordialmente en el derecho constitucional al trabajo, que garanticen igualdad y no

discriminación. Y en el camino hacia el pleno empleo jugarán un papel determinante la irrupción de tecnologías adaptadas, la robotización para terminar con barreras como la fuerza física o la consolidación del teletrabajo. Sin embargo, los avances tecnológicos no implican en todo caso un cambio de mentalidad social; tampoco bastará con garantizar el acceso igualitario, sino asegurar que los profesionales con discapacidad adquieran competencias digitales para conectar con las demandas de las empresas, formándose en alfabetización digital, programación, redes sociales y otros sectores en auge en los que siguen infrarrepresentados. No olvidemos tampoco que el 51% del colectivo de discapacitados no ha superado la barrera digital, presentando dificultades para desenvolverse en el entorno online por motivos económicos, técnicos o sociales. Por todo ello, habrá de procurarse una especial consideración en el diseño de programas que trabajen con datos o sistemas de Inteligencia Artificial que incluyan algoritmos teniendo en cuenta la discapacidad.

Todos estos aspectos son considerados en la Ley, que ofrece respuestas con novedosos instrumentos de las políticas de empleo: el catálogo de servicios garantizados, la personalización o individualización de la persona trabajadora o demandante de empleo, la formación y especialización del personal de los servicios de empleo y la modernización del Portal Único de empleo.

Echamos en falta alguna mención al teletrabajo, la nueva forma de empleo debutante tras la pandemia covid-19 y que ha cambiado por completo el mundo laboral tanto para pcd como para quienes no lo son. Una de las principales limitaciones para las pcd es la dificultad que estos podían tener, bien para desplazarse o bien para adecuar el puesto de trabajo a sus especialidades. Con la puesta en marcha del teletrabajo se ha facilitado que puedan realizar sus cometidos desde sus hogares y que con ello el desplazamiento hasta el centro o la, en ocasiones, difícil adaptación del puesto de trabajo no sea un impedimento para el acceso al empleo.

#### **4.1. Formación para la empleabilidad: la individualización de las personas trabajadoras y desempleadas**

Para favorecer la formación, corregir el estancamiento laboral, dotar a los trabajadores de mayores habilidades y aumentar la competencia, el art. 33 establece ambiciosos objetivos para la política de empleo, desde una perspectiva general, pero también con especial atención a los colectivos más desfavorecidos. Entre aquellos destacamos la consolidación del derecho a la formación; la mejora de las *“competencias profesionales y sus itinerarios de empleo y formación, especialmente las competencias digitales y de sostenibilidad”*; *acompañar los procesos de transformación digital*; y, particularmente, *“mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras, especialmente de las que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral”*.



Por ello, el artículo 56 pone a disposición un catálogo de servicios cuyo propósito es: elaborar un perfil individualizado que permita una evaluación de la persona que facilite diseñar posteriormente un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado. Esto requiere un diagnóstico previo de la situación inicial del usuario, que tendrá en cuenta sus habilidades, competencias, formación y experiencia profesional, también su edad o pertenencia a colectivos prioritarios, situación familiar, ámbito territorial, tiempo y motivos de desempleo, percepción de prestaciones o ayudas económicas a la activación y cualquier otra variable personal o social que pueda ser relevante, en función de sus necesidades y expectativas. Las personas dispondrán de su evaluación individual en el plazo más breve posible.

La finalidad que se pretende únicamente podrá lograrse con una tutorización individual y asesoramiento continuado y atención personalizada. Se prestará un servicio integral: facilitar la información y asesoramiento para la definición del currículo, información sobre la situación del mercado, necesidades de los sectores productivos, oferta formativa, movilidad laboral, geográfica o funcional y cuantas otras sean precisas.

Un itinerario o plan personalizado e individual exigirá la formalización de un acuerdo de actividad suscrito entre el servicio público de empleo y la persona usuaria, elaborado por el servicio de empleo y la colaboración con el interesado.

Resulta indiscutible que la personalización del trabajador o desempleado será una herramienta de primera magnitud para solventar problemas recurrentes que se vienen dando en el perfil del colectivo de pcd. Factores culturales (sobreprotección, creencias limitantes sobre la discapacidad, prejuicios, estereotipos, etc.), unidos a la ausencia de facilidades y recursos para que puedan desempeñar una ocupación con garantías. Estos obstáculos a la participación constituyen barreras de accesibilidad que tienen múltiples dimensiones: física, comunicativa, cognitiva.

De hecho, a tenor de estas barreras, el Informe ADECCO antes citado señala que un 57% de los encuestados manifiesta dificultades para buscar trabajo online (enviar su candidatura, registrarse en portales de empleo, etc.) y un 52% afirma desconocer o no sentirse cómodo realizando videoentrevistas, debido a los inconvenientes que encuentra en la instalación, manejo y funcionamiento de herramientas como digitales. Es un hecho que la digitalización ha trasladado importantes fases de búsqueda de empleo al ámbito online: desde el envío de la candidatura hasta la realización de entrevistas o dinámicas grupales.

Quienes aún no han superado la barrera tecnológica encuentran enormes dificultades para enfrentarse al proceso, siendo así de vital importancia realizar un acompañamiento personalizado que les dote competencias tecnológicas, así como de los recursos y capacidades, no solo para encontrar trabajo, sino para desenvolverse en el desempeño del puesto.

#### **4.2. Organización y formación del personal de los servicios de empleo: una premisa necesaria para garantizar los objetivos de la empleabilidad**

Del instrumento que acabamos de describir resulta un imponderable reforzar las capacidades del personal que deberá enfrentarse a los nuevos retos de la personalización. El reto que supone la correcta inclusión de las tecnologías y también de las nuevas figuras laborales previstas en la Ley es que se garantice el respeto de los derechos, lo cual precisa de una supervisión directa por el personal administrativo especializado, un importante y ya largo escollo en el sector profesional, público o privado que forma parte de los servicios de empleo.

De ahí el enorme valor que tienen las previsiones normativas referidas a la formación y cualificación del personal del Sistema Nacional de Empleo (de la nueva Agencia Española de Empleo y el personal al servicio de las entidades autonómicas o locales de empleo). El art. 29 se refiere a la dotación necesaria de los recursos humanos para la eficiencia del nuevo modelo de gestión del mercado de trabajo, especialmente el que requerirá la atención personalizada de los usuarios y la satisfacción de los servicios garantizados. Para ello, el art. 30 continúa resaltando el carácter de especialización y profesionalización del personal, la necesidad de adecuar a la Ley los planes de formación, que deben procurar perfiles técnicos y de gestión con la suficiente especialización en el desarrollo de políticas de empleo para dar respuesta a las nuevas realidades y a los diferentes perfiles demandantes de ocupación, incluidas las pcd. Para estos colectivos se prevé también la introducción de una formación específica en accesibilidad cognitiva para atender las especiales necesidades de las personas con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro autista. Tal y como el artículo 68 del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las pcd y de su inclusión social, los Servicios Públicos de Empleo (en adelante, SPE) diseñarán y pondrán en marcha acciones positivas dirigidas al colectivo. Según el perfil de las personas demandantes de servicios de empleo, serán objeto de las adaptaciones necesarias para su plena efectividad.

#### **4.3. La importancia de los datos y la necesidad de garantizar su adecuada protección como objetivo de las nuevas políticas de empleo inclusivas, particularmente en la automatización**

El innegable apoyo que ofrecen las nuevas tecnologías debe unirse a la supervisión de su correcto uso, del control y adaptación de los programas y del personal especializado para evitar sesgos discriminatorios y adaptar la nueva forma de concepción del empleo a las singularidades que en cada caso requiera. De ahí que en el proceso formativo será esencial, como la propia Ley se ocupa de recordarnos, el diseñar una adaptación en el proceso de datos que asegure la inclusión de las pcd en el empleo.

No está de más recordar que las nuevas tecnologías trabajan con datos, manejan información personal, que ha de ser tratada para un fin específico y con una finalidad concreta.

Por ello la norma dedica una especial atención al tratamiento de datos (art.16). Como no podía ser menos, una ley que pretende abordar e incluir de manera eficaz la realidad de evolución digital debía también ofrecer la respuesta a las principales cautelas para la garantía de los derechos digitales (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre).

Clarifica que los datos de carácter personal para la consecución de las finalidades de interés público previstas solamente serán los imprescindibles para el desarrollo y ejecución de las actuaciones, técnicas y procedimientos que se articulan en la política de empleo. En particular, los datos identificativos referentes a situación y actividad laboral, formación, protección social, situación socioeconómica, entre otros. Los datos recogidos se limitarán a los necesarios, de acuerdo con el principio de minimización de datos. Su recolección se hará previa información a los interesados sobre las condiciones, derechos y obligaciones del tratamiento, y de acuerdo con la finalidad del tratamiento, se conservarán los datos recogidos solo durante el tiempo necesario, siendo suprimidos transcurrido el periodo de conservación adecuado al fin para el que se consignaron.

Las tecnologías pueden ser un arma de doble filo cuando trabajan con datos personales y con el empleo de personas no todas iguales, con circunstancias específicas y especiales que hacen imperativo una adaptación adecuada de los programas que vayan a emplearse.

En las pcd, la protección de datos adquiere una especial relevancia debido a que la discapacidad en sí misma es un dato médico y ha de tratarse con las mayores garantías y precaución. De ahí la necesidad de recabar el consentimiento y el especial cuidado que requiere si la pcd expresa su condición en el proceso de selección. A esta regla básica da cumplida respuesta los artículos 4, 16, 43, 48, entre otros. Aunque el respeto por la protección de datos se encuentra presente en la totalidad del texto legislativo.

No olvidemos que los datos médicos son datos personalísimos, y en ningún caso hemos de ser obligados a revelarlos. A pesar de ello, la norma resalta a lo largo de su articulado la importancia de tener en cuenta la discapacidad en sus distintos instrumentos de empleabilidad. En mi opinión, quizá es cierto que nadie ha de ser obligado a poner de manifiesto que tiene una circunstancia especial como la discapacidad, pero sin revelar este dato, podría ser difícil cumplir las innovaciones previstas normativamente, desde el seguimiento individualizado, ofrecer unos servicios adaptados a su realidad, proteger especialmente una inclusión adecuada, justa y equitativa en el empleo, en la formación y en cualquiera otro aspecto en el cual la discapacidad debería ser un factor de discriminación positiva y actuación específica..

Otra cuestión de la máxima relevancia tiene que ver con los sesgos o la posible discriminación que puede sufrir el colectivo en los procesos de selec-

ción automatizada. De ahí que el art.22 RGPD prohíba la toma de decisiones sin intervención humana y, en su caso, de ser posible el tratamiento automatizado, salvaguardar los derechos y libertades del aspirante.

#### **4.4. Derecho algorítmico: el aprovechamiento de la inteligencia artificial en la prestación de los servicios de empleabilidad**

La trascendencia de los datos en la norma también se refleja en su utilización para la adopción de decisiones en la prestación de servicios “fundamentada en el análisis de datos, las evidencias estadísticas y el análisis del mercado de trabajo” (art.17). La información se volcará en el nuevo Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, instrumento técnico de coordinación del SNE, entre cuyas funciones está el establecimiento de protocolos para el registro de datos comunes y la integración de la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo (art.14). Se configura como una red de información común para toda la estructura pública y privada del empleo, organizada con una estructura de procesamiento de datos pertinentes eficaz, integrada y compatible, que deberá garantizar a los SPE el acceso y tratamiento masivo de datos para concretar los perfiles de los usuarios. También para el seguimiento, evaluación de resultados de las políticas activas de empleo y gestionar los servicios garantizados. De acuerdo con el art.69, en la medida de lo posible, los datos se presentarán de forma desagregada para los diferentes colectivos prioritarios.

Relevante es que este modelo exige prestar especial atención a la eliminación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad, para evitar discriminación directa o indirecta. La norma termina remitiendo al desarrollo reglamentario el conjunto de instrucciones que compondrán el algoritmo subyacente a las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas.

En este marco, merece atención la reforma y modernización del Portal Único de Empleo mediante “*el uso de inteligencia artificial*”, que deberá servir para la puesta en marcha de los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo. Todos ellos deben servir a los distintos Ejes que concreta la norma: orientación, formación, oportunidades de empleo, en concreto para pcd (Eje 4), la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, el emprendimiento y la mejora del marco institucional.

Del conjunto de estas previsiones relativas a los datos bien podemos decir que la nueva Ley de Empleo es una de las primeras manifestaciones en España del “Derecho algorítmico”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. y GUZMÁN, M., en línea en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/asi-es-la-nueva-ley-de-empleo/>

#### **4.5. Los mecanismos para el control de la empleabilidad**

Para terminar, la norma prevé también el uso de herramientas tecnológicas para identificar las evidencias estadísticas que permitan mejorar la empleabilidad, también basadas en el análisis de datos, estadísticas y de mercado. El fin último es la identificación de las principales dificultades para el acceso al empleo de los usuarios. Con una nueva remisión a la prioridad de la no discriminación, entre otras, por razón de la discapacidad (arts. 37 y 39).

En esta función, la norma se refiere a la intermediación laboral, con un elenco de acciones destinadas a proporcionar empleos adecuados a las características específicas de cada sujeto y así también facilitar a las entidades empleadoras trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades. La selección para un puesto se ejecutará evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad. Todo el proceso ha de avalar una igualdad real y efectiva y la no discriminación de acceso.

En este sentido, se reitera como medida de acción positiva la generación de mercados de trabajo inclusivos y la ejecución de programas especiales para facilitar la empleabilidad de colectivos más desfavorecidos.

A fin de dar cumplimiento al respeto de todos estos principios, cuando sea necesario, los SPE se coordinarán con los servicios sociales para proporcionar una mejor atención. La condición de colectivo prioritario determinará el establecimiento de objetivos cuantitativos y cualitativos, con perspectiva de género. Así mismo, y en la medida de lo posible, las metas a cumplir se establecerán de forma dividida y específicamente para cada uno de los colectivos prioritarios.

### **5. BIBLIOGRAFÍA**

Confederación Española de Pcd Física y Orgánica (COCEMFE), IA for Good: cómo la Inteligencia Artificial puede ayudar a las personas, recurso en línea, de 7 de octubre, 2022, <https://www.cocemfe.es/informate/noticias/cocemfe-destaca-la-importancia-de-la-inteligencia-artificial-para-las-personas-con-discapacidad/>, recuperado el 13 de enero de 2023.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, de 9 septiembre 2022.

Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial, de 22 de mayo de 2019, OCDE/JURÍDICO/0449, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-044>.

Guía de Derechos Digitales, de 21 de julio de 2021, Chrome extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/[https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf).

- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, Bruselas, 21 de abril de 2021, COM (2021) 206 final, 2021/0106(COD).
- El Cronista, número 100, septiembre-octubre 2022, Inteligencia Artificial y Derecho, páginas 7 a 9.
- Convención de la Discapacidad, Inteligencia Artificial y Pcd desde una visión exigente de derechos humanos, de 14 de mayo de 2020, <http://www.convenciondiscapacidad.es/2020/05/14/inteligencia-artificial-y-personas-con-discapacidad-desde-una-vision-exigente-de-derechos-humanos/>, recurso en línea, recuperado el 13 de enero de 2023.
- Convención de la Organización Naciones Unidas sobre Derechos de las Pcd, aprobada en fecha 13 de diciembre de 2006, ratificado en España y publicado en BOE en fecha 21 de abril de 2008, BOE-A-2008-6963.
- Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), Publicado en: «DOUE» núm. 119, de 4 de mayo de 2016, páginas 1 a 88 (88 págs.), DOUE-L-2016-80807.
- García-Romero de Tejada, C., Inteligencia artificial e inclusión laboral de pcd, julio 2021.
- Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Real Patronato sobre Discapacidad, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, El nuevo Libro blanco de empleo y discapacidad buscará la participación de las mujeres con discapacidad en condiciones de seguridad, igualdad y accesibilidad, de 21 de marzo de 2022, <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/actualidad/noticias/0-49324.htm>, recurso en línea, recuperado el 17 de enero de 2023.
- 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, «BOE» núm. 9, de 11 de enero de 2023, BOE-A-2023-625, <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/01/10/1/con>.
- Recurso en línea, página web oficial Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colectivos de atención prioritaria de la política de empleo, Rosario Cristóbal Roncero, publicado el 8 de marzo de 2023, <https://www.aedtss.com/colectivos-de-atencion-prioritaria-de-la-politica-de-empleo>.
- La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

LOS RETOS ACTUALES Y FUTUROS EN LA FORMACIÓN  
Y CUALIFICACIÓN DE LA GENTE DE MAR ANTE LA  
DIGITALIZACIÓN Y LA AUTOMATIZACIÓN DE BUQUES<sup>1</sup>

MARÍA GORROCHATEGUI POLO

*Becaria Predoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea  
maría.gorrochategi@ehu.eus*

---

<sup>1</sup> Esta comunicación ha sido ejecutada con cargo al proyecto de investigación financiado por el MCIU-Proyectos de investigación no orientada titulado “*El régimen jurídico del transition Law y su impacto sobre los derechos laborales de los trabajadores en mares y océanos*” (ref. PID2021-124045NB-C31) y del Grupo UPV/EHU “*Derecho transnacional del trabajo y transporte*” (ref. GIU 21/014).

## **SUMARIO**

1. CONTEXTUALIZACIÓN: EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE MARÍTIMO Y LA AUTOMATIZACIÓN DE LOS BUQUES. 1.1. Quid sobre los buques autónomos. 1.2. Disrupción tecnológica versus disrupción humana. 2. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA APLICABLE EN MATERIA DE CUALIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE LA GENTE DE MAR Y DE LAS REFORMAS NECESARIAS PARA ADAPTARSE A LOS RETOS DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO. 2.1. El marco jurídico existente en materia de la formación de la gente de mar. 2.2. ¿Una normativa adaptada a los retos de la digitalización? 3. LAS POSIBLES NECESIDADES DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL LIGADAS A LA PROLIFERACIÓN DE LOS BUQUES AUTÓNOMOS Y DE LA DIGITALIZACIÓN DEL SECTOR DEL TRANSPORTE MARÍTIMO. 4. CONCLUSIÓN. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



## 1. CONTEXTUALIZACIÓN: EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE MARÍTIMO Y LA AUTOMATIZACIÓN DE LOS BUQUES

El trabajo en el mar no es ajeno a la evolución tecnológica. La digitalización<sup>2</sup> y otros desarrollos tecnológicos –como la automatización, la robotización o la implementación de la inteligencia artificial– también han impactado en el trabajo a bordo de buques<sup>3</sup>. Una de las cuestiones más disruptivas que ha traído la aplicación de los avances tecnológicos al sector del transporte es la aparición de los medios de transporte marítimo autónomos. Si bien reciben mucha menos atención pública y mediática que la industria aeronáutica y los drones o que la industria del automóvil y los vehículos autónomos, constituyen hoy en día una realidad<sup>4</sup>. Desde que en el año 2018 apareciera el primer prototipo de buque autónomo de la flota mercante mundial -el “Yara Birke-land” del grupo noruego KONGSBERG<sup>5</sup>- son varias las empresas del sector naval que se han interesado en los buques autónomos<sup>6</sup>, así como numerosos los proyectos que se han ido desarrollando y están siendo probados en la ac-

---

<sup>2</sup> Conviene distinguir la digitalización -que se refiere a la transformación de procesos y modelos derivada de cambios digitales y de posibles disrupciones- de la digitación, que se refiere a la mera transformación de medios analógicos en digitales. *Vid.*, HSBA, “Seafarers and digital disruption. The effect of autonomous ships on the work at sea, the role of seafarers and the shipping industry”, *Study prepared for the International Chamber of Shipping*, 2018, p. 8.

<sup>3</sup> CARRIL VÁZQUEZ, X. M. y FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Breves consideraciones sobre el impacto de los avances tecnológicos aplicables al buque desde una perspectiva iuslaboralista”, en VV.AA., *El Derecho Marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 226.

<sup>4</sup> HSBA, “Seafarers and digital disruption. The effect of autonomous ships on the work at sea, the role of seafarers and the shipping industry”, *cit.*, p. 11. Como indica la Comisión Europea, el hecho de estar más alejados del mercado de consumo sea quizá la razón por la que la automatización de buques sea menos visible públicamente. *Vid.*, COMISIÓN EUROPEA, “*STRIA Roadmap on Connected and Automated Transport: Road, Rail and Waterborne*”, 2019, p. 115.

<sup>5</sup> Yara, “The first ever zero emisión, autonomous ship”, 14 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.yara.com/knowledge-grows/game-changer-for-the-environment/> (Última consulta: 25 de marzo de 2023).

<sup>6</sup> Entre ellas, la división marítima de la empresa británica Rolls-Royce, que dirige el proyecto AAWA (Advanced Autonomous Waterborne Applications Initiative) cuyo objetivo es elaborar la próxima generación de soluciones avanzadas para buques que redefinirán la industria marítima. *Vid.*, Rolls-Royce PLC, “Autonomous ships: The next steps”, Marine, 2016. Disponible

tualidad en diferentes zonas del mar –entre ellos, sirvan de ejemplo el buque “Falco” de Rolls-Royce y Finferries que conecta los puertos finlandeses de Parainen y Nauvo<sup>7</sup>; el buque portacontenedores “Zhi Fei” construido en China por Qingdao Shipyard<sup>8</sup> o el buque “Suzaku” desarrollado por el Consorcio *Designing the Future of Full Autonomous Ship*<sup>9</sup> que ha sido capaz de recorrer de forma autónoma los casi ochocientos kilómetros que separan las bahías de Tokio e Ise en Japón–.

Si bien son muchos los beneficios aparejados a la utilización de buques autónomos –entre otros, la disminución de costes derivados tanto del mayor aprovechamiento del espacio a bordo al eliminar los lugares destinados a la dotación del buque como de la disminución de los costes de la tripulación o mejorar la seguridad marítima al disminuir el error humano–, su uso también plantea una serie de retos en materia de ciberseguridad y de seguridad relacionada con la falta de tripulación a bordo y el posible aumento de los actos de piratería; escollos jurídicos en el marco regulatorio existente así como importantes consecuencias en materia de empleo para la gente de mar<sup>10</sup>.

### 1.1. Quid sobre los buques autónomos

Desde el año 2017, el Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional (OMI) viene trabajando en determinar el modo de abordar los buques autónomos en los instrumentos de la OMI para garantizar un funcionamiento en condiciones de seguridad, protección y con la debida consideración del medio ambiente marino, dados los avances que se estaban llevando a cabo en el desarrollo de los mismos. A tal fin, el Comité de Seguridad Marítima decidió adoptar una actitud anticipadora y llevar a cabo –como punto de partida– un estudio exploratorio sobre la regulación de los buques autónomos, identificando las posibles afectaciones y lagunas que podría presentar el marco normativo actual en relación con dichos buques, con el objetivo de determinar la manera de introducir en los instrumentos de la OMI que competen al Comité de Seguridad Marítima la operación de los buques

---

en: <https://www.rolls-royce.com/~~/media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/aawa-whitepaper-210616.pdf> (Última consulta: 25 de marzo de 2023).

<sup>7</sup> Mundo Marítimo, “Rolls-Royce y Finferries prueban exitosamente primer ferry totalmente autónomo del mundo”. Disponible en: <https://www.mundomaritimo.cl/noticias/rolls-royce-y-finferries-prueban-exitosamente-primer-ferry-totalmente-autonomo-del-mundo> (Última consulta: 25 de marzo de 2023).

<sup>8</sup> The Maritime Executive, “China Launches its First Autonomous Container Ship Service”, 25 de abril de 2022. Disponible en: <https://maritime-executive.com/article/china-reports-first-autonomous-containership-entered-service> (Última consulta: 25 de marzo de 2023).

<sup>9</sup> The Nippon Foundation, “5th Demonstration Test of Fully Autonomous Ship Navigation Successfully Completed”, 1 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.nippon-foundation.or.jp/en/news/articles/2022/20220301-67775.html> (Última consulta: 25 de marzo de 2023).

<sup>10</sup> UNCTAD, “Legal issues and regulatory developments”, *Review of Maritime Transport* 2019, 31 de enero de 2020, p. 83.

autónomos<sup>11</sup>. De este modo, sería posible determinar las reglas de la OMI que impiden las operaciones sin dotación o tripulación a bordo; las reglas que no se aplicarían a las operaciones sin dotación -al referirse exclusivamente a la presencia humana a bordo- y las reglas que no impiden las operaciones sin dotación pero que tendrían que ser enmendadas para garantizar las operaciones de los buques autónomos en condiciones de seguridad y protección<sup>12</sup>.

Como punto de partida del estudio exploratorio se acordó elaborar una metodología y un plan de trabajo y se convino en la necesidad de que el estudio definiera el concepto de buque autónomo y abordara los diferentes niveles de automatización, esto es, desde los buques semiautónomos que servían de ayuda a la tripulación, hasta los buques completamente autónomos que asumían todas las facetas de la navegación y no precisaban de dotación permanente<sup>13</sup>.

A efectos de este estudio, los buques autónomos de superficie (*Maritime Autonomous Surface Ship* o “MASS”) se definieron como aquellos que, en diversos grados, pueden funcionar sin la dependencia de la interacción humana<sup>14</sup>. Del mismo modo, se identificaron cuatro grados de autonomía<sup>15</sup>: el primero de ellos corresponde a los buques con procesos automatizados y apoyo en la toma de decisiones, en los que la gente de mar está a bordo para operar y controlar los sistemas y las funciones de a bordo si bien existen algunas operaciones que pueden estar automatizadas y, en ocasiones, no precisan ser supervisadas. El segundo grado de autonomía corresponde a aquellos buques que se operan y controlan a distancia, esto es, desde otro emplazamiento y que cuentan con procesos automatizados por lo que disponen de una tripulación reducida a bordo disponible para tomar el control. El tercer grado de autonomía corresponde a los buques operados y controlados desde otro emplazamiento, sin gente de mar a bordo. Y finalmente, el último grado de autonomía corresponde a aquellos buques completamente autónomos,

---

<sup>11</sup> OMI, Informe del Comité de Seguridad Marítima correspondiente a su 98º período de sesiones, MSC 98/23, de 28 de junio de 2017, p. 87.

<sup>12</sup> OMI, Informe del Comité de Seguridad Marítima correspondiente a su 99º período de sesiones, MSC 99/22, de 5 de junio de 2018, p. 32.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 33.

<sup>14</sup> Esta es la definición que ha sido utilizada por el Comité de Seguridad Marítima de la OMI para llevar a cabo el estudio exploratorio sobre la reglamentación. *Vid.*, OMI, Informe del Comité de Seguridad Marítima correspondiente a su 100º período de sesiones, Anexo 2 sobre el marco del estudio exploratorio sobre la reglamentación para el uso de buques marítimos autónomos de superficie (MASS), MSC 100/20/Add.1, de 10 de enero de 2019, p. 1.

<sup>15</sup> OMI, Informe del Comité de Seguridad Marítima correspondiente a su 100º período de sesiones, Anexo 2 sobre el marco del estudio exploratorio sobre la reglamentación para el uso de buques marítimos autónomos de superficie (MASS), MSC 100/20/Add.1, de 10 de enero de 2019, p. 1. Más allá de los cuatro grados de autonomía identificados por la OMI existen otras clasificaciones propuestas por diferentes organizaciones como Lloyd's Register, Rolls-Royce o Bureau Veritas. Puede encontrarse un cuadro resumen en VV.AA. “Safety challenges related to autonomous ships in mixed navigational environments”, *WMU Journal of Maritime Affairs*, núm. 21, 2022, pp. 144-148.

capaces de tomar decisiones y ejecutar acciones de manera independiente y que, por tanto, no requieren intervención humana alguna, ni a bordo ni desde otro emplazamiento.

Cabe señalar que mientras se llevaba a cabo el estudio exploratorio y ante el creciente número de prototipos y desarrollos tecnológicos que multiplicaban el número de pruebas que se realizaban a nivel mundial con buques autónomos, el Comité de Seguridad Marítima aprobó unas directrices relativas a los ensayos de los buques MASS, dirigidas a asistir tanto a las autoridades pertinentes como a las partes interesadas que llevaran a cabo ensayos de los sistemas e infraestructuras de tales buques<sup>16</sup>. Finalmente, durante el 103º periodo de sesiones celebrado en mayo de 2021, el Comité de Seguridad Marítima aprobó los resultados del estudio exploratorio sobre la reglamentación para el uso de buques MASS que permite establecer, para todos los grados de autonomía, la afectación de las operaciones de los MASS para cada uno de los instrumentos de la esfera del Comité de Seguridad Marítima<sup>17</sup>. En las conclusiones de dicho estudio se identifican cuestiones e instrumentos de prioridad alta, esto es, materias que resultan fundamentales para incorporar la navegación de los MASS en el marco reglamentario de forma segura y eficaz<sup>18</sup>. Entre tales cuestiones, el “elemento humano” ocupa un lugar privilegiado, toda vez que la gente de mar se identifica como uno de los colectivos más afectados por la automatización de los buques. Por ello, no resulta sorprendente que –entre las cuestiones prioritarias– se aluda a la necesaria redefinición de algunas funciones y responsabilidades de la gente de mar y, entre los instrumentos a enmendar con alta prioridad, se encuentre –entre otros– el Convenio sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar de 1978 (STCW<sup>19</sup>).

## 1.2. Disrupción tecnológica versus disrupción humana

Si bien es cierto que la industria marítima parece estar dispuesta a invertir y que las tecnologías parecen ser en su mayoría funcionales, la carrera hacia la automatización total de los buques plantea numerosas interrogantes<sup>20</sup>. Tal y como indica el Prof. CHAUMETTE, más allá de la disrupción tecnológica

<sup>16</sup> OMI, Directrices provisionales relativas a los ensayos de los MASS, MSC.1/Circ.1604, Anexo, de 14 de junio de 2019, p. 1.

<sup>17</sup> OMI, Resultados del estudio exploratorio sobre la reglamentación para el uso de buques marítimos autónomos de superficie (MASS), MSC.1/Circ.1638, de 3 de junio de 2021.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>19</sup> OMI, Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar (STCW), adoptado en Londres el 7 de julio de 1978 y en vigor desde el 28 de abril de 1984. Disponible en: [https://www.imo.org/es/About/Conventions/Paginas/International-Convention-on-Standards-of-Training,-Certification-and-Watchkeeping-for-Seafarers-\(STCW\).aspx](https://www.imo.org/es/About/Conventions/Paginas/International-Convention-on-Standards-of-Training,-Certification-and-Watchkeeping-for-Seafarers-(STCW).aspx) (Última consulta: 25 de marzo de 2023).

<sup>20</sup> DA COSTA GOMES, M. J., “Navios autónomos e abalroação. Breves notas”, en AA.VV., *El Derecho Marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 1138.

que suponen los buques autónomos, la verdadera disrupción se produce en la transformación de la ocupación humana de los océanos<sup>21</sup>. Sin embargo, la industria marítima y su particular contexto jurídico se muestra muy sensible a la rentabilidad a la par que despreocupada por las condiciones de trabajo de la gente de mar<sup>22</sup>.

Los buques autónomos no son buques convencionales sin tripulación, sino un nuevo tipo de buque con menos tripulantes pero altamente cualificados, que controlan a bordo un número -cada vez mayor- de funciones y operaciones autónomas, que muy probablemente pasen a llevarse a cabo desde puestos de control remotos situados en tierra<sup>23</sup>. Por ello, la progresiva introducción de los buques autónomos supondrá que, en un primer momento, se reduzcan los efectivos a bordo<sup>24</sup> si bien, posteriormente, se prevé que muchas de las funciones que hoy se realizan a bordo de los buques pasen a realizarse -en todo o en parte- desde tierra<sup>25</sup>, en los denominados “*fleet centres*”, creándose nuevos puestos de trabajo<sup>26</sup>. Ello ha generado un importante debate entre aquellas personas tecno-escépticas, que consideran la transformación digital como una amenaza para las profesiones marítimas por la pérdida de empleos que puede llegar a generar y la amenaza que representa para la seguridad marítima; y aquellas personas tecno-optimistas, que observan la disrupción tecnológica como una oportunidad para mejorar las condiciones de vida y trabajo de la gente de mar, amén de la seguridad marítima<sup>27</sup>.

Sea como fuere, queda fuera de todo debate el hecho de que la introducción de nuevas tecnologías en la industria marítima y la paulatina automatización de los buques requiere preparar, capacitar y, en su caso, recualificar a la gente de mar en las competencias digitales que serán necesarias para la navegación y el funcionamiento de los nuevos buques. La cualificación y las aptitudes de la gente de mar tendrán que evolucionar no solo para satisfacer la nueva demanda de competencias digitales, sino también para garantizar la empleabilidad de la gente de mar.

---

<sup>21</sup> CHAUMETTE, P., “Navire du futur : les conditions de travail des navigants au commerce, avant leur mise à terre ?”, *Neptunus*, vol. 25, 2019, p. 2.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>23</sup> WORLD MARITIME UNIVERSITY, “Transport 2040: Automation, Technology, Employment – The Future of Work”, 2019, p. 83.

<sup>24</sup> COMISIÓN EUROPEA, “Study on the social dimension of the transition to automation and digitalization in transport, focusing on the labour force”, Final Report, 2021, p. 134.

<sup>25</sup> KARIMA SARI, N., BALDAUF, M. y KITADA, M., “E-Navigation or Autonomous Navigation – Quo Vadis?”, *Maritime Safety International Conference*, 2018, pp. 51-52.

<sup>26</sup> COMISIÓN EUROPEA, “Study on the social dimension of the transition to automation and digitalization in transport, focusing on the labour force”, Final Report, 2021, p. 134.

<sup>27</sup> COBO, C., *La innovación pendiente. Reflexiones (y provocaciones) sobre educación, tecnología y conocimiento*, Ed. Colección fundación Ceibal-Debate, 2016, pp. 183.

## 2. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA APLICABLE EN MATERIA DE CUALIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE LA GENTE DE MAR Y DE LAS REFORMAS NECESARIAS PARA ADAPTARSE A LOS RETOS DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO

Las profesiones marítimas están fuertemente reglamentadas y su regulación depende -al igual que sucede en el sector aéreo- de organismos internacionales con competencias específicas en la materia, en concreto, de la OMI. Además, para entender la regulación relativa a la capacitación y formación de la gente de mar debe tenerse en cuenta la incidencia de los desastres marítimos que tuvieron lugar en los años 90 del siglo pasado, que convirtieron a la seguridad marítima en un aspecto central de la regulación del Derecho del mar. Por ello, existe una fuerte conexión entre el conjunto de normas dedicadas a la formación de la gente de mar y aquellas destinadas a la seguridad marítima<sup>28</sup>.

### 2.1. El marco jurídico existente en materia de la formación de la gente de mar

Los estándares mínimos en materia de formación y certificación de la gente de mar se regulan -a nivel internacional- por el Convenio sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar de la OMI, que entró en vigor en 1984. Se trata del primer texto normativo que vino a establecer prescripciones básicas en esta materia. Con anterioridad a su promulgación, cada Estado establecía sus propias normas de formación, titulación y guardia aplicables a los oficiales y marineros, sin remitirse -en general- a las prácticas de otros países. Esto suponía que las normas y procedimientos fueran muy dispares, pese a que el transporte marítimo es el más internacional de todos los sectores económicos. El Convenio ha sido enmendado de forma sustancial en dos ocasiones, la primera en el año 1995<sup>29</sup> y la segunda, en el año 2010 (enmiendas de Manila<sup>30</sup>).

La mencionada regulación internacional ha tenido una fuerte influencia en la regulación relativa a la formación de la gente de mar en el Derecho de

<sup>28</sup> FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 35-36. CHARBONNEAU, A., *Marché International du Travail Maritime. Un cadre juridique en formation*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 209.

<sup>29</sup> Con ocasión de esta revisión, se produce la división del Convenio en una Parte A de disposiciones obligatorias y una Parte B de recomendaciones. Sobre el particular, *vid.*, CHARBONNEAU, A., *Marché International du Travail Maritime. Un cadre juridique en formation*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 210.

<sup>30</sup> Un resumen sobre las principales novedades introducidas por las enmiendas de Manila puede encontrarse en RODRIGO DE LARRUCEA, J., "Las enmiendas de Manila 2010 al Convenio STCW 78/95: Un nuevo perfil formativo para la gente de mar", 2013. Disponible en: <https://upcommons.upc.edu/handle/2117/18234> (Última consulta: 25 de marzo de 2023).

la Unión Europea. En efecto, existe un importante conjunto normativo en el ámbito de la UE destinado a la regulación de los aspectos relativos a la formación y a la cualificación de la gente de mar que se encuentra vinculado a la labor desarrollada desde la OMI en materia de seguridad marítima<sup>31</sup>. Son dos las razones que han motivado a las instituciones comunitarias a adoptar normas en materia de formación y cualificación de la gente de mar europea. Por un lado, razones relativas a la seguridad marítima. Dado que gran parte de los accidentes marítimos acaecidos traían causa de errores humanos derivados de la forma de formación y preparación, ello motivó a las instituciones comunitarias a priorizar la regulación exhaustiva de los aspectos relativos a la formación y cualificación de la gente de mar para preservar la seguridad marítima<sup>32</sup>. Y por otro lado, a razones estratégicas y de competitividad, ya que la supresión de los obstáculos relativos a la libre circulación de este colectivo de trabajadores –facilitando la homologación y el reconocimiento de títulos marítimos de otros Estados miembros y también de terceros Estados mediante el establecimiento de normas homogéneas– y la mayor capacitación de la gente de mar de origen comunitario permite mantener y afianzar la competitividad de las navieras europeas a nivel mundial<sup>33</sup>.

Así, la formación y capacitación de la gente de mar que presta sus servicios a bordo de buques que enarbolan el pabellón de un Estado miembro<sup>34</sup>, viene regulada por la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas<sup>35</sup>. Esta Directiva incorpora el Convenio STCW al Derecho de la Unión para lograr una aplicación armonizada de los compromisos internacionales mediante la adaptación de las normas de la UE en la materia a las disposiciones del Convenio STCW<sup>36</sup>. Cabe destacar que la Directiva 2008/106/CE ha sido modificada en varias ocasiones. En un primer

---

<sup>31</sup> FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Gente de mar en el Derecho de la Unión Europea, ob. cit.*, p. 161.

<sup>32</sup> LÓPEZ RUBIA, E., “La formación y capacitación de los trabajadores de los distintos sectores del transporte como elemento fundamental entre la consecución del mercado interior y el impulso de la movilidad de trabajadores europeos”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Dir.), *Los trabajadores del transporte en el Derechos de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 95.

<sup>33</sup> FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Gente de mar en el Derecho de la Unión Europea, ob. cit.*, p. 39.

<sup>34</sup> Se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/106/CE y -como se verá después- de la Directiva (UE) 2022/993, aquellas personas que presten servicios en buques de guerra, unidades navales auxiliares y otros tipos de buques de los que sea propietario un Estado miembro o empresa explotadora y estén dedicados exclusivamente servicios gubernamentales de carácter no comercial; buques pesqueros; yates de recreo no utilizados comercialmente y buques de madera de construcción primitiva.

<sup>35</sup> DOUE L 323, de 3 de diciembre de 2008. Esta Directiva constituye la versión refundida de la Directiva 94/58/CE, de 22 de noviembre, relativa al nivel mínimo de formación en profesiones marítimas (DOUE L 319, de 12 de diciembre de 1994), que fue la primera en incorporar a la legislación de la UE el Convenio STCW.

<sup>36</sup> *Vid.*, Considerandos 7 a 9 de la Directiva 2008/106/CE.

momento, se modificó mediante la Directiva 2012/35/UE, de 21 de noviembre<sup>37</sup>, que introdujo las enmiendas de Manila de 2010 al Convenio STCW. Desde el año 2010 hasta la actualidad, han tenido lugar varias modificaciones del Convenio STCW<sup>38</sup> que, sumadas a la entrada en vigor en el año 2013 del Convenio refundido sobre trabajo marítimo, 2006, de la OIT (MLC 2006) –que también incluye aspectos relativos a la formación y cualificación de la gente de mar, así como en relación con el debido control por parte de los Estados concernidos (Estado del pabellón y Estado del puerto) con respecto a las titulaciones y cualificaciones de aquéllos– y la progresiva incorporación de su contenido al Derecho de la UE a través de diversos instrumentos normativos<sup>39</sup>, justificaron la adopción de un nuevo instrumento: la Directiva (UE) 2019/1159, 20 de junio de 2019<sup>40</sup>, que modifica ciertos aspectos relativos al reconocimiento mutuo de títulos expedidos por los Estados miembros<sup>41</sup>. Para una mayor claridad y racionalidad de la norma, las instituciones europeas procedieron -nuevamente- a la codificación de las diversas modificaciones efectuadas a la Directiva 2008/106/CE mediante la aprobación de la Directiva (UE) 2022/993, de 8 de junio de 2022, relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas<sup>42</sup>.

Finalmente, en lo que respecta al plano nacional, el Real Decreto 269/2022, de 12 de abril, por el que se regulan los títulos profesionales y de competencia de la Marina Mercante<sup>43</sup>, regula las condiciones específicas para obtener los títulos profesionales y de competencia que habilitan para ejercer a bordo y, por ende, formar parte de la dotación de los buques civiles españoles así como los procedimientos de expedición, refrendo y revalidación de dichos títulos y los requisitos con los que tiene que cumplir esa formación<sup>44</sup>.

<sup>37</sup> DOUE L343, de 14 de diciembre de 2012.

<sup>38</sup> Entre ellas, en el año 2015 se adoptaron enmiendas al Convenio STCW sobre los requisitos de formación y titulación para la gente de mar que trabaja a bordo de buques sujetos al Código internacional de seguridad para los buques que utilicen gases u otros combustibles de bajo punto de inflamación (Código IGF). En el año 2016, se aprobaron enmiendas al Convenio STCW relativas a la formación y titulación de la gente de mar que trabaja a bordo de buques de pasaje y a bordo de buques que operan en aguas polares.  *Vid., FOTINOPOULOU BASURKO, O., Gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 38-39.

<sup>39</sup> Sobre la incorporación del MLC 2006 al Derecho de la UE,  *vid., FOTINOPOULOU BASURKO, O., “The European Union’s role in the implementation of the Maritime Labour Convention 2006”, Revue de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale (English Electronic Edition)*, núm. 3, 2013, pp. 92-103 ; FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La mise en oeuvre effective de la CTM 2006 dans les États membres: Dépendra-t-elle du rôle normatif joué par l’Union européenne en la matière?”,  *Revue de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, núm. 2, 2013, pp. 66-78.

<sup>40</sup> DOUE L 188, de 12 de julio de 2019.

<sup>41</sup> Se puede consultar un análisis del texto de esta Directiva en FOTINOPOULOU BASURKO, O., “La profesión de marino como profesión reglamentada: la Directiva 2019/1159 sobre el nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas y el reconocimiento mutuo de títulos”, en  *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2019, pp. 1133-1145.

<sup>42</sup> DOUE L 169, de 27 de junio de 2022.

<sup>43</sup> BOE núm. 88, de 13 de abril de 2022.

<sup>44</sup> Este disposición viene a sustituir al Real Decreto 973/2009, de 12 de junio, por el que se regulan las titulaciones profesionales de la Marina Mercante (BOE núm. 159, de 2 de julio



Este Real Decreto sigue lo dispuesto tanto en el Convenio STCW, como en la Directiva 2008/106/CEE que transpone al ordenamiento jurídico español, incluyendo las modificaciones efectuadas sobre la misma y concretamente, las modificaciones llevadas a cabo por la Directiva (UE) 2019/1159.

## 2.2. ¿Una normativa adaptada a los retos de la digitalización?

La Directiva (UE) 2022/993 establece las normas en materia de formación y competencia que deben cumplir los aspirantes para que les sean expedidos o revalidados los títulos que les permitan ejercer las funciones en él consignadas, ajustándose dicha norma a los requisitos establecidos en el Convenio STCW<sup>45</sup>. A tal fin, la Directiva establece los requisitos mínimos aplicables para la expedición y revalidación de los títulos de competencia o certificados de suficiencia correspondientes a ciertas categorías de marino, como son, los capitanes y primeros oficiales de puente; jefes y primeros oficiales de máquinas; determinadas categorías de marineros y el personal del servicio de radiocomunicaciones y radioperadores. En términos generales, los requisitos mínimos aplicables a las titulaciones se refieren tanto a exigencias mínimas de edad<sup>46</sup>, como al cumplimiento de determinados periodos de embarco<sup>47</sup> y a la satisfacción de formaciones específicas que cumplan con las

---

de 2009) con el objetivo de introducir en el ordenamiento jurídico español las modificaciones necesarias para dar cumplimiento a todos los preceptos del Convenio STCW y de las Directivas europeas relacionadas con los títulos profesionales de la Marina Mercante. En concreto, la nueva redacción del texto persigue una triple finalidad: en primer lugar, refundir las modificaciones realizadas y aclarar aquellos preceptos que hayan podido suscitar dudas, actualizando los contenidos de un modo más ordenado e integrador. En segundo lugar, resolver algunas de las deficiencias detectadas por la inspección de la Agencia Europea de Seguridad Marítima (EMSA) en la transposición de la Directiva 2012/35/UE; y por último, transponer al ordenamiento español la Directiva (UE) 2019/1159.

<sup>45</sup> Igualmente -si bien no se abordará en el presente estudio- la Directiva regula tanto el sistema de reconocimiento mutuo de los títulos y certificados expedidos por Estados miembros a la gente de mar, determinándose qué títulos deben reconocerse mutuamente para permitir que la gente de mar certificada por un Estado miembro trabaje a bordo de buques que enarbolen el pabellón de otro Estado miembro (artículo 6 de la Directiva); como el sistema de reconocimiento de títulos expedidos por terceros países, estableciéndose al respecto una serie de procedimientos y criterios comunes para el reconocimiento por los Estados miembros de los títulos de la gente de mar expedidos por terceros países, basados en los requisitos de formación y titulación acordados en el marco del Convenio STCW (Artículo 20 y Anexo II de la Directiva). Sobre la cuestión, *vid. en extenso FOTINOPOULOU BASURKO, O., Gente de mar en el Derecho de la Unión Europea, ob. cit.*, pp. 94-98.

<sup>46</sup> A título de ejemplo, cabe señalar que, para los marineros que formen parte de la guardia de navegación en un buque, la edad mínima que debe tener todo aspirante al título es de 16 años de edad; para los marineros de primera de puente es de 18 años, mientras que para los capitanes es de 20 años. Al respecto, *vid.*, Regla II del Convenio STCW.

<sup>47</sup> En la Regla III del Convenio STCW relativa a la Sección de Máquinas se dispone como requisito mínimo aplicable a todo aspirante al título de jefe de máquinas haber completado un periodo de embarco de duración no inferior a 24 meses, de los cuales 12 meses cuando menos estando ya cualificado para prestar servicio como primer oficial de máquina.  *Vid.*, Regla III/3 del Convenio STCW.

normas de competencia –para la titulación de que se trate– establecidas en el cuadro correspondiente del Código STCW.

Igualmente, se establecen unos requisitos especiales para el personal que preste servicios en determinados tipos de buque. La formación del personal –capitanes, oficiales, marineros y demás personal– que preste servicios en buques petroleros, quimiqueros, buques tanque para el transporte de gas licuado, buques regidos por el Código IGF, buques que operen en aguas polares y buques de pasaje deberá cumplir con los requisitos mínimos establecidos específicamente en la Regla V del Convenio STCW. Por último, se establecen una serie de requisitos mínimos de familiarización, formación e instrucción en materia de seguridad, protección, atención médica y supervivencia para toda la gente de mar<sup>48</sup>. Cuando dichas formaciones no estén incluidas entre las cualificaciones del título que vaya a expedirse, se deberá expedir un certificado de suficiencia que de fe de que el titular ha participado en un curso de formación sobre la materia en cuestión.

Como se puede comprobar de lo expuesto hasta ahora, ni las normas elaboradas a nivel internacional ni las normas elaboradas a nivel europeo –dependientes de las anteriores– comulgan con los retos de cualificación necesarios a los que se enfrentan los profesionales de este sector industrial ante la automatización y la digitalización de los buques pues no hay rastro de las competencias digitales entre los requisitos mínimos establecidos para las distintas categorías de marino en el Código STCW. La existencia de una brecha entre los estándares mínimos exigidos por el Convenio STCW y las competencias digitales avanzadas necesarias para garantizar la empleabilidad de la gente de mar ha sido puesta de manifiesto en el estudio exploratorio sobre la reglamentación para el uso de los buques MASS elaborado por la OMI. En efecto, entre los temas y posibles lagunas comunes de alta prioridad existentes en relación con dichos buques, dicho estudio reveló la necesidad de aclarar el significado de las palabras capitán, tripulación o persona responsable, al considerar la existencia de una laguna en un número significativo de instrumentos derivada de la actual definición, funciones y responsabilidades atribuidas al capitán, a la tripulación o a las personas responsables<sup>49</sup>. Lo anterior se evidencia con mayor énfasis en los grados 3 y 4 de autonomía, esto es, en aquellos grados en los que existe la posibilidad de que el personal situado en tierra controle el buque. Del mismo modo, se consideró una laguna común a determinados instrumentos –entre ellos, el Convenio STCW– la posibilidad de que un operador remoto fuera designado gente de mar, debiendo determinarse –en su caso– las cualificaciones, responsabilidades funciones del operador remoto como gente de mar<sup>50</sup>. Tal es así que para estos grados de autonomía se determina que “no

<sup>48</sup> Establecidas en la Regla VI/1 a la Regla VI/6 del Convenio STCW.

<sup>49</sup> OMI, Resultados del estudio exploratorio sobre la reglamentación para el uso de buques marítimos autónomos de superficie (MASS), MSC.1/Circ.1638, de 3 de junio de 2021, p. 7.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 8.

hay gente de mar capacitada y cualificada que prese servicio a bordo para desempeñar las funciones operacionales a bordo del buque<sup>51</sup>. Incluso para el grado 1 de autonomía, el estudio exploratorio de la OMI establece que, con la incorporación de las nuevas tecnologías y/o procesos automatizados, podría ser necesario modificar algunos requisitos del Convenio STCW. A diferencia de los cambios anteriores, estos sí se podrían efectuar a través de equivalencias autorizadas o enmiendas a las reglas, esto es, a través de procesos y elementos flexibles<sup>52</sup>.

En consonancia con los resultados del estudio exploratorio, se estableció que sería preferible abordar las operaciones de los buques MASS a través de la elaboración de un nuevo instrumento, un Código sobre los MASS, en lugar de enmendar los distintos instrumentos, con las incoherencias, confusión y trabas potenciales que ello podría conllevar a la hora de aplicar a los buques tradicionales las reglas existentes<sup>53</sup>. Siguiendo las orientaciones del estudio exploratorio, el Comité de Seguridad Marítima ha comenzado a trabajar en el desarrollo de un instrumento que regule el funcionamiento de los buques autónomos basado en objetivos y no obligatorio, cuya aprobación está prevista en 2024<sup>54</sup>. De acuerdo con lo previsto en la hoja de ruta elaborada al efecto, actualmente se continúan examinando las posibles lagunas y/o temas comunes determinados durante el estudio exploratorio así como el glosario y la terminología. Además, se está determinando tanto el ámbito de aplicación como las disposiciones del Código MASS no obligatorio, para lo cual se están examinando las repercusiones y los cambios que será necesario acometer en los instrumentos existentes en la OMI<sup>55</sup>. Una vez elaborado el mismo, se prevé la adopción del Código MASS obligatorio y convenios conexos que le den efectividad en el primer semestre de 2025, durante la sesión 110<sup>o</sup> del Comité de Seguridad Marítima<sup>56</sup>. Continuando con la senda emprendida hasta ahora, es previsible que las normas que se adopten sobre este particular en el ámbito internacional sean posteriormente incorporadas al Derecho de la UE<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>54</sup> OMI, Informe del Comité de Seguridad Marítima correspondiente a su 105<sup>o</sup> período de sesiones, MSC 105/20, de 19 de mayo de 2022, pp. 42-43.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 1-4.

<sup>56</sup> OMI, Informe del Comité de Seguridad Marítima correspondiente a su 106<sup>o</sup> período de sesiones, MSC 106/19, Anexo 10, MSC 106/19/Add. 1, de 2 de diciembre de 2022, p. 3.

<sup>57</sup> Constituyen una prueba del interés de la UE por la navegación autónoma así como por proporcionar -al menos- el mismo grado de seguridad, protección y respeto del medio ambiente que la OMI, las Directrices operativas sobre ensayos de buques marítimos autónomos de superficie, elaboradas en octubre de 2020. *Vid.*, VTMSIS EU Operational Guidelines for safe, secure and sustainable trials of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), Version 1, October 2020. Disponibles en: [https://transport.ec.europa.eu/system/files/2020-11/guidelines\\_for\\_safe\\_mass.pdf](https://transport.ec.europa.eu/system/files/2020-11/guidelines_for_safe_mass.pdf) (Última consulta: 25 de marzo de 2023):

### 3. LAS POSIBLES NECESIDADES DE RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL LIGADAS A LA PROLIFERACIÓN DE LOS BUQUES AUTÓNOMOS Y DE LA DIGITALIZACIÓN DEL SECTOR DEL TRANSPORTE MARÍTIMO

Una de las grandes transformaciones que probablemente acarree la automatización de los buques es el desplazamiento de muchas de las tareas operativas -que hasta ahora se realizaban en los buques- a tierra<sup>58</sup>. A su vez, las funciones que se siguen desempeñando a bordo de los buques automatizados requerirán disponer de conocimientos y competencias digitales que desbordan los conocimientos especializados de los que disponen actualmente, de acuerdo con las competencias exigidas en el Convenio STCW<sup>59</sup>. Por ello, no solo la formación en materias digitales es una necesidad imperiosa<sup>60</sup>, sino que la recualificación profesional es otro elemento esencial para asegurar la sostenibilidad del sector<sup>61</sup>. Con todo, este cambio de circunstancias también podría convertirse en un aliciente para hacer la profesión más atractiva, promoviendo la profesión de marino entre los jóvenes o fomentando las carreras de las mujeres en el sector<sup>62</sup>.

Para ello, resulta imprescindible que tanto las instancias internacionales, como las instituciones europeas y nacionales adopten un enfoque centrado en el elemento humano, preservando la seguridad y el trabajo decente tanto en el mar como en tierra<sup>63</sup>. Este ha sido el punto de partida de la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF) quien ha establecido desde temprano su posición sobre los desafíos nuevas tecnologías en el sector marítimo<sup>64</sup>. En efecto, la ITF es férrea defensora de lograr una transición justa hacia las nuevas tecnologías, esto es, no basada únicamente en aumentar la rentabilidad sino también en mejorar la sostenibilidad, la seguridad y las

<sup>58</sup> Como se apuntaba en páginas precedentes, el traslado de funciones a tierra podría incluso conllevar la necesidad de tener que redefinir la noción de gente de mar en el nuevo Código MASS.

<sup>59</sup> COMISIÓN EUROPEA, “Study on social aspects within the maritime transport sector”, Final Report, 2020, p. 50.

<sup>60</sup> ECSA y ETF, “Seafarers and digitalization: Investigating the Increased Use of Digitalisation On board and Possible Benefits/Improvements to Shipboard Safety and Welfare”, Final Report, marzo de 2022, p. 24.

<sup>61</sup> OIT, Sectoral meeting on the recruitment and retention of seafarers and the promotion of opportunities for women seafarers, SMSWS/2019/9, celebrada en Ginebra del 25 de febrero al 1 de marzo de 2019, pp. 2-3.

<sup>62</sup> KIM, T., SHARMA, A., HAUGEN GAUSDAL, A. y CHAE, C., “Impact of automation technology on gender parity in maritime industry”, *WMU Journal of Maritime Affairs*, núm. 18, 2019, p. 586.

<sup>63</sup> International Transport Workers’ Federation, Maritime Safety Committee Consolidated documents, marzo de 2021. Disponible en: <https://www.itfglobal.org/sites/default/files/node/page/files/2021%20ITF%20Maritime%20Safety%20Committee%20Consolidated%20documents%5B1%5D.pdf> (Última consulta: 25 de marzo de 2023).

<sup>64</sup> En extenso, *vid.*, CARRIL VÁZQUEZ, X. M. y FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Breves consideraciones sobre el impacto de los avances tecnológicos aplicables al buque desde una perspectiva iuslaboralista”, en VV.AA., *El Derecho Marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 241-246.

condiciones laborales de la gente de mar<sup>65</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

A lo largo de esta comunicación se ha intentado poner de manifiesto que, tanto los instrumentos internacionales como los europeos que regulan la formación de la gente de mar, adolecen de una regulación adaptada a las necesidades formativas que requiere la digitalización de la industria marítima y la aparición de los buques autónomos. Si bien la materia formativa y de cualificación siempre ha tenido como trasfondo o fundamento la protección de la seguridad en el mar –dada la inquietud que han generado los desastres generados por los accidentes marítimos– los avances tecnológicos que propician el funcionamiento y la navegación de los buques autónomos podrían disminuir el error humano al no depender tanto de la interacción humana como de la precisión de las nuevas tecnologías y, con ello, haber desincentivado la adaptación del marco jurídico a este nuevo contexto. Sin embargo, las instancias internacionales –concretamente, la OMI– han tomado conciencia de la necesidad de modificar determinadas reglamentaciones para abordar las operaciones de los buques autónomos. Por ello, en la actualidad, se encuentra en pleno proceso de elaboración un Código sobre los MASS, en el que se regularán las nuevas necesidades formativas de la gente de mar. No debe obviarse que todo este proceso de digitalización y automatización del sector del transporte marítimo tiene importantes consecuencias para la gente de mar dada la posibilidad de que la presencia humana en los mares sea cada vez menor a medida que avance el proceso de automatización de los buques. Esta circunstancia debe ser tenida en consideración y ser gestionada de la manera adecuada, lo que necesariamente pasa por contar con la participación de las personas trabajadoras.

#### 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CHARBONNEAU, A., *Marché International du Travail Maritime. Un cadre juridique en formation*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M. y FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Breves consideraciones sobre el impacto de los avances tecnológicos aplicables al buque desde una perspectiva iuslaboralista”, en VV.AA., *El Derecho Marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 225-247.
- CHAUMETTE, P., “Navire du futur : les conditions de travail des navigants au commerce, avant leur mise à terre ?”, *Neptunus*, vol. 25, 2019, pp.1-11.

---

<sup>65</sup> ITF, Ship Automation Working Group, Policy Statement, de 26 de marzo de 2018. Disponible en: [https://www.itfglobal.org/media/1885869/pdf\\_doc2-position-paper-on-ship-automation.pdf](https://www.itfglobal.org/media/1885869/pdf_doc2-position-paper-on-ship-automation.pdf). (Última consulta: 25 de marzo de 2023).

- “Recrutements, formations et carrières dans la marine marchande en Europe”, *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Université de Nantes, t. XXX, 2012, pp. 287-318.
- COBO, C., *La innovación pendiente. Reflexiones (y provocaciones) sobre educación, tecnología y conocimiento*, Ed. Colección fundación Ceibal-Debate, 2016.
- COMISIÓN EUROPEA, “Study on the social dimension of the transition to automation and digitalization in transport, focusing on the labour force”, Final Report, 2021.
- “Study on social aspects within the maritime transport sector”, Final Report, 2020.
- “STRIA Roadmap on Connected and Automated Transport: Road, Rail and Waterborne”, 2019.
- DA COSTA GOMES, M. J., “Navios autónomos e abalroação. Breves notas”, en VV.AA., *El Derecho Marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 1137-1158.
- ECSA y ETF, “Seafarers and digitalization: Investigating the Increased Use of Digitalisation On board and Possible Benefits/Improvements to Shipboard Safety and Welfare”, Final Report, marzo de 2022.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O., *Gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- “La profesión de marino como profesión reglamentada: la Directiva 2019/1159 sobre el nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas y el reconocimiento mutuo de títulos”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2019, pp. 1133-1145.
- “The European Union’s role in the implementation of the Maritime Labour Convention 2006”, *Revue de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale* (English Electronic Edition), núm. 3, 2013, pp. 92-103.
- “La mise en oeuvre effective de la CTM 2006 dans les États membres: Dépendra-t-elle du rôle normatif joué par l’Union européenne en la matière?”, *Revue de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, núm. 2, 2013, pp. 66-78.
- HSBA, “Seafarers and digital disruption. The effect of autonomous ships on the work at sea, the role of seafarers and the shipping industry”, Study prepared for the International Chamber of Shipping, 2018.
- KARIMA SARI, N., BALDAUF, M. y KITADA, M., “E-Navigation of Autonomous Navigation – Quo Vadis?”, *Maritime Safety International Conference*, 2018, pp. 46-53.
- KIM, T., SHARMA, A., HAUGEN GAUSDAL, A. y CHAE, C., “Impact of automation technology on gender parity in maritime industry”, *WMU Journal of Maritime Affairs*, núm. 18, 2019, pp. 579-593.
- LÓPEZ RUBIA, E., “La formación y capacitación de los trabajadores de los distintos sectores del transporte como elemento fundamental entre la con-

- secución del mercado interior y el impulso de la movilidad de trabajadores europeos”, en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Dir.), *Los trabajadores del transporte en el Derechos de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 81-106.
- OIT, “Conclusions on the recruitment and retention of seafarers and the promotion of opportunities for women seafarers”, SMSWS/2019/9, 1 de marzo de 2019.
- UNCTAD, “Legal issues and regulatory developments”, *Review of Maritime Transport 2019*, 31 de enero de 2020, pp. 82-109.
- VV.AA., “Impact of automation technology on gender parity in maritime industry”, *WMU Journal of Maritime Affairs*, núm. 18, 2019, pp. 579-593.
- VV.AA. “Safety challenges related to autonomous ships in mixed navigational environments”, *WMU Journal of Maritime Affairs*, núm. 21, 2022, pp. 141-159.
- WORLD MARITIME UNIVERSITY, “Transport 2040: Automation, Technology, Employment – The Future of Work”, 2019.





## EL DESARROLLO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS CONSECUENCIAS EN EL EMPLEO

J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA\*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Alcalá  
eduardo.lopez@uah.es*

---

Comunicación presentada a la ponencia general del Congreso titulada: Primer panel. “Empleabilidad y formación”.

Este trabajo de se ha realizado en el marco del proyecto de Investigación “Labordig”: “La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo” (PID2020-112731RB-I00). Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Investigador principal: J. Eduardo López Ahumada.

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Investigador principal de la línea de investigación estable en Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT).

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DESARROLLO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL EMPLEO. 3. LA RELACIÓN ENTRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA VARIABLE CREACIÓN-DESTRUCCIÓN DE EMPLEO. 4. EL RECURSO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DESDE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO. 5. NUEVOS YACIMIENTOS DE EMPLEO Y PERFILES PROFESIONALES: EL GRAN RETO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL. 6. CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial permite la generación de nuevos perfiles profesionales y, por tanto, nuevos yacimientos de empleo, pero de igual modo, este proceso va a llevar consigo una destrucción de los empleos tradicionales. Si a ello se unen las distintas situaciones de crisis, nos encontramos ante un panorama social con efectos adversos para el empleo, en la medida en que pueden disminuir las oportunidades de trabajo y del propio emprendimiento profesional. Estas reflexiones abren un profundo debate, que tiene una especial repercusión en el mercado de trabajo. La inteligencia artificial se presenta como un factor de transformación de nuestro propio modelo de relaciones laborales. La inteligencia artificial está introduciendo importantes cambios sociales y económicos, que van a afectar a nuestro Derecho del Trabajo y, en especial, a la propia relevancia de la tutela del empleo.

## 2. EL DESARROLLO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL EMPLEO

Uno de los retos actuales de las sociedades modernas avanzadas se refiere al desarrollo potencial de la inteligencia artificial, con vistas a mejorar la vida laboral y la productividad de sus economías. Sin duda, el vertiginoso cambio en las innovaciones tecnológicas está produciendo un proceso de transformación múltiple, que impacta especialmente en el futuro del trabajo<sup>1</sup>. Está en juego la propia capacidad de la humanidad de analizar sus propios límites relativos, así como su capacidad de comprender y utilizar las transformacio-

---

<sup>1</sup> El desarrollo de la inteligencia artificial ha tenido una especial vinculación con los análisis relativos al futuro del trabajo y a la necesidad de garantizar empleo en la nueva economía digital. Vid. AA.VV., *Digital automation and the future of work*, Parlamento Europeo, 2021. MERCADER UGUINA, J.R., “La transformación de la empresa en la era de la disrupción tecnológica”, en AA.VV., *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 15-ss. ÁLVAREZ CUESTA, H., *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro*, Colex, Coruña, 2016, pp. 23-24.

nes tecnológicas para el bienestar de las personas<sup>2</sup>. No cabe duda de que la inteligencia artificial, como hoy la concebimos, ya está transformando nuestra forma de vida y evidentemente está teniendo repercusiones en el empleo. Se plantean importantes interrogantes relativos a cómo se puede compensar la pérdida de los empleos y cómo evitar la consiguiente devaluación laboral. Esta situación tiene y tendrá efectos en nuestros Estados Sociales de Derecho y, en especial, en los sistemas públicos de protección social.

Este contexto incierto y cambiante está afectando a la propia naturaleza y estructura del Derecho del Trabajo, tal como lo conocemos en la actualidad<sup>3</sup>. Ello nos obliga a repensar su función desde el punto de vista de la defensa del empleo, sin renunciar a su función protectora clásica, basada en la defensa del trabajo digno de las personas trabajadoras. La inteligencia artificial se presenta como un factor de transformación de nuestro propio modelo de relaciones laborales. Conviene igualmente señalar que esta incidencia de la inteligencia artificial respecto del empleo no se va a producir únicamente en los sectores de marcado sesgo tecnológico, sino que va a tener efectos transversales y sus consecuencias serán visibles mucho más allá del denominado trabajo digital<sup>4</sup>. Las innovaciones tecnológicas aplicadas al trabajo se están produciendo de forma sistemática. Será preciso aprovechar dicho proceso de aplicación de la inteligencia artificial al trabajo para maximizar las oportunidades de dicho proceso de transformación digital.

El desarrollo de las innovaciones tecnológicas tiene consecuencias sobre la demanda del empleo, esencialmente porque se produce un aumento de la

---

<sup>2</sup> En relación al debate sobre la limitación de la inteligencia artificial en el ámbito del trabajo, recomendamos los siguientes trabajos de investigación. Vid. MERCADER UGUINA, J.R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el Derecho Digital del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 21-22. MERCADER UGUINA, J.R., “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y Derecho*, núm. 63, 2020, pp. 12-ss. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 31-32.

<sup>3</sup> En relación a cómo los cambios sociales y económicos ligados a la inteligencia artificial están afectando al Derecho del Trabajo. Vid. MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 37-ss. ALEMÁN PÁEZ, F., “Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿hacia una pérdida de intensidad del Derecho del Trabajo?”, *Revista Sistema*, núm. 168-169, 2002, pp. 121-ss. VALVERDE ASENCIO, A.J., *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2020, pp. 11-ss. ÁLVAREZ CUESTA, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 7-ss.

<sup>4</sup> Se trata de un de un fenómeno transversal que afecta tanto a los sectores de actividad tradicionales como a aquellos ámbitos que se encuentran inmersos en el proceso de innovación tecnológica. Especialmente, dicho proceso repercute en aquellas empresas que están actualizando sus procesos de producción, orientando su actividad al ámbito de la economía digital global. El objetivo no es solamente modernizar los procesos productivos, sino lograr de forma plena la noción de empresa inteligente, en la que la innovación tecnológica se desarrolla paralelamente a la actividad laboral de las personas en los procesos productivos. Vid. SELMA PENALVA, A., “Inteligencia artificial y Derecho del Trabajo”, en *Ius et Scientia*, Vol. 7, núm. 2, 2021, pp. 30-31. En este sentido, se plantea si la automatización robótica de las organizaciones productivas implica que el trabajo de la persona pasa a ser totalmente prescindible como factor de producción en el ámbito de la empresa.

productividad<sup>5</sup>. Asimismo, la aplicación de la inteligencia artificial presupone la necesidad de tener que desarrollar dicho avance tecnológico mediante las innovaciones en los procesos e incluso en la propia tecnología al servicio de la economía. El problema está en determinar si el aumento de la productividad ligado a la inteligencia artificial se producirá por una mayor eficiencia, conviviendo con las personas trabajadoras, o si por el contrario se producirá un aumento de la productividad ligada a la rebaja de los costes sociales por la destrucción del empleo. El efecto sustitución es uno de los factores más temidos en la relación existente entre trabajo y capital. Sin embargo, se trata de un análisis reduccionista, puesto que existen otras dimensiones de análisis en relación a los efectos del cambio tecnológico en el trabajo. Ello puede plantear la posibilidad de que los efectos del desarrollo de la inteligencia artificial sean positivos, e incluso más importantes que los negativos<sup>6</sup>.

La inteligencia artificial y la robotización pueden producir en el mercado de trabajo un efecto de desplazamiento, en la medida en que la automatización del trabajo puede desplazar directamente a los trabajadores del desempeño de tareas específicas. En cambio, también esas aplicaciones de la innovación tecnológica al trabajo pueden suponer un aumento en la demanda laboral, cuando se producen aplicaciones que dan lugar a la eficiencia con un aumento de la productividad. Con todo, estamos todavía hablando de previsiones, dado el potencial desarrollo de la inteligencia artificial y de la robótica aplicada al trabajo. Dicha combinación de factores es determinante para conocer el resultado final y así poder determinar cuál será la relación entre el efecto de reemplazo y las posibilidades de aumento de la demanda en virtud del desarrollo de la productividad. Tampoco se pueden realizar análisis generales y homogéneos del impacto de la inteligencia artificial y la robótica, puesto que los mercados de trabajo responderán de forma diferente en función de sus características, de su productividad, del impacto de la tecnología en el trabajo y de la formación en nuevas competencias.

La economía digital afecta no solamente a los empleos de manera directa, sino también a las formas de organización y de colaboración laboral, que igualmente tienen efectos en materia de empleabilidad de las personas trabajadoras. El trabajo se orienta hacia entornos laborales más interactivos, que se flexibilizan y simplifican, y que están especialmente marcados por la colaboración laboral<sup>7</sup>. El desarrollo de la inteligencia artificial y la robótica están

---

<sup>5</sup> Esta vinculación del desarrollo de la inteligencia artificial, como presupuesto que puede permitir generar empleo, se basa en el propio aumento del índice de productividad y de los beneficios empresariales. Vid. NORDHAUS, W. D., "Two centuries of productivity growth in computing", *The Journal of Economic History*, vol. 67, núm. 1, 2007, pp. 128-159.

<sup>6</sup> El gran reto es conseguir reducir o compensar las consecuencias negativas sobre el trabajo y fomentar las positivas en materia de empleabilidad, de suerte que tengamos una oportunidad ante esta nueva realidad digital. Vid. HIDALGO, M.A., *El empleo del futuro. Un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2018, pp. 35-36.

<sup>7</sup> Sobre la influencia de la economía digital en el desarrollo de las nuevas formas de organización empresarial y de colaboración en el ámbito del trabajo. Vid. AA.VV., *Inteligencia*

igualmente obligando a las empresas a adaptarse a una realidad cambiante, especialmente mediante la adopción de nuevas formas de organización laboral. Desde el punto de vista del empleo, podríamos decir que la inteligencia artificial es una de las manifestaciones tecnológicas que más intensamente se proyecta sobre el trabajo. Esta aplicación se manifiesta en aquellas empresas que deciden situar a la inteligencia artificial como eje de desarrollo de los procesos productivos. Esta decisión puede afectar a las principales funciones o tareas desarrolladas por las personas trabajadoras. Se produce un efecto disruptor, que se proyecta en la propia organización del trabajo y, por ende, en las relaciones laborales. No obstante, el problema está lógicamente en determinar cuáles serán los límites de la inteligencia artificial, hasta ahora inciertos. Los efectos más nocivos derivarán de la posibilidad de recurrir a las máquinas, cuando éstas actúen como un ser humano, tomando decisiones, demostrando la posibilidad de aprendizaje y la capacidad para resolver los problemas.

En este contexto la economía colaborativa cobra un protagonismo especial, sobre todo, debido a las necesidades de consumo de bienes y servicios. Esta situación incentiva el desarrollo de los fenómenos de asociación a través de las plataformas digitales, que favorecen el intercambio de información y de los bienes y servicios demandados en el mercado<sup>8</sup>. Estas plataformas digitales están contribuyendo a la proliferación de la *gig economy*. Esta actividad se nutre de un sistema económico a demanda, donde los trabajadores se ven abocados a adaptarse a empleos más flexibles, basados generalmente en proyectos y en actividades con gran dosis de autonomía. Con carácter general, se trata de un empleo fluctuante y que tiene carácter autónomo y flexible. Esta modalidad de trabajo se desarrolla generalmente de forma remota, donde se desvirtúa el componente colectivo ligado al trabajo productivo.

Sin duda, las oportunidades y el propio futuro del trabajo dependerán mucho de las políticas laborales que se desarrollen<sup>9</sup>. Especialmente, habrá que evaluar el desarrollo de dichas políticas desde la perspectiva de la educación

---

*artificial y su impacto en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Cuatrecasas-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 92-ss. AA.VV., *Documentos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales*, Cuatrecasas-Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 13-ss.

<sup>8</sup> Efectivamente, las plataformas digitales juegan un importante papel en el desarrollo de este sistema económico, basado en una fuerte presencia de la flexibilidad laboral y de la autonomía en el trabajo. Vid. MARTÍN CARRETERO, J.M., “Las plataformas digitales como modelo de negocio”, en AA.VV., *Plataformas digitales y mercado de trabajo* (coord. Rodríguez Fernández), Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2018, Madrid, pp. 17-19.

<sup>9</sup> Evidentemente, el apoyo institucional al fomento de empleo es esencial en relación a la creación de nuevos yacimientos de empleo ligados a la alta tecnología laboral. Vid. FREY, C.B. - OSBORNE, M. *The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation*, Oxford Martin School Working Paper, Oxford University, 2013, pp. 23-25. GOOS, M. - HATHAWAY, I. - KONINGS, J., “High-technology employment in the European Union”, *Vives discussion paper*, núm. 41, p. 1-59. MOLINA, F. *Economía, empleo y futuro*, CEU Ediciones, Madrid, 2018, pp. 135-ss. MORA CABELLO DE ALBA, L. - RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, ed. Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 11-12.

hacia nuevas competencias profesionales en un modelo económico de crecimiento. La clave reside en fortalecer la investigación, el desarrollo y la innovación, sin descuidar la creación y la difusión de la propia tecnología. Se debe atender especialmente a la formación de los propios trabajadores, que tienen que adaptarse a la nueva economía digital. De igual modo, las empresas necesitan adaptarse a este mercado invirtiendo en nuevos empleos cualificados y reduciendo con ello los déficits de competitividad en una economía cada vez más global.

### 3. LA RELACIÓN ENTRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA VARIABLE CREACIÓN-DESTRUCCIÓN DE EMPLEO

En relación a los efectos de la inteligencia artificial en la creación o destrucción del empleo, conviene indicar que se ha venido desarrollando tradicionalmente un análisis catastrofista<sup>10</sup>. Desde esta perspectiva, podríamos decir que se entiende que se producirá una destrucción de empleo masiva, lo cual tendrá efectos no solamente jurídicos, sino también económicos de hondo calado. Sin embargo, y teniendo en cuenta las posibilidades de desarrollo de la inteligencia artificial, cabe también considerar que la aplicación de la inteligencia artificial no supondrá una amortización acusada del empleo y que tampoco permitirá transformar su base jurídico-laboral de protección. Evidentemente, lo más razonable y prudente sería pensar que entre estas dos perspectivas existe un punto de equilibrio, que permite atender otra realidad diferente. No podemos negar que la introducción de las innovaciones ligadas a la inteligencia artificial puede dar lugar a profundas transformaciones en materia de empleo<sup>11</sup>. Se estima que se puede producir una destrucción de la mitad de los empleos en la economía formal y, en ese sentido, ya en muchos sectores están comenzando a verse afectados sensiblemente por este tipo de efecto destructor en el empleo.

La destrucción de empleo no puede ser masiva, en tanto en cuanto la inteligencia artificial está basada en el razonamiento cuantitativo. Precisamente, muchas funciones sensomotoras todavía necesitan de un importante margen de desarrollo y son llamadas a ser realizadas por las personas trabajadoras.

---

<sup>10</sup> En este sentido, podemos destacar el desarrollo del ludismo en el siglo XIX, como una manifestación contra la introducción de las máquinas en la industria textil dirigida a reemplazar a las labores humanas. Vid. HOBBSBAWM, E., "The Machine Breakers", en *Past & Present*, núm. 1, 1952, pp. 57-ss. CASQUETE, J., "Nuevos y viejos movimientos sociales en perspectiva histórica", en *Revista Digital de Historia y Política*, núm. 06, 2001, p. 191-ss. Sin duda, la interpretación más pesimista sobre el futuro del trabajo en el modelo económico ligado al desarrollo tecnológico lo encontramos en esta obra de referencia. Vid. RIFKIN, J., *El fin del trabajo: nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, ed. Paidós, Barcelona, 1996.

<sup>11</sup> La inteligencia artificial permite la generación de nuevos perfiles profesionales y, por tanto, nuevos yacimientos de empleo. Sin embargo, este proceso también va a llevar consigo una destrucción de los empleos tradicionales. Si a ello se unen las distintas situaciones de crisis, nos encontramos ante un panorama social con efectos adversos para el empleo, en la medida en que pueden disminuir las oportunidades de trabajo y de emprendimiento profesional.

Igualmente, las aplicaciones robóticas encuentran grandes problemas de alcanzar altos niveles de destreza, así como de precisión idónea para permitir el reemplazo absoluto de las personas por las máquinas. Por tanto, la innovación tecnológica no afectará totalmente al trabajo manual y sí aquellas actividades laborales repetitivas, que pueden ser procesadas miméticamente por la inteligencia artificial. Por todo ello, también existe una visión plenamente optimista, que considera que la inteligencia artificial, como ha sucedido en otras revoluciones tecnológicas en el pasado, generará nuevos empleos de reemplazo. Sin embargo, todavía no sabemos cuáles serán esos empleos, ni sabemos analizar su naturaleza, ni mucho menos determinar cuándo comenzarán a generarse estos nuevos yacimientos de empleo en nuestras economías<sup>12</sup>. Coexiste, pues, esta concepción optimista, que considera que a pesar de que las nuevas tecnologías puedan reemplazar a muchos trabajadores, también dará lugar a importantes cuotas de creación de empleo. El desarrollo tecnológico igualmente generará nuevas actividades y oportunidades de trabajo altamente cualificado y fomentará el desarrollo económico en sectores productivos de alto valor añadido. Con todo, la situación está todavía por desarrollarse, especialmente en España, donde la proporción de ocupados en actividades relativas a las innovaciones tecnológicas tiene todavía poco protagonismo.

Con carácter general, existe una tendencia a la asociación entre automatización y desempleo. En este sentido, podemos destacar una experiencia, como es el desarrollo por parte de la empresa Amazon, en el ámbito del comercio electrónico, relativa a la introducción de los robots en sus procesos productivos en los últimos años. Esta decisión se ha orientado al desarrollo de las actividades ligadas al trabajo mecánico y rutinario. Este es un ejemplo evidente de cómo la inteligencia artificial y la robótica se presentan como una amenaza para el empleo. No obstante, existen otras experiencias, donde el fenómeno de la tecnología no impacta intensamente en el trabajo. Por ejemplo, Estados Unidos es uno de los países en el mundo que más está invirtiendo en la aplicación de los robots en el trabajo. En cambio, en sus cifras de desempleo no se observa un impacto negativo traducido en destrucción de empleo. Al contrario, la tendencia es que con la recuperación económica ha descendido su tasa de desempleo. De igual modo, en Alemania, y concretamente en el ámbito de la industria de la automoción, se ha producido una inversión importante en robots. Este efecto ha producido, junto a la sustitución laboral, un aumento de los puestos de trabajo ligados al desarrollo de nuevas líneas de trabajo, fomentado por el aumento de la demanda<sup>13</sup>. Este planteamiento

---

<sup>12</sup> Sobre la imposibilidad de determinar con precisión cuántos puestos de trabajo se amortizarán y cuáles serán los puestos de trabajo tendencialmente orientados a su desaparición en virtud de la digitalización laboral. Vid. SCHWAB, K., *The Fourth Industrial Revolution*, *World Economic Forum*, 2016 Disponible en <https://www.weforum.org/about/the-fourth-industrial-revolution-by-klaus-schwab> Versión española en *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Debate, 2016.

<sup>13</sup> Este debate sobre la sustitución de los trabajadores se ha planteado especialmente en el ámbito de la robótica aplicada al mundo del trabajo, colisionando con el derecho al trabajo.



puede llevar a considerar que, si bien es cierto que la inteligencia artificial y la robótica pueden dar lugar a pérdidas de empleo en algunos contextos, en otros ámbitos se produce un efecto de replazo.

Este planteamiento supone poner al servicio de las personas la inteligencia artificial. Desde la perspectiva del empleo, igualmente existen importantes connotaciones éticas, que deben respetarse en este proceso de transformación digital de la sociedad. En ese sentido, podríamos recurrir a la aplicación del ODS número 8, que demanda desarrollo económico inclusivo y sostenible, ligado a la noción del trabajo decente. Esta meta obliga a seguir creando empleo para la ciudadanía. Conviene destacar los efectos negativos que una inteligencia artificial descontrolada y deshumanizada puede desencadenar en nuestro mercado de trabajo. Estos efectos solamente podrán ser revertidos si los nuevos yacimientos de empleo, que se están intentando generar, pueden compensar la destrucción del empleo. Está en cuestión la necesidad de atender las necesidades tecnológicas que tienen las sociedades de nuestro tiempo, al igual que las necesidades de innovación tecnológica que demandan y requieren las empresas. La gran incógnita se refiere a saber si estos nuevos yacimientos de empleo podrán ser capaces de absorber el excedente de mano de obra creado por el desarrollo de la inteligencia artificial y la robótica aplicadas al trabajo. Además, dichas nuevas actividades profesionales, que se manifiestan como empleos emergentes, tendrán que responder a necesidades permanentes y estables, de forma que permitan el efecto sustitutivo del empleo destruido por la innovación tecnológica. Todas estas cautelas podrían verse como un límite al modelo de producción ligado a la revolución tecnológica, que demanda como paradigma laboral la eficiencia y la flexibilidad.

En la actualidad, nos encontramos ante un período de transición, en el que se está produciendo una alteración masiva de nuestro mercado de trabajo y que demanda una profunda revisión del marco laboral de referencia. Estas reformas estructurales se observan como un medio para evitar la destrucción del empleo. No obstante, dichas reformas, orientadas en clave de flexibilidad, no pueden suponer un cambio de modelo jurídico-laboral, que desfigure o desnaturalice nuestro régimen tradicional de trabajo protegido y con derechos. La persona tiene que estar situada en el centro de la protección del Derecho. El objetivo es garantizar la calidad del empleo ante el aumento de la temporalidad laboral, combinado mayores dosis de flexibilidad y sin aumentar las desigualdades, que vienen a empobrecer nuestro mercado de trabajo<sup>14</sup>. Estaría presente la perspectiva del cambio tecnológico, como un

---

Vid. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M. (2019), “La sustitución de trabajadores por robots. La frontera entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo en la era digital”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 12., 2019, pp. 1-12.

<sup>14</sup> Si se produce esta destrucción del trabajo, irremediamente dicha situación tendrá un efecto directo en las condiciones laborales que se ofrezcan. Esta devaluación de condiciones responde a un inevitable desequilibrio entre la oferta y la demanda en el empleo, que ya de por sí nace desde una perspectiva laboral desequilibrada y que requiere de una intervención por parte del Derecho del Trabajo. Esta es la razón por la que tradicionalmente se han venido imponiendo

beneficio desde el punto de vista de la gestión empresarial. La inteligencia artificial, al suplir a la actividad humana, podría eliminar límites laborales rígidos, como son la jornada máxima de trabajo o los períodos mínimos de descanso, así como la necesidad de cumplir con las obligaciones en materia de seguridad e higiene en los lugares de trabajo. Tampoco podemos olvidar la necesidad de observar retribuciones dignas, ligadas al salario mínimo interprofesional, entre otras cuestiones que afectan al trabajo decente y que suponen costes inherentes al trabajo por cuenta ajena. Por ello, surge la duda sobre si la inteligencia artificial colisiona frontalmente con el trabajo asalariado protegido y si su desarrollo tiene como finalidad eludir los costes fijos laborales y sociales. Como podemos observar, el recurso a la inteligencia artificial no es una cuestión utópica, puesto que sus efectos en la praxis son ciertamente evidentes.

Sin embargo, el fomento de la inteligencia artificial y la robótica desde la perspectiva de la creación de empleo permite una interpretación alternativa a esta problemática. Esta tesis es esencial, en la medida que se presenta como un factor necesario para garantizar el empleo y con ello el mantenimiento de las pensiones de jubilación del futuro<sup>15</sup>. Este modelo de protección, como sabemos, se asienta en una Seguridad Social pública, organizada en virtud de un sistema de reparto. Esta protección requiere una base sólida de contrataciones formales y, por ende, de cotizantes para hacer frente a las situaciones sociales de necesidad. En esa situación se corre el riesgo de sufrir una reducción importante de las plantillas de las empresas y, con ello, de los ingresos sociales derivados de las aportaciones del trabajo al sistema público de Seguridad Social. Por todo ello, la inteligencia artificial puede ser también un factor para no reducir los costes laborales, únicamente mediante la amortización del trabajo humano y la reducción del gasto social. La inteligencia artificial puede en muchas ocasiones ser un factor directo de reducción de los costes empresariales, sin que ello tenga que afectar necesariamente al capital humano de las empresas.

El desempleo se presenta como un auténtico riesgo de las sociedades actuales, mostrándose incapaces los poderes públicos de revertir esta situación. En este contexto se han desarrollado en los últimos años los debates sobre el reconocimiento de un ingreso mínimo universal, que venga a compensar a los ciudadanos del enorme riesgo de no poder encontrar un empleo para desarrollar un proyecto vital<sup>16</sup>. En esencia, es necesario buscar

---

legalmente mínimos que garanticen la calidad en el empleo. Precisamente, por esa misma razón, y en base a compensar los efectos ligados a la destrucción del empleo, debe igualmente limitarse el desarrollo de la inteligencia artificial en atención al respeto de la posición de la persona.

<sup>15</sup> En relación a los efectos de la inteligencia artificial, como factor de destrucción del empleo y su incidencia en el disfrute de las pensiones. Vid. ZUBIRI ORIA, I., *El futuro del Sistema de Pensiones en España*, *Estudios de Hacienda Pública*, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pp. 101-ss.

<sup>16</sup> Esta desafectación del empleo, desde la perspectiva de la protección social, necesita un replanteamiento de las posibilidades de instaurar y desarrollar sistemas de ingresos mínimos

otras fórmulas que permitan, en su caso, compensar la imposibilidad de los Estados de garantizar el pleno empleo a sus ciudadanos y con ello evitar situaciones que den lugar al aumento de la pobreza y a la exclusión social. Una cuestión ligada al desarrollo de las iniciativas de ingresos mínimos universales se refiere a su propia fuente de financiación. Es decir, si dichas medidas tuitivas se financiarán con los impuestos, que parece ser la tendencia, y no por cotizaciones sociales. Se trataría de impuestos que vendrían a garantizar una renta básica a los ciudadanos y beneficiarían a personas separadas del mercado laboral de forma forzosa. Ello evidenciaría el status de dichos desempleados como personas excluidas socialmente. Se trata, pues, de retos diversos que impactan en la necesidad de asegurar la función protectora del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, al estar en riesgo su propia desaparición, al no ser capaz de responder a las necesidades sociales de las personas.

#### 4. EL RECURSO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DESDE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

La vigente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (LE), ha prestado especial atención al aspecto tecnológico, ligado al desarrollo de las políticas de empleo. Un claro ejemplo es el artículo 36 de la LE, que se refiere al uso de las tecnologías en el empleo, como mecanismo de mejora de las tasas de empleabilidad. Efectivamente, las herramientas tecnológicas permiten identificar las necesidades de atención, en virtud de las evidencias relativas a la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de empleo (art. 17 LE)<sup>17</sup>. Este modelo ha sido desarrollado a través de la estrategia española de I+D+I, que se presenta como un paso previo hacia una estrategia nacional de inteligencia artificial. La tecnología también debe utilizarse desde el punto de vista de las políticas activas de empleo, puesto que permiten una acumulación masiva y un cruce más intenso de los datos. Todo ello permite intercambiar más información en tiempo real y adaptarse mejor a las necesidades del mercado de trabajo. Toda esta información, cada vez es más precisa y pormenorizada, permite atender mejor las necesidades de los demandantes de empleo.

Las políticas activas de empleo tienen que aprovechar, en cada momento y en función del contexto económico, el potencial del empleo derivado del crecimiento económico. Igualmente, dicho proceso de reforma tiene

---

o rentas universales. Vid. MIRAS MARÍN, N., “La renta básica universal y los impuestos sobre la automatización robótica”, *Gaceta fiscal*, núm. 402, 2019, pp. 119-ss. LÓPEZ MONTENEGRO, D.M., “El futuro de los principios del derecho de trabajo frente a la cuarta revolución industrial”, *Revista Auctoritas Prudentium*, núm. 22, 2020, pp. 5-6 (soporte digital).

<sup>17</sup> Precisamente, este ha sido un elemento hasta ahora poco potenciado en las distintas leyes de empleo, que hemos tenido en nuestro país. Vid. Ley 51/1980, de 8 de octubre, Ley Básica de Empleo, así como en la Ley de Empleo aprobada en virtud del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, texto refundido de la Ley de Empleo.

que tener en cuenta la propia transformación de los servicios públicos de empleo en el contexto actual de la digitalización. Es preciso orientar los servicios públicos de empleo hacia una mayor digitalización y modernización, incluyendo los nuevos avances tecnológicos, que mejoran la comunicación de las ofertas y de las demandas de empleo mediante el cruce masivo de datos en virtud del denominado *Big Data*<sup>18</sup>. De este modo, se podrán ofrecer mejores ofertas de empleo, que se encuentran en consonancia con los nuevos perfiles de las personas solicitantes de empleo. Existe una necesidad de conocer mejor las necesidades del mercado de trabajo, teniendo acceso a la información de los puestos de empleo vacantes, en consonancia con los datos provenientes del Instituto Nacional de Estadística. Efectivamente, el uso de la transmisión eficaz de la información a través de las nuevas tecnologías permitiría facilitar una mejor comunicación de las ofertas de empleo y de las oportunidades de trabajo, que pueden gestionar los servicios públicos de empleo. En este sentido, se está potenciando el desarrollo de un gran portal público de empleo que permita mejorar el conocimiento de las ofertas de trabajo.

La inteligencia artificial puede tener un nuevo protagonismo en el denominado mercado de trabajo online. En este ámbito la gestión de las ofertas de empleo se ven cada vez más alejadas de los instrumentos tradicionales de gestión de la colocación. Actualmente, la inteligencia artificial puede aumentar las posibilidades de intermediación en el mercado de trabajo, puesto que prácticamente toda la información se gestiona en la actualidad a través de la red. Asimismo, el desarrollo de la inteligencia artificial, desde un punto de vista cuántico, permite articular de forma espontánea una información que facilita más vertientes de análisis y de cálculo de su impacto real en el mercado de trabajo. En este sentido, los sistemas de inteligencia artificial, desarrollados preferentemente por los algoritmos, tienen un papel esencial en la correcta dinámica del sistema público de colocación.

Esta dimensión de la aplicación de la inteligencia artificial se produce a través del *Big Data*, que permite el tratamiento de una información útil y precisa que se puede poner a disposición de las empresas y de los demandantes de empleo en virtud de un renovado modelo de *smart data*. Incluso podríamos decir que es en el ámbito de la intermediación pública en el empleo, donde la inteligencia artificial tiene y puede tener aún un mayor protagonismo. A diferencia de lo que sucede en los procesos de selección en el ámbito privado, donde el recurso a la inteligencia artificial todavía es incipiente. Con todo, las ofertas de trabajo están siendo ya desarrolladas de forma general en virtud de

---

<sup>18</sup> Esta reforma en clave de aprovechamiento del proceso de digitalización se encuentra también comprendida dentro del plan de recuperación, transformación y resiliencia. En concreto, está actuación se incluye en el apartado relativo a la digitalización de las Administraciones Públicas. En este ámbito se contempla como prioridad la digitalización del servicio público de empleo estatal para reforzar su eficacia y la calidad de los servicios prestados.

plataformas digitales<sup>19</sup>, produciéndose muchos problemas desde el punto de vista del tratamiento masivo de datos personales<sup>20</sup>.

Por su parte, en el ámbito privado se recurre igualmente al uso de las redes sociales, así como a los buscadores de empleo on-line para reclutar candidatos, o desde el punto de vista de la demanda para la búsqueda autónoma de empleo. La posibilidad de recurrir a plataformas y portales de empleo se manifiesta como una realidad que no cuenta con un soporte legal preciso. En realidad, a estos instrumentos no se les puede considerar agentes de intermediación laboral, ya que están fuera del ámbito de las agencias de colocación. Sin embargo, se presentan como mecanismos ágiles en la práctica, que no pueden calificarse como ilegales. Ello es así debido a que su ámbito de acción se produce mediante la publicación de ofertas de trabajo y de los trabajadores disponibles para trabajar. Por otro lado, cabe llamar la atención, desde la perspectiva del acceso al empleo, de las posibilidades potenciales de discriminación. Las innovaciones tecnológicas pueden acelerar el tiempo en que pueden producirse dichas discriminaciones, creando nuevas situaciones conflictivas. Igualmente, conviene seguir muy de cerca el desarrollo de la inteligencia artificial y la infotecnología en este ámbito. Más allá del debate sobre su juego efectivo en materia de empleo, la inteligencia artificial puede suponer también un riesgo, en la medida que puede dirigir sin control a las personas hacia posibles empleos con condiciones devaluadas y, por tanto, hacerles más vulnerables.

## 5. NUEVOS YACIMIENTOS DE EMPLEO Y PERFILES PROFESIONALES: EL GRAN RETO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL

El avance de la tecnología debe suponer irremediablemente una fuerte demanda laboral. En este sentido, se considera que el futuro del empleo se orientará hacia la demanda laboral centrada en trabajos como analista de datos y científicos, desarrolladores de software y de aplicaciones al trabajo, especialistas en inteligencia artificial y automatización en procesos, ingenieros en robótica, etc. Se trata, pues, de perfiles profesionales ligados al desarrollo de la inteligencia artificial y que supondrán una cuota de empleo considerable. Asimismo, estos trabajos tienen una conexión directa con la creación, el desarrollo y la aplicación de los robots o de los sistemas de inteligencia en el ámbito laboral.

---

<sup>19</sup> En relación a la necesidad de asegurar una adecuada ordenación de las plataformas digitales, así como de los portales y de las redes en materia de empleo. Vid. AGUILAR CASTILLO, M.C., “Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera”, en VV.AA., Dir. Rodríguez-Piñero Royo y Hernández Bejarano, *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 313 y ss.

<sup>20</sup> Algunas consideraciones sobre el recurso a las plataformas digitales desde la perspectiva del desarrollo de las ofertas de trabajo. Vid. OLARTE ENCABO, S., “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, en *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020, Vol. I, pp. 79-98.

Con todo, la incertidumbre está en la determinación del tipo de empleo que se demandará, cuáles serán sus capacidades y cómo deberá desarrollarse el aprendizaje para conseguir una adecuada profesionalización de las personas trabajadoras. El objetivo consiste en llenar de contenido al denominado coeficiente digital. Ello se refiere al conjunto de competencias técnicas, al conocimiento y a las habilidades que permiten a las personas poder tener un mayor margen de empleabilidad. Se valora el poder dar respuesta a los desafíos y a las adaptaciones que demanda el mercado de trabajo y su digitalización. Sin duda, en este ámbito cobrará mayor significado, como contra respuesta a la inteligencia artificial y a la robótica, el fomento de la creatividad y de las habilidades socioemocionales. El pensamiento creativo y el desarrollo de la inteligencia emocional serán factores esenciales para la empleabilidad, potenciando igualmente las interacciones humanas de carácter más complejo<sup>21</sup>.

Debido al vertiginoso cambio en el ámbito de la innovación tecnológica, no cabe duda de que igualmente debe fomentarse un sistema de promoción del aprendizaje de carácter permanente. La formación profesional continua se presenta como un aspecto central para las empresas y los Estados en su objetivo de promover el empleo. Se necesitan en este ámbito cambios estructurales dirigidos a la formación en las nuevas competencias, con el fin de afrontar una transformación sustancial, que permita sortear los efectos perniciosos en el empleo. El aprendizaje en ese tipo de habilidades tiene que tener carácter continuo, como factor esencial para adaptarse a los acelerados cambios que se están produciendo en la economía digital y en la tecnología aplicada al trabajo. Como podemos observar, las empresas también competirán en el mercado desde la perspectiva de la creatividad de las personas. En este sentido, es esencial la inversión en el capital humano y esta inversión deberá estar en conexión con las constantes actualizaciones de las actitudes laborales. Juega un papel esencial en materia de formación tanto las empresas como los Estados en el desarrollo de las políticas de empleabilidad laboral. Esta inversión es esencial para posibilitar la compatibilidad de las personas con el desarrollo de la inteligencia artificial y la robótica. Efectivamente, al ser la persona diferente de la máquina, ello se muestra como un factor que supone igualmente una ventaja, en la medida en que siempre habrá actividades basadas en habilidades que solamente podrán realizar los seres humanos. Se valoran especialmente aspectos como la creatividad, la intuición humana y la inteligencia emocional.

---

<sup>21</sup> Efectivamente, al ser la persona diferente de la máquina, ello puede suponer igualmente una ventaja. Siempre habrá actividades basadas en habilidades, que solamente podrán realizar los seres humanos. Ello se produce especialmente en relación a la creatividad, la intuición humana y la inteligencia emocional. Vid. NEDELKOSKA, L. - QUINTINI, G., "Automation, skills use and training", *OECD Social, Employment and Migration*, Working Papers, núm. 202, 2018, pp. 41-ss. BERGER, T. - FREY, C. B., Digitalization, Jobs and Skills Convergence in Europe: Strategies for closing the Skills Gaps, Paper prepared for the European Commission DG Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, European Union, 2016, pp. 33-34. TORRENT-SELLENS, J. - FICAPAL-CUSÍ, P., "TIC, cualificación, organización y productividad del trabajo: un análisis empírico sobre las nuevas fuentes de la eficiencia empresarial en Cataluña", *Investigaciones Regionales*, núm. 20, 2010, pp. 93-115.

Por otro lado, y como también fuente de yacimiento de empleo, se presta el desarrollo de la economía colaborativa o *gig economy*. Este modelo se caracteriza por la flexibilidad, la descentralización y el trabajo en línea. Un ejemplo de economía colaborativa es el *crowdwork*, que permite trabajar a grupos de trabajadores en distintos lugares globalmente, ofreciendo amplias posibilidades a las empresas de desarrollar proyectos en cualquier momento y parte del mundo. Sin duda, las posibilidades son muy amplias, afectando igualmente el desarrollo de la inteligencia artificial en la denominada economía naranja. Es decir, nos referimos a los efectos en el trabajo en el ámbito de los servicios, que se generan en sectores como el arte, el diseño, la música, la artesanía, el entretenimiento, la moda, etc. En todos esos ámbitos las plataformas y los sistemas de automatización, así como las innovaciones tecnológicas emergentes, permiten dar soporte a la creación asociativa y a los intercambios en el trabajo. En el ámbito del *coworking* también está presente la relación entre personas y máquinas, en eso que se ha denominado *cobotización*. También la automatización puede jugar como un fenómeno que complemente y potencie el fruto del trabajo de las personas en red. Ello se debe a la convergencia entre los sistemas de inteligencia artificial y la robótica, con el trabajo de las personas, que se presentan como trabajadores plenamente digitales. Estaríamos, pues, ante un supuesto de trabajo humano potenciado por la inteligencia artificial, permitiendo este recurso superar los límites tradicionales de las capacidades de las personas trabajadoras.

Las competencias profesionales y la formación es otro aspecto esencial de cara analizar la evolución del empleo y la calidad del trabajo ligado a los perfiles cualificados de profesionalidad. Sin duda, uno de los retos futuros es la utilización de las habilidades y los conocimientos adquiridos por los trabajadores. Dichas capacidades tienen que emplearse en los procesos productivos para conseguir el máximo bienestar de la sociedad. Ello va a suponer la necesaria consecución de un equilibrio entre la aspiración personal de realización y la consecución de mejoras colectivas para la sociedad. Sin duda, en todo este proceso tienen un papel cada vez mayor la formación, que es y seguirá siendo un criterio de distinción en el mercado de trabajo. La valoración del conocimiento y su proyección en el trabajo permite a los trabajadores formados poder dirigir mejor sus carreras profesionales y controlar sus transiciones en el mercado de trabajo. Con todo, en muchas ocasiones estos perfiles profesionales cualificados deberán igualmente hacer frente a los problemas derivados del aumento de los niveles de segmentación de los mercados de trabajo, lo cual supone igualmente la proyección de nuevos espacios para la desigualdad laboral.

## 6. CONCLUSIÓN

Cabe sostener una visión plenamente optimista, que considera que la inteligencia artificial, como ha sucedido en otras revoluciones tecnológicas en el pasado, generará nuevos empleos de reemplazo. Existe la posibilidad de

que los efectos del desarrollo de la inteligencia artificial sean positivos, e incluso más importantes que los negativos para el empleo. El desarrollo de la inteligencia artificial y la robótica están igualmente obligando a las empresas a adaptarse a una realidad cambiante, especialmente mediante la adopción de nuevas formas de organización laboral. Las oportunidades y el propio futuro del trabajo dependerán mucho de las políticas laborales que se desarrollen. Especialmente, se tendrá que evaluar el desarrollo de dichas políticas desde la perspectiva de la educación hacia nuevas competencias profesionales en un modelo económico de crecimiento. La clave reside en fortalecer la investigación, el desarrollo y la innovación, sin descuidar la creación y la difusión de la propia tecnología. Se debe atender especialmente a la formación de los propios trabajadores, que tienen que adaptarse a la nueva economía digital. De igual modo, las empresas necesitan adaptarse a este mercado invirtiendo en nuevos empleos cualificados y reduciendo con ello los déficits de competitividad en una economía cada vez más global

Las nuevas actividades profesionales, que se manifiestan como empleos emergentes, tendrán que responder a necesidades permanentes y estables, de forma que permitan el efecto sustitutivo del empleo destruido por la innovación tecnológica. Todas estas cautelas podrían verse como un límite al modelo de producción ligado a la revolución tecnológica, que demanda como paradigma laboral la eficiencia y la flexibilidad. La aplicación de la inteligencia artificial se produce a través del *Big Data*, que permite el tratamiento de una información útil y precisa que se puede poner a disposición de las empresas y de los demandantes de empleo en virtud de un renovado modelo de *smart data*. Incluso podríamos decir que es en el ámbito de la intermediación pública en el empleo, donde la inteligencia artificial tiene y puede tener aún un mayor protagonismo. En esencia, es necesario buscar otras fórmulas que permitan, en su caso, compensar la imposibilidad de los Estados de garantizar el pleno empleo a sus ciudadanos y con ello evitar situaciones que den lugar al aumento de la pobreza y a la exclusión social.



CAMBIOS NORMATIVOS EN LOS EXPEDIENTES  
DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO Y REFUERZO  
DE FORMACIÓN Y EMPLEABILIDAD<sup>1</sup>

M. OLAYA MARTÍN RODRÍGUEZ  
*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo*  
*Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*  
*olayamr@gmail.com*

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2020-112731RB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. CAMBIOS OPERADOS EN EL ARTÍCULO 47 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR EL RD-LEY 32/2021, DE 28 DE FEBRERO. 2.1. Características comunes en los ERTE por causas económicas y fuerza mayor. 2.2. Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. 2.3. Procedimiento causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. 2.4. Causas por fuerza mayor. 2.5. Procedimiento causas por fuerza mayor. 3. MECANISMO RED DE FLEXIBILIZACIÓN. 3.1. Modalidades. 3.2. Procedimiento. 3.3. Protección social. 3.4. Beneficios o exenciones en las cotizaciones. 3.5. Financiación. 4. FORMACIÓN Y EMPLEABILIDAD DURANTE LOS ERTE. 5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

Resulta indiscutible a estas alturas que el acelerado desarrollo tecnológico está provocando y provocará grandes cambios en los procesos de producción debido a la automatización y robotización de determinadas actividades y sectores. No hay dudas de que ello traerá consecuencias sobre el mercado laboral. En otros términos, es evidente que los avances tecnológicos y científicos cambiarán el sistema de relaciones laborales. A día de hoy son numerosos los estudios, predicciones o informes sobre el impacto del progreso tecnológico sobre el empleo<sup>2</sup>. Impacto que no es nada halagüeño pues se pronostica la amortización y destrucción de millones de puestos de trabajo; empleos que quizá, es difícil pronosticar, podrán compensarse a medio plazo con la creación de empleos en otros nuevos sectores o actividades, pero la primera reacción antes estos cambios no deja de generar cierta inquietud. Ante este escenario, no queda otra que apostar por la formación continua y recualificación de las personas trabajadoras y facilitar así su recolocación en aquellos sectores o actividades del futuro.

En adición a este nuevo desafío al que nos enfrentamos, la llegada de la pandemia por la COVID-19 a comienzos del año 2020 supuso otro varapalo para nuestro mercado laboral ya resentido por la irrupción de las nuevas formas de empleo y los requerimientos de un incipiente sistema productivo más tecnificado, distinto al que estábamos acostumbrado. Pero en buena lógica, desde el primer momento, el cese prácticamente total de la actividad económica, se abordó a través de una figura que se había utilizado de forma muy marginal en otras situaciones de crisis<sup>3</sup>, los expedientes de regulación temporal de empleo, regulados en el artículo 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

---

<sup>2</sup> Según un informe de la OCDE de 2019, un 14% de los empleos tienen un alto riesgo de desaparecer en los próximos 15-20 años al automatizarse (un 21,7% de los empleos en caso de España) y otro 32% de los empleos sufrirá cambios radicales por el proceso de automatización de la producción, lo que supone una afectación muy relevante a nuestro mercado de trabajo. OCDE. *Employment Outlook 2019: The Future of Work*, París, OCDE Publishing, 2019.

<sup>3</sup> Los datos estadísticos revelan que durante la crisis financiera del 2008 el número de personas trabajadoras afectadas por ERTE fue muy anecdótico.

del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Este instrumento permitió conservar el empleo y favorecer una progresiva recuperación del tejido productivo a medida que las condiciones sanitarias lo fue permitiendo. No hace falta decir que la respuesta de las autoridades en el plano nacional y comunitario fueron eficaces para amortiguar el impacto económico y social. La gran inversión de recursos públicos a través de créditos y ayudas, especialmente los canalizados mediante los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (en adelante, ERTE) y la prestación para los trabajadores autónomos, han hecho posible un ajuste empresarial alternativo al despido<sup>4</sup>. Medidas que se fueron adaptando a la evolución de la pandemia y de la economía. Fijémonos que las medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19 desde el primer Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, fueron corregidas o integradas por un gran número de disposiciones normativas.

En este contexto económico y social, el Consejo de Ministros en su reunión del día 27 de abril de 2021, adoptó un Acuerdo por el que se aprobó el llamado Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que fue publicado a través de la Resolución de 29 de abril de 2021, por la que se aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Plan que ha servido de compromiso con la Unión Europea para el acceso a los fondos generados en el programa *Next Generation*. A través del citado plan se pretende modernizar la economía española, la recuperación del crecimiento económico y la creación de empleo y preparar así al país para los retos del futuro. Las medidas que se recogen en dicho instrumento se desarrollan a través de diez políticas palanca que a su vez integran treinta componentes o líneas de acción para contribuir a alcanzar los objetivos del Plan. Uno de los componentes es el número 23 relativo a las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo” que incluye distintas reformas para mejorar y modernizar la eficiencia abordando un conjunto de deficiencias estructurales y aportando soluciones a las mismas. Naturalmente, la inyección de dinero comunitario, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, se producirá, según se dispone en su artículo 24.2, en cuanto sea solicitado por el Estado miembro una vez, eso sí, “alcanzados los correspondientes hitos y objetivos convenidos que figuran en el plan de recuperación y resiliencia”.

Pues bien, a través del 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 formación del mercado de trabajo se cumple con las Disposiciones Operativas del Plan de Recuperación acordadas por el Gobierno, aprobadas por la Decisión de la Comisión de 29 de octubre de 2021, en el plazo fijado (durante el cuarto trimestre de 2021). De ahí nace, por lo tanto, el

---

<sup>4</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ CALVO, I.A., “Los ERTE como alternativa al despido”, en García Murcia, J. (dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK ediciones, 2022, pp. 419-440.

citado real decreto que tiene como objetivos, entre otros, la modificación de los expedientes de regulación temporal de empleo.

En este estudio se analizarán algunos aspectos relativos a la reducción de jornada temporal que se puede adoptar como consecuencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (causas ETOP) y de fuerza mayor. Específicamente se estudiarán los cambios normativos producidos en relación con la reducción de jornada temporal y suspensión del contrato temporal reconocida en el artículo 47 del ET hasta situarnos en la actual redacción dada por el Real Decreto-ley 32/2021. Como se verá hasta la reforma laboral de 2021, acaecida por el RD-ley 32/2021, la concurrencia de causas ETOP o de fuerza mayor legitimaba a las empresas para adoptar ERTE en relación con el artículo 47 del ET. Pero, tras los cambios introducidos por el RD-ley 32/2021 las empresas disponen de un tercer mecanismo que les permite solicitar medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo, el denominado Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

## 2. CAMBIOS OPERADOS EN EL ARTÍCULO 47 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR EL RD-LEY 32/2021, DE 28 DE FEBRERO

La experiencia de la reducción temporal de empleo y la suspensión temporal del contrato de trabajo durante la COVID-19 y el resultado positivo sobre la protección del empleo, así como uno objetivos marcados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, han motivado las novedades incorporadas por el RD-ley 32/2021 en el artículo 47 del ET y artículos 262.1 y 3, 267.1 y 273.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [en adelante, LGSS (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015)], al tiempo que añade nuevas reglas en el artículo 47 bis del ET y en el artículo 153 bis y en las DD.AA. 41<sup>a</sup> y 44<sup>a</sup> de la LGSS. El propio Preámbulo del RD-ley 32/2021 señala que la reforma del artículo 47 del ET incorpora medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo y ofrecer esta herramienta como mecanismo alternativo y prioritario a los despidos.

### 2.1. Características comunes en los ERTE por causas económicas y fuerza mayor

La nueva redacción del artículo 47 del ET mantiene la distinción entre reducción o suspensión temporal por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (causas ETOP) y la reducción o suspensión temporal por causas de fuerza mayor. Los primeros cuatro apartados del artículo 47 del ET se dedican a las causas ETOP; se definen las causas que lo justifican y se regula el procedimiento para su tramitación. No son muchas las novedades que se incorporan en esos primeros cuatro apartados, pero son de cierta im-

portancia. En primer lugar, se añade el término “temporal”, dejando claro en la norma que la reducción o suspensión tiene que tener una duración limitada en el tiempo. Dicha circunstancia ya se desprendía con anterioridad del artículo 16.3 del 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 que indica expresamente “el alcance y duración de las medidas de suspensión de los contratos o de reducción de jornada se adecuarán a la situación coyuntural que se pretende superar”, siendo necesario justificar en la documentación que se acompaña a la comunicación de la apertura del periodo de consultas acreditar la situación coyuntural de la actividad de la empresa (art. 18.1 del RD 1432/2012).

En cuanto al cómputo sobre el que actuará la suspensión temporal de contratos o la reducción temporal de la jornada laboral el RD-ley no incorpora modificación alguna, de tal forma que la reducción seguirá computándose en relación con el día, la semana, el mes o el año, permitiéndose incluso, la cesación completa de trabajo algunos días y el trabajo en otros<sup>5</sup>. A fin de concretar cuándo nos encontramos ante una reducción de jornada se utiliza el parámetro de la jornada efectivamente desempeñada por la persona trabajadora, y no la legal o convencionalmente aplicable en el sector de actividad de que se trate<sup>6</sup>.

El RD-ley 32/2021 incorpora un nuevo apartado séptimo en el artículo 47 del ET en el que se establecen una serie de reglas comunes a los ERTE por causas económicas y derivadas de fuerza mayor, de lo que cabe destacar lo siguiente.

- Permanecen inalterables los porcentajes entre los que debe oscilar los expedientes temporales de regulación temporal de empleo, manteniéndose entre el 10% como mínimo y un máximo del 70% de la jornada computada sobre una base diaria, semanal, mensual o anual. Las incidencias por debajo del tope mínimo se intentarán solventar a través de otros mecanismos, como puede ser mediante la distribución irregular de la jornada de trabajo. En todo caso, los límites mínimos y máximos no tienen mucho sentido en tanto que dependen del periodo de referencia que se fije para aplicar la reducción temporal de la jornada o suspensión temporal de los contratos de trabajo. El único umbral que existe en relación con dichos porcentajes es el periodo de referencia anual.
- Tras la actual redacción del artículo 47 del ET se concede prioridad a la reducción temporal de la jornada de trabajo frente a la suspensión

---

<sup>5</sup> En este caso es fácil apreciar que puede resultar complejo distinguir la reducción de jornada de la suspensión de contratos. *Vid.* ROQUETA BUJ, R., *Los expedientes de regulación temporal tras la reforma: ERTEs, ETOP, FM, COVID-19 y RED*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>6</sup> De tal forma se interpreta del tenor literal del artículo 262.3 de la LGSS, que indica expresamente “el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo...”, pues fijémonos que emplea el posesivo “su”.

temporal de contratos. A fin de cuentas, se pretende relegar a una segunda instancia la suspensión temporal de los contratos. Ahora bien, naturalmente esta posibilidad queda condicionada a que “sea viable”, tal y como contempla el propio precepto legal. No obstante, esta viabilidad genera ciertas dudas acerca de cuáles son las causas necesarias para que resulte o no viable. Es fácil de apreciar, por lo tanto, que la empresa deberá en primer lugar acudir u optar por la reducción temporal de jornada y ya en el caso de que acuda a la suspensión temporal de contratos, deberá justificar que la reducción temporal de jornada no es viable.

- El nuevo apartado séptimo del artículo 47 del ET también contempla la posibilidad de proceder a la afectación o desafectación sucesiva de las personas trabajadoras, en función de las necesidades de la empresa. Es fácil apreciar que lo que se pretende es mantener activo el ERTE durante el periodo en que resulte aplicable, afectando o desafectando sucesivamente a las personas trabajadoras en función de las necesidades o circunstancias que atraviesa la empresa. Este sistema permite a las empresas adoptar en función de sus necesidades esta medida de manera progresiva o regresiva. Es indiscutible pues a falta de prohibición expresa se permitirá desafectaciones totales del ERTE, lo que significa que el ERTE puede seguir activo durante el plazo previsto, pero todas las personas trabajadoras afectadas pueden reincorporarse a la actividad que venían desarrollando en la empresa.
- Lógicamente, como no podía ser de otra forma, no se podrán realizar horas extraordinarias durante el periodo de aplicación del expediente, al tiempo que se prohíbe que la empresa recurra a nuevas contrataciones o externalizaciones. En realidad, ni que decir tiene que esta prohibición resulta del todo razonable pues se pretende priorizar ante todo la reincorporación de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE. Si bien, cabe puntualizar que tal prohibición no resultará aplicable en el caso de que las personas trabajadoras de la plantilla, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas no puedan realizar las funciones y tareas requeridas por la empresa y tampoco se impide, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.11.3 f) del ET, la celebración de contratos formativos siempre que “las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada”.

## **2.2. Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**

La definición de las causas ETOP se mantiene inalterada. El artículo 47.2 del ET se encarga de definir las causas justificativas de las reduccio-

nes temporales de jornada y de las suspensiones de contratos de trabajo. La definición coincide con la que contiene el artículo 82.3 del ET para la inaplicación y modificación del convenio colectivo. Se establece así, al menos respecto a las causas económicas, un nivel de exigencia inferior respecto del exigido para el despido colectivo pero que, a su vez, resulta más riguroso que el exigido para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o para la movilidad geográfica. En todo caso, la empresa debe acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su imposición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

En relación con las causas técnicas, organizativas o de producción, la empresa deberá acreditar alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente razonabilidad de la decisión para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir la evolución negativa de la misma. Probablemente, de lo contrario, será complicado para los tribunales controlar el adecuado uso de los ERTE<sup>7</sup>.

### **2.3. Procedimiento causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**

En lo relativo al procedimiento de reducción temporal de la jornada o suspensión temporal del contrato de trabajo por causas ETOP cabe indicar que la nueva redacción dada por el RD-ley 32/2021 acorta el plazo para el desarrollo del periodo de consultas a siete días en empresas de menos de 50 personas trabajadoras<sup>8</sup>. En paralelo, la empresa debe solicitar informe a la representación legal de las personas trabajadoras en los términos del artículo 64.5 a) y b) del ET. Las consultas se llevarán a cabo en una única comisión negociadora circunscrita a los centros afectados por el procedimiento e integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes. Con esta previsión desaparece la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo tal y como se establecía en el RD 1483/2012<sup>9</sup>. Por otro lado, se acortan a cinco o diez días (en función de si

---

<sup>7</sup> FERRANDÁNS CARAMÉS, C., “La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis del empleo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, p. 248.

<sup>8</sup> En la anterior redacción, el periodo de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras era de duración no superior a quince días. Tras la actual redacción el plazo sigue siendo el mismo, pero para las empresas de menos de 50 personas trabajadoras en plantilla la duración del periodo de consultas se acorta a una duración máxima de siete días.

<sup>9</sup> A la hora de determinar el ámbito del procedimiento las causas económicas se valorarán con respecto al concreto ámbito en el que es necesaria la medida, ya sea la empresa en su conjunto, un centro de trabajo o una entidad productivo. STS de 25 de mayo de 2015. Rec. 72/2014.



tienen o no representación legal en los centros afectados) los plazos de constitución de la comisión negociadora<sup>10</sup>. Finalizado el citado plazo la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a la representación legal, sin que la falta de constitución de la comisión impida el inicio y transcurso del periodo de consultas o se amplie su duración en el supuesto de que se constituyera con posterioridad.

La comunicación de inicio del periodo de consultas deberá contener las cuestiones recogidas en el artículo 17 del RD 1483/2012, cualquiera que sea la causa alegada por la empresa. Naturalmente la empresa no solo debe acreditar la concurrencia de la causa, sino que además debe justificar los efectos sobre los contratos de trabajo afectados y su ubicación funcional y territorial, pues de lo contrario no se podrá comprobar la pérdida temporal de utilidad de estos contratos derivada de la concurrencia de la causa alegada por la empresa. Por otro lado, esta información ofrece información a la representación legal de las personas trabajadoras para debatir si es proporcional o existen otras alternativas.

Por su parte, la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados/as de personal en los centros de trabajo afectados. En defecto de lo anterior, el apartado cuatro del artículo 41 del ET establece una serie de reglas en función de si el centro afecta a un único centro o a más de un centro en función de si existe o no representación.

Otra novedad que pretende agilizar la tramitación del ERTE es que la Autoridad laboral ya no debe dar traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, ni tampoco debe comunicarle la decisión empresarial. La automatización de este proceso garantiza el acceso a la información por parte de la Inspección de Trabajo, el Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social (nueva DA 26<sup>a</sup> del ET).

El RD-ley 32/2021 incorpora otra medida más para facilitar y agilizar la tramitación al posibilitar la prórroga de la reducción temporal de jornada y la suspensión temporal de contratos. Bastando para dicha prórroga la comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras, cuestión que será tratada durante un periodo de consultas máximo de cinco días. Una vez lo anterior, la empresa tan solo debe comunicar su decisión a la Autoridad laboral en un plazo máximo de siete días desde su decisión. Si bien se mira, quizá estas prórrogas prolonguen excesivamente esta medida de carácter coyuntural.

---

<sup>10</sup> En la anterior redacción los días eran siete o quince.

## 2.4. Causas derivadas por fuerza mayor

La redacción de las causas por fuerza mayor se recoge en los apartados 5 y 6 del artículo 47 del ET. Tras los cambios operados por el RD-ley 32/2021 se mantiene la exigencia de autorización administrativa para los ERTE derivados de fuerza mayor, pero como novedad se recoge el procedimiento de tramitación, aunque también sigue siendo de aplicación supletoria las previsiones del artículo 51.7 del ET y los artículos 31 a 33 del RD 1483/2012. Uno de los problemas que sigue existiendo en cuanto a las causas de fuerza mayor es la ausencia de definición. Si bien, de la dicción literal de los artículos 47.5 y 51.7 del ET, así como de la interpretación de la doctrina jurídica cabe indicar que será fuerza mayor aquellas circunstancias externas, involuntarias e imprevisibles o en todo caso inevitables por parte de la empresa<sup>11</sup>. Aparte de la citada fuerza mayor está la fuerza mayor temporal por impedimentos o limitaciones, no necesariamente catastróficos que deriva de la decisión de los poderes públicos imprevisible o inevitable, que recae sobre una empresa e impide la continuación de la prestación laboral<sup>12</sup>.

## 2.5. Procedimiento causas por fuerza mayor

El procedimiento debe seguir el procedimiento previsto en el artículo 51.7 del ET y disposiciones reglamentarias, iniciándose “mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultáneamente comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras”. Además, la empresa junto con la solicitud a la Autoridad laboral, comunicará, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan: el periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la reducción temporal de la jornada o suspensión del contrato; la identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo y; el tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número de máximo de días de suspensión de contrato a aplicar [art. 47.7 b) del ET].

Por su parte, la Autoridad laboral con independencia del “número de personas trabajadoras afectadas”, es quien debe constatar “la fuerza mayor temporal como causa motivadora”. Y también debe solicitar informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social antes de dictar resolución. Es decir, aunque se permite la reducción temporal de

---

<sup>11</sup> El concepto de fuerza mayor ha sido tratado en numerosas ocasiones por nuestros tribunales. Así pues, la STS de 20 de noviembre de 2018, Rec. 2/2018 afirmó que “la fuerza mayor equivale, desde luego, a un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible, o siendo previsible, sea inevitable”.

<sup>12</sup> VILA TIerno, F., y ÁLVAREZ CORTES, J.C., “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, núm. Extraordinario monográfico, 2022.

jornada o suspensión temporal de contrato por causa derivada de fuerza mayor, no es posible que la empresa inicie estas medidas de manera directa, es preciso que la Autoridad laboral constate la causa por fuerza mayor que la empresa alega<sup>13</sup>.

La competencia para tramitar y resolver los supuestos de reducción temporal de jornada o suspensión temporal de contratos se determinará conforme a las reglas contenidas en el artículo 25 del RD 1483/2012. La resolución debe dictarse en un “plazo de cinco días naturales desde la solicitud” y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor y hasta la fecha determinada en la propia resolución. En todo caso, el plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender o ampliar en los términos previstos en los arts. 22 y 23 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y, en el caso de que no se emita forma expresa, se entiende silencio positivo. La resolución de la Autoridad laboral declarará la existencia de fuerza mayor alegada por la empresa o la inexistencia. En el supuesto de que la fuerza mayor persista una vez finalizado el periodo determinado se deberá solicitar una nueva autorización.

Además de la fuerza mayor antes indicada, se incorpora un nuevo apartado sexto al artículo 47 del ET en el que se reconoce también como fuerza mayor temporal la constituida por “impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la salud pública”. Esta posibilidad se implantó en plena pandemia COVID por el RD-ley 30/2020, de 9 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. En estos casos el procedimiento es el mismo que en el caso de la fuerza mayor anteriormente vista, pero con las siguientes peculiaridades: no es preceptivo el informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social; se deberán justificar las concretas limitaciones o impedimentos en la documentación de la solicitud y; la autorización por la autoridad laboral se producirá si se entienden justificados.

### 3. MECANISMO RED DE FLEXIBILIZACIÓN

Otro de los cambios introducidos por el RD-ley 32/2021 ha sido la creación del denominado “Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización de Empleo” con el que se pretende ajustar temporalmente el empleo por medio de suspensiones contractuales y reducciones de jornada, para afrontar escenarios singulares o generalizados de crisis económica o reconversión sectorial como alternativa a la destrucción masiva de empleos. De manera temporal, mientras que se llevaba a cabo su desarrollo

---

<sup>13</sup> Si la medida se lleva a cabo sin previa autorización laboral será declarable como nula (art. 124.11 LRJS).

reglamentario, el RD-Ley 4/2022, de 15 de marzo, contempló algunas disposiciones relativas a la regulación de este mecanismo. Finalmente, en base a las habilitaciones de las Disposiciones Finales segunda y séptima del RD-Ley 32/2021, se ha publicado el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. El citado reglamento se encarga de desarrollar lo previsto en el art. 47 bis del ET, dotando así al Mecanismo RED de un régimen jurídico completo.

### 3.1. Modalidades

Este mecanismo distingue dos modalidades.

- A) Cíclica: para los supuestos en que se prevea una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización. La duración del ERTE RED cíclico es de duración máxima de un año [art. 47 bis 1.a) del ET].
- B) Sectorial: cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una [art. 47 bis b) del ET]. Con el ERTE RED sectorial se pretende afrontar y resolver la adaptación hacia nuevos puestos de trabajo a través de un adecuado proceso de formación para adquirir la recualificación necesaria.

### 3.2. Procedimiento

El capítulo II del RD 608/2023, de 11 de julio, se encarga de desarrollar la dimensión procedimental y regula los trámites que han de seguir las empresas que deseen acogerse a un mecanismo que se encuentre activo. Dicho procedimiento se articula en tres fases: inicio, desarrollo y finalización. Si bien, los ERTE's que se hubieran iniciado a la fecha de la entrada en vigor del RD 608/2023 se regirán por la normativa vigente en el momento de inicio.

– Fase de inicio: el art. 5 del RD 608(2023) dispone que “la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a las personas trabajadoras o a sus representantes legales su intención de iniciar el procedimiento, a los efectos de la conformación de la comisión negociadora” para el desarrollo del periodo de consultas, cuya duración máxima será de 15 o 7 días en supuestos de empresas con plantillas inferiores a 50 personas trabajadoras. Tanto la constitución como el funcionamiento de la comisión se va a regir por lo establecido en el art. 41 del ET. Una vez quede constituida la comisión representativa o transcurrido el plazo para su constitución, la dirección de la

empresa podrá comunicar formalmente a la representación legal y a la autoridad laboral la apertura del periodo de consultas, que deberá ir acompañada de una memoria explicativa que debe incluir la documentación indicada en el art. 6.3 del RD 608/2023.

– Fase de desarrollo: esta fase requiere la participación de diferentes agentes como la empresa, la representación legal de las personas trabajadoras, autoridad laboral e Inspección de Trabajo. Durante el periodo de consultas tanto la empresa como la representación legal debe negociar de buena fe con vistas a alcanzar un acuerdo que requiere la mayoría de los representantes legales o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas trabajadoras del centro/os afectados. En todo caso, puede acordarse en cualquier momento sustituirlo por un procedimiento de mediación o arbitraje. En esta fase, también la autoridad laboral es protagonista pues, una vez reciba la solicitud de la empresa, admitirá a trámite la solicitud si cumple con los requisitos del acuerdo de activación del Consejo de Ministros (art. 9 del RD 608/2023). Por su parte, al Inspección de Trabajo se encarga de emitir un informe en el que se pronuncia sobre los requisitos correspondientes.

– Fase de finalización: El art. 11 del RD 608/2023 recoge el contenido mínimo y las condiciones esenciales del acuerdo, mientras que el art. 12 se refiere a las actuaciones de la autoridad laboral. Cabe recordar que este mecanismo, una vez adoptado tiene fijada una duración determinada, para el caso de crisis un máximo de doce meses y para el caso sectorial hasta un máximo de veinticuatro. Si bien, en el caso de que sea un Mecanismo RED sectorial la solicitud deberá ir acompañada de un plan de recualificación de las personas afectadas.

### **3.3. Protección social**

Además de las acciones formativas, las personas trabajadoras afectadas por el Mecanismo RED serán beneficiarias de la prestación regulada en la Disposición Adicional 41ª de la LGSS cuyas características más llamativas son: no se exige acreditar un periodo mínimo de cotización previo; el acceso a esta prestación no implica el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas; o que la cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora el porcentaje del 70% durante toda la vigencia de la medida. Dicha prestación se financiará con cargo a las disposiciones de activos financieros del Fondo RED (véase capítulo IV RD 608/2023).

### **3.4. Beneficios o exenciones en las cotizaciones**

En cuanto a los beneficios en la cotización a la Seguridad Social la Disposición Adicional 44ª de la LGSS recoge los mismos beneficios para los expe-

dientes de regulación temporal de empleo y para el Mecanismo RED. Si bien se aminoran los porcentajes de exoneración y los colectivos sobre los que se puede aplicar con respecto a los ERTE COVID, quizá por el coste económico que supuso para las arcas públicas la aplicación de las exoneraciones durante los ERTE COVID<sup>14</sup>. El acceso a las exoneraciones es siempre voluntario por lo que serán las empresas quienes tengan que solicitar la exención, a cambio de comprometerse a mantener el empleo.

En el Mecanismo RED cíclico los beneficios en las cotizaciones serán del 60% durante los cuatro primeros meses de activación hasta el último día del cuarto mes posterior a dicha activación. A partir de dicho momento el beneficio será del 30% durante los siguientes cuatro meses, reduciéndose al 20% en los siguientes cuatro meses. En el caso del Mecanismo RED sectorial los beneficios en las cotizaciones serán del 40%. Si bien el Consejo de Ministros, atendiendo a las circunstancias que concurren en la coyuntura macroeconómica general o en la situación en la que se encuentre determinado sector o sectores de actividad, podrá impulsar las modificaciones legales necesarias para modificar los porcentajes de las exenciones en la cotización en la Seguridad Social, así como establecer la aplicación de exenciones a la cotización debida por los trabajadores reactivadas, tras los periodos de suspensión del contrato o de reducción de la jornada en el caso de los expedientes de regulación temporal de empleo a los que se refiere el artículo 47 bis 1.a) del ET.

En cualquier caso, solo se aplicarán dichas exenciones en el caso de que las empresas desarrollen acciones formativas y siempre que se mantenga el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE<sup>15</sup>. Si se no se cumple este último requisito se deberá devolver el importe de las cotizaciones con el consiguiente recargo e intereses de demora.

### 3.5. Financiación

El mecanismo RED posee un sistema de financiación distinto al ERTEA por causas ETOP o de fuerza mayor; en el caso del mecanismo RED tanto las prestaciones como las exoneraciones y costes vinculados a la forma-

---

<sup>14</sup> Vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *Labos*, núm. 3, núm. Extraordinario, 2021, pp. 93.

<sup>15</sup> No se considera incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo cuando el contrato se extingue por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando no suponga un despido sino una interrupción. Tampoco se considera incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo en el caso de contratos temporales y se extinga por finalización de su causa o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

ción se financiarán con los recursos procedentes de un fondo específico, de carácter permanente, denominado Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social por la Disposición Adicional 5ª del RD-Ley 4/2022 y desarrollado por el capítulo V del RD 608/2023. Este fondo estará integrado por ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial, por las aportaciones que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado, por las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo y por los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el propio fondo.

#### 4. FORMACIÓN Y EMPLEABILIDAD DURANTE LOS ERTE

La formación profesional es una de las herramientas más importantes de que disponen las personas trabajadoras y las empresas para adaptar la mano de obra a los cambios que puedan originarse en los procesos de producción, debido a que tales modificaciones tienen incidencia directa sobre la actividad laboral de las personas trabajadoras. Motivo por el cual la formación continua es una cuestión a tener siempre en consideración por los poderes públicos y las empresas. Desde la OIT la formación profesional ha sido objeto de atención. Tanto es así que la Recomendación núm. 117, de 27 de junio de 1962 ya recogía que “la formación es un medio de desarrollar las aptitudes profesionales de una persona teniendo en cuenta las posibilidades de empleo y de permitirle hacer uso de sus capacidades como mejor convenga a sus intereses y a los de la comunidad; la formación debería tender a desarrollar la personalidad, sobre todo cuando se trate de adolescentes”. Igualmente, en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 7 de diciembre de 2000 se establece “el derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente, así como el derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”.

A nivel interno, el derecho a la formación de las personas trabajadoras lo encontramos en primer lugar en el artículo 35.1 de la CE que menciona el derecho a la promoción a través del trabajo<sup>16</sup>. Por su parte, el artículo 40.2 de la norma suprema recoge el mandato dirigido a los poderes públicos de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales. Como no podía ser de otra forma, el Estatuto de los Trabajadores también recoge como derecho básico de las personas trabajadoras “la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer

---

<sup>16</sup> Este precepto debe enlazarse con la cláusula de estado social (art. 1.1 CE) y con el derecho a la dignidad (art. 10.1 CE). *Vid.* PEDRAJAS MORENO, A. “Formación y derechos individuales”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1999, pp. 506.

su mayor empleabilidad” [art. 4.2. b) del ET]; derecho que es concretado y desarrollado en el artículo 23 del ET. El derecho que recoge el artículo 4.2 b) del ET es un derecho ejercitable en la relación de trabajo, es decir, se ha de realizar en el trabajo, y es un derecho individual de las personas trabajadoras, pero no se puede imponer a la empresa la obligación de otorgarlo de manera incondicional<sup>17</sup>. Es menester afirmar que la formación permanente contribuye a mejorar la empleabilidad de las personas. De forma que las acciones formativas de las empresas deben contener planes formativos que capaciten a las personas trabajadoras para el desempeño cualificado de las profesiones que venían desempeñando y, pero además otro reto es formar y recualificar a las personas hacia los nuevos empleos generados por la digitalización y la transición ecológica<sup>18</sup>.

Con anterioridad al RD-ley 32/2021 ya se reconocía en el antiguo artículo 47.4 del ET el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de las personas trabajadoras afectadas por un expediente de regulación temporal de empleo con el fin de aumentar la polivalencia e incrementar su empleabilidad. Esta posibilidad ya no se recoge en el propio apartado, sino en el artículo 47.7 d) del ET, apartado que refuerza las previsiones que ya recogía el antiguo artículo 47.4 del ET. Por su parte, la nueva Disposición Adicional 25ª del ET dispone que durante el ERTE las empresas podrán desarrollar acciones formativas para las personas trabajadoras afectadas con el objeto de mejorar sus competencias profesionales y empleabilidad, priorizando acciones formativas atiendan a las necesidades “reales” de las empresas y de las personas trabajadoras, incluyendo “las vinculadas a la adquisición de competencias digitales”; así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.

Tales acciones formativas lo serán a través de cualquier tipo de formación prevista en la Ley Orgánica 5/2002, de cualificaciones y formación profesional o en la Ley 30/2015, que regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral (téngase en cuenta que de quedan derogadas cuantas disposiciones de la Ley 30/2015 se opongan a lo establecido en la Ley Orgánica 3/2023, según la Disposición Derogatoria única 2). Estas acciones formativas deberán realizarse en todo caso durante la reducción temporal de la jornada o la suspensión temporal del contrato o en tiempo de trabajo, pero respetando los descansos establecidos y el derecho a la conciliación de la vida familiar con la laboral.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta la Disposición Adicional 44ª del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en

---

<sup>17</sup> STSJ Castilla y León, de 26 de febrero de 2013, Rec. 65/2013.

<sup>18</sup> 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. Preámbulo Ley 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.



adelante, LGSS) que vincula la formación a la obtención de exenciones a la cotización durante la suspensión temporal del contrato o la reducción temporal de la jornada cuando deriven de causas ETOP o del Mecanismo RED sectorial. Los términos concretos del incremento del crédito se recogen en el artículo 9.7 de la Ley 30/2015 que fija la cuantía del crédito a percibir por las empresas que desarrollen acciones en el ámbito de la formación programada en función del tamaño de la empresa (de 1 a 9 personas trabajadoras: 425 € por persona, de 10 a 49 personas trabajadoras: 400 € por persona, de 50 o más: 320 € por persona. Cuantías que podrán actualizarse reglamentariamente. En cuanto a la financiación del crédito será a través de una aportación extraordinaria al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal. Cabe señalar que las acciones formativas se exigen, aunque solo para los ERTE por causas económicas, como condición para acceder a los beneficios en la cotización a la Seguridad Social. El Servicio Público de Empleo Estatal es quien se encarga de controlar la formación en los expedientes de regulación temporal de empleo, reforzado en sus unidades provinciales de gestión, según indica la norma.

De hecho, previamente el Real Decreto 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, incorporó incentivos para que las empresas invirtieran en la formación de sus personas trabajadoras, priorizando las acciones formativas dirigidas a atender las necesidades reales de la plantilla y a mejorar sus competencias digitales, aunque la formación no tuviera relación directa con la actividad que desarrollan en la empresa. Con ello se pretendía evitar la descualificación de las personas trabajadoras, al tiempo de mantener su vinculación con la empresa durante los expedientes temporales de empleo.

En el caso de los ERTE promovidos por el Mecanismo RED sectorial la formación no se encamina a cubrir las aptitudes necesarias provocadas por el cambio en el sector, sino más bien a la reorientación profesional, de forma que no tiene por qué estar vinculada a la prestación de servicios en la empresa<sup>19</sup>. En tal sentido, la Disposición Adicional 1ª del RD-ley 32/2021 dispone que transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad sectorial, estudiarán las circunstancias en que se encuentre el empleo y el tejido productivo de los sectores afectados por el Mecanismo RED y analizarán la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro.

Como puede desprenderse, la formación tiene un papel transcendental en los expedientes de regulación temporal de empleo, y no es de extrañar

---

<sup>19</sup> DÍAZ DE ATAUGI, P.G. “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, vol. 3, núm. Extraordinario, 2021, p. 106.

pues lo que se pretende es que esa herramienta sirva como mecanismo de flexibilidad, alternativo a la extinción y destrucción de empleo, por lo que es primordial también como mecanismo de estabilización en el empleo ofrecer a las personas trabajadoras acciones formativas para mejorar sus aptitudes laborales, recualificarse y adquirir o mejorar las competencias digitales. En definitiva, las acciones formativas durante las reducciones temporales de jornada de trabajo o suspensiones temporales de contratos están encaminadas a mejorar su empleabilidad, es decir, se trata de ofrecer respuestas a las necesidades formativas de las personas y empresas, sobre todo en materia de competencias digitales y de facilitar la recualificación para el tránsito a empleos en otra empresa o sector.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *Labos*, vol.3, núm. Extraordinario, 2022, pp. 83-96.
- DÍAZ DE ATAUGI, P.G. “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, vol. 3, núm. Extraordinario, 2022, pp. 97-110.
- FERRANDÁNS CARAMÉS, C., “La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis del empleo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, pp. 227-264.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., “Mecanismo RED de Flexibilidad Interna y Garantía de Estabilización del Empleo” (Art. 47 bus del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones concordantes)”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, pp. 305-334.
- OCDE. *Employment Outlook 2019: The Future of Work*, París, OCDE Publishing, 2019.
- PEDRAJAS MORENO, A. “Formación y derechos individuales”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1999, pp. 503-519.
- ROQUETA BUJ, R., *Los expedientes de regulación temporal tras la reforma: ERTEs, ETOP, FM, COVID-19 y RED*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- RODRÍGUEZ CALVO, I.A., “Los ERTE como alternativa al despido”, en García Murcia, J. (dir.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK ediciones, 2022, pp. 419-440.
- VILA TIERNO, F., y ÁLVAREZ CORTES, J.C., “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, pp. 281-304.

APUNTES PARA LA MEJORA DE LA PARTICIPACIÓN  
FEMENINA EN EL MERCADO DE TRABAJO DIGITAL:  
SUPERANDO LA BRECHA DIGITAL<sup>1</sup>

ARTURO MONTESDEOCA SUÁREZ<sup>2</sup>  
*Personal Investigador en Formación*  
*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*  
*arturo.montesdeoca@ulpgc.es*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se encuentra inserto en la línea de trabajo del grupo de investigación de la Universidad de Alcalá (España), PID2020-112731RB-I00. La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo.

<sup>2</sup> Personal Investigador en Formación, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España); Contrato predoctoral cofinanciado por la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias y por el Fondo Social Europeo.

## **SUMARIO**

1. UN ANÁLISIS DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN. 2. EL PRIMER PASO ES LA FORMACIÓN: UN APUNTE A LA LEY ORGÁNICA 3/2022, DE 31 DE MARZO. 2.1. La presencia de la tecnología en la oferta de formación profesional. 2.2. La orientación profesional en el sistema de FP. 2.3. La FP dual como puente idóneo al mercado de trabajo digital. 2.4. El papel atribuido a los agentes sociales en el ámbito de la FP. 3. LA BAJA PRESENCIA DE LA MUJER EN EL SECTOR TECNOLÓGICO: LA INCUESTIONABLE UTILIDAD DEL DIAGNÓSTICO PREVIO A LOS PLANES DE IGUALDAD. 4. LAS ACTUACIONES PÚBLICAS QUE PUEDEN ADOPTARSE PARA DISMINUIR LA INFRARREPRESENTACIÓN FEMENINA EN DETERMINADOS SECTORES. 5. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

## 1. UN ANÁLISIS DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como es por todos sabido, hoy en día estamos inmersos en la cuarta revolución industrial conocida como Industria 4.0, que se caracteriza, entre otras, por un desarrollo desorbitado y abrupto de nuevas tecnologías. En este sentido, este desarrollo tecnológico ha propiciado un crecimiento socioeconómico mundial generando nuevos yacimientos de mercado y, en consecuencia, nuevos puestos de trabajo.

En este contexto, han surgido, de forma exponencial además, empresas de un sector concreto, el STEM<sup>3</sup>, que acuden al mercado de trabajo a captar personas trabajadoras con un perfil y unas destrezas o habilidades muy específicas. En definitiva, la captación de este tipo de profesionales se relaciona con un nivel de formación adecuado para ocupar puestos de trabajo altamente demandados en esta nueva sociedad digital: ingeniería de datos y *software*, desarrollo y programación web, así como en especialidades como la inteligencia artificial o la ciberseguridad, entre otros.

No obstante, debe tenerse en cuenta que existe una desigualdad de género en cuanto a la elección de la formación y acceso a este mercado de trabajo. La explicación es sencilla, las mujeres optan por otro tipo de ramas de estudio y de profesionalización. *Sensu contrario*, la presencia masculina en este tipo de sectores es considerablemente alta evidenciando una clara brecha de género que puede ser analizada holísticamente como brecha digital.

Esta situación no siendo novedosa, por cuanto ha sido objeto de estudio en diferentes ocasiones, merece ser objeto de un análisis más profundo desde la perspectiva concreta de formular unos breves apuntes que contribuyan a la mejora de la participación femenina en el mercado de trabajo digital. Y ello tanto por el interés de la cuestión como por las repercusiones que puede tener para la mitad de la población, tomando en consideración las características y funcionamiento del mercado de trabajo actual y las proyecciones de futuro más inmediatas.

---

<sup>3</sup> Science, Technology, Engineering and Mathematics.

En esta aportación se pretende dar respuesta a la cuestión de si existen alternativas para reconducir la situación y favorecer el acceso de las mujeres a este sector concreto, tanto desde el acceso a la formación como la inserción en el mundo profesional.

En cuanto a la metodología utilizada, se pretende examinar qué factores pueden ser determinantes para que la mujer se incorpore al sector STEM. En este sentido, se analizará un primer factor, la formación, analizando los aspectos más interesantes de la nueva Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (LOFP), así como ofrecer una visión crítica sobre la necesaria actualización del catálogo nacional de cualificaciones profesionales.

Por otro lado, se abordará la inserción laboral en el mercado digital a través del estudio de planes de igualdad y una aproximación a qué factores, circunstancias están diagnosticando las empresas así como las medidas implementadas para favorecer la incorporación de las mujeres en este sector.

A continuación, se puntualizará sobre el papel que pueden y deben desarrollar los interlocutores sociales a raíz de las competencias que le han sido asignadas por la nueva LOFP.

Y, por último, se finalizará con la aportación que la nueva Ley de Empleo, la Ley 3/2023, de 28 de febrero (Ley 3/2023) hace respecto de la identificación de una serie de aspectos clave que pueden repercutir directamente en la incorporación de las mujeres al sector tecnológico favoreciendo su incorporación en régimen de igualdad al mismo<sup>4</sup>.

## 2. EL PRIMER PASO ES LA FORMACIÓN: UN APUNTE A LA LEY ORGÁNICA 3/2022, DE 31 DE MARZO

La LOFP, publicada el pasado 1 de abril de 2022 en el BOE, pretende llevar a cabo la reforma del sistema de ordenación de formación profesional. Esta ley se configura como una oportunidad para ofrecer un sistema que permita a las personas cubrir sus intereses y expectativas formativas para adentrarse en el mercado de trabajo.

Así mismo, pone un especial acento en su exposición de motivos en la urgente adopción de un instrumento que permita aproximar la demanda y oferta de empleo, situando a las personas en el centro del sistema, como “enseñanza humanística y formación profesionalizante”.

En este sentido, se plantea como un modelo que permitirá dar respuesta a las necesidades de cambio técnico y económico que modernizan la sociedad.

---

<sup>4</sup> AAVV. (2020). “El papel de la mujer en el sector tecnológico: una especial referencia a las empresas tecnológicas, a los empleos emergentes y al campo de la ciberseguridad”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, nº 4, p. 193.

De esta manera, se consigue que la persona pueda obtener una cualificación y recualificación a lo largo de su vida a través de una formación flexible conforme a sus intereses, incrementando las posibilidades de su inserción laboral. Máxime, inmersos como se está en una sociedad tecnológicamente cambiante que demanda nuevas cualificaciones y habilidades. De no existir una formación sensible con la realidad del sistema productivo que permita superar rápidamente la falta de competencias y habilidades, podría erigirse en un factor de exclusión de acceso al mercado de trabajo a ocupaciones mejor remuneradas<sup>5</sup>.

Entre sus aspectos más relevantes puede destacarse, en primer lugar, la unidad del sistema, es decir, “la constitución y ordenación de un sistema único e integrado de formación profesional”, *ex art.* 1 LOFP. Así, la tipología de ofertas del sistema de formación profesional (SFP) queda configurada de manera secuencial, *ex art.* 28.1, en diferentes grados: acreditación parcial de competencia, certificado de competencia, certificado profesional, ciclo formativo y curso de especialización. En segundo lugar, se otorga una prioridad de la competencia profesional frente a la noción de cualificación como *ítem* vehicular del sistema<sup>6</sup>.

Esta norma es bastante ambiciosa y, buena prueba de ello, son los principios generales, *ex art.* 3.1 LOFP, que conforman el SFP y entre los que se destacan, el desarrollo personal y profesional, la mejora continua de su cualificación profesional, la promoción y formación profesional en el trabajo, la garantía de una formación profesional de calidad en igualdad de condiciones, la flexibilidad y modularidad de la formación, la centralidad en la persona, la eliminación de estereotipos profesionales y sesgos de género y la orientación profesional, entre otros.

Esta cuestión había sido previamente examinada por la Comisión Europea a través del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, estimando crucial “contar con una base sólida de capacidades básicas y transversales adquiridas en la educación y la formación iniciales es un factor clave para garantizar que los adultos puedan participar en actividades de perfeccionamiento y reciclaje profesional más adelante, a lo largo de su vida laboral”.

Por consiguiente, se está ante una norma que pretende “transformar el sistema vigente hacia un nuevo modelo de formación profesional que sea capaz de dar adecuada respuesta las urgentes necesidades formativas del presente y del futuro y, para ello, hace falta hacerlo atractivo”<sup>7</sup>. Y, para

---

<sup>5</sup> GÓMEZ SALADO, M.A. (2019). “La cuarta revolución industrial: ¿una gran oportunidad o un verdadero desafío para el pleno empleo y el trabajo decente”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, nº 4, p. 308.

<sup>6</sup> CAMAS RODAS, F. (2022). “La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 94, p. 7.

<sup>7</sup> MELLA MÉNDEZ, L. (2022). “Sobre la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional: valoración general de una ambiciosa reforma”, *Brief Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, p. 5.

ello, es necesario una interlocución entre todos los agentes implicados para ofrecer una oferta de formación profesional que afronte los desafíos industriales que se plantean.

## 2.1. La presencia de la tecnología en la oferta de formación profesional

El SFP agrupa 26 familias profesionales que ofertan diferentes títulos tanto de formación profesional básica, como de grado medio y de grado superior. Por otra parte, del conjunto de titulaciones, es posible diferenciar entre 9 familias que están asociadas al sector STEM y 2 al sector puramente tecnológico.

Por otro lado, debe destacarse que dentro de la oferta de formación profesional se han diseñado varios cursos de especialización (300 y 900 horas) que suponen una continuidad en la especialidad de formación profesional cursada en origen, tanto de grado medio como de grado superior. Como muestra un botón, para la familiar profesional de electricidad y electrónica se han creado: especialización en ciberseguridad en entornos de las tecnologías de operación, en implementación de redes 5g, en instalación y mantenimiento de sistemas conectados a internet (IoT), en Robótica Colaborativa, así como en sistemas de señalización y telecomunicaciones ferroviarias. Y para la rama profesional de informática y comunicaciones: curso de especialización en inteligencia artificial y Big Data, en ciberseguridad en entornos de las tecnologías de la Información, así como en desarrollo de videojuegos y realidad virtual.

Por otro lado, existe un ente, el Instituto Nacional de Cualificaciones (IN-CUAL), que de forma conjunta con la Subdirección General de Ordenación e Innovación de la Formación Profesional (SGOIFP), desarrolla acciones como la elaboración, revisión y actualización de cualificaciones profesionales, títulos, currículos y cursos de especialización, así como la revisión y actualización del Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales (antiguo Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales).

El Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales (CNECP) constituye la herramienta por el cual el Sistema Nacional de las Cualificaciones y Formación Profesional (SNCyFP) clasifica las cualificaciones profesionales, es decir, aquellas que pueden ser objeto de reconocimiento y acreditación relacionadas con el ejercicio profesional de una actividad. Además, constituye el criterio base para configurar tanto los módulos profesionales como la oferta de formación profesional conforme a un itinerario (acumulable y acreditable) *ex art. 8 c) LOFP*.

A este respecto, el legislador ha atendido una reclamación a voces como es la necesaria actualización de las cualificaciones profesionales para adaptarse al proceso de tecnificación o digitalización del mercado de trabajo. Así, entre las 18 nuevas cualificaciones pertenecientes a ocho familias profesionales, relacionadas con la digitalización se encuentran: desarrollo de productos basados en cadenas de bloques *Blockchain*, implantación y gestión de proyectos



de fabricación inteligente en la industria y desarrollo y gestión de proyectos de fabricación inteligente en la industria.

Una actuación que se justifica –pese a que probablemente se quede corta– si tenemos en cuenta que según el estudio “*The Future of Jobs Report 2020*”<sup>8</sup> se constata un incremento en la demanda de profesiones emergentes del futuro que asocia por diferentes campos (*cloud computing, content production, data and IA y engineering*).

En suma, un estudio<sup>9</sup> constata que, concretamente, en estudios de FP de grado superior, la tasa de empleo media se sitúa en el 79,5%, siendo ocho de las nueve familias profesionales STEM las que ostentan mayor puntuación. Y en cuanto a la FP de grado medio se alcanza el 74,6 % de tasa de empleo, de las que cinco familias profesionales STEM ocupan las primeras plazas. Estos datos se corroboran por Adecco<sup>10</sup> quien ha señalado que “los titulados de formación profesional siguen siendo los candidatos más demandados por las empresas”. No obstante, ha evaluado que el “macrosector TIC ha visto reducida ligeramente su presencia en la oferta de empleo durante 2021 (...), informática mantiene la primera posición (47,85%) dentro de este grupo”. Una circunstancia que no debe pasar desapercibida pero que, a priori, no debe alentar a una preocupación por un retroceso progresivo y pronunciado en el futuro.

Por lo tanto, hay que seguir vigilantes a fin de ofrecer una oferta formativa de FP que responda a la realidad de la demanda del mercado de trabajo. La finalidad será alcanzar la ocupación efectiva en los sectores en auge a quienes opten por esta opción formativa en igualdad de oportunidades y de trato y, por tanto, libre de sesgos de género.

## 2.2. La orientación profesional en el sistema de FP

La orientación profesional se integra entre uno de los pilares de la nueva LOFP y es denominada como aquel “el proceso de información y acompañamiento en la planificación personal del itinerario formativo y profesional en el marco del Sistema de Formación Profesional, que incluye, al menos, los siguientes ámbitos: posibilidades de formación profesional, elección de una profesión, perfeccionamiento, cambio de profesión, evolución del mercado laboral y oportunidades de emprendimiento, y desarrollo de habilidades para la gestión de la carrera profesional”, *ex art. 2.19 LOFP*.

Se constituye como una etapa fundamental para las personas por cuanto permite acompañarlas a lo largo de etapa formativa e identificar tanto el itine-

---

<sup>8</sup> [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs\\_2020.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf)

<sup>9</sup> AAVV. (2021). *Estudios STEM en España y participación de la mujer. La Formación Profesional STEM una oportunidad de futuro*, Cátedra para la Promoción de la Mujer en vocaciones STEM en la Formación Profesional para la Movilidad Sostenible, pp. 56-57.

<sup>10</sup> <https://cdn.azure.infoempleo.com/infoempleo/documentacion/Informe-infoempleo-adecco-2021.pdf>

rario formativo como las oportunidades que ofrece. Además, la LOFP ha integrado que el objetivo propuesto para este pilar, *ex art. 6.10*, se materialice de forma que constituya una ayuda en la toma de decisiones acerca de la gestión de la carrera formativa de las personas. Y, concretamente, descartando los estereotipos de género socialmente arraigados y que repercuten en el itinerario formativo que siguen mujeres y hombres. El resultado de esta actuación es conocido por todas y todos, en la práctica se genera una superpoblación de uno y otro género causando, *sensu contrario*, la infrarrepresentación del otro; en definitiva, este hecho se plasma en la consagración de sectores feminizados o masculinizados.

La importancia de esta materia se traduce en que la LOFP dedique el Título VII de forma específica a detallar aspectos que conforman el desarrollo de este servicio de orientación tales como el contenido, alcance, cometido, fines condiciones de prestación, protocolos de actuación, organización y profesionales de los servicios, entre otros.

En este sentido, la orientación profesional constituye una herramienta indispensable del proceso formativo de FP puesto que permite ayudar a las personas a elegir y gestionar su carrera académica. En adición, puede llegar a dotarles del apoyo y la información necesaria respecto a las habilidades y competencias para desenvolverse en el mercado de trabajo.

A tenor de estas consideraciones, la orientación profesional está ligada estrechamente al sistema de formación profesional por varios motivos<sup>11</sup>. Por un lado, por su carácter bidireccional, es decir, que la información cualitativa y cuantitativa de las demandas del mercado influye en el diseño de la oferta formativa. Por otro, porque una orientación profesional de calidad influye en la correcta elección formativa en tránsito al mercado de trabajo. Y, por último, porque debe ser continuada a lo largo del tiempo de tal forma que atienda a las diversas transiciones personales y profesionales de las personas. En resumen, un proceso que adquiere vital importancia, *ex ante* a la apuesta formativa, durante la misma, pero también, una vez finalizada.

Una correcta o incorrecta prestación del servicio de orientación profesional puede ser una de las causas, con carácter interno, por las que las mujeres, tanto en su etapa joven como adulta, no elijan o se decanten por esta rama profesional STEM. Así, este servicio personalizado no estaría ofreciendo los resultados esperados por las personas que lo demandan y que marca su decisión formativa. Pero, no obstante, también existen otro tipo de estereotipos, de carácter externo, que influyen quizás con mayor incidencia en la elección del itinerario formativo de las féminas como pueden ser: menor confianza en sí mismas, preferencia por ramas con mayor orientación social, estereotipos

---

<sup>11</sup> SANZ LÓPEZ, C. (2010). La orientación profesional en los sistemas de formación profesional, *Revista Española de Orientación y Psicopedagogía*, vol. 21, nº 3, p. 647.

familiares y sociales<sup>12</sup>.

Estas circunstancias negativas deben quedar fuera de la prestación del servicio de orientación. La finalidad será trasladarles a quienes a quien acuda a este servicio a orientarse, informarse, cerciorarse y obtener una respuesta sobre sus inquietudes educativo-profesional, Sin que se le traslade de forma neutra o transparente sin estereotipos de género.

En suma, las personas que dirijan estos servicios deben contar fundamentalmente con conocimientos prácticos específicos de las realidades territoriales en sus dimensiones económica y laboral, así como con capacidades para interpretar la información y las previsiones sobre el mercado laboral, así como la evolución de las cualificaciones en los distintos sectores.

Todas estas cuestiones deberán ser resueltas por el Gobierno, puesto que a tenor del art. 97 LOFP, se ha de aprobar una estrategia general de orientación profesional. De este modo, se definirá el modelo de orientación, el desarrollo de actuaciones, el marco de validez de la orientación profesional, un sistema de información actualizado y dinámico con el mercado laboral, entre otros.

Llegados a este punto, se comparte la opinión<sup>13</sup> del valor que debe desempeñar la política educativa en este sentido, de tal forma que las personas “pueden y deben” elegir libremente el itinerario formativo que marcará su rumbo profesional, excluyendo de esta elección los factores ajenos a las capacidades e intereses personales.

### 2.3. La FP dual como puente idóneo al mercado de trabajo digital

La FP dual consiste en un plan formativo que se desarrolla conjuntamente entre la empresa y el centro de formación. Además, cuenta con una larga trayectoria e implementación en países como Alemania, Suiza y Austria<sup>14</sup>. Por el contrario, la implementación en nuestro país fue más lenta, basada en un modelo autosuficiente, privado y benévolo por circunstancias políticas y sociales unida al asentamiento tardío de la industrialización ya en pleno siglo XX<sup>15</sup>.

A nivel legislativo, la FP dual se consolidó en nuestro país a raíz de la entrada en vigor del RD 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para

---

<sup>12</sup> Vid., Asociación Española para la Digitalización – DigitalES. (2019). “El desafío de las vocaciones stem. Por qué los jóvenes españoles descartan los estudios de ciencia y tecnología”, p. 33.

<sup>13</sup> AAVV. (1998). *Hacia una orientación profesional no sexista*, Gobierno de Navarra. Departamento de Educación y Cultura, p. 7.

<sup>14</sup> GREINERT. W.D. (1993). *El sistema dual de formación profesional en la República Federal de Alemania*, Estructura y funcionamiento - Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, p. 10.

<sup>15</sup> GARCÍA VIÑA, J. (2020). “La formación profesional dual en España como mecanismo de creación de empleo para los jóvenes”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, nº 443, p. 33.

la reforma del mercado laboral y en virtud del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. Entre los objetivos enmarcados por ambas normas se encontraba paliar las altas cifras de desempleo juvenil y facilitar la transición al mundo laboral, una dificultad señalada debido a las políticas de austeridad desarrolladas a raíz de la crisis de 2008<sup>16</sup>. Sin embargo, fue una actuación muy criticada al pretender implantar un modelo, el alemán<sup>17</sup>, como réplica exacta cuando lo correcto hubiera sido realizar una “transferencia inteligente de elementos adaptados<sup>18</sup>”. En definitiva, porque el éxito del modelo se evalúa en función de su nivel confluencia con las circunstancias sociales, económicas y culturales al territorio donde se pretende implantar<sup>19</sup>.

La nueva LOFP pretende resolver todas estas discrepancias y disipar las dudas sobre el protagonismo que debe asumir la formación profesional -tal y como se detalla en su exposición de motivos- en la cuarta revolución industrial que demanda una modernización productiva, económica y una rápida recualificación de la mano de obra. Todo ello en aras de configurar un único sistema sin bifurcaciones que destaca por ser dinámico, flexible, práctico, de calidad y que ofrezca la incorporación directa al mercado laboral.

A tal fin, toda la oferta de formación profesional de los grados C y D se configura con carácter dual, ocasionalmente en el caso del grado E, y los grados A y B en función de las características de la formación, *ex art. 55 LOFP*. El propósito será contribuir a que, con este proceso dual, las personas logren el alcance de las competencias del título correspondiente.

De este modo, las personas tienen una relación más directa, dinámica con el sector profesional en el que pretende insertarse laboralmente, constituyendo una experiencia enriquecedora a efectos formativos.

La fase de formación en la empresa tendrá una duración de, como mínimo, el 25% de la duración total de la formación y podrá efectuarse en una o varias empresas u organismos equiparados, *ex art. 55.5 LOFP*. Y cada persona dispondrá de un plan de formación específico en base al contenido especificado en el art. 58 LOFP y contará con dos tutores: un tutor o tutora del centro de formación profesional y un tutor o tutora dual de empresa u organismo equiparado.

---

<sup>16</sup> Curiosamente, los países que menor tasa de paro juvenil registraron durante esta triste etapa de crisis económica, fueron Alemania, Austria y Suiza. MERCADER UGUINA, J.R. (2014). “Razones, referentes y marco institucional de la formación dual en España”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº1, p. 79.

<sup>17</sup> IGARTUA MIRÓ, M.T. (2017). “La formación dual en el sistema educativo: balance y propuestas de mejora”, *Revista Temas Laborales*, nº 137, p. 119.

<sup>18</sup> EULER, D. (2013). “El sistema dual en Alemania. ¿Es posible transferir el modelo al extranjero?”, *Fundación Bertelsmann*, p. 4.

<sup>19</sup> TODOLÍ SIGNES, A. (2015). “La formación dual alemana y el contrato para la formación y el aprendizaje: ¿Diferente legislación o diferentes controles de calidad?”, *Revista Internacional de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4, p. 119.

Con la intención de ahuyentar las posibilidades de fraude que han rodeado históricamente a la formación dual, el legislador ha puntualizado que se debe “evitar su utilización inadecuada como actividad productiva y de carácter laboral”. No obstante, la estancia formativa podrá tener carácter laboral siempre que se formalice con un contrato formativo específico, *ex art. 55.6 LOFP*. Se está haciendo referencia al contrato de formación en alternancia, *ex art. 11.2 ET*, introducido por el RD-L 32/2021, caracterizado por la “intensificación en el control de la finalidad formativa<sup>20</sup>”.

A este respecto, se pretende evitar una situación problemática y de potencial fraude en la que se priorizaba el aspecto económico-laboral frente al formativo generando una precarización del empleo de los más jóvenes<sup>21</sup>. Pese a lo declarado, esta situación requerirá seguir observando la tendencia que se adopte en la práctica para detectar abusos y fraudes por las empresas puesto que chocan frontalmente con los objetivos perseguidos por la norma.

Por lo tanto, estas circunstancias negativas no deben ensombrecer las finalidades que deben alcanzarse con esta etapa como son la adquisición de competencias profesionales, conocer la realidad del entorno laboral del sector productivo, desarrollo de una identidad profesional emprendedora, adquirir habilidades permanentes vinculadas a la profesión y facilitar una experiencia de inserción real, *ex art. 56 LOFP*.

## 2.4. El papel atribuido a los agentes sociales en el ámbito de la FP

Otra de las particularidades de esta Ley 3/2022 es el protagonismo que ha otorgado a los agentes sociales en el ámbito de la formación profesional. Estas funciones se concretan en el art. 59 “participación de los agentes sociales”, en el que se señala que los agentes sociales podrán desempeñar actuaciones de “impulso, promoción y asistencia a proyectos de formación profesional”.

La participación e implicación de los agentes sociales *ex art. 59.2 a)* en materia de formación profesional constituye una labor “indiscutiblemente excelente<sup>22</sup>” para discutir en el proceso de diálogo social. Desempeñan una labor de intermediación y puente entre las necesidades del mercado de trabajo y la oferta de cualificaciones profesionales.

---

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ ROMERO, R.M. (2022). “Los contratos formativos a la luz del RDL 32/2021: Un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos”, *Briefs* – Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 1.

<sup>21</sup> CCOO. (2015). “El fraude de los contratos para formación y el aprendizaje”, *Confederación Sindical de Comisiones Obreras*, p. 12.

<sup>22</sup> LUTTRINGER, J. M. (1997). “El papel de los agentes sociales en el desarrollo de la formación profesional en los países en transición”, *Revista Europea de Formación Profesional*, nº 11, p. 53.

En este punto, la Confederación Europea de Sindicatos (CES)<sup>23</sup> ha puntualizado que los SFP deben ofrecer oportunidades de aprendizaje y contar con un índice de calidad alto. Para ello, estima que el diálogo social puede suponer una herramienta significativa para alcanzar la tan ansiada gobernanza de la formación profesional. Con esto quiere decirse que debe continuarse tanto a nivel europeo como a nivel nacional con las actuaciones de diálogo y dar respuesta a un proceso de aprendizaje justo y de calidad que facilite el tránsito directo al mundo profesional.

De hecho, hay quienes sostienen que la estrategia de formación profesional debe ir orientada a responder cuestiones como el acceso tanto a la formación profesional como a la orientación profesional en cualquier etapa de la vida, el acceso a la cualificación, así como a los recursos de la formación<sup>24</sup>. Un proceso participativo que dependerá, en gran medida, en la fluidez de las conversaciones entre patronal y sindicatos para dar respuesta a la demanda de cualificaciones profesionales que intenta cubrir el mercado de trabajo en cada etapa socioeconómica.

En segundo lugar, *ex art.* 59.2 b) Ley 3/2022, se reconoce una actuación sumamente importante en cuanto a la captación y participación de empresas en este proyecto educativo a través de un posible “consorcio de microempresas”. La actividad de los agentes sociales en esta función es relevante por cuanto pueden favorecer, a través del diálogo social, la participación en el proyecto de formación profesional al grueso de nuestro tejido empresarial español, la micro y pequeña empresa.

En este sentido se plantea de forma positiva, que a través del “consorcio” de diferentes agrupaciones se permita la rotación de personas durante sus periodos de formación. El objetivo será que conozcan las diversas prácticas profesionales acorde a la realidad y características tanto del sector al que quieren incorporarse como de la propia entidad<sup>25</sup>. Por tanto, supone una captación de experiencias que enriquecen el aprendizaje y acercan a las personas que participan a la práctica habitual de su sector profesional.

Tal y como destaca la ley, el éxito está precisamente en “el compromiso efectivo de las empresas y la figura de los tutores”, ya que constituye una realidad en otros países de nuestro entorno. Por tales motivos, los agentes sociales deberán asumir esta interesante tarea a fin de comprometer y captar al mayor número de micro y pequeñas empresas que conforman nuestro tejido empresarial para que participen<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Programa de Acción de la CES 2019-2023.

<sup>24</sup> AGUDO, J. (1998). “Diálogo Social y formación: la perspectiva europea”, *Boletín Cinterfor: Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, nº 144, p. 33.

<sup>25</sup> AAVV. (2022). “El papel de la empresa en el marco de la Formación Profesional Dual. Análisis de la percepción de los tutores y tutoras de empresa”, *Revista Española de Orientación y Psicopedagogía*, vol. 33, nº 3, p. 120.

<sup>26</sup> VILA VÁZQUEZ, J.J. CHISVERT TARAZONA, M. J. (2018). *Luces y sombras de la formación profesional dual en el sistema educativo español*, Tirant Humanidades, p. 60.

Quizás lo más oportuno sería que se crease una red de colaboración empresarial por sector de actividad o familia profesional con carácter local que permita tejer una buena relación entre el centro de formación y la entidad de acogida. Motivos nos llevan a razonar que puede constituir una gran oportunidad para estrechar lazos de colaboración e incluso de puente en la inserción en el mercado laboral para las personas que participan en el programa de formación profesional.

Y, por último, el art. 59.3 prevé que, a través del diálogo social entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, los agentes sociales conozcan los puestos de formación profesional ocupados en las empresas a fin de determinar los regímenes de oferta.

Por lo tanto, asumen un papel singularmente práctico de estrecha relación con la realidad social y económica del momento. En definitiva, porque pueden y deben contribuir en la planificación, programación y coordinación de la oferta de formación profesional de acuerdo con las necesidades del modelo productivo, socioeconómico y, por ende, del mercado laboral *ex art. 24 Ley 3/2022*. Ello conllevará el diseño de una oferta de formación profesional no sólo a nivel estatal sino a su vez con carácter local y territorial, que responda a las necesidades de cualificación de la clase trabajadora.

Todo ello a fin de dar respuesta a una sociedad en continuo cambio en el marco de la que es preciso adaptarse a los abruptos cambios que la digitalización plantea, sobran razones que justifican el necesario fortalecimiento y posicionamiento del diálogo social en esta materia.

### 3. LA BAJA PRESENCIA DE LA MUJER EN EL SECTOR TECNOLÓGICO: LA INCUESTIONABLE UTILIDAD DEL DIAGNÓSTICO PREVIO A LOS PLANES DE IGUALDAD

Ya se ha comentado que las preferencias formativas de las mujeres no pasan por cursar estudios relacionados con las tecnologías de la información y comunicación. Esta circunstancia se plasma, en consecuencia, en la presencia de la mujer en el empleo de carácter tecnológico: solo el 23,6% sobre el total de especialistas TIC, el 7,85 % de especialistas en datos, el 1% en ciberseguridad y el 0,73 en inteligencia artificial<sup>27</sup>.

Estas nuevas habilidades o competencias digitales que se demandan en el mercado de trabajo surgen como consecuencia del proceso de transición desde la industria 4.0 hacia la 5.0, ya en ciernes. En este nuevo ciclo industrial se ha consolidado un tipo de empresa concreta y comúnmente conocida como “*startup*”, sustentada en las notas de emprendimiento e innovación. De hecho, recientemente se ha aprobado la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de

---

<sup>27</sup> Encuesta: Las TIC en las empresas (primer trimestre de 2022) por agrupación de actividad económica y tamaño de la empresa. <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=49880>

fomento del ecosistema de las empresas emergentes que pone de manifiesto, como punto positivo, que “esta nueva economía basada en el conocimiento supone una palanca importante de crecimiento y prosperidad, al basarse en actividades de alto valor añadido, tener un alto potencial de crecimiento gracias a la escala que proporcionan los medios digitales, promover la investigación, el desarrollo y la innovación y desarrollar nuevos productos y servicios que facilitan o mejoran procesos sociales, económicos, medioambientales o culturales”.

Este nuevo ecosistema de empresas emergentes con base tecnológica se corrobora con los datos disponibles<sup>28</sup>, ya que el mayor número de empresas *startups* en nuestro país se dedica a actividades de programación, consultoría y otras actividades relacionadas con la informática (10.439). Pero también ostentan un peso importante quienes prestan servicios de telecomunicaciones (1.719), servicios de información (1.475) e investigación y desarrollo (1.180). En suma, de acuerdo con las características de este tipo de empresa predominan las “micro” (21.526) y pequeñas *startups* (611). En definitiva, puede estarse de acuerdo en que estos datos casan con la panorámica de nuestro tejido empresarial, conformado gruesamente por la pequeña empresa (162.157) y por microempresas (1.136.444).

En cuanto al papel que desempeñan los planes de igualdad como mecanismos concebidos para superar la desigualdad intraempresarial, debe tenerse en cuenta que se ha reforzado su marco jurídico a través de varios textos aprobados consecutivamente<sup>29</sup>. Hoy en día, la elaboración y registro del plan de igualdad pesa, con carácter general, sobre todas aquellas empresas con un número de trabajadores igual o superior a cincuenta. Por tanto, la explicación del bajo número de planes de igualdad en este sector puede responder a que, de acuerdo con sus características, no se llega a alcanzar el umbral legal mínimo para su redacción.

No obstante, sí que pueden identificarse empresas asociadas a este sector que han registrado planes de igualdad. Así, es posible conocer tanto el diagnóstico de situación de la empresa en materia de igualdad como las medidas que han diseñado para revertir la situación.

En primer lugar, una de las notas características de estos planes de igualdad se manifiesta en que las empresas justifican la infrarrepresentación femenina interna como consecuencia de una situación generalizada y que se

---

<sup>28</sup> Informa Business by Data – Las Empresas Start-up en España, [https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content\\_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/633aa6751106d100f546dac9/files/start\\_up\\_2022\\_v1.pdf?1664788085](https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/633aa6751106d100f546dac9/files/start_up_2022_v1.pdf?1664788085)

<sup>29</sup> El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.



traduce en la baja presencia de la mujer en el sector STEM. Ello supone un reflejo claro, una masculinización que se agudiza en el sector digital de forma abrumadora frente a una insignificante presencia femenina.

En segundo lugar, en cuanto a las dificultades que se plantean para corregir esta infrarrepresentación por sexo, las empresas señalan varios factores. Por un lado, porque consideran que son las mujeres quienes no deciden presentarse a los procesos de sección; por motivos de competencias y/o formativos. Y, por otro, debido a estereotipos o roles de género que identifican una falta de empoderamiento femenino para optar por este sector emergente.

Y, en tercer lugar, tras superar la fase de diagnóstico que refleja el desdoblamiento femenino en las empresas tecnológicas, se ha decidido señalar qué tipo de medidas se están implementando a fin de superar esta barrera formativa, social y profesional. Por ejemplo, el caso de la empresa Inetum<sup>30</sup> que ha acordado diseñar:

- Llevar a cabo acciones específicas con asociaciones educativas, entidades formativas y escuelas para promocionar el sector de tecnología y las carreras técnicas, desde edades tempranas a los niños/as, al objeto de acercarles nuestro sector desde el comienzo de sus estudios.
- Acuerdos o convenios de colaboración con entidades u organismos que impartan formación relacionada con los perfiles demandados en la actividad propia del sector en el que se ocupa la empresa, para facilitar la selección de candidaturas de mujeres en áreas o puestos donde estén infrarrepresentadas.

En definitiva, se trata de una serie de acciones o medidas que pueden implementarse perfectamente en la práctica pero que estarán supeditadas a la captación de la atención e interés por las mujeres de insertarse en este sector profesional en age.

#### 4. LAS ACTUACIONES PÚBLICAS QUE PUEDEN ADOPTARSE PARA DISMINUIR LA INFRARREPRESENTACIÓN FEMENINA EN DETERMINADOS SECTORES

Por último, como cierre a esta aportación, no podía desaprovecharse la oportunidad de abordar qué actuaciones públicas pueden adoptarse para disminuir la infrarrepresentación femenina en el sector STEM. Para este cometido, se pretende evaluar la atención prestada por la nueva Ley de Empleo, la Ley 3/2023, a la perspectiva de género en las políticas de empleo.

---

<sup>30</sup> Plan de Igualdad de Inetum Norte S.L., <https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/consultaAcuerdo>. Plan de Igualdad Mecalux Software Solutions, S.A., <https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/consultaAcuerdo>. Plan de Igualdad de Capitele Consulting, S.L., <https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/consultaAcuerdo>. Plan de Igualdad Indra Producción Software, S.L., <https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/consultaAcuerdo>

De acuerdo con el art. 31 de la Ley 3/2023, una política de empleo se define 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”.

Entre las características de la política de empleo se encuentran, por tanto, todas aquellas actuaciones dirigidas a las personas a fin de definir su perfil profesional a través del asesoramiento, orientación y formación correspondiente que permita insertarse en el mercado laboral en un puesto de trabajo digno; ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, favoreciendo el espíritu emprendedor.

La Ley 3/2023 ofrece, como ha señalado la doctrina iuslaboralista<sup>31</sup>, la “potenciación del perfil de la persona usuaria y del itinerario personalizado”. Y, además, porque este tipo de políticas de empleo basadas en la relación entre formación y mercado laboral debe “velar especialmente por las personas más vulnerables en el ámbito del empleo, y adaptarse a los procesos de cambios digital y ecológico, siempre desde la perspectiva de igualdad de género”.

La política de empleo se sustenta sobre dos instrumentos de planificación y coordinación estatal<sup>32</sup>, la Estrategia española de apoyo activo al empleo y el Plan anual de política para el fomento del empleo digno.

En cuanto a la primera, deja patente que la irrupción y consolidación del fenómeno tecnológico ha propiciado la aparición de nuevos perfiles profesionales a fin de responder a los nuevos modelos de empleo. En este sentido, se plantea un reto sumamente interesante por cuanto “la digitalización puede suponer un riesgo de mayor polarización en la estructura del empleo” y, por otro lado, porque “puede generar un déficit de profesionales en algunas ocupaciones, como es el caso de los perfiles especializados en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas”. Por tales motivos, remarca que la actuación debe orientarse a acciones, impregnadas con perspectiva de género, que permitan la formación y recualificación profesional de las personas trabajadoras.

Por consiguiente, el objetivo será “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. Un reto significado y mantenido en el tiempo es el de la plena incorporación de la mujer a la adquisición de estos perfiles especializados”.

---

<sup>31</sup> ROJO TORRECILLA, E. (2023). “La nueva Ley de empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona”, *Briefs Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 11, pp. 3-5.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2023). “La arquitectura institucional de las políticas de ocupación en la nueva Ley de Empleo”, *Briefs Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 12, p. 2.

Respecto del segundo de los instrumentos de planificación y coordinación estatal señalados, esto es el Plan anual para el fomento del empleo digno también refleja que el objetivo de las políticas activas de empleo debe enmarcarse en “orientar, formar, intermediar e incentivar hacia aquellos sectores con mayor proyección de futuro a las personas en desempleo y las que puedan ver amenazada su actividad”. Y concreta, específicamente, en una acción específica orientada a “crear oportunidades de acceso a nuevos empleos en nuevos sectores, tomando como referencia la transformación hacia un contexto verde, sostenible, colaborativo y digital, impulsando el acceso al empleo de calidad de las personas jóvenes en sectores emergentes como la economía digital”.

Las entidades públicas encargadas de diseñar e implementar los servicios y programas de políticas activas de empleo son la Agencia española de empleo y los servicios de empleo de las comunidades autónomas, *ex art. 32.2 Ley 3/2023*. Y, para la ejecución de las políticas activas de empleo podrán valerse de la celebración de contratos-programa con otras entidades del sector público (entidades locales, universidades públicas, cámaras de comercio, industria).

Ello sugiere que a través de estos mecanismos de actuación pública, se pueden integrar en los planes de trabajo una serie de medidas y acciones que comprometidas con la inclusividad digital femenina.

Y, además, un punto relevante de esta nueva ley se refleja perfectamente en el art. 51 dedicado a la perspectiva de género en las políticas de empleo. Este apartado destaca porque se recoge una actuación pública con carácter sectorial orientada a “disminuir la brecha de empleo en aquellos sectores en los que exista una diferencia en el porcentaje de empleo masculino y femenino, en perjuicio de este último, superior a la media total”.

Pero ¿cómo se podrá a llevar a cabo esta acción en la práctica? Pues a tenor del art. 51.2, a través de medidas de incentivo al empleo, de tal forma que las empresas asociadas a dicho ámbito hayan incrementado el porcentaje de empleo femenino sobre el total. Bien es cierto que constituye una actuación singularmente interesante y que podría ayudar en la práctica a revertir la infrarrepresentación femenina en el sector STEM. Sin embargo, hoy, el legislador no ha concretado ningún tipo de bonificación referida a la contratación de mujeres en el sector tecnológico<sup>33</sup>.

## 5. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

El sector tecnológico está abrumadoramente masculinizado y, en consecuencia, refleja una infrarrepresentación femenina sobre la que interesa ac-

---

<sup>33</sup> Sí que ha adoptado en Consejo de Ministros el 10 de enero medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social para colectivos vulnerables *ex art. 50 Ley 3/2023*. Nota de prensa <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2023/130223-incentivo-bonificacion-contrato-espana.aspx>

tuar para superar. No obstante lo anterior, el número de mujeres que se ha incorporado a este sector ha ido en aumento marcando un crecimiento tenue pero esperanzador.

Una posible solución a esta realidad consagrada en el tiempo en el sector profesional STEM y, particularmente, en el sector tecnológico, puede encontrarse en la nueva fórmula formativa creada por la LOFP. Una FP de calidad, centrada en la persona, con carácter flexible y acumulable, con una orientación profesional que acompañe en las diversas etapas a la persona y de carácter dual e inmersiva que ofrezca respuesta a los retos socioeconómicos al corto y largo plazo. De este modo, se permitirá una transición más rápida de las personas al mercado laboral facilitando las posibilidades de inserción profesional.

Pero, también resulta de interés las aportaciones que ha incorporado la nueva Ley 3/2023 a través de la adopción de planes de empleo específicos en materia tecnológica, así como de medidas de incentivo para las empresas que colaboren con la disminución de la infrarrepresentación femenina. En referencia a este último punto, el legislador debe adoptar prioritariamente las actuaciones que fueran necesarias a fin de determinar en qué consistirá (ayudas o subvenciones directas a la contratación, rebaja de cotizaciones a la seguridad social) y qué requisitos deberán cumplirse por las empresas (número de personal de acceso, mantenimiento en el empleo, contratación con compromiso de plan formativo).

Este objetivo, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso tanto a la formación como a la ocupación profesional libre de sesgos de género, se emprende en los retos que afronta Europa a través del programa “Itinerario hacia la Década Digital”, por el cual se pretende alcanzar en el contexto de la transformación digital, una sociedad más prospera, igualitaria y, en definitiva, cohesionada.

Por tales razones, es una cuestión que debe preocupar –ya que puede conllevar una polarización del mercado de trabajo en la presente y futura era de la digitalización de la sociedad–, pero también ocupar, por cuanto justifica el camino emprendido por la actividad gubernamental en aras de alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito profesional.

En suma, una actuación de justicia social que requiere redoblar esfuerzos en pos de su efectiva consecución. Se trata de un compromiso gubernativo que augura una época de cambios, entre otros, remover los estereotipos de género insertados durante décadas en nuestra sociedad a fin de lograr el empoderamiento digital de las mujeres. Todas las personas deben estar situadas en el centro de la transformación digital para garantizar su pleno posicionamiento y protagonismo social y profesional, pero especialmente en un sector como el STEM que marcará el devenir de la sociedad del futuro.

MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O  
DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS  
TRABAJADORAS EN LA REGULACIÓN DEL DESPIDO  
POR CAUSAS EMPRESARIALES

RUBÉN PARRES MIRALLES

*Profesor Ayudante (LOU)*

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de Alicante*

*ruben.parres@ua.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES INDIVIDUAL/PLURAL. 3. MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES COLECTIVO. 4. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de revertir el grave problema que el desempleo supone desde todo punto de vista en nuestro país, el ordenamiento prevé distintas medidas que, en su conjunto, conforman la política pública de empleo. En efecto, la nueva Ley de Empleo (LE)<sup>1</sup> señala que esta última se integra, de un lado, por las políticas pasivas o de protección frente al desempleo, a las que define como “el conjunto de prestaciones y subsidios orientados a la protección económica de las situaciones de desempleo”, y, de otro, por las políticas activas, entendiendo por tales “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” (art. 2 de la LE).

Entre las políticas activas, destacan las medidas de formación como una de las claves para el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad de las personas tanto trabajadoras como desempleadas. De hecho, el art. 4.c) de la LE señala que uno de los objetivos de la política de empleo lo constituye “el mantenimiento del empleo y la progresión profesional de las personas ocupadas, mediante la mejora y la actualización preventivas y activas de sus cualificaciones a través de la formación en el trabajo”. Y es que, sin duda, la mejor medida contra el desempleo es aquella que consigue que este no llegue a producirse, manteniendo al trabajador en activo.

Como es sabido, uno de los supuestos que dan lugar a la situación legal de desempleo es, según señala el art. 267.a) de la LGSS<sup>2</sup>, el despido por causas empresariales, con independencia del número de trabajadores al que este afecte; esto es, tanto el despido individual/plural como el despido colectivo, según los umbrales del art. 51 del ET.

Pues bien, en la regulación de ambas modalidades extintivas se pueden encontrar diversas medidas que, a fin de paliar el daño que el despido produce

---

<sup>1</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

en el trabajador, pretenden favorecer su empleabilidad y/o su mantenimiento en el empleo y evitar que, finalmente, termine desempleado por tal motivo, por lo que, en cierta forma, persiguen una finalidad similar a las políticas activas de empleo a las que antes se ha hecho referencia.

Siendo así, la presente comunicación tiene como objetivo analizar las distintas medidas de protección de la empleabilidad y/o del mantenimiento en el empleo de los trabajadores que se prevén en la regulación del despido por causas empresariales, tanto en su vertiente individual/plural, como en su vertiente colectiva, a fin de examinar los problemas e insuficiencias que presentan en la actualidad.

## 2. MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES INDIVIDUAL/PLURAL

El marco normativo del despido por causas empresariales individual/plural (art. 52.c y 53 del ET) prevé como medidas de mantenimiento en el empleo del trabajador o trabajadores afectados por aquel la obligación de preaviso que se contiene en el art. 53.1.c) del ET y el derecho a la licencia retribuida para la búsqueda de empleo que se anuda al mismo.

El preaviso, señala el TS, “es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia que se hace por exigencia de la Ley para prevenir al otro de algo que se realizará. El contrato no se extingue, por ende, ese día, sino aquél en el que se decide el cese y se liquida, conforme al artículo 49.2 ET”<sup>3</sup>. A través del preaviso, en efecto, se hace emerger un período de tiempo entre la manifestación de la voluntad extintiva del empresario y la efectividad de la extinción del contrato por razón de esta última, evitando que ambas circunstancias se produzcan en un mismo momento.

A la imposición de esta obligación de preavisar se le ha reconocido, tradicionalmente, una finalidad principal cual es la de facilitar al trabajador la búsqueda de empleo antes de que se produzca la extinción contractual para que pueda reestablecer su situación laboral en otra empresa sin que en dicho transcurso se vea privado de ingresos<sup>4</sup>. En este sentido, PÉREZ ESPINOSA apunta que el interés preferentemente protegido a través de esta institución es “la continuidad en el empleo sin deterioro de los salarios del trabajador”<sup>5</sup>. Para dar satisfacción a tal finalidad, el art. 53.2 del ET dispone que “durante el periodo de preaviso el

<sup>3</sup> Cfr: STS de 7/12/2009 (Rec. 210/2009).

<sup>4</sup> En este sentido, cfr: STSJ Comunidad Valenciana de 8/11/2004 (Rec. 1202/2004), STSJ de Asturias de 17/11/2006 (Rec. 3972/2005), STSJ de Andalucía de 18/11/2021 (Rec. 908/2020), STSJ de Madrid de 15/11/2018 (Rec. 469/2018).

<sup>5</sup> Vid. PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1980, p. 90.



trabajador, o su representante legal si se trata de una persona con discapacidad que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo”.

Dicha finalidad, sin embargo, se ve truncada en la práctica por dos circunstancias. La primera es la escasa duración del propio plazo de preaviso, cada vez más reducido tras las sucesivas reformas. Así, en su redacción original, el art. 53.1.c) del ET preveía distintos plazos de preaviso en función de la antigüedad del trabajador en la empresa. En concreto, se disponía que la duración del plazo de preaviso debía ser, como mínimo, la siguiente: a) Un mes, para los trabajadores cuya antigüedad en la empresa sea inferior a un año; b) Dos meses, cuando la antigüedad sea superior a un año y no alcance a dos; y c) Tres meses, cuando la antigüedad sea de dos o más años. Sin embargo, la reforma llevada a cabo en el ET por la Ley 11/1994<sup>6</sup> unificó los distintos plazos de preaviso y estableció un único plazo de treinta días, el cual se vio reducido, a su vez, a quince con la reforma introducida por la Ley 35/2010<sup>7</sup>, de la que es tributaria la redacción legal vigente.

Y la segunda es la facultad que se otorga al empresario de sustituir la concesión del efectivo disfrute del preaviso por el abono de una cuantía económica equivalente a los salarios correspondientes al plazo de preaviso no concedido. Ello se deduce del último párrafo del art. 53.4 del ET, el cual señala que “la no concesión del preaviso (...) no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo”. A través de esta posibilidad, en fin, se permite al empresario proceder al despido efectivo en el mismo momento de su comunicación, con la única consecuencia de abonar la referida cuantía.

En tal caso se ha afirmado que el trabajador dispondría de mayor tiempo para la búsqueda de empleo, con lo que la finalidad esencial reconocida al preaviso se mantendría intacta<sup>8</sup>. Ello, a mi parecer, no es del todo cierto, ya que, no se olvide, lo que se pretende con dicha institución es, como ya se apuntó, la continuidad en el empleo del trabajador sin merma económica para el mismo, lo cual no puede ocurrir en caso de que el empresario opte por no conceder el preaviso y extinguir directamente el contrato.

---

<sup>6</sup> Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<sup>7</sup> Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

<sup>8</sup> Vid. PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: *El preaviso...*, *Op. cit.*, p. 91: “La lectura del precepto (art. 43 del DLRT) da pie para destacar que el legislador pretende garantizar, por medio de la indemnización sustitutiva, los derechos del trabajador que pudieran esperarse durante el preaviso. Se tratará de combinar el interés del empresario a dar por finalizada de forma inmediata la relación, y los derechos del trabajador que, en opinión de Zanini, tendría la ventaja no sólo de percibir anticipadamente la “indemnización”, sino sobre todo porque, al ser dispensado definitivamente del servicio, dispondría de más tiempo para buscar otra ocupación (...) Se pondría así de manifiesto que el legislador tutela los intereses del trabajador tanto a través del preaviso como, en su defecto, con la indemnización sustitutiva”.

Al margen del preaviso y la licencia semanal, la regulación legal del despido individual/plural por causas empresariales no prevé en la actualidad otras medidas que persigan el mantenimiento en el empleo del trabajador o la mejora de su empleabilidad, pues la prioridad de permanencia que se reconoce a los representantes de los trabajadores en el art. 52.c) del ET responde, en realidad, a una finalidad bien distinta y que se relaciona con la protección del ejercicio de las funciones que aquellos están llamados a ejercer en su cargo representativo.

En su versión de 1980, sin embargo, el ET sí rodeaba a esta modalidad extintiva de otras medidas protectoras del mantenimiento en el empleo del trabajador. En este sentido, el art. 52.c) del ET configuraba la propia causa extintiva condicionándola al intento de recolocación del trabajador en la empresa (“cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa en la misma localidad. Si la empresa contase con un puesto vacante en otro centro de trabajo en distinta localidad, el trabajador podrá ocuparlo, solicitando el traslado con derecho a las compensaciones económicas legales”) y le reconocía al mismo un derecho de preferencia para el reingreso (“si en el plazo de un año se volviera a crear la plaza amortizada, el trabajador despedido tendrá preferencia absoluta para ocuparla”). Estas previsiones, sin embargo, desaparecieron del ET con la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994 antes citada, sin que la legislación posterior haya vuelto a contemplar medidas similares. Ello, claro está, sin perjuicio de lo que a este respecto se haya podido o se pueda disponer en virtud de la autonomía de la voluntad superando los mínimos legales.

### 3. MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES COLECTIVO

Más abundantes son las medidas protección de la empleabilidad y del mantenimiento en el empleo de los trabajadores en la regulación legal del despido por causas empresariales cuando este alcanza los umbrales que le otorgan el calificativo de colectivo. En este caso, como es sabido, el legislador, atendiendo a los intereses contrapuestos que entran en juego, somete la decisión del empresario al previo desarrollo de un período de consultas con los representantes de los trabajadores, las cuales, según dispone el art. 51.2 del ET, deberán versar, “como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”.

En desarrollo de esta previsión, el art. 8 del Real Decreto 1483/2012<sup>9</sup> señala a título ejemplificativo en su apartado primero que, entre otras medidas

---

<sup>9</sup> 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.

destinadas a evitar o reducir los despidos colectivos, se podrán considerar las siguientes: a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte; b) Movilidad funcional; c) Movilidad geográfica; d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del ET; f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial; g) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

En igual sentido, el apartado 2 del mismo precepto señala que, entre otras medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados por el despido, se podrán considerar las siguientes: a) El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule; b) La recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas; c) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; d) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social; e) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica; f) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

Además de ello, para el caso de que el despido colectivo afecte a más de cincuenta empleados, el art. 51.10 del ET establece que la empresa “deberá ofrecer a los trabajadores afectados un Plan de Recolocación Externa (PRE) a través de empresas de recolocación autorizadas”. A este respecto, el art. 9 del ya citado Real Decreto 1483/2012 añade que el PRE deberá garantizar a aquellos trabajadores, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un periodo mínimo de seis meses, con vistas a la realización de las acciones exigidas por las medidas que en el mismo se contengan, las cuales habrán de versar sobre las materias a las que se refiere el apartado 3 y que son: 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 mismo.

El PRE y las medidas que del mismo se derivan encuentran reflejo en la LE, cuyo art. 40.3 pone en conexión la regulación del despido colectivo con la política pública de empleo al señalar que “se considerará colocación especializada la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructu-

ración 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”.

La previsión normativa de tan amplio abanico de medidas de protección de los trabajadores afectados por el despido colectivo es resultado de la visión socialmente responsable de los procesos de reestructuración empresarial que el legislador ha venido asumiendo progresivamente y con la que pretende dar a estos últimos una respuesta que exceda de lo meramente indemnizatorio<sup>10</sup>. En la práctica, sin embargo, la efectividad y garantía de tales medidas se ven comprometidas por distintas circunstancias que terminan por frustrar la finalidad protectora en principio perseguida por la norma.

Entre dichas circunstancias se podría destacar, en primer lugar, la falta de obligatoriedad de las medidas sociales de acompañamiento (MSA) del art. 51.2 del ET. Estas, en efecto, no se establecen como obligatorias para el empresario, ni siquiera como de discusión necesaria en el marco del período de consultas<sup>11</sup>. De hecho, entre la documentación que la empresa debe presentar para iniciar las negociaciones en cumplimiento de aquel precepto no se incluye la relativa a las MSA, lo cual, aún de manera indirecta, tiene dos consecuencias de gran calado. En efecto, el hecho que la empresa no aporte documentación sobre las MSA, por un lado, va a impedir que se pueda desarrollar *de facto* un verdadero debate y negociación en torno a las mismas durante el período de consultas<sup>12</sup> y, por otro, no va a encontrar nin-

<sup>10</sup> Sobre la evolución experimentada a este respecto por la regulación del despido colectivo, *vid.* NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo” en AAVV, Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I Ponencias, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2021, pp. 247-304, p. 287; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social” en AAVV, Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I Ponencias, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2021, pp. 305-341.

<sup>11</sup> En este sentido, BLASCO PELLICER (“Las medidas sociales de acompañamiento en los despidos colectivos” en AA.VV., SÁEZ LARA, C.; NAVARRO NIETO, F. y GÓMEZ CABALLERO, P. (Coords.), *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico. Libro en homenaje a Federico Durán López*, Iustel, 2021, pp. 365-371, p. 369) señala que “el propósito de la norma es más modesto: se pretende ofrecer una serie de posibilidades para que puedan ser contempladas, negociadas y eventualmente acordadas por las partes o implementadas unilateralmente por el empresario”.

<sup>12</sup> A este respecto, puede encontrarse algún pronunciamiento en el que se considera que la falta de negociación de las MSA en el marco del período de consultas constituye una violación del deber de negociar de buena fe, lo cual debiera dar lugar a la nulidad del despido. En este sentido, la STSJ del País Vasco de 7/7/2020 (Rec. 30/2020) señala que: “entendiendo que las medidas de acompañamiento se erigen en parte del núcleo troncal del período de consultas, pues este, según la norma antedicha -art. 7 RD 1483/2012 y art. 51.2.g) ET- debe versar, “como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento”, ha de entenderse que su falta afecta

guna repercusión sobre la calificación del despido al escapar de la sanción de nulidad que impone el art. 124.13.a).3.<sup>a</sup> de la LRJS<sup>13</sup> (“El despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de esta ley, únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores”)<sup>14</sup>. Es más, el ordenamiento jurídico no contempla ninguna sanción por la falta de negociación de las MSA o por su no previsión en el acuerdo resultante del periodo de consultas, sino que, únicamente, sanciona el hecho de que el empresario asuma su puesta en marcha y después no las ejecute<sup>15</sup>.

En segundo lugar, se podría destacar, igualmente, la disponibilidad que la configuración del PRE otorga al empresario para asumir su cumplimiento. Y es que, ciertamente, el hecho de que la obligación de ofrecer un PRE se anude, únicamente, al número de trabajadores afectados por el despido y no a otras circunstancias como pudieran ser el volumen de la empresa, la dimensión de su crisis, las posibilidades de recuperación o la viabilidad del negocio empresarial<sup>16</sup>, deja indirectamente en manos del empresario la decisión de asumir o no su cumplimiento, pues para evitarlo le basta con despedir a un trabajador menos de los exigidos por la norma a tal efecto, esto es, a cincuenta en vez de a cincuenta y uno<sup>17</sup>. Además de ello, la vinculación del PRE a la afectación por el despido de cincuenta y un trabajadores o más, hace que dicha obligación resulte, por un lado, inaplicable en la mayoría de los despidos

---

a la esencia de la negociación de buena fe, por lo que, junto con la falta de otras propuestas sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, tal como se ha dicho más arriba, el despido colectivo debe reputarse nulo por la falta de buena fe en la negociación y falta de auténtica medida social de acompañamiento, en los términos expresados, siguiendo igualmente el criterio de esta Sala, plasmado en, entre otras, nuestra sentencia [sic.] de 8 de julio de 2014 (AS 2014, 2665) - Demanda 20/2014 -”

<sup>13</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>14</sup> Vid. NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 287; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento...”, *Op. cit.*, p. 331.

<sup>15</sup> Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento...”, *Op. cit.*, p. 333.

<sup>16</sup> Vid. BLASCO PELLICER, A.: “Las medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 371.

<sup>17</sup> A este respecto, BLASCO PELLICER (“Las medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 371) apunta que “una decisión unilateral de la empresa -la elección del número de afectados- permite asumir o no una obligación de extraordinaria trascendencia. En efecto despedir a 50 trabajadores o a 51 resulta difícilmente controlable en las consultas ni, posteriormente, por el órgano judicial, en su caso. Sin embargo, la decisión implica de suyo tener la obligación o no de implementar un plan de recolocación que podría ser vital para la empleabilidad futura de los afectados. No parece, por tanto, que una decisión unilateral de la empresa, la elección del número de trabajadores afectados, se erija como elemento determinante de la puesta en marcha de un plan de recolocación que debe incluir medidas tan ambiciosas como las examinadas”. En la misma dirección, NAVARRO NIETO (“Medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 285) señala que “las reglas sobre el criterio numérico (un despido de más de 50 trabajadores) y su cómputo temporal (los 90 días precedentes) conducen a dejar claramente en poder del empresario asumir o no la obligación de un PRE al adoptar la determinación de las extinciones que tendrán lugar en los 90 días anteriores y la concreción del proyecto de despidos. En ambos casos fórmulas como la extinción de común acuerdo bastarán al empresario para graduar la cuantificación de despidos y extinciones acumulables”.

colectivos debido al reducido tamaño de las empresas españolas<sup>18</sup> y, por otro, que solo sea asumible por las grandes empresas y los grupos empresariales habida cuenta del alto coste que supone la financiación del propio PRE y la contratación de una agencia de colocación para su implementación<sup>19</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto hasta el momento, en fin, permite apreciar la debilidad jurídica de las medidas de mejora de la empleabilidad y/o del mantenimiento en el empleo de los trabajadores que se pueden encontrar en la regulación del despido por causas empresariales, ya sea este individual/plural, ya sea colectivo. En efecto, la total ineficacia que encuentra en la práctica la puesta en marcha de tales medidas permite concluir que la respuesta que el ordenamiento jurídico ofrece en la actualidad a los procesos de reestructuración empresarial reviste, únicamente, carácter indemnizatorio, dejando que la tutela del empleo y, por ende, del desempleo de los trabajadores afectados por tales procesos sea asumida de forma exclusiva por las políticas públicas de empleo. Ello, ciertamente, exige una revisión por parte del legislador con la que, desde la perspectiva de una gestión preventiva del empleo, se garantice la efectividad de las medidas analizadas. Y ello porque, como ya se afirmó al inicio de este trabajo, la mejor forma de luchar contra el desempleo es, sin duda, la de adoptar medidas que consigan que este no llegue producirse y mantengan a las personas trabajadoras en activo.

---

<sup>18</sup> En este sentido, NAVARRO NIETO (“Medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 254) apunta que “de acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Trabajo, de las empresas afectadas por expedientes de empleo, entre 2014-2019, el 75-80% de empresas tienen menos de 50 trabajadores, y en este periodo temporal los expedientes referidos a tales empresas abarcan en torno al 25-30% de los trabajadores afectados”.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 285.

INCLUSIÓN LABORAL INTERSECCIONAL  
EN EL EMPLEO PÚBLICO Y EN LOS CONTRATOS  
DEL SECTOR PÚBLICO: CUOTAS RESERVADAS DE EMPLEO<sup>1</sup>

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ OCAÑA  
*Personal Investigador en Formación (FPU)*  
*Universitat de València*  
*Josano4@uv.es*

---

<sup>1</sup> Esta comunicación ha sido realizada en el marco del contrato de investigación predoctoral otorgado en la Convocatoria de 2019 de las Ayudas para la formación de profesorado universitario (FPU) por el Ministerio de Universidades del Gobierno de España.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. VIRTUALIDAD DE LA IGUALDAD MATERIAL Y ACCIONES POSITIVAS DE TRATO PREFERENTE. 3. PERSPECTIVAS INTERSECCIONALES ANTE EL FOMENTO DEL EMPLEO. 4. SISTEMAS DE CUOTAS EN EL EMPLEO PÚBLICO. 4.1. Meritocracia vs. igualdad material. 4.2. Experiencias prácticas de cuotas en favor de mujeres. 5. CLÁUSULAS SOCIOLABORALES EN LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 5.1. Contratación pública estratégico. 5.2. Cláusulas sociales de empleabilidad y fomento del empleo. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA



## 1. INTRODUCCIÓN

Las políticas de fomento del empleo dan respuesta, entre otros, a los problemas estructurales y coyunturales de desempleo involuntario. Responden a la vertiente colectiva del derecho al trabajo que el art. 40.1 CE sanciona al exigir a los poderes públicos la realización de una política orientada al pleno empleo<sup>2</sup>. De cualquier modo, si ascendemos hasta tener una visión cenital del ordenamiento, podremos apreciar que desempeñar un trabajo decente es una de las vías fundamentales para que la ciudadanía acceda de forma satisfactoria a los derechos de ciudadanía. En este sentido, y sin perjuicio de que deban instituirse garantías para que los derechos humanos queden materialmente satisfechos con independencia de disponer o no de un trabajo formal, la realidad es que el trabajo decente es la simiente de la que brotan las distintas ramificaciones de los mecanismos tuitivos del derecho social: desde la percepción de una remuneración suficiente en el empleo hasta la activación de los resortes más protectores del sistema de seguridad social. En definitiva, la simbiosis en la que se encuentran los derechos fundamentales y el empleo es, sin duda, notoria y evidente.

Las políticas de fomento del empleo, a su vez, cobran una trascendencia y significación especiales cuando el poder público vuelve la vista hacia sí mismo. Es así como podrá advertirse que, más allá del empleo creado en el sector privado, existen desafíos en materia de inclusión en el mundo del trabajo que le incumben de forma cualificada a los poderes públicos por ser las AAPP las beneficiarias de los servicios de las personas trabajadoras. Por ello, en este texto nos ocuparemos de dos contextos que nos resultan marcadamente relevantes: el empleo público y el empleo al servicio de las empresas contratistas del sector público.

---

<sup>2</sup> En reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional (TC), desde la sentencia 22/1981, de 2 de julio, ha manifestado que el derecho al trabajo dispone de una vertiente individual, en el art. 35.1 CE, que contempla la libertad de trabajar y el derecho a la continuidad o la estabilidad en el empleo (mediante la prohibición de despedir sin justa causa). Sin perjuicio de esta vertiente, el art. 40.1 CE prevé una dimensión colectiva del derecho al trabajo en cuanto al deber de los poderes públicos de promover el empleo de los ciudadanos.

Por ello existe una necesidad perentoria de atajar los problemas de inclusión en el empleo de las personas que integran colectivos, grupos o segmentos de la población en situación de vulnerabilidad social ante el empleo. Estas vulnerabilidades cobran especial importancia cuando se relacionan con factores de discriminación tales como el origen, la etnia, el sexo, la posición o situación socioeconómica, etc.; más si cabe cuando estos elementos se combinan e interactúan interseccionalmente en una misma persona o grupo.

Nos proponemos en estas páginas acotar el estudio de acciones positivas de inclusión en el empleo con base en tres ejes: el ámbito funcional en el que desarrollarlas, el tipo de medidas y las personas a las que se dirigen. Con estos mimbres, y en lo relativo al ámbito funcional, centramos el foco en el fomento del empleo en dos campos en los que las Administraciones Públicas (AAPP) son responsables cualificadas, directa o indirectamente, respecto de relaciones laborales con personas que prestan servicios de los que aquellas se benefician: el empleo público y los contratos del sector público. En segundo lugar, ceñiremos el análisis a instrumentos que afectan directamente al resultado de la contratación, como la reserva de cuotas de empleo, y que pertenecen a las acciones positivas que denominaremos “medidas de trato preferente”. En tercer, y último lugar, apostamos por acometer la inclusión mediante una perspectiva interseccional que tome en cuenta diversos factores de exclusión o discriminación en el diseño de las acciones positivas.

## 2. VIRTUALIDAD DE LA IGUALDAD MATERIAL Y ACCIONES POSITIVAS DE TRATO PREFERENTE

Damos comienzo al cuerpo de estas páginas con una dicotomía ontológica propuesta por el filósofo del Derecho Luigi Ferrajoli: las personas somos distintas en cuanto a nuestras características y desiguales en nuestras condiciones y circunstancias sociales. Esta premisa preliminar nos servirá de punto de apoyo para exponer la virtualidad específica del principio de igualdad material en el campo de la promoción pública de la contratación inclusiva en el contexto del empleo público y de los contratos del sector público.

En efecto, para el citado filósofo, la función básica del principio de igualdad formal no es otro que el de tutelar las diferencias personales, de tal modo que se proteja a las personas de posibles tratos, públicos o privados, que nieguen o limiten el respeto de los derechos que les son propios. Por otro lado, el principio de igualdad material, que vincula, sobre todo, a los poderes públicos, tiene como sino actuar desde lo jurídico sobre lo social y lo económico mediante la redistribución de la riqueza y la institución de garantías del disfrute efectivo de los derechos humanos, más allá del reconocimiento formal (Ferrajoli, 2019).

El Estado social ha sido la configuración institucional que parte del reconocimiento del conflicto social y, de forma derivada, de los derechos sociales y económicos de los seres humanos. En este contexto los poderes públicos

son responsables cualificados en la articulación, no ya de instrumentos de reconocimiento de derechos, sino, más todavía, en la configuración de garantías que doten de efectividad a los derechos humanos. En el tema que nos ocupa, esta clase de medidas, que podemos calificar de garantías primarias y positivas de los derechos fundamentales, juegan un papel determinante en el cumplimiento de las expectativas positivas de los derechos sociales (Ferrajoli, 2014; Pisarello, 2007).

Las acciones positivas se han erigido en las últimas décadas en esos instrumentos jurídicos que aluden a la remoción y eliminación de obstáculos sociales y económicos que impiden o dificultan la libertad y la igualdad. Por su propia finalidad, las acciones positivas están dirigidas a colectivos o segmentos poblacionales que están en situaciones de desigualdad o vulnerabilidad social, en términos generales y particulares. Ahora bien, al margen de la atención que podamos prestar a contextos específicos como el acceso al empleo, lo cierto es que los ordenamientos jurídicos tienen por tradición reconocer la especial situación de vulnerabilidad estructural y sistemática de determinados grupos o personas en un sentido amplio. Se trata de aquellos que identificamos con los factores de discriminación que se plasman en el art. 14 CE o en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

El art. 2.1 de la mentada ley es el más profuso en este asunto al ampliar el catálogo de factores a los siguientes: “nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Sin duda algunos de ellos están más presentes en los instrumentos internacionales del derecho antidiscriminatorio debido al carácter sistémico y estructurante como el factor socioeconómico, el sexogénico o el racial.

Precisamente, la forma más precisa de comprender los fenómenos de la discriminación y desigualdad y el modo en que debe responder el Derecho antidiscriminatorio parte de dos consideraciones<sup>3</sup>. En primer lugar, apuntamos al carácter gravoso y estructural de los elementos de diferenciación discriminatorios que sitúan en lo que Barrère y Morondo (2011) denominan situación de “subordiscriminación” a grupos o sectores de la ciudadanía. En segundo lugar, aludimos a la dinámica interseccional de los factores en liza que, no obstante, no debe conducir necesariamente a una jerarquía de grupos discriminados (Rey Martínez, 2008).

---

<sup>3</sup> El Derecho antidiscriminatorio no alude a una rama del derecho autónoma y con una entidad propia, sino que se trata de una locución que hace referencia al conjunto de disposiciones y actos encaminados a prevenir, reducir, eliminar, resarcir o compensar las situaciones de discriminación desde una perspectiva general o particular. Se trata de un término empleado por diversos autores citados en el cuerpo de este trabajo como Barrère (1997) y Rey Martínez (2019).

Debido a que el derecho antidiscriminatorio tiene un carácter asimétrico, los ordenamientos advierten de la procedencia de adoptar medidas que brinden diferencias de trato a los ciudadanos que se sitúan en alguna de las posiciones de desigualdad y/o potencial discriminación de las que el Derecho previene al citar diversos factores como, por ejemplo: origen, sexo, situación socioeconómica, orientación sexual, identidad de género, etc. A modo de arquetipo la ley 15/2022 propone que estas medidas puedan articularse en favor de colectivos que por sus características condiciones o circunstancias requieran de tratos preventivos, promocionales o compensatorios que coadyuven a la mejora de sus condiciones de vida, a su incorporación al trabajo o al acceso a distintos bienes y servicios. Todo ello con el fin último de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y libertades constitucionales que permiten una existencia libre y digna.

Qué duda cabe de que estas medidas, que reciben el nombre de “acciones positivas”, deben estar justificadas, ser proporcionadas y resultar objetivas en sus términos de aplicación. Sea como fuere, y sin obviar en modo alguno la trayectoria histórica de la acción positiva, es uno de los significantes otorgados desde el derecho a la actuación proactiva. La adjetivación de la acción como “positiva” evoca, en esta locución, la cuarta acepción del DRAE de dicho adjetivo: útil, práctico o beneficioso. A su vez, permite alentar el aspecto promocional que sustituye a la labor de mero reconocimiento formal del “deber ser”.

### 3. PERSPECTIVAS INTERSECCIONALES ANTE EL FOMENTO DEL EMPLEO

Cualquier diagnóstico inductivo sobre una posición o situación de vulnerabilidad social llevará indefectiblemente a concluir que esta viene determinada por factores discriminatorios que concurren e interactúan de forma perversa. Tanto es así que, de la conceptualización de los colectivos vulnerables realizada, por ejemplo, por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, se deriva una comprensión de la realidad formada por vectores de vulnerabilidad en los que se acumulan el factor económico, el sexogenérico y el racial. Si bien, la situación de pobreza o vulnerabilidad económica determina en buena medida el devenir de los derechos humanos, la situación se agrava exponencialmente cuando esta realidad afecta, por ejemplo, a mujeres, personas racializadas o personas con discapacidad.

La referencia a la interseccionalidad de los factores discriminatorios no es más que la constatación de una evidencia propia del fenómeno de la desigualdad y la discriminación. En este sentido, adquirir un compromiso con los diagnósticos fiables y certeros requiere, por un lado, asumir la multidimensionalidad de la realidad y, por otro lado, redimensionar los instrumentos jurídicos como el que constituye la acción positiva. La toma en consideración de tal perspectiva ha ido introduciéndose y acrecentando su importancia en diversos instrumentos normativos de *hard law* y el *soft law* en los planos

interno, supranacional e internacional<sup>4</sup>. Nos apoyamos para dar continuidad a nuestra explicación, desde el ámbito interno, en la ya referenciada Ley 15/2022. Este texto legislativo sigue la estela de otros instrumentos y opta por aclarar la conceptualización de la discriminación interseccional y se incluye expresamente como una forma prohibida de trato. Ya en su preámbulo, llamaba la atención sobre la trascendencia de desarrollar medidas de acción positivas adecuadas a las discriminaciones interseccionales, por ejemplo, cuando se trata de mujeres en las que se entrelazan de forma perversa distintos motivos de discriminación. En materia de empleo, la recientemente aprobada Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo alude en dos ocasiones a la interseccionalidad. La alusión más significativa se produce en el artículo 50, en el que se abordan los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, que advierte de que las medidas de acción positiva deben reforzarse en los casos en los que se producen “situaciones de interseccionalidad”.

Esta pretensión nos sirve de punto de apoyo para ir introduciendo en estas páginas la necesidad de tener en cuenta el fenómeno de la desigualdad y la discriminación interseccional en el fomento del empleo. Y ello en el convencimiento de que, con los sistemas de protección social vigentes, el acceso al trabajo decente constituye la llave de paso de las condiciones para el disfrute de los derechos humanos y, entre ellos, los relacionados con las necesidades sociales, económicas y culturales. Así, entendemos que adquirir una perspectiva holística de los instrumentos antidiscriminatorios y de inclusión, también en el empleo, a buen seguro dotaría de mayor eficiencia a los mismos y a las medidas aludidas de protección social.

Con ello no obviamos las dificultades, los debates y los retos que plantea la interseccionalidad, no tanto en la fase de diagnóstico como en la de intervención. No obstante, sin abundar en exceso en tales disquisiciones por motivos de adecuación al foro en el que se escriben estas palabras, si estamos en condiciones de aseverar que aquellas potenciales complicaciones son salvable, tanto desde el punto de vista axiológico-constitucional, como desde la perspectiva técnico-jurídica. En los puntos subsiguientes nos adentraremos en algunas de estas propuestas y en sus correspondientes retos específicos.

#### 4. SISTEMAS DE CUOTAS EN EL EMPLEO PÚBLICO

Las políticas de inclusión en el ámbito del empleo no solo están basadas en mejorar la formación, información, aptitudes y capacidades de las

---

<sup>4</sup> Son buenos ejemplos de ello el Convenio 190 OIT sobre la violencia y el acoso; la Recomendación n.º 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la mujer; el Plan de Acción en materia de Género de la UE III de la Comisión Europea; los informes del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2020 y 2021 y el Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2019-2020; o, la Estrategia Valenciana para la Igualdad de Trato, la No Discriminación y la Prevención de los Delitos de Odio 2019-2024, entre otros instrumentos normativos, interpretativos y políticos.

personas trabajadoras. Estas son, sin duda, medidas en favor de colectivos potencialmente discriminados que deben constituir la base de las políticas inclusivas. Las acciones positivas citadas por parte de la persona trabajadora tratan de situarla en una posición de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. No obstante, otras medidas buscan influir sobre el resultado igualatorio de forma directa: es el caso de los tratos preferentes que constituyen los sistemas de cuotas u objetivos de empleo y los criterios de desempate en concursos y oposiciones.

Las cuotas de empleo, al afectar frontalmente a la decisión final o resultante, tienen una incidencia particular en derechos y principios ajenos a la persona trabajadora beneficiaria. En el ámbito del empleo público existen dos principios básicos en liza con el sistema de cuotas: el principio de igualdad formal y el de mérito y capacidad. En el ámbito de los contratos del sector público, estos principios constitucionales son, sobre todo, la libertad de empresa de los operadores jurídicos concurrentes. En cualquier caso, los inherentes a ambos contextos están imbuidos por los principios constitucionales que ordenan la actividad de los poderes públicos y, en concreto, de las AAPP: fundamentalmente, el principio de objetividad y de igualdad de trato.

#### **4.1. Meritocracia vs. igualdad material**

El mérito como elemento de diferenciación legítima para el acceso al empleo público constituye una garantía de protección del principio de igualdad de trato, así como de objetividad y eficacia de la actuación administrativa. De entre los posibles criterios para discernir quién debe ocupar un empleo público se ha optado por atender a las capacidades mínimas necesarias para el desempeño y el mérito relativo de cada uno de los candidatos; sin embargo, excepto la prohibición de la tortura, todos los derechos constitucionales pueden ser matizados y ceder en mayor o menor medida para garantizar otros.

El derecho a la igualdad de trato (art. 14 CE) y el principio de mérito (art. 103 CE) también cuentan con excepciones justificadas y proporcionadas en *pro* de principios como el de igualdad material. Es en este terreno en el que hacen su aparición las acciones positivas de inclusión en el empleo de grupos o colectivos con dificultades personales, sociales o económicas para responder a las exigencias del mérito. No se contempla en el texto constitucional explícitamente la procedencia de las medidas excepcionales en este ámbito, no obstante, distintas normas legales han recogido su existencia. Además, desde una perspectiva subjetiva, el colectivo paradigmático que desde hace décadas cuenta con un sistema de cuotas para el acceso al empleo público es el de las personas con una discapacidad reconocida de, al menos, el 33%. No es aventurado afirmar que el principio meritocrático se exceptúa en sus términos más estrictos tanto en el acceso a la educación como en el acceso al empleo público.

En resumen, el principio meritocrático como criterio de discernimiento concierne, en el ámbito público, a contextos como el acceso al empleo pú-

blico y a plazas en el sistema educativo. Ello no obsta para que se hayan establecido medidas que, en mayor o menor medida, introducen en la ecuación factores ajenos al concepto de mérito en favor de colectivos como, por ejemplo, las personas con una discapacidad e, incluso, en el ámbito educativo universitario en favor de deportistas y artistas.

## 4.2. Experiencias prácticas de cuotas en favor de mujeres

La experiencia práctica en España en el campo de los sistemas de reserva de cuotas en el empleo público, más allá de las medidas en favor de las personas con alguna discapacidad reconocida, se ha dado respecto de mujeres en sectores o actividades en las que están infrarrepresentadas. Numerosas leyes han previsto, con mayor o menor detalle, la obligación de establecer cuotas de empleo en beneficio de mujeres, principalmente, en cuerpos y fuerzas de seguridad (local y nacional), agentes forestales y cuerpos de emergencias.

Comenzamos por el ámbito estatal referenciando la comunicación realizada por el Ministerio del Interior en diciembre del año 2022 en la que manifestaba que, por razón de la infrarrepresentación femenina en la Policía Nacional (presencia del 16,78%) y en la Guardia Civil (8,97%), se había previsto la reforma de la Ley de Régimen de Personal de la Guardia Civil para introducir una reserva de plazas en favor de mujeres entre un 25% y un 40%<sup>5</sup>.

Aunque a continuación expondremos brevemente la experiencia autonómica y local respecto de otros cuerpos de seguridad y emergencias, no podemos pasar por alto la referencia que la recientemente aprobada Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU) hace a la reserva de plazas femeninas. La LOSU, en su art. 65.1, prevé que se puedan adoptar acciones positivas en los procesos de “concursos de acceso a plazas de personal docente e investigador funcionario y laboral para favorecer el acceso de las mujeres”. Las dos medidas que se proponen son, fundamentalmente, la reserva de plazas y las preferencias ante el empate entre hombre y mujer<sup>6</sup>.

Retomamos la situación de infrarrepresentación femenina en los cuerpos y fuerzas de seguridad para aproximarnos a la prolija normativa que algunas CCAA han impulsado en los últimos años. Partimos de una situación en la cual, para el caso del cuerpo de policía local los datos arrojan un resultado

---

<sup>5</sup> Nota de prensa del Ministerio de Interior, *Interior apuesta por medidas de acción positiva para alcanzar el 40 por ciento de mujeres en el acceso a la Policía Nacional y Guardia Civil* [en línea], 2022, <<https://www.interior.gob.es/opencms/gl/detalle/articulo/Interior-apuesta-por-medidas-de-accion-positiva-para-alcanzar-el-40-por-ciento-de-mujeres-en-el-acceso-a-Policia-Nacional-y-Guardia-Civil/> [Consultado: 21/11/2022].

<sup>6</sup> La LOSU incluye otras acciones positivas consistentes en tratos preferentes orientados a fomentar la presencia de mujeres en equipos de investigación, en la posición de investigador principal en proyectos, etc.

de representación del 89% de hombres y 11% de mujeres en toda España<sup>7</sup>. Comenzamos por la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana, que prevé en su DT 7<sup>a</sup> lo que denomina “medidas correctoras de la desigualdad de género”. El contenido fundamental de esta disposición, que contó con la anuencia del Defensor del Pueblo<sup>8</sup>, establece que hasta que los ayuntamientos no elaboren planes de igualdad previstos en dicha normativa con políticas de acción positiva en materia de igualdad de género, “en los municipios en los que el número de mujeres no alcance el 40 % de la plantilla de policía local, y hasta que se alcance el citado porcentaje, en las convocatorias para la escala básica se establece una reserva del 30 % de las plazas para mujeres, aplicable únicamente a las plazas a las que se acceda por turno libre”. Esta previsión fue desarrollada por el Consell en sucesivos decretos destinados al establecimiento anual de los criterios para la selección de cuerpos y escalas de la Policía Local<sup>9</sup>.

Otras comunidades autónomas han regulado medidas similares o idénticas en el ámbito de la policía local, como la DA 3<sup>a</sup>, introducida en 2017, de la Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Islas Baleares. En el País Vasco se prevén reservas de plazas para mujeres en los distintos cuerpos de policía en el Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco, aunque la medida fue introducida en la ley precedente en 2019<sup>10</sup>. En una dirección similar se pronuncia la legislación catalana. En primer lugar, la Ley 5/2020, 29 abril, añadió la DA 8<sup>a</sup> a la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales cuyo contenido, más tarde, incorporaría la Ley 2/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público en distintas normas relativas a cuerpos de prevención y extinción

<sup>7</sup> Resulta ilustrativo el Informe sobre las medidas de igualdad en los cuerpos de policía local realizado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, en el que se desglosan las medidas por la igualdad recogidas en las leyes y principales textos normativos autonómicos, además de exponer la proporción de hombres y mujeres en los cuerpos de cada una de las CCAA.

<sup>8</sup> El Defensor del Pueblo se pronunció el 12 de marzo de 2018 sobre la solicitud de interposición de un recurso de inconstitucionalidad por varios preceptos de la ley en cuestión, entre los que se encuentra la disposición señalada. Atendiendo al principio de igualdad material y diversidad de directivas europeas considera ajustada a Derecho una medida de este tipo.

<sup>9</sup> La DT 4<sup>a</sup> del Decreto 153/2019, de 12 de julio, en el que se establecen los criterios para la selección de todas las escalas y categorías de la policía local y la DT 2<sup>a</sup> del Decreto 179/2021, de 5 de noviembre, contemplan que conforme a la Ley 17/2017, “en los municipios en los que el número de mujeres no alcance el 40 % de la plantilla de policía local, y hasta que se alcance el citado porcentaje, en las convocatorias para la escala básica se establece una reserva del 30 % de las plazas para mujeres”.

<sup>10</sup> El artículo único de la Ley 7/2019, de 27 de junio, introdujo el artículo 47 *bis* en la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco. En la norma se obliga a las AAPP a elaborar planes de igualdad en los que, entre otros extremos, se establecerán porcentajes de mujeres en la plantilla para corregir situaciones de infrarrepresentación mientras éstas subsistan (art. 44). El art. 66 recoge “medidas en favor de la igualdad”, entre las que destacan diversas de trato preferente: la reserva de plazas, siempre que la representación en el cuerpo, escala o categoría sea inferior al 33%, no superior al 40% y, mientras no se elaboren los planes específicos, no inferior al 25% siempre que se convoquen más de tres plazas.



de incendios, policía y mossos d'esquadra y agentes rurales<sup>11</sup>. En todas las disposiciones se establece la obligación de reservar plazas proporcionales a los objetivos perseguidos sin que dicha reserva pueda ser inferior al 25% ni superior al 40% de las plazas convocadas, siempre que la presencia de mujeres en la categoría en cuestión sea inferior al 40%. Por último, las previsiones de la Ley 7/2018 de 28 de junio, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de la Comunidad Autónoma de Aragón, establece en su art. 50 la obligación de las administraciones aragonesas de reservar el 2% de las plazas para mujeres víctimas de violencia de género<sup>12</sup>.

La regulación que se hace de esta clase de medidas de trato preferente operan mediante una única lista final de las personas aspirantes según la puntuación obtenida. Si en la lista resultante se alcanzan las proporciones de mujeres señaladas por la convocatoria se entenderá cubierto el objetivo de empleo. De no alcanzarse tales porcentajes mínimos de inclusión o representatividad, se activará la preferencia de las candidatas hasta que se cubran las plazas reservadas. Es decir, el sistema de cuotas se mantiene inactivo, pero latente. Una vez hechos estos apuntes cabe indicar que la medida no opera de forma automática, sino que deben darse otra serie de requisitos que percibimos en buena parte de las normas estudiadas: en primer lugar, las candidatas deben demostrar las capacidades exigidas para la superación de las pruebas; en segundo lugar, ninguna de las candidatas seleccionadas por el sistema de cuotas debe tener un diferencial de puntuación en las fases de oposición y, en su caso, de concurso, por encima del 15% en relación con los hombres que hubieran sido desplazados en la lista única hacia puestos posteriores; y, por último, el candidato preterido no debe pertenecer a colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo que pudieran justificar la no aplicación de la medida.

Estas normativas legales de carácter autonómico han desembocado en convocatorias concretas de entidades locales del ámbito territorial correspondiente. Sin ánimo de exhaustividad, es el caso de convocatorias para plazas de policía local de los Ayuntamientos de Palma de Mallorca<sup>13</sup>, Barcelona<sup>14</sup>,

---

<sup>11</sup> La citada ley añade o modifica las distintas disposiciones: DA 10ª de la Ley 5/1994, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamentos de Cataluña, DA 7ª de la Ley 10/1994, de la Policía de la Generalitat - Mossos d'Esquadra, DA 1ª de la Ley 17/2003, del Cuerpo de Agentes Rurales.

<sup>12</sup> Consecuentemente, el Ayto. de Zaragoza ha aprobado bases de convocatorias para proveer plazas en distintos ámbitos y categorías en las que se recoge la reserva de una plaza en las categorías de Técnico o Auxiliar sanitario, sociocultural y de emergencias sanitarias. Resolución publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza número 151, de 5 de julio de 2022, con corrección en el número 242, de 21 de octubre de 2022.

<sup>13</sup> Bases específicas de la oposición para cubrir plazas vacantes de policía local del turno libre de 10 de agosto de 2019. El Plan de Igualdad del Ayuntamiento de Palma 2018-2021 recogía la obligación de reservar el 40% de las plazas ofertadas para mujeres.

<sup>14</sup> Bases de 259 places (reserva del 40%) d'agent de la Guàrdia Urbana de l'Ajuntament de Barcelona, mitjançant oposició lliure de 2021.

València<sup>15</sup>, Aldaia<sup>16</sup>, Torrent, Gandia o Cheste. Sin embargo, estas medidas no quedan exentas de controversia jurídica y judicial, como muestran las convocatorias en liza y las anuladas por algunos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo<sup>17</sup>.

En definitiva, la práctica administrativa, como receptora de una normativa legal, ha comenzado, desde hace años, a articular cuotas de empleo en favor de mujeres, sobre todo, en el campo de los cuerpos policiales, forestales y de emergencias, donde la infrarrepresentación femenina es acusada. Con todo, no se trata de medidas política y jurídicamente incontrovertidas. Es por esto por lo que, junto a factores sociopolíticos de diversa índole, la interseccionalidad, que supondría una o varias vueltas de tuerca a las cuotas de empleo unidireccionales, no ha encontrado un espacio en el ágora del debate parlamentario, administrativo o académico. Así, quedan extramuros de la experiencia práctica las cuotas en favor de personas racializadas, personas en riesgo de exclusión social e, incluso, categorías entrecruzadas como mujeres con discapacidad. En cualquier caso, nada obsta para que la legislación, los reglamentos y los actos administrativos implementen cuotas de empleo en favor de colectivos en situación de desigualdad estructural y discriminación.

## 5. CLÁUSULAS SOCIOLABORALES EN LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

### 5.1. Contratación pública estratégico

Los contratos del sector público tienen por objeto la adquisición de prestaciones por parte de las AAPP consistentes en obras, servicios o suministros que proporcionan operadores externos. Junto a estos objetivos operativos, la concepción estratégica de la contratación pública sancionada por la cuarta generación de directivas europeas<sup>18</sup> (Gimeno, 2013) y la Ley 9/2017, de 8 de

---

<sup>15</sup> Bases de la convocatoria para proveer 50 plazas de agente de la Policía Local de València de 2020 (reserva del 30%).

<sup>16</sup> Plazas de agente de la Policía Local de Aldaia en las OPE de 2019 y 2021.

<sup>17</sup> El Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 10 de València revocó la reserva de plazas para mujeres que el Ayto. señaló para el proceso selectivo de agentes de la Policía Local correspondiente a la oferta de empleo público del año 2017. En el mismo sentido se pronunció el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 7 de València por lo que se refiere a un proceso selectivo de la Policía Local del Ayto. de Torrent. Sin embargo, en un sentido favorable se ha pronunciado el Juzgado de lo contencioso administrativo n.º 5 de Valencia en lo relativo a la reserva de 4 plazas para mujeres por el Ayuntamiento de Gandía en la Policía Local.

<sup>18</sup> La cuarta generación de directivas de contratos del sector público viene conformada, por un lado, por la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; y, por otro lado, se completa con la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y

noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), permite atender a una serie de objetivos estratégicos de diversa naturaleza: sociales, medioambientales e innovadores<sup>19</sup>.

Es una muestra paradigmática de esta aseveración el artículo 1.3 de la LCSP, en el que se exige que en todo proceso contractual se incorporen de forma transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales “en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”. Puede decirse que al atajar varios objetivos de diversa naturaleza mediante un mismo proceso existe un mayor potencial de eficiencia. La contratación pública socialmente responsable (CPSR) es aquella que atiende a la dimensión social de los objetivos estratégicos. Es en este punto en el que toman forma las cláusulas de los pliegos de condiciones administrativas y del contrato orientadas a acometer objetivos sociolaborales como los de fomento del empleo (Lesmes, 2005).

La forma en que se concreta la contratación pública estratégica es mediante las conocidas como cláusulas sociales o sociolaborales que se incluyen, en primer lugar, en los PCA y, posteriormente, en el contrato. De entre las distintas definiciones que pueden proporcionarse de las cláusulas sociales, optamos por la propuesta por el profesor Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2016), ya que sintetiza las distintas dimensiones de las cláusulas sociales al definir las como las “estipulaciones, de origen normativo o contractual, que imponen deberes específicos a cargo de los contratistas, mediante criterios, requisitos o condiciones que se imponen al contratista con el fin de promover objetivos sociales”.

La discrecionalidad con la que cuentan los órganos de contratación está delimitada por los principios de la contratación pública, en particular, y los de la actividad administrativa, en general. No es nuestra intención realizar una labor expositiva de todos ellos, pero sí relacionar someramente los más relevantes para el acometimiento de una estrategia de inclusión laboral de colectivos discriminados, desfavorecidos o en situación de vulnerabilidad social.

Las condiciones fundamentales para la validez de tales cláusulas se resumen en las siguientes: el respeto al principio de igualdad de trato, la formulación objetiva y la vinculación con el objeto del contrato. Por lo que se refiere a este último aspecto, cabe señalar que basta con que las consideraciones sociales se relacionen con algunas de funciones contratadas con el operador externo, con los elementos productivos que intervienen en el desarrollo de tales funciones y, por último, que no vayan más allá del perímetro temporal de la contrata.

---

los servicios postales. Las más relevante a efectos del análisis de la concepción estratégica de la contratación es la Directiva 2014/24/UE.

<sup>19</sup> Dos instrumentos de *soft law* de la Comisión Europea han respaldado esta interpretación: las dos ediciones (2011 y 2021) de “Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones pública”.

## 5.2. Cláusulas sociales de empleabilidad y fomento del empleo

Hemos mencionado que las cláusulas sociolaborales suelen adoptar diversas formas según la fase del procedimiento contractual en el que se insertan. Pues bien, los dispositivos fundamentales son: por un lado, los criterios de adjudicación o de valoración de ofertas y, por otro lado, las condiciones especiales de ejecución. En el primer caso, las previsiones sociales adquieren un cariz de incentivo, ya que su papel es el de sumar puntuación en la valoración de la oferta (art. 145 LCSP). En el segundo caso, el objetivo sociolaboral de empleo adoptará la forma de exigencia obligatoria para el adjudicatario (art. 202 LCSP). A estas fases podemos incorporar una tercera, los criterios de desempate (art. 147 LCSP), a la que la ley atribuye, en algunos casos, un papel de inclusión al contemplar criterios que otorgan la preferencia ante el empate a la oferta presentada por la empresa con mayor proporción de contratación de mujeres o de personas con discapacidad (solo en los criterios de desempate existen cláusulas *ex lege* que no tienen vinculación con el ámbito funcional de la contrata).

La LCSP contempla que para la adopción de los mentados criterios y condiciones puedan tomarse en consideración aspectos sociales de naturaleza diversa. Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación ponemos en valor, a efectos exclusivos de las políticas de fomento o inclusión en el empleo, la integración en el empleo de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o en situación de vulnerabilidad social; el fomento de la contratación femenina; o el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres. Por lo que se refiere a las condiciones especiales de ejecución, el art. 202, además de señalar los aspectos ya citados en el art. 145, menciona la promoción del empleo de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, así como la lucha contra el paro juvenil, femenino o de larga duración.

En este escenario, los órganos de contratación disponen de una habilitación normativa amplia para adoptar acciones positivas interseccionales en materia de inserción laboral dirigida, por ejemplo, a mujeres, personas con discapacidad, personas en situación o en riesgo de exclusión social, o personas con dificultades de inserción laboral. El modo en que pueden articularse cláusulas sociales de fomento del empleo inclusivo, ya sea como criterios de valoración de ofertas o como condiciones de ejecución, se concretaría de tres formas: incentivando o exigiendo la contratación de una proporción de personas pertenecientes a colectivos determinados; la adopción de planes de igualdad e, incluso, de protocolos específicos de contratación; y, por último, certificados o etiquetas sociales, como los distintivos de igualdad de género en la empresa.

Hasta el momento los tribunales administrativos de recursos contractuales han tenido un posicionamiento errático en materia de fomento del empleo femenino, pero no tanto en lo relativo a la inclusión de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social, tal vez por el arraigo del sistema de cuotas, de la existencia de Centros Especiales de Empleo y de Em-

presas de Inserción (Larrazábal, 2019). Sin embargo, se trata de una conducta a todas luces contraria a Derecho a la vista de cualquier interpretación literal, finalista y sistemática de la LCSP y las Directivas.

## 6. CONCLUSIONES

Las medidas de acción positiva de trato preferente como las que constituyen las cuotas reservadas de empleo están admitidas en el ordenamiento tanto en el ámbito público como en el privado. La clave de su constitucionalidad depende de cómo se justifique la medida, se configure proporcionalmente y se diseñe objetivamente. Los pormenores de estos elementos de adecuación jurídica dependen del ámbito en que se desarrollen las acciones positivas y de las circunstancias específicas concurrentes.

Por lo que se refiere al empleo público, si bien el principio del mérito es uno de los principales custodios del respeto a la igualdad de trato, no supone un impedimento absoluto, desde la perspectiva axiológica y técnico-jurídica, a los sistemas de cuotas en favor de colectivos, grupos o sectores poblacionales en situación de desigualdad o discriminación estructural. La justificación de su adopción radica en consideraciones de igualdad material de personas que, formando parte de nuestra sociedad, están atravesadas por diversos factores discriminatorios y, además, se encuentran infrarrepresentados en el empleo decente, público y privado.

La legislación autonómica y la práctica administrativa autonómica y local han tomado la iniciativa, tanto en el empleo público como en la contratación pública, de adoptar mecanismos de cuotas u objetivos inclusivos de empleo. Por lo que se refiere al sistema de cuotas en el empleo público se ha ampliado en España su ámbito subjetivo al alcanzar, no solo a personas con una discapacidad reconocida de, al menos, el 33%, sino a mujeres en aquellos sectores en los que se aprecia una elevada infrarrepresentación. Por lo que se refiere a la contratación pública, la concepción estratégica que se ha abierto paso en la última década, tanto en el Derecho de la UE como en el plano interno, permite un margen mayor de actuación para incentivar o exigir contrataciones inclusivas por parte de las contratistas en favor de más colectivos que en el empleo público.

Se ha evidenciado que no se vislumbra una acogida de la perspectiva interseccional en ninguno de los campos analizados por diversos motivos: la falta de tradición jurídica, el posible debate de los colectivos que priorizar o los aspectos técnico-jurídicos. Uno de los retos en la configuración objetiva de las medidas de trato preferente es la categorización jurídica de los colectivos a los que dirigirlos. Por un lado, porque algunos aspectos como la situación socioeconómica son cambiantes y multidimensionales, y esto puede plantear problemas de determinación, justificación y aplicabilidad. Por otro lado, porque su determinación en términos sociológicos no es extrapolable a la ciencia jurídica, demandante de términos ciertos y manejables con objetividad.

De todo ello se deriva una conclusión rotunda: los sistemas de cuotas de empleo y la adopción de una perspectiva interseccional en su articulación cuentan con mayores oportunidades de implementación en el campo la contratación pública que en el empleo público. Esta circunstancia se debe a la menor flexibilidad y discrecionalidad con la que cuentan los poderes públicos en orden a establecer dispositivos jurídicos que exceptúen parcialmente aspectos relacionados con el principio de igualdad de trato y de mérito y capacidad. De cualquier modo, queda acreditada la justificación constitucional de arbitrar cuotas reservadas en el empleo público como instrumento antidiscriminatorio y de inclusión, así como la posibilidad de afrontar una implementación proporcionada y objetiva de las mismas.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BARRÈRE, M.A. (1997). *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Cuadernos Cívitas.
- BARRÈRE, M.A. Y MORONDO, D. (2011). “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, n.º 45.
- CRENSHAW, K.W. (1989). “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *University of Chicago Legal Forum*, pp. 139-167.
- FERRAJOLI, L. (2014). *Garantismo*. Madrid: Trotta
- FERRAJOLI, L. (2019). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- GIMENO, J.M. (2013). “Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista española de derecho administrativo*, n.º 159, pp. 39-106.
- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E. (2019). *Análisis de la instrucción del Gobierno Vasco de 2019, sobre incorporación de cláusulas para la igualdad retributiva de mujeres y hombres, a la luz de la legislación vigente, jurisprudencia y resoluciones de los Tribunales Administrativos en materia de contratación pública*.
- LESMES, S. (2005). “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”. *Revista de Relaciones Laborales - Lan Harremanak*, n.º 13 (2), pp. 62 y ss.
- PISARELLO, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- REY MARTÍNEZ, F. (2008). “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista española de derecho constitucional*, n.º 84, pp. 251-282.
- REY MARTÍNEZ, F. (2019). *Derecho Antidiscriminatorio*. Pamplona: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2016). “Cláusulas sociales y contratación pública”, *La Ley Digital 2955/2016*.

LA EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY 3/2023,  
DE 28 DE FEBRERO, DE EMPLEO

CATALINA SMINTINICA

*Profesora asociada*

*Universidad de Castilla-La Mancha / Derecho del Trabajo y Trabajo Social*

*Catalina.Smintinica@uclm.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN: LA POLÍTICA DE EMPLEO Y LA IMPORTANCIA DE LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CUANTO COLECTIVO PRIORITARIO. 2. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA CONDICIÓN DE PERSONA CON DISCAPACIDAD. 3. LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EMPLEO PROTEGIDO Y EMPLEO ORDINARIO. 4. PROMOCIÓN DEL ACCESO PRIORITARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL EMPLEO ORDINARIO: ART. 54 LEY 3/2023, DE 28 DE FEBRERO. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA



## 1. INTRODUCCIÓN: LA POLÍTICA DE EMPLEO Y LA IMPORTANCIA DE LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CUANTO COLECTIVO PRIORITARIO

El empleo ha sido y sigue siendo un elemento central en nuestra sociedad. El trabajo constituye un elemento fundamental para el desarrollo tanto personal como profesional de las personas y, simultáneamente, se erige como la vía más directa de integración social, sin la cual, éstas podrán quedar excluidas de las relaciones sociales. El trabajo viene a ser entendido “como un modo de existencia social y como factor de cohesión social, eje de atribución de básicos derechos de ciudadanía”<sup>1</sup>. El binomio trabajo-ciudadanía implica, en este contexto, una reciprocidad donde las oportunidades económicas, participativas y vitales están unidas a cualquiera de las formas de trabajo remunerado. Por consiguiente, las personas que no logran permanecer, de manera duradera, en el mercado laboral a través de una ocupación efectiva o quedan fuera del mismo, suelen sentirse conminadas por la sensación de exclusión social y de frustración o fracaso<sup>2</sup>.

En nuestros días, la política de empleo se sitúa en un escenario donde se hacen evidentes los efectos que ha estimulado el paso de una economía industrial a otra fundada en el conocimiento, afectando especialmente a aquellos colectivos que presentan mayores dificultades de inserción laboral<sup>3</sup>. Es innegable que la etapa posindustrial conlleva un cambio de paradigma en el sentido de que viene a transformar el mercado y las estructuras de producción, donde el trabajo se plantea como un bien escaso y precario<sup>4</sup>, y para cumplir o mantener la condición de “ser empleable” requiere de los trabaja-

---

<sup>1</sup> BAYLOS GRAU, A., “Creación de Empleo, Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo: el caso español”, en *Derecho y Sociedad*, n.º 30, 2008, p. 28.

<sup>2</sup> BASCÓN MARÍN, J., *Las políticas de empleo destinadas a colectivos vulnerables en el ordenamiento jurídico español*, (tesis doctoral), 2022. Accedido el 24 de marzo de 2023 en el siguiente enlace: 2022000002391.pdf (uco.es), p. 26.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>4</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 47, 2016, p. 167.

dores disponibilidad y capacidad para adaptarse a las nuevas exigencias de los mercados. En la sociedad fundada en el conocimiento resulta esencial no dejar atrás a los denominados colectivos vulnerables o prioritarios. Se trata de una exigencia constitucional en tanto que el papel de la política de empleo en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro (*ex. art. 1.1 CE*) ha de ir dirigido de manera especial hacia aquellos colectivos que por sus particulares características ostenten dificultades de inserción laboral y cuyo objetivo debe ser compensar su desfavorable situación haciendo más efectivo su derecho al empleo. En sintonía con este rol de la política de empleo, el art. 49 CE, entre otros, impone el mandato a los poderes públicos de poner en marcha las políticas necesarias para garantizar la autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, respetando su libertad de elección y preferencias.

Con la finalidad de modernizar y adaptar la legislación en materia de políticas de empleo a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas, y corregir así sus debilidades estructurales se publicó el pasado 1 de marzo de 2023 en el BOE la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (en adelante LE)<sup>5</sup>. Se trata de una norma necesaria<sup>6</sup>, que pone el acento en la elaboración del perfil de la persona usuaria de los servicios de empleo y de su itinerario personalizado a fin de encontrar y/o mantener un empleo digno y decente<sup>7</sup>. La nueva norma pretende corregir y mejorar las carencias de la anterior re-

<sup>5</sup> La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo se puede consultar en la referencia [BOE-A-2023-5365](#).

<sup>6</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., “La nueva Ley de Empleo: una ley necesaria y ¿eficaz?”, en *Briefs AEDTSS*, 21, 2023, que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.aedts.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/>. Accedido el 19 de marzo de 2023. La necesidad de la nueva norma de empleo se justifica en al menos cuatro motivos: en primer lugar, el cumplimiento del compromiso adquirido por parte del Gobierno en el ámbito del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cuyo Componente 23 “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, enmarcado en el área política VIII “Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo”, tiene como desafío y objetivo impulsar, en el marco del diálogo social, la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales. Entre las reformas propuestas en este componente se integra la número 5 “Modernización de políticas activas de empleo”, contemplando como una de las actuaciones a desarrollar la modificación del TRLE 2015, para potenciar los instrumentos de actuación y de coordinación del Sistema Nacional de Empleo. En segundo lugar, se trata de una ley que positiviza en particular un aspecto esencial del derecho constitucional al trabajo, perfilando alguna de sus vertientes mediante el reconocimiento de derechos subjetivos a los ciudadanos, en especial en cuanto esos derechos pueden mejorar la situación de colectivos en situación de vulnerabilidad social. El tercer motivo de la nueva Ley lo constituye la necesidad de adecuar, modernizar y sistematizar la legislación en materia de políticas de empleo a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas. Por último, la necesidad de la nueva ley se justifica por ineficacia de la anterior normativa en materia de empleo.

<sup>7</sup> ROJO TORRECILLA, E., “Apuntes sobre la nueva Ley de Empleo. Cambios sobre el RDLeg.3/2015 de 23 de octubre”, en el blog “*El nuevo y cambiante mundo del Trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*”, que puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/02/apuntes-sobre-la-nueva-ley-de-empleo.html> Accedido el 19 de marzo de 2023.

gulación legal en materia de empleo<sup>8</sup> que impactaron negativamente en su efectividad y eficiencia.

La LE deroga principalmente, con excepción de los artículos 15 a 18<sup>9</sup>, el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, y modifica sendas normas jurídicas, entre cuales destacamos los artículos 4, 35 y 38 del Real Decreto Legislativo 1/2023, 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<sup>10</sup> (en lo sucesivo TRLGPD). El objeto y finalidad de la nueva LE, de acuerdo con su art.1, consiste en establecer “el marco de ordenación de las políticas públicas de empleo y regula el conjunto de estructuras, recursos, servicios y programas que integran el Sistema Nacional de Empleo” y tiene por objetivo “promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de 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”.

Los destinatarios de la política de empleo, con carácter general, son las personas que, estando en una situación legal de desempleo, van a mantener una posición activa de búsqueda de empleo. Sin embargo, existen determinados grupos o colectivos que a la hora de intentar conseguir empleo se caracterizan por presentar especiales dificultades para acceder al mercado laboral. Esos grupos, en aras a ser identificables, han sido denominados “colectivos vulnerables” por parte de los poderes públicos o “colectivos prioritarios” según términos empleados por la LE. En concreto, en la vigente LE se han

---

<sup>8</sup> El informe del Consejo Económico y Social (CES) sobre el anteproyecto de la Ley de Empleo ha señalado las siguientes carencias y debilidades de las políticas de empleo y su gestión: falta de recursos económicos, humanos y materiales, falta de herramientas para poder realizar una intermediación efectiva, el elevado volumen de fondos destinados a incentivos al empleo, la carencia de un enfoque personalizado en muchas actuaciones y de atención a las necesidades y requerimientos del tejido productivo mediante el refuerzo de la prospección, la insuficiente vinculación entre políticas activas y de protección, la falta de una conexión adecuada con el sistema educativo y formativo, la falta de coordinación y colaboración entre el SEPE y los SPE autonómicos pero también con los servicios sociales o con la multiplicidad de entidades colaboradoras, la ausencia de un sistema de seguimiento, control y evaluación riguroso. Consultado en el Dictamen 6/2022, de 25 de mayo, pp.2-3. Se puede consultar su texto en el siguiente enlace: <https://www.ces.es/documents/10180/5275470/Dic062022.pdf> Accedido el 19 de marzo de 2023.

<sup>9</sup> Según la Disposición Derogatoria única 1. a) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, los artículos 15 a 18 se derogarán con la entrada en funcionamiento efectivo de la Agencia Española de Empleo.

<sup>10</sup> El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se puede consultar en la referencia BOE-A-2013-12632.

ampliado los colectivos de atención prioritaria, entre otros<sup>11</sup>, se enumeran a los efectos que interesan en la presente comunicación a las personas con discapacidad, las personas con capacidad intelectual límite y las personas con trastorno del espectro autista. Hay que señalar que la nueva LE, en todas las referencias a la igualdad de trato y no discriminación y evitación de los sesgos, alude con carácter específico a la discapacidad<sup>12</sup>.

La integración laboral efectiva de las personas con discapacidad constituye un reto en la sociedad actual. Conscientes de este desafío tanto a nivel europeo como a nivel nacional, la nueva LE establece un eje específico dirigido al empleo de las personas con discapacidad titulado “Eje 4 Oportunidades de Empleo para Personas con Discapacidad”<sup>13</sup> que 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, previsto por el art. 12 LE que versa sobre la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo.

El art. 12 LE ha de ser puesto en relación con el art. 13 LE relativo al Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno que se articulará en torno a los ejes en

<sup>11</sup> Se consideran colectivos vulnerables de atención prioritaria a los efectos de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, y entre otros colectivos que se puedan determinar, las personas: jóvenes menores de 30 años o beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, especialmente con baja cualificación, en situación de desempleo de larga duración, con discapacidad, con capacidad intelectual límite, con trastornos del espectro autista, LGTBI, en especial trans, mayores de 45 años intensificándose la atención que reciban cuando tengan a cargo menores de 16 años o mayores dependientes, migrantes, beneficiarios de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, gitanas o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, víctimas del terrorismo, personas cuya guarda y tutela sea o haya sido asumidas por las administraciones públicas, descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género, adultas con menores de 16 años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales. Véase al respecto el Capítulo V titulado “Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo”, del Título III, de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (en lo sucesivo LE).

<sup>12</sup> Véase al respecto los siguientes arts., de la nueva LE: art. 5 a) –principios rectores–, art. 12.2 c) –Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo–, art. 39 –empleabilidad, no discriminación–, art. 40.2 c) –intermediación–, art. 43.3 f) –agencias de colocación–, art. 45.2 –actividad de selección de personal–, art. 56.1 b) y c) –catálogo de servicios garantizados a personas demandantes de servicios de empleo–, Disposición adicional sexta –acceso y consolidación del empleo de personas trabajadoras jóvenes–, Disposición adicional séptima –acceso y consolidación del empleo de las mujeres– y Disposición final primera –modificación LISOS–.

<sup>13</sup> Hasta la entrada en vigor de esta nueva LE se articulaban 6 ejes, estando la política de empleo dirigida a las personas con discapacidad en el eje 3 junto con otros colectivos vulnerables. Con la nueva LE los ejes se amplían a siete incluyendo uno específico dirigido al empleo de las personas con discapacidad: Eje 4 Oportunidades de Empleo para Personas con Discapacidad. Informe de CERMI y Feacem sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo y su repercusión en la discapacidad, consultado en el siguiente enlace: <https://cermi.es/novedad/informe-de-cermi-y-feacem-sobre-la-ley-32023-de-28-de-febrero-de-empleo-y-su-repercusion-en-la-discapacidad>, pp.8-9. Accedido el 27 de marzo de 2023.

los que se integrarán los objetivos en materia de políticas activas de empleo y el conjunto de los servicios y programas desarrollados por los servicios públicos de empleo que, entre otros, se refiere al “d) Eje 4. Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Comprende las actuaciones dirigidas a aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad (...)”. Por consiguiente, la nueva LE eleva al rango de objetivo prioritario de las políticas activas de empleo garantizar a las personas pertenecientes a colectivos prioritarios una atención especializada en el acceso al empleo ordinario, al 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.

En particular, el Capítulo V se dedica a colectivos de atención prioritaria para la política de empleo y a tal efecto se establece como objeto de especial atención, entre otros, las personas en situación de exclusión social, cuyo acceso al empleo se fomenta principalmente mediante las empresas de inserción. Se establece al efecto que, sin perjuicio de las medidas contempladas por el TRLGPD la atención de personas demandantes de servicios de empleo con discapacidad se encauza por múltiples vías.

Se propone la nueva LE que los servicios de empleo procuren realizar la transición de las personas con discapacidad en situación de exclusión social inscritos en centro especiales de empleo hacia el empleo ordinario, sin perjuicio de seguir continuando fomentar la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo<sup>14</sup>. Por consiguiente, se mantiene la vía de acceso al mercado de trabajo de las personas con discapacidad a través de los centros especiales de empleo, pero a la vez, se da prioridad a éstas para acceder al empleo ordinario. El objetivo a lograr realizar la transición de los centros especiales de empleo al empleo ordinario de las personas con discapacidad es loable y constituye un objetivo a conseguir en la línea marcada por el art. 27 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>15</sup> y de la Observación General núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, que fomentan y reconocen el derecho de las personas con discapacidad al trabajo, en igualdad de condiciones con los demás, incluido el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo elegido o aceptado libremente en un mercado laboral y un entorno de trabajo abiertos, inclusivos y accesibles para las personas con discapacidad. Es importante señalar que, a partir de la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha puesto de manifiesto que el principio de igualdad en relación con el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad se infringe al considerar que el derecho de todas las personas a ganarse la vida

---

<sup>14</sup> Preámbulo de la LE.

<sup>15</sup> Ratificado por España a través del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo contenido puede consultarse en la referencia BOE-A-2008-6963.

mediante el trabajo que elijan o acepten libremente no se realiza cuando la única oportunidad real abierta a las personas con discapacidad es trabajar en instalaciones segregadas. Por consiguiente, se ha de evitar que las personas con discapacidad trabajen en instalaciones segregadas o en el caso de que se hiciese se diera la oportunidad de transitar o acceder al empleo ordinario.

A continuación, se pretende realizar un análisis del art. 54 de la LE y determinar los métodos o mecanismos a través de los cuales se podrían conseguir garantizar una adecuada transición hacia el empleo ordinario de las personas con discapacidad, pero no sin antes abordar la condición jurídica de la persona con discapacidad y realizar una breve referencia a los mecanismos de integración laboral de las personas con discapacidad.

## 2. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA CONDICIÓN DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

En la actualidad existen un número cuantitativo de personas que padecen numerosas y distintas enfermedades, disfunciones corporales o discapacidad, motivo por el cual se topan con una infinidad de obstáculos o barreras sociales, tanto físicas como de orden psico-social, para acceder al mercado de trabajo. Para que las personas con discapacidad se beneficien de las medidas establecidas en el ordenamiento jurídico en aras a procurar su inserción laboral es necesario que tengan reconocida la condición, desde un punto de vista jurídico, de persona con discapacidad<sup>16</sup>. Dicha condición jurídica se acredita mediante el denominado certificado de discapacidad. Para obtener el certificado de discapacidad es necesario iniciar un procedimiento administrativo que conlleva una valoración médica, social y psicológica como la edad, el entorno familiar, la situación laboral y profesional, el nivel educativo y cultural, así como el entorno habitual de la persona con discapacidad. El grado de discapacidad, expresado en porcentaje, se determinará en función de la aplicación de los baremos contenidos en el Anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Discapacidad<sup>17</sup>, aunque indicamos que, a partir de 20 de abril de 2023, serán de aplicación los nuevos baremos contenidos en los Anexos III, IV, V y VI. Los nuevos baremos están adaptados al modelo biopsicosocial de la Clasificación Internacional de Funcionamiento de la Organización Mundial de la Salud 2001 (CIF OMS/2001). En este sentido, por discapacidad se entenderá el resultado de la interacción entre la evaluación de las deficiencias de las funciones y es-

<sup>16</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español”, en *Panorama Social*, n.º 26, 2017, p. 59.

<sup>17</sup> Se trata de una norma derogada, con efectos desde el 20 de abril de 2023, por la Disposición Derogatoria única del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. La norma vigente se puede consultar en la siguiente referencia: BOE-A-2022-17105.

estructuras corporales con las limitaciones para realizar actividades, las restricciones en la participación social y las barreras de contexto.

Para el reconocimiento legal y la obtención de beneficios sociales y ventajas fiscales, con carácter general, el grado de discapacidad deberá ser igual o mayor al 33%. En esta tónica, a efectos de la LE y a nuestros intereses, son objeto de atención prioritaria las personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo teniendo dicha consideración 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%, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido o igual superior al 65%. Asimismo, hay que destacar en este ámbito la modificación operada por la Disposición Final Segunda de la LE en el TRLGPD considerándose que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, eso sí, no a todos los efectos sino sólo a los que se especifican en la propia norma, esto es, beneficios a efectos del trabajo<sup>18</sup>.

No obstante, dicha equiparación legal entre incapacidad permanente y el reconocimiento del grado de al menos el 33% de discapacidad, hay que señalar que reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo han venido entendiendo que no procede el reconocimiento automático de la condición de persona con discapacidad respecto de quien tenga reconocida una incapacidad permanente en su grado de total, absoluta o gran invalidez<sup>19</sup>. En otros términos, la nueva LE introduce un cambio notable consistente en una equiparación de la incapacidad permanente con el grado de discapacidad de, al menos el 33%, pero dicha equiparación no será en los términos completos que conlleva el reconocimiento del grado de discapacidad expedido por los servicios sociales correspondientes sino sólo a “los efectos de esta ley”, esto es, principalmente en los beneficios relacionados con el trabajo. A modo de ejemplo, los pensionistas de incapacidad permanente tendrán derecho acceder al mercado laboral protegido, esto es, trabajar en centros especiales de

---

<sup>18</sup> Véase el cuadro comparativo del texto afectado y cambios introducidos por la LE en el TRLGD, relativo a los arts. 4, 35,38, que se puede acceder en el siguiente enlace: CUADRO-COMPARATIVO-1.pdf (laboral-social.com). Accedido el 26 de marzo de 2023.

<sup>19</sup> Por todas, STS de 12 de mayo de 2020, (Rec.58/2018). Véase sobre la sentencia citada el comentario de VICENTE PALACIO, M.A., “No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n° 6, 2020, que se puede consultar en el siguiente enlace: BOE.es - No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica). Asimismo, existe una nota en relación con el art. 4.2 TRLGD que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.aragon.es/documents/20127/2490093/NOTA+EFECTOS+ART.+4+TRLG+DERECHOS+PERSONAS+CON+DISCAPACIDAD+julio+2020.pdf/75aa5d8a-bb39-f061-0f57-9d8df6d86e11?t=1595228567014>. Consultado el 27 de marzo de 2023.

empleo para personas con discapacidad y ocupar las plazas que las empresas de 50 o más trabajadores deben reservar para ellos. En cambio, derechos tales como plaza especial de aparcamiento cuando se supera el baremo de movilidad, descuentos en transporte público y en compra de vehículos, reserva de viviendas protegidas y reformas para eliminar barreras arquitectónicas, según la nueva LE no los tienen los pensionistas de incapacidad permanente sino sólo aquellas personas con certificado de discapacidad emitido por los servicios sociales correspondientes.

La competencia para reconocer el grado de discapacidad está atribuida al órgano competente de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial figure empadronada y tenga la residencia efectiva la persona interesada, y al IMSERSO en las ciudades de Ceuta y Melilla, y su resolución se basa en el dictamen técnico-facultativo que elabora el equipo de valoración multiprofesional, compuesto, en todo caso, por profesionales del área sanitaria y con profesionales del área social, con titulación mínima de grado universitario o equivalente<sup>20</sup>. Hay que señalar que, con el fin de comprobar que la evaluación del grado de discapacidad sea uniforme en todo el territorio español, se dispone la creación de un sistema de intercambio de información entre el IMSERSO y las Comunidades Autónomas.

### 3. LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EMPLEO PROTEGIDO Y EMPLEO ORDINARIO

Las personas con discapacidad, en particular, las que presentan un grado severo, presentan altos niveles de desempleo. En esta tónica, según los últimos datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) sobre el “Empleo de las personas con discapacidad”, correspondientes al año 2021<sup>21</sup> había 1.929,400 personas con discapacidad en edad de trabajar (de 16 a 64 años), lo que supone el 6,3% de la población total en edad laboral. En lo que se refiere a las tasas de actividad, empleo y paro en relación con el colectivo de las personas con discapacidad hay que destacar su baja participación en el mercado de trabajo. En 2021, la tasa de actividad aumentó 0,3 puntos y se situó en el 34,6%, siendo la diferencia un 43,1 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. La tasa de empleo fue del 26,9%, más de 39 puntos inferior a la de las personas sin discapacidad. Esta tasa aumentó 0,2 puntos respecto a 2020. Por su parte, la tasa de paro superó en casi ocho puntos a la de la población sin discapacidad (22,5% frente a 14,7%). Respecto al año 2020, la tasa

---

<sup>20</sup> La nueva normativa deja de exigir que el equipo multiprofesional tenga médico, psicólogo y trabajador social, sino que permite, que dentro de los profesionales sanitarios y del área social, siempre y cuando tengan la titulación mínima de grado, se elija a las personas adecuadas para formar esos equipos de valoración. Por tanto, la composición, organización y funciones de los órganos técnicos competentes de las Comunidades Autónomas, así como el procedimiento para la valoración del grado de discapacidad dentro de su ámbito competencial serán desarrollados normativamente por las respectivas Administraciones territoriales.

<sup>21</sup> Se han consultado los datos en [epd\\_2021.pdf](#) (ine.es). Accedido el 22 de marzo de 2023.



de paro aumentó 0,3 puntos, mientras que en las personas sin discapacidad disminuyó 0,7 puntos.

La participación laboral está muy determinada por el tipo e intensidad de la discapacidad. La tasa de actividad para el grado de menor intensidad fue del 54,2% en 2021 y disminuyó hasta el 12,2% para el grado superior. Hay que tener en cuenta que, dentro del colectivo de personas con discapacidad, existe un grupo con especiales dificultades para encontrar empleo, entre cuales se cuentan las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental, las personas con discapacidad intelectual igual o mayor al 33% o con discapacidad física o sensorial igual o mayor al 33%<sup>22</sup>.

Al constituir el trabajo un elemento esencial para garantizar la igualdad de oportunidades, el desarrollo personal y la participación plena en la vida económica, cultural y social, la política de empleo se convierte en un instrumento<sup>23</sup> que debe buscar garantizar la inserción laboral de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de empleo o, si no es posible, mediante la fórmula especial de empleo protegido.

De conformidad con el art. 37.1 TRLGD, la política de empleo tiene como finalidad aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Para ello, se establece un mandato dirigido a las administraciones públicas competentes para que fomenten las oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad y que promuevan los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y el retorno al mismo. En el art. 37.2 TRLGPD se establece que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo mediante: a) empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, con inclusión de los servicios de empleo con apoyo; b) empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales; c) empleo autónomo.

El empleo ordinario es aquel prestado por un trabajador con discapacidad en empresas normalizadas, regulado por el régimen laboral común. Previsto en el artículo 37.2.a) del TRLGPD, se caracteriza por la adopción por los poderes públicos de una serie de medidas de acción positiva tendentes a fomentar la contratación del trabajador con discapacidad y a procurar su integración en el mercado ordinario de trabajo, garantizando de esta manera el principio de igualdad de oportunidades. Las medidas establecidas han sido

---

<sup>22</sup> Artículo 3.1 a) y b) del RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Hacia un ingreso mínimo vital más inclusivo con las personas con discapacidad”, en *V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2021, p. 921.

<sup>23</sup> Se ha dicho que el pleno empleo aparece como requisito o presupuesto indispensable del derecho al trabajo, pero, simultáneamente, reviste un carácter instrumental respecto del derecho al trabajo. SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996, p. 81.

las siguientes: el fomento del empleo, la adaptación de puesto de trabajo y/o dotación de medios de protección personal<sup>24</sup>, la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad<sup>25</sup>, el empleo con apoyo, así como las especialidades en los contratos en prácticas y para la formación, previstos en el Estatuto de los Trabajadores<sup>26</sup>.

En cambio, el empleo protegido es aquel por el que las personas que, por su discapacidad, pueden desarrollar una actividad laboral pero no en el mercado ordinario de trabajo. Es un tipo de empleo contemplado por el art. 37.2 b) del TRLGPD, que se lleva a cabo en los centros especiales de empleo y a través de los enclaves laborales. Los centros especiales de empleo son regulados por el TRLGPD y el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre<sup>27</sup>, modificado por el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre<sup>28</sup>, y tienen como objetivo principal la realización de un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones de mercado, teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y que la prestación de servicios se ajuste personal y socialmente a los requerimientos de su personal con discapacidad, a la vez que sea un medio de integración del mayor número de personas con discapacidad al régimen de trabajo ordinario<sup>29</sup>.

La relación que media entre el centro especial de empleo y el trabajador con discapacidad es una relación laboral de carácter especial cuya regulación se recoge en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en centros especiales de empleo (en lo sucesivo RLCED)<sup>30</sup>. Para acceder a un empleo en un centro especial de empleo, las personas con discapacidad “deberán inscribirse en las correspondientes oficinas de empleo”, las cuales “clasificarán a los demandantes de empleo protegidos en razón al tipo y grado de discapacidad de que estuvieran afectos y al grado de capacidad de

<sup>24</sup> Sobre el contenido y límites de la obligación de realizar ajustes razonables véase RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, en *Temas Laborales*, n.º 127, 2014, pp. 105 - 114.

<sup>25</sup> COLLADO GARCIA, L., ROMERO RODENAS, M.J., TARACÓN PÉREZ, E. y TRILLO PÁRRAGA, *El contrato de trabajo en el sector privado y público*, Bomarzo, Ed., noviembre 2022, pp. 244-245.

<sup>26</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español”, *op.cit.*, pp.63-65.

<sup>27</sup> Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido, que se puede consultar en la referencia BOE-A-1985-25591\_.

<sup>28</sup> 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, que se puede consultar en la referencia BOE-A-2021-15771.

<sup>29</sup> COLLADO GARCIA, L., ROMERO RODENAS, M.J., TARACÓN PÉREZ, E. y TRILLO PÁRRAGA, *El contrato de trabajo en el sector privado y público*, *op.cit.*, p. 258.

<sup>30</sup> Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo que puede consultarse en la referencia BOE-A-1985-16663.

trabajo que se les hubiera reconocido por los equipos multiprofesionales”, *ex art. 4.1 RLCED*. Por su lado, los titulares de los centros de trabajo “deberán solicitar de la correspondiente oficina de empleo los trabajadores con discapacidad que pretendan emplear, describiendo detalladamente en las ofertas de trabajo que formulen los puestos de trabajo que vayan a cubrir, las características técnicas de los mismos y las circunstancias personales y/o profesionales que deben reunir los trabajadores”. Una vez recibidas las ofertas, la oficina de empleo “recabará de los equipos multiprofesionales informe sobre los trabajadores que, encontrándose inscritos como demandantes de empleo, se adecuen a las características de trabajo” y “facilitará a las empresas los trabajadores que estén en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate”, *ex art. 4.2 RLCED*.

El objetivo básico del enclave laboral es lograr una mayor integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Entendemos por enclave laboral el contrato suscrito entre una empresa ordinaria (empresa colaboradora) y un centro especial de empleo, para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad de la empresa colaboradora y para cuya realización un grupo de personas trabajadoras del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de aquella empresa. El enclave estará formado por personas con discapacidad del centro especial de empleo, designados por este de acuerdo con las exigencias previstas por el RD 290/2004. El personal que esté ocupado en el enclave mantendrá su relación laboral de carácter especial con el centro especial de empleo del que proceden, de forma que la dirección y organización del trabajo en el enclave corresponde al centro especial de empleo y no a la empresa colaboradora.

Los demandantes de empleo con discapacidad podrán acceder al mercado de trabajo mediante el empleo ordinario o a través de los centros especiales de empleo. La nueva LE aborda con carácter específico a las personas con discapacidad demandantes de empleo en su art.54 LE, que a continuación analizaremos brevemente, teniendo en cuenta la extensión de la presente comunicación.

#### 4. PROMOCIÓN DEL ACCESO PRIORITARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL EMPLEO ORDINARIO: ART. 54 LEY 3/2023, DE 28 DE FEBRERO

En el art. 54.1 LE se recoge que para la contratación de los demandantes de empleo con discapacidad cobran especial relevancia las medidas de generación y mantenimiento del empleo contenidas en el art. 39.2 del TRL-GPD cuyo contenido reza así: “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”. Y añade 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”. La lectura que hay que extraer de este primer apartado es el nuevo enfoque con el que se aborda la promoción de la empleabilidad de las personas con discapacidad que necesariamente hay que situarlo en el marco del Libro Blanco de empleo y discapacidad que se encuentra en proceso de elaboración que, tras el oportuno proceso de consultas con los distintos actores sociales y representantes del colectivo de discapacidad, desarrollará las iniciativas legislativas oportunas para ordenar e impulsar los programas de empleo en favor de las personas con discapacidad.

Además, en 2023 a través del 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<sup>31</sup> se establece un nuevo sistema de incentivos a la contratación laboral, asentado en tres principios esenciales, la igualdad, la estabilidad y la eficiencia, que permite asegurar el acceso al mercado de trabajo en condiciones de igualdad a aquellos colectivos con mayores dificultades dándose así cumplimiento al art. 9.1 CE. Las personas con discapacidad demandantes de empleo están incluidas en este nuevo sistema de incentivos, según lo establecido en la Disposición Adicional 5ª del citado RD-Ley 1/2023, de 10 de enero, relativo a las bonificaciones por la contratación de personas con discapacidad, en especial las que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, lo cual constituye un paso en facilitar la integración laboral.

En el art. 54.2 LE, se establece que los empedados y empleadas públicas al servicio de la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos se integrarán en los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad con la finalidad de mejorar la empleabilidad de las personas con discapacidad.

El art. 54.3 LE determina que los servicios públicos de empleo diseñarán y pondrán en marcha acciones positivas dirigidas a las personas con discapacidad. De conformidad con el art. 68 TRLGPD entendemos por acciones positivas aquellas medidas que podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Para alcanzar la “plena efectividad” a la vista del perfil de las personas demandantes de servicios de empleo se realizarán las adaptaciones necesarias de las medidas del catálogo de instrumentos de empleabilidad.

Por último, en el art. 54.4 LE se establece que tanto la Agencia Española

---

<sup>31</sup> 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, cuyo contenido puede ser consultado en la referencia BOE-A-2023-625.

de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos como las entidades privadas y colaboradoras que se determinarán vía reglamentaria, podrán cooperar en el diseño, organización y puesta en marcha y ejecución de los servicios de empleo con apoyo, de conformidad con el art. 41 del TRLGPD. El mencionado artículo define los servicios de empleo con apoyo como un “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”. En definitiva, se fomenta y promueve la inserción laboral de las personas con discapacidad demandantes de empleo, en especial de aquellas con baja empleabilidad y dificultades de acceso al mismo, pero el desarrollo de los programas de empleo aún queda por diseñar y determinar reglamentariamente.

## 5. CONCLUSIONES

La nueva Ley de Empleo impulsa el acceso al trabajo de todos los ciudadanos y, en particular, se centra en ayudar a través de itinerarios personalizados a las personas en situación de desempleo, y en particular, a determinados colectivos de atención prioritaria, siendo uno de ellos las personas con discapacidad. Se pretende con esta nueva regulación de las políticas de empleo obtener unos resultados efectivos y eficientes, siendo uno de ellos lograr conseguir la inserción laboral de las personas con discapacidad. Una de las medidas adoptadas consiste en equiparar la situación de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta y gran invalidez de los beneficiarios del Régimen General de la Seguridad Social como de las clases pasivas, a una situación de persona con discapacidad, lo que facilita el acceso de estos colectivos a puestos de trabajos dirigidos al colectivo con discapacidad. Esta equiparación constituye una medida valiosa y necesaria que contribuye en la consecución de un mercado laboral más inclusivo y justo.

Se trata de una norma que recibe una valoración positiva por parte del CERMI y Feacem tal como resulta del Informe emitido con fecha 8 de marzo de 2023 sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo y su repercusión en la discapacidad. Además, los objetivos a alcanzar en relación con las personas con discapacidad tales como la nueva contratación, la promoción de la transición del empleo protegido al empleo ordinario que se inserta en la línea marcada por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Observación General n.º 8 marcan un ideario a seguir, aunque quedan por desarrollar los efectivos programas de empleo en el marco del Libro Blanco de empleo y discapacidad y conseguir así disminuir la alta tasa de desempleo de las personas con discapacidad e insertar de forma efectiva a este colectivo en el mercado ordinario de trabajo.

Con carácter general, hay que señalar que la nueva LE ha sido objeto de una dura crítica<sup>32</sup> pero también compartimos que hay que resaltar aquellos aspectos positivos tales como la determinación y ampliación de los colectivos vulnerables que constituyen objeto de actuación prioritaria y la aplicación general de la perspectiva de género en las políticas de empleo y el reconocimiento de derechos subjetivos a favor de los demandantes de empleo, en especial la garantía de que los mismos serán personalizados, lo que efectivamente exigirá medios y esfuerzos, pero necesarios para la obtenciones de resultados evaluables<sup>33</sup>.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C.L., “La nueva Ley de Empleo: una ley necesaria y ¿eficaz?”, en *Briefs AEDTSS*, 21, 2023, que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.aedtss.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/>.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español”, en *Panorama Social*, n° 26, 2017.
- BAYLOS GRAU, A., “Creación de Empleo, Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo: el caso español”, en *Derecho y Sociedad*, n° 30, 2008.
- BASCÓN MARÍN, J., *Las políticas de empleo destinadas a colectivos vulnerables en el ordenamiento jurídico español*, (tesis doctoral), 2022.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 47, 2016.
- COLLADO GARCIA, L., ROMERO RODENAS, M.J., TARANCÓN PÉREZ, E. y TRILLO PÁRRAGA, *El contrato de trabajo en el sector privado y público*, Bomarzo, Ed., noviembre 2022.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, en *Temas Laborales*, n° 127, 2014.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Hacia un ingreso mínimo vital más inclusivo con las personas con discapacidad”, en *V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2021.
- ROJO TORRECILLA, E., “Apuntes sobre la nueva Ley de Empleo. Cambios sobre el RDLeg.3/2015 de 23 de octubre”, en el blog “*El nuevo y cambiante*

---

<sup>32</sup> Sobre las diversas cuestiones de la LE que han sido objeto de crítica véase ALFONSO MELLADO, C.L., “La nueva Ley de Empleo: una ley necesaria y ¿eficaz?”, en *Briefs AEDTSS*, 21, 2023, que puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.aedtss.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/>. Accedido el 20 de marzo de 2023.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

*mundo del Trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*”, que puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/02/apuntes-sobre-la-nueva-ley-de-empleo.html>.

SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.

VICENTE PALACIO, M.A., “No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 6, 2020.





SOBRE EL SISTEMA ÚNICO E INTEGRADO  
DE FORMACIÓN PROFESIONAL REGULADO  
EN LA LEY ORGÁNICA 3/2022<sup>1</sup>

SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela  
silviafernandez.martinez@usc.es*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación de la AEI “Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global” (PID2020-113151RB-100), dirigido por las Profas. Lourdes Mella Méndez (IP1) y Consuelo Ferreiro Regueiro (IP2).

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES: LOS DOS SUBSISTEMAS DE FORMACIÓN PROFESIONAL (EL DEL SISTEMA EDUCATIVO Y EL DEL EMPLEO). 3. EL SISTEMA ÚNICO DE FORMACIÓN PROFESIONAL CREADO POR LA LEY ORGÁNICA 3/2022: LA FORMACIÓN INCLUIDA Y EXCLUIDA DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tal y como establece en su art. 1, la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, *de ordenación e integración de la formación profesional* (en adelante, LOFP), “tiene por objeto la constitución y ordenación de un sistema único e integrado de formación profesional”. El propio Preámbulo de la LOFP pone de manifiesto que la regulación de la formación profesional vigente hasta entonces no cumplía “con los requisitos y resultados de un buen sistema”. Asimismo, aquel apunta que, si bien la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, *de las cualificaciones y de la formación profesional* (en adelante, LO 5/2002), derogada por la LOFP, creó un sistema que supuso un indudable avance, los dos sistemas creados desde entonces -la formación profesional del sistema educativo, con sus correspondientes ciclos formativos, y la formación profesional para el empleo, a través de los certificados de profesionalidad- no sirven para dar una respuesta eficaz, veinte años después, a las necesidades y al modelo que la nueva economía requiere. En consecuencia, la finalidad de la LOFP es regular un nuevo sistema de formación y acompañamiento profesionales que, por un lado, sea capaz de proporcionar a las personas una formación profesionalizante adecuada, flexible y de calidad a lo largo de toda la vida y que, por otro lado, sirva para proporcionar a las empresas los nuevos perfiles profesionales que demanda la modernización del sistema productivo<sup>2</sup>. En consecuencia, la LOFP pretende una transformación global del sistema de formación profesional, a través de la creación de un sistema único, que supere los dos subsistemas (el educativo y el del empleo) que habían existido hasta el momento. A los efectos que aquí interesan, hay que tener en cuenta que esa integración de los dos subsistemas en uno solo afecta al Derecho del Trabajo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MELLA MÉNDEZ, L., “Sobre la Ley orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional: valoración general de una ambiciosa reforma”, *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Ediciones Cinca, 2022, p. 164.

<sup>3</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 63, 2022, p. 62.

En consecuencia, el objetivo del presente trabajo consiste en analizar si el sistema de formación profesional único e integrado que la LOFP pretende crear es verdaderamente tal. Para ello, se analizarán los tipos de formación que, efectivamente, se integran en el citado sistema, y aquellos que quedan excluidos de su ámbito de aplicación, y seguirán existiendo al margen de aquel. A estos efectos, además de la LOFP, es necesario tener en cuenta la Ley 3/2023, de 28 de febrero, *de Empleo* (en adelante, LE), que también contiene referencias a la formación.

En cualquier caso, para comprender, de manera completa, el sistema de formación profesional regulado en la LOFP, primero, es necesario realizar una reconstrucción histórica sobre la evolución que ha ido experimentando la regulación de esta materia, y centrarse, de forma más específica, en el sistema vigente en el momento en el que se adoptó aquella.

## 2. ANTECEDENTES: LOS DOS SUBSISTEMAS DE FORMACIÓN PROFESIONAL (EL DEL SISTEMA EDUCATIVO Y EL DEL EMPLEO)

La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, *de Ordenación General del Sistema Educativo* (LOGSE)<sup>4</sup>, establecía, en su art. 30.1, que la formación profesional comprendía, por un lado, el conjunto de enseñanzas que, dentro del sistema educativo y reguladas en la LOGSE, capacitasen para el desempeño cualificado de las distintas profesiones y, por otro, aquellas otras acciones que, dirigidas a la formación continua en las empresas y a la inserción y reinserción laboral de los trabajadores, se desarrollasen en la formación profesional ocupacional, que se regularía por su normativa específica. En el primer grupo quedaban comprendidas la formación profesional de base (educación secundaria obligatoria y bachillerato) y la formación profesional “específica” (grado medio y superior). Por su parte, en esas “otras acciones” que mencionaba la LOGSE se incluía la formación derivada de la Ley de empleo vigente en aquel momento, que pretendía asegurar la adecuada formación profesional de los que quisiesen incorporarse al mundo laboral o, encontrándose en él, pretendiesen reconvertirse o alcanzar una mayor especialización profesional (art. 14 Ley 51/1980, de 8 de octubre, *Básica de Empleo*)<sup>5</sup>.

Si bien, de acuerdo con la definición que manejaban la LOGSE y la Ley 51/1980, la formación ocupacional se dirigía tanto a los desempleados como a los ocupados, posteriormente, la formación ocupacional de desempleados y la

<sup>4</sup> Derogada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, *de Educación*.

<sup>5</sup> CAMAS RODA, F., *La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral: análisis tras la LO 2/2006, de educación, y del RD 395/2007 de formación profesional para el empleo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 72.

formación continua de trabajadores se regularon de forma separada<sup>6</sup>. De esta manera, se diferenciaba entre formación profesional ocupacional y continua, en función de los sujetos a los que se dirigía aquella. En concreto, desde la entrada en vigor del Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, *por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional*, la formación ocupacional pasó a dirigirse, únicamente, a los trabajadores desempleados, con el fin de “proporcionarles las cualificaciones requeridas por el sistema productivo e insertarles laboralmente, cuando los mismos carezcan de formación profesional específica o su cualificación resulte insuficiente o inadecuada” (art. 1)<sup>7</sup>. Por el contrario, la organización y gestión de la formación continua se atribuyó, primero, a los interlocutores sociales, quienes adoptaron diversos Acuerdos Nacionales de Formación Continua<sup>8</sup>. Sin embargo, posteriormente, debido a los distintos problemas que se produjeron, sobre todo en relación con la delimitación competencial entre el Estado y las CC.AA., se adoptó el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, *por el que se regula el subsistema de formación profesional continua*. En consecuencia, en un primer momento, la formación profesional se dividía en tres subsistemas: la inicial o reglada, la ocupacional y la continua; cada una de ellas con un régimen jurídico diferente. En realidad, también cabría entender que, en la práctica, existían dos subsistemas: el del ámbito educativo y el del laboral, subdividiéndose este último, a su vez, en otros dos: la formación ocupacional y la continua.

En el citado contexto marcado por la convivencia de tres subsistemas de formación profesional, se adoptó la LO 5/2002, cuyo objetivo principal era ordenar un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación, que respondiese con eficacia y transparencia a las demandas sociales y económicas, a través de las diversas modalidades formativas. Así, en su art. 9, y en consonancia con lo que ocurría en la LOGSE, la citada norma señalaba que la formación profesional incluía “las enseñanzas propias de la formación profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, así como las orientadas a la formación continua en las empresas, que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales”. En concreto, la citada ley pretendía, en línea con lo establecido en el *Nuevo Programa Nacional de Formación Profesio-*

<sup>6</sup> Para un análisis detallado sobre dicha regulación, véase Camas Roda, F., *La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral...*, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

<sup>7</sup> MARTÍN PUEBLA, E., *El sistema de formación profesional para el empleo*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 37.

<sup>8</sup> Se trata de acuerdos interprofesionales sobre materias concretas, regulados en el art. 83.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET). En concreto, se adoptaron un total de 3 acuerdos específicos sobre formación continua: 1) Acuerdo Nacional sobre Formación Profesional Continua, suscrito el 16 de diciembre de 1992, para el periodo 1993-1996; 2) Acuerdo tripartito sobre formación continua, suscrito el 19 de diciembre de 1996, para el periodo 1997-2000; y 3) III Acuerdo Tripartito sobre Formación Continua, suscrito el 19 de diciembre de 2000, para el periodo 2001-2004. Sobre los distintos acuerdos véase CANO GALÁN, Y., *La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2010, pp. 98 y ss.

nal, elaborado por el Consejo General de Formación Profesional y aprobado por el Gobierno para 1998-2002, integrar los tres subsistemas de formación profesional (inicial o reglada, ocupacional y continua) que habían existido hasta aquel momento, mediante la creación de un sistema nacional de cualificaciones y formación profesional<sup>9</sup>.

Posteriormente, en el marco del proceso de diálogo social iniciado en 2004, el Gobierno y los interlocutores sociales suscribieron, el 7 de febrero de 2006, el *Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo*<sup>10</sup>, en el que, en línea con lo establecido en la LO 5/2002, consideraron que había llegado el momento de integrar la formación ocupacional y la continua, ambas orientadas al empleo, en un único “sistema de formación profesional para el empleo”. En cualquier caso, el Acuerdo hacía hincapié en que dicha integración no implicaba una pérdida de las especificidades de cada una de ellas. Cabe señalar que, con carácter previo a la adopción del citado Acuerdo en el marco del diálogo social tripartito, fruto del diálogo social bipartito, los interlocutores sociales habían suscrito, el 1 de febrero de 2006, el *IV Acuerdo Nacional de Formación*<sup>11</sup>, que tenía por objeto “promover y participar en el desarrollo de un modelo integrado de formación para el empleo”.

Teniendo en cuenta lo establecido en el *Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo*, el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, *por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo*<sup>12</sup>, integró las dos modalidades diferenciadas de formación profesional en el ámbito laboral (la ocupacional y la continua), creando un único modelo de formación profesional para el empleo. Esta nueva noción de formación profesional para el empleo acoge tanto la formación dirigida a las personas desempleadas como a las ocupadas<sup>13</sup>. Ahora bien, el hecho de que se utilice un único concepto para referirse a ambos tipos de formación no significa que no existan importantes diferencias entre ellas<sup>14</sup>.

Tal y como puede apreciarse, aunque el objetivo de la LO 5/2002 era crear un sistema integral –que no único, como señala la LOFP– de formación profesional, y pese a haberse unificado, con el RD 395/2007, las dos modalidades de formación profesional pertenecientes al ámbito laboral, continuaron

<sup>9</sup> MARTÍN PUEBLA, E., *op. cit.*, p. 51.

<sup>10</sup> Disponible en: [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec\\_trabajo/debes\\_saber/formacion/contenidos/acuerdo-fp.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/debes_saber/formacion/contenidos/acuerdo-fp.pdf)

<sup>11</sup> Resolución de 3 de marzo de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del IV Acuerdo Nacional de Formación.

<sup>12</sup> Derogado por el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, *por el que se desarrolla 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*.

<sup>13</sup> Según el art. 2.1 RD 395/2007, “el subsistema de formación profesional para el empleo está integrado por el conjunto de instrumentos y acciones que tienen por objeto impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento”.

<sup>14</sup> BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *El sistema de formación profesional para el empleo: hacia la creación de un derecho laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 102 y ss.

existiendo dos subsistemas – la formación profesional del sistema educativo<sup>15</sup> y la formación profesional para el empleo<sup>16</sup>, que, a su vez, se regulaban en normas distintas y, en aquel momento, eran competencia de dos Administraciones diferentes: la educativa y la laboral.

Por un lado, la formación profesional del sistema educativo se regulaba en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, *de Educación* (en adelante, LOE)<sup>17</sup> y en el Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, *por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo*<sup>18</sup>.

Por otro lado, el subsistema de formación profesional para el empleo creado por el RD 395/2007 se incorporó al marco legal vigente en materia de empleo –en aquel momento la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, *de Empleo*– mediante el 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*. Por lo tanto, a partir del año 2011, el subsistema de formación profesional para el empleo se regulaba en el art. 26 de la Ley 56/2003 y en el RD 296/2007. Dicho modelo permaneció vigente hasta la adopción del Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, *para la reforma urgente del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral*, convertido, posteriormente, con ciertas modificaciones, 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*<sup>19</sup>. En consecuencia, a partir del año 2015, tras la adopción del texto refundido de la Ley de Empleo (en adelante, LE 2015)<sup>20</sup>, el sistema de formación profesional para el empleo se regulaba en el art. 40 LE 2015 y en la Ley 30/2015. Posteriormente, esta última ley se desarrolló en el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio.

A los efectos que aquí interesan, y sin profundizar en la regulación de los dos subsistemas de formación profesional en el momento de aprobación de la LOFP, a continuación, se hará una referencia general a la oferta formativa de cada uno de ellos.

Antes de entrar a analizar los distintos tipos de ofertas de formación profesional, cabe señalar que, con la finalidad de facilitar su integración, la LO 5/2002 creó el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales<sup>21</sup>. Dicho

---

<sup>15</sup> Se correspondía con la formación inicial o reglada.

<sup>16</sup> Incluía los dos anteriores subsistemas de formación ocupacional y continua.

<sup>17</sup> El art. 39.1 LOE establece que “la regulación contenida en la presente Ley se refiere a la formación profesional que forma parte del sistema educativo”.

<sup>18</sup> “El Real Decreto 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional, ha derogado el RD 1147/2011, y, al contrario de aquel, pasa a regular toda la formación profesional del sistema creado por la LOFP, y no solo la del sistema educativo.

<sup>19</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R., “El nuevo sistema de formación profesional para el empleo”, *Revista española de derecho del trabajo*, n. 180, 2015, p. 329.

<sup>20</sup> Aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

<sup>21</sup> Su estructura y contenido se determinan en el Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre, *por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales*.

Catálogo era “el instrumento del sistema nacional de las cualificaciones y formación profesional que ordena las cualificaciones profesionales, susceptibles de reconocimiento y acreditación, identificadas en el sistema productivo en función de las competencias apropiadas para el ejercicio profesional”<sup>22</sup>. El citado Catálogo se configuró como “la base para elaborar la oferta formativa conducente a la obtención de los títulos de formación profesional y de los certificados de profesionalidad y la oferta formativa modular y acumulable asociada a una unidad de competencia, así como de otras ofertas formativas adaptadas a colectivos con necesidades específicas”<sup>23</sup>. El art. 8.1 LO 5/2002 proclamaba el carácter oficial y la validez en todo el territorio nacional de los títulos de formación profesional y de los certificados de profesionalidad. Por su parte, el art. 10.1 LO 5/2002 señalaba que correspondía a la Administración General del Estado determinar los títulos, los certificados de profesionalidad y demás ofertas formativas, que constituirían las ofertas de formación profesional referidas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

Por un lado, en relación con la formación profesional del sistema educativo, de acuerdo con el art. 39 LOE y con el art. 4 RD 1147/2011, las enseñanzas de la formación profesional del sistema educativo se ordenaban en: 1) los módulos profesionales específicos de los programas de cualificación profesional inicial; 2) los ciclos formativos de grado medio; 3) los ciclos formativos de grado superior; y 4) los cursos de especialización. Dichos ciclos formativos estaban referidos al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y, según el art. 52 RD 1147/2011, el alumnado que superase las enseñanzas de un ciclo formativo en su totalidad obtenía un título de formación profesional: el de Técnico, en el caso de las enseñanzas de formación profesional de grado medio, y el de Técnico Superior, en las de grado superior<sup>24</sup>.

Por otro lado, según el art. 9 de la Ley 30/2015, el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral comprende iniciativas de formación diferentes. Por un lado, la formación programada por las empresas, para sus trabajadores y, por otro, la oferta formativa de las administraciones competentes tanto para trabajadores ocupados como para desempleados. Asimismo, también quedan incluidas en el citado sistema otras iniciativas de formación profesional para el empleo, como, por ejemplo, aquellas relativas a los permisos individuales de formación, la formación en alternancia con el empleo, la formación de los empleados públicos y la formación no financiada con fondos públicos, desarrollada por centros y entidades de iniciativa privada, destinada a la obtención de certificados de profesionalidad<sup>25</sup>. En cualquier caso, y debido a las implicaciones que tiene de cara al objetivo de crear un único sistema de formación profesional, que persigue la LOFP, es necesario señalar que la formación profesional para el empleo se inserta dentro de las

---

<sup>22</sup> Art. 2.1 RD 1228/2003.

<sup>23</sup> Art. 3.3 RD 1228/2003.

<sup>24</sup> Art. 52.1 RD 1147/2011.

<sup>25</sup> Para un análisis detallado de las distintas iniciativas de formación, véase REQUENA MONTES, O., *La formación continua de los trabajadores*, Ediciones Cinca, Madrid, 2020, pp. 160 y ss.



medidas establecidas dentro de las políticas activas de empleo en las distintas normas relativas al empleo<sup>26</sup>, desde la Ley 56/2003 hasta la actual LE.

En relación con la acreditación de las competencias adquiridas a través de las distintas iniciativas formativas que integran el sistema de formación profesional para el empleo, según el art. 7 RD 694/2017, podían distinguirse dos tipos de formación. Por un lado, existía una oferta formal, que daba lugar a un título oficial en forma de certificado de profesionalidad y, por otro, una oferta no formal, que no conllevaba la obtención de los citados títulos o certificados oficiales. Las empresas y las administraciones competentes podían ofertar ambos tipos de formación.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, además del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, según el art. 20.3 Ley 30/2015, en el sistema de formación profesional para el empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) desarrollará y mantendrá actualizado, permanentemente, un Catálogo de Especialidades Formativas. El citado Catálogo se regula en la Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo. Según el art. 2.1 de la mencionada Orden, el Catálogo de Especialidades Formativas “es uno de los instrumentos de transparencia y difusión del sistema integrado de información de la formación profesional para el empleo, e incluye la ordenación de toda la oferta de formación, formal y no formal, desarrollada en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral”. Por lo tanto, el Catálogo de Especialidades Formativas incluye tanto un tipo de formación dirigida a obtener las cualificaciones previstas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales como otra diferente, que no se corresponde con aquellas. Además, hay que tener en cuenta que, según el art. 20.3 Ley 30/2015, dentro de la formación profesional programada por las empresas, estas pueden ofrecer un tipo de formación que ni siquiera esté ligada al Catálogo de Especialidades Formativas<sup>27</sup>.

En relación con la oferta formal de formación profesional para el empleo, el art. 4.1 RD 694/2017 establece que “la formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad se acreditará mediante la expedición del correspondiente certificado de profesionalidad”. En este sentido, cabe señalar que el art. 40.7 LE 2015, ya derogado, indicaba que los certificados de profesionalidad, regulados en el RD 34/2008, de 18 de enero, eran el instrumento de acreditación, en el ámbito laboral, de las cualificaciones profesionales del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales adquiridas a través de procesos formativos o del proceso de reconocimiento de la experiencia laboral y de vías no formales de formación<sup>28</sup>. Si bien, según el art. 2.2 RD 34/2008, los órganos competentes para expedir los citados certificados eran el SEPE y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, tras las modificaciones en la dis-

---

<sup>26</sup> BLÁZQUEZ AGUDO, E., *op. cit.*, p. 103.

<sup>27</sup> MELLA MÉNDEZ, L., “La empresa como entidad formadora de los trabajadores, especialmente en competencias digitales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56, 2020, p. 21.

<sup>28</sup> Idéntica afirmación figura en el art. 2.1 RD 34/2008.

tribución de competencias entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el de Educación y Formación Profesional, que tuvo lugar en el año 2020<sup>29</sup>, dicha competencia pasó al Ministerio de Educación y Formación Profesional.

Por su parte, de conformidad con el art. 7.2 RD 694/2017, en el caso de la oferta no formal de formación profesional para el empleo, es decir, aquella que no va dirigida a obtener certificados de profesionalidad, también se deberá entregar a cada participante que haya superado la formación con evaluación positiva un diploma acreditativo.

En síntesis, antes de la entrada en vigor de la LOFP, las cualificaciones profesionales recogidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales podían obtenerse a través de dos vías: cursando un ciclo de formación profesional del sistema educativo o realizando una acción formativa, en el ámbito del sistema de formación profesional para el empleo, conducente a la obtención de un certificado de profesionalidad. Esto suponía una duplicidad que generaba problemas de coordinación entre los dos subsistemas de formación profesional. Además, en un primer momento, las administraciones que expedían el certificado que acreditaba la obtención de la cualificación también eran diferentes.

### 3. EL SISTEMA ÚNICO DE FORMACIÓN PROFESIONAL CREADO POR LA LEY ORGÁNICA 3/2022: LA FORMACIÓN INCLUIDA Y EXCLUIDA DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

De conformidad con el art. 5.1 LOFP, el sistema de formación profesional “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”. El presente trabajo se limitará a las ofertas de formación que componen el citado sistema.

En primer lugar, es necesario señalar que la LOFP ha sustituido el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales por el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales y ha introducido una serie de cambios terminológicos importantes. En particular, la cualificación profesional deja de ser el referente del sistema de formación profesional y pasa a serlo la competencia profesional<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Real Decreto 499/2020, de 28 de abril, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Economía Social*.

<sup>30</sup> CAMAS RODAS, F., “La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral”, *Trabajo y Derecho*, n. 94, 2022, p. 6 (versión online).

De conformidad con el art. 8 LOFP, el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias profesionales “es el instrumento del sistema nacional de formación profesional que ordena los estándares de competencias profesionales identificados en el sistema productivo, en función de las competencias apropiadas y el estándar de calidad requerido para el ejercicio profesional, susceptibles de reconocimiento y acreditación”. La LOFP también ha creado el Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional que, según el art. 11 LOFP, “es el instrumento del sistema nacional de formación profesional que incorpora todas las ofertas de formación profesional reconocidas y acreditables en el marco del sistema”. En concreto, el citado Catálogo determinará el conjunto de acciones formativas dirigidas a “acreditar oficialmente las competencias profesionales adquiridas por las personas, derivadas del Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales”.

A los efectos que aquí interesan, el estudio se centrará en la regulación de las ofertas de formación profesional que quedan incluidas en el sistema de formación profesional creado por la LOFP. En concreto, el art. 22 LOFP establece que aquellas comprenden la incluida en la educación básica y en las enseñanzas de formación profesional del sistema educativo; la vinculada, en todo o en parte, a los estándares de competencias profesionales del Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales; y la dirigida a colectivos específicos. Ahora bien, la LOFP deja fuera de su ámbito de aplicación a aquellas actividades formativas que no estén vinculadas al actual Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales, que, como se ha visto, sí que están comprendidas en el Catálogo de Especialidades Formativas.

La LOFP organiza las ofertas del sistema de formación profesional, de manera secuencial, en grados (art. 28): 1) Grado A: acreditación parcial de competencia; 2) Grado B: certificado de competencia; 3) Grado C: certificado profesional; 4) Grado D: ciclo formativo; y 5) Grado E: curso de especialización. El art. 28.1 LOFP puntualiza que, en cada uno de los Grados, existirán ofertadas vinculadas a los niveles 1, 2 y 3 del Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales.

De conformidad con el art. 27 LOFP, los títulos, certificados y acreditaciones correspondientes a las formaciones regulados por la LOFP serán homologados por la Administración General del Estado y expedidos por las administraciones competentes en la materia, “siempre que incluyan, al menos, un resultado de aprendizaje vinculado a un elemento de competencia y estén recogidas en el Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional”.

Una vez que se ha indicado cuál es la oferta formativa del sistema de formación profesional regulada en la LOFP, es necesario analizar qué ha ocurrido con las anteriores ofertas formativas de los dos subsistemas de formación profesional. En la medida en que, tal y como se ha señalado, la LOFP pretendía crear un sistema de formación profesional único que superase los dos subsistemas previos, cabría pensar que toda la oferta anterior -la del sistema educativo y la del sistema de formación profesional para el empleo, y dentro de esta última

tanto la formal como la no formal- ha quedado integrada en el nuevo sistema de formación profesional de la LOFP. Sin embargo, a continuación, se intentará poner de manifiesto por qué se entiende que esto no es así.

En primer lugar, cabe señalar que el sistema de formación profesional de la LOFP integra, de forma completa, la anterior oferta de formación profesional del sistema educativo. De hecho, la disposición final tercera de la LOFP establece que la ordenación de las enseñanzas de formación profesional del sistema educativo recogida en la LOE se entenderá efectuada de acuerdo con lo que se dispone en la LOFP<sup>31</sup>.

Sin embargo, la LOFP no dice, en ningún momento, que integre toda la oferta formativa del sistema de formación profesional para el empleo, sino que solo unifica la que estaba vinculada al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, es decir, aquella que daba lugar a la obtención de certificados de profesionalidad. De hecho, cabe destacar que el certificado de profesionalidad desaparece del sistema de formación profesional creado por la LOFP, pero se corresponde con el certificado profesional (Grado C de la oferta de formación profesional)<sup>32</sup>. De esta manera, mientras que, anteriormente, las cualificaciones del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales podían obtenerse por dos vías –a través de un título de formación profesional o de un certificado de profesionalidad– en la actualidad, la única forma para alcanzar los estándares de competencia recogidos en el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales es a través del sistema de formación profesional diseñado en la LOFP.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el Preámbulo de la LOFP señala que este nuevo sistema de formación profesional “se verá necesariamente complementado con la capacitación laboral promovida desde fuera del sistema de formación profesional por otras administraciones, en particular, la administración laboral”. En consecuencia, la propia LOFP reconoce que van a seguir existiendo otros tipos de formación que no se integran en el pretendido sistema único de formación profesional. Por lo tanto, cabe entender que, aun con un ámbito de aplicación más limitado, el sistema de formación profesional para el empleo sigue existiendo, ya que la LOFP no deroga la Ley 30/2015, sino solo las disposiciones de esta última que se opongan a aquella<sup>33</sup>. Ahora bien, en este punto hay que tener en cuenta lo establecido en la reciente Ley de Empleo de 2023, aprobada tras la entrada en vigor de la LOFP. En lugar de suprimir los preceptos de la anterior LE 2025 relativos a la formación, la LE ha sustituido la expresión “formación profesional para el

---

<sup>31</sup> La LOFP no deroga el capítulo de la LOE dedicado a la formación profesional, pero, en la práctica, lo deja sin contenido.

<sup>32</sup> Disposición transitoria segunda LOFP. Asimismo, la disposición derogatoria única del RD 659/2023 ha derogado el RD 34/2008, relativo a los certificados de profesionalidad.

<sup>33</sup> Disposición derogatoria única, apartado segundo LOFP. Se entiende que quedan derogadas las disposiciones de la Ley 30/2015 en las que se hacía referencia a los certificados de profesionalidad.

empleo” por “formación en el trabajo” cuando se refiere al concepto de políticas activas de empleo<sup>34</sup>. De esta manera, se confirma, tal y como señalaba el *Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional*<sup>35</sup>, que existe una clara distinción entre la formación que se imparte en el marco de las políticas activas de empleo, en virtud de los Planes Anuales de Política de Empleo, y la que se desarrolla en el sistema de formación profesional.

Asimismo, el art. 33 LE lleva por rúbrica “sistema de formación en el trabajo” y, aunque señala que los principios, objetivos y la regulación del citado sistema serán objeto de regulación específica, recoge los fines de la formación en el trabajo. Si bien una parte de la doctrina entiende que la LE ha creado un nuevo sistema específico de formación<sup>36</sup>, en la medida en que los fines enunciados en el art. 33 LE se corresponden con los fines y principios del sistema de formación profesional para el empleo previstos en los arts. 2 y 3 de la Ley 30/2015, cabe entender que la LE no crea un sistema de formación totalmente nuevo. Lo que ha hecho es, simplemente, introducir un cambio terminológico, por lo que el anterior “sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral” regulado en el art. 40 LE 2015 pasará a denominarse “sistema de formación en el trabajo”, precisamente, para diferenciarlo del sistema de formación profesional creado por la LOFP. En este sentido, puede considerarse que la Ley 30/2015, con las correspondientes modificaciones derivadas del mencionado cambio terminológico, puede considerarse la regulación específica a la que se refiere el art. 33 LE, y no será necesario adoptar una nueva ley monográfica sobre el sistema de formación en el trabajo.

En cualquier caso, tal y como puede apreciarse, el cambio terminológico que introducen la LOFP y la LE es importante, ya que a la formación que queda fuera del ámbito de aplicación de la LOFP ni siquiera se la denomina “formación profesional”, sino “capacitación laboral” y “formación en el trabajo”. Así, mientras que, desde la LOGSE, el concepto “formación profesional” se había usado para referirse tanto a la formación del sistema educativo como a la del empleo, con los cambios introducidos por la LOFP y por la LE, el concepto de formación profesional se reserva para la regulada en la LOFP, y la formación ofertada al margen de dicho sistema se denominará formación en el trabajo.

La LOFP otorga un papel protagonista a la formación incluida en el sistema de formación profesional que crea, ya que esa otra formación a la que se refiere servirá para complementar a la primera. En este sentido, el art. 114.3 LOFP establece que los Ministerios de Educación y Formación Profesional y de Trabajo y Economía Social mantendrán la necesaria coordinación que asegure la complementariedad, por una parte, del sistema de formación pro-

---

<sup>34</sup> Art. 36 LE 2015 y art. 31 LE, respectivamente.

<sup>35</sup> Componente 20 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, p. 2.

<sup>36</sup> CAMAS RODAS, F., “Mensajes clave de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo”, *El diario de Ferran Camas*, 5 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/mensajes-clave-de-la-ley-3-2023/ia567>

fesional y, por otra, de la formación y capacitación laboral vinculada a las políticas activas de empleo y a la formación en el trabajo.

En otro orden de cosas, sobre los sujetos que se encargaban de impartir la formación profesional para el empleo, cabe señalar lo siguiente.

En primer lugar, en relación con la administración laboral, se entiende que uno de los artículos de la Ley 30/2015 que quedan derogados por la LOFP es el 11.2, que señalaba que las Administraciones competentes podían desarrollar acciones dirigidas a la obtención de certificados de profesionalidad. Por lo tanto, se acaba con la duplicidad de administraciones públicas que, en el anterior sistema, intervenían en la formación profesional ligada al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, ya que, con la entrada en vigor de la LOFP, el sistema de formación profesional basado en el Catálogo de Estándares de Competencias Profesionales pasa a ser competencia exclusiva de la administración educativa. Ahora bien, cabe señalar que el art. 22.h) 3º LE<sup>37</sup> establece que la futura Agencia Española de Empleo<sup>38</sup> tiene competencia para gestionar la realización de actividades formativas dirigidas tanto a las personas demandantes de empleo como a las personas ocupadas, para la mejora de su ocupación. Una parte de la doctrina señala que cabe pensar que dicha oferta formativa quedaría integrada en las ofertas del sistema de formación profesional de la LOFP<sup>39</sup>. Sin embargo, se entiende que si bien no podrá encargarse de la formación profesional regulada en la LOFP, la administración laboral sí tiene la posibilidad de seguir impartiendo, en el marco de las políticas activas de empleo, esa otra capacitación laboral que queda al margen del Catálogo de Estándares de Competencias Profesionales.

En relación con las empresas, en línea con su objetivo último de crear un único sistema de formación profesional, el Preámbulo de la LOFP señala que la regulación de las acciones formativas de formación profesional en empresas se incorpora al sistema de formación profesional que crea. Según el art. 50 LOFP, que lleva por rúbrica “acciones formativas desarrolladas en las empresas”, cuando sean autorizadas por las administraciones competentes, las propias empresas podrán impartir acciones formativas destinadas a que sus personas trabajadoras mayores de 16 años obtengan un título de formación profesional, de los regulados en la LOFP. Ahora bien, el Preámbulo de la LOFP vuelve a insistir en que dicha formación “se complementará con otras acciones de capacitación laboral llevadas a cabo desde la administración laboral”. Por lo tanto, cabe entender que la formación programada por las empresas, para sus trabajadores, regulada en el art. 9 Ley 30/2015 no desaparece, sino que servirá para complementar a la prevista en la LOFP. Cuando las acciones formativas de las empresas estén dirigidas a la obtención de una

<sup>37</sup> Anterior art. 18.h) 3º LE 2015.

<sup>38</sup> La Agencia Española de Empleo está pendiente de creación, por lo que, en la actualidad, dicha referencia puede entenderse realizada al SEPE.

<sup>39</sup> CAMAS RODAS, F., “La nueva Ley de Formación Profesional...”, *op. cit.*, p. 5 (versión online).

competencia recogida en el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales habrá que estar a lo previsto en la LOFP. Sin embargo, si desean organizar una formación no comprendida en el citado Catálogo, resultará de aplicación el art. 9 Ley 30/2015. En consecuencia, al contrario de lo que ocurre con la administración laboral, se entiende que las empresas van a poder seguir impartiendo tanto la formación del sistema de formación profesional de la LOFP como la que queda al margen de este.

A diferencia de lo que sucedía anteriormente, ahora, lo que permite diferenciar la formación incluida de la excluida del ámbito de aplicación de la LOFP no son los sujetos que la imparten<sup>40</sup> y tampoco a quienes se dirige<sup>41</sup>, sino, únicamente, si dicha formación está vinculada o no al Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales.

#### 4. CONCLUSIONES

El ambicioso objetivo de crear un sistema único de formación profesional que perseguía la LOFP se ha conseguido solo en parte, ya que la LOFP no ha derogado el sistema de formación profesional para el empleo previsto en la Ley 30/2015. En consecuencia, más que una unificación de toda la formación profesional del sistema educativo y del sistema de formación profesional para el empleo, lo que hace la LOFP es integrar la formación de aquellos que estaba ligada al anterior Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y que daba lugar, respectivamente, a títulos de formación profesional y a certificados de profesionalidad.

Sin embargo, la LOFP no unifica, de forma completa, los dos subsistemas anteriores. Se entiende que, tras los cambios terminológicos introducidos por la LE, el sistema de formación profesional para el empleo se transformará en el sistema de formación en el trabajo. Por lo tanto, en la práctica, seguirá habiendo dos sistemas: el sistema de formación profesional y el sistema de formación en el trabajo.

En consecuencia, la oferta formativa de la LOFP no es la única que existe. La población trabajadora va a poder seguir formándose al margen del sistema de formación profesional regulado en la LOFP, ya que tanto las empresas como la administración laboral siguen teniendo la posibilidad de ofertar actividades formativas no vinculadas al Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales.

En conclusión, aunque, en parte, se hayan unificado los distintos sistemas de formación profesional, y así ha ido sucediendo a lo largo del tiempo - primero había tres, luego dos y ahora, en teoría, uno- y se introduzcan cambios

---

<sup>40</sup> Puede impartirla tanto la Administración educativa como las propias empresas.

<sup>41</sup> De conformidad con el art. 25 LOFP, los destinatarios de las ofertas de formación profesional son tanto las personas a partir de 15 años como la población adulta.

terminológicos para diferenciar la formación incluida –formación profesional- de la excluida -formación en el trabajo– del ámbito de la aplicación de la LOFP, en la práctica, siguen existiendo distintas maneras o vías de obtener formación, por lo que las importantes limitaciones en la cualificación y recualificación profesional en España que se achacaban a la división de la formación profesional en dos subsistemas van a seguir existiendo.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *El sistema de formación profesional para el empleo: hacia la creación de un derecho laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- CAMAS RODA, F., *La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral: análisis tras la LO 2/2006, de educación, y del RD 395/2007 de formación profesional para el empleo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- “La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral”, *Trabajo y Derecho*, n. 94, 2022.
  - “Mensajes clave de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo”, *El diario de Ferran Camas*, 5 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/mensajes-clave-de-la-ley-3-2023/ia567>
- CANO GALÁN, Y., *La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2010.
- CRISTÓBAL RONCERO, R., “El nuevo sistema de formación profesional para el empleo”, *Revista española de derecho del trabajo*, n. 180, 2015.
- MARTÍN PUEBLA, E., *El sistema de formación profesional para el empleo*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- MELLA MÉNDEZ, L., “La empresa como entidad formadora de los trabajadores, especialmente en competencias digitales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56, 2020.
- Sobre la Ley orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional: valoración general de una ambiciosa reforma”, *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Ediciones Cinca, 2022.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 63, 2022.
- REQUENA MONTES, O., *La formación continua de los trabajadores*, Ediciones Cinca, Madrid, 2020.



EL SISTEMA DE FORMACIÓN PARA EL EMPLEO  
EN EL ÁMBITO LABORAL: TRIBULACIONES  
DE UN MODELO FORMATIVO DEFICITARIO\*

MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ

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

*Primer panel: Empleabilidad y formación  
mfernandezr@uma.es*

---

\* Este ensayo se enmarca en el contexto de los siguientes proyectos de investigación:

– Proyecto de Investigación “Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socioeconómico de la economía digital”, financiado por la Junta de Andalucía y la Unión Europea, con financiación con fondos FEDER, (Ref. UMA18-FEDERJA-028).

– Grupo de Investigación financiado por la Junta de Andalucía (PAIDI SEJ-347), “Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social”.

## SUMARIO

1. CUESTIONES PREVIAS. 2. DEMANDAS PROFESIONALES DEL NUEVO ECOSISTEMA DIGITAL Y DISRUPTIVO. 3. VERTEBRACIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL ÁMBITO LABORAL. 4. CLAROSCUROS DEL MODELO FORMATIVO PARA OCUPADOS Y DESEMPLEADOS. 4.1. Prospección sobre la incidencia actual de las distintas modalidades formativas. 4.2. Principales déficits estructurales del modelo. 4.2.1. *Factores institucionales.* 4.2.2. *Factores empresariales.* 4.2.3. *Factores vinculados a las entidades formadoras.* V. CONSIDERACIONES FINALES

## 1. CUESTIONES PREVIAS

Definitivamente, andamos inmersos en una nueva era que, para el mundo laboral<sup>1</sup>, ha llegado de la mano de la automatización de los procesos, la conectividad, el Big data, o la inteligencia artificial (IA), con soluciones innovadoras destinadas a cambiar los procesos de trabajo, pero planteando también inquietantes desafíos. Además, la pandemia, ha acelerado este proceso y otras tendencias de cambio que ya existían antes de su aparición como la descarbonización y la transición de una economía lineal a una circular, de modo que no estamos ante un mero cambio tecnológico, sino ante una auténtica metamorfosis laboral, económica y social<sup>2</sup>.

En este nuevo ecosistema digital y disruptivo los avances tecnológicos han generado, como primer efecto más destacado, el que los sectores productivos demanden los servicios de personas altamente capacitadas en competencias diversas. Tan es así que, de aquí a 2050, la mayoría de los empleos que existen en España cambiarán significativamente y la obsolescencia competencial será cada vez mayor; los conocimientos adquiridos en la juventud caducarán más rápido, lo que unido al alargamiento de las vidas laborales, obligará a las personas a reciclarse profesionalmente cada pocos años. Pensemos que el cambio demográfico es la segunda palanca que va a obligar a una transformación del mercado laboral.

En tanto que la economía del conocimiento avanza, la tecnología va transformando el tejido productivo y nuestra población en edad de trabajar disminuye, con lo que desarrollar un sistema integrado de recualificación que permita mantener a la población adulta formada y actualizada a lo largo de toda su vida (*lifelong learning*), se ha convertido en una exigencia central<sup>3</sup>. Asimismo, la idea

---

<sup>1</sup> TEICHLER, U.: “Higher education and the world of work: The perennial controversial debate”. En J. C. Shin, G. Postiglione, & F. Huang (Eds.), *Mass higher education development in East Asia*, 2015, págs. 269-288. Cham: Springer International Publishing.

<sup>2</sup> OCAÑA, C., SAN MARTÍN YAGÜE, F., “Metamorfosis social y económica”, *Revista Telos*, abril 2018, págs. 1-4.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>. R., “Formación en competencias digitales y empleabilidad: dos coordenadas inescindibles”, AA.VV.: *Digitalización, recuperación y laborales*, XXXII Congreso Anual de la AEDTSS, Serie Empleo, núm. 64, 2022, págs. 251-266.

del trabajo para toda la vida pertenece al pasado e implica que las empresas han de ser más líquidas<sup>4</sup>. Esta responsabilidad, ligada a la posibilidad de aprendizaje permanente, hace que la educación sea, no sólo el gran reto de fondo con el que mejorar el acceso a la formación profesional para el empleo a lo largo de la vida laboral, sino también un asunto que debe resolverse en el ámbito de lo público<sup>5</sup>. La formación ha de estar allí donde los ciudadanos encuentran déficits estructurales para la pervivencia de su medio social. Ello implica entender la vida como un proceso de aprendizaje y capacitación permanente, integrado en el tiempo de trabajo, y superando las etapas clásicas de la educación formal<sup>6</sup>.

Sin embargo, no parece que estamos preparados para la gestión de estas personas ni para adecuar el mercado laboral. En España, los datos vienen mostrando un alto nivel de paro, empleo precario y de baja calidad<sup>7</sup>, escasa cualificación básica, carencia de profesionales especializados en sectores de futuro así como de trabajadores disponibles con competencias ajustadas a las demandas empresariales. Por su parte, los datos sobre educación, no nos dejan en mejor lugar ya que la pirámide formativa nacional tiene un perfil adverso, con un alto porcentaje de la población sin formación alguna (42%) o con estudios superiores (35%), y un bajo porcentaje de población con estudios medios o formación profesional (23%). Precisamos adaptar el perfil de esa pirámide al de la Unión Europea (UE), lo que implica dar formación acreditada a la población de la parte inferior de la misma, que les aporte competencias y titulación para realizar trabajos más cualificados, con mayor demanda de empleo. Y, si bien una variable importante para este objetivo es la formación de la población más joven, la evidencia demuestra que 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.

En consecuencia, hay que poner en marcha un sistema integral de recualificación que nos permita actualizar las competencias de al menos un millón de trabajadores cada año<sup>8</sup>. Aquí, la contribución del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (SFPEAL), planteada por el legislador en relación a las políticas de empleo, es determinante, no solo en el desarrollo de este derecho, sino porque favorece la adquisición de un puesto de trabajo y la posibilidad de formar parte activa de la sociedad. Tanto la formación de demanda, como la de oferta, son las herramientas de aprendizaje y recualificación tradicionales que ofrece el sistema de formación profesional

<sup>4</sup> BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de cultura económica, 2015, págs. 30 y sgs.

<sup>5</sup> *Rev. Int. Invest. Cienc. Soc.*, Vol. 14 nº 1, julio, 2018. págs. (en línea) 2226-4000.

<sup>6</sup> ALUJAS RUIZ, J. A., “La política de formación continua en España: resultados a nivel autonómico”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Nº. 146, 2020 (Ejemplar dedicado a: Economía y Sociología), pág. 207.

<sup>7</sup> ALÓS MONER, R., “El empleo en España: lejos aún de la economía del conocimiento”, Centro de Estudios Sociológicos sobre la vida cotidiana y el trabajo (QUIT) e Instituto de Estudios del Trabajo (IET), Universidad Autónoma de Barcelona, 2018.

<sup>8</sup> “España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo”, págs. 123-162.

y persiguen objetivos estratégicos<sup>9</sup>. Pero, aunque, ciertamente son estructuras que configuran un engranaje formativo para los trabajadores amplio y dinámico, sin embargo, la detección de importantes carencias estructurales que afectan a su funcionamiento y minimizan su eficacia, hace que sigan estando lejos de las necesidades del país. A estas premisas responde el firme propósito del Gobierno por convertir la formación profesional para el empleo en uno de los grandes ejes del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Componente 20), apostando por la modernización de las políticas activas de empleo, el desarrollo de los sistemas de formación continua de trabajadores, la acreditación de competencias en el ámbito laboral y el Plan Nacional de Competencias Digitales como objetivos clave para dotar a la sociedad española de los instrumentos con los que adaptarse a los retos del siglo XXI.

Así pues, la finalidad de este trabajo se centra en analizar el nivel de contribución actual del SFPEAL a los propósitos expuestos, teniendo en cuenta que la alfabetización digital para el empleo del siglo XXI descolga como uno de los desafíos más urgentes que tiene planteado impulsar España<sup>10</sup>. Para ello, pondremos el foco sobre los efectos cuantitativos y cualitativos derivados de la participación de trabajadores y empresas en las acciones formativas, haciendo, primero, un repaso en torno a cuáles son las principales demandas profesionales del nuevo ecosistema digital y disruptivo, tanto en términos de contratación como en relación, sobre todo, a trabajadores ya ocupados. Segundo, realizaremos un estudio sinóptico del marco normativo sobre el que se vertebra la política española de formación profesional para el empleo, haciendo hincapié en los elementos que definen el actual modelo. Y, tercero, partiendo del análisis empírico y doctrinal, nos proponemos identificar los déficits estructurales que arroja este engranaje formativo, intentando descubrir hasta qué punto el SFPEAL obedece a expectativas realistas, efectivas y competitivas tanto de recualificación y adquisición de nuevas habilidades con las que potenciar la empleabilidad de los profesionales en activo y ofrecer una segunda oportunidad a los que buscan reengancharse al mercado laboral. Terminaremos, ofreciendo una serie de conclusiones con las que equilibrar, a nuestro juicio, la problemática expuesta.

## 2. DEMANDAS PROFESIONALES DEL NUEVO ECOSISTEMA DIGITAL Y DISRUPTIVO

La evidencia estadística revela que el mercado laboral español sigue siendo poco eficiente, si bien, su alto índice de paro (15,98%), más que causa *per*

---

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “El nuevo modelo de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral”, en AA.VV., *La protección por desempleo en España*, XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2015, págs. 109-123.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., “Formando para un mundo que ya no existe: la urgente necesidad de alfabetización digital para el empleo”, *Revista de derecho social*, Nº 95, 2021, págs. 115-146.

se de tal ineficiencia, se erige como consecuencia directa de la multitud de ofertas de empleo que no logran cubrirse por falta de profesionales cualificados para ocuparlas. Abundando en lo mismo, el informe “Déficit de talento, objetivo 2020”<sup>11</sup> avisa de una carencia de profesionales con habilidades digitales básicas<sup>12</sup> y perfiles muy especializados en diversas partes del mundo, que las empresas van a demandar, pero que no van a poder cubrir completamente. La captación y fidelización del talento vuelve a ser también ahora uno de los principales problemas de crecimiento que tienen, no solo las empresas medianas europeas y españolas, sino también las pymes del sector tecnológico, que se enfrentan a retos similares a los de las grandes multinacionales y las *start-ups* del sector.

Competencias digitales son habilidades, tanto *hard skills* como *soft skills*, relacionadas con la transformación cultural y digitalización de una organización y que no solo mejoran sus procesos, sino que favorecen la consecución de los objetivos de ésta. Por tanto, no se trata sólo de estar al día tecnológicamente, se necesita, además, ofrecer valores tales como la resiliencia, pensamiento crítico, comunicación, compromiso, adaptabilidad y flexibilidad cognitiva, o autoconocimiento e inteligencia emocional en la fuerza laboral del futuro, por lo que las denominadas “*soft skills*” son cruciales para el empleo<sup>13</sup>; posibilitan la adaptación al contexto laboral y están vinculadas a la forma de interactuar con los compañeros, a cómo se afrontan o resuelven los problemas, o a cómo se administra el trabajo. Su importancia hace que ocupen el segundo puesto entre las habilidades que quieren desarrollar las empresas en su talento; sin embargo, una vez más, la población española está por debajo de la media europea en el dominio de este tipo de competencias<sup>14</sup>.

En España, se evidencia un bajo nivel de competencias digitales básicas, dado que sólo el 55% de la población entre 16 y 75 años posee estas capacidades, frente al 57% de la media de la UE<sup>15</sup>. El aumento del número de especialistas es una demanda que reclaman todos los sectores, no solo los tecnológicos. Hablamos de ingenieros, expertos en ciberseguridad, administradores de redes, programadores de entornos Python, Big Data, robótica, 5G o realidad aumentada. Asimismo, necesitamos especialistas en IA, desarrolladores de aplicaciones (apps), expertos en gestión de clientes, pero también técnicos de Formación Profesional.

Por su parte, los perfiles STEM (science, technology, engineering & mathematics), son directamente responsables del 6% del empleo total y de más

<sup>11</sup> RANDSTAD, “Déficit de talento, objetivo 2020”.

<sup>12</sup> JIMÉNEZ, J., “Competencias digitales para buscar trabajo y para trabajar –empleabilidad–”, <https://www.orientacionparaempleo.com/competencias-digitales-parabuscar-trabajo-te-ayudan-a-encon>.

<sup>13</sup> GIBB, S., “Soft skills assessment: theory development and the research agenda”, *International Journal of Lifelong Education*, 33(4), 2014, págs. 455-471.

<sup>14</sup> “España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo”, pág. 11.

<sup>15</sup> “Informe de presupuestos IT 2021 y estimación 2022”, LiceoTIC Training.

del 10% del PIB español<sup>16</sup>. Son las profesiones que más crecerán en los próximos años y podrían aumentar la productividad en un 2,2%. Sin embargo, el tejido empresarial español aún se nutre de menos personal con formación en este ámbito lo cual, tiene una incidencia directamente proporcional en la merma de competitividad de la economía española. En este ámbito, las líneas principales para atajar esta problemática se centran en hacer más atractivas y menos complejas las formaciones STEM para que los jóvenes las elijan, apostar por la reconversión de profesionales y flexibilizar las condiciones para traer talento fuera de la UE.

Al conectarse las exigencias de flexibilidad interna con la búsqueda de escenarios empresariales presididos por la innovación, resalta con todo su valor la afirmación de la centralidad del capital humano en la empresa, pues se constata que los procesos de innovación ya no son meramente tecnológicos sino que vienen estrechamente unidos a una mayor relevancia del factor humano, es decir, de los específicos trabajadores que han de implementar materialmente los procesos de innovación; de ahí, la importancia que cobra la formación interna en la empresa<sup>17</sup>. Y es que, la adquisición de competencias y, en particular, la capacitación digital, no solo ofrece una segunda oportunidad a los que buscan empleo por primera vez o pretenden reengancharse al mercado laboral, sino que potencia la empleabilidad de los profesionales en activo.

La evidencia muestra que la participación de la población adulta en procesos de recualificación está fuertemente ligada a una mayor productividad (entre un 5% y un 30%)<sup>18</sup>, mayores oportunidades de empleo<sup>19</sup>, y mejores salarios, con lo cual, el reciclaje profesional ligado a la digitalización y el fomento de la educación a lo largo de toda la vida se ha convertido en un reto colectivo compartido por los países más desarrollados del mundo. Es más, en informes previos, la mayoría de las empresas grandes fijaron la recualificación de su personal como una de sus principales prioridades para el año 2022<sup>20</sup>.

En rigor, ni la formación continua ni el reciclaje profesional son experiencias nuevas. Se han venido utilizando, históricamente, para mejorar habilidades y promocionarse a nivel laboral, de modo que, tanto el “reskilling” como el “upskilling” de la plantilla en las empresas, se han convertido en un factor de

---

<sup>16</sup> “Impacto socioeconómico de la investigación y de la tecnología matemática en España”, REM, red estratégica en matemáticas, abril, 2019.

<sup>17</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., “Flexibilidad interna e innovación en la empresa”, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 356.

<sup>18</sup> CEDEFOP. *The impact of vocational education and training on company performance*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2011.

<sup>19</sup> RICHARDSON, K., VAN DEN BERG, G. J., “Duration Dependence Versus Unobserved Heterogeneity in Treatment Effects: Swedish Labor Market Training and The Transition Rate to Employment.” *Journal of Applied Economics* 28, nº 2, 2012.

<sup>20</sup> “Approaching the Future 2022. Tendencias en Reputación y Gestión de Intangibles”, informe que anualmente elabora Corporate Excellence – Centre for Reputation Leadership y CANVAS Estrategias Sostenibles.

competitividad<sup>21</sup>, cuyo fin no es buscar talento sino optimizar la gestión del mismo. El primero, es el proceso de lograr que el trabajador adquiera competencias nuevas y relevantes necesitadas hoy y en el futuro próximo. Ejemplos comunes de esfuerzos de “upskilling” incluyen competencias diversas, tales como skills digitales, analíticos y de transformación organizacional. Hay que diferenciarlo del “reskilling”, que no es más que el reciclaje profesional, mientras que el “upskilling” implica una capacitación adicional, esto es, formar al trabajador en otras materias que le ayuden a desempeñar mejor las tareas de su puesto. Ciertamente, un resultado óptimo en este ámbito exige la acción coordinada por parte de todos los agentes sociales implicados; sin embargo, la intervención de las empresas poniendo en práctica una “cultura de la formación”, es decisiva. Deben asumir que los beneficios afectan no solo a su reputación como empleadoras, por cuanto que las hace más atractivas a la hora de incorporar destrezas, sino que fortalecen el vínculo con sus empleados y evitan la fuga de talento<sup>22</sup>.

### 3. VERTEBRACIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL ÁMBITO LABORAL

En la dogmática jurídica es indiscutible la existencia de un derecho subjetivo del trabajador a la formación profesional, que lo contempla en su doble dimensión de derecho en sí mismo y medio para la consecución de otros derechos<sup>23</sup>, exigible directamente ante el empleador y el Estado, y consagrado expresamente en varios ordenamientos jurídicos, en varios convenios internacionales del trabajo, así como en algunas de las grandes Declaraciones de Derechos y en varias Constituciones<sup>24</sup>.

El artículo 4.2.b del Estatuto de los Trabajadores (ET), lo contempla como el derecho de los trabajadores “*A la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad*”. A este derecho se refiere el artículo 23 del mismo texto legal, que consagra para el trabajador una serie de posibilidades, pudiéndose pactar en convenio colectivo cuáles serán los términos de su ejercicio.

Por su parte, el artículo 33 de la nueva Ley de Empleo 3/2023, de 28 de febrero, referido al Sistema de formación en el trabajo, deja clara la finalidad del mismo mediante la introducción de diez objetivos concretos a perseguir,

<sup>21</sup> RODRIGUES-MENDES, I., “Upskilling y Reskilling, el gran reto de España y de los españoles”, *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, N° 367, 2021, págs. 165-169.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., “Algunas claves para la reordenación jurídica de la movilidad internacional del talento”, *Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III, págs. 27 a 44.

<sup>23</sup> MARTÍN PUEBLA, E., “El derecho a la formación profesional en el contrato de trabajo”, Tesis doctoral, M. C. Palomeque López (dir.), Universidad de Salamanca, 1997.

<sup>24</sup> BARBAGELATA, H. H., *Formación y legislación del trabajo*, Montevideo, 1996, pág. 13 y sgs.



y, sin perjuicio, de una posterior regulación específica. La Ley, se presenta como una ordenación transversal, que mejora la formación y la cualificación de los asalariados, así como la de los desempleados.

Pero el marco jurídico actual en esta materia lo inaugura 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, que plantea como fines estratégicos “favorecer la creación de empleo estable y de calidad y contribuir a la competitividad empresarial garantizando el derecho a la formación de los trabajadores”<sup>25</sup>, impulsando una formación que contribuya al desarrollo personal y profesional de las personas trabajadoras (ocupadas y desempleadas), y mejorando su empleabilidad y su promoción en el trabajo<sup>26</sup>.

Hablamos de formación profesional y ocupacional para referirnos al conjunto de procesos formativos que ponen su énfasis en la cualificación laboral y que tienen su desarrollo tanto en el ámbito formal del sistema educativo como en los ámbitos no formales a través de los sistemas de formación profesional para el empleo (desempleados) o los programas de formación profesional continua (ocupados). Para proveer de esa formación a su población trabajadora, España ha contado hasta la fecha con un sistema integrado de educación y recualificación que se compone de tres pilares; uno, la “formación in-company” que desarrollan las empresas para sus empleados (a menudo referida como “formación de demanda”); dos, la “formación de oferta” que proporcionan el Estado y las Comunidades Autónomas (CC.AA.); y, tres, la formación que realizan las personas a título individual a través de programas reglados o no reglados. Esta formación responde a las necesidades del mercado laboral y está orientada a la mejora de la competitividad empresarial. Incluye distintos programas de formación que se desarrollan en el marco del Sistema Nacional de Empleo (SNE), a través del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas.

Para lograr estos dos objetivos, empleabilidad y promoción laboral, el SFPEAL pone al servicio de todas las personas dos instrumentos: el Catálogo de Especialidades Formativas (CEF) y el Catálogo Nacional de Certificados de Profesionalidad (CNCP). El CEF es un instrumento que ordena toda la formación desarrollada en el marco del SFPEAL, siendo el referente común de toda la oferta formativa que se programe para los trabajadores ocupados y desempleados. A su vez, las especialidades formativas, se clasifican según las familias profesionales como conjunto de cualificaciones que se atiende a los criterios de afinidad de la competencia profesional.

---

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “El nuevo modelo de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral”, en AA.VV., *La protección por desempleo en España*, XII Congreso Nacional de la AEDTSS, 2015, págs. 109-123.

<sup>26</sup> CUETO IGLESIAS, B., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “El sistema de formación de trabajadores y parados en el proceso de recualificación”, AA.VV., *Informe España 2022* / coord. por Agustín Blanco Martín, Antonio Manuel Chueca Sánchez, José Antonio López Ruiz, Sebastián Mora Rosado, 2022, págs. 135-184.

Dicha Ley, ha sido desarrollada por el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, matizando la regulación de los programas de formación profesional para el empleo, los requisitos y límites de las acciones formativas, sus destinatarios y forma de acreditación de las competencias adquiridas por los trabajadores, así como los instrumentos del sistema integrado de información y el régimen de funcionamiento. A su vez, y en desarrollo del RD 694/2017, se han publicado dos Órdenes ministeriales fundamentales que regulan el Registro Estatal de Entidades de Formación y el CEF que, de alguna manera, establecerán el marco en el que se integrarán las distintas programaciones de formación para trabajadores ocupados y desempleados. Ambos instrumentos están estrechamente relacionados, ya que la inscripción y/o acreditación de las entidades de formación, así como la formación que se imparte en el marco del citado sistema, haN de ajustarse a lo especificado en las especialidades formativas del Catálogo.

En concreto, a través de la Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, se viene a dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 3.4 y 38.3.b) del Real Decreto 694/2017, que dispone que mediante orden del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se establecerá la estructura del CEF, así como los procedimientos para su actualización permanente a que se refiere el artículo 20.3 Ley 30/2015, incluyendo el procedimiento para el alta, modificación, baja y reactivación de especialidades en el citado Catálogo, de manera que responda con agilidad a las demandas de formación de sectores y ocupaciones emergentes. Por su parte, la Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo, cumple con el objetivo de desarrollar la normativa existente en relación con la oferta de formación profesional para el empleo, y regula las bases que han de regir la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de subvenciones públicas destinadas a financiar dicha formación por las diferentes Administraciones Públicas (AA.PP.) en sus respectivos ámbitos de gestión, así como otros modelos de ejecución de la formación basados en la contratación pública o en la utilización de medios propios de las diferentes administraciones.

Importa señalar que la apuesta por la Ley 30/2015, supuso un hito decisivo en tanto que, para dotar al sistema de mayor transparencia y evitar nuevos casos de fraude en este ámbito, posibilitó la entrada de los centros y entidades de formación en régimen de concurrencia competitiva en el sistema, apartando a sindicatos y patronal de la gestión directa. Además, esta reforma pretendió mejorar la calidad de los cursos para el acceso a puestos de trabajo más cualificados, pero también dar respuesta a las debilidades del sistema de formación profesional tales como su deficiente coordinación; la falta de una planificación estratégica de la formación profesional para el empleo; su escasa vinculación con la realidad del tejido productivo, especialmente la formación de demanda en las pymes; indisponibilidad de un sistema de información integrado; falta de la evaluación de su impacto; y una definición ineficiente del papel de los agentes implicados en el sistema.

En este andamiaje regulador, hay que señalar el papel que ha jugado el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordina-

rias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, en tanto que ha supuesto una hoja de ruta para la toma de decisiones, de las medidas a adoptar para la flexibilización de la formación, las nuevas formas de trabajo y el origen de un gran esfuerzo colectivo por parte de las empresas y de las personas trabajadoras para adaptarse a soluciones complejas.

Con todo, y aunque la Ley 30/2015, despertó buenas expectativas en su letra escrita, la realidad práctica ha sido bastante menos halagüeña. Como se explicará *infra*, es imprescindible el completo desarrollo de los distintos instrumentos que en esta Ley se recogen, pues se presentan como la única forma de aportar calidad y eficiencia al sistema y medir el impacto y alcance de la formación en términos de competitividad y profesionalización.

#### 4. CLAROSCUROS DEL MODELO FORMATIVO PARA OCUPADOS Y DESEMPLEADOS

##### 4.1. Prospección sobre la incidencia actual de las distintas modalidades formativas

La ley 30/2015, sitúa a la formación programada por las empresas para sus propios trabajadores (formación de demanda), como epicentro del SF-PEAL. Esta modalidad ha mejorado mucho en nuestro país, pasando de ser una actividad residual que realizaban fundamentalmente las grandes empresas para sus trabajadores, a convertirse en la que mayor peso soporta en el total de la formación para el empleo (90%); de hecho hoy, en España, el número de empresas que ofrece formación a sus empleados se ha multiplicado por cuatro en las dos últimas décadas ampliándose en todos los niveles de nuestro tejido productivo, de modo que más de 4,5 millones de participantes han realizado formación<sup>27</sup>. Aun así, seguimos teniendo una proporción baja en comparación con la de los países más avanzados de la UE debido, principalmente, al predominio de pymes en nuestra estructura productiva. Son las empresas con más de 250 empleados, las que ponen mayor énfasis en la formación continua en toda Europa.

En tanto que es una herramienta básica para mantener la competitividad de las organizaciones ante la revolución digital, consideramos urgente implementar en España una hoja de ruta orientada a que sea obligatoria para empresas y trabajadores, garantizando la actualización de conocimientos y la empleabilidad. Además, se precisa vincular más estrechamente la formación para el empleo y la actividad laboral, implicando en mayor medida a las empresas en la formación de oferta, ampliando la dirigida hacia los autónomos, promoviendo las certificaciones profesionales y facilitando el desarrollo de la contratación para la formación y el aprendizaje.

---

<sup>27</sup> FUNDAE, “Sistema de formación para el empleo”.

En cuanto a la formación de oferta, constituye el segundo pilar del SFE, si bien presenta fallos tan contumaces que lo hace, casi, completamente ineficaz. De hecho, ha sufrido una caída espectacular, especialmente, en el segmento de las pymes, apreciándose un estancamiento o incluso un empeoramiento durante los últimos años<sup>28</sup>. El número de participantes ocupados en programas públicos de recualificación alcanzó su máximo en 2008, con 1.066.165 participantes, reduciéndose a partir de entonces hasta los 116.317 en 2019, y replicándose además los mismos sesgos que se dan en la formación in-company. Dado que en la Ley 30/2015 se considera a esta variante un servicio público que debe gestionarse como una política activa, bien directamente por parte de la Administración, o bien, encomendándosela a terceros, su vinculación con el modelo de subvención pública y el carácter errático e insuficiente de la financiación para estas partidas, le ha perjudicado muy seriamente.

Por último, en la formación de personas desempleadas, aunque también se han registrado algunas mejoras importantes, los avances han sido sustancialmente menores. Lejos de aumentar, la proporción de desocupados que participan en programas de formación coordinados por el sector público se ha reducido a más de la mitad en las últimas dos décadas, como también lo ha hecho el número de horas dedicadas a su recualificación<sup>29</sup>. De hecho, aumentar progresivamente la tasa de participación en programas de recualificación entre los desempleados hasta alcanzar, al menos, el 70% en 2050, es uno de los objetivos inmediatos que se ha fijado el Gobierno a medio plazo<sup>30</sup>.

## 4.2. Principales déficits estructurales del modelo

### 4.2.1. Factores institucionales

– *Los tiempos de respuesta de la Administración y la velocidad de la transformación de nuestra sociedad son dos líneas claramente divergentes.* Normativamente, el desarrollo y actualización del Catálogo implicará los procesos de alta, modificación, baja y reactivación de especialidades, incluidos los itinerarios formativos para su gestión, que tendrán que estar justificados y responder a una necesidad concreta identificada por los Servicios Públicos de Empleo, bien directamente o bien a través de otros actores del sistema, como Administraciones, Centros de Referencia Nacional, Estructuras Paritarias sectoriales y demás agentes del artículo 10.2 de la Ley 30/2015, a través de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, entidades de formación y empresas. Hay que simplificar esta tramitación. Pensemos que

<sup>28</sup> FUNDAE. “Formación de oferta estatal dirigida principalmente a ocupados, 2019”. Madrid, 2020.

<sup>29</sup> CABERO MORÁN, E., “El difícil encaje de los planes de recualificación para desempleados de larga duración entre las políticas activas y pasivas de empleo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 34, 2017, págs. 88-94.

<sup>30</sup> -Objetivo 18- “España 2050. Fundamentos y propuestas...”, *opus cit.*, pág. 155.

las habilidades y competencias de los trabajadores ocupados no solo resultan esenciales para el mantenimiento del empleo y la promoción profesional, sino que también son necesarias para abordar los procesos de internacionalización y adaptación tecnológica que precisan las empresas españolas. Es necesario diseñar un auténtico Catálogo flexible, transparente y en permanente adaptación, en lugar de la rigidez y la falta de perspectiva del actual.

– *Necesaria determinación del papel de las Comunidades Autónomas en su gestión formativa.* Las CC.AA. españolas, se han visto inmersas en los cambios institucionales europeos y nacionales y, por ello, participan activamente desde 1998 en la elaboración de los Planes Nacionales para el Empleo e influyen de manera decisiva en su aplicación, al tiempo que diseñan sus propias estrategias para la promoción del empleo de acuerdo con sus competencias en la materia<sup>31</sup>. Así, la trilogía “formación, empleo y desarrollo territorial” se ha ido convirtiendo en una de las líneas prioritarias de actuación, propiciando el creciente protagonismo y control del ámbito local en su proceso de desarrollo<sup>32</sup>.

No obstante, estas competencias de gestión en materia de formación para personas desempleadas están transferidas a las CC.AA., sin que exista un mecanismo de coordinación eficiente a nivel nacional que permita acompañar los esfuerzos de las distintas Administraciones, como sí ocurre con otras políticas públicas<sup>33</sup>. Esto ha impedido el desarrollo de algunos elementos clave pensados para ordenar, impulsar y agilizar el funcionamiento del Sistema, como, por ejemplo, el Escenario Plurianual previsto *ex* artículo 5 Ley 30/2015. Además, también ha impedido crear una base de datos integral que ayude a ajustar, en tiempo real, la oferta formativa a las necesidades cambiantes del tejido productivo, siguiendo la estela de lo que ya viene haciendo el Informe de prospección y detección de necesidades formativas.

En otras ocasiones se comprueba, además, el hecho de que la mayoría de los programas carecen de objetivos definidos y adaptados a las condiciones locales de actuación, o que la naturaleza de las medidas formativas a desplegar, se orientan, en su mayor parte, a empleos de baja cualificación que nada tienen que ver con un cierto, aunque modesto, giro de las actividades productivas hacia la llamada sociedad del conocimiento<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Vid. REQUENA MONTES, O., “La delimitación competencial entre Estado y comunidades autónomas en materia de formación profesional para el empleo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º. 86, 2022.

<sup>32</sup> DELGADO ACOSTA, C. R., DÍAZ RODRÍGUEZ, M. C., “La formación en las políticas de empleo: Los planes territoriales de empleo”, *Revista: Trabajo y sociedad: Indagaciones sobre el empleo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas*, núm. 19, 2012, pág. 14.

<sup>33</sup> GARCÍA PIÑEIRO, N., “De nuevo sobre el reparto de competencias en materia de formación profesional para el empleo atribución al SEPE de la gestión centralizada de subvenciones destinadas a los planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados”, *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, Tomo XXXVI: (2015-2018)*/ coord. por Carmen Sánchez Trigueros, Ángel Arias Domínguez; Manuel Alonso Olea, Alfredo Montoya Melgar y Antonio Sempere Navarro (dirs), 2019, págs. 495-506.

<sup>34</sup> DELGADO ACOSTA, C. R., DÍAZ RODRÍGUEZ, M. C., “La formación en...”, *op. cit.*, pág. 14.

Es por ello, y con razón, que, como parte integrante de la política activa de empleo, la formación profesional haya sido objeto del debate, que todavía hoy subsiste, respecto al papel de las CC.AA. en su gestión. Resumidamente, las opciones abarcarían desde quienes plantean la defensa del papel exclusivo de éstas en la gestión de la formación para el empleo (como ocurre con los desempleados), hasta quienes recuerdan la función que la legislación reserva a la negociación colectiva y el papel que corresponde a los interlocutores sociales en este ámbito. En cualquier caso, el diseño actual ha permitido dar continuidad al modelo conformado de forma homogénea con el subsistema de formación ocupacional -ahora denominado de formación para el empleo-, ofreciendo un importante grado de participación a las CC.AA.

– *Ausencia de mecanismos de evaluación eficaces.* Nos referimos a mecanismos que permitan distinguir los cursos útiles de los que no lo son, para escalarlos y replicarlos. Es decir, es la formación la que tiene que adaptarse a las exigencias o requerimientos del empleo y no al revés, recuperándose con ello la auténtica dimensión de la formación, cual es la de ser “instrumento para”. Es esencial crear herramientas de evaluación de las políticas de formación y recualificación más eficaces y transparentes que faciliten la toma de decisiones basada en la evidencia, sobre todo teniendo en cuenta que se financian con dinero público. Resultaría importante, pues, incorporar los mecanismos de diagnóstico e identificación de las necesidades formativas dentro del espacio de planificación plurianual de la formación para el empleo, a representantes de las empresas prestadoras de servicios de formación, así como de las principales empresas que desarrollan formación de demanda. Y, asimismo, ejecutar planes plurianuales de evaluación de la calidad de la formación para el empleo (de demanda y de oferta)<sup>35</sup>.

– *Claras debilidades del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).* El SEPE, es una institución que no ha sabido adaptarse a los cambios que se han producido en la sociedad y el mercado laboral español en las últimas décadas. En nuestro país, las competencias de gestión en materia de formación para personas desempleadas están transferidas a las CC.AA., sin que exista un mecanismo de coordinación eficiente a nivel nacional que permita acompasar los esfuerzos de las distintas Administraciones. Lo anterior, sumado a la falta de financiación estable, ha provocado que la proporción de desocupados que participan en programas de formación coordinados por el sector público se haya reducido a más de la mitad en las dos últimas décadas, como también el número de horas dedicadas a su recualificación<sup>36</sup>. Por ello, reformar profundamente el SEPE, se ha convertido en una prioridad central, para convertirlo en vehículo idóneo mediante el que brindar una oferta formativa de calidad y utilidad suficiente a los desempleados.

<sup>35</sup> Informe “La formación para el empleo en España. Propuestas para consolidar un sistema de formación para el empleo de calidad, eficiente, competitivo y profesionalizado”, 2017, pág. 28.

<sup>36</sup> INE. Contabilidad nacional trimestral de España: Futuro del empleo España 2050.

– *Escasez presupuestaria*. Las PAE en España han venido cometiendo históricamente un error clave, como es, invertir mucho más dinero en ayudas a la contratación e incentivos que en las acciones dirigidas a formar, adquirir competencias y mejorar la ocupabilidad. Así, los incentivos en forma de bonificaciones al empleo indefinido han sido, desde mediados de los 90, los programas con mayor dotación de los fondos destinados a políticas activas (40%). La financiación ha venido siendo claramente insuficiente y errática. España dedica solo un 0,11% de su PIB a formar y recualificar a su población trabajadora, frente al 0,14% de la UE-22 y el 0,25% de la UE-8, lo que significa, aproximadamente, 350 euros por persona en España frente a los 3.000 euros que se destinan, de media, en la UE-8<sup>37</sup>. La cantidad de estos fondos está, además, muy condicionada por el ciclo económico ya que, una parte muy significativa de ellos, depende directamente de las cotizaciones por trabajador de las empresas, las cuales se reducen en periodos de crisis.

#### 4.2.2. Factores empresariales

– *Formación focalizada exclusivamente en la dimensión económica*. El derecho a la educación tiene en la formación profesional una vertiente de significación individual y social creciente, y, por tanto, la cualificación profesional que proporciona esta formación ha de servir tanto a los fines de la elevación y nivel de la calidad de vida de las personas, como a los de la cohesión económica y social y del fomento del empleo<sup>38</sup>. Se comprueba que, actualmente, la formación para el empleo, se aleja de lo que sería una formación para el desarrollo sostenible, limitándose las posibilidades de inserción laboral e integración social de estos colectivos vulnerables, y sustentada en el argumento lineal de que el incremento de capital humano conduce al crecimiento económico, como planteamiento universal, válido para todos los territorios<sup>39</sup>. Con estas premisas de base, las ofertas formativas se organizan mediante una estructura flexible que se adapte a los criterios de empleabilidad que buscan las políticas de empleo, como también las estrategias empresariales, entendidas como metodologías de eficiencia y rentabilidad, basadas exclusivamente en la preparación y cualificación profesional hacia una mejorar competitividad.

---

<sup>37</sup> Datos para el año 2018. El promedio de la UE-8 se construye como la media simple de los valores de cada uno de sus países.

<sup>38</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., 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. 95.

<sup>39</sup> CARVAJAL MUÑOZ, M. R., “Formación profesional para desempleados/as y desarrollo sostenible. Factores que limitan el desarrollo económico y social”, *Prisma Social: revista de investigación social*, N.º. 34, 2021 (Ejemplar dedicado a: Jóvenes y Nuevas Formas de Comunicación y Marketing), págs. 290-291.

– *Diferencias formativas por género*. La afectación de los cambios no es igual para hombres y mujeres, habida cuenta de la existencia de una brecha tecnológica de género que afecta más a ellas que a ellos como consecuencia de la tradicional masculinización tanto de la formación como de las profesiones tecnológicas. Por tanto, parece confirmarse que la digitalización amplía la desigualdad de género por causa de las brechas digitales e intensificación de las brechas tradicionales existentes, particularmente de la ocupacional y retributiva, y, sobre todo, tras la pandemia. La estadística 2017 viene a reflejar el progresivo crecimiento de la participación femenina en la formación que imparten las empresas y las diferencias que aún persisten con respecto a la formación masculina. Destacar que el avance de resultados para el año 2018 arrojaba un importante aumento de la participación femenina, uno de los mayores de los últimos años, de cerca del 10 %<sup>40</sup>. Los resultados de 2017, último año del que se disponen de datos definitivos, muestran que en ese año 1.770.729 mujeres participaron en la formación programada por sus empresas. En la distribución del porcentaje de participantes en formación por género se observa una diferencia de casi 12 puntos (el 44,1 % son mujeres y el 55,9 % hombres). En este sentido, la formación para el empleo, cuyo fin es potenciar el capital humano y su empleabilidad mediante la mejora de las capacidades y competencias profesionales, puede desempeñar un papel esencial en la reducción de estas desigualdades.

– *Anclaje a la negociación colectiva sectorial*. Debe recordarse que el desarrollo inicial de un sistema moderno de formación para el empleo en España ha estado fuertemente vinculado a la negociación colectiva (NC). El primer Acuerdo Nacional sobre Formación Continua (1992) rompe un periodo de relativo desinterés de la NC sectorial e intersectorial (no así en el ámbito de la empresa) respecto del tratamiento de la formación como una de las materias esenciales de la NC. En términos generales, los primeros acuerdos reflejan ya las bases del sistema actual con un planteamiento de integración de los tres subsistemas de formación profesional (ocupacional, reglada y formación para el empleo) y un anclaje en la NC interconfederal y sectorial.

En la Ley 30/2015 se mantiene el papel esencial del diálogo social y la NC como instrumentos capaces de orientar el sistema hacia las necesidades y requerimientos reales de la economía y, en este sentido, las Comisiones Paritarias Sectoriales (CPS), resultan clave para lograrlo pues son las verdaderas conocedoras de las necesidades reales de cada sector productivo y las encargadas de fijar los criterios orientativos y prioridades generales de la oferta formativa sectorial contempladas dentro cada plan de referencia.

Al estar este modelo formativo fuertemente anclado desde sus inicios a la negociación colectiva sectorial a través de la creación en su seno de comisiones paritarias, solo la mitad de los trabajadores afectados por convenio tiene cláusulas de formación en sus acuerdos. Los convenios de empresa re-

---

<sup>40</sup> “Mujer y formación para el empleo”, que publica la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo en su serie de Documentos de trabajo.



gistran un grado de atención mayor (70%) pero, dado que la inmensa mayoría de las grandes empresas realizan actividades de formación, hay una parte importante de ellas que no es abordada en la negociación colectiva y, muy probablemente, no llega a ser financiada con los fondos procedentes de las cotizaciones sociales. Todo sumado, ha propiciado que la formación de oferta haya pasado actualmente a desempeñar un papel que puede calificarse de marginal<sup>41</sup>.

#### 4.2.3. Factores vinculados a las entidades formadoras

– *Contenidos formativos desfasados.* Los conocimientos de hoy, no tienen radicalmente nada que ver con los de hace 10 o 20 años, y, sin embargo, el estándar de formación utilizado es el mismo que en 2008. Que las CC.AA. puedan plantear la oferta que consideren más adecuada, da lugar en la práctica a muchos dislates ya que son muy pocas las que hacen un análisis serio de las especialidades de sus convocatorias, y el resultado son programaciones desfasadas y literalmente idénticas a las de 2008. A esto se suma la falta de acción coordinada sobre el alcance de la revolución global de la era digital, en la se utilizan los recursos disponibles de manera ineficiente, favoreciendo la creciente desigualdad entre trabajadores de alta y baja cualificación. La complejidad de las cuestiones y temáticas que afectan a los sectores es enorme por lo que deberían articularse fórmulas avanzadas para ayudarnos a decidir hacia dónde debemos dirigir nuestros esfuerzos.

– *Desconocimiento total de las nuevas tendencias en formación.* Los tiempos en que los estudiantes ejercían un rol totalmente pasivo en el proceso de aprendizaje han quedado atrás, de modo que los cursos para trabajadores deben abrirse a nuevas propuestas de capacitación. Hay que adoptar un nuevo modelo educativo en el que el aprendizaje utilice formatos más propios del entretenimiento y de la divulgación, contenidos educativos digitales e interactivos con un estilo propio de diseño gráfico y editorial con enfoque profesional, producciones audiovisuales propias, Microlearning<sup>42</sup> o Tecnología Edtech<sup>43</sup> en procesos creativos muy poco habituales en este sector. Es necesario impulsar una digitalización más rápida tanto del sistema formativo de ocupados y desempleados, como del sistema educativo en su conjunto, mediante la creación de ecosistemas público-privados de aprendizaje apli-

---

<sup>41</sup> “La formación para el empleo en España. Propuestas para consolidar un sistema de formación para el empleo de calidad, eficiente, competitivo y profesionalizado”. Valeriano Gómez, Ministro de Trabajo e Inmigración (2010-2011), y organizaciones profesionales del sector de las empresas prestadoras de servicios de Formación para el Empleo 2017, págs. 17 y 18.

<sup>42</sup> SALINAS, J., MARÍN, V. I., “Pasado, presente y futuro del microlearning como estrategia para el desarrollo profesional”, *Campus Virtuales*, Vol. III, núm. 2, 2014, págs. 46-61.

<sup>43</sup> ARTEAGA SERRANO, R., “Tecnologías en los procesos educativos. Son los mercados emergentes la tierra prometida para las Edtechs”, *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, N.º. Extra 110, 2019, págs. 48-51.

cando contenidos digitales y nuevas metodologías como la gamificación y el aprendizaje entre pares, los juegos de roles o el constructivismo.

En suma, estimamos que nos hace falta un marco laboral y cultural que haga que los empleadores (públicos y privados) lejos de penalizar, recompensen ese deseo en su población trabajadora, y unas políticas de conciliación, así como una oferta formativa flexible que permitan satisfacerlo. El país debe optar entre una economía sustentada en actividades de escaso valor añadido, uso bajo o medio bajo de la tecnología y bajos salarios, o bien impulsar una transformación progresiva con la potenciación de actividades y ocupaciones más cualificadas, en principio menos expuestas a los impactos de la revolución digital y más acordes con una sociedad del conocimiento. Definitivamente, la puesta en marcha de un sistema de recualificación, eficaz y verdaderamente integral exigirá cambios normativos y culturales en trabajadores y empleadores, un incremento significativo de la financiación y una mejor coordinación entre las instituciones educativas del sector público y privado.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Los resultados indican que la formación profesional incrementa la probabilidad de empleo, y eleva la posibilidad de que dicho empleo se ajuste en mayor medida a las profesiones demandadas por los individuos. Sin embargo, en España el SFPE (especialmente la de oferta), presenta fallos tan clamorosos que lo hace, casi, completamente ineficaz.

Necesitamos un marco laboral y cultural que haga que los empleadores, lejos de penalizar, recompensen ese deseo en su población trabajadora, así como unas políticas de conciliación y una oferta formativa flexible que permitan satisfacerlo. El país debe optar entre una economía sustentada en actividades de escaso valor añadido, uso bajo o medio bajo de la tecnología y bajos salarios, o bien impulsar una transformación progresiva con la potenciación de actividades y ocupaciones más cualificadas, de mayor valor añadido, en principio menos expuestas a los impactos de la revolución digital y más acordes con una sociedad del conocimiento. Solo esta segunda opción permitirá competir en el nuevo contexto internacional, no por los bajos costes de servicios y productos, sino por su calidad.

La formación continua es una herramienta básica para mantener la competitividad de las organizaciones ante la revolución digital y, por tanto, consideramos urgente implementar en España una hoja de ruta orientada a que sea obligatoria para empresas y trabajadores, garantizando la actualización de conocimientos y la empleabilidad, pero también corrigiendo los déficits estructurales que arroja este engranaje formativo en los términos expuestos en este trabajo. La puesta en marcha de un sistema de recualificación, eficaz y verdaderamente integral exigirá cambios normativos y culturales en trabajadores y empleadores, un incremento significativo de la financiación, y una mejor coordinación entre las instituciones educativas del sector público y el privado.

EL IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN COGNITIVA  
Y LA ROBÓTICA AVANZADA EN EL MERCADO LABORAL

JULIO LOSADA CARREÑO

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

*Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social*

*Julio.losada@mites.gob.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. BREVE EXPLICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE IA. 3. AUTOMATIZACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO. 3.1. Automatización de tareas físicas. 3.2 Automatización de tareas cognitivas. 4. ASISTENCIA O SUSTITUCIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS. 5. ¿DESTRUCCIÓN O CREACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO?. 6. EL IMPORTANTE PAPEL DE LA FORMACIÓN EN EL FUTURO MERCADO LABORAL. 7. REFERENCIA A LOS PROGRAMAS FORMATIVOS EUROPEOS Y ESTATALES. 7.1. Ámbito europeo. 7.2 Ámbito estatal. 8. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

*“If we have learned one thing from the history of invention and discovery, it is that, in the long run-and often in the short one-the most daring prophecies seem laughably conservative.”*

*“Si algo hemos aprendido de la historia de la invención y el descubrimiento es que, a la larga -y a menudo a la corta-, las profecías más atrevidas parecen risiblemente conservadoras”.*

La cita con la que comienza este estudio es del físico, matemático y escritor Arthur C. Clarke, más conocido por su obra *“2001: A Space Odyssey”*, que fue adaptada a la gran pantalla por el director de cine Stanley Kubrick, y cuya referencia en el presente artículo jurídico no es baladí, pues estamos al comienzo de una nueva oleada de sorprendentes desarrollos tecnológicos, donde una de las tecnologías protagonistas es la Inteligencia Artificial (IA) que hasta hace no tanto tiempo limitaba su existencia a las películas de ciencia ficción. Modelos generativos de lenguaje natural<sup>1</sup> como Chatgpt y GPT-4<sup>2</sup>, o modelos generativos de imágenes como Stable Diffusión<sup>3</sup>, han pasado de ser conocidos en un ámbito puramente científico y divulgativo a ocupar titulares en prensa, y a ser objeto de conocimiento por parte del ciudadano medio. Y es de hecho este salto fuera de la esfera científica, lo que pone de manifiesto la relevancia y celeridad con la que estas tecnologías están desarrollándose, siendo objeto de especial atención por parte de los medios de comunicación tradicionales.

Hace unos años, incluso en las obras científicas más optimistas, se percibía mucho escepticismo sobre la capacidad creativa de las máquinas, considerando que dicha capacidad cognitiva (la creación de arte) estaba limitada a las capacidades más inherentemente humanas<sup>4</sup>. Sin embargo, el año 2022 fue un año de sorpresas a este respecto, que sin duda alguna constituyó un punto

---

<sup>1</sup> Large Language Models o por sus siglas en inglés *LLM*

<sup>2</sup> De la empresa OpenAI <https://openai.com/>

<sup>3</sup> De la británica Stability AI <https://stability.ai/>

<sup>4</sup> TEGMARK M., *Vida 3.0 Qué significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Taurus, Barcelona, 2020. Página 74.

de inflexión en la forma que tenemos de predecir lo que una máquina puede o no puede hacer. De esta forma, habilidades humanas como el habla o la creación artística, pasaron a ser desarrolladas también por máquinas con una precisión y una calidad semejantes a las de las personas. Si bien, las sorpresas a este respecto también han tornado rápidamente en importantes preocupaciones acerca del futuro del trabajo, y de la posibilidad de que estas máquinas que automatizan tareas cognitivas puedan en algún momento desarrollar todas (o casi todas) las tareas que desarrollan las personas trabajadoras<sup>5</sup> con la misma calidad y pericia<sup>6</sup>, lo cual unido a su bajo coste, podría provocar el aumento de la tasa de desempleo, incrementando la brecha salarial<sup>7</sup>, y por ende repercutiendo de forma negativa en la capacidad económica y el bienestar social. Y es esta circunstancia la que aquí motiva a abordar el estudio de esta temática tan interesante como preocupante.

En la presente comunicación se abordará una breve introducción sobre los sistemas de IA y posteriormente se procederá al estudio y la diferenciación entre la automatización de las tareas físicas y las tareas cognitivas, que constituyen la esencia del impacto de la IA en el mercado laboral. Un adecuado análisis de dicha automatización permitirá predecir con cierta precisión las tareas más susceptibles de ser desarrolladas por máquinas, anticipando la posible afectación al empleo, lo cual permitirá diseñar y desarrollar de forma más precisa programas formativos que puedan reducir las consecuencias negativas que estas nuevas tecnologías puedan tener en la empleabilidad de las personas trabajadoras.

## 2. BREVE EXPLICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE IA

Antes de proceder al estudio del impacto de la IA en el mercado laboral, debido a la automatización de las tareas físicas y cognitivas que antes realizaba el ser humano, se hace necesario una breve explicación de los sistemas de IA, que permita comprender mejor la realidad de esta tecnología.

En primer lugar, conviene indicar que no estamos, en puridad, ante una nueva tecnología, sino ante una tecnología que ha experimentado un marcado avance en los últimos años, debido fundamentalmente al desarrollo de una nueva arquitectura de red neuronal denominada *Transformer*, al incremento de la potencia de computación de los procesadores y a la creciente disponi-

---

<sup>5</sup> BOSTROM, N., *Superinteligencia: caminos, peligros, estrategias*, TEELL, Oxford, 2016, pp 62-77.

<sup>6</sup> AGRAWAL, A. y GANS, J. y GOLDFARB, A. *Maquinas predictivas: la sencilla economía de la inteligencia artificial*, Editorial Reverté, S.A., Barcelona, 2019, pp 33-34.

<sup>7</sup> AUTOR, D., MINDELL, D.A, REYNOLDS B.E., *The work of the future. Building better jobs in an age of intelligent machines*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2021, pp. 15-17, 23, 29-31, 38.

bilidad de datos<sup>8</sup>. De hecho, estos dos últimos elementos han actuado como catalizadores del desarrollo de los sistemas IA y por ello han merecido una especial atención por parte de los legisladores europeos, conjugándose con una creciente preocupación por la escasez de semiconductores<sup>9</sup>.

En segundo lugar, es necesario indicar que no existe una definición unánime sobre esta tecnología<sup>10</sup>, aunque podemos hacer referencia a las dos principales definiciones existentes hasta la fecha:

A.-) La elaborada por el Grupo de Altos Expertos de Inteligencia Artificial<sup>11</sup>, que indican que:

*“Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno mediante la adquisición de datos, interpretando los datos recogidos, estructurados o no, razonando sobre el conocimiento o procesando la información derivada de estos datos y decidiendo la mejor acción o acciones a tomar para alcanzar el objetivo dado. Los sistemas de IA pueden utilizar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico, y también pueden adaptar su comportamiento analizando cómo se ve afectado el entorno por sus acciones anteriores [...]”*

<sup>8</sup> VASWANI, A., SHAZEER, N., PARMAR, N., USZKOREIT, J., JONES, L., GÓMEZ, A.N., KAISER, L., POLOSUKHIN, I., “Attention Is All You Need”, arXiv:1706.03762v5 [cs.CL], 12 Jun 2017.

COMISION EUROPEA, “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial- un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, Bruselas, 19 de febrero de 2020, p.2.

<sup>9</sup> A destacar:

- Respecto a los procesadores y semiconductores:
  - Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de semiconductores (Ley de Chips), Bruselas, 8 de febrero de 2022.
- Respecto a los datos.
  - Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
  - Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

Los semiconductores son los materiales de los que se componen principalmente los procesadores de los ordenadores que permiten ejecutar todos los procesos de los sistemas IA. Tal concepto se define en el artículo 2.1 de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de semiconductores (Ley de Chips).

<sup>10</sup> EUROPEAN PARLIAMENT, “Artificial Intelligence and Civil Liability. Legal Affairs”, European Union, July 2020, pp 15 y ss.

CHRISTENKO, A., JANKAUSKAITĖ, V., PALIOKAITĖ, A., LEON VAN DEN BROEK, E., REINHOLD, K., JARVIS, M., *Artificial intelligence for worker management: an overview. Report*, EU-OSHA, 2022, p.10.

<sup>11</sup> HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, “A definition of ai: main capabilities and scientific disciplines definition developed for the purpose of the deliverables of the High-Level Expert Group on AI”, Brussels, 18 December 2018, p. 7.

B.-) La definición contemplada en la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial<sup>12</sup>:

*“Sistema de inteligencia artificial (sistema de IA): el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, **generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa.**”*

Independientemente de la definición que sea tomada como base, podemos considerar que la IA no es más que un software informático que permite proporcionar información sobre cómo alcanzar los objetivos que previamente han sido indicados por los programadores de la misma, existiendo una **discrecionalidad por parte del software en cuanto al procedimiento a seguir, pero no en cuanto a los fines a alcanzar**, lo cual le otorga cierta autonomía e impredecibilidad en su comportamiento, siendo ésta una de las principales características que pueden provocar riesgos para las personas trabajadoras<sup>13</sup>.

Es importante indicar que técnicamente existen dos tipos de IA: la IA simbólica y la IA subsimbólica. Brevemente podemos indicar que los sistemas IA basados en un enfoque simbólico o clásico<sup>14</sup> son aquellos en los que las reglas de actuación han sido previamente configuradas una por una por los programadores, son sistemas basados en la sentencia informática *“si pasa esto, entonces haz esto”*<sup>15</sup>, y por consiguiente son programados con una fuerte intervención humana. El enfoque simbólico se basa en la creencia de que es posible describir la complejidad del mundo, y los factores que en el intervienen, mediante el uso de un lenguaje formal que los ordenadores pueden entender<sup>16</sup>. En este tipo de enfoque el comportamiento de la máquina ha sido previamente programado por los humanos.

De otro lado, existe la denominada IA subsimbólica (como el *Machine Learning*), se caracteriza porque los programadores no han programado al sistema para hacer frente a todas y cada una de las situaciones que pueden acontecer, sino que, habiéndole programado mediante unas reglas básicas, este sistema aprende del entorno mediante los datos que le son

<sup>12</sup> Art. 3.1) de la propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión.

<sup>13</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Commission staff working document. Impact assessment report. Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence”, Brussels, 28.9.2022, pp. 2, 8, 27.

<sup>14</sup> DE MANTARAS BADIA, R.M. y MESEGUER GONZALEZ P., *Inteligencia Artificial*, Catarata, Madrid, 2017, p. 11.

<sup>15</sup> AGRAWAL, A. y GANS, J. y GOLDFARB, A., *Maquinas predictivas...Op. Cit.*, p. 45.

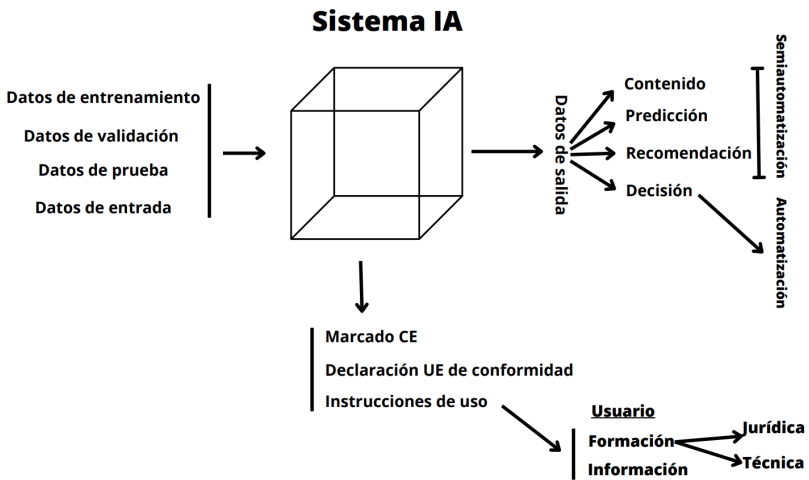
<sup>16</sup> CHRISTENKO, A., JANKAUSKAITE, V., PALIOKAITE, A., LEON VAN DEN BROEK, E., REINHOLD, K., JÄRVIS, M., *Artificial intelligence for worker...Op. Cit.*, p. 11.



proporcionados, y por consiguiente de la experiencia<sup>17</sup>. En la IA subsimbólica los datos adquieren una gran relevancia, pues son estos los que permiten que el sistema se adapte a cada situación y halle la mejor forma para alcanzar el objetivo para el que previamente ha sido programado, sin que haya un procedimiento concreto previamente establecido por los programadores.

Hasta cierto punto podemos decir que la IA simbólica es determinista y la IA subsimbólica no determinista. La IA determinista proporciona para los mismos datos de entrada unos mismos datos de salida. En el caso de la IA no determinista, para unos mismos datos de entrada no siempre se darán unos mismos datos de salida. Esta posibilidad de que el sistema ofrezca datos de salida distintos para cada nueva entrada se manifiesta en el comportamiento autónomo e impredecible, lo cual puede provocar ciertos problemas en la implantación de estos sistemas.

Por último, para comprender como funciona a efectos jurídicos un sistema IA de enfoque subsimbólico, que son los más habituales en la actualidad, se expone gráficamente el siguiente esquema<sup>18</sup>:



Esquema 1

<sup>17</sup> TOLAN, S., PESOLE, A., MARTÍNEZ-PLUMED, F., FERNÁNDEZ-MACÍAS, E., HERNÁNDEZ-DEZORALLO, J., GÓMEZ, E., *Measuring the Occupational Impact of AI: Tasks, Cognitive Abilities and AI Benchmark*, Seville: European Commission, 2020, JRC119845, pp. 191-193.

<sup>18</sup> Representación gráfica de elaboración propia, basado en la normativa e informes oficiales existentes en la actualidad.

Sin entrar en un estudio más detallado de estos conceptos<sup>19</sup>, cuestión ya abordada con anterioridad<sup>20</sup>, es necesario simplemente indicar que dichos sistemas IA tendrán la calificación jurídica de máquinas de automatización de tareas cognitivas, y por consiguiente, al igual que en el uso de máquinas de automatización de tareas físicas se exigirá la existencia de unas instrucciones de uso que implicarán necesariamente la previa información y formación (jurídico-técnica) del usuario, para garantizar una adecuada manipulación e interacción con las mismas<sup>21</sup>.

### 3. AUTOMATIZACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO

El objetivo de la implantación de toda máquina en el proceso productivo es la automatización de tareas laborales, entendiendo por *automatización* al proceso por el que una máquina asume el desarrollo de una tarea que con anterioridad era desarrollada por un ser humano. La automatización, por consiguiente, comenzó cuando la humanidad empezó a incorporar máquinas en el proceso productivo de bienes y servicios, previamente diseñadas y fabricadas con tal finalidad. Estas automatizaciones formaron parte de las denominadas Revoluciones Industriales, caracterizándose las tres primeras por la automatización de tareas físicas y la cuarta por la automatización de tareas cognitivas.

De hecho, tal y como en reiteradas ocasiones se ha manifestado, nos encontramos en la Cuarta Revolución Industrial, la cual se erige sobre tres ejes que determinan el desarrollo de la misma<sup>22</sup>. Gráficamente puede ser representado de la siguiente forma:

<sup>19</sup> A destacar el hecho de que los datos de salida pueden ser:

- **Contenido:** como la canción, video o película que recomienda el sistema.
- **Predicción:** predice con un determinado grado de probabilidad un evento futuro, como la probabilidad de lluvia o la subida de un precio.
- **Prescripción:** predice eventos futuros y recomienda una decisión concreta.

Todo ello se relaciona en cierta medida con la analítica de datos. Más información en:

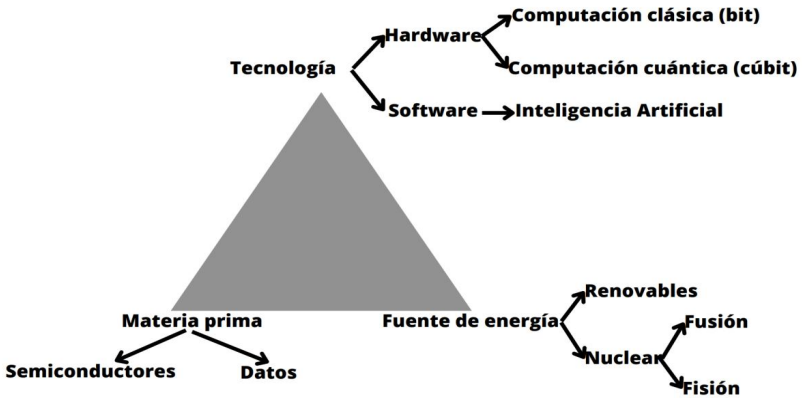
URZÍ BRANCATI, M., C., CURTARELLI, M., RISO, S., BAIOTTO, S. *How digital technology is reshaping the art of management*, Seville: European Commission, 2022, JRC130808, p. 13.

<sup>20</sup> LOSADA CARREÑO, J., “El uso de sistemas de IA en la gestión empresarial: riesgos en materia de protección de datos y no discriminación”, en A.A.V.V. *Digitalización, recuperación y reformas laborales Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS Serie Empleo Núm. 64, Alicante 26 y 27 de mayo 2022.

LOSADA CARREÑO, J., “Inteligencia artificial e información algorítmica en el ámbito laboral. Especial referencia al artículo 64.4.d) del estatuto de los trabajadores” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 61 (2022).

<sup>21</sup> Obligaciones de formación e información contempladas respectivamente en los arts. 19 y 18 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales

<sup>22</sup> SMIT, J., KREUTZER, S., MOELLER, C., CARLBERG, M., *Industry 4.0. Study for the ITRE Committee*, Brussels, February 2016.



Esquema 2

Uno de los elementos más determinantes de esta nueva revolución es la incorporación y desarrollo de tecnologías digitales en nuestra sociedad, hasta el punto de que la Unión Europea ha bautizado esta era como la “década digital”, siendo una de las tecnologías más predominantes la IA, y a cuyo estudio nos referimos en la presente comunicación.

Por último, es necesario indicar que la característica fundamental de esta Cuarta Revolución Industrial es la automatización de tareas de naturaleza cognitiva o intelectual, no física. Siendo esta destacable diferencia entre la naturaleza de la tarea la que nos lleva a estudiar diferenciadamente cada una de ellas.

### 3.1. Automatización de tareas físicas

La automatización de las tareas físicas fue propia de las tres primeras Revoluciones Industriales, sin embargo, en esta Cuarta Revolución Industrial también se está procediendo a automatizar tareas físicas mediante la integración de sistemas IA en la robótica (principalmente mediante aprendizaje por refuerzo), lo que comúnmente está denominándose *robótica avanzada*<sup>23</sup>.

Esta integración de sistemas IA en los robots permite mayor autonomía y adaptabilidad al entorno, lo cual favorece la eficacia y eficiencia en el desarrollo de las tareas físicas, aunque también conlleva que aquellos sean más impredecibles; y por consiguiente, puedan generar riesgos adicionales para

<sup>23</sup> Ejemplos prácticos de esta robótica avanzada son.

– “Optimus” de Tesla <https://www.bbc.com/mundo/noticias-6310594>.

– “Atlas” de Boston Dynamics [https://www.youtube.com/watch?v=-e1\\_QhJEhQ&t=5s](https://www.youtube.com/watch?v=-e1_QhJEhQ&t=5s)

las personas que están en sus proximidades. De hecho, la incorporación de robótica avanzada a los lugares de trabajo fue una de las causas que motivó a la Unión Europea a publicar el 21 de abril de 2021 la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las máquinas y sus partes y accesorias, y que en un futuro cercano sustituirá a la actual Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas<sup>24</sup>.

A los efectos que aquí nos atañen, debe indicarse que existen dos tipos de robots<sup>25</sup>: los robots de servicio (personales y profesionales<sup>26</sup>) y los robots industriales, denominándose estos últimos *cobots*, siendo posible tres tipos de interacción entre humano-robot<sup>27</sup>:

- Coexistencia: acciones no vinculadas entre ellos.
- Cooperación: las acciones son interdependientes, pero no simultáneas.
- Colaboración: es la interacción más cercana.

En todos estos tipos de robótica pueden integrarse los sistemas IA. A dicha integración la denominamos *embodied AI*, y es utilizada, entre otras cuestiones, para dar mayores garantías de seguridad frente a posibles riesgos para las personas trabajadoras que se relacionan con ellos<sup>28</sup>. Aunque en la práctica el humano que interactúa con robótica no sepa si integra IA o no, lo cierto es que a efectos jurídicos sí es relevante tenerlo presente, pues entre otras cuestiones determinará la aplicación de distintas disposiciones jurídicas, como es la aplicación de la futura Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, cuya propuesta normativa fue publicada el 28 de septiembre de 2022<sup>29</sup>.

### 3.2. Automatización de tareas cognitivas

La principal novedad de esta Cuarta Revolución Industrial es la denominada automatización cognitiva, que conlleva la asunción de tareas propias de

<sup>24</sup> Referencias a la IA en la propuesta de reglamento de máquinas pueden encontrarse en las pp. 2, 3, 4, 12, 13, y considerandos 11, 19, 29 y 45.

<sup>25</sup> RIGHI, R., PAPAZOGLU, M., SAMOILI, S., VAZQUEZ-PRADA BAILLET, M., CARDONA, M., LOPEZ COBO, M., DE PRATO, G. AND DUCH BROWN, N., *AI Watch: AI for enhancing Robotics, The intersection of Robotics with the AI landscape*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, doi:10.2760/314545, JRC128846. p. 5.

<sup>26</sup> DUCH-BROWN, N., ROSSETTI, F. AND HAARBURGER, R., *Evolution of the EU market share of robotics: Data and methodology*, EUR 30896 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, ISBN 978-92-76-43794-9, doi:10.2760/292931, JRC124114. p. 8.

<sup>27</sup> ROSEN, P. H., HEINOLD, E., FRIES-TERSCH, E., MOORE, P., WISCHNIEWSKI, S., *Advanced robotics, artificial intelligence and the automation of task: definitions, uses, policies and strategies and occupational safety and health*, European Agency for Safety and Health at Work, 2022.

<sup>28</sup> Apartados 24 y 25 del anexo I y apartado 18 del anexo II de la propuesta de reglamento relativo a las máquinas y sus partes y accesorios de 21 de abril de 2021.

<sup>29</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0496>

las facultades intelectuales humanas que no requieren la manipulación física de objetos o personas. La propia disciplina de la IA tiene diferentes ramas (aprendizaje de máquina, procesamiento del lenguaje natural, visión, planificación, etc) que se corresponden con las diferentes facultades cognitivas desarrolladas por humanos. En este caso, la tarea es desarrollada por un software que no interactúa directamente con el mundo real, como por ejemplo, los modelos generativos de lenguaje natural o de imágenes, o los sistemas de recomendación en la toma de decisiones.

Las tareas cognitivas automatizadas pueden ser las propias de las personas trabajadoras o bien las propias de los poderes empresariales, como es el caso de la automatización de tareas de dirección/organización del trabajo, vigilancia/control, y sanción/recompensa<sup>30</sup>.

El uso de sistemas IA en la automatización de tareas físicas o intelectuales generará un claro impacto en la estructura de los puestos de trabajo, y por ende en el propio mercado laboral, cuestión a la que nos referimos a continuación.

#### 4. ASISTENCIA O SUSTITUCIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

En primer lugar, conviene resaltar que el enfoque adecuado y óptimo para examinar el impacto de la automatización en el mercado laboral es efectuar dicho estudio desde la perspectiva de la tarea<sup>31</sup>, pues es la tarea la unidad fundamental de la que se componen los puestos de trabajo y por consiguiente los flujos de trabajo de las distintas empresas<sup>32</sup>. Las máquinas no automatizan puestos de trabajo, sino tareas. Cuando se automatizan varias tareas de un puesto de trabajo es necesario proceder a su reconfiguración, pudiendo en algunos casos llegar a la eliminación de dicho puesto.

Teniendo en cuenta dicha unidad de estudio, a su vez debemos diferenciar entre el elemento objetivo y el elemento ambiental:

- **Elemento objetivo:** se centra en considerar si la tarea tiene o no carácter rutinario<sup>33</sup>. La diferencia entre un tipo y otro depende de la perspectiva que se adopte, aunque desde la experiencia humana las tareas rutinarias son aquellas repetitivas con idénticos procedimientos.

---

<sup>30</sup> La toma de decisiones basadas en datos haya o no intervención de un sistema IA, se denomina *data driven* URZI BRANCATI, M., C., CURTARELLI, M., RISO, S., BAIOTTO, S. *How digital technology is reshaping the art of management*, Seville: European Commission, 2022, JRC130808. pp. 14 y ss.

<sup>31</sup> ROSEN, P.H., DONOGHUE, R., HEINOLD, E., MOORE, P., NIEHAUS, S., WISCHNIEWSKI, S., *Cognitive automation: implications for occupational safety and health Report*, EU-OSHA, 2022.

ROSEN, P. H., HEINOLD, E., FRIES-TERSCH, E., MOORE, P., WISCHNIEWSKI, S., *Advanced robotics, artificial intelligence and the automation of task...Op. cit.*

<sup>32</sup> AUTOR, D., MINDELL, D.A, REYNOLDS B.E., *The work of the future...Op. Cit.*

<sup>33</sup> ROSEN, P.H., DONOGHUE, R., HEINOLD, E., MOORE, P., NIEHAUS, S., WISCHNIEWSKI, S., *Cognitive automation: implications for...Op. Cit.* p. 5.

tos, mientras que las no rutinarias son aquellas no frecuentes o, en su estructura, menos previsibles para el trabajador<sup>34</sup>.

- **Elemento ambiental:** se centra en considerar el entorno en el que la tarea se desarrolla, pudiendo éste ser estructurado o no estructurado. En el primer caso, el entorno es predecible y en el segundo no lo es.

La importancia de la consideración de ambos elementos radica en que los sistemas IA de enfoque subsimbólico tienen una fuerte dependencia de los datos, ya que forman su concepción del entorno en base a los datos que se les suministran; de forma que cuanto más cantidad y calidad de datos se les proporcione, mejores respuestas podrán ofrecer.

Por consiguiente, la disponibilidad de muchos datos pasados con respecto a la tarea que se pretende desarrollar es un elemento nuclear a la hora de determinar aquellas tareas más susceptibles o no de automatizarse, lo cual unido al ambiente estructurado o no donde se realice la tarea permite intuir qué tareas son más susceptibles de automatizarse.

Por último, es necesario tener siempre presente que el principal interés del sector empresarial es incrementar la productividad y los beneficios, y reducir los costes en una economía cada vez más globalizada, y por consiguiente solo en aquellos casos en los que el sistema IA rinda mejor que un ser humano se valorará la automatización de una tarea concreta.

En segundo lugar, es necesario indicar que la implementación de sistemas IA puede conllevar efectos sobre:

- El elemento objetivo (la tarea en si misma considerada):
  - **Mediante la semiautomatización de una tarea**, ya que el sistema IA actúa como una mera asistencia a la actividad de la persona, y por consiguiente facilitará el incremento de su productividad y eficiencia en su desempeño. La semiautomatización de una tarea se produce cuando los datos de salida de un sistema IA son contenidos, predicciones o recomendaciones.
  - **Mediante la automatización de una tarea**, ya que el sistema IA asume la ejecución de la misma y por ello no es asumida por la persona. La automatización se produce cuando los datos de salida del sistema IA son decisiones.
- El elemento subjetivo (la persona afectada):
  - **El empresario**, o persona que actúe por delegación de aquel. Mediante la automatización o semiautomatización de sus competencias y facultades, lo que comúnmente se denomina *Artificial Intelligence for Worker Management (AIWM)*. Ejemplo de ello es la

---

<sup>34</sup> ROSEN, P.H., DONOGHUE, R., HEINOLD, E., MOORE, P., NIEHAUS, S., WISCHNIEWSKI, S., *Cognitive automation: implications for...Op. Cit.*, p. 11.

automatización por sistemas IA de tareas propias de la gestión y dirección de las personas trabajadoras mediante la llamada gestión algorítmica en las plataformas digitales<sup>35</sup>.

- **Las personas trabajadoras**, mediante la automatización o semi-automatización de sus tareas.

## 5. ¿DESTRUCCIÓN O CREACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO?

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a plantearnos la gran incógnita acerca de la posible creación o destrucción de puestos de trabajo. Posiblemente, aunque en pocas ocasiones se contempla, la primera consecuencia de la automatización de las tareas es la necesaria reconfiguración de los puestos de trabajo. Tal reconfiguración se encuadra dentro del *ius variandi* cuando las tareas pertenecen al mismo grupo profesional en el que esta encuadra la persona trabajadora; pero en caso de que la tarea esté fuera del mismo tiene la calificación de movilidad funcional vertical, pudiendo producirse bien por voluntad conjunta de las dos partes del contrato o bien por voluntad del empresario; en este último caso de forma unilateral por la vía del art. 39 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre (TRET) o cuando se trate de modificaciones de carácter sustancial, por la vía contemplada en el art. 41 del TRET. En los casos más extremos podrá motivar despidos por causas objetivas en los términos del art. 53.1.c) o 51.1 del TRET, dependiendo del número de personas trabajadoras afectadas.

Cuando la automatización de las tareas se manifieste a mayores niveles se producirá posiblemente la desaparición de muchas profesiones, ya que las tareas que antes eran desarrolladas por personas serán asumidas por máquinas, lo cual podrá producir serios problemas en el mercado laboral.

La incorporación de nuevas tecnologías también conllevará la creación de profesiones hasta la fecha no existentes (por ejemplo, la de *Prompt engineering*), así como un supuesto incremento de la demanda de perfiles técnicos, principalmente las STEM (Science, Technology, Engineering and Mathematics) debido a la presencia cada vez más extendida de dispositivos digitales e informáticos, uso de datos y semiconductores.

Por último, hay que destacar que a pesar de que se han publicado muchos estudios al respecto<sup>36</sup>, aún existe mucha incertidumbre sobre esta temática, siendo difícil predecir las futuras necesidades laborales. No obstante, exis-

---

<sup>35</sup> LENAERTS, K., WAEYAERT, W., GILLIS, D., SMITS, I., HAUBEN H., *Digital platform work and occupational safety and health: overview of regulation, policies, practices and research Report*, European Agency for Safety and Health at Work, 2022, p. 9.

<sup>36</sup> ELOUNDOU, T., MANNING, S., MISHKIN, P., ROCK, D., “GPTs are GPTs: An Early Look at the Labor Market Impact Potential of Large Language Models”, arXiv:2303.10130, March 20, 2023.

te cierto consenso en considerar que el principal efecto negativo será no la destrucción del empleo, sino la destrucción de la clase media, debido a una distribución inequitativa de los beneficios y ganancias producidos por la integración de IA en los procesos productivos de las empresas.

Por todo ello, para hacer frente a todos estos cambios laborales y retos sociales, surge como necesario habilitar unas adecuadas acciones formativas que eliminen o minoren posibles problemas de empleabilidad en la sociedad.

## 6 EL IMPORTANTE PAPEL DE LA FORMACIÓN EN EL FUTURO MERCADO LABORAL

La incorporación de sistemas IA en los procesos productivos forma parte de la denominada transición digital, que como anteriormente se ha expuesto conllevará importantes cambios en el mercado laboral. Todo ello generará nuevas necesidades formativas, que pueden ser englobadas en dos grandes grupos:

A.- Las derivadas de la reconfiguración de las demandas profesionales del mercado laboral.

En este caso nos encontramos ante necesidades formativas para hacer frente a las concretas demandas profesionales del mercado laboral, no haciendo referencia necesariamente en este caso a formación en materia IA, sino simplemente a formación para desarrollar las profesiones que en cada momento sean necesarias. Esta reconfiguración del mercado laboral es un *efecto indirecto* de la incorporación de estas nuevas tecnologías, que deberá paliarse con acciones de perfeccionamiento y reciclaje profesional.

B.- La derivada de la interacción directa de la persona con los sistemas IA.

El uso cada vez más extendido en la sociedad de los sistemas IA implica la necesidad de acciones formativas para los ciudadanos en general<sup>37</sup> y para las personas trabajadoras en particular.

La formación necesaria para utilizar los sistemas IA constituye el *efecto directo* de la incorporación de estas tecnologías en el lugar de trabajo, teniendo dicha formación dos caras: la técnica, que se basa en el conocimiento para la manipulación del sistema de IA, y la jurídica, que se basa en el conocimiento para saber cómo y cuándo se actúa dentro del marco legal.

Ambos tipos de formación son necesarios para garantizar que las personas que interactúen con sistemas IA tengan la debida confianza en su manipu-

---

<sup>37</sup> VUORIKARI, R., KLUZER, S., PUNIE, Y., *DigComp 2.2. The Digital Competence Framework for Citizens. With new examples of knowledge, skills and attitudes*, Comisión Europea, Luxemburgo, 2022.



lación<sup>38</sup>. Una adecuada formación favorecerá que la confianza en el sistema IA sea en su justa medida, ya que la desconfianza, tanto por parte de los empleadores como por parte de las personas trabajadoras, obstaculizará su implementación y/o uso<sup>39</sup>, y un exceso de confianza podría generar el denominado *sesgo de automatización*<sup>40</sup>.

Además, como anteriormente se ha expuesto, los sistemas IA son máquinas de automatización de tareas cognitivas, y por ello, al igual que las máquinas de automatización de tareas físicas, su uso y manipulación requerirá una formación e información para las personas trabajadoras que puedan interactuar directa o indirectamente con ellas; pues solo cuando media una adecuada formación sobre una materia es efectiva la posterior información sobre la misma. De hecho, existen dos grandes tipos de información sobre los sistemas IA:

A.- La denominada información algorítmica, que actúa como medio para hacer efectivo el requisito de transparencia algorítmica (cuarto requisito de todo sistema IA)<sup>41</sup>, y que ofrece (o intenta ofrecer) dar *una explicación de por qué* el sistema IA da unos determinados datos de salida. Es la información que el empleador tiene que facilitar a los representantes de las personas trabajadoras en base al artículo 64.4.d) del TRET<sup>42</sup>. La información algorítmica adquiere una especial relevancia en aquellos casos en los que el sistema IA manifiesta el denominado efecto *caja negra*, esto es, cuando a pesar de manifestar un comportamiento preciso, deviene opaca la comprensión de los procesos internos del sistema IA (suele manifestarse en el *deeplearning*). Por todo ello, resulta obvia la necesaria previa formación en materia de IA de la representación legal y sindical de las personas trabajadoras a efectos de que la información proporcionada sea útil y comprensible para los mismos *ex art. 64.6 del TRET*.

B.- La información que proporciona el sistema IA, ya que una adecuada formación permite facilitar la interpretación de los datos de salida de dichos

---

<sup>38</sup> La confianza es juntamente con el humano-centrismo un requisito esencial de los sistemas IA. EUROPEAN COMMISSION, Independent High-level Expert Group on Artificial Intelligence. “Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI”, Brussels, 26 June 2019, p. 6.

<sup>39</sup> CHRISTENKO, A., JANKAUSKAITĖ, V., PALIOKAITĖ, A., LEON VAN DEN BROEK, E., REINHOLD, K., JÄRVIS, M., *Artificial intelligence for worker...Op. Cit.*, pp. 19 y 20.

<sup>40</sup> ROSEN, P.H., DONOGHUE, R., HEINOLD, E., MOORE, P., NIEHAUS, S., WISCHNIEWSKI, S., *Cognitive automation: implications for...Op. Cit.*, p. 25.

<sup>41</sup> HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, “Ethics guidelines for trustworthy AI”, Brussels, 8 April 2019, p. 18.

COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, “Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights”, Council of Europe, May 2019, pp. 9 y 10.

<sup>42</sup> ETUC, BUSINESSEUROPE, CEEP, SMEUNITED, “European social partners autonomous framework agreement on digitalization”, June 2020, p. 11.

CHRISTENKO, A., JANKAUSKAITĖ, V., PALIOKAITĖ, A., LEON VAN DEN BROEK, E., REINHOLD, K., JÄRVIS, M., *Artificial intelligence for worker...Op. Cit.*, p. 47

GALDON CLAVELL, G., GINES I FABRELLAS, A., MUÑOZ RUIZ, A.B., SANCHEZ MONEDERO J., TODOLI SIGNES, A., “Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, mayo 2022.

sistemas, pues no siempre éstos constituirán una decisión automatizada, sino que en ocasiones simplemente se ofrece al usuario un contenido, una predicción o una recomendación.

Por todo ello, en el futuro se requerirán acciones formativas a las personas trabajadoras (ya sean o no cargos intermedios) así como a sus representantes legales y sindicales<sup>43</sup>, todo ello facilitara una adecuada implementación y uso de dichos sistemas, así como una reducción de los riesgos (físicos, psíquicos u organizacionales) derivados de aquellos<sup>44</sup>. Tales necesidades formativas han de ser tenidas en cuenta en las distintas acciones formativas que se proporcionen, pues es lógico considerar que una paulatina incorporación de dichos sistemas IA requerirá estas nuevas necesidades formativas y por ende, personas trabajadoras con unos adecuados conocimientos tendrán objetivamente más facilidades para el acceso y mantenimiento en el empleo.

## 7. REFERENCIA A LOS PROGRAMAS FORMATIVOS EUROPEOS Y ESTATALES

Todo lo anteriormente expuesto permite poner de manifiesto las importantes transformaciones sociales que se producirán en el futuro, no solo por la introducción de sistemas IA en particular, sino por la incorporación de tecnologías digitales en su conjunto<sup>45</sup>, y para hacer frente a esta nueva situación se han adoptado distintos mecanismos tanto en el ámbito europeo como en el estatal, a cuyo breve estudio nos referimos a continuación.

### 7.1. Ámbito europeo

Para facilitar que la sociedad europea, y más concretamente las personas trabajadoras y las empresas, aprovechen los beneficios y reduzcan los riesgos derivados del uso de tecnologías digitales, se hace cada vez más necesario unas acciones educativas y formativas que tengan en cuenta estas nuevas realidades. De esta forma, una adecuada formación permitirá garantizar una mayor confianza en las mismas, un mayor consumo de éstas y por consiguiente un reforzamiento de la eficacia de las inversiones que se hagan no solo en los respectivos campos de investigación científica, sino también en las futuras acciones de perfeccionamiento y reciclaje profesional que pudiesen ser disfrutadas por las personas trabajadoras, siendo las capacidades básicas

<sup>43</sup> CHRISTENKO, A., JANKAUSKAITĖ, V., PALIOKAITĖ, A., LEON VAN DEN BROEK, E., REINHOLD, K., JÄRVIS, M., *Artificial intelligence for worker...Op. Cit.*, pp. 51 y 52.

<sup>44</sup> ROSEN, P.H., DONOGHUE, R., HEINOLD, E., MOORE, P., NIEHAUS, S., WISCHNIEWSKI, S., *Cognitive automation: implications for...Op. Cit.* pp. 20 y ss.

<sup>45</sup> “Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Actualización del nuevo modelo de industria de 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa” de 5 de mayo de 2021.

digitales un eficiente catalizador de la adquisición de posteriores competencias digitales más complejas. Todo ello conllevará hacer efectivo el Pilar de Derechos Sociales de la Unión Europea, cuya materialización esta guiada por el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

Para hacer frente a las nuevas realidades, la Comisión Europea ha propuesto una Brújula Digital consistente en un programa político que reflejará los objetivos a alcanzar hasta 2030 agrupados en cuatro puntos cardinales (cada uno de ellos relativo a un campo de actuación) que servirá para orientar todas las futuras acciones que sean adoptadas en este Decenio Digital<sup>46</sup>. La consecución de dichos objetivos será fiscalizada por la Comisión Europea mediante informes anuales que reflejarán el estado del progreso en la consecución de aquellos.

Esta Brújula Digital se complementará con el reconocimiento de unos derechos y principios digitales a favor de los ciudadanos europeos que garantiza que aquellos derechos que son ejercidos *offline* también puedan ser ejercidos *online*<sup>47</sup>. La formación será un común denominador a estos cuatro puntos cardinales, que necesariamente conllevará la existencia del uso de los fondos *Next Generation EU* (y dentro de este el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia) por parte de los Estados Miembros y que por ello deberá ser objeto de rigurosos controles.

La Comisión Europea será la responsable de elaborar anualmente un Informe sobre la Década Digital en el que se refleje los avances de los Estados Miembros en la consecución de las metas (entre otras, en materia de formación e integración de la IA en las empresas) y en el cumplimiento de los objetivos, atendiendo a las trayectorias recogidas en las hojas de ruta previamente elaboradas por dichos Estados. En todo caso es necesario destacar que en dicho mecanismo de seguimiento se podrá reflejar la existencia de posibles carencias estratégicas en las acciones formativas de las capacidades digitales.

Por todo lo anteriormente expuesto, debemos diferenciar entre la formación y educación destinada a los ciudadanos europeos y la formación destinada a las empresas y personas trabajadoras. Respecto al primer colectivo, las acciones educativas y formativas van encauzadas a obtener unos conocimientos básicos en las tecnologías digitales. Concretamente en el uso de sistemas IA se aspira a que los ciudadanos tengan conocimientos básicos relativos, por ejemplo, a que puedan saber que puede y no puede hacer un sistema IA, y cómo funciona, cuáles son los principales retos legales y éticos y cuál es la importancia de la vigilancia humana.

---

<sup>46</sup> La Brújula Digital se compone de cuatro puntos cardinales, debiendo destacar: “*Ciudadanos con capacidades digitales y profesionales del sector digital muy cualificados*” y “*Transformación digital de las empresas*”.

“*Comunicación de la comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al comité de las Regiones. Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio digital*”.

<sup>47</sup> Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01).

También se prevé que las acciones educativas y formativas de los ciudadanos vayan encauzadas a un modelo de aprendizaje que se extienda a lo largo de toda la vida<sup>48</sup>, pues uno de los efectos del desarrollo tecnológico es que su crecimiento es exponencial, y por ello los cambios cada vez son más rápidos<sup>49</sup>, siendo necesario el establecimiento de una cultura formativa que se adapte continuamente a los cambios que vayan produciéndose en esta era digital.

Respecto al segundo colectivo, las acciones formativas van dirigidas a satisfacer las necesidades del mercado laboral, ya sea mediante el perfeccionamiento o mediante el reciclaje profesional. Una de las metas perseguidas por la Unión Europea es la integración de tecnologías digitales, como la IA, en las empresas europeas; dicha implantación será cada vez más habitual e intensa, produciéndose una paulatina automatización de tareas que con anterioridad eran desarrolladas por seres humanos<sup>50</sup>.

Las acciones formativas están siempre precedidas por una detección estratégica de las necesidades generales del mercado laboral o específicas de cada empresa, ya que la implementación de sistemas IA en los procesos productivos de bienes y servicios, conllevara en algunos casos la desaparición de algunas profesiones y en otros su mera transformación<sup>51</sup>. En ambos casos, la formación de las personas trabajadoras permitirá una mayor resiliencia a los cambios y por ello una mejora en la empleabilidad y en el bienestar personal y social.

## 7.2. **Ámbito estatal**

Por último, debemos indicar que nuestro país también está realizando importantes esfuerzos para facilitar la incorporación de las nuevas tecnologías digitales. Para hacer frente a los distintos retos, el Gobierno español lanzó la agenda España Digital, concebida como la hoja de ruta para impulsar el proceso de transformación digital del país, la cual se prevé que actúe en una triple dimensión: infraestructuras y tecnología; economía y personas. Además, para facilitar la transición digital se pusieron en marcha 8 planes digitales específicos relativos a distintas áreas, dentro de los cuales, por la temática

---

<sup>48</sup> 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, p. 3.

<sup>49</sup> Uno de los elementos que interviene en dicha aceleración es el incremento de la capacidad de computación de los procesadores de conformidad a la Ley de Moore, la cual indica que el número de transistores en un circuito integrado se duplica cada dos años aproximadamente (lo que genera un crecimiento exponencial en la capacidad de cómputo).

AUTOR, D., MINDELL, D.A., REYNOLDS B.E., *The work of the future...Op. Cit.*, p. 42.

<sup>50</sup> La implantación de tecnologías digitales en las empresas se mide en función de la denominada *intensidad digital* definida en el art. 2.7 de la Decisión (UE) 2022/2481.

<sup>51</sup> Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia, p. 8 y 9.

que aquí nos atañe, debemos destacar la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA) y el Plan Nacional de Competencias Digitales. En ambos planes, se contemplan diversas disposiciones relativas a la formación de las personas en competencias digitales y la necesaria integración de los sistemas IA en las cadenas de valor. También debe destacarse el programa *Quantum Spain* cuyo objetivo es impulsar el ecosistema de computación cuántica en España<sup>52</sup>.

Por último, cabe indicar que ya se han producido transferencias de fondos a las Comunidades Autónomas para cumplir los objetivos y metas definidos por la Unión Europea, estando guiadas todas las medidas adoptadas para facilitar la transición digital por la Carta de Derechos Digitales publicada en 2021 (cuyos Títulos XIX y XX son relativos al ámbito laboral y empresarial, y el Título XXV relativo a los derechos ante la IA).

## 8. CONCLUSIONES

El presente estudio se ha articulado en dos grandes partes: la primera relativa a como impacta la IA en los procesos productivos, y la segunda relativa a las principales tendencias en materia formativa. Todo ello ha tenido por objeto mostrar que estamos incurso en un cambio de modelo productivo, que conlleva una transición digital y por ende una transformación (por creación o destrucción) de los perfiles profesionales demandados en el mercado laboral. La IA es una de las tecnologías más disruptivas de este cambio de paradigma, pero no siempre conllevará una automatización de las tareas, sino que en ocasiones supondrá simplemente un aumento de la capacidad productiva de las personas trabajadoras. La adecuada asimilación de los conceptos reflejados en este estudio puede facilitar la detección de futuras necesidades formativas, lo cual permitirá anticiparse al cambio y evitar posibles impactos negativos en la tasa de empleo, pues como se ha querido reflejar en la presente comunicación, formación y empleabilidad son dos elementos correlacionados en la vida profesional de cualquier persona trabajadora.

---

<sup>52</sup> <https://quantumspain-project.es/>



LAS ESTANCIAS NO LABORALES EN EL ENTORNO  
PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE MEJORA  
DE LA EMPLEABILIDAD DE LOS JÓVENES.  
ALGUNAS PROPUESTAS A LA ESPERA DEL ANUNCIADO  
ESTATUTO DEL BECARIO<sup>1</sup>

JOSEP MORENO GENÉ<sup>2</sup>

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Lleida  
josep.moreno@udl.cat*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación “*De la cultura de la temporalidad a la contratación indefinida desde una perspectiva multidisciplinar: visión general del mercado laboral y particular de la universidad*”.

<sup>2</sup> El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido y financiado por la Generalitat de Catalunya “Social and Business Research Laboratory” Ref. 2021 SGR 00460.

## **SUMARIO**

1. LA FORMACIÓN Y LA INSERCIÓN LABORAL DE LOS ESTUDIANTES Y DE LOS JÓVENES QUE RECIENTEMENTE HAN COMPLETADO SUS ESTUDIOS MEDIANTE LA REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS NO LABORALES EN EL ENTORNO PROFESIONAL. 2. UNA APROXIMACIÓN A LAS CUESTIONES DE ÍNDOLE JURÍDICO-LABORAL QUE COMPORTAN LAS ESTANCIAS PRÁCTICAS NO LABORALES EN EL ENTORNO PROFESIONAL. 3. ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DEL ANUNCIADO ESTATUTO DEL BECARIO



## 1. LA FORMACIÓN Y LA INSERCIÓN LABORAL DE LOS ESTUDIANTES Y DE LOS JÓVENES QUE RECIENTEMENTE HAN COMPLETADO SUS ESTUDIOS MEDIANTE LA REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS NO LABORALES EN EL ENTORNO PROFESIONAL

Desde hace ya algunos años, los centros formativos universitarios y de formación profesional han incorporado de forma generalizada la posibilidad de que sus estudiantes realicen estancias prácticas no laborales en el entorno profesional al mismo tiempo que numerosas empresas, administraciones y otras entidades han integrado estas estancias prácticas no laborales como parte de su política social y de recursos humanos, lo que ha comportado que en muchas empresas, administraciones u otras entidades convivan trabajadores por cuenta ajena con estudiantes de formación profesional u universitarios que realizan sus prácticas formativas recibiendo por las mismas una contraprestación económica en concepto de beca, bolsa, ayuda de estudios, indemnización, estipendio, etcétera. Asimismo, dadas las alarmantes dificultades de inserción laboral de los jóvenes en el mercado laboral, cada vez es más habitual que “jóvenes” que recientemente han completado sus estudios realicen estancias prácticas no laborales en empresas, administraciones u otras entidades con el objetivo de obtener una experiencia laboral que les ayude a conseguir un trabajo ordinario<sup>3</sup>.

La realización por parte de los estudiantes y de los jóvenes que recientemente han completado sus estudios de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional supone un importante valor añadido en su formación, proporcionándoles múltiples y valiosas oportunidades. Así, entre otros efectos beneficiosos, permiten aplicar en el contexto real los conocimientos teóricos y prácticos adquiridos en las aulas; permiten obtener conocimientos relacionados con el ámbito profesional propio de la respectiva titulación; permiten conocer de primera mano los condicionantes con los que se desarrolla

---

<sup>3</sup> Sobre las dificultades de inserción de los jóvenes cualificados vid. ÁLVAREZ GIMENO, R.: “La inserción de los jóvenes profesionales cualificados en el mercado de trabajo”, en *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo*, MTI, Madrid, 2008, pp. 755 y ss. En esta dirección, AAVV: *El sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*, MTAS, Madrid, 2006, ponen de manifiesto que “los y las jóvenes se enfrentan a un tránsito bastante complejo desde la educación hacia el mercado de trabajo”.

el trabajo correspondiente a su titulación en cualquier organización; permiten adaptar sus actitudes y comportamientos al medio profesional, etcétera<sup>4</sup>.

Pero es que, además, la realización de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional por parte de los estudiantes y de los jóvenes que recientemente han completado sus estudios constituye una pasarela entre los estudios y el primer empleo, rompiéndose de este modo el círculo vicioso que impide al recién titulado acceder a su primer empleo por carecer de experiencia laboral y al mismo tiempo le impide obtener experiencia porque no puede acceder a su primer empleo. En consecuencia, en no pocas ocasiones, la realización de estas estancias prácticas no laborales en el entorno profesional acaba desembocando en la contratación laboral de quienes las realizan<sup>5</sup>, facilitándose de este modo la transición de la educación al trabajo<sup>6</sup>.

Como puede observarse, esta vía mediante la que se pretende favorecer la inserción laboral de los jóvenes no consiste en el fomento de la contratación laboral de los mismos, ya sea mediante la regulación de contratos específicos o mediante el establecimiento de incentivos a su contratación, sino que consiste en la realización de estancias prácticas en el entorno profesional que no tienen carácter o naturaleza laboral<sup>7</sup>. A tal efecto, se ha indicado que las prácticas no laborales acaban ganando terreno frente a las contrataciones laborales realizadas bajo la modalidad de contratos formativos<sup>8</sup>.

Efectivamente, la coexistencia entre las diferentes modalidades contractuales formativas previstas en el art. 11 ET –contrato de formación en alter-

---

<sup>4</sup> AAVV: *El sistema de becas en la primera inserción...* cit. p. 37, indican que “estas prácticas deben estar pensadas para enriquecer un proceso formativo al añadirle una dimensión práctica aplicada a los saberes aprendidos”.

<sup>5</sup> En esta misma dirección, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012, indica que “estas prácticas externas constituyen un medio excelente para que los estudiantes puedan obtener su primer empleo, al realizar unas prácticas que permiten a la empresa observar sus habilidades y destrezas que podrían animar a su contratación laboral”. También, DE VAL TENA, A.L.: “Trabajo en prácticas y prácticas no laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 104, 2015, pp. 86 y 87, pone de manifiesto que estas prácticas no laborales pueden ser “una herramienta más al servicio de las políticas activas de empleo”.

<sup>6</sup> Vid. TODOLÍ SIGNES, A.: “La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2015, p. 62. Vid. también, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Cuatro razones para declarar la inconstitucionalidad e ilegalidad de la regulación reglamentaria de las prácticas no laborales (RD 1543/2011)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014, p. 299.

<sup>7</sup> Sobre estas distintas opciones vid. ÁLVAREZ GIMENO, R.: “La inserción de los jóvenes...” cit. pp. 775 a 774.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Prácticas no laborales: avances y retrocesos en el derecho del trabajo” en *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, CARL, Sevilla, 2014. Crítico al respecto se muestra CRUZ VILLALÓN, J.: “Empleo y crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, Valladolid, 2014, p. 612, que considera que se trata de canales alternativos “que sin ambages cabe calificar de competencia desleal a los contratos formativos que en ese juego de oferta atractiva poco pueden ofrecer por mucho que se altere su vigente régimen legal”.

nancia y el contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada— y las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, pone de manifiesto la variedad de itinerarios existentes para materializar el tránsito desde el ámbito formativo al mundo laboral, de modo que junto con las figuras contractuales laborales se ha consolidado de forma muy significativa todo un sistema de becas y ayudas para la inserción, llegando en la actualidad a constituir una vía importante de acceso al mercado laboral para los jóvenes españoles<sup>9</sup>, que está entrando en competencia abierta y, me atrevería a decir, desleal, con los sistemas clásicos de incorporación al mercado de trabajo<sup>10</sup>.

## 2. UNA APROXIMACIÓN A LAS CUESTIONES DE ÍNDOLE JURÍDICO-LABORAL QUE COMPORTAN LAS ESTANCIAS PRÁCTICAS NO LABORALES EN EL ENTORNO PROFESIONAL

La importante proliferación de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de estudiantes y de jóvenes que recientemente han completado sus estudios no se ha visto, sin embargo, correspondido por la normativa laboral y de seguridad social que tradicionalmente no ha contemplado esta figura, habiendo sido las diferentes normativas educativas y/o convocatorias de becas y ayudas las encargadas de su regulación<sup>11</sup>. A tal efecto, la regulación laboral de las estancias no laborales en el entorno profesional normalmente se ha limitado a aseverar que la participación de los estudiantes en los citados programas de formación o la estancia en empresas de jóvenes que recientemente han completado sus estudios, en ningún caso puede dar lugar al nacimiento de una relación laboral.

La falta de regulación de las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de estudiantes y de jóvenes que recientemente han completado sus estudios ha comportado importantes disfunciones en el desarrollo de esta figura. En primer lugar, ha permitido que se produzca un importante abuso en su utilización por parte de las empresas, que en no pocas ocasiones acuden a estas prácticas para sustituir a trabajadores de las mismas con el objetivo de ahorrar costes, no en vano, quienes realizan estas prácticas desarrollan funciones similares a las de un trabajador ordinario sin recibir el correspondiente

---

<sup>9</sup> Vid. en relación con el nuevo contrato formativo introducido por la reforma laboral de 2021, MONTES ADALID, G.: “La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción”, *Lex Social*, núm. 2, 2022.

<sup>10</sup> Vid. AAVV: *El sistema de becas en la primera inserción...* cit. pp. 16 y 17. Vid. también, ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Becas no laborales como mecanismo de empleabilidad de los jóvenes”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, núm. 6, 2019, pp. 8 y ss.

<sup>11</sup> En esta dirección, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Cuatro razones...” cit. p. 297, indica al respecto que “si algo caracteriza a las prácticas no laborales tal y como se ha dejado de manifiesto en nuestro país y en la Unión Europea es la profusión de modalidades existentes y la diversidad de normativas aplicables a las mismas o, bien, alternativamente justo lo contrario: la ausencia de identificación normativa adecuada de alguna de esas prácticas”.

salario<sup>12</sup>. Ello supone, a su vez, un debilitamiento extremo de la finalidad formativa de estas prácticas, que queda supeditado a la finalidad productiva de las mismas. En segundo lugar, se produce el efecto no deseado de que los estudiantes y titulados recientes van encadenando, una y otra vez, estancias prácticas en el entorno profesional con lo que también queda cuestionada la finalidad de inserción laboral de las mismas o, en otros términos, la consideración como puente entre la formación y el trabajo que se atribuye a estas estancias prácticas<sup>13</sup>.

Entre los aspectos que se han visto más afectados por la tradicional falta de previsión de esta figura en la normativa laboral y de seguridad social cabe destacar, sin lugar a dudas, la protección social dispensada a este colectivo, no en vano, tradicionalmente la misma ha basculado entre la limitada protección prevista por el seguro escolar a todas luces insuficiente o la ausencia total de protección social de este colectivo. La falta de una protección social adecuada de quienes realizan estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, ponía de manifiesto la necesidad de una intervención de los poderes públicos en esta materia con el fin de dotar a este colectivo o al menos a una parte sustancial del mismo de una mayor protección social.

Esta intervención normativa, finalmente, tuvo lugar mediante el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (en adelante, Real Decreto 1493/2011), la cual, por primera vez y con mayor o menor fortuna, ha pretendido dotar de una mínima protección social a una parte importante del colectivo de estudiantes y de jóvenes que recientemente han completado sus estudios y que realizan estancias no laborales en el entorno profesional.

En este contexto de anomia normativa de las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, y ante la necesidad de abordar de una vez por todas esta materia, en el Plan de Choque por el Empleo joven 2019-2021, elaborado por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, se previó en la medida nº 31 el compromiso de elaborar un estatuto de prácticas no laborales, para integrar y regular los derechos de las personas en esta situación, contemplando en el mismo todas aquellas relaciones en las que una persona se incorpore a la empresa o a cualquier organización pública o privada para adquirir conocimientos prácticos establecidos previamente en su plan de estudios. Posteriormente, en el componente 23 del Plan de Recuperación,

---

<sup>12</sup> De la misma opinión, CRUZ VILLALÓN, J.: “Empleo...” cit. p. 602, pone de manifiesto que se extienden “usos espureos de las prácticas profesionales como mecanismo de ocultamiento de auténticas actividades productivas, que deberían someterse a una estricta relación contractual laboral retribuida como tal”.

<sup>13</sup> Vid. TODOLÍ SIGNES, A.: “La compleja e insatisfactoria regulación...” cit. p. 62.

Transformación y Resiliencia también se incorporó la necesidad de aprobar un Estatuto del Becario, vinculado a la aprobación de la Garantía Juvenil Plus 2021-2027.

En desarrollo de estas previsiones, la disposición adicional segunda del 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 (en adelante, Real Decreto-Ley 32/2021), prevé que “el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales”<sup>14</sup>.

De conformidad con este mandato, en el mes de abril de 2022 se puso en marcha la Mesa de Diálogo Social con el fin de abordar la elaboración del referido Estatuto del Becario en la que participan las organizaciones sindicales CCOO y UGT y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME. Sin embargo, transcurrido casi un año desde que se pusiera en marcha esta Mesa de Diálogo Social, todavía no ha sido posible sumar a la Patronal al acuerdo alcanzado ya en el mes de octubre de 2022 entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y los Sindicatos, lo que, junto a las reticencias mostradas por los rectores universitarios<sup>15</sup>, mantiene paralizada la aprobación de dicha norma.

Este *impasse*, sin embargo, constituye una buena oportunidad para poder reflexionar con un cierto sosiego sobre las estancias no laborales en el entorno profesional y elaborar algunas propuestas sobre el contenido que, en su momento, debería tener este ya largamente esperado “Estatuto del Becario”.

### 3. ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DEL ANUNCIADO ESTATUTO DEL BECARIO

Cabe reclamar una intervención normativa que aborde de un modo general el régimen jurídico-laboral y de seguridad social del conjunto de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de las personas en formación y de los titulados recientes y que no se limite únicamente a abordar algunas

---

<sup>14</sup> En palabras de GARCÍA TORRES, A.: “Un nuevo estatuto del becario”, en *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK Editores, Oviedo, 2022, p. 182, el Estatuto del Becario es uno de los compromisos de la reforma laboral aprobada en diciembre de 2021 y su objetivo es “regular la formación práctica tutorizada en empresas, así como la actividad formativa de las prácticas curriculares y extracurriculares y delimitar su régimen jurídico de manera precisa para poder identificar las situaciones fraudulentas que se producen entorno a esta figura”.

<sup>15</sup> Vid., al respecto, el comunicado emitido por la CRUE el 18 de octubre de 2022 en el que expresaban su más rotundo rechazo al borrador acordado en aquel momento con los sindicatos (<https://www.crue.org/2022/10/comunicado-negociacion-estatuto-del-becario/>).

de las manifestaciones de este fenómeno, dejando a las restantes en el actual estado de indefinición<sup>16</sup>.

Esta regulación debe pivotar sobre dos ejes, a saber: la clara delimitación entre las estancias prácticas no laborales y el contrato de trabajo y la extensión a todos los supuestos de estancias prácticas no laborales de una adecuada protección social.

Respecto a la primera cuestión, la primera medida que debería adoptarse es la de suprimir la posibilidad de que quienes se encuentren en posesión de una titulación universitaria, de formación profesional o certificado de profesionalidad o titulaciones equivalentes puedan realizar estancias prácticas no laborales en el entorno profesional vinculadas a dichas titulaciones. Por el contrario, en estos supuestos debe acudir a las modalidades contractuales formativas previstas por la normativa laboral, en particular, al contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada.

A tal efecto, debe exigirse una regulación que ponga fin de un modo indubitado a las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los titulados recientes, no en vano, si ya plantea dudas la determinación del interés predominante en el supuesto de las estancias prácticas no laborales desarrolladas por personas que aún se encuentran en fase formación, resulta del todo evidente el predominio del interés de la empresa, administración o entidad receptoras cuando quien realiza las prácticas es un titulado, no en vano, con carácter general la actividad realizada por este tiene la suficiente entidad para ser considerada como una actividad productiva más allá de la formación que se recibe y, por tanto, es merecedora de una cobertura jurídica y social superior a la otorgada por el sistema de becas y prácticas no laborales. En consecuencia, cabe abogar por la naturaleza laboral de la actividad desarrollada por quienes ya son titulados y, por tanto, por la contratación laboral de los mismos mediante la modalidad de contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada<sup>17</sup>, por ser esta modalidad contractual la figura más adecuada para formalizar la relación que une a quien ejecuta los conocimientos previamente adquiridos en una institución educativa y/o formativa y a quien los recibe a cambio de una contraprestación económica<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Becas no laborales...” cit. p. 17, reclama la conveniencia de “regular el tantas veces mentado “Estatuto del becario”, el cual abarque las modalidades de prácticas existentes y elimine la posibilidad de crear becas con prestación de servicios al margen del mismo”.

<sup>17</sup> En la misma dirección, MELLA MÉNDEZ, L.: “Las prácticas no laborales en empresas para jóvenes titulados: un estudio de su régimen jurídico”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, p. 101, mantiene que “la mejor solución para los titulados no es ponerlos de becarios, sino contratarlos a través del contrato de trabajo en prácticas”. Sobre la preferencia del contrato en prácticas, vid. FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Los contratos de trabajo formativos en prácticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 89 y ss.

<sup>18</sup> Vid. RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A.: “La inclusión en el sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan prácticas en la empresa: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012, p. 47.

En todo caso, en el supuesto de que se considere que deben mantenerse las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de titulados recientes, las mismas deben dotarse de todas aquellas garantías dirigidas a garantizar que el uso de las mismas no será fraudulento, a fin de encubrir auténticas relaciones laborales. El punto de partida de la regulación de estas estancias prácticas no laborales dirigidas a titulados recientes debe ser la extensión a las mismas de todas aquellas garantías ya contempladas en la actualidad para las prácticas no laborales previstas en el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas, así como las contempladas para el propio contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada regulado en el art. 11.3 ET, también dirigido a personas que se encuentren en posesión de determinadas titulaciones y/o certificaciones. A título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, cabría contemplar las siguientes prevenciones mínimas:

a) Proximidad entre la finalización de la formación y el desarrollo de las prácticas no laborales. A tal efecto, no sería conveniente que hubiera transcurrido más de uno o dos años desde la finalización de la formación. En este punto, no es tan determinante la edad de quien desarrolla las prácticas no laborales, sino la proximidad entre la realización de las mismas y la finalización de la formación.

b) No haber tenido una relación laboral u otro tipo de experiencia profesional superior a tres meses en atención del nivel de formación en la misma actividad en la que ahora se van a desarrollar las prácticas no laborales, no debiéndose tomar en consideración a estos efectos las prácticas que formen parte de los currículos para la obtención de las titulaciones o certificados correspondientes.

c) Adecuación entre la formación –formación universitaria, formación profesional o certificados de profesionalidad- y las tareas a desarrollar en el marco de las prácticas no laborales, de modo que dichas prácticas permitan la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de formación, lo cual debería quedar reflejado en el correspondiente plan formativo.

d) Fijación de una duración mínima y máxima de las prácticas no laborales a desarrollar, que podría oscilar entre un mínimo de tres meses y un máximo de nueve meses. A tal efecto, no se deberían poder realizar prácticas no laborales en la misma o distinta empresa por tiempo superior a estos nueve meses en base a la misma formación.

e) Las prácticas no laborales deben ejecutarse bajo la dirección y supervisión de un tutor.

f) Las prácticas no laborales dirigidas a titulados recientes deben prever en todo caso una compensación económica.

Asimismo, para el supuesto en que se sigan admitiendo estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de titulados recientes, a los mismos les debe ser de aplicación lo previsto en la disposición adicional cuadragésima

primera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (en adelante, Ley 27/2011), que prevé que a “Las ayudas dirigidas a titulados académicos con objeto de subvencionar estancias de formación, prácticas, colaboración o especialización que impliquen la realización de tareas en régimen de prestación de servicios, deberán establecer en todo caso la cotización a la Seguridad Social como contratos formativos, supeditándose a la normativa laboral si obliga a la contratación laboral de sus beneficiarios, o a los convenios o acuerdos colectivos vigentes en la entidad de adscripción si establecen mejoras sobre el supuesto de aplicación general”<sup>19</sup>. En consecuencia, deberán aplicarse a los mismos la cotización y la protección prevista para el contrato para la formación en alternancia y no la más limitada prevista en el Real Decreto 1493/2011.

También en relación con el primer eje sobre el que debe pivotar una intervención normativa en este punto, es decir, la necesidad de diferenciación entre las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional y el contrato de trabajo, cabe indicar que la situación óptima sería la inclusión de todas las estancias prácticas de los estudiantes y personas en formación en el ámbito del Derecho del Trabajo, no sólo por considerar que este es el ámbito más garantista para quien las realiza, sino también porque de este modo se garantizaría mejor la combinación de las finalidades formativas y de inserción laboral de las mismas<sup>20</sup>. En este punto, en la línea ya emprendida por el Real Decreto-Ley 32/2021, el contrato para la formación en alternancia podría dar cobertura a toda la amalgama de estancias prácticas en el entorno profesional actualmente existentes y, muy especialmente, a las de carácter extracurricular, es decir, que se desarrollan al margen de los planes de estudios y/o de formación<sup>21</sup>.

En caso de seguir admitiéndose las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional dirigidas a estudiantes o personas en formación, resulta del todo imprescindible la aprobación de un Estatuto regulador de las mismas, que garantice su autenticidad y que las mismas no terminen encubriendo en realidad una relación laboral, en los términos ya previstos por la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 10 de marzo de 2014, sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas. A tal efecto, debe abogarse por una regulación que permita garantizar que el principal objetivo de estas prácticas es la formación y la mejora de la empleabilidad de quien las desarrolla y no la obtención de un beneficio o utilidad patrimonial del empresario.

No cabe duda que la aplicación estricta de esta exigencia puede chocar con la propia finalidad de las estancias prácticas no laborales en el entorno

---

<sup>19</sup> De la misma opinión, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Problemas prácticos de las prácticas no laborales en empresas”, en *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 231.

<sup>20</sup> De esta opinión, TODOLÍ SIGNES, A.: “La compleja e insatisfactoria...” cit. pp. 76 y ss.

<sup>21</sup> A tal efecto, RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La inclusión en el sistema...” cit. p. 99, mantiene que “el contrato para la formación y el aprendizaje se diseña como una fórmula idónea para la formación en régimen de alternancia entre teoría y práctica”.



profesional, que no es otra que la de permitir que quien las realiza adquiera experiencia laboral y que el empresario pueda comprobar sus capacidades como trabajador, para lo cual puede ser necesario que el mismo desarrolle un trabajo que en cierto modo puede ser calificado como productivo<sup>22</sup>; pero ello no puede llevar en ningún caso a que el carácter productivo de las prácticas sobrepase su finalidad formativa, so pena, de permitir que las prácticas estén encubriendo auténticas relaciones laborales. Para los supuestos en que predomine el valor productivo de las prácticas no laborales sobre la finalidad formativa, no cabe otra opción que acudir a la contratación laboral, especialmente, al contrato de formación en alternancia.

En este punto, la regulación propuesta para un Estatuto de las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los estudiantes o personas en formación, tendría que ser única, poniendo fin de este modo a la actual dispersión normativa de esta materia, y debería partir del establecimiento de un catálogo de derechos y deberes que resulte coherente con la naturaleza jurídica no laboral que se atribuye a estas estancias prácticas y, en particular, con la exigencia de que quede plenamente garantizada la preeminencia de la función formativa de las mismas frente a otras funciones más productivas propias de toda relación laboral. Sin ánimo de exhaustividad este catálogo de derechos y deberes debe cumplir como mínimo con las siguientes premisas:

a) Necesidad de formalización de un convenio de colaboración entre el centro educativo y/o formativo, la entidad receptora del estudiante y la persona en formación que se encuentra en prácticas en el que se fije el marco regulador de las diferentes relaciones que como consecuencia de las prácticas surgen entre los distintos sujetos que participan en las mismas, a saber, el centro educativo/formativo, el estudiante o persona en formación en prácticas y la entidad receptora del mismo.

b) Obligatoriedad de que con carácter previo al inicio de las prácticas se fije un plan de formación que contenga tanto los objetivos formativos que se pretenden satisfacer con las mismas, como las diversas actividades formativas y “productivas” que como consecuencia de dichos objetivos deberá realizar el estudiante o persona en formación que desarrolla las prácticas.

c) Transparencia de los procesos de selección de las personas que vayan a desarrollar las prácticas, respetándose en todo caso los principios de igualdad y no discriminación. Dichos procesos deben atenerse a la naturaleza formativa y no productiva de las prácticas no laborales y, en consecuencia, no pueden consistir en un proceso de selección idéntico o sustancialmente similar a lo que sería un proceso de selección de los trabajadores de la empresa. Lo esencial debe ser que quienes vayan a desarrollar las prácticas demuestren su capacidad y voluntad de aprender.

---

<sup>22</sup> En esta dirección, TODOLÍ SIGNES, A.: “La compleja e insatisfactoria...” cit. p. 73, indica que existe una cierta incoherencia entre impedir el trabajo, pero, a la vez, buscar que las estancias proporcionen una experiencia práctica.

d) Fijación de mecanismos que garanticen la adecuación entre las prácticas formativas que se pretenden realizar y las posibilidades reales de la empresa o entidad receptora para llevar a cabo esta formación<sup>23</sup>. A tal efecto, deben establecerse criterios que garanticen la capacidad de la empresa o entidad de acogida del estudiante o persona en formación para permitirle aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación, favoreciendo la adquisición de competencias que le preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento. A partir de estas premisas, debe fijarse el deber de la empresa o entidad de acogida de proporcionar a la persona en prácticas el apoyo necesario y facilitarle la utilización de los medios, instrumentos o equipos que resulten precisos para el normal desarrollo de su actividad, así como también, el derecho de dichas personas en prácticas a recibir la colaboración y apoyo necesarios para el desarrollo normal de las mismas.

Para la consecución de este objetivo, resulta imprescindible fijar un número máximo de personas en prácticas, evitándose el fenómeno de empresas compuestas fundamentalmente por este tipo de personal o, en todo caso, con una plantilla descompensada entre trabajadores y personas en prácticas. A tal efecto, sería conveniente establecer un registro de aquellas empresas que cumplieran con todas las exigencias requeridas para poder acoger personas que pretendan desarrollar sus prácticas no laborales en dichas empresas.

e) Establecimiento de los mecanismos precisos para garantizar que las personas en prácticas no ocupen un lugar de trabajo o sustituyan a un trabajador de la entidad receptora, no en vano, el contenido de la prestación de servicios nunca puede ser exactamente el mismo. A tal efecto, debe establecerse una especialización en las funciones o tareas de quienes desarrollan prácticas no laborales, frente a las desarrolladas por los trabajadores ordinarios. En esta dirección, puede resultar útil fijar de forma expresa los puestos de trabajo que pueden y los que no pueden ser desempeñados por personas que desarrollen prácticas no laborales. Asimismo, también puede resultar muy útil el establecimiento de periodos de carencia para la incorporación de personas en prácticas, con los que se evitaría que las empresas acudan de forma continuada a prácticas no laborales para cubrir trabajos permanentes<sup>24</sup>.

f) Previsión de una duración temporal limitada, puesto que las prácticas no laborales únicamente deben extenderse por el tiempo indispensable para la consecución de los objetivos formativos<sup>25</sup>. A tal efecto, aunque es muy difícil prever una duración mínima y máxima para todos los tipos de estancias

<sup>23</sup> Vid. DE LA CASA QUESADA, S.: “Inserción de universitarios y prácticas: ¿Un “festín” de “(falsos) becarios” y “(falsos) aprendices”?” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núms. 401-402, 2016, p. 160.

<sup>24</sup> Vid. ESTEVE SEGARRA, A.: “Claves para un estatuto de los becarios y la mejora de los periodos de prácticas académicas a partir del análisis de los “stages” franceses”, *Trabajo y Derecho*, núm. 33, 2017, p. 33.

<sup>25</sup> Vid. ESTEVE SEGARRA, A.: “Claves para un estatuto de los becarios...” cit. p. 33.

prácticas no laborales, lo que sí es indiscutible es que las mismas deben tener una duración adecuada en todo caso a la finalidad formativa que se pretende alcanzar. Con esta misma finalidad, debe limitarse el encadenamiento de estancias prácticas de un mismo estudiante o persona en formación en la misma o diferente empresa en base a la misma formación, puesto que cabe suponer que ya se ha obtenido por quien las realiza la correspondiente formación práctica.

g) Sometimiento a tutela de la actividad desarrollada por la persona en prácticas. A tal efecto, la persona en prácticas deberá estar tutelada por un profesor/formador del centro educativo o de formación y por un profesional que preste servicios en la empresa, institución o entidad donde las mismas se realicen y, en consecuencia, el tutor deberá organizar y dirigir la actividad a desarrollar con arreglo a lo establecido en el programa formativo. Para el adecuado cumplimiento de la función de tutorización, debe establecerse un máximo de personas tutorizadas por cada tutor.

h) Seguimiento y control sobre el aprovechamiento de las prácticas desarrolladas, de modo que durante toda la vigencia de las mismas deben darse por parte del tutor o de los tutores las indicaciones e instrucciones necesarias para el correcto desarrollo de las prácticas efectuadas y, por tanto, para la mejora de la formación de quien las realiza. Asimismo, las prácticas realizadas deben ser oportunamente evaluadas y, en su caso, certificadas. Esta certificación de las prácticas efectuadas no únicamente constituye una garantía del cumplimiento de la finalidad formativa de las mismas, sino también una carta de presentación o de recomendación para quien las realiza, que puede facilitar su posterior inserción laboral.

i) Supeditación de la prestación de servicios que realiza la persona en prácticas a la formación que ésta debe obtener y no a la inversa, garantizándose a tal efecto que quien las realiza pueda cumplir con su actividad académica, formativa y de representación y participación. En este punto, debe quedar plenamente garantizada la compatibilidad del horario de la realización de las prácticas con las obligaciones académicas y/o formativas de quien las desarrolla. En este contexto, debe procederse a una regulación detallada de los tiempos de trabajo y de descanso de las personas que desarrollan prácticas no laborales.

j) Previsión de los mecanismos oportunos para la reclamación en caso de transgresión de la finalidad formativa de las estancias prácticas no laborales, así como también, fijación de consecuencias jurídicas severas en dicho caso. En este control de la adecuación de las prácticas no laborales a su finalidad formativa debe concederse un papel preponderante a la inspección de trabajo. Asimismo, debe establecerse la obligación de informar a los representantes de los trabajadores de todas las cuestiones relativas a la realización de prácticas no laborales (suscripción de los convenios, contenidos de los planes formativos, acuerdos individuales con quienes vayan a realizar las prácticas, etcétera)<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Sobre el importante papel de los representantes de los trabajadores en esta materia vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Prácticas no laborales. Becas y empleo juvenil: entre su idoneidad y

k) Prohibición expresa de cualquier tipo de contraprestación económica por parte del estudiante o persona en formación a favor de la empresa y/o entidad en la que vaya a realizar sus prácticas no laborales.

l) Derecho a la percepción de algún tipo de contraprestación o compensación económica en concepto de bolsa o ayuda al estudio (becas). Entre los motivos que justifican el carácter “retribuido” de las prácticas no laborales cabe destacar los siguientes: evitar la existencia de prácticas de baja calidad y la explotación de quienes las desarrollan; permitir a las personas más desfavorecidas acudir a las mismas; y, finalmente, garantizar una cierta protección social a quienes realizan estancias prácticas no laborales, no en vano, la aplicación del Real Decreto 1493/2011 exige para ello que los programas de formación conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que la misma se perciba.

Por todo ello, frente a la situación actual, en que cada tipología de estancias prácticas no laborales tiene un tratamiento específico en esta materia, debe abogarse porque todas las estancias prácticas no laborales conlleven el derecho a percibir algún tipo de contraprestación o compensación económica en concepto de bolsa o ayuda al estudio (becas) con independencia de su tipología, pero también, con independencia de otras circunstancias que puedan acompañar al régimen jurídico de las mismas, como pueda ser la duración de las mismas, no en vano, con toda probabilidad, ello llevaría a actitudes empresariales dirigidas a intentar eludir el pago de contraprestación alguna.

En este punto, como mínimo, podría plantearse la contraprestación de las prácticas no laborales mediante cheques formativos, con los que satisfacer los propios gastos que acarrea la formación –matrículas, transportes, alojamientos, etcétera–<sup>27</sup>.

Por lo que respecta a la cuantía de esta compensación, no puede fijarse un criterio único, sino que deberá atenderse a los diferentes tipos existentes de estancias prácticas no laborales.

m) Establecimiento de mecanismos que favorezcan la compatibilidad entre la actividad laboral que pueda realizar el estudiante y/o persona en formación y las estancias no laborales en el entorno profesional que se puedan realizar en el marco de los estudios o formación correspondiente. A tal efecto, se podrían establecer mecanismos de excedencia o de adaptación de la jornada de trabajo.

En definitiva, más allá de garantizar la finalidad formativa de las estancias prácticas no laborales, el Estatuto regulador que se propone debe reconocer y

---

los riesgos de fraude”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016, p. 908.

<sup>27</sup> Vid. TODOLÍ SIGNES, A.: “La compleja e insatisfactoria regulación...” cit. p. 75. En la misma dirección, NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (I)legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado”, *Temas Laborales*, núm. 128, 2015, p. 53, indica que “los jóvenes cuyos padres no pueden permitirse costear sus períodos de prácticas se enfrentan con la exclusión de muchas carreras profesionales”.

adaptar determinados “derechos laborales” a dichas prácticas, en particular, en materia de jornada, descansos, licencias y permisos, derechos retributivos, derecho sancionador, salud laboral, etcétera<sup>28</sup>. A tal efecto, el carácter no laboral de estas prácticas no impide que, ante la proximidad de las mismas con las prácticas laborales, puedan extenderse a quienes las realizan derechos propios de la relación laboral y, muy especialmente, del contrato de formación en alternancia, teniendo siempre en cuenta, sin embargo, que se trata de estancias prácticas no laborales<sup>29</sup>. En este punto, pueden extenderse a las prácticas no laborales gran parte de las previsiones en materia de jornada, horarios y descansos previstas para los trabajadores en formación en alternancia, como, por ejemplo, las relativas a la prohibición de realización de trabajos nocturnos y a turnos, de horas extraordinarias, etcétera<sup>30</sup>.

Respecto a la segunda cuestión, es decir, la extensión de una adecuada protección social a todos los supuestos de realización de estancias prácticas no laborales, se propone, cuanto menos, la extensión a cualquier modalidad de prácticas no laborales del mecanismo de protección previsto en el Real Decreto 1493/2011, mejorando los aspectos más controvertidos de dicha norma. En consecuencia, todos aquellos que desarrollen prácticas no laborales en el entorno profesional deben quedar asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social. Para ello, resulta del todo necesario que se proceda a aclarar el ámbito de aplicación del Real Decreto 1493/2011, de modo que no quepa ninguna duda de que dicha norma ampara todos los supuestos de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, aclarándose de un modo indubitado las numerosas cuestiones que en la actualidad aún se plantean al respecto.

Asimismo, la extensión a cualquier modalidad de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional del mecanismo de protección previsto en el Real Decreto 1493/2011 debería llevarse a cabo con independencia de que quienes las realizan perciban o no alguna contraprestación económica. Recuérdese en este punto que la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, ya

---

<sup>28</sup> Vid. ESTEVE SEGARRA, A.: “Claves para un estatuto de los becarios...” cit. p. 33.

<sup>29</sup> En esta dirección, CRUZ VILLALÓN, J.: “Empleo...” cit. p. 606, constata la “necesidad de fijar reglas de conducta tanto por parte de la empresa como por parte del estudiante en la ejecución de la actividad formativa, reglas algunas de ellas que resulta aconsejable que se incorporen a la regulación reglamentaria de la figura y que en estos momentos brillan por su ausencia en la misma. El ejemplo concreto más patente de lo anterior se cifraría en las necesarias garantías en materia de seguridad y salud en la ejecución de la actividad formativa, que por sentido lógico deberían establecerse a imagen y semejanza de las previstas para los propios empleados de la empresa”.

<sup>30</sup> A tal efecto, RAMÍREZ BANDERA, C.: “Cuando los abusos empresariales se convierten en costumbre: la insuficiente protección normativa dispensada a becarios y estudiantes en prácticas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 473, 2023, señala entre los déficits de esta figura que “tampoco tienen derecho a vacaciones, no se regulan los límites de su jornada ni horario (...) no se impone la prohibición de realización de horas complementarias o de trabajo en horario nocturno”.

prevé que “La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación, la realización de prácticas no laborales en empresas y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que realicen las prácticas indicadas, aunque no tengan carácter remunerado”. A tal efecto, se propone que se efectúen los correspondientes desarrollos normativos previstos por la propia norma para que la misma pueda resultar plenamente aplicable<sup>31</sup>.

En todo caso, esta previsión debería venir acompañada de la bonificación de todas las cotizaciones a la Seguridad Social en los términos ya previstos por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que bajo la rúbrica de “bonificación en la cotización a la Seguridad Social por las prácticas curriculares externas de los estudiantes universitarios y de formación profesional”, establece que “Las prácticas curriculares externas realizadas por los estudiantes universitarios y de formación profesional, que tienen el carácter exclusivamente de asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social de conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, desarrollada por el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regula los términos y las condiciones de inclusión en el régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, tendrán una bonificación del cien por cien en la cotización a la Seguridad Social a partir del día 1 de agosto de 2014”.

Por lo demás, debería plantearse muy seriamente la posibilidad de ampliar al colectivo de personas que desarrollan estancias no laborales en el entorno profesional la protección por desempleo, no en vano, la situación en la que se encuentran quienes finalizan las prácticas no laborales es muy parecida a la que se encuentran los trabajadores por cuenta ajena cuando pierden su trabajo, puesto que en ambos casos, se deja de obtener la contraprestación económica que les reportaba la actividad que desarrollaban hasta ese momento, lo que justificaría que todas estas primeras experiencias prácticas iniciales permitieran el acceso a un cierto nivel de protección por desempleo dirigido a garantizar la protección, pero, fundamentalmente, la activación del colectivo de los jóvenes en prácticas.

---

<sup>31</sup> Así también lo reclaman, GUINDO MORALES, S. Y ORTEGA LOZANO, P.: “El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, p. 378. Vid. también, ORTEGA LOZANO, P.: “Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios”, en *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. 1 Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.

Los diferentes borradores de Estatuto del Becario presentados a la Mesa de Diálogo Social incorporan varias de las propuestas presentadas a lo largo de esta comunicación, especialmente, la exigencia de un convenio de colaboración y de un plan formativo, la limitación del número de personas en prácticas en atención a la dimensión de la empresa y/o entidad en la que se desarrollan las prácticas, la previsión de una compensación económica, especialmente, para sufragar los gastos derivados de las prácticas –desplazamiento y/o manutención–, la limitación de la jornada y el derecho a los descansos, en particular a los días festivos y vacaciones, la prohibición de realización de trabajos nocturnos y a turnos y de horas extraordinarias, la protección de la salud laboral de quienes realizan las prácticas, la cotización a la Seguridad Social y la correlativa extensión de la protección social dispensada a este colectivo, etcétera.

Queda por ver si finalmente se conseguirán vencer las enormes resistencias de todo tipo con las que se está encontrando la aprobación del tantas veces anunciado Estatuto del Becario y, en este caso, cuáles serán los peajes que inevitablemente se tendrán que pagar para alcanzar este loable objetivo.





FORMACIÓN PROFESIONAL E INCORPORACIÓN  
AL MERCADO DE TRABAJO: COMPLEJOS Y RETOS

MARIOLA SERRANO ARGÜESO

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

*Universidad de Deusto*

*mariola.serrano@deusto.es*

## **SUMARIO**

1. DESEMPLEO JUVENIL Y FORMACIÓN: EN ESPECIAL FORMACIÓN PROFESIONAL. 2. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES Y EUROPEAS EN MATERIA DE FORMACIÓN. 3. REVITALIZACIÓN Y DIGNIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO FÓRMULA ADECUADA DE INCORPORACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO. 4. BIBLIOGRAFIA

## 1. DESEMPLEO JUVENIL Y FORMACIÓN. EN ESPECIAL FORMACIÓN PROFESIONAL

Al finalizar el mes de enero de este año 2023, el número de jóvenes entre 16 y 24 años registrados en las oficinas de los Servicios Públicos de Empleo ha sido de 203.504, un 3,96% más que el mes pasado, lo que representa una subida de 7.753 desempleados. También es cierto, por otro lado, que hay 15.971 menos que en enero de 2022, lo que indica una caída en los últimos doce meses del 7,28%<sup>1</sup>. Qué duda cabe que la educación es fundamental para paliar el desempleo. En efecto, la educación es una inversión de futuro en la medida que proporciona habilidades y competencias a las personas que garantizan o, al menos, facilitan, su incorporación al ámbito laboral. Un mayor nivel educativo se vincula con más salud, mayores tasas de empleo y retribución, y mayor compromiso social. El impulso para aumentar el nivel educativo de la población española para la mejora de la competitividad y el bienestar requiere también de un esfuerzo económico “de envergadura similar al reto que se pretende abordar”. Si bien el gasto público en Educación ha ido aumentando hasta llegar en el año 2021 al 4,6% de cara a la convergencia con la UE-27 (5%) tendrá que ser aún mayor para aumentar el porcentaje del PIB destinado a Educación<sup>2</sup>.

Según la OCDE<sup>3</sup> durante el periodo 2010-2021, el porcentaje de población adulta española con estudios inferiores a la segunda etapa de educación secundaria se ha reducido en 11 puntos porcentuales pasando del 47,1% al 36,1%; sin embargo, se encuentra 16 puntos porcentuales por encima del de la OCDE (20,1%) y es más del doble del de la UE22 (16,4%).

A pesar de la progresiva mejora del nivel educativo, queda claro que uno de los problemas en España es el importante número de personas con primera

---

<sup>1</sup> Disponible en: [https://www.injuve.es/sites/default/files/adjuntos/2023/02/paroreg2023-01\\_16a24\\_notinfo.pdf](https://www.injuve.es/sites/default/files/adjuntos/2023/02/paroreg2023-01_16a24_notinfo.pdf)

<sup>2</sup> OBSERVATORIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL, *Informe 2022: Una nueva Ley de la FP para unos nuevos tiempos*. Disponible en: <https://www.observatoriofp.com/downloads/2022/informe-completo-2022.pdf>.

<sup>3</sup> Los datos que aportamos respecto al panorama de la Educación en España se han extraído del informe *Panorama de la Educación. Indicadores de la OCDE 2022. Informe español*, p. 17-24. Disponible en: <https://sede.educacion.gob.es/>

etapa de secundaria como nivel máximo de formación alcanzado y, por tanto, sin cualificación profesional, y el escaso número de personas con segunda etapa de secundaria, nivel en el que se sitúan quienes tienen la Formación Profesional de Grado Medio.

Es verdad, en todo caso, que los datos de educación de la población adulta joven varían sensiblemente según la OCDE. Así pues, en España, el nivel de estudios de la población de 25 a 34 años mejora respecto a la de 25 a 64 años, reduciéndose el porcentaje de la población con estudios básicos y aumentando el de la población con educación terciaria. En este último caso destaca que la proporción de mujeres que alcanza el nivel de educación terciaria es superior al de los hombres en todos los países que el informe analiza. Así, España, es el segundo país entre los analizados con mayor porcentaje de mujeres de entre 25 y 34 años con nivel de grado, máster o doctorado, alcanzando el 60,5% del total.

En relación a la situación educativa y laboral de las personas jóvenes de entre 18 y 24 años, de media, en los países de la OCDE, más de la mitad (un 54,3%) está en educación; menos de un tercio (un 29,8%) no lo está, pero sí se encuentra empleada, y el 16,1% ni está empleada, ni está en educación o formación. En España, las proporciones son de un 62,1%, un 17,6% y un 20,3% respectivamente. De ese 20,3% alrededor del 57% se dedica a la búsqueda de empleo (en desempleo) y el resto es población inactiva. En EU22, de media y a pesar de la disparidad, el 14,2 % de las personas en este grupo de edad no tiene empleo ni recibe formación y, a diferencia de España, menos de la mitad está buscando trabajo. En esa franja, el 3,1% de la población entre 18 y 24 años es desempleada de larga duración, frente al 1,4% de la media de la OCDE y el 1,7% de la UE22<sup>4</sup>.

España ocupa en este caso un nivel preocupantemente alto de tasa de “ninis” lo que nos indica que para bajarnos de este negativo pódium habrá que pensar en cambios educativo-formativos para el mercado de trabajo “¿será la reforma del sistema de FP el bálsamo de Fierabrás o la pócima mágica para todos los males sociolaborales de la juventud?”<sup>5</sup>. Un problema que también hemos de destacar es que junto al desempleo no cualificado y al cualificado convive también el desempleo sobre cualificado. En efecto, la sobre cualificación es un problema creciente entre países de la OCDE alcanzando en España en el último informe *Estudio Programa para la Evaluación Internacional de las Competencias de la población Adulta (PIAAC, 2012 y 2015)* el 17% frente al 15% de la OCDE. En este caso, la dificultad es que existe un alto porcentaje de personas que a pesar de ser tituladas no tienen las competencias y habilidades que se requieren por las empresas adecuadas a su nivel de estudios.

---

<sup>4</sup> Ibidem. Pág. 71-89.

<sup>5</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El futuro de las juventudes perdidas en el punto de mira de las reformas ¿educación-ciudadanía versus formación-empleabilidad?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 463 (octubre 2021), p.13

En el año 2021 y siguiendo tendencias anteriores, las dos opciones formativas con menor nivel de desempleo fueron la FP de Grado Superior (11,4%) y los estudios universitarios (8,3%). Dentro de las cualificaciones intermedias, la FM de grado medio presentaba una tasa de desempleo levemente menor que la de Bachillerato (15,6% frente a un 16,1%). Según estudios recientes, parece que existe “una suerte de techo de cristal para los titulados de FM grado medio que dificulta su acceso y progresión en el mercado laboral”<sup>6</sup>.

En todo caso, en relación al desempleo, España cuenta con dos problemas estructurales importantes a los que debe hacer frente: el elevado número de personas que carecen de acreditación profesional de sus competencias profesionales y el desequilibrio entre los niveles de cualificación y las necesidades del mercado laboral. Nos encontramos con una población un nivel profesionalizante muy escaso por lo que es importante hacer un esfuerzo especial en reformar la fuerza productiva con un nivel de cualificación medio, lo que se consigue a expensas de la formación profesional de grado medio, fundamentalmente<sup>7</sup>. En efecto, nuestro país, presenta una baja proporción de jóvenes matriculados en programas de formación profesional en comparación con otros países de la OCDE (del 12% frente al 25%) siendo la tasa de ocupación profesional del 74% frente al 64% de los que tienen una titulación general. También es verdad que los datos indican un incremento en la demanda de estos estudios. Así, en España, en el curso 2020-2021, se matricularon en FP 984.353 personas lo que ha supuesto un crecimiento del 24,4% desde el curso 2016-2017 y suma 200.000 estudiantes en los últimos cuatro años<sup>8</sup>.

Estos datos validan la conclusión a la que queremos llegar: la FP es un itinerario valioso y efectivo para la inserción laboral pero rodeada de mitos que la han hecho arrastrar una fama que no se corresponde con la realidad:

- Se dice que el nivel académico de quienes escogen la FP no es bueno, o lo que es lo mismo, que solo escogen la FP quienes no pueden ir a la universidad. Lejos de ese “mito”, la Formación Profesional es por segundo año consecutivo la etapa del sistema educativo que más alumnado recibe en cifras absolutas, y se acerca al millón de personas<sup>9</sup>. En algunas familias, y en el sistema público, con verdaderos problemas para acceder a dichos estudios, siendo así el aumento de plazas uno de los retos de la nueva normativa<sup>10</sup>. Si bien, también es cierto que aunque es de las enseñanzas que más crece en matriculados es de las que menos

<sup>6</sup> OBSERVATORIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL, op.cit.

<sup>7</sup> Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>

<sup>8</sup> OBSERVATORIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL, op.cit.

<sup>9</sup> CCOO Enseñanza, *¿Qué problemas tiene la FP y qué aporta la nueva Ley?*. Disponible en: <https://fe.ccoo.es/7a93f573b0f6e7884f2d8765cfa94b18000063.pdf>

<sup>10</sup> “Al menos 33.000 jóvenes se quedan fuera de la educación pública, el 45% en grados medios y el 61% en grados superiores, según un estudio realizado por el sindicato CC OO de la enseñanza” (13 de agosto de 2022). Disponible en: <https://elpais.com/espana/madrid/2022-08-13/mas-de-la-mitad-de-los-aspirantes-madrilenos-para-la-fp-se-quedan-sin-plaza-te-obligan-a-irte-a-la-privada-para-seguir-estudiando.html>

crece en titulados con un 0,4% seguida por el Doctorado con un 0,1%<sup>11</sup>.

- Se piensa que los trabajos relacionados con dicha formación tienen una cualificación baja y son poco demandados por las empresas. Sin embargo, el altísimo nivel técnico de la FP es requerido en la actualidad por las empresas. La percepción de las empresas respecto de la FP en general es muy positiva ya que se asocian múltiples ventajas a la selección de esta opción formativa, por ejemplo, la oportunidad de formarse en un corto periodo de tiempo o poder conseguir un buen empleo<sup>12</sup>.
- Se rumorea que los trabajos son precarios y los sueldos son bajos. Ni uno ni otro es cierto. Lo que sí es verdad es que el nivel formativo influye en la fijación de retribuciones. A mayor formación, mayor es también la remuneración percibida por los profesionales. Así, y partiendo de valores promedio, un profesional con estudios de postgrado percibe un salario que es un 21% mayor que el de un trabajador con titulación universitaria, un 45% más que un titulado superior en Formación Profesional y un 95% por encima del de un profesional con estudios básicos<sup>13</sup>.
- Se afirma que la inserción en el mercado laboral es escasa. La realidad dista mucho de esta afirmación, se estima que las oportunidades de empleo para la FP supondrán el 24,6% del total de oportunidades de empleo en el periodo 2022-2030. Esto es, una de cada cuatro oportunidades de empleo será para la FP. De estas, el 57,2% será para los tituladores en FP de Grado Superior y el 42,8% con los titulados en FP de Grado Medio. Hay que subrayar que los informes destacan también que no todas las oportunidades de empleo para la FP en esta década se cubrirán con los titulados actuales<sup>14</sup>. La alta empleabilidad se respira también desde un punto de vista más subjetivo. Así, las personas que han cursado dicha formación tienen una percepción positiva respecto a la empleabilidad. Un reciente informe afirma que “casi el 60% de los entrevistados considera que cuentan con un alto valor en el mercado de trabajo actual, así como un alto grado de empleabilidad. Los encuestados que consideran que existen muchas oportunidades para encontrar un buen empleo representan un 59%, de entre los cuales, un 23% consideran que el nivel de oportunidades es muy alto y un 36% bastante alto”<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> OBSERVATORIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL, op.cit.

<sup>12</sup> Si bien es cierto que el estudio se centra principalmente en la FP a distancia, se referencia la FP en general en muchas ocasiones y son trasladables algunas de sus conclusiones. CEAC, *Barómetro de empleabilidad y valores de la Formación profesional*. Disponible en: <https://www.randstadresearch.es/barometro-de-empleabilidad-y-valores-de-la-formacion-profesional/>

<sup>13</sup> Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20200803/universitario-fp-formacion-ofertas-empleo-salario-8060864>

<sup>14</sup> OBSERVATORIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL, op.cit.

<sup>15</sup> CEAC, op.cit.

- Parece que la FP es más masculina que femenina. Esta es una verdad a medias. Aunque en términos globales, la distribución por sexo es bastante equilibrada, un 43,3% de mujeres en Grado Medido y 47,3% en Grado Superior, el sistema tiene una clara segregación de género porque en las familias profesionales existen fuertes desequilibrios, estando las mujeres claramente infrarrepresentadas en las familias tecnológicas, mejor remuneradas y con más salidas profesionales<sup>16</sup>. Todo ello lleva también a un mayor desempleo entre las mujeres del 16,1% frente a la de los hombres, 11,3%<sup>17</sup>.

## 2. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES Y EUROPEAS EN MATERIA DE FORMACIÓN

A nivel internacional y europeo, casi de forma uniforme, y a fin de incrementar la eficiencia empresarial, la creación de empleo y la calidad del mismo se apuesta por la inversión en capital humano, esto es, en formación y recualificación continua. Además, se requiere una nueva manera de gestionar los recursos humanos y se necesita modificar la organización y los puestos de trabajo. El *Marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (2021-2030)*<sup>18</sup> destaca el papel fundamental que desempeñan la educación y la formación a la hora de configurar el futuro de Europa, apostando por el aprendizaje permanente como eje del crecimiento sostenible e inclusivo.

En la lucha contra el desempleo, principalmente el juvenil, hay que tener en cuenta dos vertientes. Por un lado, dónde están los nuevos focos de empleo y, consecuentemente, dónde invertir, y por el otro, las habilidades y competencias que se consideran necesarias para una más fácil y de mayor calidad incorporación al ámbito laboral. No es baladí lo que hemos dicho porque el objetivo no es solo conseguir la incorporación al ámbito laboral de más personas sino que el empleo que se genere sea empleo de calidad.

Así pues, para una mejor inserción en el mercado de trabajo debiera invertirse en<sup>19</sup>:

- Economías verdes y azules. La economía verde es aquella que mejora el bienestar humano y la igualdad social mientras se reducen significativamente los riesgos medioambientales y la escasez ecológica, además de conseguir un desarrollo económico y un consumo eficiente

---

<sup>16</sup> CCOO Enseñanza, op.cit.

<sup>17</sup> OBSERVATORIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL, op.cit.

<sup>18</sup> Resolución del Consejo relativo a un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación con miras al Espacio Europeo de Educación y más allá (2021-2030), (DOUE núm. 66, de 26 de febrero de 2021). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu>

<sup>19</sup> OIT, *Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2022: Invertir en la transformación de futuro para los jóvenes (2022)*. Disponible en: <http://www.ilo.org>

de los recursos. La economía azul es la capacidad de responder a las necesidades básicas de todos con los que se tiene introduciendo innovaciones inspiradas en la naturaleza. Frente a la azul, la verde supone una inversión por parte de empresas y consumidores.

- Economía naranja. La economía naranja abarca todas las actividades económicas relacionadas con el arte, la cultura, la investigación, la ciencia, la tecnología etc., en la que la creatividad es la principal característica.
- Economía digital, que es aquella que incorpora toda la actividad económica que depende del uso de materias digitales o que se ve reforzada por el uso de las mismas.
- Economía del cuidado. Se entienden como tales los trabajos vinculados a la salud, el cuidado de niños y niñas, la educación de la primera infancia, cuidados dirigidos a personas con discapacidad, personas de edad y cuidados de larga duración.

De forma sucinta vamos a enunciar cuáles son las habilidades y competencias que debiera ofrecer el actual sistema educativo a fin de conseguir una adecuada incorporación al ámbito laboral<sup>20</sup>.

- Educación básica de calidad. Conseguir que nuestra población tenga una educación superior a la ESO. Es fundamental contar con una fuerza trabajadora bien formada que pueda responder a retos como el aumento de la competencia global o al cambio climático.
- Educación y formación actualizada y vinculada directamente con el mercado laboral y con la sociedad.
- Desarrollo de competencias como alfabetización digital; colaboración, comunicación; creatividad; manejo de lenguas extranjeras; pensamiento crítico y resolución de problemas. El problema radica, en muchos casos, es que existen trabajadores que aunque poseen un título de educación superior solo tienen competencias de nivel medio o bajo que dificulta su incorporación al ámbito laboral.

---

<sup>20</sup> Para la elaboración de este epígrafe se han utilizado las siguientes fuentes: OIT, *La formación para el empleo: la inserción social, la productividad y el empleo de los jóvenes*. Disponible en: <http://www.ilo.org>; OIT, *Informe V. La formación para el empleo: la inserción social, la productividad y el empleo de los jóvenes* (2000). Disponible en <http://www.ilo.org>; OIT, *Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente*. Disponible en <http://www.ilo.org>; OIT, *Informes del Grupo de Trabajo de la Discusión General sobre competencias y aprendizaje permanente. Propuestas de resolución presentadas a la Conferencia para adopción (109ª reunión)*. Disponible en: <http://www.ilo.org>. La Agenda Europea de Capacidades recuerda que la recuperación de la economía, el fortalecimiento de la competitividad global de Europa y el impulso de las transiciones verde y digital gemelas requiere una nueva política de capacidades. UE, *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia de 2020*. Bruselas, 1.7.2020 COM (2020) 274 final. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=1223>



- Habilidades para resolver conflictos; colaborar y comunicarse de forma adecuada (soft skills).
- Mayores capacitaciones sociales y de comportamiento. Trabajo en equipo. Flexibilidad y ganas de “aprender a aprender” a medida que evolucionan el trabajo y la tecnología.
- Corresponsabilidad con las instituciones de formación en la educación de las empresas, los sindicatos y demás agentes sociales.
- Formación continua o educación a lo largo de la vida. Se incide en la formación de corta duración para mejorar las cualificaciones de jóvenes desempleados o inactivos<sup>21</sup>. La participación de la población adulta en procesos de recualificación (*lifelong learning*) está fuertemente ligado a una mayor productividad, mayores oportunidades de empleo, y mejores salarios.
- Incluir la dimensión de género en la formación a fin de eliminar desigualdades entre géneros, la pobreza y el desempleo.
- Adecuada financiación de la formación.

### 3. REVITALIZACIÓN Y DIGNIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO FÓRMULA ADECUADA DE INCORPORACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO

El año 2022 es decisivo en la transformación de la FP en España debido a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional<sup>22</sup>. Esta evolución venía ya concretándose con anterioridad en el Plan de Modernización de la FP<sup>23</sup>; en el componente 20 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 2021<sup>24</sup>; y en los Planes

---

<sup>21</sup> *Agenda Estratégica del Consejo Europeo para 2019-2024* y Decisión 2021/1868 del Consejo, de 15 de octubre de 2021, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembro (DOUE 26.10.2021). En relación a la importancia de la FP para la incorporación al mercado de trabajo: *Declaración de Osnabrück sobre la educación y formación profesionales como facilitadoras de la recuperación y de transiciones justas hacia economías digitales y ecológicas* (P9\_TA(2020)0373. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre la Recomendación del Consejo sobre la educación y formación profesionales (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia (2020/2767(RSP) y la Recomendación del Consejo sobre la educación y formación profesionales (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia; Recomendación del Consejo de 15 de marzo de 2018 relativa al Marco Europeo para una formación de Aprendices de Calidad y Eficaz (2018/C 153/01).

<sup>22</sup> BOE núm.78. Pendientes de la tramitación y aprobación del Proyecto de Real Decreto por el que se establece la Ordenación del Sistema de Formación Profesional.

<sup>23</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL, *Plan de modernización de la formación profesional*. Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>.

<sup>24</sup> Disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/>

Estratégicos de Formación Profesional<sup>25</sup>. El fin es posicionar a la FP en la vanguardia del sistema educativo español y convertirla en uno de los motores para el crecimiento económico y social de España. Estos nuevos tiempos en los que se enmarca la FP están, además, caracterizados por las transiciones digital y tecnológica, la transición medioambiental y la transición demográfica y social, que implican cambios importantes en el tejido productivo y en los perfiles profesionales<sup>26</sup>.

La nueva norma incorpora, partiendo de la experiencia del pasado, las recomendaciones formativas europeas, internacionales, así como las de las reflexiones previas previstas en los distintos planes nacionales:

- El eje del nuevo sistema formativo es la persona. “Se trata de poner los recursos de formación y el mejor sistema de formación profesional al servicio de todas las personas, de manera accesible y en cualquier momento de su vida”. Es por ello que el actual sistema permite abordar el papel de cualificación y recualificación que las circunstancias del mercado laboral requieren<sup>27</sup>.
- Integra en un sistema único de formación profesional a lo largo de la vida los dos subsistemas existentes (FP del sistema educativo y FP para el empleo) en el que identifica las competencias profesionales del mercado de trabajo. Eso sí, tal y como se advierte, la asunción de toda la oferta educativa por parte de la Administración educativa puede suponer aumentar el valor de toda ella pero también se corre el riesgo de querer titularizar toda la oferta de FP con las dificultades que ello conllevaría en la impartición y aceptación por parte de los trabajadores y empresas que habitualmente hacen uso de ella<sup>28</sup>. El objeto de la integración es que los hasta ahora dos subsistemas de FP permitan que cualquier ciudadano, estudiante, trabajador, empleado o desempleado, pueda acceder de forma fácil y sencilla a la formación a lo largo de la vida. De esta forma, el sistema de formación de la Ley 3/2022 se diseña “bajo la premisa de que la formación es una necesidad durante toda la vida (...). El propósito es conseguir un sistema lo suficientemente

---

<sup>25</sup> La formación profesional es uno de los motores fundamentales para el crecimiento económico y social de España. El *I Plan Estratégico de Formación Profesional*, que se inicia en el cuarto trimestre de 2018, había de ser intensificado y adaptado para dar respuesta a las necesidades de cualificación y recualificación de los trabajadores –futuros y actuales–, a nivel individual y colectivo de cada empresa, es por ello que el Ministerio de Educación y Formación Profesional propuso una segunda fase del *Plan Estratégico de Formación Profesional* que, ante la nueva situación, incorporase un plan para la formación profesional, el crecimiento económico y social, y la empleabilidad “cuya finalidad sea crear un ecosistema de relanzamiento económico desde la apuesta por el capital humano y el talento”. Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>

<sup>26</sup> OBSERVATORIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL, op.cit.

<sup>27</sup> Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/20720-plan-modernizacion-fp.pdf>

<sup>28</sup> ASEGURADO GARRIDO, Antonio y MARRODÁN GIRONÉS, Jesús, *La nueva Ley de FP y su análisis. Una mirada técnica*, Unión sindical de Inspectores de Educación, EditeX, 2022.

flexible y, además, proactivo, que permita detectar las disfunciones entre las necesidades del mercado y las capacidades y aptitudes de los trabajadores y demandantes de empleo, y ofrezca además vías eficaces para proporcionar y/o actualizar las competencias profesionales”<sup>29</sup>.

- En el nuevo sistema toda la FP es acreditable y acumulable.
- Los cinco grados que plantea la norma (A, B, C, D y E) responden a necesidades de la persona y del mercado laboral.
- Se pasa de las 739 cualificaciones actuales (Catálogo de Cualificaciones) a cerca de 3000 estándares de competencia adaptados al tejido empresarial pero que pierden su validez contractual (eran el mínimo formativo para poder realizar un contrato en prácticas). La nueva ley permite que los estándares de competencia (elementos básicos del sistema) se puedan cambiar de forma automática cuando sea necesario lo que facilita también el cambio inmediato de la oferta.
- Incorpora el carácter dual de toda la FP. Así pues, toda la formación profesional es dual para los estudiantes que alcancen un certificado o título de Grado C, D y, en su caso, E pues la totalidad del alumnado habrá realizado entre un 25% y un 50% de su formación en empresa. La nueva Formación Profesional Dual se subdividirá en FP Dual General (entre el 25 y 35% del tiempo y mínimo del 20% de la evaluación a cargo de la empresa y sin vinculación contractual) y FP Dual intensiva o en alternancia (del 35 al 50% del tiempo de formación y 40% de la evaluación a cargo de la empresa y con vinculación contractual). La formación dual potencia la corresponsabilidad entre los centros de Formación Profesional y los centros de trabajo de su entorno, que trabajarán de manera conjunta en los aprendizajes del currículo a fin de conseguir una formación actual y conforme a los cambiantes requerimientos del mercado de trabajo. La incorporación de la dualidad es un aspecto, sin duda, positivo pero tremendamente complejo y que tiene mucho que mejorar partiendo de las limitadas experiencias del pasado. Recordar al respecto, para la reflexión, que en España no ha existido formación dual en sentido estricto y el modelo se ha utilizado, en muchos casos, para una precarización incentivada del trabajo e incluso como un negocio de las consultoras privadas<sup>30</sup>.
- La participación de los agentes sociales se convierte en imprescindible y se regula de forma detallada en el artículo 59 de la norma donde se establece que “los agentes sociales, organismos y entidades intermedias podrán asumir funciones de impulso, promoción y asistencia a proyec-

---

<sup>29</sup> MENÉNDEZ, Paz y RODRIGUEZ CARDO, Iván Antonio, “El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación”, *RGDTSS*, núm. 63, 2022, p. 69

<sup>30</sup> CCOO, *El fraude de los contratos para la formación y el aprendizaje*. Disponible en: [www.ccoo.es](http://www.ccoo.es), p.1 y 2.

tos de formación profesional”. También en este caso, partiendo de la experiencia anterior de mala praxis en la utilización de los contratos se incide en el control por parte de la representación de los trabajadores vaticinando, el apartado 3 de dicho artículo 59, que” las organizaciones empresariales y sindicales más representativas conocerán, en el marco del diálogo social establecido en cada territorio, los puestos de formación profesional en la empresa u organismo equiparado de cada uno de los regímenes de oferta”. En el mismo sentido, el artículo 55: ”las administraciones competentes en el desarrollo de ofertas de formación profesional adoptarán las medidas necesarias para garantizar el carácter formativo de las actividades desarrolladas durante el o los periodos de formación en la empresa, y evitar su utilización inadecuada como actividad productiva y de carácter laboral, sin perjuicio de las competencias de la administración laboral, en el ámbito de la inspección de trabajo”<sup>31</sup>.

- Las capacidades que prevé el nuevo sistema formativo deben estar relacionadas con el ámbito del saber ser y con la adaptación a los cambios del sector productivo. Se clarifican las habilidades que han de adquirirse en la formación profesional en coherencia con las tendencias formativas de hoy en día: creatividad, competencias digitales, capacidades analíticas y predictivas y actitudes proactivas. Todo ello, a fin de convertir a la FP en una palanca para el crecimiento<sup>32</sup>. Lo que va a exigir también una mayor profesionalización de la docencia<sup>33</sup>.
- Pretende formar profesionales capaces de incorporarse a los nuevos puestos de trabajo generados por la digitalización y la transición ecológica.
- Incorpora en el curriculum la innovación, la investigación aplicada, el emprendimiento y la internacionalización. La competencia en inglés no acaba de despegar en nuestro país a pesar de que es una condición *sine qua non* para el acceso al empleo, la movilidad laboral, de estudios y de prácticas. Algunos datos al respecto: las personas que han cursado formación profesional consideran como aspectos que necesitan mejorar: las lenguas (46%), las competencias específicas, esto es programas y tecnologías especiales del sector o puesto-estadísticas, programación, software de CAD/CAM etc. (36%), las competencias innovadoras, como tecnologías web, redes sociales, ingeniería verde etc. (35%) y la experiencia (34%)<sup>34</sup>. Pese a la importancia de los idiomas, el 34% de los estudiantes de la FP estudian inglés en su ciclo, cifra que disminuye en 2 puntos el curso 2020-2021 respecto al anterior<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Vid un estudio más pormenorizado sobre formación dual en: SERRANO ARGÜESO, Mariola, “Trabajo del futuro y formación dual”, *RGDTSS*, núm.62, 2022, p.74-117.

<sup>32</sup> Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>

<sup>33</sup> ASEGURADO GARRIDO, Antonio y MARRODÁN GIRONÉS, op.cit.

<sup>34</sup> CEAC, op.cit.

<sup>35</sup> OBSERVATORIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL, op.cit.

- Frente a la brecha digital, plantea la nueva norma un sistema de competencias en digitalización que permita su desarrollo en todas las personas que pasen por el sistema de la Formación Profesional.
- Establece medidas para combatir estereotipos y la brecha de género y aumentar la presencia femenina en la FP Industrial, STEM y TIC, y de equiparar sus condiciones laborales con las de los hombres.
- En lo referente a las personas especialmente vulnerables y la exclusión sociolaboral, “la FP es clave para evitar la obsolescencia de las competencias de la población por ausencia de formación a lo largo de la vida que dificulta una participación sostenible en el mercado laboral. Esta situación genera un riesgo de exclusión laboral por falta de capacidades que cada vez son más demandadas debido a las transiciones medioambiental y digital y que se están convirtiendo en ejes fundamentales de la economía digital, verde y azul”<sup>36</sup>. La nueva ley de FP en este sentido plantea ofertas adaptadas a las personas con riesgo de exclusión sociolaboral.

Otro de los temas fundamentales para huir de la precarización y facilitar la incorporación de la gente joven al mercado de trabajo es la reforma de la contratación. Así pues, uno de los ejes de la reforma laboral aprobada por Real Decreto Ley 32/2021<sup>37</sup> es la simplificación de la contratación a fin de adaptarla al momento transformador en el que vivimos y a las exigencias de la digitalización y la Economía 4.0. Efectivamente, la necesidad de adaptación permanente a los requerimientos del mercado de trabajo es incompatible con una continua rotación en los puestos de trabajo en un momento, además, de saldo demográfico negativo y con una importante dificultad de reemplazo generacional en algunas profesiones. En este contexto de ajuste continuo y cambios difíciles de prever incluso para las propias empresas se incluye también la modificación de los contratos formativos (reforma del artículo 11 del ET) introduciendo un modelo distinto en el que se prevé un único contrato para la formación con dos modalidades: el contrato de formación en alternancia (sustituye al contrato para la formación y el aprendizaje y al contrato para la formación dual universitaria) y que tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo, y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios. Este nuevo modelo trata de huir del estigma de la precarización de las condiciones de trabajo que ha acompañado tanto a los contratos formativos (menores costes, beneficios económicos por su conversión en indefinidos, temporalidad, menor complejidad en la gestión etc.)<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 313, de 30 de diciembre).

<sup>38</sup> SERRANO ARGÜESO, Mariola, *op.cit.*, p. 93.

Ambas modalidades de contrato tienen un objetivo común que es poner en valor el elemento formativo. No obstante, el objetivo formativo es diferente. En el caso del contrato de formación en alternancia la formación se proyecta tanto en el plano teórico como en el práctico, configurando al propio contrato como vehículo necesario para la obtención de la titulación o certificado de profesionalidad correspondiente. En el caso del contrato para la obtención de una práctica profesional, la formación se obtiene a través de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios del que trae causa y que la persona ha cursado, y respecto del que ya ha obtenido el título correspondiente<sup>39</sup>.

En todo caso, no se elimina del todo la vinculación a través de un convenio de cooperación educativa porque esa en la FP Dual General (no así en la Intensiva) sigue existiendo dicha posibilidad al no tener carácter laboral y sí naturaleza de formación práctica tutorizada no generadora de vinculación contractual con el centro de trabajo<sup>40</sup>.

Así pues y como conclusión, hemos visto que la FP es un sistema adecuado para conseguir la incorporación al ámbito laboral. Las previsiones de la nueva norma pretenden mitigar el abandono educativo; reducir la tasa “nini”, en especial en determinados colectivos y, en general, el desempleo juvenil. Además, este sistema formativo debe y puede aprovecharse para la incorporación sociolaboral de colectivos especialmente vulnerables como mujeres, jóvenes, extranjeros, personas mayores activas en el mercado laboral y personas con discapacidad, entre otras. El nuevo sistema educativo está, además, adaptado a las nuevas competencias y habilidades laborales requeridas por el mercado de trabajo, lo que va a permitir también disminuir la brecha digital. Incorpora, por último, una estimulación de la formación a lo largo de la vida de forma transversal en todas las franjas de edad de la población, en especial a lo largo de la vida laboral.

Como retos pendientes no previstos específicamente en la norma queda conseguir una correcta orientación e información académica y profesional donde el alumnado que opte por estos estudios lo haga con convicción y no porque piense que no puede hacer otra cosa. Para ello es fundamental dar a conocer las múltiples posibilidades laborales de la FP. Y también lograr el reconocimiento social, empresarial, familiar y personal y administrativo de la FP. “El social se logra cuando no sea una opción alternativa a entrar en otras enseñanzas. El empresarial cuando se mejore la agilidad para actualizar la oferta formativa a los requerimientos de los sectores productivos y al establecimiento de medidas que permitan la formación de los trabajadores. El personal y familiar cuando no solo se valore su empleabilidad sino su aporte al desarrollo personal y profesional. La Administración debe jugar un papel clave en la mejora del sistema”<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> MERCADER UGUINA, Jesús R. y MORENO SOLANA, Amanda, “La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejor la formación de los jóvenes”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, p.69.

<sup>40</sup> Sin perjuicio de la organización de percepción de ayudas de transporte u otro tipo durante este periodo

<sup>41</sup> ASEGURADO GARRIDO, Antonio y MARRODÁN GIRONÉS, op. cit.

No podemos olvidar la reforma del contrato formativo y sus dos modalidades uno de cuyos fines es huir de la precarización (y a veces fraudulenta utilización de los mismo) y dignificar la contratación de la gente joven en formación o recién incorporada al ámbito laboral.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ASEGURADO GARRIDO, Antonio y MARRODÁN GIRONÉS, Jesús, *La nueva Ley de FP y su análisis. Una mirada técnica*, Unión sindical de Inspectores de Educación, Editex, 2022.
- CCOO Enseñanza, *¿Qué problemas tiene la FP y qué aporta la nueva Ley?*. Disponible en: <https://fe.ccoo.es/7a93f573b0f6e7884f2d8765cfa94b18000063.pdf>
- CCOO, *El fraude de los contratos para la formación y el aprendizaje*. Disponible en: [www.ccoo.es](http://www.ccoo.es)
- CEAC, *Barómetro de empleabilidad y valores de la Formación profesional*. Disponible en: <https://www.randstadresearch.es/barometro-de-empleabilidad-y-valores-de-la-formacion-profesional/>.
- MENÉNDEZ, Paz. y RODRIGUEZ CARDO, Iván Antonio “El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación”, *RGDTSS*, núm. 63, 2022, p.59-91.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. y MORENO SOLANA, Amanda, “La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejor la formación de los jóvenes”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, p. 63-88.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN y FORMACIÓN PROFESIONAL, *Plan de modernización de la formación profesional*. Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>
- MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “El futuro de las juventudes perdidas en el punto de mira de las reformas ¿educación-ciudadanía versus formación-empleabilidad?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 463 (octubre 2021), p. 5-24.
- OBSERVATORIO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL, *Informe 2022: Una nueva Ley de la FP para unos nuevos tiempos*. Disponible en: <https://www.observatoriofp.com/downloads/2022/informe-completo-2022.pdf>.
- OCDE, *Panorama de la Educación. Indicadores de la OCDE 2022. Informe español*. Disponible en: <https://sede.educacion.gob.es/>
- OIT, *Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2022: Invertir en la transformación de futuro para los jóvenes (2022)*. Disponible en: <http://www.ilo.org>

OIT, *La formación para el empleo: la inserción social, la productividad y el empleo de los jóvenes*. Disponible en: <http://www.ilo.org>

OIT, *Informe V. La formación para el empleo: la inserción social, la productividad y el empleo de los jóvenes*. Disponible en <http://www.ilo.org>

OIT, *Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente*. Disponible en <http://www.ilo.org>

OIT, *Informes del Grupo de Trabajo de la Discusión General sobre competencias y aprendizaje permanente. Propuestas de resolución presentadas a la Conferencia para adopción (109º reunión)*. Disponible en: <http://www.ilo.org>

SERRANO ARGÜESO, Mariola, “Trabajo del futuro y formación dual”, *RGDTSS*, núm.62, 2022, p. 74-117.



EL PROYECTO DE ESTATUTO DE LAS PERSONAS  
EN FORMACIÓN PRÁCTICA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA.  
¿EL FINAL DE LOS FALSOS BECARIOS?

NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ  
*Catedrática E.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Alicante*  
*nancy.sirvent@ua.es*

## **SUMARIO**

1. FINALIDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. LA ARTICULACIÓN DE LA FORMACIÓN PRÁCTICA: EL CONVENIO DE COOPERACIÓN Y EL PLAN FORMATIVO INDIVIDUAL. 3. DERECHOS DE LAS PERSONAS EN FORMACIÓN PRÁCTICA. 4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE AL FRAUDE. 5. INCENTIVOS PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN EN PROGRAMAS DE FORMACIÓN PRÁCTICA Y LA CONTRATACIÓN LABORAL. 6. VALORACIÓN FINAL. 7. BIBLIOGRAFÍA

## 1. FINALIDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Es conocida la especial gravedad que presenta el desempleo juvenil en nuestro país (una de las tasas más altas dentro de la UE), en gran parte debido a la falta de experiencia práctica que suele acompañar a este colectivo, lo cual dificulta sobremanera su capacidad de inserción en el mercado laboral. Y si bien es cierto que se han emprendido numerosas reformas en esta dirección, a fecha de hoy el problema no ha quedado definitivamente zanjado. En tal sentido, el proyecto de estatuto de las personas en formación práctica puede suponer un gran impulso para favorecer la empleabilidad de las personas jóvenes, garantizando la adquisición de una formación práctica adecuada en un entorno real, y tratando de promover la continuidad de su carrera profesional allí donde haya recibido la formación.

La regulación de esta materia ha sido muy reclamada (y esperada) desde distintas instancias, debido no sólo a la dispersión normativa y asistemática que ha venido caracterizando a este tipo de programas formativos, sino por la necesidad inaplazable de dignificar la precaria situación de quienes acceden a los mismos, y poner fin a la figura de los “falsos becarios”.

Hasta la fecha ha existido un abanico muy amplio de prácticas no laborales, cada una de ellas con su propio marco regulador. Esta multiplicidad, unido a la falta de uniformidad en la regulación, han propiciado un caldo de cultivo de gran desigualdad, precariedad e inseguridad jurídica. De ahí el interés por aglutinar en una única norma esta cuestión, garantizando que el período de prácticas no laborales se desarrolle en condiciones homogéneas y dignas.

El proyecto presentado el 9 de marzo de 2023 responde al compromiso adquirido por el Gobierno en 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, cuya disposición adicional segunda anunciaba que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor se convocaría a las organizaciones sindicales más representativas para abordar el Estatuto del Becario.

Y si bien es cierto que la primera reunión entre el Gobierno y los agentes sociales se produjo dentro de plazo (el 22 de abril de 2022), a fecha de hoy (mayo de 2023) se han presentado ya hasta cuatro borradores distintos.

La última versión de Estatuto presentada en el mes de marzo delimita los períodos de formación práctica en las empresas u organismos equiparados, y establece un marco regulador común para todos ellos, abarcando los módulos de prácticas de los ciclos de FP y certificados de profesionalidad, y las prácticas académicas externas, curriculares y extracurriculares para estudiantes.

La propuesta también resulta relevante de cara a afrontar la precariedad laboral que suele acompañar a las personas que se encuentran en fase de formación, dignificando la situación de este colectivo durante dicho período. En esta línea, el texto presentado reconoce un extenso catálogo de derechos de distinta naturaleza que viene a reforzar de forma muy notable el <<status>> jurídico de este colectivo (derechos de carácter económico, de conciliación, información, seguridad y salud, descansos), implementando, asimismo, ciertas limitaciones a las empresas con el propósito de evitar el uso fraudulento y abusivo de esta figura.

El texto pone también fin a las prácticas no laborales en empresas, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la crisis económica y financiera desatada en 2008 y que llevó al desempleo a muchas personas, con especial incidencia en aquellas más jóvenes sin experiencia laboral<sup>1</sup>.

## 2. LA ARTICULACIÓN DE LA FORMACIÓN PRÁCTICA: EL CONVENIO DE COOPERACIÓN Y EL PLAN FORMATIVO INDIVIDUAL

El desarrollo de la formación práctica se articula a través del acuerdo o convenio de cooperación, y el plan de formación individual (en adelante, PFI) que debe incorporarse como anexo al mismo.

Como premisa, se prevén garantías que atañen a la formación práctica, en esencia, la gratuidad de las prácticas ya que estas no podrán suponer en ningún caso el abono de contraprestación por parte de las personas estudiantes; y la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a las mismas, exigiendo a las empresas que procuren una presencia equilibrada de sexos, especialmente en aquellos departamentos que presenten una menor representación de alguno de ellos entre las personas trabajadoras.

La realización de los programas formativos sólo será posible cuando se haya suscrito un convenio de cooperación entre la empresa u organismo equiparado<sup>2</sup> y el correspondiente centro formativo autorizado para impartir las ofertas de formación de las que dichas prácticas formen parte.

---

<sup>1</sup> El texto presentado deroga el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, donde se regula la figura, sin perjuicio de establecer el pertinente régimen transitorio. Vid. disposición derogatoria única.2 y disposición transitoria segunda del proyecto.

<sup>2</sup> Dentro de los organismos equiparados quedan comprendidos tanto las entidades del sector público como las entidades sin ánimo de lucro.

En aras de garantizar la mayor seguridad jurídica posible y en evitación de posibles fraudes, se exige que el convenio contemple un contenido mínimo, sin perjuicio de poder añadir otras previsiones adicionales que puedan resultar de interés a las partes. En esencia, en el convenio deberá identificarse el centro formativo y la empresa que suscriban el convenio; concretar el centro en el que se van a desarrollar las prácticas<sup>3</sup>; el objeto de las mismas; el procedimiento para la definición del PFI y la identificación de los procesos y resultados de aprendizaje a abordar en las empresas; los derechos y obligaciones de los becarios (que, como mínimo, deberán respetar los que se enuncian en la norma y que se analizan en el apartado siguiente); el sistema de tutorías, describiendo los mecanismos de seguimiento y evaluación de aprendizajes; la coordinación, duración, y secuenciación, en su caso, de los períodos de formación; el régimen de ausencias y suspensión de la actividad formativa; la cuantía mínima por la que deban compensarse los gastos a que dé lugar la formación; la asignación económica vinculada, en su caso, a la formación y cuantía mínima de ésta; las causas de rescisión del acuerdo; así como los PFI que se desarrollen en base al convenio, que deberán incorporarse como anexos.

Los PFI coadyuvarán también al establecimiento de garantías y a la consecución de unas prácticas de calidad bajo la dirección y supervisión del tutor designado por la empresa y en coordinación con la persona designada por el centro de formación, incorporando un itinerario preciso para cada estudiante, que deberá prever la duración de la formación, el horario y el tiempo diario de su realización, siendo de aplicación en este lugar las limitaciones que en materia de jornada y descansos prevé la normativa laboral<sup>4</sup>.

### 3. DERECHOS DE LAS PERSONAS EN FORMACIÓN PRÁCTICA

La exigencia de unas condiciones dignas en el desarrollo del período de formación práctica que desempeñan los estudiantes en el seno de las empresas o entidades análogas constituye una reivindicación histórica. No se trata sólo de la constatación de una ausencia absoluta de regulación en cuanto a las condiciones mínimas en que este período de formación práctica deba desarrollarse, sino también de que en demasiadas ocasiones dicha figura ha sido utilizada por algunas empresas con el fin de sustituir a trabajadores asalariados por becarios a fin de abaratar los costes ligados a la contratación laboral, incidiendo en perjuicio de todos: de los potenciales trabajadores que se ven impedidos a acceder a esos puestos de trabajo, y de los propios becarios al ser utilizados como mano de obra barata, sin derechos y con escasas garantías futuras de consolidación laboral en las empresas.

---

<sup>3</sup> No obstante, cabe modificar el centro de trabajo durante el desarrollo de la formación práctica en base a razones justificadas de carácter formativo, y siempre que no suponga una variación sustancial del convenio.

<sup>4</sup> Vid. supra.

Con el propósito de lograr unas condiciones dignas y de reforzar la protección de las personas en formación práctica, el proyecto prevé derechos de distinta índole que tratan de preservar, en esencia, aspectos económicos, de salud, descansos, derechos asistenciales, información, formación, y conciliación, al tiempo que se establecen ciertas limitaciones para evitar un uso fraudulento de la figura.

En cuanto a los derechos de carácter económico, la propuesta de Estatuto trata de garantizar a toda costa la gratuidad de la formación que reciben las/los estudiantes. En esta línea, se contemplan previsiones distintas. De un lado, la prohibición de exigir y aceptar el abono de una contraprestación económica para el acceso a la formación práctica en el ámbito de la empresa.

De otro lado, el derecho a ser compensado por los gastos ligados a la formación proporcionada por la empresa o la entidad en la que se desarrollen las actividades formativas, que deberán serlo en cuantía suficiente para sufragar todos aquellos en los que la persona incurra como consecuencia de la misma, de conformidad con los términos que prevea el correspondiente convenio de cooperación. A modo de ejemplo como gastos compensables el texto se refiere a los correspondientes al desplazamiento, alojamiento y manutención. La empresa o el organismo correspondiente deberán abonar como mínimo todas estas cuantías en aras de evitar que la formación práctica pueda suponer algún coste para el estudiante, aunque, como se ha dicho, la referencia expresa a estos gastos concretos no puede verse como un “*numerus clausus*”, sino que se traen a colación a título meramente ejemplificativo. Así, dentro de tales gastos deben quedar comprendidos también los derivados de la adquisición de ropa o prendas de vestir, o de los útiles o herramientas que resulten necesarios para el óptimo desarrollo del programa formativo.

Parece razonable admitir también que dentro de los gastos susceptibles de ser compensados habrá que incluir aquéllos específicos en los que el estudiante pueda incurrir por el hecho de desarrollar el programa formativo a distancia. Sobre este particular, cabe reparar que el proyecto de Estatuto prevé la posibilidad de que el desarrollo de la formación tenga lugar en modalidad no presencial (artículo 3.2., *in fine*), por lo que de elegir esta opción, la empresa o el organismo en cuestión vendrá obligado a asumir los gastos que dicha modalidad pueda generar, debiendo compensar al estudiante por ello. No se concretan tampoco la forma ni el momento de la compensación, pudiendo augurar la reproducción en este contexto de las mismas dificultades interpretativas que las suscitadas con carácter general en relación con el trabajo a distancia a la hora de dilucidar todos extremos. No obstante, parece que dentro de los gastos han de considerarse incluidos tanto los directos como los indirectos<sup>5</sup>, siendo extrapolables a este lugar los mismos criterios que se hayan

---

<sup>5</sup> Como ha precisado la doctrina, dentro del primer término cabe incluir, por ejemplo, el suministro de corriente eléctrica, el abastecimiento de agua, el acondicionamiento térmico o climatización de la estancia, las conexiones e instalaciones, etc. En tanto que el segundo grupo englobaría todos aquellos costes indirectos que el desarrollo de la actividad a distancia lleva

establecido para los trabajadores que desarrollan la prestación a distancia en la empresa o en el organismo donde deban desenvolverse las prácticas, para lo cual resultará capital lo que establezca el convenio colectivo aplicable<sup>6</sup>. Y también los gastos derivados del mantenimiento adecuado de los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la formación.

Por lo demás, no recaerán en la persona estudiante los costes derivados del traslado y estancia cuando las prácticas se desarrollen en el extranjero, ni los ocasionados a causa de la modificación del centro de trabajo.

En fin, en la propuesta presentada por el Gobierno no se descarta tampoco que las prácticas puedan ser remuneradas, como se colige de lo dispuesto en relación con el contenido mínimo del convenio de cooperación que deberá referirse también a la “asignación económica vinculada, en su caso, a la formación, y cuantía mínima de esta”; o al delimitar los supuestos que pueden provocar la exoneración de los gastos ligados a la formación, contemplando entre los mismos el hecho de que “la cuantía de la remuneración sea suficiente para cubrir la totalidad de los gastos generados”<sup>7</sup>.

Más allá de tal supuesto, también se entiende resarcida dicha compensación cuando existan becas o ayudas que cubran tales gastos, o si se pone a disposición de la persona en formación de todos los servicios necesarios<sup>8</sup>. Repárese, en relación con este último supuesto, que la exoneración del deber empresarial de asumir los costes derivados de la formación tiene lugar por la simple puesta a disposición, por lo que si una vez ofrecidos los servicios al estudiante, éste los rechazara, no podría exigir a la empresa el abono de la compensación.

---

implícitos, los cuales no siempre resultan fácil de cuantificar, tales como costes asociados al servicio de portería de la comunidad cuando haya que recoger y distribuir documentos o paquetes, etc.. Vid. sobre esta cuestión en relación con el trabajo a distancia, HIERRO HIERO, F.J.: “El acuerdo de trabajo a distancia: un instrumento en el que compendiar las condiciones de la “nueva” prestación de servicio”, en *El Trabajo a distancia: una perspectiva global*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 284 y ss. Y GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 79 y ss.

<sup>6</sup> Sobre este extremo, vid. art. 7.b) de la LTD. De las distintas opciones de determinación y de cálculo de estos costes da cuenta la doctrina. Así, LAHERA FORTEZA, J.: “Obligaciones formales y contenido del acuerdo de trabajo a distancia”, en *El trabajo a distancia. Con particular análisis del real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, WOLTERS KLUUGER, Las Rozas, 2021, p. 169. ALZAGA RUÍZ, I.: “Derecho al abono y compensación de gastos”, en *El trabajo a distancia...*, op. cit., p. 404.

<sup>7</sup> Algún autor ha ensalzado las virtudes ligadas al carácter remunerado de las prácticas pues el hecho de que exista un coste económico por mínimo que sea, es un síntoma más que positivo de la existencia de un verdadero interés en la formación del sujeto y, por ende, en el cumplimiento de los objetivos de las prácticas formativas externas”. ORTEGA LOZANO, P. G.: “Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios”, *Trabajo y Seguridad Social de lo Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, 2022, p. 250.

<sup>8</sup> En relación con este último supuesto, piénsese a modo de ejemplo en la hipótesis de que la empresa ponga a disposición de las personas empleadas en la misma un autobús para los traslados al centro de trabajo, o una vivienda para alojar a quienes son foráneos, haciendo extensivo también estas prestaciones a los estudiantes que se encuentren desarrollando las prácticas.

La concurrencia de cualquiera de estas circunstancias exime a la empresa o al organismo donde se estén realizando las prácticas del abono de la contraprestación económica correspondiente.

Concerniente a los derechos relativos a la salud, el proyecto contempla tres tipos de previsiones: las destinadas a prevenir determinados riesgos ligados a la actividad práctica a desarrollar; el establecimiento de derechos de interrupción y de ausencias por tales motivos; y la prohibición de desempeñar actividades consideradas peligrosas.

Dentro del primer grupo cabe incardinar el derecho de las personas que desarrollan las actividades formativas a una protección adecuada de su salud, mediante la adopción de todas las medidas necesarias para la prevención de los riesgos laborales a los que puedan quedar expuestas a consecuencia de ello. Entre las medidas a considerar, las empresas u organismos asimilados deberán respetar como mínimo la obligación de informar y formar con carácter previo y suficiente a los estudiantes acerca de los riesgos existentes y las medidas preventivas a adoptar; la dotación de los equipos de protección individual que resulten necesarios; así como cualquier otra medida que se considere imprescindible en orden a preservar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras con las que concurren en el desarrollo de la actividad formativa.

Como se infiere del propio texto, estas tres obligaciones preventivas constituyen las medidas mínimas a las que quedan sujetas las empresas o los organismos correspondientes, sin que quepa descartar la necesidad de implementar otros instrumentos adicionales en atención a las características singulares del puesto de trabajo o las funciones concretas a desempeñar, al lugar de trabajo, o a las circunstancias que concurren en la propia persona que deba desarrollar el programa formativo.

Aunque nada se diga al respecto, parece que deben extrapolarse a este lugar las previsiones específicas que contempla la Ley de 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante, LPRL) cuando se trate de personas especialmente sensibles a determinados riesgos, menores o en supuestos de maternidad, fundamentalmente de cara a abordar una evaluación de riesgos acorde a las características de las personas y de su estado, y la adopción y el diseño de medidas de prevención y protección que resulten adecuadas.

O también las previsiones especiales que se recogen en otras normas jurídicas, como las concernientes a la obligación de incluir en la valoración de riesgos de los puestos de trabajo ocupados por becarias, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo informar y formar de ello a las mismas (artículo 12.2, in fine, de la Ley Orgánica 10/2022, de 9 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual).

Dentro de los derechos relacionados con la salud cabe incardinar asimismo el derecho a ausentarse con motivo de visitas médicas, y a interrumpir



temporalmente el período de prácticas por enfermedad o accidente cuando éstos impidan el desarrollo de las mismas. Empero, el supuesto debería haberse extendido sin más a la incapacidad temporal, independientemente de la causa que la origine (inclusive el supuesto incorporado recientemente a nuestro ordenamiento jurídico de IT motivado por menstruaciones o reglas dolorosas –dismenorreas–).

En línea con lo anterior, y en aras de salvaguardar los derechos de conciliación, hubiera sido razonable extender el derecho a ausentarse y a interrumpir el programa formativo a otras hipótesis distintas, en particular, por fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización, o intervención quirúrgica de parientes, el cumplimiento de deberes inexcusables de carácter público y personal, o por motivos relacionados con el embarazo, el nacimiento, la adopción, el cuidado de menores, o la violencia de género o de carácter sexual.

Más allá de esta crítica, se valora positivamente que se prevea la atención de responsabilidades de cuidado (por las causas consignadas en el convenio de colaboración o por acuerdo a tres bandas entre el estudiante, la empresa y el centro formativo), sin que el ejercicio de tales derechos pueda empañar la evaluación correspondiente, así como la garantía de que las condiciones de formación práctica deban permitir la compatibilidad con los estudios y/o la actividad laboral que desarrolle la persona estudiante, sin perjuicio de lo previsto en el art. 23 ET.

En última instancia, se veta tajantemente la realización de trabajos peligrosos, en particular, las actividades previstas en el Anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, o aquellas otras a las que la ley o los convenios colectivos califiquen como peligrosas<sup>9</sup>.

No obstante, dicha prohibición queda exceptuada cuando la realización de tales actividades resulte imprescindible para la adquisición de la formación práctica que se precise con arreglo al plan formativo individual, en cuyo caso la empresa deberá garantizar la vigilancia periódica del estado de salud

---

<sup>9</sup> Con arreglo a lo dispuesto en dicho Anexo las actividades que se consideran de especial peligrosidad que impiden la asunción personal por el empresario de la actividad preventiva, (obligando a las empresas de entre 250 y 500 trabajadores a constituir un Servicio de Prevención Propio), y ahora también la posibilidad de ser objeto de prácticas formativas, son las siguientes: trabajos con exposición a radiaciones ionizantes; a sustancias causantes de toxicidad aguda (categoría 1, 2 y 3); agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción; actividades en que intervienen productos químicos de alto riesgo; trabajos con exposición a agentes biológicos (grupos 3 y 4); actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros que contengan explosivos; trabajos de minería a cielo abierto e interior, y sondeos en superficie terrestre o en plataformas marinas; actividades en inmersión bajo el agua; actividades en obras de construcción, excavación, movimientos de tierras y túneles, con riesgo de caída de altura o sepultamiento; actividades en la industria siderúrgica y en la construcción naval; producción de gases comprimidos, licuados o disueltos o utilización significativa de los mismos; trabajos que produzcan concentraciones elevadas de polvo síliceo; y trabajos con riesgos eléctricos de alta tensión.

en los términos establecidos en el artículo 22.1 LPRL. Aunque no se precise, cabe entender que también resultarán aplicables las medidas de prevención y protección específicamente diseñadas en las normas particulares que regulan cada uno de estos supuestos

Por lo demás, dentro de este último grupo parece que deben entenderse comprendidas las actividades prohibidas a los menores en el Decreto de 28 de julio de 1957 que regula las “Industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosas e insalubres”, al ser una norma plenamente vigente en relación con estos últimos<sup>10</sup>.

Entre los derechos dirigidos a preservar la salud, cabe considerar también la protección frente a la violencia y el acoso, incluida la violencia y el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, identidad y expresión de género, así como por orientación sexual. Aun cuando todas estas conductas suponen un atentado a los derechos de dignidad e intimidad suelen afectar, asimismo, a la salud de las personas, pues como se ha apuntado reiteradamente se trata de conductas pluriofensivas<sup>11</sup>.

En este ámbito está prevista la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI), que se resumen, en esencia, en el deber empresarial de promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas que atenten contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, especialmente el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidas las cometidas en el ámbito digital; arbitrar medidas y procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias y reclamaciones por tales motivos; así como el deber de cooperación exigido a los representantes legales de los trabajadores en aras de contribuir a la prevención de la comisión de tales conductas mediante campañas de sensibilización y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran perjudicarlos.

Así pues, todas las medidas que adopten las empresas para prevenir conductas de esta naturaleza, y los procedimientos que se prevean en aras de canalizar las denuncias pertinentes, resultarán aplicables también a las personas que, aun no siendo propiamente trabajadores de la empresa, se encuentran

---

<sup>10</sup> Esta norma contempla un catálogo muy amplio de trabajos o ambientes de trabajo prohibidos por considerar que son susceptibles de perjudicar de manera más sensible a los menores, ya por considerarse peligrosos, porque requieran un excesivo esfuerzo físico, o por sus condiciones de nocividad, toxicidad o penosidad, o los elevados índices de siniestralidad que registran.

<sup>11</sup> En estos mismos términos se ha expresado la doctrina judicial defendiendo que el acoso constituye una actuación susceptible de afectar a diversos derechos, a la no discriminación, a la integridad física y moral, al honor, a la intimidad personal, a la propia imagen. STSJ Cataluña de 22 octubre 2018. Reconociendo la afectación de diversos derechos, pueden citarse también, a modo de ejemplo, las SSTs 11 de marzo de 2004 (RCUD 3994/2002), 17 de mayo 2006 (RCUD 4372/2004, o 20 septiembre 2011 (RCUD 4137/2010).

En sede doctrinal, puede citarse, por todos, a Romero Ródenas, M.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 79..

dentro de sus instalaciones desarrollando esta suerte de prácticas, abarcando también la protección a las posibles conductas de violencia y acoso que se produzcan a través de medios digitales (envío de correos electrónicos, whats-apps, etc.).

Aunque el proyecto se remita únicamente a las medidas que se contemplan en el artículo 48 de la LOI, y no exija de forma explícita la inclusión de los becarios en los correspondientes planes de igualdad (artículos 45 y ss de la LOI), se colige que estos últimos también deben abarcar a dicho colectivo.

Esta lectura estaría, además, en consonancia con lo dispuesto en el Convenio 190 de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en vigor desde el 25 de mayo de 2023, cuyo ámbito de aplicación incluye también “a las personas en formación” .

En este orden de ideas, cabe afirmar que, de seguir adelante en estos términos el proyecto de Estatuto del Becario, se habrá desaprovechado una excelente oportunidad para extender al colectivo de los becarios medidas adicionales de protección frente a la violencia y el acoso, planteando una reforma del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social (LISOS), al objeto de tipificar sanciones específicas para estos casos<sup>12</sup>; o la modificación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), a fin de reconocer como causa de despido disciplinario la violencia, el acoso sexual y por razón de sexo, identidad y expresión de género, o por orientación sexual, dirigidos no sólo al empresario y, a quienes trabajan en la empresa, o a los familiares que convivan con ellos (<<ex>> artículo 54.2.c) y g) del ET) sino también a las personas que se encuentran en la empresa desarrollando un programa formativo.

En materia de tiempo de trabajo y descansos, el futuro Estatuto trata de reproducir las disposiciones establecidas con carácter general para las personas trabajadoras. De este modo, las prácticas deberán ser desarrolladas con arreglo a la duración (número de horas totales), tiempo diario y horario concretos que se hayan previsto en el plan formativo, sin que su realización pueda sobrepasar los límites contemplados en la normativa laboral en materia de jornadas y descansos, resultando así de especial interés las previsiones del ET concernientes a la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el descanso entre jornadas o en el caso de jornada diaria continuada, descanso semanal, fiestas laborales y vacaciones. Ello, además, con todas las especificidades que contemplan las disposiciones estatutarias en relación con los menores, en particular, por lo que se refiere a la ampliación de los períodos de descanso semanal o en la jornada continuada.

---

<sup>12</sup> Pues, como es sabido, las sanciones previstas actualmente en la LISOS para los casos de violencia y acoso se circunscriben a supuestos cometidos en el contexto de la relación laboral, o que tienen lugar dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial (artículos 8.11 y 8.13.bis).

Se prohíbe realizar actividad formativa más allá del tiempo de la formación práctica que se contemple en el plan de formación (al día, la semana o al mes), así como en horario nocturno o a turnos, con la única salvedad en estos casos de que los aprendizajes no puedan desarrollarse en períodos distintos en atención a la naturaleza de la actividad. No obstante, tratándose de estudiantes menores de 18 años, parece que estas prohibiciones han de considerarse aplicables en todo caso.

La posibilidad de que la formación práctica se desarrolle en modalidad no presencial se condiciona a que la actividad profesional a la que se refiere la formación lo permita, y se haya previsto en el plan de formación individual. De haber elegido esta opción, el período de prácticas no presenciales permitido no podrá exceder del 50% de la duración total del programa formativo, si bien, con carácter excepcional, resulta admisible un porcentaje mayor cuando lo permita la normativa vigente y siempre que dicha posibilidad esté expresamente prevista en el título o estudios a los que se vincule la formación<sup>13</sup>.

Las personas durante el período de formación práctica tienen derecho a ser informadas del contenido y las condiciones de desarrollo de la formación antes de que dé comienzo el período formativo, y a recibir información de los derechos y obligaciones del país de acogida cuando las prácticas vayan a desarrollarse en el extranjero. A falta de mayor precisión, cabe interpretar que el contenido de la información relativa a las condiciones en que deba efectuarse la formación deberá comprender, al menos, los datos previstos en relación con este mismo derecho a los representantes legales de los trabajadores: duración de las prácticas, horario, cuantía de la compensación de gastos, identidad de los tutores y remuneración económica prevista, en su caso<sup>14</sup>.

Se reconoce también un derecho de protección a las/los estudiantes que revelen o comuniquen públicamente información sobre infracciones normativas obtenidas en el marco de dichos períodos de formación frente a las posibles represalias que puedan sufrir por ello. En verdad, el reconocimiento de este derecho resulta superfluo, habida cuenta la inclusión expresa que de este colectivo lleva a cabo la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Por tanto, son dos los requisitos que deben concurrir para que más de la mitad de las prácticas puedan desarrollarse en régimen no presencial. La conjunción copulativa “y” empleada en la norma no ofrece dudas en este sentido.

<sup>14</sup> El artículo 5 del proyecto, relativo a los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores, prevé la obligación empresarial de informarles acerca del contenido de los acuerdos o convenios de formación práctica suscritos, así como los datos relativos a los programas de esta naturaleza que se estén desarrollando, en particular, el número de personas que los están llevando a cabo y sus condiciones concretas, en los términos que se indican en el texto.

<sup>15</sup> Esta Ley es fruto de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida como Directiva “Whistleblowing”. A tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 de esta Ley, la misma también resultará de aplicación a

En fin, el texto presentado se ocupa de concretar el derecho a recibir una adecuada tutorización en el desarrollo de la formación práctica en la empresa, delimitando las obligaciones que atañen al tutor designado por la empresa a quien compete la coordinación con la persona tutora del centro formativo, el seguimiento del itinerario formativo, y la emisión del informe final de evaluación. Al objeto de poder garantizar el cumplimiento de todos estos cometidos el tutor podrá disponer dentro de su jornada de trabajo habitual del tiempo necesario para ello, limitándose, además, el número de personas tutorizadas a su cargo. De este modo, cada persona que desempeñe el papel de tutor podrá tener como máximo, de modo simultáneo, a cinco personas en formación práctica; o a tres, tratándose de empresas de menos de 30 trabajadores.

Por lo que atañe a la protección social, el proyecto se remite a lo que se disponga en la normativa específica, concretándose ésta en el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Esta norma, anticipándose a la aprobación del Estatuto del Becario (aunque su entrada en vigor se pospone hasta el 1 de octubre de 2023), procede a incorporar en el sistema de Seguridad Social a los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación. En particular, las prácticas a las que concierne tal inclusión son tanto las realizadas por alumnos universitarios, cuando estén dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, o a la obtención de un título propio de universidad (máster de formación permanente, o diplomas de especialización o de experto), como por alumnos de FP (siempre que no se presten en régimen de FP intensiva). En todos estos casos, los becarios quedan incluidos en el Régimen General de SS como asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena, o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar si las prácticas se llevan a cabo a bordo de embarcaciones, abarcando la acción protectora todas las contingencias incluidas en el Régimen que corresponda, a excepción del desempleo, FP, y FOGASA. Tratándose de prácticas no remuneradas se excluye también la protección de IT derivada de contingencias comunes.

#### 4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE AL FRAUDE

En línea con el objetivo perseguido de atajar una práctica recurrente y perversa por parte de muchas empresas que utilizan las prácticas formativas para evitar la contratación laboral con el consiguiente ahorro de costes, se prevén tres tipos de medidas. La presunción de laboralidad cuando la actividad desarrollada sustituya las funciones de una persona trabajadora, o cuando no exista vinculación directa entre la actividad desarrollada y el programa, currículo

---

quienes comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación de becarios. Al objeto de armar de modo suficientes este derecho, la ley obliga a las empresas con más de cincuenta trabajadores a disponer de un canal de denuncias interno.

o competencia del itinerario formativo al que esté asociada la práctica. La limitación del número de becarios, que no podrá superar el 20% de la plantilla total del centro de trabajo<sup>16</sup> (aunque se garantiza que cualquier empresa pueda ofertar prácticas a dos personas con independencia de su plantilla), contemplándose numerosas excepciones a tal restricción numérica cuando así esté previsto en el convenio de colaboración y esté justificado en atención a diversas causas: número de departamentos existentes en la empresa, titulaciones susceptibles de generar prácticas, exigencias de presencialidad, número de horas al día, y “otras circunstancias concretas concurrentes en la empresa”. Con arreglo a esta última cláusula se va a poder esquivar la aplicación de la regla de limitación numérica de becarios en los centros de trabajo en un sinnúmero de supuestos. Y la restricción del número máximo de prácticas extracurriculares (480 horas por curso académico), o la duración máxima de las curriculares por curso académico (hasta el 25% del total de créditos de la titulación), o del tiempo del total de créditos (el 15%) tratándose de prácticas extracurriculares de títulos propios de las Universidades.

Ninguna de estas medidas parece definitiva en aras de ofrecer un mejor control al uso indebido de la figura de las becas. Sin perjuicio de las bondades anudadas a la configuración legal de la presunción legal de laboralidad, el hecho de que el texto recurra a expresiones tan imprecisas y difuminadas van a dificultar en la práctica la detección precoz de todas estas disfunciones. Parece claro que la sustitución del trabajo por cuenta ajena por la actividad del becario es un fraude. Pero el *quid* de la cuestión no parece ser ese. Lo verdaderamente relevante es identificar bajo qué premisas suele tener lugar tal sustitución, y en este punto la norma no es resolutive.

Qué duda cabe que en este terreno la jurisprudencia puede jugar un papel relevante dado el importante bagaje acumulado en la tarea de interpretar y delimitar los indicios que suelen ser más habituales a la hora de constatar los fraudes en este ámbito. Así, por ejemplo, además de la desvinculación de la actividad con el programa, el currículo o competencias a la que apunta el texto, pueden barajarse también otros indicios: la duración excesiva de las prácticas; el hecho de que la rotación de los becarios en relación con las mismas actividades se perpetúe en el tiempo; la sucesión en el tiempo sin solución de continuidad de diferentes acuerdos formativos con el mismo estudiante para desarrollar las mismas actividades; la generación de un beneficio para la empresa<sup>17</sup>; que no se haya designado o no se conozca la persona del tutor;

---

<sup>16</sup> La limitación se aplica en relación al centro de trabajo, por lo que si la empresa dispone de varios centros, la suma total de los becarios en prácticas podría exceder de tal porcentaje siempre que en cada uno de ellos no sobrepasen el 20%.

Resulta criticable, no obstante, la mención indistinta a la empresa o al centro de trabajo prevista en esta disposición. El parámetro de referencia debería ser el mismo para todos los casos, tanto para limitar el número de becarios, como para delimitar las causas que pueden excepcionar tal limitación.

<sup>17</sup> Como ha venido defendiendo la jurisprudencia “el rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de

que los acuerdos no recojan ningún sistema de evaluación; que se obligue a fichar al estudiante; o cuando la persona que acceda a las prácticas no cumpla los requisitos para realizar las mismas (porque no se disponga de la titulación pertinente...); o exista un elevado porcentaje de estudiantes con respecto a la plantilla total del servicio<sup>18</sup>.

Por otro lado, la limitación del número de becarios en los centros de trabajo no parece ser la medida más apropiada, al ser un instrumento que se vuelve en contra de los estudiantes que potencialmente podrían acceder a programas formativos de esta naturaleza para adquirir experiencia y mejorar su empleabilidad, sin evitar tampoco la posible rotación de becarios.

Sea como fuere, las numerosas excepciones que contempla el proyecto a tal limitación numérica ponen de relieve que se ha optado por una regulación extremadamente flexible en una materia como ésta, tan crucial en orden a alcanzar el ansiado final de la figura del falso becario.

Sin perjuicio del deber del tutor por velar que las empresas hagan un uso adecuado de esta suerte de programas formativos, sin lugar a dudas, la ITSS jugará un papel crucial en este terreno. De ahí que la disposición adicional cuarta haga una llamada para que dentro de sus competencias, la ITSS intervenga en esta materia, facilitándole su labor mediante la puesta a disposición de los convenios de colaboración. En esta línea resultaría muy útil incrementar las visitas a los centros de trabajo para conocer de primera mano la situación real de los becarios<sup>19</sup>.

En fin, tampoco hubiera estado de más incluir previsiones específicas para aumentar las sanciones a las empresas en todas estas hipótesis.

---

apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio”. STS 7 julio 1998 (RCUD 2573/1997). En idéntico sentido pueden verse también SSTS 29 mayo 2008 (RCUD 4247/2006), 22 noviembre 2005 (RCUD 4752/2004) y 4 abril 2006 (RCUD 856/2005).

Por parte de la doctrina, vid. por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?”, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al prof. José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 124 y ss.

<sup>18</sup> De la mayor parte de estos indicios da cuenta la STS de 13 de marzo de 2023 (rec. cas. 132/2020), aun cuando el objeto principal debatido concernía a dilucidar si procedía o no acudir a la modalidad procesal de despido colectivo tratándose de un procedimiento que afectada a 180 estudiantes que realizaron prácticas académicas extracurriculares en una Universidad, debiendo examinar las concretas circunstancias de cada una de tales prácticas a fin de determinar si escondían una relación laboral irregular y fraudulenta.

Sobre los criterios judiciales sostenidos en materia de indicios, puede consultarse a Rodríguez Iniesta, G.: “Indicios versus certezas sobre las prácticas de los becarios, criterios judiciales sobre las mismas”, *Trabajo y ...*, op. cit., p. 199 y ss. Y ROSIQUE COLLADO, C.: “Usos y abusos de las prácticas curriculares y extracurriculares. Los retos de las Universidades y otros centros de educación”, *ibidem*, p. 227 y ss.

<sup>19</sup> Sobre las medidas que la ITSS deberá adoptar en caso de concurrir los requisitos de laboralidad en estos supuestos, puede verse a PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios”, *Trabajo y ...*, op. cit., p. 195 y ss.

## 5. INCENTIVOS PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN EN PROGRAMAS DE FORMACIÓN PRÁCTICA Y LA CONTRATACIÓN LABORAL

La finalidad principal de esta suerte de programas es eminentemente formativa, coadyuvando a la obtención de una experiencia real en el ámbito de la empresa, y mejorar así las expectativas de inserción en el mercado laboral. Pero puede reportar también ventajas para las empresas al permitirles experimentar las aptitudes profesionales y personales del becario y moldear su formación conforme a los intereses de la compañía con vistas, incluso, a una posible contratación futura.

Sin embargo, el papel de este período formativo como puente hacia la empleabilidad sigue siendo una asignatura pendiente en nuestro país.

En orden a ensalzar la figura de esta suerte de programas formativos y promover estas iniciativas, el texto trata de salvaguardar la gratuidad, también desde el punto de vista de las empresas, evitando que los posibles costes económicos aparejados a estas prácticas puedan suponer un revulsivo para las mismas. A tal fin se incluyen previsiones relativas a la compensación de gastos<sup>20</sup>, y reducciones en las cuotas de Seguridad Social<sup>21</sup>.

Asimismo, se contemplan bonificaciones a la contratación laboral de las personas en formación práctica por parte de las empresas donde se han desarrollado las prácticas<sup>22</sup>.

Queda por ver si todos estos mecanismos son efectivos de cara a impulsar el tránsito desde el período formativo hacia una inserción laboral real.

## 6. VALORACIÓN FINAL

El futuro Estatuto del Becario acomete una regulación uniforme y valiente en una actividad escasamente tutelada y propensa a ocupar espacios que son propios del Derecho del Trabajo. Ante la clamorosa falta de un nivel de protección adecuado de las personas en formación práctica se persigue garantizar una actividad decente y a cubierto de las malas praxis que con

---

<sup>20</sup> La concreción de la cuantía y condiciones de estas ayudas se emplaza, llegado el caso, a un futuro desarrollo normativo (DA segunda).

<sup>21</sup> A estos efectos el Real Decreto-ley 2/2023 prevé una reducción del 95% en las cuotas por CC para las prácticas formativas remuneradas y no remuneradas, excluyendo en ambos casos la cotización finalista del mecanismo de Equidad Intergeneracional.

<sup>22</sup> A tenor de la remisión de la DA primera al art. 25 Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, se bonifica la contratación indefinida o la incorporación como persona socia en la cooperativa o sociedad laboral de quienes desarrollen formación práctica por parte de las empresas donde se realice. La bonificación en la cotización será de 138 euros/mes durante un período máximo de tres años, o durante toda la vigencia del contrato si se trata de una persona discapacitada



demasiada frecuencia suelen acontecer en este ámbito, y establecer una hoja de ruta para promover la continuidad en la empresa.

Aunque a lo largo del presente estudio se han puesto de manifiesto algunas cuestiones objetables, y pese a ser aún pronto para prever el impacto que pueda tener la implementación definitiva del proyecto, no cabe más que aplaudir el avance significativo que supone la reforma en la construcción de un marco regulador que dota de mayor tutela a la siempre atormentada figura del becario.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUÍZ, I.: “Derecho al abono y compensación de gastos”, en *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?”, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al prof. José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- HIERRO HIERO, F.J.: “El acuerdo de trabajo a distancia: un instrumento en el que compendiar las condiciones de la “nueva” prestación de servicio”, en *El Trabajo a distancia: una perspectiva global*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- LAHERA FORTEZA, J.: “Obligaciones formales y contenido del acuerdo de trabajo a distancia”, en *El trabajo a distancia. Con particular análisis del real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2021.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios”, *Trabajo y Seguridad Social de lo Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios”, *Trabajo y Seguridad Social de lo Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Indicios versus certezas sobre las prácticas de los becarios, criterios judiciales sobre las mismas”, *Trabajo y Seguridad Social de lo Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.
- ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- ROSIQUE COLLADO, C.: “Usos y abusos de las prácticas curriculares y extracurriculares. Los retos de las Universidades y otros centros de educación”, *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.



LA “NUEVA” DIMENSIÓN TERRITORIAL  
DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO<sup>1</sup>

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén  
mvgamez@ujaen.es*

---

<sup>1</sup> PAI-SEJ365 – Políticas territoriales de empleo, mercado de trabajo y derecho a la inserción.

## **SUMARIO**

RESUMEN. 1. INTRODUCCIÓN: LA DIMENSIÓN TERRITORIAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO. 1.1. El concepto de territorio. 1.2. De lo local a lo global. 1.3. El actual modelo de los Servicios Públicos de Empleo y las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. 2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TERRITORIO EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO. 3. LA PERSPECTIVA EUROPEA: EL REFUERZO DEL TERRITORIO EN LAS POLÍTICAS DE LA UE. 4. LA DIMENSIÓN TERRITORIAL Y LOCAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO. 4.1. Antecedentes y justificación. 4.2. El contenido “local” en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

Una vez que se ha aprobado la Ley de Empleo, elevado al Pleno y repasado el texto y todo el procedimiento de incorporación de enmiendas, me parece esencial una especial reflexión sobre la dimensión territorial de las políticas de empleo, cuestión poco objeto de análisis pero que tiene, a mi juicio, una gran transcendencia en la eficacia y eficiencia de las políticas de empleo. El articulado del texto refiere como uno de los principios rectores de la política de empleo el de “colaboración institucional y coordinación entre la Agencia Española de Empleo, los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y las demás Administraciones Públicas con competencias en la materia, en el marco de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo y la Estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea, promoviendo la cohesión y el equilibrio territorial y garantizando la igualdad de acceso a las políticas activas de empleo a cualquier persona en todo el Estado. Para detectar tendencias en los entornos productivos locales”.

Tradicionalmente, el papel de las corporaciones locales se ha visto relegado por el propio marco competencial existente a los procesos de colaboración con las Comunidades Autónomas, pese al destacado papel que las instituciones territoriales vienen desempeñando desde hace décadas, en el diseño y ejecución de las políticas de empleo en el territorio y al reconocimiento de la importancia de la dimensión territorial por el conocimiento de las necesidades económicas y sociales de los espacios más cercanos a la ciudadanía. La ley no es ajena a estas circunstancias al reconocer “ciertas” competencias a las corporaciones locales en el marco de la Estrategia Anual de Empleo que ha de prestar especial atención al ámbito local en el proceso de detección de las necesidades empresariales, involucrando a los agentes locales en el diseño y establecimiento de programas y servicios que respondan a las necesidades de los colectivos prioritarios. Todo ello partiendo de procesos de coordinación y colaboración entre las distintas entidades.

La importancia de esta dimensión viene también avalada por las orientaciones para las políticas de empleo de los estados miembros publicadas el 24 de noviembre en el Diario oficial de la UE, que hace hincapié en el fomento de los modelos de negocio que generen beneficios sociales, especialmente a

escala local. El principio de adecuación a las características del territorio es, por tanto, fundamental para la gobernanza de las políticas de empleo, teniendo en cuenta la realidad de los mercados de trabajo, las peculiaridades locales y sectoriales y los actores socioeconómicos. Se hace necesaria, por tanto, una reflexión que es la que se propone en este trabajo.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA DIMENSIÓN TERRITORIAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

### 1.1. El concepto de territorio

Como cualquier término o concepto que sea extensamente utilizado y difundido para la comprensión de aspectos clave de la vida social, el relativo al territorio muestra una multiplicidad de dimensiones y no tiene sentidos unívocos para las distintas disciplinas científicas que lo utilizan como referente fundamental para construir su representación y dotarlo de contenido, tanto descriptivo como normativo. En cualquier caso, sí queda suficientemente claro que no estamos ante realidades físicas sino ante “construcciones sociales” en las que prima el elemento institucional. Desde esta perspectiva, y aplicándolo al objeto de nuestro trabajo convenimos en que el concepto de “territorio” precisa de una delimitación conceptual al ser el objeto por excelencia de referencia en los procesos de descentralización de la política de empleo.

Si partimos de la estructura institucional de la economía, el trabajo y el empleo<sup>2</sup>, el término “territorio” se asocia a un ámbito nuevo en su concepción, mediante el que es posible identificar y concretar, no ya sólo condiciones de desequilibrio que exigen corrección desde la proximidad, sino también nuevas oportunidades que requieren apoyo. Pero para ello, ha de contar, conforme a la lógica clásica que relaciona poder y territorio, con el establecimiento de un nuevo modelo de gobierno, una nueva gobernanza porque la reconstrucción socio-institucional de los territorios requiere una nueva comprensión del reparto entre los distintos ámbitos competenciales de gobierno de aquéllos, con participación de nuevos actores, algo de lo que intenta traslucir la nueva Ley de empleo<sup>3</sup>.

La nuevas dimensiones social e institucional de los territorios no tienen sentido en sí mismas sino en su instrumentación al servicio de unos mayores niveles de progreso social y económico y que pongan a la persona en el centro de las actuaciones. Y ello es así porque la dimensión de cercanía en

---

<sup>2</sup> Aunque de una manera muy general resulta ilustrador el análisis de LETAMENDÍA, F. (2009) *Estructura Política del Mundo del Trabajo: Fordismo y Posfordismo*. Tecnos. Para el análisis de experiencias concretas, en particular de la Comunidad Vasca, aplicando conceptos y métodos de la Escuela Regulacionista, vid. PRADALES, I. (2005) *Estructura social del empleo en la CAPV: Transformaciones del trabajo y zonas de empleo*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Bilbao.

<sup>3</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, BOE nº 51, de 1 de marzo

una política social y económica como es la política de empleo, pero también en otras conexas, como las políticas de protección social, hace necesaria una reconsideración no ya sólo en el plano legal, sino también en el teórico-conceptual, de los espacios competenciales de intervención y de implicación de las iniciativas de desarrollo económico vinculadas a la creación y el fomento de nuevas oportunidades para la riqueza, el bienestar y el empleo de calidad o decente, utilizando las palabras de la nueva ley que asume los postulados de la OIT, de manera que fije más las iniciativas al territorio.

La realidad del concepto de territorio al que nosotros nos dirigimos, el de nuestro ámbito de análisis, no tiene unas fronteras precisas, claramente diferenciadas o separadas por criterios formales, sino que presenta marcadamente aspectos materiales, socioeconómicos y psicosociales, pues es un concepto que se refiere a la formación social en un espacio físico con el que interactúa, formando parte de su historia y definiendo su propio carácter, o como lo define Guigou, “*un concepto emotivo*”<sup>4</sup>, esto es, donde lo social adquiere el máximo protagonismo.

La noción de territorio, como concepto clave de cualquier organización de gobierno de una comunidad social, ha sido siempre, un compuesto de múltiples elementos espaciales o físicos, organizativos, sociales y temporales que caracterizan la apropiación de un espacio geográfico y de recursos de diferente tipo por un grupo de personas o individuos, generando relaciones tanto de integración como de exclusión. Todos estos elementos intervienen en el ámbito que nos ocupa, el de las políticas activas de empleo y su modelo de gestión sobre bases más plurales o descentralizadas, estando presentes con más o menos intensidad en cada caso. En esta noción se hace necesario destacar las principales cuestiones que han de marcar las acciones de intervención y que serían:

- las características del elemento espacial porque influyen en la configuración del contexto de actuación y en el propio diseño de la política, esto es, la relación con las políticas de desarrollo local
- el modo de organización o la gobernanza por su papel determinante en su desarrollo
- el aspecto social centro de la configuración del modelo de intervención de los agentes o actores implicados
- el elemento temporal que vendrá a definir las necesidades a cubrir en cada momento histórico, evidenciando una notable variación y dinamismo en función de los factores económicos coincidentes.

Cuestiones que no se abordan en la nueva Ley de empleo.

---

<sup>4</sup> Nos parece adecuada esta referencia al territorio como concepto emotivo precisamente por vinculación con los aspectos sociales que lo configuran y cuya cobertura de necesidades reclaman los ciudadanos. GUIGOU, J.L., (2002) *Aménager la France de 2020: Mettre les territoires en mouvement*. DATAR. La Documentation Française. París, p. 12

## 1.2. De lo local a lo global

Si hacemos una aproximación al territorio como espacio socio-geográfico, podemos definirlo como el elemento consustancial al diseño y desarrollo de las políticas de empleo, más concretamente como “*el campo o esfera de acción delimitada por un espacio físico y social que lo determina y lo dota de especificidad y sobre el que se diseñan políticas de intervención con la participación de los distintos niveles competenciales –organización vertical– y los agentes sociales y económicos –organización horizontal–, con el fin de alcanzar un desarrollo socioeconómico y una capacitación propia*”, tomando como referencia la definición de la RAE<sup>5</sup>.

En el plano normativo, el territorio ha de ser fuente de integración, pero también de diferenciación de los marcos institucionales. En este contexto parece cierto que la Globalización como proceso promueve un cambio de la estructura geopolítico-institucional del mundo, por tanto, también del empleo y del trabajo, alterando el modelo de distribución territorial del poder en los Estados-nación. Por un lado, propone una simbiosis dialéctica con lo local, que da lugar a modos de gobierno de tipo “*glocal*”<sup>6</sup>, fuente de deslocalización, pero también de “relocalización”: las empresas globales definen sus estrategias económicas de forma global, pero están obligadas a desarrollar relaciones locales, ese es el sentido del término. Lo local es pues un aspecto de lo global. El resultado es, por lo que aquí más interesa, una confluencia entre el universalismo y el particularismo. La relación entre uniformidad de instituciones, modos organizativos, modos de vida y la proliferación de la diversidad entendida en todos sus ámbitos, exige respuesta, y no será pacífica, pero tampoco implica que haya una contradicción irresoluble. En este sentido, no podemos perder de vista la actual digitalización económica y sus consecuencias en los mercados de trabajo.

El proceso de globalización ha provocado así la aparición de un nuevo localismo que ha transformado los dos elementos definitorios de los gobiernos: el territorio y sus instituciones. El primero pasa a jugar un renovado y

---

<sup>5</sup> El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, contiene las siguientes acepciones del término “Territorio”:

- porción de la superficie terrestre perteneciente a una nación, región, provincia, etc
- campo o esfera de acción circuito o término que comprende una jurisdicción, un cometido oficial u otra función análoga

<sup>6</sup> El término “Glocalización” responde a una construcción “mestiza” para explicar esta contradicción, al menos aparente, de revitalización de lo local en un mundo global, de ahí que aúne al concepto de “globalización” el de “localización”. Como todos estos conceptos prolijos y ambiguos también aquél es de origen incierto, hasta el punto de que hay quien sitúa su origen etimológico en el término japonés “dochakuka” (derivada de dochaku, “el que vive en su propia tierra”). Por lo que hace a su “padre intelectual”, son muchos los que lo atribuyen a Ulrich Beck, pero éste es más bien su gran difusor, siendo el primer autor que saca a la luz explícitamente esta idea ROBERTSON, R. (2003) *Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad*, En MONEDERO FERNANDEZ, J.C. (ed.). *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*. Trotta.



trascendental papel en la actual estrategia competitiva; las segundas cobran una dimensión política en tanto que creadoras y directoras de las redes de actores en diversos ámbitos, incluidos los locales. A partir de estos cambios no se habla ya de relaciones políticas y relaciones sociales de producción en los planos generales, sino cada vez más de manera regional y local.

### 1.3. El actual modelo de los Servicios Públicos de Empleo y las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 (CE) se ha producido en España una intensa descentralización política que ha tenido como absoluto protagonista a las Comunidades Autónomas. La estructura territorial del Estado español se fundamenta en el desarrollo del artículo 137 de la Carta Magna, que la organiza en tres niveles administrativos, dotados todos ellos de autonomía, con competencias diferenciadas, pero sin subordinación entre ellos, es decir, los tres parecerían tener el mismo tratamiento institucional pero diferenciados por el diferente volumen de competencias. Esto es, el tradicional principio de jerarquía, típico de las ordenaciones de integración territorial, se vería en buena medida corregido por el principio de competencia, más típico de modelos de organización y ordenación “horizontal”, y siempre sin perjuicio de la posición de protagonismo asumido por el Estado en el plano central por incumbirle, en última instancia, la sustancial garantía de igualdad de todos los ciudadanos en derechos, que es lo que realmente importa para el bienestar social –artículo 139 CE<sup>7</sup>.

En consecuencia, el modelo no sólo no se cierra, sino que queda abierto a una ordenación asentada bastante más en relaciones de cooperación que de subordinación<sup>8</sup>. Sin embargo, es evidente que en relación al ámbito local esta visión igualitaria en el plano sustancial de la autonomía territorial queda en gran medida desacreditada por el desarrollo posterior, tanto en la CE como, sobre todo, en el Derecho infraconstitucional, pues los tintes de subordinación son evidentes.

Si se utiliza el término, “administración local”, en lugar de “gobierno local”, se suprime el matiz político – presente en el artículo 140 CE al aludir a la garantía estatal de la autonomía para su gobierno, si bien está claro que prima la autonomía de gestión básicamente - y parecería asimilarla a unida-

---

<sup>7</sup> De interés, a este respecto, la tesis del profesor García de Enterría en la que plantea que la cláusula de transferencia de competencias del Estado a las CAA, establecida en el Art. 150.2, se reduciría a los supuestos concretos en los que la ley lo admite, y prevista así cuando se realiza “una participación de las Comunidades en la gestión, desarrollo y ejecución de las materias que el estado tiene una competencia exclusiva de principio”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981) *Estudios sobre autonomías territoriales*. Civitas. Madrid, p. 71.

<sup>8</sup> Para el carácter abierto del modelo constitucional en el plano de las materias sociolaborales vid. MONEREO PÉREZ, J.L y SERRANO FALCÓN, C. (dirs.) “*Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*”. Comares. Granada. 2009.

des de autonomía administrativa respecto a los otros dos ámbitos, el central y el autonómico, claramente unidades complejas de autogobierno y, por tanto, de regulación normativa. Sin embargo, como luego comentaremos en relación al tratamiento en la Ley 3/2023, tener la consideración de unidades de autogobierno, no les concede de facto, competencias en materia de política de empleo, que siguen al voluntarismo de las Comunidades Autónomas. Aunque en el art. 40 se señala 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”*.

A este respecto, sabido es que la doctrina constitucional entiende tales remisiones genéricas siempre condicionadas al margen de competencias que se le atribuya de un modo expreso –artículos 148 y 149 CE–. Ahora bien, no creo que haya un impedimento radical para que los gobiernos locales puedan tener un cierto margen de actuación en esa dirección de promoción de la cohesión territorial –la garantía es siempre del Estado en último caso, como es obvio–, si bien con los evidentes matices que requiere tanto su escaso margen de competencias cuanto su limitada financiación<sup>9</sup>.

## 2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TERRITORIO EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

En la evolución de la dimensión territorial de la política de empleo se ha ido pasando de una concepción de las políticas públicas basada en un intenso protagonismo de los poderes públicos, con base en la política de la regulación, a otra que implica más a sus destinatarios, articulados a través de actores y estructuras colectivas, y en una distribución de responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno con criterios de jerarquía pero más cercana a los postulados de una política de gestión<sup>10</sup>.

En este nuevo espacio de actuación para el diseño de las políticas de empleo, se exige, aun cuando no se aplica en la medida que debiera, la cooperación a través de nuevas formas de interrelación entre los agentes que inter-

<sup>9</sup> En este sentido y aunque solo se hace referencia a la consideración en el término “poderes públicos” a las CCAA, entendemos que cabe ampliar los actores y estructuras de garantía, por lo que depende de la creación de servicios y técnicas de gestión y organización que den efectividad al derecho, a las entidades locales, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. (2002) *“Artículo 40.1 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo”*. VVAA MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. (coord.). *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*. Comares. Granada, p. 1354.

<sup>10</sup> Vid. SUBIRATS, J. (2006) *La gobernabilidad de las políticas territoriales. Formulación participativa y gestión concertada*, en “Una Nueva cultura del territorio. Criterios sociales y ambientales en las políticas y el gobierno del territorio”. CUIIMPB. Barcelona, p. 400. Para la precisión de conceptos y fundamentos, por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. (1999) *Diálogo y Concertación Social*. Lex Nova.

vienen, públicos y privados, administración y sociedad. Se busca, pues, el diseño de formas y modelos que permitan compartir objetivos, competencias y recursos, donde la idea de la cooperación es uno de los principios clave de asunción de la política regional europea, como ha evidenciado con nitidez la propia evolución de las reglas y la gestión de su instrumento fundamental de intervención de la Unión, los Fondos Estructurales, como piezas clave en el diseño de la política y de los que derivan los éxitos de la aplicación del marco comunitario.

En efecto, las sucesivas reformas de los fondos estructurales dieron lugar a una nueva base en la que se introducía el elemento programático. Un indicador comúnmente aceptado basado en el PIB per cápita según el valor de compra, fue el escogido para establecer las regiones menos favorecidas. La introducción de nuevas normas se realizó reclamando la implicación de todas las partes involucradas, incluidos los actores regionales. Coincidiendo con la presidencia de la Comisión en la persona de Jacques Delors, Francia inicia, en 1982, un proceso de descentralización. Jacques Delors, cuya poderosa influencia en la evolución del modelo de integración europea es unánimemente reconocido por todos, tanto por los más partidarios del proyecto europeo como los más escépticos, estaba por completo convencido de las bondades de la movilización de lo que él llamó “las fuerzas vivas” de un territorio dado<sup>11</sup>. Por eso, la promoción de esta dimensión más informal y flexible, también más arriesgada sin duda para la coherencia del proyecto, se convertiría en un pilar esencial de la estrategia de desarrollo regional. De ahí que esta dimensión negociadora sirviera de orientación clave para las reformas posteriores, que introdujeron elementos de renovación que hoy constituyen la clave del paradigma del desarrollo regional, con sus virtudes, pero también con sus defectos y limitaciones, como evidencian los pobres efectos de garantía de una adecuada cohesión.

Precisamente, las políticas de cohesión territorial han sido, desde sus orígenes, un instrumento de equilibrio entre la lógica intergubernamental de redistribución del apoyo financiero comunitario para la política económica regional de los propios Estados miembros y la lógica de fomentar las iniciativas desde abajo. En todo caso, el objetivo de fondo será el corregir, o cuando menos matizar, la supremacía o hegemonía tradicional de las administraciones estatales o nacionales. Los esfuerzos se centran en realizar una apuesta por el principio de eficacia, que tiene también dimensión constitucional para nosotros –artículo 103 CE–, a la vez que se afronta una profunda reflexión sobre la cuestión.

A este respecto, en la base de esta concepción está el convencimiento de las limitaciones del poder público estatal para abarcar el diseño y la ejecución de todas sus tareas, crecientes e ingentes en el Estado de Bienestar, de cuya crisis se lleva hablando décadas. No es fácil sostener, con los criterios

---

<sup>11</sup> FALUDI, A. (2005), *La política de cohesión territorial de la Unión Europea*”. Boletín de la AGE nº 39, pp. 11-30

tradicionales, un sistema de provisión que desarrolle de forma centralizada una política prestacional de servicios, una política de garantía de rentas y la política de subvención a la acción económica. Es importante externalizar, si bien de forma controlada, determinados sectores sobre los que la administración pública estatal mantenía una situación de cuasi monopolio. Estos sectores, con un alto índice de rentabilidad social, pueden ser generadores de ocupaciones reductoras del desempleo, frente a la actitud protectora de generar, de manera artificial, otros ámbitos de ocupación de escasa o nula rentabilidad económica, pero sobre todo social. Ahí es donde la intervención de lo local juega un papel importante. Qué duda cabe que esto hace referencia a la dialéctica relativa a la “crisis”, real o pretendida, del Estado del Bienestar y el tránsito desde el Welfare State al Workfare State.

Una dialéctica y un tránsito que, sin duda, tiene aspectos innovadores para las políticas sociales y económicas, por tanto, a valorar y profundizar, pero mantiene o recupera otros involucionistas a corregir. Todo ello en aras de:

- la promoción de los productos a escala global, la innovación continua de los mercados y del proceso y paradigma productivo
- énfasis en la competitividad y las economías abiertas, y por tanto en busca continua de las ventajas competitivas
- subordinación de las políticas sociales a las demandas de flexibilidad del mercado y las exigencias de competitividad.

De manera que se fijen los cambios en la forma de implementar las políticas de desarrollo, comenzando a realizar acciones de descentralización que potencien el papel socioeconómico de los entes territoriales de segundo nivel. Este modelo se caracteriza por:

- Establecerse a partir de una planificación equilibrada y solidaria inter e intraterritorialmente, en el que se tiene en cuenta la realidad socioeconómica del ámbito de que se trata.
- Prioriza, como ya hemos apuntado, lo endógeno, potenciando la consideración y el aprovechamiento de las ventajas comparativas de la zona, sobre las cuales diseña esencialmente la articulación y la planificación.
- no obstante, no excluye lo exógeno, lo hace complementario de lo endógeno.
- apuesta intensamente por la micro, pequeña y mediana empresa, que pasa a ser contemplada.

Ha pasado ya más de una década desde que se iniciaran las demandas de descentralización hacia lo local de la política de empleo y aunque, en todo este tiempo, de facto no se evidencia documentalmente, sí en determinadas actitudes, tanto en la ejecución de las políticas como en el reconocimiento normativo que quizá sea lo que pretende la nueva ley de empleo. En este

nuevo espacio que se apunta hacia la desconcentración a través de la coordinación, se esgrimen los siguientes argumentos<sup>12</sup>:

- Identificación de nuevos yacimientos por la transformación de necesidades en demandas y más facilidad para el cambio cultura.
- Estructuración de la oferta de una manera más adecuada que permita que en la escala local se realice la innovación en la producción y la comercialización, más difícil en el plano nacional, así como un diseño que garantice su sostenibilidad.
- Experimentación de nuevas formas de crear empleo y actividad porque la cooperación mejora a escala local.
- Se facilitan nuevas formas de organización de la intervención que permiten apoyar otras formas de prestación mercantiles y no mercantiles y reordenar los sectores de presencia de prestaciones pública.
- Posibilidad de nuevas formas de actuación pública al aumentar las posibilidades de intervención coordinadas.

El desarrollo de las políticas de intervención sobre el mercado de trabajo a lo largo de las décadas de los 80 y 90 trata menos de contener la progresión del desempleo que de mejorar la situación de algunos colectivos de desempleados. Es en estas décadas cuando a las políticas de intervención sobre el mercado de trabajo se les dota de una especificidad, en la medida en que sus destinatarios son grupos de personas desempleadas identificadas por las dificultades que encuentran para acceder a la cualificación o al empleo: jóvenes sin cualificación o en dificultad, parados de larga duración, perceptores de rentas mínimas de inserción, trabajadores con discapacidad... Colectivos que la Ley de empleo amplia y concreta en su adaptación a las nuevas realidades sociales<sup>13</sup>.

A finales de los años 90 estas políticas específicas refuerzan su centralidad en estos colectivos con más dificultad para acceder al mercado de trabajo. Paralelamente se ponen en marcha otras políticas de carácter más general con el objetivo, no solo de “arreglar” situaciones de necesidad, sino de desbloquear la cola del desempleo, favoreciendo la creación de empleo a través de una acción de intervención sobre el coste<sup>14</sup> –ayudas a la contratación– y la duración del trabajo –fomento del trabajo a tiempo parcial como medida de reparto del empleo–. Son actuaciones cuyo fin es enriquecer el contenido en empleo del crecimiento económico para disminuir la tasa de desempleo. Estas políticas generales de intervención sobre el mercado de trabajo, sin embargo, no rom-

---

<sup>12</sup> GALLEGO ANABITARTE, A. “Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización”. Marcial Pons, 2001. Pág.115 y ss.

<sup>13</sup> No es objeto de este trabajo, pero un interesante comentario sobre los colectivos se recoge en los briefs de la AEDTSS a cargo de CRISTÓBAL RONCERO, R (2023) <https://www.aedtss.com/colectivos-de-atencion-prioritaria-de-la-politica-de-empleo/>

<sup>14</sup> BUCHANAN, J.M., FUENTES, E y OTROS (1979) “El sector público en las economías de mercado (ensayo sobre el intervencionismo)”. Espasa Calpe. Madrid.

pen con el principio de orientación específica sobre las categorías de beneficiarios, por tanto, tienen cierto nivel de especificidad, incluso contemplan la lógica de la acción sobre los colectivos particulares, aunque deben favorecer a los demandantes de empleo en su conjunto.

Al lado de los dos ejes históricos de la política de empleo, que son el acompañamiento de las reestructuraciones y la intervención sobre el mercado de trabajo, un tercer eje ha conocido los desarrollos más erráticos: la denominada política de promoción del empleo. A lo largo de los años 80 el Ministerio de Trabajo se apropia del campo del desarrollo local, con objeto de prolongar su acción macroeconómica sobre el mercado de trabajo por un acercamiento microeconómico, busca el sostenimiento de las iniciativas locales en materia de empleo. Pero las iniciativas locales y el desarrollo de los servicios de proximidad que se esperaba incrementarían las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, han tenido un comportamiento más lento del esperado. El germen de las políticas de intervención sobre el mercado de trabajo y el desarrollo local se sitúa, no en un programa para favorecer el empleo, sino en la realización de estudios sobre el mercado de trabajo a escala local y en la contratación de técnicos para la realización de los mismos, pero sin el objetivo definido de diseño de iniciativas e intervención en respuesta a las necesidades locales. Es una síntesis entre la lógica macroeconómica y las políticas de intervención sobre el mercado de trabajo, obedeciendo a una lógica de proyecto, pilotada a nivel local, financiada a nivel estatal, pero de escasa incidencia.

Con este escenario podemos establecer tres maneras de intervención en política de empleo, teniendo en cuenta la dimensión territorial:

- la política de acompañamiento de las reestructuraciones que afectan a los territorios a través de los colectivos
- a la inversa, la política de promoción del empleo que interviene sobre los colectivos a través de los territorios
- y por último la política de intervención sobre el mercado de trabajo estructurada a través del concepto de colectivos sin incidencia nada más que indirecta de los territorios.

En realidad, las políticas de acompañamiento de las reestructuraciones y de intervención sobre el mercado de trabajo, por un lado, y la política de promoción del empleo por otro, ponen en juego dos concepciones muy diferentes de conexión del territorio y de lo local. Las primeras concentran los medios de intervención del estado nacional sobre las categorías de colectivos considerados prioritarios, para favorecer su reconversión o su empleabilidad conforme a un principio de acción positiva.

La segunda se centra sobre los territorios concebidos como espacios económicos y sociales de desarrollo. Los primeros se elaboran y pilotan desde el nivel central en una lógica descendente en la que el territorio se percibe como el espacio administrativo de puesta en marcha de políticas nacionales.

En el segundo, el estado local acompaña y sostiene proyectos de creación de actividad llevados a cabo por actores locales según una lógica ascendente.

No dejan de diseñarse medidas en las que se deposita la confianza pero que, en algunos casos, carecen aún de la suficiente sistemática. Estas giran en torno a ideas y conceptos macroeconómicos donde destaca la concepción del desarrollo local y otras acciones directamente relacionadas con él, como las políticas activas de empleo, la economía social, los empleos de futuro y nuevos yacimientos de empleo y la economía alternativa o los empleos verdes. Estas acciones se sustentan en un nuevo modelo de política económica “que supere las visiones parciales tanto del modelo neoclásico (oferta) como del modelo keynesiano (demanda) y que, buscando la interactividad y las relaciones de vasos comunicantes entre las políticas macroeconómicas y las de corte microeconómico, dirija las primeras al logro y mantenimiento de la estabilidad y concentre las segundas en la generación de puestos de trabajo y el equilibrio territorial”.

### 3. LA PERSPECTIVA EUROPEA: EL REFUERZO DEL TERRITORIO EN LAS POLÍTICAS DE LA UE

La política de cohesión económica y social ha formado parte del núcleo central de las políticas de la Unión Europea. Pero no como una política compensatoria sino que ha contribuido a la protección del crecimiento y la prosperidad de los territorios a través políticas que van más allá de las fronteras de los propios estados, reduciendo o intentando reducir, las desigualdades económicas, sociales y territoriales.

El primer paso en el proceso de construcción de la política local de empleo a nivel europeo fue la publicación del “Libro Verde sobre la Política Social Europea” en 1993<sup>15</sup> y posteriormente del “Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo: Política Social Europea”, que sentaron las bases para el futuro de la política social en Europa. En esa línea que marcan estos dos documentos, en 1994, el Consejo Europeo aprobó el Plan de Acción elaborado por la Comisión en estrecha consulta con los Estados miembros, destinado, en el corto plazo, a invertir la tendencia creciente de desempleo en los territorios de los mismos.

Al Plan de Acción se vincularon, a partir de 1995, nuevas propuestas destinadas a mejorar los servicios coordinados de orientación y empleo, en particular a nivel local, para acompañar a las personas jóvenes en sus posibilidades de carrera y de empleo, mediante el fomento de políticas activas del mercado de trabajo<sup>16</sup>. La culminación de esta etapa llega con el Tratado de

---

<sup>15</sup> COMISIÓN EUROPEA (1993) *Libro Verde sobre la Política Social Europea. Opciones para la Unión*, COM (93) 551

<sup>16</sup> Capítulo 11 del *Libro Verde: invertir en mano de obra de primer orden*. COMISIÓN EUROPEA (1993) *op.cit*

Ámsterdam que sitúa al empleo a nivel del resto de los objetivos comunitarios como una cuestión de interés común. En ese sentido, establece que las Políticas de empleo de todos los Estados miembros, se articularán sobre la base de: Orientaciones anuales, Recomendaciones y Directrices coparticipadas por los gobiernos nacionales según parámetros de orden local y territorial<sup>17</sup>.

En la actualidad, la cohesión económica, social y territorial refleja una particular distribución de competencias y medios de acción entre los gobiernos locales y regionales, las autoridades nacionales y los actores de la Unión Europea (UE). Los desafíos –globalización, migración, retos demográficos...– a que se enfrentan los Estados miembros y, en particular, la necesidad de hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la crisis económica y financiera que padece Europa, tienen repercusiones evidentes a nivel territorial.

En cualquier caso, uno de los mayores retos a los que se vienen enfrentando la política de cohesión territorial de la UE es conseguir el acceso de la ciudadanía a un empleo con independencia del lugar en que residan o del que procedan, teniendo en consideración que no todos los territorios se encuentran en el mismo nivel de desarrollo. Lo que se pretende con la política de cohesión es la búsqueda de cauces de solidaridad entre territorios en materia de empleo y crecimiento, con la participación de todos los interlocutores sociales presentes en el territorio, participación que, como ya hemos comentado, la Ley de empleo, recoge expresamente.

Posteriormente, el Tratado de Lisboa introdujo la cohesión territorial en los objetivos de cohesión económica y social, considerando que las características demográficas y geográficas pueden intensificar la solución ante problemas de desarrollo. En la promoción de los objetivos para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, es necesario tener en cuenta las características únicas de cada unidad territorial, en función de cómo esta se diseñe.

Para alinearse con estos objetivos, los Estados Miembros deben de tener en cuenta el papel que juegan las características regionales y locales a la hora de diseñar la política de empleo y sus líneas de actuación. Se debe de realizar un análisis del potencial y de la capacidad de desarrollo del territorio, tomando en consideración las características, no solo nacionales y regionales sino también locales, exigiéndose además un enfoque integrado que enlace la Estrategia Europa 2030 desde los propios agentes regionales y locales lo que, a juicio de la Comisión, requiere “mejorar la coordinación entre los diferentes niveles territoriales y las fuentes de financiación”<sup>18</sup>. Algo que la Ley de empleo

---

<sup>17</sup> Art. 128 del TFUE. Las primeras Directrices fueron dictadas en 1997 sobre la base de los cuatro pilares de la política social: mejorar la capacidad de inserción profesional, desarrollar el espíritu de empresa y la creación de empleo, fomentar la capacidad de adaptación de las empresas y de sus trabajadores y reforzar las políticas de igualdad entre hombres y mujeres.

<sup>18</sup> UE, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión (2012) *Elementos relativos al Marco Estratégico Común 2014-2020 para el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el*



parece integrar a través de la coordinación entre políticas activas y políticas de protección del desempleo<sup>19</sup>. Para conseguir esas mejoras, el elemento clave ha sido el Contrato de Asociación, establecido en el art. 5.1. del Reglamento (UE) 1303/2013 y en el que deben de participar las autoridades competentes, los interlocutores sociales y económicos y actores representantes de la sociedad y que aplican el término “glocalización” (piensa en global, actúa en local) porque permite a los Estados miembros y a las regiones adaptar las posibilidades de la UE a los retos, conocimientos y posibilidades locales.

Para el período 2021-2027 la Comisión ha adoptado un amplio paquete de medidas legislativas que dan forma a la política de cohesión. La nueva regulación de los fondos del Marco Estratégico Común 2021-2027, continúa teniendo en cuenta la diversidad de los territorios de la UE en materia de empleo y mercado de trabajo, algo que no se había tenido en cuenta en el anterior periodo que finalizó en 2020. El diseño de las nuevas propuestas parte del objetivo de reforzar la dimensión estratégica de la política mediante la garantía de inversión de la UE centrada en materia de crecimiento y empleo como especial protagonismo del territorio y de sus agentes locales, favoreciendo la colaboración público-privada.

Los Fondos Europeos para este período –Next Generation<sup>20</sup>– deben ir acompañados de reformas estructurales en los países que no alcancen los niveles mínimos de exigencias estratégicas, de modo que permitan un crecimiento más cualitativo que cuantitativo de la sociedad europea en su conjunto, con el único mandato exigido cual es que las actuaciones nacionales establezcan prioridad a las políticas medioambientales y de digitalización de las economías de modo cohesionado y solidario, lo que permitirá a la Comisión apoyar los proyectos viables coparticipados con agentes públicos territoriales y privados que faciliten la canalización del presupuesto europeo para este período.

Cinco objetivos principales impulsan las inversiones europeas a partir de 2021 para la consecución de los objetivos armonizados y que buscan una Europa:

- más inteligente mediante la innovación, la digitalización, la transformación económica y el apoyo a las pequeñas y medianas empresas
- más ecológica y libre de carbono que aplique el Acuerdo de París e invierta en transición energética, energías renovables y la lucha contra el cambio climático

---

*Fondo Social Europeo, el Fondo de Cohesión, el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca.*

<sup>19</sup> Para ampliar esta cuestión recurrimos de nuevo a los Briefs de la AEDTSS. PARRÉS MIRALLES, R. (2023) *La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo.* <https://www.aedtss.com/la-coordinacion-de-politicas-activas-y-pasivas-en-la-nueva-ley-3-2023-de-28-de-febrero-de-empleo/>

<sup>20</sup> <https://nexteugeneration.com>

- más social, que haga realidad el pilar europeo de derechos sociales y que apoye el empleo de calidad, la educación, las capacidades educativas y profesionales, la inclusión social y la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria
- más cercana a los ciudadanos, que respalde estrategias de crecimiento de gestión local y que contribuya a un desarrollo urbano y sostenible en toda la UE

El parámetro de medición territorial para la asignación de los fondos el es PIB per cápita, al que se añaden nuevos criterios para conseguir más fielmente la armonización económica de los territorios. Estos son: la tasa de desempleo juvenil, el nivel educativo (bajo), el cambio climático y la acogida e integración de inmigrantes.

La política de cohesión pues, sigue apoyando estrategias de desarrollo de gestión territorial, empoderando a los entes locales en la gestión de los fondos, potenciando la dimensión urbana de la política de cohesión y apoyando con el fondo específico para las regiones, el FEDER, el desarrollo de las capacidades y solidaridades urbanas y sostenibles de los territorios<sup>21</sup>.

#### 4. LA DIMENSIÓN TERRITORIAL Y LOCAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO

##### 4.1. Antecedentes y justificación

Como ya hemos comentado, el debate de los territorios de la regulación ha tenido en España como protagonista a las Comunidades Autónomas, por tanto, en cierto modo se ha quedado en el primer escalón de la descentralización territorial. En este sentido, el reconocimiento de un auténtico poder de autogobierno y, en consecuencia, la capacidad para crear un verdadero y genuino sistema jurídico-normativo de impronta autonómica, incluso en el ámbito sociolaboral, es un mandato directamente constitucional y cuenta con las máximas garantías, sin perjuicio de sus limitaciones y desajustes. En ese proceso el segundo nivel, el local-comarcal, habría quedado relegado, pese al reconocimiento constitucional de la “autonomía local”, en su doble dimensión de “autonomía de gobierno” y “autonomía de administración” para los asuntos que le son propios y para las “actividades del Estado” en su territorio, según el contenido del artículo 140 CE<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> La Iniciativa Urbana Europea es un instrumento de financiación exterior de cohesión, centrado en el desarrollo de un nuevo programa de creación de capacidades y establecimiento de redes destinado a las entidades locales que, además, cuenta con el apoyo de las federaciones de municipios. <https://www.famp.es/export/sites/famp/galleries/documentos-eventos/1.-Laura-Hagehmann.pdf>

<sup>22</sup> Cfr. AJA, E. (1990) “*El Estado autonómico, Federalismo y hechos diferenciales*”. Alianza. Madrid. 2003; ID. “El concepto de competencia concurrente. La legislación básica del

Es evidente que aproximarse al tratamiento constitucional del modelo de ordenación de los territorios de la regulación socio-económica, en aras de un modelo óptimo de gestión del empleo y con el fin de conseguir el equilibrio territorial y la cobertura requeridos, exige partir del carácter de derecho social que la norma de normas (CE) atribuye al empleo, si bien en la forma ambigua de principio rector de la política económica y social – art. 25 en relación al art 40–. Ahora bien, como derecho social de prestación que es, de poco servirá su reconocimiento sin un conjunto de garantías suficientemente efectivas que lo actualicen, que lo hagan real, creíble para el ciudadano y para la sociedad, lo que ahora difícilmente sucede. En consecuencia, es necesario en el plano de las garantías dirigirse al modelo de articulación del conjunto de prestaciones y servicios orientados a proveerlo.

En este sentido, el análisis del modelo de servicio público que se presenta en la constitución ha de realizarse a partir de los artículos 35 y 40 CE. El artículo 35.1 señala “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo y 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 art. 40 CE establece 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”. Si relacionamos ambos artículos se deduce que la consecución del pleno empleo pasa por el establecimiento de un Servicio Público de Empleo como un instrumento más. El derecho al empleo es el derecho de un empleo real y presupone instrumentos o garantías para su institucionalización. Por tanto es, en su configuración un derecho no solo reconocido, pese a su carácter difuso y evanescente de la técnica del principio rector, sino también garantizado, aunque sus garantías sean insuficientes hasta el momento, e ineficaces.

En un sentido parecido, se expresa la Estrategia Española de Empleo, que no recoge competencias expresas en la elaboración de la misma al ámbito local, pero si otorga una especial importancia a este a lo largo de su texto, expresando “la Estrategia Española de Empleo, como referente común a las iniciativas de empleabilidad, debe contribuir a una mayor cooperación entre los distintos niveles administrativos y territoriales, incluyendo la relación público-privada y considerando el papel de las administraciones locales”.

Con este contexto, para hacer frente al desempleo, la política de empleo, a lo largo de los últimos años, ha individualizado su acción a fin de tener en cuenta no solo la heterogeneidad de los desempleados sino también la diversidad de los mercados locales de trabajo. Para esto, ha tenido que movilizar, a nivel regional y local, múltiples actores de culturas profesionales variadas

que se inscriben en lógicas institucionales diferentes. Estas dos últimas décadas no han sido suficientes para que se pueda establecer una verdadera sinergia entre los actores. Pero la dimensión territorial tiene un sitio importante tanto en la concepción como en la puesta en marcha de la política de empleo.

La política de empleo históricamente ha estado gobernada por una lógica de intervención sobre las categorías de lo público. Este encuadramiento responde a la necesidad del Estado de acompañar socialmente el incremento del desempleo, porque la heterogeneidad de los desempleados y la diversidad de los mercados locales de trabajo posicionan al Estado delante de la necesidad creciente de individualizar la intervención a los demandantes de empleo y adaptar su intervención a la específica de los contextos locales, lo que ha supuesto la puesta en marcha de una política de territorialización, sumergida, en muchos casos en el desarrollo local. Esta es la razón por la que los poderes públicos han llevado lo esencial de sus esfuerzos en la aplicación de la política nacional de lucha contra el desempleo a la desconcentración de la acción de los servicios, la globalización de la gestión de medidas y el desarrollo de los partenariados locales. Esta gestión de la territorialización se ha acentuado incluso, a lo largo de los últimos años, hasta el punto de que se puede comenzar a evocar hoy una gestión local del empleo, a pesar de no existir, de facto, en nuestro país, una descentralización hacia lo local.

Que no exista esa segunda descentralización<sup>23</sup>, es decir, ese traspaso competencial a las entidades locales para convertirse, no solo en ejecutoras, sino en provisoras de las políticas de empleo, no significa que el ámbito local no tenga su propio protagonismo. En el esquema que apunta la Ley 3/2023, parece que la pretensión es pasar de una globalización de la financiación de las medidas a una gestión de territorialización estratégica de la política de empleo, cuestión que, de hecho, ya lleva un par de décadas de aplicación. Se trata, por una parte, de desconcentrar la acción de los servicios de empleo, distinguiendo entre distintos niveles de intervención: nacional-provisor, de gestión a nivel de comunidades autónomas y de puesta en marcha local. Y por otra parte de apoyar la intervención del SPE y la puesta en marcha de políticas de empleo de nivel local, con base en la coordinación de los agentes presentes en el territorio y en la producción de diagnósticos y de planes de acción local.

El éxito o el fracaso de la gestión de la territorialización descansa mayoritariamente, en la dinámica interna del Servicio Público de Empleo puesto que esta se compone de instituciones marcadas por culturas profesionales y lógicas institucionales diferente cuyo nivel de coherencia necesita ajustes regulares.

Estos desajustes o esta cierta desincronización afectan a la puesta en marcha de la dimensión territorial de la política de empleo. Aunque formalmen-

---

<sup>23</sup> PIORE, M., (1993) *El dualismo como respuesta al cambio y la incertidumbre*, en TOHARIA, L., “*El mercado de trabajo: teorías y aplicaciones*”. Alianza. Madrid. Pp. 223-253.

te situada sobre la tutela del Ministerio de Trabajo, las Comunidades Autónomas tienen autonomía en materia de políticas activas adquirida a partir de la transferencia progresiva de las competencias, si bien la dependencia económica, sobre todo de los fondos procedentes del FSE, las hace en algunos aspectos poco autónomas. A pesar de ello, su estructura es propiamente vertical y la gestión del nivel local se desarrolla en una cadena jerárquica lineal. Los servicios desconcentrados de la Administración General del Estado están asociados, en ausencia de lazos jerárquicos internos, a los dos niveles regional y local. Esta estructuración territorial deja a veces instalar un juego interinstitucional sutil, variable en intensidad según las regiones y las individualidades. Además, a nivel territorial, la coordinación empleo-formación sufre una inestabilidad crónica, lo que contribuye a debilitar, la eficacia de las políticas de empleo pese a la estructura establecida. Esta verticalidad que sufre el Sistema Nacional de Empleo puede constituir un hándicap en las relaciones que estos servicios desconcentrados sostienen con las administraciones territoriales. En particular cuando existe una forma de concurrencia entre legitimidad administrativa y efectiva. A pesar de ello, la organización de globalización y de territorialización tiende<sup>24</sup> a reforzar la legitimidad de los servicios descentralizados de la administración de empleo.

Y todo porque la prioridad de la creación de empleo para hacer frente al paro aparece también en los ámbitos regional y local<sup>25</sup>. Por esta razón muchas administraciones locales, ayuntamientos, mancomunidades y diputaciones, se han planteado actuar en esta dirección. El esfuerzo más importante efectuado a nivel local se ha dirigido a la formación y la recualificación de las personas trabajadoras y desempleadas, sobre todo en épocas como las actuales en las que las sucesivas crisis y la digitalización económica marcan los ritmos de los mercados de trabajo<sup>26</sup>.

Es a nivel local donde se pueden experimentar nuevas formas de mediación entre ofertas y demandas, donde se pueden ensayar nuevas propuestas de apoyo a las iniciativas, donde se puede aprovechar la comunicación directa entre agentes públicos, empresariales, sindicales y asociativos y donde se facilita la introducción de la componente territorial en el principio de proximidad y, en consecuencia las posibles nuevas actividades generadoras de empleo se conciben como un ámbito fuertemente vinculado a actividades que se desarrollan en territorios delimitados. De ahí las potencialidades para su aplicación a escala local.

Con todo lo expuesto y de manera general, y a pesar de las diferentes tentativas de ajuste interpuestas, los servicios públicos de empleo se tropiezan

---

<sup>24</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., (1993) *Convergencia europea, reformas del mercado de trabajo y territorialización de las políticas y los servicios públicos de empleo*. AL. 1993-II. Pág. 27

<sup>25</sup> ESTIVILL, J. (comp.), (1997) *El partenariado social en Europa. Una estrategia participativa para la inserción*. Hacer. Madrid. Pág. 38-43

<sup>26</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (2021) *El impacto de la COVID sobre las relaciones de empleo y trabajo*, Anuario de Trabajo y Relaciones Laborales, vol.7, pp. 79-100

todavía con una serie de obstáculos ligados a la heterogeneidad territorial y organizacional de sus componentes. Por eso, su funcionamiento se traduce más por las intervenciones separadas en el seno de diversos modos de cohabitación, que por una coordinación sustancial de servicios.

#### 4.2. El contenido “local” en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo

En esta nueva Ley de Empleo, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española, que regula el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, se ha convertido, desde su publicación, en el eje vertebrador de la gestión económica en el desarrollo de las economías territoriales. En este marco, tiene un importante peso el impulso a la colaboración público-privada en todo el territorio y en el establecimiento de una gobernanza de los proyectos financiados con fondos europeos en áreas como la selección, el seguimiento, la evaluación y la coordinación de los mismos, como ya hemos visto.

En el Plan, la Reforma 5 “Modernización de políticas activas de empleo” del Componente 23 “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, busca establecer el marco de ordenación de las políticas de empleo y regula el conjunto de estructuras, recursos, servicios y programas que integran el Sistema Nacional de Empleo. El objeto de la norma se centra en la promoción y desarrollo de la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo, la garantía del ejercicio del servicio público y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas y entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, con el fin de mejorar la empleabilidad –cuya definición ocupa un lugar destacado de la ley– e impulsar la cohesión social y territorial.

El propio Plan es el que apuesta por la recuperación de la figura de las agencias estatales como organismos públicos, reintroduciendo en la Administración General del Estado una fórmula organizativa dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, con mecanismos de control de eficacia y promoción de una cultura de responsabilidad por resultados, que ya se ha implantado en algunas Comunidades Autónomas. Es el caso de Andalucía y de su Agencia Servicio Andaluz de Empleo que, con base en sus Contratos Plurianuales de Gestión<sup>27</sup>, implementa los Planes de Acción anuales<sup>28</sup> configurados como instrumentos operativos para el cumplimiento de los objetivos fijados en los Contratos. Los planes contienen los objetivos operativos a alcanzar en el período concreto y los recursos necesarios para su desarrollo. Entre las principales líneas de acción destacan:

- incorporación del perfilado como herramienta de apoyo en la orientación y en la definición de las políticas de empleo

<sup>27</sup> <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1222452>

<sup>28</sup> [https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2022-06/Plan%20Accion%20SAE\\_2022.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2022-06/Plan%20Accion%20SAE_2022.pdf)

- interconectividad e intercorporabilidad de los actuales sistemas de información
- apuesta por la experimentación y la evaluación
- incremento y mejora de la relación con las empresas
- atención a colectivos prioritarios
- desarrollo de programas que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres

Centrándonos ya en el texto de la ley, esta no incluye la dimensión local en el Sistema Nacional de Empleo. Así se acota expresamente en el artículo 8.1, *“Integran el Sistema Nacional de Empleo todas las estructuras administrativas, recursos materiales y humanos, estrategias, planes, programas e información dirigidos a implementar políticas de empleo, ya sean de titularidad estatal o autonómica. Está conformado por la Agencia Española de Empleo y por los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas.”*. Y ello a pesar de establecer entre los principios rectores de la política de empleo el de atención a las particularidades locales (art. 5.f), algo tan necesario como ya hemos argumentado a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, no negando su participación, la deriva a un papel de entidades colaboradoras de la Agencia Estatal de Empleo y de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas y al mismo nivel que las entidades privadas que colaboran con los servicios públicos de empleo, esto es, las Agencias Privadas de Colocación: *“Asimismo, colaborarán con el Sistema Nacional de Empleo, las Corporaciones Locales y otras entidades, públicas o privadas, que participen en la implementación de políticas de empleo, en coordinación y colaboración con los servicios públicos.”* (Art. 8.1), tanto que recoge la figura del convenio para articular dicha participación, lo que convierte a las entidades locales en una suerte de agencias de colocación públicas, algo que ya vienen haciendo, puesto que casi todas las que cuentan con un organismo autónomo para la gestión de las políticas de empleo locales, están autorizadas como agencias de colocación<sup>29</sup>.

Realiza, también, un claro homenaje, aunque puramente formal, a la Estrategia Europea de Empleo, reconociendo las obligaciones a que esta somete. Sin embargo, de la lectura del tenor de la ley, sobre todo del artículo 7, dedicado a dimensión autonómica y local de empleo, parece que sitúa en el título del artículo, al mismo nivel ambas dimensiones (autonómica y local). Realmente, a nuestro entender, el contenido solo establece el deber de contar con los territorios en el diseño y en la implementación, algo que se viene arrastrando en las sucesivas leyes de empleo. Ya en la ley 56/2003, esta participación se recogía en el art. 4 al tratar “la dimensión local de la política de empleo”, y señalaba que esta dimensión había de tenerse en cuenta para favorecer y apoyar

---

<sup>29</sup> <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/agencias-colocacion.html>

las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local, indicando también que *“los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA serán los responsables de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo, la dimensión territorial de las políticas de empleo y determinar en su caso, la representación de las entidades locales en los órganos de participación institucionales de ámbito autonómico”*. Parecido contenido es el del artículo 7.2 de la nueva ley *“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.”* Es un artículo genérico e insuficiente, que delega la responsabilidad de tenerlas en cuenta en las CCAA. El principio de proximidad que se advierte en el desarrollo del Derecho del Empleo, así como el principio de descentralización local que parece inspirar el futuro de las reformas del estado, siguen sin tener influencia alguna en un plano formal, manteniéndose el esquema dual de distribución de competencias afirmado constitucionalmente.

No obstante, los conceptos competenciales hemos de ordenarlos en función de los postulados constitucionales. La doctrina clásica predicaba la existencia de unas competencias propias y de unas competencias delegadas, según la cual y siguiendo el esquema constitucional, las competencias de establecían con esa clasificación. Las propias correspondían a las competencias exclusivas de ente local, mientras que las delegadas las ejercía como entes jerárquicamente sometidos a las Administración del Estado. Pero la realidad en nuestro país es bien distinta y los entes locales no tienen intereses diferenciados de los del resto de las administraciones públicas. Por eso, en las competencias propias de los entes locales hay quien opina que se ha de traducir su posición de autonomía institucional derivada de un estado constitucionalmente descentralizado, en coordinación a su vez con las competencias de los demás entes públicos, sobre todo en materias como las políticas de empleo, que son materias en las cuales todos los poderes públicos están llamados a intervenir y en las que es fundamental la aplicación del principio de proximidad. Pero también cuenta con competencias delegadas en las que el ente local aparece como un elemento de la organización del Estado.

Por tanto, la principal y primera referencia a la dimensión local se encuentra en el referido artículo 7, primer apartado: *“la política de empleo, en su diseño y modelo de gestión, deberá tener en cuenta su dimensión autonómica y local para ajustarla a las necesidades del territorio y de las personas y entidades usuarias de los servicios de empleo. En particular y sin perjuicio de facilitar e impulsar la movilidad geográfica, se favorecerán las iniciativas de generación de empleo en esos ámbitos y se garantizará la atención personalizada, especializada y continuada de las personas demandantes de los servicios y de las personas, empresas y demás entidades empleadoras usuarias de los mismos..”*



Pero la realidad de la dimensión local de la política de empleo se introduce en su tercer apartado, en el que se reconoce la seguridad institucional de las Corporaciones locales en el siguiente tenor literal *“corresponde a las Corporaciones Locales, en el marco de sus competencias, la colaboración y cooperación con las demás administraciones para el logro de los objetivos (...), siendo de especial relevancia el desarrollo de la dimensión local de la política de empleo”*. De este tenor pareciera desprenderse que la iniciativa para establecer acciones y vínculos de colaboración con el resto de administraciones competentes en materia de política de empleo, correspondería a las entidades locales. Pero no es así. Es una competencia de las Comunidades Autónomas a través de sus servicios públicos de empleo pero que requiere de un ejercicio de voluntariedad que no de obligación el art. 7.3 establece en su párrafo segundo que *“Los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, en ejecución de los servicios y programas de políticas activas de empleo, podrán establecer los mecanismos de colaboración oportunos con las entidades locales”*.

Se reconoce, pues, como ya hemos comentado, la singularidad institucional de las Corporaciones Locales en la puesta en marcha y desarrollo de las políticas de empleo, pero articulada a través del principio de cooperación y de convenios con otras Administraciones: *“Las entidades locales podrán participar en el proceso de concertación territorial de las políticas activas de empleo, mediante su representación y participación en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico que cada Comunidad Autónoma decida en ejercicio de su competencia.*

*Los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas serán los responsables de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas de empleo y de determinar la representación de las entidades locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico.”* (art. 7.3, párrafos cuarto y quinto).

Pero, a pesar de que la Ley menciona muchas veces la necesaria coordinación entre administraciones públicas, no desarrolla la forma de llevarla adelante de manera efectiva, e incluso los instrumentos que cita al respecto como instrumentos de gobernanza del sistema son los mismos que ya existían (la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo).

Otra cuestión importante que se introduce, esta vez como novedad, es la relativa a la participación de las entidades locales en la contabilización de todas las fuentes de financiación que puedan destinarse a políticas activas de empleo, con el objetivo de conseguir un adecuado ensamble entre todas ellas. (preámbulo III). Sin embargo, en la distribución de los fondos europeos, pone al mismo nivel a las CCAA y a las corporaciones locales que asuman la gestión de los mismos en materia de empleo. (Preámbulo III).

Y es que, en España, aunque la municipalidad ha gozado siempre de unos amplios niveles de autonomía y autogobierno, presenta, sin embargo, importantísimas carencias en lo que toca a la organización jurídico-normativa de

un entramado local de servicios de empleo. Además, sería conveniente una revisión de estas cuestiones para solucionar las situaciones de desorden de actuaciones que provoca, desde hace décadas, solapamiento de actuaciones, abandono de gestiones clave... Para la eficacia de la colocación, los entes locales tienen un papel fundamental que jugar. Además, la progresiva introducción en determinados procesos, como la intermediación, de las nuevas tecnologías, hace necesaria una actualización completa y revisión de la política de empleo, en la que el ámbito local debería tener un mayor protagonismo.

## 5. CONCLUSIONES

Asistimos, desde esta perspectiva, a una deconstrucción del modelo centralizado del Servicios Públicos de Empleo, cuya justificación atiende a factores de naturaleza y etiología muy diversas como la necesidad de una profunda reforma de la estructura organizativa en la gestión del empleo, el diseño constitucional de un estado descentralizado, las tensiones entre el gobierno central y los gobiernos de las diferentes comunidades autónomas por un reparto competencial en la programación, gestión y participación en las políticas de empleo, el proceso de privatización relativa de la intermediación laboral iniciado en la reforma laboral de 1994 y concretado en el RDL 735/95 y desarrollado posteriormente en las reformas de la intermediación de 2010, 2012 y 2013, o las diferentes coyunturas políticas y económicas devenidas en el tiempo.

Con la entrada en vigor del período operativo 2021-2027, las inversiones de la UE han previsto seguir centrándose en el desarrollo económico de las regiones más atrasadas y en el apoyo a los grupos sociales vulnerables de tal modo que la política tendente a la consecución del pleno empleo debe seguir, no solo vigente sino como bandera de toda actuación social.

El fomento de la coparticipación en cada uno de los ámbitos competenciales es fundamental para el desarrollo de la dimensión territorial en el que han de implicarse todos los interlocutores activos en la dinamización y estímulo de la actividad económica a través del apoyo e impulso a la colaboración público-privada en la inversión y en el apoyo directo al tejido productivo en cuanto a garante de la recuperación económica y la creación de empleo, así como en la transformación estructural de las economías hacia actividades medioambientales, digitales y socialmente inclusivas con capacidad suficiente de mantenimiento e incremento de la cohesión económica, social y territorial que marca el mercado único europeo.

Hemos comentado como la evidente atribución de competencias a los “poderes públicos” se refiere básicamente al Estado, y también a las CCAA y, difícilmente, a los poderes públicos locales. A este respecto, sabido es que la doctrina constitucional entiende tales remisiones genéricas siempre condicionadas al margen de competencias que se le atribuya de un modo expreso –artículos 148 y 149 CE-. Ahora bien, no creo que haya un impedimento radical

para que los gobiernos locales puedan tener un cierto margen de actuación en esa dirección de promoción de la cohesión territorial –la garantía es siempre del Estado en último caso, como es obvio-, si bien con los evidentes matices que requiere tanto su escaso margen de competencias cuanto su limitada financiación.

De esta manera, lo que precisa este tercer nivel administrativo territorial son dos grandes apuestas. Por un lado, una nítida atribución de competencias, aunque sean concurrentes. Por otro, una atribución de fondos que les permitan la prestación de los servicios y funciones que esas competencias les confieran. Si tenemos en cuenta el carácter prestacional de las administraciones locales en su relación con los ciudadanos y la aplicación de los principios de eficacia y eficiencia establecidos en la constitución y consagrados en la legislación de procedimiento administrativo, podemos intuir la importancia de los gobiernos locales.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- AJA, E. (1990) *“El Estado autonómico, Federalismo y hechos diferenciales”*. Alianza. Madrid. 2003.
- BUCHANAN, J.M., FUENTES, E y OTROS (1979) *“El sector público en las economías de mercado (ensayo sobre el intervencionismo)”*. Espasa Calpe. Madrid.
- CASAS BAAMONDE, M.E., (1993) *Convergencia europea, reformas del mercado de trabajo y territorialización de las políticas y los servicios públicos de empleo*. AL. 1993-II.
- COMISIÓN EUROPEA (1993) *Libro Verde sobre la Política Social Europea. Opciones para la Unión*, COM (93) 551.
- CRISTÓBAL RONCERO, R (2023) <https://www.aedtss.com/colectivos-de-atencion-prioritaria-de-la-politica-de-empleo/>
- ESTIVILL, J. (comp.), (1997) *“El partenariado social en Europa. Una estrategia participativa para la inserción”*. Hacer. Madrid.
- FALUDI, A. (2005), La política de cohesión territorial de la Unión Europea”. Boletín de la AGE nº 39.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. (1981) *Estudios sobre autonomías territoriales*. Civitas. Madrid.
- GUIGOU, J.L., (2002) *Aménager la France de 2020: Mettre les territoires en mouvement*. DATAR. La Documentation Française. París.
- LETAMENDÍA, F. (2009) *Estructura Política del Mundo del Trabajo: Fordismo y Posfordismo*. Tecnos.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (1999) *Diálogo y Concertación Social*. Lex Nova.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. (2002) *“Artículo 40.1 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al*

- empleo*". VVAA MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. (coord.). *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*. Comares. Granada.
- PARRES MIRALLES, R. (2023) *La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo*. <https://www.aedtss.com/la-coordinacion-de-politicas-activas-y-pasivas-en-la-nueva-ley-3-2023-de-28-de-febrero-de-empleo/>
- PIORE, M., (1993) *El dualismo como respuesta al cambio y la incertidumbre*, en TOHARIA, L., "El mercado de trabajo: teorías y aplicaciones". Alianza. Madrid.
- PRADALES, I. (2005) *Estructura social del empleo en la CAPV: Transformaciones del trabajo y zonas de empleo*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Bilbao.
- ROBERTSON, R. (2003) *Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad*, En MONEDERO FERNANDEZ, J.C. (ed.). *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*. Trotta
- SUBIRATS, J. (2006) *La gobernabilidad de las políticas territoriales. Formulación participativa y gestión concertada*, en "Una Nueva cultura del territorio. Criterios sociales y ambientales en las políticas y el gobierno del territorio". CUIIMPB. Barcelona, p. 400. Para la precisión de conceptos y fundamentos, por todos, MONEREO PÉREZ, J.L.
- UE, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión (2012) *Elementos relativos al Marco Estratégico Común 2014-2020 para el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo, el Fondo de Cohesión, el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca*.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (2021) *El impacto de la COVID sobre las relaciones de empleo y trabajo*, Anuario de Trabajo y Relaciones Laborales, vol.7

**Panel B**

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN LA NUEVA LEY  
DE EMPLEO



LA INTERMEDIACIÓN LABORAL PARA UN EMPLEO DIGNO,  
EN EL NUEVO PLANTEAMIENTO DE LA LEY DE EMPLEO

STEFANO BINI

*Profesor Contratado Doctor  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

## **SUMARIO**

1. PREMISA. 2. INTRODUCCIÓN A LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO. 3. LA RECOLOCACIÓN COMO DIMENSIÓN CLAVE DE UNA INTERMEDIACIÓN ORIENTADA A TRANSICIONES PROFESIONALES JUSTAS. 4. APUNTES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DEL MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL. 5. LAS POLÍTICAS ACTIVAS EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA. 6. SOBRE LA DIGITALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: CRÍTICAS Y PROPUESTAS PARA UN MODELO EFICIENTE. 7. BIBLIOGRAFÍA.



## 1. PREMISA

El presente trabajo pretende proponer un análisis crítico sobre el planteamiento sistemático de la así llamada “Ley Empleo” (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo - LE), con respecto al específico perfil de la intermediación laboral, en el ámbito de las políticas activas de empleo (Título III, Capítulo III).

Efectivamente, el Legislador procede a una reconfiguración orgánica y sistemática de la regulación de estas últimas, basada en cinco pilares fundamentales: disposiciones generales, empleabilidad, intermediación, coordinación entre políticas activas y de protección frente al desempleo y colectivos de atención prioritaria para la política de empleo.

Pues bien, dentro de este planteamiento general, cabe preguntarse si (y en qué medida) el nuevo modelo regulador elaborado en materia de intermediación laboral pueda ser considerado adecuado a los desafíos ocupacionales contemporáneos, asumiendo como premisa fundamental una precisa opción axiológica: el simple hecho de conseguir un trabajo ya no puede ser considerado suficiente, siendo más bien imprescindible proyectar las herramientas de inserción laboral hacia el horizonte de un empleo digno y adecuado.

Así, coherentemente con este planteamiento, se elige el parámetro de la “adecuación del empleo”, como clave de evaluación de la eficacia de las herramientas normativas en materia de intermediación laboral y de elaboración de propuestas constructivas.

A efectos del estudio de la cuestión, una contribución hermenéutica de interés será aportada por la lectura diagonal y la puesta en conexión del dibujo normativo propio de la Ley de Empleo con los enfoques sistemáticos que, en materia de políticas activas de empleo, se desprenden en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (con especial referencia al componente 23 y a la reforma “C23.R5 – Modernización de las políticas activas de empleo”).

Metodológicamente, el trabajo se caracteriza por la matriz hermenéutica del texto normativo y por el estudio razonado de la más relevante y reciente producción científica sedimentada sobre el tema.

## 2. INTRODUCCIÓN A LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO

El pasado 16 de febrero, el Congreso de los Diputados ha definitivamente aprobado el Proyecto de Ley de Empleo (Ley 3/2023, de 28 de febrero), que –como ha sido puesto en luz por autorizada doctrina– representa «un avance importante en el desarrollo de un nuevo marco de política de empleo adecuado a la realidad territorial, que pone el acento en la elaboración del perfil de la persona usuaria de los servicios de empleo y de su itinerario personalizado, y con una cartera de servicios que, de ajustarse a los términos de la norma, puede y debe ayudar a los demandantes de empleo, así como a las personas en buscar de un mejor empleo, a encontrarlo, y que sea, por utilizar la terminología de la OIT, decente» (ROJO TORRECILLA 2023, 1; entre las primeras contribuciones sobre la nueva Ley de Empleo, véanse: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2023; ALFONSO MELLADO 2023; PARRÉS MIRALLES 2023; FERNÁNDEZ PROL 2023).

En términos generales, entre los pivotes fundamentales de la nueva normativa en materia de empleo, procede destacar una significativa potenciación del papel de la persona usuaria de los servicios de empleo, la valorización de itinerarios personalizados y de las carteras de servicios, en el marco de una estrecha cooperación entre entidades públicas y privadas.

En particular, con respecto al tema objeto de estudio en el presente trabajo, se señala como la compleja materia de la intermediación laboral (*ex multiis*, v. BENAVENTE TORRES 2021; LÁZARO SÁNCHEZ J.L. 2003) encuentre su disciplina en el capítulo III del título III de la nueva Ley de Empleo, que sustancialmente incorpora e innova la regulación anteriormente presentada en el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, “por el que se regulan las agencias de colocación”.

A continuación, se repasan brevemente los aspectos más destacados de la nueva disciplina en materia de intermediación laboral.

A nivel definitorio, el artículo 3 LE define –a la letra c)– la intermediación laboral en los siguientes términos: «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. 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».

Se trata, como es evidente de la lectura de la disposición, de una definición –y, por lo tanto, de una concepción– de intermediación laboral especialmente «amplia y omnicompreensiva» (EM III, LE), que abarca un heterogéneo aba-

nico de actividades, enmarcadas y ancladas dentro del perímetro –igualmente amplio– de las herramientas de política activa de empleo.

Estas últimas son conceptuadas 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» (artículo 31, LE).

Más en particular, con respecto al amplio abanico de actividades que entran en el perímetro de la intermediación laboral, cabe destacar que las mismas se encuentran mejor identificadas en el artículo 40.2 de la Ley 3/2023, que detalla las actuaciones en las que puede traducirse la misma intermediación y que podrían resumirse del siguiente modo:

- prospección, captación y puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan empleo, de cara a su inserción/reinserción laboral o, *rectius*, a su colocación o recolocación [artículo 40.2, letras a) y b), LE];
- selección de personas potencialmente idóneas para cubrir puestos de trabajo, «evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad» [artículo 40.2, letra c), LE];
- puesta a disposición de las personas solicitantes de empleo, de todos los «apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral» (especial atención se prevé con referencia a los colectivos de atención prioritaria *ex* artículo 50) [artículo 40.2, letra d), LE].

Pues bien, de esta breve mirada general, se desprende bien la naturaleza de «concepto paraguas» que la intermediación laboral expresa, como «amplio conjunto de actividades cuyo fin es poner en contacto a las personas en búsqueda de empleo con las empresas que buscan personal (e.g. mediante la adecuación del perfil, las simulaciones de entrevista, el registro y contacto con los empleadores, etc.)» (VV.AA. 2013, 5).

### 3. LA RECOLOCACIÓN COMO DIMENSIÓN CLAVE DE UNA INTERMEDIACIÓN ORIENTADA A TRANSICIONES PROFESIONALES JUSTA

Dentro de este amplio conjunto de actividades, un perfil digno de especial mención se refiere a la así llamada “colocación especializada”, que el mismo artículo 40 de la Ley 3/2023 define en términos de actividades destinadas 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» (art. 40.3, LE).

El tema –en cuyo perímetro se incluyen también las actividades de selección de personal, que requieran realizar búsquedas de candidaturas adecuadas, «entre personas trabajadoras no inscritas como personas demandantes de los servicios públicos de empleo» (art. 40.4, LE)– resulta de extraordinario interés, en consideración del contexto de rápida transformación, que caracteriza la contemporaneidad del escenario empresarial global y que constituye una de las concausas de los procesos de reestructuración y reorganización, que afectan significativamente y directamente a las personas que trabajan.

Siempre con respecto a la actividad de recolocación de las personas trabajadoras, el Legislador de la nueva Ley de Empleo prevé una disposición específica destinada a evitar, en particular, la pérdida de empleo de las personas mayores: en los planes de recolocación acordados con las empresas que hayan procedido a despidos colectivos, de hecho, «deberá procurarse el retorno al trabajo, especialmente, de quienes hayan visto extinguidos sus contratos “después de los cincuenta y dos años”, a fin de evitar toda discriminación por razón de edad» (ROJO TORRECILLA 2023; artículo 44, Ley 3/2023).

Más en concreto, el artículo 44 de la Ley 3/2023 se centra en la actividad de «colocación especializada destinada a la reinserción profesional o recolocación de las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial», aclarando que el desarrollo de esta actividad tendrá que conformarse al correspondiente plan de recolocación externa *ex* artículos 51.10 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 9 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).

Se reafirma, así, el carácter fundamental del plan de recolocación externa, como herramienta estratégica de facilitación de la reincorporación al trabajo, a través de la cual se garantiza «a los trabajadores afectados por el despido colectivo, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un periodo mínimo de seis meses» (artículo 9.2, RD 1483/2012): un puente de conexión entre salida y entrada del mercado de trabajo, una hoja de ruta en la cual se entrelazan diferentes perfiles.

Como es sabido, las medidas contenidas en el plan en cuestión se definen como «efectivas adecuadas a su finalidad», y abarcan un heterogéneo conjunto de ámbitos, entre sí intrínsecamente relacionados.

- intermediación laboral en sentido estricto: «puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo» [art. 9.3, letra a), RD 1483/2012];

- orientación profesional, destinada a la «identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación» [art. 9.3, letra b), RD 1483/2012];
- formación profesional, orientada a la «capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas» [art. 9.3, letra c), RD 1483/2012];
- 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» [art. 9.3, letra d), RD 1483/2012].

Resulta por lo tanto evidente que el concepto de recolocación profesional que el Legislador de 2023 sistematiza en el nuevo marco normativo en materia de empleo, hunde sus raíces y resulta plenamente coherente con el planteamiento del art. 51 ET y del art. 9 RD 1483/2012.

La recolocación -que «podrá desarrollarse [también] a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno» (art. 44.2, LE)- tiene como protagonista, con un papel de especial interés, a la empresa de recolocación: figura peculiar de agencia privada de colocación, específicamente dedicada al colectivo de las personas trabajadoras que sean excedentarias en los procesos de reestructuración empresarial. Las entidades en cuestión -cuyo régimen normativo de referencia está representado por el previsto, en términos generales, para las agencias de colocación *ex* artículo 2.2 RD 1796/2010- se centran en el desarrollo de un heterogéneo conjunto de actividades de mediación de cara a la colocación, así como de asesoramiento, formación y búsqueda de empleo para estas personas.

Entre las actividades llevadas a cabo por estas empresas -que pueden ser exclusivamente centradas en el ámbito de la recolocación o abrazar otras, propias de las agencias privadas de colocación en general- se señala la gestión del plan de recolocación externa *ex* artículo 51.10 ET. «En definitiva, la regulación de las empresas de recolocación le permite desarrollar un importante abanico de acciones de asesoramiento y actuaciones propias de la intermediación laboral, situando tales actuaciones en contextos de reestructuración laborales» (NAVARRO NIETO 2021, 53).

Se trata, evidentemente, de un tema intrínsecamente conectado con el de las transiciones ocupacionales de calidad en sentido amplio, que el Legislador ha previamente abordado -con especial visión de futuro- entre otras cosas, dibujando un marco normativo de gran impacto, en materia de ERTE y, en particular, de Mecanismo RED (sobre el tema, se permita remitir a BINI 2022, estableciendo así un dialogo entre la presente comunicación y la presentada, por el mismo autor, en la anterior edición del Congreso Nacional AEDTSS).

#### 4. APUNTES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DEL MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

Considerados algunos de los rasgos más peculiares de la nueva Ley de Empleo en materia de intermediación laboral, parece ahora oportuno situar la reciente sistematización de la materia en el álveo del marco normativo anteriormente vigente, para intentar comprender las tendencias más significativa del flujo evolutivo de la relativa regulación.

La nueva Ley de Empleo, en materia de intermediación laboral, no reescribe radicalmente el marco normativo, sistematizando y reforzando más bien -en continuidad con las anteriores- las normas reguladoras de aquellas acciones que, dentro del sistema de las políticas activas, están destinadas a poner en conexión empleadores y potenciales personas trabajadoras, proporcionado a estas últimas, empleos que sean coherentes con sus perfiles y a las empresas trabajadoras/es adecuados a las necesidades específicas de las mismas.

Efectivamente, si miramos atrás, la materia ha conocido en los años 90 una etapa de significativa reorientación de la misma idea de “intermediación laboral”, en óptica amplia e inclusiva, con la afirmación de un fundamental principio -innovador en aquel tiempo- de coexistencia de entidades públicas y privadas de intermediación. En particular, se liberaliza la actividad de las APC, las Agencias Privadas de Colocación, en consonancia con el Convenio 181 de 1997 de la OIT, con la Directiva 2006/123/CE sobre agencias de empleo privadas y con la jurisprudencia comunitaria (véase, en particular, STJCE de 11 de diciembre de 1997).

Como es sabido, la tendencia normativa española hacia la reorientación sistemática en materia de intermediación laboral se consagra en la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (como modificada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo) y en su desarrollo reglamentario (Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación).

Pues bien, mirando a estas fuentes y, en general, a las reformas normativas de las últimas décadas, se observa como estas últimas se pongan plenamente en línea con una macro-tendencia comunitaria, que une a Países con diferentes tradiciones laborales (piénsese en Italia, Holanda, Alemania), en una concepción de intermediación laboral amplia, con referencia tanto a las actividades y herramientas, como a los sujetos involucrados en el desarrollo de las mismas (servicios públicos de empleo, agencias públicas y privadas de colocación, empresas de trabajo temporal, empresas de recolocación, entidades colaboradoras enfocadas y especializadas en la intermediación dirigida a colectivos vulnerables, con dificultades de inserción laboral, *rectius*, sociolaboral; NAVARRO NIETO 2023).

Así, si analizamos la evolución que la normativa en materia ha conocido a lo largo de las últimas décadas, podemos señalar (muy brevemente, por razones de límites en la extensión de la presente contribución) algunos pasajes-clave, útiles de cara a la reflexión crítica sobre la reciente reforma: el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (véase en particular los artículos 31 y 34, sobre “Concepto de la intermediación laboral” y “Principios básicos de la intermediación laboral”); la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (que, en su artículo 14, se centra en las “Políticas de empleo y agencias de colocación”); el 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 (véase -en particular, entre otros- el artículo 4, sobre “El sistema nacional de empleo” y el artículo 10, sobre “Concepto y principios generales de las políticas activas de empleo”).

Cruciales parecen, además, dos normas de interés: por un lado, la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, que en sus DA 4ª (“Empresas dedicadas a la intermediación laboral”) y DA 11ª (“Lucha contra las prácticas ilegales y fraudulentas en la intermediación laboral”) aporta una contribución muy significativa a la regulación de la institución jurídica en cuestión; por otro lado, el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (*ex multis*, véase los artículos 2, “Definición de las agencias de colocación”; 5, sobre las “Obligaciones de las agencias de colocación” y la DA 1ª sobre los “Indicadores de eficacia”).

## 5. LAS POLÍTICAS ACTIVAS EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

Pues bien, una vez analizados algunos de los rasgos más emblemáticos de la nueva Ley de Empleo en materia de intermediación laboral y brevemente situados los mismos en el contexto histórico-evolutivo del marco normativo de referencia, se considera que una contribución hermenéutica de interés a los efectos del presente estudio pueda ser aportada por unas pinceladas sobre el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con específica referencia al enfoque sistemático en materia de políticas activas de empleo.

Efectivamente, si miramos al preámbulo (I) de la Ley 3/2023, explícita es la referencia al Plan y, en particular, al componente 23 sobre “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, (en el marco del área política VIII “Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo”), que fija un objetivo clave: impulsar, en el marco del diálogo social, una reforma del mercado laboral español, que lo proyecte y lo adecue a las necesidades contemporáneas, contribuyendo a la corrección de las debilidades estructurales.

El componente en cuestión identifica además un conjunto de prioridades y objetivos estratégicos, entre los cuales -de cara al presente estudio- merece

señalar el «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» (Preámbulo I, LE).

Pues bien, coherentemente con este planteamiento general, dentro del componente 23 –en el marco del cual se prevé una inversión total estimada en 2.363 millones de euro (100% bajo el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia)– se contempla la reforma “C23.R5 - Modernización de las políticas activas de empleo”.

Estas últimas son identificadas como «pieza clave en la lucha contra el desempleo y constituyen también un elemento fundamental en la configuración de un mercado de trabajo sostenible que en la actualidad se enfrenta al reto de envejecimiento demográfico» (Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - C23 2021, 15). Además, en la descripción del marco reformador, se señala que el objetivo de mejora de las herramientas de reinserción laboral de las personas desempleadas se considera conseguible –entre otras cosas– a través de:

- «la modernización y refuerzo de la formación para el empleo y la configuración de trayectorias individualizadas de orientación para el empleo»;
- «la promoción de las ventanillas de empleo específicas para jóvenes y el replanteamiento de la Garantía Juvenil»;
- «el reforzamiento de los programas de recualificación y ayuda a los trabajadores mayores»;
- «la mejora de las herramientas de los Servicios Públicos de Empleo (refuerzo de la inversión y modernización en recursos humanos y materiales), 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»;
- «la coordinación territorial y cercanía»;
- «la mejora de la coordinación entre los servicios de empleo y los servicios sociales»;
- «una mejor colaboración con el sector privado» (Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - C23 2021, 15-16).

Ya simplemente tomando en consideración este conjunto de prioridades que describen la línea de intervención reformadora, se desprende el carácter sistémico y estructural del mismo componente, como también lo confirma la pluralidad de formas de su implementación; se identifican, de hecho, 6 reformas prodrómicas y funcionales a la consecución del objetivo general en materia de políticas activas:

- reforma 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»;

- aprobación de la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2021-2024;
- aprobación de los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo;
- modernización del Programa de Fomento del Empleo Agrario;
- aprobación de la Garantía Juvenil Plus. Plan 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes;
- reforma de la Ley que regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Y, efectivamente, como bien se desprende de la lectura del preámbulo (I) de Ley 3/2023, esta última representa solamente «una de las actuaciones contempladas para la implementación de esta Reforma» general del componente 23: una pieza importante, de un mosaico de medidas.

Cabe, por lo tanto, destacar que, si es verdad que el entramado de la nueva Ley de Empleo parece plenamente coherente y adecuado a la visión reformadora del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, es igualmente cierto que el impacto que la nueva LE será capaz de producir en concreto –en general y, en particular, con respecto al perfil objeto de estudio en el presente trabajo– depende en gran medida del “diálogo” que las nuevas normas serán capaces de entablar con las otras intervenciones reformadoras, así como del concreto desarrollo reglamentario de las mismas.

## 6. SOBRE LA DIGITALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: CRÍTICAS Y PROPUESTAS PARA UN MODELO EFICIENTE

Precisamente mirando al desarrollo reglamentario de la Ley 3/2023, se intenta a continuación proyectar la reflexión en su dimensión propositiva, centrandose brevemente la atención en el perfil específico de la digitalización como posible clave para la modernización del sistema de intermediación laboral.

De hecho, como se lee en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, «El objetivo del componente 23 es avanzar precisamente hacia un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo, con reformas para modernizar las políticas activas de empleo, la negociación colectiva, reforzar el *reskilling* y *upskilling* de trabajadores y promover el empleo juvenil» (Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, 76-77).

Precisamente en este sentido, el tema clave de la digitalización bajo control humano de los servicios de intermediación laboral parece poder, de alguna manera, representar la piedra angular, a partir de la cual trazar un recorrido de efectiva y fructífera modernización del sistema.

Por lo demás, esta hipótesis parece respaldada por la Disposición Final 11ª de la nueva Ley de Empleo, que expresamente proyecta el tema de la digitalización en el escenario de la concreción de la nueva Agencia Española de Empleo (que será encargada de la gestión de las políticas relativas a la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, así como de las políticas activas de empleo, *ex DT 1ª*), contemplada por la Disposición Adicional 1ª, en el marco de la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal.

Efectivamente, la disposición en cuestión prevé: «La Agencia Española de Empleo impulsará las actuaciones pertinentes para modernizar el Portal Único de Empleo, así como la mejora de la coordinación y cooperación con otras plataformas e instrumentos de empleo y formación existentes, convirtiéndolo en un espacio de intercambio de información y colaboración eficaz entre todos los actores del mercado de trabajo. Además, prestará especial atención a sus necesidades de digitalización, incorporando herramientas tecnológicas que podrán especificarse en cada momento mediante desarrollos reglamentarios» (DF 11ª).

La norma expresa evidentemente el carácter ya no postergable de la necesidad de impulsar un razonamiento amplio e inclusivo, en torno al tema de la modernización *–in primis*, a través de la digitalización bajo control humano– no de las normas, sino de las herramientas, con vistas a implantar una verdadera infraestructura holística de intermediación laboral, por decirlo así, permanente y en continua, constante actualización (sobre la “visión holística” de la intermediación laboral, v. Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - C23 2021, 15-16).

Pues bien, con referencia a la posible identificación de una correspondencia biunívoca entre modernización y digitalización de las políticas activas de empleo y, en particular, de las herramientas de intermediación laboral, resulta de posible interés explorar un perfil hermenéutico específico, que surge del análisis crítico de la última parte del artículo 3 c) de la nueva Ley de Empleo.

La norma en cuestión, *ut supra* citada, prevé 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».

En otros términos, para que pueda haberse “intermediación laboral” es imprescindible que las relativas actividades *ex art. 40.2* de la Ley, sean llevadas a cabo, al menos en parte, por un ser humano, excluyendo así la posibilidad de una intermediación entera y exclusivamente automatizada.

¿Y qué pasa con las actividades de intermediación exclusivamente automatizadas?

Con esta norma, ciertamente, el Legislador destaca el carácter intrínseca e insuperablemente humano de las actividades de intermediación laboral, manifestando, así, conciencia sobre una cuestión problemática especialmente actual, originada por el generalizado fenómeno de la transformación digital, que puede producir –y, efectivamente, produce– un impacto importante también en el ámbito de las relaciones laborales.

De hecho, contemplando esta previsión, el entramado definitorio de la intermediación laboral manifiesta claramente la voluntad de reafirmar un principio fundamental en materia de regulación de la digitalización en general: la centralidad de la persona y, por lo tanto, la mera instrumentalidad de la tecnología (sobre el tema, se permita remitir a la BINI 2021 y a la amplia bibliografía *ivi* citada).

Además, cabe señalar que la norma en cuestión de la nueva Ley de Empleo parece evidente y plenamente coherente con un planteamiento normativo general que encuentra su referencia quizás más emblemática en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/1679, de 27 de abril (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 y por la que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos); este último indica: «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar».

Pues bien, ya simplemente poniendo en conexión las dos normas, se desprende la sustancial coincidencia de *ratio* entre las mismas, sobre todo si se considera que, en materia de intermediación laboral, la perfilación representa una de las herramientas esenciales para la puesta en conexión entre demanda y oferta de empleo.

Así que, cuestionándose sobre el alcance del elemento definitorio en consideración, se considera acertado formular una hipótesis hermenéutica según la cual la finalidad que el Legislador ha querido perseguir a través de una previsión quizás demasiado sucinta y concisa –y, por ello, según quien escribe, no suficientemente clara– coincide con una voluntad inclusiva y no excluyente (como podría *prima facie* parecer).

Es decir, para que la hermenéutica de la norma no genere un eventual efecto “cortocircuito”, cabe proyectar la previsión legal en una dimensión teleológicamente orientada, para que la misma se lea como sustancialmente dirigida a ampliar el perímetro de la intermediación laboral (y no, en cambio, a reducirlo, dejando fuera del mismo realidades que ejercen actividades de intermediación totalmente automatizadas), incluyendo todas las «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» (artículo 40, LE).

Al mismo tiempo, el Legislador ha querido acompañar esta previsión inclusiva y omnicomprensiva, con la clara prohibición de total automatización de las actividades de intermediación, en un planteamiento -totalmente compartido por quien escribe- de sustancial reintermediación humana, como “límite” normativamente fundado a la propagación de las tecnologías digitales (SUPIOT 2020).

Pues bien, una de las razones que están en la base de esta previsión puede probablemente identificarse en la caracterización de la «intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación» (GARCÍA COCA 2022) y, por lo tanto, en la necesidad de neutralizar los concretos perfiles de riesgo discriminatorio, que una gestión totalmente digitalizada de las acciones de intermediación entre demanda y oferta de empleo (y, en particular, de perfilación), puede llevar consigo.

De todas formas, la relación entre intermediación laboral y digitalización merece ser explorada en mayor profundidad, teniendo en cuenta experiencias, prácticas y modelos virtuosos (y no), que aporten contribuciones útiles a un razonamiento crítico amplio sobre el tema, en su dimensión más concreta y práctica (sobre el tema, v. VICENTE PALACIO 2022).

De hecho, es innegable que hoy en día gran parte de las actividades de intermediación se realiza a través de canales digitales, portales de empleo y redes sociales (tanto profesionales, como generalistas), gracias a cuyos algoritmos de última generación, demanda y oferta de empleo entran fácilmente en contacto (ALVA, ESCOT, FERNÁNDEZ CORNEJO y CÁCERES RUIZ 2017).

Del mismo modo, es innegable que esta tendencia lleva consigo efectos secundarios no insignificantes, consistentes –entre otros– en la sustancial relativización del papel de los agentes de la intermediación *ex* artículo 41 LE, así como en la dificultad de reconducir muchos portales y “espacios virtuales” al cauce del concepto jurídico de “intermediarios” en sentido estricto y a la relativa normativa de referencia.

Pues bien, frente a este escenario, cabe interrogarse –ya en fase de desarrollo reglamentario– en torno a las posibles soluciones jurídicas que pueden aplicarse, para neutralizar los perfiles de riesgo que caracterizan el escenario global animado por las inteligencias artificiales de ultimísima generación (VELILLA 2022, 10).

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO C.L. (2023), *La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz?*, en *Brief AEDTSS*, 21.
- ALUJAS RUIZ J.A. (2022), *Efectos de la pandemia sobre la intermediación laboral en España: análisis de las diferencias respecto al inicio de la crisis de 2008*, en *Temas Laborales*, 164, 161-184.

- ALVA K., ESCOT L., FERNÁNDEZ CORNEJO J.A. y CÁCERES RUIZ J.I. (2017), *Intermediarios del mercado de trabajo y eficacia de los métodos de búsqueda de empleo durante la crisis económica*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 35, 415-442.
- BENAVENTE TORRES I. (2021), *La intermediación laboral en España*, en F. NAVARRO NIETO y A. COSTA REYES (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, 67-98.
- BINI S. (2022), *España apuesta por transiciones sostenibles: el Mecanismo RED en la reforma laboral de 2021-2022*, en *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 5, 51-68.
- FERNÁNDEZ GARCÍA A. (2022), *Portales de empleo: experiencias de colaboración público-privada en la intermediación laboral digital*, en VV.AA., *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 75-92.
- FERNÁNDEZ PROL F. (2023), *La intermediación en la nueva Ley de Empleo*, en *Brief AEDTSS*, 16.
- GARCÍA COCA O. (2022), *La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación*, en J.M. MORALES ORTEGA (Coord.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, 383-422.
- LÁZARO SÁNCHEZ J.L. (2003), *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL.
- NAVARRO NIETO F. (2023), *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Don Folio, I.
- PARRES MIRALLES R. (2023), *La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo*, en *Brief AEDTSS*, 13.
- PICATOSTE X., NOVO-CORTI I. y MEMBIELA POLLÁN M. (2022), *Calidad del empleo juvenil en el contexto de la OCDE*, en *Revista de Economía Mundial*, 62, 125-150.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2023), *La arquitectura institucional de las políticas de ocupación en la nueva Ley de Empleo*, en *Brief AEDTSS*, 12.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2014), *Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español*, 125, 53-87.
- ROJO TORRECILLA E. (2023), *La nueva Ley de Empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona*, en *Brief AEDTSS*, 11.
- SUPIOT A. (2020), *La sovranità del limite*, Mimesis.
- VELILLAA J. (2022), *El reto de los Servicios Públicos de Empleo. Análisis comparado de innovación en los servicios públicos de empleo entre América Latina y Europa*, Programa EUROsocial.
- VICENTE PALACIO A. (2022), *Inteligencia artificial para la mejora de la intermediación laboral de los servicios públicos de empleo: algunas propuestas (inconclusas)*, en M. REVUELTA GARCÍA y L. LÓPEZ CUMBRE (Coords.),

*Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización*, Aranzadi, 33-57.

\* \* \*

### *Informes*

Gobierno de España (2021), *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - Componente 23 - Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*, <https://bit.ly/3lL3A5f> (fecha de última consulta: 29 de marzo de 2023).

Gobierno de España (2021), *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, <https://planderecuperacion.gob.es> (fecha de última consulta: 29 de marzo de 2023).

VV.AA. (2013), *Estudio comparativo de modelos de intermediación laboral (“Job Brokering” models) – The evolving role of the Job Broker across the EU*, <https://bit.ly/3mZTLk6> (fecha de última consulta: 17 de marzo de 2023).

LA ACTUACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO  
EN LA CONFIGURACIÓN DE UN MERCADO DE TRABAJO  
INCLUSIVO Y NO DISCRIMINATORIO ¿REALIDAD O FICCIÓN?

IRENE DOZO MOUGÁN  
*Profesora ayudante doctora*  
*Universidade de Vigo*  
*idozo@uvigo.es*

## **SUMARIO**

1. LA FUNCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO ANTE LAS TRANSFORMACIONES DEL MERCADO DE TRABAJO. 2. LA CONFIGURACIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO. 2.1. El alcance en la garantía del derecho de igualdad de oportunidades en la reciente Ley Empleo. 2.2. La especial atención a colectivos prioritarios como punto de referencia en las políticas de empleo. 3. PARTICULARIDADES EN EL PROCESO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y SU IMPLICACIÓN EN LA SEGREGACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO. 4. CONCLUSIONES.



## 1. LA FUNCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO ANTE LAS TRANSFORMACIONES DEL MERCADO DE TRABAJO

El mercado de trabajo es el punto de unión entre la oferta y la demanda de empleo. En este sentido, no es nada nuevo decir que la existencia de un desequilibrio entre el empleo disponible y la población demandante de empleo puede conllevar una fractura en la prosperidad de un país, no solo en términos económicos, sino también en términos de cohesión y bienestar social. El desempleo es un elemento que provoca pobreza y riesgo de exclusión social, lo que a su vez lleva aparejado un incremento en las diferencias entre las clases sociales a favor de los que más riqueza acumulan y en detrimento del denominado Estado del Bienestar<sup>1</sup>.

A este respecto, los servicios públicos de empleo tienen la función de intentar cohesionar –o acercar– el punto de equilibrio entre la oferta y la demanda de empleo. En el objetivo de alcanzar esta importante tarea, los servicios públicos de empleo cimientan su función entorno a dos políticas: activas y pasivas. En las primeras, prima la gestión y el control de las prestaciones por desempleo. En las segundas, prevalece la aplicación de programas de formación, orientación, asesoramiento, intermediación, empleo, etc.<sup>2</sup>. En este contexto, es imprescindible que los servicios públicos operen de manera eficaz en la esencial tarea que se le encomienda, por ello, no solo deben atenerse a una actividad de mera facilitación de la oferta y la demanda de mano de obra, sino que deben ser capaces de adaptarse a la complejidad en la configuración del mercado de trabajo.

El mercado de trabajo no es estático, sino que está influido por múltiples factores –avances tecnológicos, globalización, coyuntura económica, etc.–, que derivan en transformaciones cambiantes en su funcionamiento. Ello supone que los servicios de intermediación deben ser capaces de

---

<sup>1</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Los servicios públicos de empleo”, en AA.VV. (CAMPS RUIZ, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; SALA FRANCO, T.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1063-1074.

<sup>2</sup> Art. 31 de la Ley 3/2023.

adaptarse a la permeabilidad de la realidad laboral, económica y social de un país. Indudablemente, el reto de adecuarse a las necesidades que demanda el mercado no es una tarea fácil, pues requiere de identificar las carencias y necesidades de las partes que lo conforman, a la par de intentar dar soluciones plausibles acordes a las exigencias de las mismas<sup>3</sup>. Es por ello por lo que, en esta evolución constante del mercado de trabajo, los servicios públicos de empleo han intentado, con más o menos acierto, realizar cambios en su actividad y estructura para lograr que su funcionalidad sea la más eficiente posible. En el ámbito interno, se pueden mencionar que dos han sido las grandes reformas en torno a esta específica cuestión<sup>4</sup>. La primera fue con motivo de la liberalización en la intermediación laboral. La apertura a las agencias privadas de empleo impuso un nuevo modelo de colaboración entre lo público y lo privado, pero que en ningún caso suponía –y supone– un perjuicio para la persona que busca empleo, pues entre los principios a los que deben someterse las entidades privadas se encuentra el de gratuidad, no pudiendo imponer ninguna contraprestación por sus servicios<sup>5</sup>. La segunda fue la descentralización territorial, con la creación de los servicios públicos de las comunidades autónomas a razón de lograr una mayor incidencia en el ámbito territorial y local<sup>6</sup> y, que produjo la convivencia de un organismo a nivel nacional, el aún, comúnmente conocido como Servicio Público de Empleo (SPE) con los diversos servicios públicos de empleo autonómicos.

En el actual panorama, y con ocasión de la recién adoptada Ley 3/2023 de Empleo, se ha vuelto a llevar a cabo una reestructuración en la configuración del Servicio Público Estatal, transformándose en el ahora denominado como Agencia Española de Empleo<sup>7</sup>. La Agencia Española de Empleo se adopta para abordar los múltiples retos que debe enfrentarse a día de hoy su estructura y organización, en un esfuerzo por modernizar su funcionamiento y a adaptarla a las actuales demandas del mercado de trabajo<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Los servicios públicos de empleo”, en AA.VV. (CAMPS RUIZ, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; SALA FRANCO, T.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo (...)*, op. cit., pp. 1063-1074.

<sup>4</sup> ALUJAS RUIZ, J. A., “Análisis de la intermediación laboral del servicio público de empleo por comunidades autónomas”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 93, 2018, pp. 78-107.

<sup>5</sup> Véase, C181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, adoptado el 19 de junio de 1999 y entrada en vigor el 10 de mayo de 2000 y el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo –BOE-A-2010-9542–, añadió el art. 21 bis a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo –BOE-A-2003-23102–.

<sup>6</sup> Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

<sup>7</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo –BOE-2023-5365–.

<sup>8</sup> Preámbulo de la Ley 3/2023.

## 2. LA CONFIGURACIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO

### 2.1. El alcance en la garantía del derecho de igualdad de oportunidades en la reciente Ley Empleo

La nueva Ley de Empleo tiene como uno de sus objetivos principales implantar un marco de políticas públicas que garanticen a los ciudadanos y entidades empresariales demandantes, servicios eficaces a fin de lograr una mejora de la empleabilidad en las transiciones profesionales y en la calidad de los trabajos<sup>9</sup>. En este aspecto, es de señalar que la Ley 3/2023 pone el énfasis en la instrumentación de políticas de empleo que tengan como finalidad que el demandante pueda acceder y conservar un empleo calificado como decente<sup>10</sup>. Es evidente que el legislador ha querido de manera consciente utilizar el término “trabajo decente”, ya que este aparece reflejado en diversos preceptos de la norma a efectos incluir la definición adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>11</sup>. El fomento del empleo digno se incluye como uno de los factores en la configuración del eje vertebrador de las políticas públicas de empleo, garantizando al trabajador una remuneración justa y proporcional al trabajo realizado, protección social, derecho al diálogo social y, en el tema que atañe a esta comunicación, la no discriminación en el acceso y mantenimiento del empleo<sup>12</sup>. Desde este punto de vista, se debe entrar a valorar, si la nueva Ley de Empleo es congruente con el significado real de lo que conlleva un empleo digno o, por el contrario, no deja de ser una referencia sin más plasmada en sus disposiciones.

Así pues, el principio de igualdad y no discriminación aparece referenciado en la Ley 3/2023 en múltiples de sus preceptos. Primeramente, en la fundamentación de la propia norma, con la inclusión del principio de igualdad y no discriminación en la configuración general de las políticas de empleo. El derecho a la no discriminación se establece dentro de los objetivos y de los principios rectores de las políticas de empleo, garantizando que su diseño y ejecución se encuentren libres de todo sesgo o estereotipo por motivo “*de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, iden-*

---

<sup>9</sup> Art. 1, párrafo segundo de la Ley 3/2023: “*Tiene por objetivo promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de 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>10</sup> ROJO TORRECILLA, E., “La nueva Ley de Empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona”, Briefs AEDTSS, 11, Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2023. Este documento puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://www.aedtss.com/> (página web consultada: 23/03/2023).

<sup>11</sup> La OIT define el trabajo decente como la aspiración a conseguir un trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. OIT, *Memoria del Director General: trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

<sup>12</sup> Art. 2, 3, 34 y 55 de la Ley 3/2023.

*tividad 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, o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social*". La ampliación de motivos de no exclusión que efectúa la nueva ley es proporcionalmente mayor que la ya derogada Ley de Empleo 3/2015<sup>13</sup>. La Ley del año 2005 simplificaba, en términos generales de su objeto y sus fines, el ámbito de aplicación del principio de igualdad y no discriminación a lo contemplado directamente en los preceptos 9.2 de la CE y 17 del Estatuto de los Trabajadores<sup>14</sup>. En este sentido, se puede entender, que en la redacción de Ley de Empleo actual han influido otros instrumentos normativos que, en el caso específico de estudio, comportan señalar a la Ley 15/2022 de integral para la igualdad de trato. La Ley 15/2022 amplía el elenco de causas de discriminación al introducir nuevos supuestos a los más tradicionales –sexo, etnia, religión, discapacidad, edad– e introduce la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, enfermedad, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos o la aporofia. A lo que debe añadirse además, una formulación abierta que permite atender a posibles motivos de no discriminación que se encuentren por venir<sup>15</sup>.

Por lo tanto, y en relación con el objeto y ámbito de aplicación de la Ley de Empleo 3/2022 y su interconexión con la Ley 15/2022, su finalidad es lograr un mercado de trabajo igualitario que favorezca la inclusión de todos y cada uno los ciudadanos que lo componen. Y en este propósito, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo y el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno, como dos de los tres instrumentos encargados de diseñar y coordinar las políticas de empleo, establecen como elemento prioritario a la hora de formular las políticas activas de empleo y el funcionamiento de los servicios públicos de empleo, la reafirmación de la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado de trabajo<sup>16</sup>.

Asimismo, la reciente Ley de Empleo no solo contempla el principio de igualdad de trato en un contexto general, sino que también lo incorpora en la definición y en el desarrollo de las políticas de empleo activo, con especial incidencia en los procesos de empleabilidad y de intermediación. En el primero de ellos, es lo que la norma denomina como el *“conjunto de competencias y cualificaciones que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación (...) adaptarse a la evolución de*

<sup>13</sup> Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo –BOE-A-2015-11431–.

<sup>14</sup> Art. 2 a) y 7 del RDL 3/2015.

<sup>15</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INISTA, G., “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva. La Ley 15/2022, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación, Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum, nº 4, 2022, pp. 11-42.

<sup>16</sup> Art. 4 a) y 5 a) de la Ley 3/2023.

la tecnología y condiciones del mercado de trabajo”<sup>17</sup>; el legislador ha querido reforzar el respeto al derecho a la igualdad en todas las etapas del mismo, desde su planificación hasta ejecución por parte de los servicios públicos de empleo, incluyendo prácticamente los mismos motivos de no exclusión que los ya establecidos en los objetivos y principios rectores de las políticas generales<sup>18</sup>. En cuanto al segundo de los procesos y, expresamente, en una de las etapas que lo conforman: la selección de un demandante de empleo para un puesto de trabajo, las personas encargadas de realizar la tramitación deberán evitar cualquier tipo de sesgo. Ciertamente, en este concreto punto de la norma solo se menciona el género, sexo y la discapacidad, y ello puede dar lugar a que se eche en falta otros de los múltiples factores que también dan lugar a sesgos y estereotipos<sup>19</sup>. Pero, si bien es cierto, dicha ausencia podría suplirse con el tratamiento que contempla la ley hacia los que denomina como colectivos de atención prioritaria —que se referenciarán más adelante—. O, también, con el deber de respeto a la igualdad que las agencias de colocación, sin distinguir si se trata de una entidad pública o privada, deben cumplir en la intermediación laboral, especialmente en todo aquello relacionado con la selección de personal<sup>20</sup>.

Igualmente, la Ley 3/2023 en el proceso de empleabilidad e intermediación para lograr promover empleos que sean estables y de calidad, dota al Sistema Nacional de Empleo en el ejercicio de su actuación de un catálogo de instrumentos, los cuales, deberán adecuarse a las capacidades, aptitudes y necesidades individualizadas de cada usuario demandante del servicio de empleo, evitando cualquier tipo de discriminación<sup>21</sup>. A ello debe añadirse, la necesaria profesionalización del personal que realiza los servicios públicos, que deberán poseer las competencias correctas para atender a las distintas realidades sociales, fomentado la inclusión e impidiendo la segregación de los colectivos más vulnerables<sup>22</sup>.

Por último, debe añadirse la transversalidad que ha incorporado el legislador en todo el articulado de la norma hacia la perspectiva de género. Las políticas de empleo buscan promover la igualdad de oportunidades en el empleo, primando una atención especial a las mujeres con familia monoparental. Además, se insta a establecer objetivos sectoriales que impulsen la contratación de trabajadoras en ciertos ámbitos en los que se encuentren infrarrepresentadas. Cuestión que también se realiza de manera inversa, con el impulso de medidas incentivadoras para la contratación de hombres en sectores feminizados<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Art. 34 de la Ley 3/2023.

<sup>18</sup> Art. 39 de la Ley 3/2023.

<sup>19</sup> Art. 40 c) de la Ley 3/2023.

<sup>20</sup> Art. 43.3 f) y 45 de la Ley 3/2023.

<sup>21</sup> Art. 56 de la Ley 3/2023; ROJO TORRECILLA, E., “La nueva Ley de Empleo (...)”, *op. cit.*

<sup>22</sup> Art. 30.1 de la Ley 3/2023.

<sup>23</sup> Art. 51 de la Ley 3/2023.

## 2.2. La especial atención a colectivos prioritarios como punto de referencia en las políticas de empleo

La igualdad de oportunidades en el acceso al empleo es un principio recogido en distintos preceptos de la Ley 3/2023. No obstante, y en un refuerzo de garantizar esta igualdad de trato, el legislador también ha querido incluir a determinados colectivos que tienen especiales dificultades para el desarrollo de su empleabilidad, en el acceso al empleo y su mantenimiento. La identificación de un colectivo de atención prioritaria no es una novedad, puesto que ya se encontraba recogida en la anterior Ley de Empleo<sup>24</sup>. Aunque la dimensión que se recoge en una y otra ley de lo que debe entenderse por colectivo prioritario difiere en la amplitud de su ámbito. La Ley 3/2023 configura de manera amplia y exhaustiva los grupos de población prioritarios<sup>25</sup>. Aspecto que no solo se debe valorar desde el ámbito del empleo, sino también desde la perspectiva de que la pertenencia a un colectivo vulnerable suele entrañar que sus derechos se vean mermados en la mayoría de las esferas de la vida diaria.

La actual Ley de Empleo, en la finalidad de promover la inserción laboral de grupos especialmente vulnerables, dispone que se deberán adoptar programas específicos dentro de las políticas de empleo que incluyan itinerarios individuales y personalizados ajustados a su perfil profesional y a sus necesidades<sup>26</sup>.

En este sentido, la norma señala como uno de los grupos de atención prioritaria el de los jóvenes que poseen estudios básicos o elementales—baja cualificación—, a los que se deberá prestar una especial atención en las fases de empleabilidad e intermediación con el fin de su eficaz inserción laboral. Pero además, debe añadirse que la norma no se cierra solo a este específico grupo de jóvenes, sino que amplía sus miras a todo el colectivo con independencia de su condición, a razón de las políticas de empleo activas para promover el empleo de calidad, la contratación indefinida y a jornada completa y una retribución digna<sup>27</sup>.

Otro colectivo de atención prioritaria que menciona la norma es el de las mujeres, específicamente, las mujeres con baja cualificación, víctimas de violencia de género y de trata de personas. Indudablemente, estas expresas categorías requieren de una especial asistencia en el acceso al empleo, pero también se debe mencionar que la perspectiva de género es requisito a desarrollar en las políticas y programas de cada colectivo prioritario. Por lo tanto, aunque solo se mencione a ciertos grupos dentro del colectivo femenino, las

<sup>24</sup> Art. 30 de la Ley 3/2015.

<sup>25</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R., “Colectivos de atención prioritaria de la política de empleo”, Briefs AEDTSS, 18, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Este documento puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://www.aedtss.com/> (página web consultada: 29/03/2023).

<sup>26</sup> Art. 50 de la Ley 3/2023.

<sup>27</sup> Art. 53 de la Ley 3/2023.

mujeres son eje de atención prioritaria en el ámbito del empleo. Noción que también se ve reforzada de forma generalizada con la imprimación que con carácter general las políticas de empleo deben realizar en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres<sup>28</sup>.

Las personas con discapacidad también se encuentran incluidos dentro del colectivo de atención prioritario. Y dentro de este colectivo, la Ley de empleo da prioridad a las personas que sufran parálisis cerebral, trastorno de salud mental, discapacidad intelectual, trastorno del espectro autista, las que posean un grado reconocido del 33% de discapacidad física o sensorial o del 65% en cualquier estado. Pero, al igual que los colectivos citados en los párrafos anteriores, la norma también establece disposiciones en términos generales para las personas que sufran limitaciones o deficiencias. Así, algunas de las medidas que deberán realizar los servicios públicos en relación con el colectivo de personas discapacitadas será mejorar su empleabilidad, priorizar el acceso al empleo ordinario y su mantenimiento<sup>29</sup>. Además, todo ello debe ponerse en relación con la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad (LGDPD) que determina medidas de acción positiva para este colectivo, y entre los que es imprescindible mencionar, los ajustes razonables y la cuota de reserva<sup>30</sup>.

El desempleo de larga duración es también una de las condiciones de inclusión en el colectivo de atención preferente. Condición que también suelen llevar aparejadas las personas desempleadas mayores de cuarenta y cinco años, pues al igual que los parados de larga duración, la complejidad en la transacción y readaptación al mercado de trabajo es notoria, precisando de mecanismos que les posibiliten volver a ser una parte activa del mismo<sup>31</sup>.

Las personas en riesgo de exclusión social también conforman el colectivo de atención prioritaria, a las que se le añaden nuevos grupos por mención específica de la ley: las personas gitanas, las pertenecientes a otras etnias o religiones, los migrantes, los drogodependientes y las personas que tengan a su cargo menores de dieciséis años o mayores dependientes, especialmente si constituyen una familia monomarental o monoparental. Al contrario de lo que no hizo la norma anterior, la Ley 3/2023 sí entra a identificar ciertos grupos de personas que debido a sus condiciones, características o situaciones pueden verse privados del acceso a los bienes y servicios más esenciales, y los incluye a efectos de prestarles una atención especial e individualizada para intentar promover su inclusión social.

Por último, se debe referenciar a las personas LGTBI como pertenecientes al colectivo de atención prioritaria. La Ley de Empleo introduce –por

---

<sup>28</sup> Art. 51 de la Ley 3/2023.

<sup>29</sup> Art. 54 de la Ley 3/2023.

<sup>30</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social –BOE-A-2013-12632–.

<sup>31</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R., “Colectivos de atención prioritaria (...)”, *op. cit.*

primera vez– al colectivo trans como personas que requieren de programas específicos en el ámbito del empleo. En este aspecto, se debe mencionar la Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para los derechos de las personas LGTBI, adoptada casi paralelamente a la Ley de Empleo 3/2023, y que tiene como objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales<sup>32</sup>. Y en la consecución de estos objetivos, la Ley 4/2023 promueve la garantía del derecho a lo discriminación de las personas trabajadoras LGTBI en los aspectos relacionados con el ámbito laboral. Ciertamente, la Ley actual de Empleo, ha entendido que aquellos colectivos con una normativa propia e individualizada para la garantía de la igualdad de trato y no discriminación, como es el caso de las mujeres y personas discapacitadas y, ahora, las personas LGTBI, deben estar incluidas dentro de la esfera de atención prioritaria en el empleo, sin duda como un refuerzo para lograr el importante objetivo de eliminar cualquier sesgo o estereotipo hacia los mismos en cualquier ámbito de la sociedad.

A todo ello, la Ley 3/2023 no establece un listado cerrado de los posibles colectivos vulnerables, sino que su formulación es abierta, permitiendo adaptarse a nuevos escenarios que se vayan previendo con el paso del tiempo. Esto también es trasladable a la posibilidad de que los propios servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas puedan identificar sus propios colectivos debido a las distintas particularidades del territorio nacional<sup>33</sup>.

### 3. PARTICULARIDADES EN EL PROCESO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y SU IMPLICACIÓN EN LA SEGREGACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

La discriminación, en cualquiera de sus expresiones, es una acción o conducta que atenta contra los derechos humanos. Sus efectos generan abuso, resentimiento, inseguridad, desconfianza e incluso violencia. Trasladado al ámbito del mercado laboral, la discriminación puede afectar al acceso al empleo, a la libertad de elección de la profesión u oficio, a la promoción laboral, a las condiciones de trabajo y a la retribución. Es por ello por lo que la discriminación en el mercado de trabajo es especialmente perjudicial, ya que amplía las desigualdades económicas, la exclusión social y refuerza la segregación en otras áreas de la vida<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad de real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI –BOE-A-2023-5366-.

<sup>33</sup> Art. 51.3 de la Ley 3/2023.

<sup>34</sup> European Comision, “Mapping PES responses against labour-market discrimination”, European Network of Public Employment Services, Publications Office of the European Union, 2022. Este document puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8471&furtherPubs=yes> (página web consultada: 29/03/2023).



La lucha contra la discriminación en el ámbito laboral ha sido motivo de especial atención por los organismos internacionales. Los Convenios de la OIT sobre la igualdad de remuneración (C100)<sup>35</sup> y sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (C111)<sup>36</sup> son un exponente del compromiso de los Estados a respetar y garantizar los valores humanos fundamentales<sup>37</sup>.

De la misma manera, la UE es ejemplo consolidado en la salvaguarda del principio de igualdad, pues no debe dejar de obviarse que uno de los valores esenciales en los que asienta su construcción es el de la igualdad y no discriminación, promoviendo que las sociedades de los Estados miembros que la componen sean plurales e inclusivas<sup>38</sup>. En la consecución de tan loable objetivo, la UE ha adoptado instrumentos particulares en el ámbito de las relaciones laborales. La Directiva 2000/43/CE relativa a la igualdad de trato por origen racial y etnia<sup>39</sup> y la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>40</sup>. Las dos directivas prohíben la discriminación en el lugar de trabajo, ya sea por motivos de origen racial o étnico o, ya sea por motivos de religión, creencias, edad, orientación sexual y discapacidad. Indudablemente, a estas normas debe añadirse la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>41</sup> que, además de contener una disposición concreta<sup>42</sup> sobre la prohibición de no discriminación<sup>42</sup>, contempla explícitamente el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en conceptos como el empleo, el trabajo y la retribución<sup>43</sup>. La igualdad de trato entre sexos también fue posteriormente objeto de desarrollo a través de la Directiva 2006/54/CE relativa a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación<sup>44</sup>, que supuso un refuerzo a una norma adoptada dos años antes con la finalidad de alcanzar la igualdad entre hom-

---

<sup>35</sup> C100 de la OIT sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado en 29 de junio de 1951 y entrada en vigor el 23 de mayo de 1953.

<sup>36</sup> C111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado el 25 de junio de 1958 y entrada en vigor el 15 de junio de 1960

<sup>37</sup> OIT, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y modificada en la 110.a reunión (2022).

<sup>38</sup> Art. 2 TUE y 19 TFUE.

<sup>39</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico –DOCE del 19 de septiembre de 2000–.

<sup>40</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación –DOCE 2 de diciembre 2000–.

<sup>41</sup> Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE de 18 de diciembre de 2000; Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado del Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea 2007/C306/01, DOUE de 17 de diciembre de 2007.

<sup>42</sup> Art. 21 de la CDFUE.

<sup>43</sup> Art. 23 de la CDFUE.

<sup>44</sup> Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) –DOUE de 26 de julio de 2006–.

bres y mujeres en el acceso a bienes, servicios y su suministro<sup>45</sup>. A este marco normativo, se le debe añadir otras acciones adoptadas por la UE en la lucha para erradicar cualquier tipología de discriminación y, entre los que, sin duda, sobresalen: el Pilar Europeo de Derechos Sociales, que recoge explícitamente en uno de sus capítulos la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo y su Plan de Acción adoptado en el año 2021<sup>46</sup>; la Estrategia de la Igualdad de Género de la UE 2020-2025<sup>47</sup>; la Estrategia de Igualdad LGTBI 2020-2025<sup>48</sup> o la Estrategia para los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021-2030<sup>49</sup>.

Por su parte, en el marco normativo interno, la Constitución Española contempla en su artículo 14 el principio de igualdad y no discriminación<sup>50</sup>. No obstante, y sin menospreciar la definición contenida en la Carta Magna, el desarrollo y evolución del derecho a la no discriminación se encuentra recogido en leyes individuales, adoptadas con motivo de hacer efectivo este derecho esencial a colectivos, histórica y no tan históricamente, segregados por su condición o situación. Algunas de estas normas, ya se han citado anteriormente, como por ejemplo la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la recién adoptada Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para los derechos de las personas LGTBI. A lo que debe

<sup>45</sup> Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro –DOUE de 21 de diciembre de 2004–.

<sup>46</sup> Proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales, DOUE del 13 de diciembre de 2017; Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales –SWD (2021) 46 final–”, Bruselas 4 de marzo de 2021. Este documento puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0102&from=NL> (página web consultada: 29/03/2023).

<sup>47</sup> Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Una Unión de la igualdad: Estrategia de Género 2020-2025 –COM (2020) 152 final–”, Bruselas 5 de marzo de 2020. Este documento puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES> (página web consultada: 29/03/2023).

<sup>48</sup> Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ –2020-2025 –COM (2020) 698 final–”, Bruselas, 12 de noviembre de 2020. Este documento puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0698&from=EN> (página web consultada: 29/03/2023).

<sup>49</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, COM (2021) 101 final, Bruselas 3 de marzo de 2021. Este documento puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0101&from=ES> (página web consultada: 29/03/2023).

<sup>50</sup> Art. 14 de la Constitución Española –BOE-A-1978-31229–: “*todos los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

añadirse, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres<sup>51</sup>. Normas que, además de garantizar derechos fundamentales a estos específicos colectivos, también han implicado la evolución de disposiciones particulares contempladas en otros textos normativos, acondicionando y reforzando el ámbito de aplicación del derecho a lo no discriminación en el contexto de su aplicación<sup>52</sup>. Y, por supuesto, sin olvidarse de la actual Ley de Empleo que instituye en la configuración del Sistema Nacional de Empleo la observancia del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en su estructura, recursos, programas, estrategias y políticas.

En este enfoque de garantía del derecho a la no discriminación en el mercado laboral, los servicios públicos de empleo juegan un papel fundamental, sobre todo a efectos de su papel en la intermediación laboral<sup>53</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta, que la intermediación en este país no solo es tarea de los servicios públicos de colocación –Estado y Comunidades Autónomas–, sino que también pueden efectuar esta función aquellas agencias públicas y privadas que suscriban un acuerdo de colaboración y coordinación con los organismos públicos<sup>54</sup>. Así, en la definición que contempla la Ley de Empleo sobre intermediación laboral y, que comprende todas aquellas acciones destinadas a que las personas demandantes encuentren un empleo adecuado, debe entenderse que las mismas pueden ser realizadas por intermediarios privados.

Las acciones que tienen como propósito conjugar adecuadamente las características y cualidades de los demandantes de empleo y las vacantes empresariales son, entre otras, la prospección y captación de ofertas de trabajo, la conexión entre ofertas y personas que buscan empleo y la selección del personal para un determinado puesto de trabajo<sup>55</sup>. Y en estas diversas etapas del proceso de contratación es donde suele producirse un índice más elevado de discriminación<sup>56</sup>.

Un primer aspecto a tener en cuenta en el proceso de la intermediación laboral es que, hoy en día, la gran mayoría se realiza a través de medios digitales que se apoyan en algoritmos informáticos y técnicas de inteligencia artificial. Los portales de empleo son el principal exponente de la intermediación laboral digital, gestionan la información que les proporcionan los candidatos en sus bases, filtrando sus datos a razón de sus capacidades y

---

<sup>51</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres –BOE-A-2007-6115–.

<sup>52</sup> En este sentido, puede mencionarse el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>53</sup> La empleabilidad no es objeto de mención en esta comunicación, no obstante, se tiene presente que junto la intermediación en el mercado de trabajo son los procesos en los que habitualmente puede generarse discriminación.

<sup>54</sup> Art. 26 y 27 de la Ley 3/2023.

<sup>55</sup> Art. 40 de la Ley 3/2023.

<sup>56</sup> European Comission, “Mapping PES responses against labour-market (...)”, *op. cit.*

aptitudes en aquellas ofertas en las que se han inscrito<sup>57</sup>. En el ámbito de los servicios públicos de empleo, existen diferentes portales públicos derivados del respectivo ámbito que al que le corresponde la gestión y desarrollo de las políticas activas de empleo. En este sentido, los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, en su función de intermediarios laborales de la comunidad, cuentan con su propio portal de empleo. Por su parte, a nivel estatal se encuentra el denominado “Portal Empléate”, en el que confluyen todas las ofertas que provienen del Sistema Nacional de Empleo, pero también de los distintos servicios de empleo de las Comunidades Autónomas y de la Red EURES, que es la red de cooperación de los Servicios de Empleo del Espacio Económico Europeo. A ello se le debe añadir que el portal nacional de empleo ofrece la posibilidad de integrar ofertas de portales privados para alcanzar una mayor proyección en la eficacia en la mediación del mercado de trabajo<sup>58</sup>.

Pero no solo la digitalización en la intermediación laboral se plasma en los portales de empleo, sino también, dentro de sistema público, el denominado como Sistema Integrado de Información, el tercero de los instrumentos en la planificación de las políticas de empleo, tiene dentro de sus labores: recopilar, tratar y gestionar la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo entre los sistemas autonómicos y el estatal<sup>59</sup>. En esta importante e ingente labor, el Sistema Integrado de Información utiliza técnicas de Big Data que permiten monitorizar, analizar y compartir una gran cantidad de datos, coordinando los planes de actuación nacional y autonómica para el fomento del empleo<sup>60</sup>.

La inteligencia artificial es un importante mecanismo colaborador en la gestión de la intermediación, pues permite simplificar el proceso de la intermediación laboral y realizar un análisis de todos los datos recabados mediante la interconexión de los mismos. Sin embargo, un mal uso de los algoritmos puede producir discriminación en el acceso al mercado de trabajo. La ley de Empleo recoge disposiciones específicas en la protección de la igualdad de trato en cualquiera de las etapas del proceso de la intermediación laboral y, en el tratamiento de la información contenida en su base de datos para la toma de decisiones de las políticas y acceso a los servicios públicos de las personas demandantes de empleo<sup>61</sup>. En este aspecto, parece evidente que una discriminación directa y consciente de los servicios públicos de empleo en la gestión

<sup>57</sup> GARCÍA COCA, O., “La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación”, en AA.VV. (Dir. MORALES ORTEGA, J. M.), *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Ediciones Laborum S.L., Murcia, pp. 383-419.

<sup>58</sup> Esta información puede consultarse en la página web del Ministerio de Trabajo y Economía Social, relacionada con el Portal Empléate: <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/ofertas-empleo.html> (página web consultada: 29/03/2023).

<sup>59</sup> Art. 14 de la Ley 3/2023.

<sup>60</sup> GARCÍA COCA, O., “La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación”, en AA.VV. (Dir. MORALES ORTEGA, J. M.), *Realidad social y discriminación* (...), *op. cit.*, pp. 383-419.

<sup>61</sup> Art. 17 y 42.8 de la Ley 3/2023.

del acceso al mercado de trabajo debería ser relativamente escasa, aunque no inviable. En cuanto a las agencias o entidades colaboradoras privadas, la cuestión ya podría cambiar, pues aún obligadas a garantizar la igualdad de trato en todas sus ofertas, y dejando a un lado la mera suscripción de la cláusula de convenio colaborador, la utilización de algoritmos desvirtuados, así como una política interna partidista podría conllevar la automatización sesgada en el acceso al mercado de trabajo<sup>62</sup>. A todo ello debe añadirse, el componente de invisibilidad que lleva aparejado cualquier posible parcialidad en el algoritmo, lo que supone una dificultad a la hora de descubrir posibles comportamientos discriminatorios<sup>63</sup>.

Una cuestión más visible a efectos de apreciar si puede existir discriminación en los procedimientos de intermediación son las descripciones que se realizan en los puestos de trabajo ofertados. Los más evidentes, aquellos que utilizan un lenguaje sesgado en la redacción de la oferta, incluyendo el género del candidato o candidata. La utilización de una terminología sesgada puede ser realizada de manera consciente, ya que se sigue visionando culturalmente determinados puestos a la prestación de funciones a un sexo u al otro. Pero también de manera inconsciente o no premeditada, aunque al igual que en la intencionada, los valores sociales estereotipados forman parte de la discriminación en la publicación de la oferta<sup>64</sup>. Indudablemente, sea de una u otra manera, la discriminación está presente en estos anuncios que priman un sexo en detrimento del otro, y lo más alarmante es que se pueden encontrar con facilidad en los portales de los servicios públicos autonómicos y, del mismo modo, en el portal nacional<sup>65</sup>. Otra de las cuestiones que también se pueden dar con las descripciones de los puestos de trabajo es la exclusión de algunos grupos por motivo de edad. Puestos que requieran una experiencia prolongada pueden estar encubriendo el cribado de todos aquellos candidatos más jóvenes que simplemente por su edad, ya no se consideren aptos para ese trabajo. O incluso personas que hayan visto interrumpidas sus carreras por temas de maternidad o enfermedad, se vean excluidas porque su experiencia en cómputo numérico sea menor<sup>66</sup>. O a la inversa, la inclusión de adjetivos como “entorno dinámico” o “se busca persona joven”, con independencia

---

<sup>62</sup> Por ejemplo, acuerdo de colaboración suscrito con la Web Project Investmets, S.L. (portal Grastroempleo.com publicado en el BOE 15 de septiembre de 2017).

<sup>63</sup> SÁEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 155, 2020, pp. 41-60.

<sup>64</sup> GARCÍA COCA, O., “La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación”, en AA.VV. (Dir. MORALES ORTEGA, J. M.), *Realidad social y discriminación(...)*, *op. cit.*, pp. 383-419.

<sup>65</sup> Por ejemplo, ofertas de empleo publicadas en el Portal de Empleo Xunta de Galicia a fecha de 26 de marzo de 2023: “Se necesita un oficial de primera encofrador”; “Se necesita un oficial de albañil”; “Se necesita conductor de retroexcavadora”; “Se necesita empleada del hogar”. Oferta de empleo publicada en el Portal de empleo Empléate a fecha de 26 de marzo de 2023: “se necesita limpiadora para nave industrial”, “se necesita zapatero”; “encargado general de fábrica”.

<sup>66</sup> European Comission, “Mapping PES responses against labour-market (...)”, *op. cit.*

de cómo se sienta uno con la edad que tenga, previsiblemente desalentará a solicitantes de mediana edad o más mayores<sup>67</sup>.

En cuanto a la fase de cribado y selección de candidatas para la entrevista, los reclutadores pueden excluir determinadas candidaturas en función de las características que incluya el currículo, muchas de las cuales se perciben por la fotografía adjunta al mismo, por ejemplo, una persona que sufra una discapacidad, que pertenezca a otra etnia u a otra religión. Además, ya es práctica habitual la búsqueda de información en las redes sociales, pudiendo condicionar el criterio del reclutador a la posible entrevista de trabajo<sup>68</sup>. Y, por último, en la fase de la propia entrevista también se puede producir discriminación. La observación más directa del candidato conlleva que los posibles prejuicios del reclutador u empleador salgan a flote con motivo de alguna limitación o deficiencia que se pasó inadvertida antes del proceso de la entrevista. Pero también la realización de preguntas que nada tienen que ver con las que requiere el puesto, y que tratan de indagar información sobre la ideología política, religión, vida sentimental o el o instinto maternal de los candidatos u candidatas<sup>69</sup>.

Los servicios públicos de empleo, deben guarecer de una manera más profusa el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo debido al carácter que le imprime la designación de público, pero ello no quiere decir que se escapen a la posible discriminación en las fases de pre-selección y selección de entrevistas. El factor humano se encuentra presente en la estructura y organización de los sistemas públicos de empleo y, por lo tanto, los posibles prejuicios conscientes o inconscientes pueden dar lugar a un trato desigualitario entre los demandantes empleo que los utilicen.

#### 4. CONCLUSIONES

La discriminación en el mercado laboral es un reflejo de la sociedad en la que se asienta un país, pues la misma permite la existencia de desigualdades económicas y la minusvalorización de determinados grupos de población. No obstante, en los últimos tiempos, la discriminación ha sido punto de atención normativa en el fomento de la igualdad real y efectiva. La Ley 3/2023 es uno de los ejemplos en el avance para erradicar la discriminación en el ámbito del empleo. Es más, la reciente Ley de Empleo, incluye el derecho de igualdad y no discriminación en su objeto e imprime esta garantía de manera transversal a lo largo de todo el articulado. La Ley de Empleo se apoya en los servicios

<sup>67</sup> Por ejemplo, oferta de empleo publicada en el Portal privado de Empleo Infojobs a fecha de 26 de marzo de 2023: “Se busca administrativo/a contable: se busca persona joven, con conocimientos en contabilidad, fiscalidad e impuestos”.

<sup>68</sup> European Commission, “Mapping PES responses against labour-market (...)”, *op. cit.*

<sup>69</sup> GARCÍA COCA, O., “La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación”, en AA.VV. (Dir. MORALES ORTEGA, J. M.), *Realidad social y discriminación*. (...), *op. cit.*, pp. 383-419.

públicos de empleo como uno de los principales instrumentos para romper las barreras que afianzan la discriminación en el mercado de trabajo. La labor que realicen los servicios públicos en el proceso de intermediación es crucial a efectos de conseguir un mercado de trabajo inclusivo e igualitario. No obstante, también son muchas las cuestiones que suscita la Ley 3/2023, entre las que más sobresalen se pueden señalar aquellas que tiene que ver con el desarrollo concreto de gran parte de los mecanismos contempladas en la misma. La Ley de Empleo contempla procedimientos, etapas, colectivos prioritarios o buenos propósitos, pero que no dejan de ser en su gran mayoría cuestiones pendientes de adopción de una normativa posterior. En este sentido, se puede echar en falta medidas concretas, algunas ya mencionadas normativamente –Ley 15/2022– y que podrían haber sido incorporadas a colación de una garantía eficaz en la igualdad de trato en el proceso de intermediación, como es el caso del currículo anónimo y la posibilidad de implantarlo de manera obligatoria. Tampoco se entiende, que aún hoy en día, puedan encontrarse ofertas de trabajo en los portales de empleo –y más en los públicos– en los que se sigan utilizando términos sesgados para la búsqueda de candidatos. La mera responsabilidad de la entidad que lo publique –pública o privada– no es suficiente a la hora de garantizar el derecho esencial, pues la oferta puede estar publicada durante bastante tiempo sin que nadie realice nada al respecto. El mero cambio de un aspecto ínfimo, pero base en la configuración de un mercado de trabajo igualitario, como la supervisión eficaz de las ofertas contendidas en los instrumentos públicos, puede alentar a la credibilidad en la efectividad de las nuevas medidas. Sin embargo, la dejadez en los aspectos más básicos de la lucha contra la discriminación puede ser sintomatología de una gestión que solo ponga el foco de atención en la descripción normativa, pero no en una aplicación real y efectiva.





EL RECHAZO A LAS PERSONAS DESEMPLEADAS  
DE LARGA DURACIÓN ¿UNA DISCRIMINACIÓN  
EN EL ACCESO AL EMPLEO POR SITUACIÓN  
SOCIOECONÓMICA?<sup>1</sup>

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

*Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)  
afernandezgarcia16@uoc.edu*

---

<sup>1</sup> ORCID ID: 0000-0003-1382-4407. El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya «Fiscalidad, relaciones laborales y empresa» Ref. 2021 SGR 652.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DESEMPLEO Y SUS EFECTOS EN EL ACCESO AL EMPLEO. 3. LA DISCRIMINACIÓN POR SITUACIÓN SOCIECONÓMICA. 4. LA POSIBLE DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR DESEMPLEO DE LARGA DURACIÓN. 5. DESEMPLEO DE LARGA DURACIÓN Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN EL ACCESO AL EMPLEO. 6. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Los datos de 2022 de la Encuesta de Población Activa (EPA) del Instituto Nacional de Estadística (INE) muestran que, de un total de 3.024.000 parados, 909.000 personas (521.000 mujeres) llevan más de 2 años en esta situación; unas 450.000 (244.000 mujeres) llevan entre un año y dos años desempleadas; 386.000 (214.000 mujeres) llevan entre 6 meses y un año paradas; finalmente, 1.279.000 personas llevan menos de 6 meses en desempleo. Nótese que casi la mitad de los parados conforman el grupo de parados de larga duración, esto es, se trata de personas que llevan más de 365 días desempleadas. Además de que predominan las mujeres en los grupos mencionados, se observa que casi 400.000 de las que llevan más de 2 años en desempleo son personas mayores de 50 años (226.000 son mujeres). Se trata de una variable, la edad, que aumenta según aumenta el tiempo que permanece una persona en el paro. Es decir, la situación de desempleo prolongado se convierte en una situación crónica para las personas de mayor edad, especialmente a partir de los 50 años.

Por otro lado, según la metodología del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), a finales de 2022 el paro registrado se situaba en 2.837.653 personas. Casi la mitad de estas personas son paradas de larga duración: las que llevan más de 24 meses suman 875.527 personas (de las que 567.608 son mujeres) y las que llevan entre 12 y 24 meses suman 333.754 (204.200 son mujeres). Sin embargo, en 2021 las personas paradas durante más de 2 años sí que fueron el grupo más numeroso de entre el total de personas desempleadas<sup>2</sup>.

Por lo tanto, las personas desempleadas de larga duración protagonizan uno de los fenómenos que más desestructura nuestra sociedad y más consecuencias económicas y sociales acarrea para quien lo sufre. Además, cuando su número se reduce, el motivo no tiene porqué ser el acceso a un empleo ya que el «efecto desánimo»<sup>3</sup> cunde entre este colectivo y puede provocar que dejen de buscar trabajo (lo que afectaría a los resultados de la

---

<sup>2</sup> SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: *Informe del Mercado de Trabajo Estatal. Datos 2021*, Servicio Público de Empleo Estatal, Madrid, 2022, p. 66.

<sup>3</sup> HEREDERO DE PABLOS, M. I. y RUESGA BENITO, S. M.: *Instituciones laborales en Europa. Cambios durante la gran recesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 66.

EPA) o que dejen de renovar su demanda de empleo (lo que afectaría a los resultados del SEPE)<sup>4</sup>.

Así, se sabe que las mujeres, los mayores de 44 años, las personas con nivel educativo bajo (hasta la ESO) o la gente que lleva más tiempo en el paro dejan de buscar empleo a causa de un desánimo progresivo<sup>5</sup>. Cesan las visitas a las oficinas públicas de empleo y a las agencias privadas de colocación, disminuye el contacto directo con empresarios (autocandidaturas) y se consultan menos las ofertas en prensa o cualquier otro medio<sup>6</sup>. El riesgo de que el desempleo se cronifique resulta elevado y los efectos sociales y económicos pueden situar a la persona desempleada en una posición de vulnerabilidad y exclusión social importante. No obstante, el impacto de esta situación difiere en atención a variables como la edad, la duración del desempleo, el tener o no apoyo social, el grado de implicación en el trabajo, el nivel de ingresos económicos familiares posterior al desempleo, etc.<sup>7</sup>. Empezando en la década de los años 30 del pasado siglo y siguiendo con autores más contemporáneos, podemos establecer las nocivas consecuencias que provoca el desempleo en las personas.

El estudio realizado en Marienthal (Austria) en 1931 por un equipo de sociólogos puede considerarse el primero destinado a evaluar las actitudes de los parados y los efectos de un 75% de paro en una pequeña población austríaca (1.486 habitantes), donde hasta entonces el empleo era estable por la existencia de una fábrica textil. A partir de datos cuantitativos recabados y observación participante durante 4 meses, se determinó un aumento de la pobreza<sup>8</sup>, de la delincuencia y de los conflictos familiares<sup>9</sup>. A su vez, descendieron las actividades culturales (lectura de libros y periódicos, fiestas, desplazamientos a la capital, etc.)<sup>10</sup>, la participación política y el asociacionismo (solo aumenta la afiliación a entidades que ofrecen ventajas materiales inmediatas)<sup>11</sup>. Los efectos psicológicos fueron también extremos: se habla

---

<sup>4</sup> «Las personas desempleadas de larga duración son menos atractivas para el mercado laboral y, a mayor tiempo en el paro, más difícil se hace la reincorporación al mercado laboral. En esta tesitura, muchas de aquellas que no consiguen alguna clase de subsidio o renta de inserción dejan de buscar empleo y abandonan la población activa», SECRETARÍA TÉCNICA EAPN-ES: *XII Informe: El estado de la pobreza en España. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2023. 2015-2022*, Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, Madrid, 2022, p. 50.

<sup>5</sup> SANCHIS, E.: *Los parados: cómo viven, qué piensan, por qué no protestan*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2013, p. 47.

<sup>6</sup> GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: «Los trabajadores de más de 45 años en la crisis del mercado de trabajo», *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2014, p. 223.

<sup>7</sup> RUBIO ARRIBAS, F.: «Una mirada sociológica al desempleo», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 34, núm. 2, 2012, p. 44.

<sup>8</sup> LAZARSFELD, P., JAHODA, M. y ZEISEL, H.: *Los parados de Marienthal. Sociografía de una comunidad golpeada por el desempleo*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1996, p. 93.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 90-93.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 96-99.

de «ausencia de un proyecto vital a largo plazo»<sup>12</sup> y «pérdida del sentido del tiempo»<sup>13</sup>. Así, paradójicamente, los parados hombres no aprovechan todo el tiempo libre del que disponen. Se «estigmatiza» la situación de desempleo, esto es, el propio desempleado se autoimpone esa etiqueta y deja de definirse por su profesión anterior<sup>14</sup>.

Siguiendo con el ámbito psicológico, estudios posteriores han indicado que la mayoría de personas desempleadas expresan sentimientos de «sorpresa, inquietud, rechazo, temor, impotencia, desconcierto, inutilidad» ante esta nueva situación<sup>15</sup>. También sienten una cierta angustia vital, miedo al fracaso y vértigo a no tener empleo. Pasan por estados de desánimo, frustración y sentimientos de derrota, ante este cese laboral obligado y cambio de estatus vital<sup>16</sup>. No es extraño que estas personas crean que estar en paro sea como estar haciendo «algo malo», les da vergüenza que la gente les vea por la calle en horario laboral<sup>17</sup>. Una persona desempleada tiene más posibilidades de empeorar su estado de salud y padecer depresiones, angustia, ansiedad, estrés, psicosis, esquizofrenia, enfermedades cardiovasculares y conductas suicidas<sup>18</sup>, lo que conlleva el tener que medicarse. Además, no hace falta estar mucho tiempo en paro para que el malestar psicológico comience a manifestarse<sup>19</sup>.

Se sabe también que la disminución importante de ingresos económicos ocasiona problemas graves de vivienda y desestructuración de la vida cotidiana<sup>20</sup>, además de un aumento de la inseguridad alimentaria y la malnutrición<sup>21</sup>. El desempleo sigue afectando también a las relaciones familiares y de pareja<sup>22</sup>, dificultando la procreación y favoreciendo los problemas en las unidades familiares<sup>23</sup>.

Finalmente, puede afirmarse que el desempleo constituye una de las principales causas de vulnerabilidad y exclusión social, aunque disponer de un empleo no siempre implica dejar de ser pobre (más de un tercio de las personas pobres estaban ocupadas en 2021)<sup>24</sup>. Los efectos son diferentes según nos encontremos ante un desempleado de edad madura o, diversamente, joven.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>15</sup> RUBIO ARRIBAS, F.: «Una mirada sociológica al desempleo»..., *op. cit.*, p. 46.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>17</sup> SANCHIS, E.: *Los parados: cómo viven...*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>18</sup> BOADA-GRAU, J., FICAPAL-CUSÍ, P., ARGUMOSA-VILLAR, L. y BOADA-CUERVA, M.: «Causas y efectos psicológicos del desempleo juvenil», en MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. (Coords.): *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 129-173.

<sup>19</sup> SANCHIS, E.: *Los parados: cómo viven...*, *op. cit.*, pp. 122 y 125.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 102-103.

<sup>21</sup> BOADA-GRAU, J., FICAPAL-CUSÍ, P., ARGUMOSA-VILLAR, L. y BOADA-CUERVA, M.: «Causas y efectos psicológicos...», *op. cit.*, p. 138.

<sup>22</sup> RUBIO ARRIBAS, F.: «Una mirada sociológica al desempleo»..., *op. cit.*, p. 50.

<sup>23</sup> SANCHIS, E.: *Los parados: cómo viven...*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>24</sup> SECRETARÍA TÉCNICA EAPN-ES: *XII Informe: El estado de la pobreza...*, *op. cit.*, p. 163.

Respecto a los primeros, en uno de cada cinco casos el desempleo de larga duración de una persona mayor de 45 años confluye con otras situaciones de desempleo o subempleo del resto de miembros del hogar familiar, lo que evidentemente apunta a situaciones sociales de extrema gravedad. Respecto a los desempleados jóvenes, aumenta la posibilidad de consumo de drogas/ alcohol y de introducirse en formas ilegales de subsistencia vinculadas a la economía informal y a la criminalidad<sup>25</sup>.

El objetivo de esta comunicación es determinar si, en el ámbito del acceso al empleo (intermediación laboral, selección de personal, etc.), resultan lícitas las prácticas de descarte de las personas desempleadas de la larga duración que expondremos a continuación.

## 2. EL DESEMPLEO Y SUS EFECTOS EN EL ACCESO AL EMPLEO

Desde la disciplina de la economía laboral se afirma que los episodios de desempleo parecen ejercer una influencia negativa sobre la trayectoria laboral posterior de quien los experimenta, lo que implica futuras menores remuneraciones y mayor posibilidad de trabajar en empleos de baja calidad o de volver a caer en el desempleo<sup>26</sup>. Además, encontramos estudios que analizan las conductas que muestran los empresarios que ofrecen empleo frente a las personas candidatas que se presentan a dicha oferta. Se sabe que los empresarios tienen interés en conocer el tiempo que han pasado dichas personas en el desempleo pues se pueden deteriorar las habilidades profesionales (teoría de la depreciación del capital humano que justifica la intervención estatal en materia de formación ocupacional) o bien el propio estatus de desempleado se considera una característica negativa o poco atractiva del candidato<sup>27</sup>. Esta conducta empresarial puede suponer la negativa para ser contratado sin examinar ninguna otra característica de la persona candidata.

El fenómeno por el que un período de tiempo desempleado afecta a la futura carrera profesional de una persona se ha denominado «efecto *scarring*» (cicatriz) y se ha asociado mayoritariamente con el desempleo juvenil. En ese sentido, el estudio de ERIKSSON y ROTH<sup>28</sup>, referido a Suecia, analiza cómo afecta a los jóvenes trabajadores con estudios superiores el desempleo pasado y presente a la hora de conseguir acceder a entrevistas de trabajo.

<sup>25</sup> BOADA-GRAU, J., FICAPAL-CUSÍ, P., ARGUMOSA-VILLAR, L. y BOADA-CUERVA, M.: «Causas y efectos psicológicos...», *op. cit.*, p. 135-140; SANCHIS, E.: *Los parados: cómo viven...*, *op. cit.*, p. 112; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Informe 02/2014 sobre la situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, Departamento de publicaciones del Consejo Económico y Social, Madrid, 2014, p. 174.

<sup>26</sup> BECCARIA, L., MAURIZIO, R., TROMBETTA, M. y VÁZQUEZ, G.: «Una evaluación del efecto *scarring* en Argentina», *Desarrollo y Sociedad*, núm. 77, 2016, p. 268.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 269-270.

<sup>28</sup> ERIKSSON, S. y ROTH, D.: «Do Employers Use Unemployment as a Sorting Criterion When Hiring? Evidence from a Field Experiment», *IZA Discussion Paper*, núm. 6235, 2011.

Los autores obtienen resultados que indican que el desempleo pasado, esto es, el desempleo antes de la graduación o inmediatamente después de esta, no afecta a estos candidatos a la hora de ser evaluados durante un proceso de selección. Sin embargo, se afirma que una situación actual de desempleo sí afecta a la valoración de un candidato. Podría afirmarse que existen épocas «acceptables» en la vida de una persona para encontrarse en desempleo, pero en una carrera laboral más consolidada el desempleo se percibe negativamente. Los autores concluyen también que los empresarios se fijan más en la experiencia laboral del candidato que en los períodos de desempleo.

Esto último coincide con una encuesta elaborada por la empresa consultora Lee Hecht Harrison y respondida por 277 seleccionadores de personal del continente americano y Asia. A la hora de decidir si se concierta una entrevista con una persona aspirante, los períodos en desempleo (*gaps in work history*) son valorados negativamente (obtienen una puntuación de 7,4 sobre 10, siendo 10 el peor resultado) aunque no tanto como la ausencia de experiencia o habilidades, los errores gramaticales en el *curriculum vitae*, la carencia de la formación requerida o el contenido inapropiado en redes sociales<sup>29</sup>. Estudios referidos a Estados Unidos son más pesimistas y evidencian que un desempleo de duración superior a las 26 semanas (6 meses y medio) perjudica a una persona a la hora de acceder a un empleo<sup>30</sup>. Esta situación afecta por igual tanto a personas trabajadoras «de cuello blanco» como de «cuello azul», de todos los sectores, edades y nivel educativo. Nótese que ese período de tiempo no alcanza el considerado para calificar a una persona desempleada como de larga duración (365 días).

GHAYAD ha profundizado en esta materia y demuestra que las personas que llevan más de 6 meses desempleadas son llamadas en menos ocasiones a una entrevista de trabajo por parte de las empresas. Aun teniendo mayor experiencia, se prefiere a personas con períodos más cortos de desempleo en su historia laboral. De ahí que el autor hable de la «trampa del desempleo» (*jobless trap*) cuando se sobrepasan los 6 meses en paro. Una explicación que se ofrece es que este rechazo se produce cuando el empresario no puede observar perfectamente la productividad del candidato<sup>31</sup>.

Finalmente, el estudio de FABERMAN, MUELLER, ŞAHIN y TOPA evidencia aún más la diferencia entre aspirantes con un empleo y aspirantes sin empleo. Las personas ya empleadas, incluso aunque no estén buscando empleo, reciben más y mejores ofertas de trabajo que las desempleadas. Esto se achaca a que mantienen óptimas redes de contactos que les ayudan a en-

---

<sup>29</sup> <https://exclusivcareercoaching.com/posts/2020-07-15-136-what-are-you-lacking-as-a-job-candidate/>. Última consulta: 7 de marzo de 2023.

<sup>30</sup> GHAYAD, R. y DICKENS, W. T.: «What Can We Learn by Disaggregating the Unemployment-Vacancy Relationship?», *FRB of Boston Public Policy Brief*, núm. 12-3, 2012.

<sup>31</sup> GHAYAD, R.: «The jobless trap», *Northeastern University*, 2013, p. 22. disponible en <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.692.6736&rep=rep1&type=pdf>. Última consulta: 7 de marzo de 2023.

contrar ofertas. El perjuicio para las personas desempleadas se estima que se produce por conductas empresariales discriminatorias o que consideran menos productivo a ese colectivo<sup>32</sup>. De hecho, en situaciones de reducción de jornada se ha preferido pluriemplear a trabajadores en activo o realizar horas extras antes que contratar a personas en desempleo<sup>33</sup>.

En España, los profesionales de los Recursos Humanos afirman que «los largos períodos de inactividad curricular no encajan bien en los procesos de selección, situando a los desempleados de larga duración en clara desventaja a la hora de competir»<sup>34</sup>. Tampoco resulta extraño encontrar consejos y técnicas para enmascarar o justificar períodos de desempleo a la hora de orientar en la confección de un *curriculum vitae* o preparar una entrevista de trabajo<sup>35</sup>. En ocasiones la permanencia durante mucho tiempo en el desempleo se asocia con una situación voluntaria o fraudulenta de la persona parada. Un análisis de los datos de la EPA y del SEPE desmienten que el fraude al dispositivo de protección del desempleo («falso parado») sea grave<sup>36</sup>. Asimismo, una serie de 88 entrevistas en profundidad realizadas entre marzo de 2012 y febrero de 2013 a personas desempleadas (51 de larga duración) concluyeron que todas se manifestaron disponibles para el empleo y casi todas lo buscaban con una intensidad muy superior a la que se requiere formalmente<sup>37</sup>.

Estas prácticas de descarte de candidatos por su condición de parados han provocado que, por ejemplo, en la ciudad de Nueva York se aprobase a principios de 2013 una ampliación de su *Administrative Code* prohibiendo que una decisión de contratación se base en la situación de desempleo de un candidato, es decir, se entiende que existe discriminación si se demuestra que una persona desempleada no resulta contratada del mismo modo y en las mismas condiciones que las personas trabajadoras en activo que acceden desde tal condición al empleo ofertado<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> FABERMAN, R.J., MUELLER, A.I., ŞAHIN, A. y TOPA, G.: «Job Search Behavior among the Employed and Non-Employed», *IZA Discussion Paper*, núm. 10960, 2017, pp. 42-44.

<sup>33</sup> SALA FRANCO, T. y LAHERA FORTEZA, J.: *La transformación del tiempo de trabajo ¿Hacia la jornada laboral semanal de 4 días?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 180.

<sup>34</sup> FUNDACIÓN ADECCO: *VIII Informe #TuEdadEsUnTesoro: mayores de 45 años en riesgo de exclusión*, 2016, p. 3, disponible en <https://docplayer.es/36217966-El-70-de-los-mayores-de-45-años-parados-de-larga-duración-no-sigue-una-estrategia-correcta-de-búsqueda-de-empleo.html>. Última consulta: 7 de marzo de 2023.

<sup>35</sup> «Utiliza los años (no los meses) para referirte a los diferentes periodos en tu historial laboral. Esto hará que el seleccionador se concentre sólo en la duración y omita los intervalos o no les de tanta importancia» <https://pedrorojas.es/curriculum-vitae-manual-para-impressionar-a-un-seleccionador-experto/>. Véase también <https://www.orientacionparaeempleo.com/justificar-periodos-sin-trabajar/>. Última consulta: 7 de marzo de 2023.

<sup>36</sup> SANCHIS, E.: *Los parados: cómo viven...*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>38</sup> *New York City Administrative Code*, párrafo 8-107, núm. 21. Esta disposición afecta a empresas de cuatro o más trabajadores (incluyéndose los autónomos sin empleados que contrate dicha empresa), agencias de empleo y alcanza la publicidad de cualquier oferta de trabajo que exija como requisito de acceso encontrarse en una situación laboral activa o rechace las candidaturas presentadas por trabajadores desempleados. La norma observa la posibilidad de



Lo hasta aquí expuesto parece sugerir que existe una seria posibilidad de que se esté expulsando de los procesos de intermediación laboral y de selección de personal a aspirantes por el único motivo de encontrarse en situación de desempleo.

### 3. LA DISCRIMINACIÓN POR SITUACIÓN SOCIECONÓMICA

La reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022) establece que nadie podrá ser discriminado por situación socioeconómica en el acceso al empleo (art. 2.1 en conexión con el art. 3.1.a). Si bien la norma no define en ningún momento lo que debe entenderse por situación socioeconómica, en otros preceptos de la misma se vincula esta causa de discriminación con el sinhogarismo (a la hora de recibir tratamiento sanitario, art. 15.2) y con las situaciones de pobreza (art. 16).

La doctrina ha vinculado esta prohibición de discriminación con la aporofobia<sup>39</sup>, que según la RAE sería «la fobia a las personas pobres o desfavorecidas», una causa de discriminación presente desde 2021 en el art. 314 del Código Penal (discriminación grave en el empleo por «aporofobia» o «exclusión social») pero que sigue sin aparecer en el art. 8.12 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

Una interpretación estricta implicaría la proscripción de discriminación de las personas en situación de pobreza más severa, con carencia o privación material extrema de bienes como la vivienda, la educación o, en menor medida, la energía, que son básicos para el desarrollo y consecución de los demás bienes esenciales y para el desarrollo integral y libre de una persona<sup>40</sup>. Estaríamos hablando de personas excluidas socialmente por esa pobreza, de personas sin hogar, vagabundos, chabolistas, mendigos, etc. en definitiva, colectivos especialmente postergados, infravalorados y cosificados, singular-

---

discriminación indirecta y permite obtener un resarcimiento pleno y acorde con la relevancia del derecho vulnerado, además del abono de los gastos judiciales, incluido el asesoramiento jurídico y la defensa en el proceso correspondiente. Se autorizan algunas excepciones, por ejemplo, cuando exista un motivo sustancialmente relacionado con el trabajo, con expresa inclusión de las licencias, los certificados, los registros, los permisos, los niveles mínimos de educación o de formación, o los mínimos profesionales, laborales o de experiencia. Asimismo, será posible otorgar relevancia, cuando sea posible su indagación y necesario su conocimiento, a las causas que dieron lugar al desempleo de un candidato. Finalmente, resulta lícito limitar o dar prioridad en las decisiones de contratación a los candidatos que ya trabajen en la misma empresa, MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «La discriminación de los desempleados en el acceso al trabajo: el ejemplo de la ciudad de Nueva York», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 862, 2013, pp. 8-11.

<sup>39</sup> ASQUERINO LAMPARERO, M. J.: «Discriminación por situación socioeconómica», *Noticias CIELO*, núm. 11, 2022, p. 2, disponible en [https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/11/asquerino\\_noticias\\_cielo\\_n11\\_2022.pdf](https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/11/asquerino_noticias_cielo_n11_2022.pdf). Última consulta: 7 de marzo de 2023.

<sup>40</sup> CALVO GALLEGO, F. J.: «La aporofobia: ¿una causa naciente de discriminación?», en ORTEGA MORALES, J. M. (Dir.): *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, Murcia, 2022, p. 246.

mente proclives, y a la vez sensibles, a la violación de otros derechos fundamentales<sup>41</sup>.

En ese sentido, sobre las personas que viven en la calle se tiene la percepción de que han llegado a esa situación por falta de recursos económicos, decisiones tomadas a lo largo de sus vidas o falta de apoyos, pero en todos los casos se atribuye a cuestiones individuales de esas personas<sup>42</sup>. Además, se les estigmatiza asignándoseles cualidades como agresividad, delincuencia, drogodependencia, problemas mentales, desestructuración, alcoholismo, invisibilidad («no les van a creer o a hacer caso») y se afirma que las personas pobres lo son por su culpa, que solo quieren dinero y que no quieren salir de la pobreza<sup>43</sup>. Nótese que esta última apreciación la comparten con las personas desempleadas de larga duración tal y como hemos indicado en el epígrafe anterior, es decir, de estas también se afirma, desde diversos ámbitos políticos y empresariales, que se encuentran paradas voluntariamente, que no quieren salir de esa situación y que, antes de aceptar un trabajo, prefieren seguir percibiendo prestaciones y subsidios de desempleo<sup>44</sup>.

Respecto a las personas sin hogar y su relación con el empleo, la «Encuesta a las personas sin hogar» del año 2022 (INE) indica que: (i) el 26,8% de las personas encuestadas se encuentra sin hogar por pérdida del trabajo; (ii) el 27,3% procede de familias donde alguno de sus miembros sufría un desempleo prolongado; (iii) el 5,4% dice estar trabajando y el 71,2% manifiesta estar en desempleo; (iv) el 52,3% de las personas que manifiestan estar en desempleo dice que no está buscando empleo por motivos de salud (42,5%) y por no tener autorización para trabajar (21,8%); (v) el 88,7% de las personas extranjeras cree que tener un trabajo les ayudaría a salir del sinhogarismo, frente al 67,3% de las autóctonas; (vi) el 20,5% tiene alguna discapacidad y el 19,5% tiene un grado de discapacidad igual o superior al 33%<sup>45</sup>.

Una interpretación mucho más amplia de lo que sería la situación socioeconómica podría incluir otras circunstancias o factores tal y como se desprende de la *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2021* del Consejo Económico y Social (CES), por ejemplo, el desempleo, el nivel de estudios, las condiciones de vida, la vivienda, la protección e inclusión social, percibir prestaciones de la Seguridad Social, la capacidad de consumo, y otras situaciones que ya vendrían incluidas en el resto de causas

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>42</sup> PICADO VALVERDE, E. M., YURREBASO MACHO, A. y GUZMÁN ORDAZ, R.: «Respuesta social ante la aporofobia: retos en la intervención social», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 37, 2022, p. 8, disponible en <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i37.400081>. Última consulta: 7 de marzo de 2023.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>44</sup> El pobre se identifica con alguien que no aporta sino que retrae del conjunto de la sociedad, CALVO GALLEGOS, F. J.: «La aporofobia: ¿una causa naciente...», *op. cit.* p. 228. En nuestra opinión, el mismo estigma lo sufre la persona desempleada de larga duración.

<sup>45</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Encuesta a las personas sin hogar Año 2022. Nota de prensa de 19 de octubre de 2022*, Instituto Nacional de Estadística, Madrid, 2022.

prohibidas de discriminación de la Ley 15/2022 (migración, edad, dependencia, salud, etc.)<sup>46</sup>. Por su parte, el *Informe sobre la Situación Socioeconómica de Andalucía 2021* del Consejo Económico y Social de Andalucía, enumera el tejido empresarial, la población, el mercado de trabajo, los factores de distribución de la renta y de protección y cohesión social, con especial atención a las condiciones de desigualdad, pobreza, calidad de vida, prestaciones económicas, educación, sanidad, vivienda, medioambiente, cultura y deporte<sup>47</sup>.

En este momento es cuando nos preguntamos ¿resulta posible incluir a las personas desempleadas de larga duración dentro de la tutela antidiscriminatoria por situación socioeconómica? Partimos de la base, como se ha dicho, de que el desempleo prolongado puede causar pobreza extrema y, por otro lado, de que existen las personas trabajadoras pobres, e incluso sin hogar<sup>48</sup>.

En ese sentido, 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, incluye en su art. 6.d a las personas en riesgo o situación de exclusión social, remitiendo a los colectivos listados en el art. 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 socioeconómica tenga acreditada esta condición por los servicios sociales u órganos competentes. Precisamente en esta última norma se incluye a los perceptores de Rentas Mínimas de Inserción (RAI), o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza y a personas que no puedan acceder a esas prestaciones por falta del período exigido de residencia o empadronamiento (o para la constitución de la Unidad Perceptora) o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido. Por lo tanto, se asume que no es necesaria la pobreza extrema para ser merecedor de medidas de inclusión social, bastando con una situación prolongada de desempleo. De hecho, la propia existencia de incentivos a la contratación de ciertos colectivos podría argumentarse en el sentido de que, si precisas incentivos, es porque las posibilidades de que se encuentren discriminados en el acceso al empleo son elevadas. Precisamente el art. 21 del Real

---

<sup>46</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2021*, Departamento de Publicaciones del Consejo Económico y Social, Madrid, 2022.

<sup>47</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA: *Informe sobre la Situación Socioeconómica de Andalucía 2021*. Consejo Económico y Social. Junta de Andalucía, Sevilla, 2022. Alguna doctrina afirma que «la posición socioeconómica define grupos sociales clásicos, como son las clases sociales», ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución», *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, p. 105, nota a pie núm. 30.

<sup>48</sup> Téngase también en cuenta que cuando se reduce la tasa de pobreza de la población desempleada no se debe necesariamente a una mejora de sus condiciones de vida. Así, las personas desempleadas más pobres tienen mayor tendencia a pasar a la inactividad, lo que, por una parte, trabaja en el sentido de reducir la pobreza entre la población desempleada, puesto que hay menos pobres en ella, y, al mismo tiempo, por otra, tiende a aumentar la pobreza entre la población inactiva, SECRETARÍA TÉCNICA EAPN-ES: *XII Informe: El estado de la pobreza...*, op. cit., p. 50.

Decreto-ley 1/2023 establece una bonificación de 1.320 euros durante 3 años por la contratación indefinida de personas desempleadas de larga duración, inscritas en la oficina de empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación. La cuantía aumenta hasta los 1.536 euros al año cuando se contrate a mujeres o personas de 45 o más años, ejemplificando la mayor discriminación que padecen en el acceso al empleo.

Por otro lado, como hemos dicho, la persona desempleada de larga duración sufre también una estigmatización similar a la de la persona pobre: se le imputa la responsabilidad de su propia exclusión del mercado de trabajo, especialmente mediante discursos empresariales e institucionales que vinculan la búsqueda de empleo y la promoción del autoempleo con estrategias de marketing (*personal branding* o «marca personal»). De este modo, la persona que busca empleo debe promocionarse como si fuera un producto, mediante redes sociales, eventos de *networking*, desarrollo de una imagen pública atractiva en Internet, etc.<sup>49</sup> y si no consigue un empleo (o consigue uno precario) es porque no ha seguido correctamente las directrices («no sabe venderse») o, peor aún, porque pretende vivir de subsidios y ser un parásito social («no quiere emprender»).

En todo caso, parece que incluso podríamos encontrarnos ante una causa de discriminación propia, es decir, la discriminación por la condición de persona desempleada de larga duración, discriminación circunscrita únicamente a la fase previa del contrato de trabajo.

#### 4. LA POSIBLE DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR DESEMPLEO DE LARGA DURACIÓN

Si bien no aparece específicamente citado el hecho de que una persona desempleada pueda ser discriminada por ese motivo al intentar acceder a un empleo, entendemos que podría ampararse en la cláusula de cierre del art. 14 de la Constitución Española (CE)<sup>50</sup> o del art. 2 de la Ley 15/2022 («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»). Recuérdese que no estamos ante una lista cerrada de supuestos de discriminación (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 161/2004, de 4 de octubre y 62/2008, de 26 de mayo) aunque para la determinación de una nueva categoría discriminatoria se «exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en

<sup>49</sup> PÉREZ-CHIRINOS CHURRUCA, V.: «Márketing personal: imbricación de las relaciones de poder y la subjetividad en los discursos en torno a la búsqueda de empleo», en SAIZ ECHEZARRETA, V. y LÓPEZ CEPEDA, A. M. (Coords.): *Los discursos del poder. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Semiótica*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 350.

<sup>50</sup> Así se estima también en MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «La discriminación de los desempleados en el acceso...», *op. cit.*

posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE)<sup>51</sup>. En ese sentido, el Tribunal Constitucional (TC) ha afirmado que «para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, resulta necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)» (STC 62/2008, de 26 de mayo).

El término «segregación» lo complementa el TC con el de «estigmatización» al referirse a la posibilidad de incluir un nuevo criterio o factor de discriminación a la lista del art. 14 CE. Así, en el caso de la enfermedad (doctrina anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2022), habrá discriminación: «cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato» (STC 62/2008, de 26 de mayo). Nótese que se trata de términos ya utilizados desde los primeros estudios de los años 30 del pasado siglo a la hora de definir la situación de las personas desempleadas de larga duración.

No cabe duda de que los efectos enumerados al principio de este trabajo, especialmente la situación de vulnerabilidad social al limitarse el acceso al empleo, son similares a los sufridos por los tradicionales colectivos protegidos por la norma antidiscriminatoria (mujeres, personas con discapacidad, colectivo LGTB, determinadas razas y grupos étnicos, etc.). Si desde la economía laboral se ha denominado a estos efectos del desempleo con el término «cicatriz», no es por otro motivo que la futura estigmatización y consecuente segregación de las personas desempleadas por parte de determinados empresarios a la hora de contratar personal. Se trata de una conducta que solo puede producirse en un contexto donde el empleo se configura como el fenómeno cohesionador de la sociedad, esto es, época posterior al siglo XIX e incluso al XX si centramos la atención en España. Por lo tanto, estamos ante un factor, la situación de desempleo, relativa-

---

<sup>51</sup> SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre; 182/2005, de 4 de julio; 41/2006, de 13 de febrero; 62/2008, de 26 de mayo; 176/2008, de 22 de diciembre; 26/2011, de 14 de marzo y 36/2011, de 28 de marzo, entre otras.

mente reciente si lo relacionamos con el resto de factores de discriminación listados en el art. 14 CE. En ese sentido, el TC ha establecido que el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral puede «perfilarse» como consecuencia del «surgimiento de nuevas realidades sociales» (STC 26/2011, de 14 de marzo). De hecho, tampoco resulta novedoso abordar asuntos desde la perspectiva de la prohibición de discriminación del art. 14 CE en relación con determinados mandatos constitucionales como, por ejemplo, el contenido en el art. 39 CE relativo a la protección a la familia y a la infancia (véase la STC 26/2011, de 14 de marzo). Por lo tanto, para interpretar un posible alcance de la tutela antidiscriminatoria en el caso que nos ocupa, deberíamos relacionarlo con lo dispuesto en los arts. 40 y 41 CE.

Como es sabido, el art. 40 CE contiene un mandato para los poderes públicos que consiste en llevar a cabo una política orientada al pleno empleo y el art. 41 CE sienta las bases para el desarrollo y mantenimiento de un sistema de Seguridad Social que garantice asistencia y prestaciones sociales, especialmente en caso de desempleo. Este último mandato significa que el sistema de protección por desempleo no solo proporciona un mecanismo para dotar de una adecuada protección social a los trabajadores desempleados, sino también para favorecer su rápido retorno al empleo<sup>52</sup>.

Vistos los preceptos anteriores, si afirmamos que el art. 35.1 CE formula el derecho de todos los españoles al trabajo y el 40.1 CE ordena a los poderes públicos articular una política activa dirigida al pleno empleo, nos encontramos ante la dimensión individual y colectiva de un mismo derecho. Así, el aspecto individual «se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación» y el aspecto colectivo implica «un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo» (STC 22/1981, de 2 de julio). Siguiendo en esta línea, la doctrina ha entendido que esta conexión entre el art. 35.1 y el 40 CE, en relación ambos con el 9.2 CE, permitiría hablar de un «derecho a la reinserción socio-económica»<sup>53</sup> menoscabado si se toleran las prácticas empresariales que impiden el acceso al empleo tomando en consideración exclusivamente la situación de desempleo de quien se presenta a un proceso de intermediación laboral o de selección de personal. Por todo lo expuesto, entendemos que nos encontramos ante una discriminación directa en el ámbito del acceso al empleo.

Piénsese que, de permitirse estas conductas amparándolas en la libertad de empresa, se llegaría a la consecuencia indeseable y antisocial de que cualquier situación prolongada de desempleo conllevara para una persona la ex-

<sup>52</sup> PÉREZ DEL PRADO, D.: «Equidad, eficiencia y activación del sistema de protección por desempleo», en *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2014, p. 240.

<sup>53</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: «El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques», en *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, p. 147.

pulsión definitiva del mercado de trabajo, o dejase el autoempleo o el empleo público como únicas posibilidades de desarrollar una actividad productiva. Por no mencionar el absurdo hecho de que se pueda sancionar a una persona desempleada por no aceptar una colocación adecuada (art. 17.2 LISOS) y a su vez permitir que un empresario pueda rechazar a esa persona por esa condición de desempleada.

No cabe pues, identificar el largo período en el paro con una automática pérdida de capacidad profesional, más aún cuando la formación ocupacional se instauró precisamente para evitar esa circunstancia. Asimismo, si identificar la edad avanzada con la pérdida automática de capacidad profesional ha sido considerado discriminatorio (STC 22/1981, de 2 de julio, F. J. 5), lo mismo puede predicarse de la situación por desempleo, máxime si se generaliza el descarte del proceso selectivo sin distinguir ni valorar entre personas desempleadas con experiencia en el puesto a cubrir o que han actualizado sus conocimientos durante la situación de desempleo.

Finalmente, tampoco parece coherente que por decisiones empresariales no objetivas y basadas en estereotipos, se torne inútil la ingente cantidad de recursos materiales, económicos y personales que se destinan a luchar contra el desempleo, por ejemplo: (i) prestaciones y subsidios por desempleo, incluyendo las prestaciones específicas para personas desempleadas de larga duración (RAI, PREPARA, PRODI, SED, etc.), que constituyeron en 2022 unos 22.093 millones de euros (de un total de 22.457 millones de presupuesto); (ii) una Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo; (iii) planes específicos para prevenir y reducir el desempleo de larga duración, como el Plan Reincorpora-t (2019-2021)<sup>54</sup> que tuvo un presupuesto de 4.000 millones de euros, de los que un total de 1.309 millones correspondieron a medidas del ámbito de las políticas de empleo, mientras que los 2.691 millones restantes correspondieron a medidas que sirvieran para mejorar las condiciones de empleabilidad de las personas destinatarias.

## 5. DESEMPLEO DE LARGA DURACIÓN Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN EL ACCESO AL EMPLEO

Es posible que la tesis sostenida en el anterior epígrafe pueda suscitar dudas, e incluso no aceptarse que la condición de persona desempleada de larga duración pueda considerarse como causa de discriminación. No obstante, un simple análisis de los datos sobre el desempleo de larga duración nos permite afirmar que el rechazo a este colectivo en procesos previos a la contratación constituye discriminación indirecta en el acceso al empleo por razón de sexo, edad, discapacidad, identidad sexual, e incluso situación socioeconómica, entre otras.

---

<sup>54</sup> BOE de 9 de abril de 2019.

Según el SEPE, todos los colectivos de interés para el empleo presentan un alto porcentaje de paro de larga duración, salvo los jóvenes menores de 30 años que tienen un 24,74%. En el caso de las personas con discapacidad, alcanza el 64%, en los mayores de 45 años el 62,45%, en las mujeres el 54,25% y en los extranjeros el 42%<sup>55</sup>. Además, el paro de larga duración aumenta con la edad, siempre hay más mujeres que hombres en los diferentes intervalos de edad y esta diferencia va aumentando según se va incrementando la antigüedad<sup>56</sup>.

Asimismo, respecto a colectivos más minoritarios, se estima que las personas transgénero sufren elevadas tasas de desempleo. En España, un estudio realizado a 100 personas de este colectivo indicó que el 54% estaba desempleado<sup>57</sup> y en otro estudio con 153 personas encuestadas estaban en desempleo el 35%, de las que el 37% afirmaban que el hecho de ser transexual era el motivo de dicha situación<sup>58</sup>.

Y como se ha indicado anteriormente, la mayoría de personas sin hogar se encuentran desempleadas y dos tercios de las personas pobres también lo están.

De este modo, el rechazo de la persona desempleada por esa única condición (aparentemente neutra) supone una discriminación indirecta porque ocasiona a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de su sexo, edad, discapacidad, identidad sexual y condición socioeconómica (art. 6.1.b de la Ley 15/2022).

Dicha desventaja o impacto adverso sale a la luz mediante la prueba estadística, por ejemplo, el porcentaje hombres/mujeres afectados por una medida empresarial como sería el caso del descarte por encontrarse en desempleo. Dicha prueba estadística opera como presunción de que existe una intencionalidad discriminatoria (STSJ de Cantabria, de 14 de noviembre de 2005, rec. 905/2005). Llegados a este punto, el empresario debe justificar esa decisión de descarte mediante criterios objetivos y razonables, cosa que no resulta posible porque el mero hecho de que una persona se encuentre desempleada no presupone ningún tipo de inaptitud profesional o impedimento para acceder a un empleo.

Finalmente, mediante la doctrina de la discriminación indirecta y la reciente incorporación de la situación socioeconómica como causa de discriminación, pueden ser calificadas como discriminatorias prácticas habituales en procesos de selección de personal, por ejemplo, requerir estudios universitarios o vehículo propio sin que el puesto a cubrir lo precise (según el INE, solo el 8,8% de las personas sin hogar tiene estudios universitarios).

<sup>55</sup> SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: *Informe del Mercado de Trabajo...*, op. cit., p. 69.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>57</sup> DOMÍNGUEZ FUENTES, J. M., GARCÍA LEIVA, P. y HOMBRADOS MENDIETA, M. I.: *Transexualidad en España. Análisis de la realidad social y factores psicosociales asociados*, Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales, Intersexuales y más, Madrid, 2011, p. 4, disponible en <https://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/a53b7fb37468d1770175fefaf6490766>. Última consulta: 7 de marzo de 2023.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.



## 6. CONCLUSIONES

Estudios de economía laboral han demostrado desde hace décadas que las posibilidades de encontrar un empleo disminuyen según se prolonga la situación de desempleo. Asimismo, desde diferentes ámbitos se acusa a la persona desempleada de fraude y parasitismo social, o se la culpabiliza de su situación, porque no sabe dónde o cómo buscar trabajo o porque hay algo en ella que no funciona y la hace poco atractiva para las empresas. Incluso en los programas de orientación profesional se ofrecen consejos para ocultar o justificar los espacios vacíos del *curriculum vitae*. Diferentes autores hablan, por ello, de la «estigmatización del desempleo»<sup>59</sup>, lo que provoca su descarte o rechazo en las fases previas a la contratación, de forma más o menos velada, cronificando el paro de larga duración y abocando a las personas que lo sufren a situaciones de vulnerabilidad económica y perjudiciales para su salud física y mental.

Este rechazo en los procesos de intermediación laboral y de selección de personal, en nuestra opinión, supone una práctica contraria al orden constitucional (arts. 14, 35.1, 40 y 41 CE) que atenta contra la dignidad de la persona y que creemos que no puede ampararse bajo la libertad de empresa. De tolerarse, se obstaculizaría la vuelta al mercado laboral de las personas desempleadas, un objetivo de nuestra política de empleo a la que se destinan incontables recursos públicos, tanto personales como materiales.

No parece coherente con nuestra normativa, especialmente con las medidas de lucha contra el desempleo de larga duración, que se incluyan dentro de la tutela antidiscriminatoria los factores personales y sociales menos observables por el empresario en la fase de acceso al empleo (afiliación sindical, ideas, creencias, orientación sexual) y se deje sin proteger la discriminación por la condición de persona desempleada, fácilmente detectable observando simplemente su *curriculum vitae* (o siendo este analizado por un sistema de inteligencia artificial), que además resulta igualmente arbitraria, peyorativa y devastadora para este colectivo.

Por lo tanto, podemos afirmar que nos encontramos ante una causa de discriminación directa en el acceso al empleo, exclusiva de la fase precontractual, e incluso la doctrina sobre la discriminación indirecta nos permite proscribir por esta vía la conducta empresarial de rechazo a la contratación de personas por el único motivo de estar desempleadas. Dicha conducta supone, tras la prueba estadística, un impacto adverso hacia determinados colectivos que sufren con mayor intensidad el desempleo como, por ejemplo, mujeres, mayores de 45 años, jóvenes menores de 30 años, personas con discapacidad, personas trans, personas pobres o sin hogar, etc. Además, el descarte de una persona desempleada por esa única condición no se justifica ni objetiva, ni razonablemente, por lo que el trato desigual deviene, entendemos y cuando menos, ilícito.

---

<sup>59</sup> LAZARSFELD, P., JAHODA, M. y ZEISEL, H.: *Los parados de Marienthal. Sociografía...*, op. cit., p. 166.; SANCHIS, E.: *Los parados: cómo viven...*, op. cit., pp. 122 y 321.



LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO  
DEL MERCADO LABORAL DEL DEPORTE PROFESIONAL

JUAN LUIS GARCÍA RÍOS

*Profesor Asociado de Derecho del trabajo y la Seguridad Social.  
Universidad de Castilla la Mancha. Doctor en Derecho*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL MODELO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL: UN PROCESO DE EVOLUCIÓN JURÍDICO-SOCIAL. 2.1. Evolución normativa en España. 2.2. Características constitutivas de las Agencias de Colocación a la vista de la normativa actual. 3. EL MODELO DE INTERMEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DEPORTIVO. 3.1. La intermediación deportiva como proceso formal o informal. 3.2. El posicionamiento de las Federaciones deportivas. 3.3. Contexto normativo de la intermediación laboral deportiva. 4. LA EXISTENCIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL DEPORTIVA IMPLICA LA EXISTENCIA DE AGENCIAS DE COLOCACIÓN. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

La articulación de un nuevo marco normativo sobre el deporte en España y un nuevo marco normativo sobre el empleo, hace necesario abordar el estudio de la intermediación laboral en el mercado laboral deportivo, al objeto de analizar los avances o retrocesos en el marco de las relaciones laborales en el deporte profesional.

La intermediación laboral en el deporte profesional se ha concebido al margen del proceso articulado para las relaciones laborales comunes, mediante figuras de “agentes”, “representantes” o intermediarios. Sin embargo, y como nos decía el profesor Alonso Olea, el deportista profesional no juega, sino que trabaja, sometándose al ordenamiento jurídico laboral, también en materia de intermediación.

El mercado laboral del deporte profesional tiene evidentes diferencias respecto al mercado laboral común –también similitudes– que se hacen palpables en la intermediación laboral, que es con fines lucrativos en este contexto, donde el empresario no busca candidatos, sino un candidato concreto lo que ya de entrada la hace diferente.

Por ello el objetivo es analizar, como se articula este proceso, no tanto la relación que une al deportista y el “agente”, sino como se realiza el proceso, bajo el prisma del mercado laboral y la ley de empleo. Si estos agentes deben o no considerarse agencias de colocación con sus obligaciones respectivas, como es el modelo de representación a través de personas jurídicas o física, si es posible el contacto entre clubes y jugadores directamente o es necesario estos intermediarios.

## 2. EL MODELO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL: UN PROCESO DE EVOLUCIÓN JURÍDICO-SOCIAL

La Organización Internacional del Trabajo, ha defendido la necesidad –al menos inicialmente– de que los intermediarios en el mercado de trabajo no

tuviesen un beneficio económico a costa de las personas trabajadoras<sup>1</sup>, sobre la base de uno de los pilares de la OIT que establece que “el trabajo no es una mercancía”<sup>2</sup>.

La evolución de la OIT en materia de intermediación ha sido prolija en cuanto a Convenios y Recomendaciones, así el Convenio n° 2 sobre desempleo establecía la obligación de los Estados para crear agencias públicas no retribuidas de colocación; la Recomendación de 1919, complementaria al Convenio n° 2, en la que se posicionaba a favor del monopolio de los servicios públicos de empleo, aconsejando la prohibición de las agencias privadas de colocación. En 1936 entró en vigor el Convenio n° 34 que regulaba las agencias retribuidas de colocación. Posteriormente se han publicado tanto Convenios y Recomendaciones sobre la materia, pudiendo citar la Recomendación n° 42, sobre agencias de colocación; el Convenio n° 88, sobre el servicio del empleo; el Convenio n° 96, sobre las agencias retribuidas de colocación o el Convenio n° 181 sobre las agencias privadas de empleo; la Recomendación n° 188, sobre agencias privadas de colocación<sup>3</sup>.

Con la aprobación de este último Convenio 181, se produce un cambio de actitud de la OIT ante la posibilidad de participación de los actores privados en la intermediación laboral, lo que supuso un tránsito desde la exclusión a la admisión-regulación de las agencias privadas de colocación<sup>4</sup>.

Centrándonos en el Convenio 181<sup>5</sup>, su artículo 1 define –en una concepción amplia– las agencias de empleo privadas como “toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

- a) Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- b) Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica.
- c) Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, que permita transmitir información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

<sup>1</sup> BALLESTER PASTOR, I.: “Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación: ¿una meta realizable?”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 117, 2015, pág. 159.

<sup>2</sup> RUBIO SÁNCHEZ, F.: “Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación 1933 (núm. 34)”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 7, 2019, pág. 641.

<sup>3</sup> Véase al respecto entre otros, RUBIO SÁNCHEZ, F.: “Convenio sobre las agencias retribuidas...”, op., cit., págs. 639-650.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ-PÍÑERO ROYO, M.: “Aproximación a la colocación público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales* núm. 125/2014, pág. 58.

<sup>5</sup> Ratificado por España 15 de junio de 1999 y entró en vigor el 10 de mayo de 2000.

Es importe destacar que el Convenio es de aplicación “a todas las categorías de trabajadores y a todas las ramas de actividad económica”, excepto a los trabajadores del mar, añadiendo expresamente en su artículo 7.1 que “las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa”.

## **2.1. Evolución normativa en España**

Con la aprobación de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, estamos ante un nuevo episodio de reestructuración, o si se quiere, de reconstrucción de las instituciones del mercado de trabajo, fruto de un proceso histórico de evolución normativa, cuyo inicio podría situarse en la década de los noventa<sup>6</sup>, y que indudablemente tiene influencia sobre diversos actores que intervienen en el mercado de trabajo y que afecta a ciertos instrumentos, herramientas y políticas del mercado de trabajo.

Sin acudir a anteriores precedentes, con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, mediante la Ley 8/80, de 10 de marzo, y la Ley 51/80, de 8 de octubre, Básica de Empleo, se prohíben las agencias privadas de colocación de cualquier clase y ámbito funcional, lo que junto a la obligación del empresario de solicitar a la oficina de empleo las personas trabajadora que necesiten, se configura un marco legal donde la intermediación laboral es un monopolio público a cargo del SPE.

En este contexto normativo, se aprueba el RD 1006/1985, de 26 de junio, el cual recoge en su artículo 3 “No será de aplicación a la relación laboral especial de los deportistas profesionales lo dispuesto en el artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la prohibición de agencias privadas de colocación”, redacción inalterada que ha llegado hasta nuestros días, y que analizaremos convenientemente en el apartado siguiente.

Con la reforma laboral de 1994, se produce el inicio de la evolución de nuestro modelo de intermediación, la cual supuso la admisión al sistema de intermediación laboral de las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos, las cuales pasaron a regularse a través del RD 735/1995. Se produce un importante cambio, pero a su vez limitado, al romperse el monopolio del INEM y admitir las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos. Cambio de paradigma, pero con evidentes limitaciones al tener que ser agencias colaboradoras de los SPE, y sin ánimo de lucro.

La aprobación de una nueva Ley de Empleo en el año 2003 supuso un cambio en materia de política de empleo para adaptarla a la realidad de las transferencias a las Comunidades Autónomas de esta política, si bien, no su-

---

<sup>6</sup> CALVO GALLEGOS, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales* núm. 107/2010, pág. 306.

puso un cambio respecto a las agencias privadas de colocación, a pesar de que España ya había ratificado el Convenio 181 de la OIT sobre agencias privadas de colocación.

Pero sin duda, el cambio normativo más importante en la materia se produce en el año 2010, con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, al llamar al sistema de intermediación a las agencias privadas de colocación con fines lucrativos, suponiendo el pórtico de entrada en nuestra legislación del contenido del Convenio nº 181 de la OIT sobre agencias privadas de colocación<sup>7</sup>.

Con la citada norma se permite la existencia de las denominadas agencias de colocación, considerando como tal aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro que realicen la actividad de intermediación laboral. Se permite el ánimo de lucro, como novedad principal del sistema, pero con importantes matices, ya que la intermediación laboral tiene la consideración de un servicio de carácter público, garantizando la gratuidad de los procesos de intermediación para empresarios y trabajadores cuando estos se realicen por los SPE o las agencias de colocación en colaboración con estos. Gratuidad solo extensible a las personas trabajadoras cuando las agencias privadas de colocación actúen con independencia de los SPE (aunque de manera coordinada). A nivel reglamentario se dicta el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

El proceso de cambio se perfila con la Ley 3/2012, de 6 de julio, por la que se incorpora como actor al sistema de intermediación laboral a las Empresas de Trabajo Temporal, lo que en cierta manera completa la incorporación del Convenio nº 181 al ordenamiento jurídico, y supone, la habilitación a que las empresas de trabajo temporal para que puedan participar en el mercado laboral como agencias de colocación.

Con la aprobación de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3 y 40 se incorpora una nueva definición de la intermediación laboral, definiéndola 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 esta definición se le une una serie de actuaciones que se consideran intermediación, como son.

- 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 de personas para un puesto de trabajo, evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad.

---

<sup>7</sup> A pesar de que el artículo 19.2 del Convenio 181 de la OIT admitiese que en el plazo de diez años se pudiese denunciar el Convenio y por ello salirse de su imperatividad, lo cierto es que el legislado optó por adaptar la legislación a su contenido. SOBRINO GONZÁLEZ, G. M<sup>º</sup>.: “Régimen jurídico de las agencias de colocación”, *Temas Laborales* núm. 110/2011, pág. 50.



- d) La puesta a disposición de la persona solicitante de empleo los apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no le impidan participar en la intermediación.

Existiendo en esta nueva norma un empeño en incluir dentro de las acciones de intermediación las actividades de recolocación de personas trabajadoras o desempleadas afectadas en procesos de reestructuración empresarial, y la selección de personas “consistentes en la búsqueda de la candidatura adecuada entre personas trabajadoras que no demandan empleo, ni mejora de este”<sup>8</sup>.

## **2.2. Características constitutivas de las Agencias de Colocación a la vista de la normativa actual**

En base a lo expuesto sobre la evolución de las agencias de colocación y a la vista de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y al RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación las agencias de colocación, y al Convenio nº 181 de la OIT, las agencias de colocación tienen las siguientes características y asumen las siguientes funciones prestadas en las siguientes condiciones.

- Las Agencias de colocación pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas.
- Pueden tener un carácter público o privado, por lo que el concepto de agencia de colocación en el ordenamiento jurídico español es un concepto amplio.
- Pueden tener ánimo de lucro.
- Las agencias de colocación pueden actuar de forma autónoma pero necesariamente de manera coordinada con los servicios públicos de empleo.
- Deben realizar –entre otras– actividades de intermediación laboral, considerando como tal:
  - La prospección y captación de ofertas de trabajo.
  - La puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo.
  - La selección para un puesto de trabajo de personas que pueden ser idóneas para el mismo
  - La puesta a disposición de la persona solicitante de empleo
  - Actividad de colocación especializada.
  - La actividad de selección de personas, pudiendo comprender “la

---

<sup>8</sup> Exposición de motivos de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

búsqueda de la candidatura adecuada entre personas trabajadoras no inscritas como personas demandantes de los servicios públicos de empleo”.

- No subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida, salvo que se trate de otras agencias de colocación autorizadas
- Garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios.
- Estar previamente autorizadas (declaración responsable) por el SPE

### 3. EL MODELO DE INTERMEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DEPORTIVO

Actualmente no tenemos en nuestro ordenamiento jurídico interno una norma concreta y específica que regule la figura de los agentes deportivos, su naturaleza jurídica, sus funciones, su participación en el mercado de trabajo.

Ahora bien, si podemos encontrar en el ámbito de la intermediación laboral en el deporte profesional una exclusión de las agencias de colocación en el ámbito del deporte profesional en base al artículo 3.3 del RD 1006/85, de 26 de junio y cuyo literal nos haría llegar a la conclusión –ya adelantamos que a nuestro juicio errónea– de que los agentes deportivos no pueden ser agencias privadas de colocación.

El modelo de intermediación laboral en el ámbito del deporte profesional está sujeto a ciertas especialidades, lo cual es fruto de unas prácticas habituales y que se reflejaron inicialmente en la redacción del RD 1006/85, de 26 de junio, si bien de una manera que presentó y presenta luces y sombras a la vista de la configuración y características del mercado laboral deportivo y las funciones de estos agentes deportivos.

Es necesario – a nuestro juicio– acudir a su naturaleza y funciones para determinar si estamos ante una agencia de colocación o no en el mercado laboral deportivo a la vista jurisprudencia y del ordenamiento jurídico laboral actual.

El mercado laboral deportivo presenta notables diferencias respecto al mercado laboral común, que hacen que la intermediación laboral pueda tener ciertas especialidades a la hora de su desarrollo, pudiendo destacar:

- El escaso número de clubes o entidades deportivas que pueden contratar a los deportistas.
- Escaso número de deportistas en función de las categorías y ligas profesionales
- Importante movilidad geográfica de los deportistas.
- Dispersión geográfica de los clubes en un contexto internacional del deporte profesional

- La rotación de los deportistas profesionales debido a la duración de sus contratos.
- Mercado laboral poco transparente, la información que es un elemento clave dentro de cualquier proceso de intermediación, es muy difícil de conseguir con garantías.
- La revalorización de los deportistas profesionales a lo largo de su carrera.
- Los clubes o entidades deportivas en sentido general y amplio no buscan deportistas, sino que buscan al deportista.

Todas estas peculiaridades –junto a otras– ha hecho que el proceso de intermediación laboral en el ámbito del deporte profesional se configure en forma de monopolio a través de una figura controvertida, como es la del agente deportivo o de la agencia de representación. Numerosas denominaciones tienen en la actualidad estos actores del mercado laboral deportivo, para llevar a la misma figura que realiza esa labor de intermediación laboral en el ámbito del deporte profesional.

No siendo nuestro objetivo entrar a analizar la relación que une a las personas deportistas con estos “agentes” o “representantes”, sino la actividad que realizan en el mercado de trabajo, no podemos dejar de señalar que lo que no se puede dudar es que estas personas –deportista y representantes– no están unidos por un contrato laboral, lo cual tendrá notable influencia para su consideración como actor en el mercado de trabajo.

Si es cierto que se ha discutido en el ámbito civil la naturaleza de esta relación, entre el deportista y su representante o agente, contrato de agencia, contrato atípico de mediación deportiva, contrato de mandato<sup>9</sup>, etc...

Lo que no se cuestiona es la naturaleza de la relación entre el club o entidad deportiva y el deportista, que es laboral, al que es de aplicación por su especialidad el RD 1006/85, de 26 de junio y el que resulte de aplicación el resto del ordenamiento jurídico laboral, por lo que el deportista es una persona trabajadora por cuenta ajena, lo cual debe tener una necesaria consecuencia en los procesos de intermediación, pues esta es laboral.

### **3.1. La intermediación deportiva como proceso formal o informal**

Los agentes deportivos o agencias de representación se configuran como cauces formales de intermediación en el mercado laboral deportivo, son actores cuya actividad se dirige –aunque no exclusivamente– a realizar actividades dirigidas a poner en contacto a clubes o entidades deportivas y a los deportistas con el objeto de la contratación laboral de estos. Son intermediarios en el

---

<sup>9</sup> STS, sala de lo civil, de 24 de febrero de 2017 (rec. 948/2014).

mercado de trabajo deportivo, así calificados por las distintas normas de las federaciones nacionales e internacionales de fútbol y baloncesto, entre otras.

La utilización de cauces informales es una vía extraña en el mundo del deporte profesional, es decir, acudir a la vía de amigos, excompañeros, etc... son vías, extrañas, si bien es cierto que los familiares participan en ocasiones en este proceso, posibilidad permitida por los reglamentos federativos. En ocasiones los propios deportistas participan en el mercado laboral deportivo sin que atribuyan “su representación” a un agente, contactando directamente con el club, posibilidad incluso restringida por normas federativas en algunos casos, especialmente en ocasión de transacciones internacionales.

Respecto a la distinción entre intermediarios directos o indirectos, no cabe duda que el agente participa de manera directa en el proceso de intermediación, ya que transmite información sobre disponibilidad de deportistas, recibe ofertas y las gestiona, pone en contacto a clubes y deportistas, etc..., mientras que la presencia de intermediarios indirectos es prácticamente nula, ya que aunque las agencias utilizan en la actualidad portales o páginas de internet para publicitar a los deportistas, su labor –como hemos dicho– no se limita a esas acciones exclusivamente.

Cabe concluir que estamos ante la presencia de intermediarios formales y directos en el mundo el deporte profesional, si cabe, podemos hablar de un cuasi monopolio de estos actores en el mercado laboral deportivo.

### 3.2. El posicionamiento de las Federaciones deportivas

Como ya hemos dicho, no existe en el derecho interno una normativa expresa reguladora de esta figura del agente deportivo o agencia de representación, aunque si en el derecho comparado encontramos modelos de regulación de esta figura como es el caso de Portugal o Francia, donde el ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular la participación de estos actores en el mercado laboral deportivo<sup>10</sup>

Sin embargo, encontramos determinadas Federaciones Internacionales –y en consecuencias las Federaciones nacionales integradas en la mismas– que han regulado la figura de estos agentes –especialmente en el caso del fútbol y baloncesto, pero también en otros deportes como rugby, atletismo, etc...–.

No obstante, esta reglamentación emanada de las Federaciones Internacionales y Federaciones Nacionales no forma parte del ordenamiento jurídico, no son normas jurídicas, son normas de carácter privado que no pueden contradecir el derecho interno, como se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia y la propia Resolución de 17 de marzo de 2016 del Consejo

---

<sup>10</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La intermediación laboral en el deporte. Un estudio de derecho comparado, europeo y norteamericano, sobre los agentes deportivos”. *Anuarios Coruñés de Derechos Comparado del Trabajo*, Vol. IV (2012), págs. 179-180.

General de Deportes en la que ponía de manifiesto como la RFEF debe estar sometida al ordenamiento jurídico español, sin perjuicio de la posibilidad o incluso necesidad de estar integrado en Federaciones Internacionales y que estas a su vez tengan sus propias normas, *“ahora bien, la aplicación de las citadas normas en España deberá respetar, en todo caso, el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país. En relación con ello, cabe señalar que no cabría plantear un eventual conflicto entre la normativa de la Federación Internacional de Fútbol (FIFA) y el ordenamiento jurídico español. Y ello porque no estamos ante una organización internacional de derecho público de la que España forme parte, sino que nos encontramos ante una organización de carácter privado sometida al derecho suizo. En este caso no cabe planear un conflicto no porque las normas FIFA puedan o no coincidir con las del ordenamiento jurídico español, sino porque la citada entidad en nada puede vincular a un ordenamiento jurídico de un Estado soberano”*.

A pesar de ello entendemos que debemos tenerlas en cuenta en nuestro análisis, por dos motivos:

Porque, aunque estamos ante normas emanadas de organizaciones privadas sin capacidad de dictar normas jurídicas, estas sí que pueden ser tenidas en cuenta para la interpretación de la relación y funciones llevadas a cabo por estos agentes deportivos. En este sentido se manifestó la STS, sala de lo civil, 127/2017, de 24 de febrero, en la que se reconoce el reglamento FIFA sobre agentes *“como norma de naturaleza privada de referencia para la interpretación de los contratos sometidos a su ámbito objetivo de aplicación”*.

Y más recientemente las STS, sala de lo civil, de 26 de mayo de 2021<sup>11</sup>, siguiendo la anterior señala que *“los reglamentos de la FIFA, traspuestos a los estatutos federativos de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF), aunque se trate de norma de naturaleza privada, sirven de referencia para la interpretación de los contratos sometidos a su ámbito de aplicación”*.

Por otro lado, es interesante acudir a las funciones que se atribuyen por estos reglamentos a los agentes o intermediarios para comprobar en qué medida pueden ser consideradas funciones propias de las agencias de colocación.

Tanto los reglamentos de las Federaciones internacionales y nacionales en fútbol y baloncesto atribuyen a esta figura unas competencias o funciones de prestaciones de servicios amplia, que en la mayoría de los casos se refiere a asesoramiento, intermediación, representación y no solo la mera puesta en contacto a clubes y deportistas. No obstante, se puede observar como una de las funciones principales gira en torno a la intermediación o transacciones que culmina en la celebración de un contrato de trabajo, y esto es intermediación laboral.

---

<sup>11</sup> STS, sala de lo civil, de 26 de mayo de 2021, (rec. 424/2020), siguiendo en su exposición a las Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid Sección 9ª, de 27 de junio de 2018 y Sentencia Audiencia Provincial de la Rioja de 29 de enero de 2021 (rec. 641/2019)

Así, el actual Reglamento de intermediarios de la RFEF de 2015 señala, en su artículo 8, que el contrato entre intermediario y el jugador –o club– debe especificar si las actividades del intermediario constituyen un servicio o un asesoramiento o si se trata –y esto es lo realmente importante para nuestro análisis– de “servicios de colocación de empleo u otros de análoga naturaleza”.

El nuevo Reglamento de la FIFA que ha entrado en vigor parcialmente en enero de 2023 –y que entrará en vigor totalmente en octubre de 2023– también desprende que el agente deportivo tiene entre sus funciones la puesta en contacto de clubes y deportistas. Así el artículo 12 del Reglamento señala que “Todo acuerdo de transferencia o contrato laboral que resulte de una transacción formalizada gracias a la prestación de servicios de representación...”, por lo que si el servicio de puesta en contacto entre club y empresa desemboca en un contrato de trabajo estamos ante intermediación laboral.

En definitiva, indicios suficientes para determinar que estamos ante una labor –junto a otras– de intermediación laboral desplegadas por estos actores del mercado de trabajo deportivo, que no debería quedar al margen del ordenamiento jurídico laboral.

### **3.3. Contexto normativo de la intermediación laboral deportiva**

El análisis del marco normativo y su evolución dentro del contexto general que hemos analizado nos debe llevar a determinar si estos actores son agencias de colocación y realizan actividades que sean determinantes de su inclusión en el régimen jurídico laboral actual.

El artículo 3.3 del RD 1006/85, de 26 de junio, señala que “No será de aplicación a la relación laboral especial de los deportistas profesionales lo dispuesto en el artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la prohibición de agencias privadas de colocación”.

Para comprender el sistema de intermediación laboral diseñado por este precepto debemos partir del contexto –que ya hemos analizado– en el que se dicta en el año 1985. Contexto en el que existía un monopolio del INEM en el ámbito de la intermediación y no era posible la existencia de agencias privadas de colocación, a lo que se añade la necesidad de acudir al INEM para la búsqueda de trabajadores.

La especialidad de la relación laboral suponía que los distintos clubes o entidades deportivas estaban exentos de la obligación general para el resto de las empresas de tener que solicitar de las oficinas de empleo los deportistas que pretendiesen contratar para la temporada correspondiente, lo cual no parecía sino responder a la realidad del mercado de trabajo deportivo profe-

sional al tener canales específicos de búsqueda de deportistas profesionales<sup>12</sup>, pero no tanto por la no inscripción de los deportistas profesionales en los SPE, ya que en contra de lo que se piensa, si se produce dicha inscripción, ya que al ser un requisito necesario para la solicitud de la prestaciones por desempleo, y es que el deportista profesional, pide su prestación por desempleo, ya que este no es sólo aquel que cobra cantidades millonarias, antes al contrario, la mayoría de ellas y ellos tiene salarios normales, como ocurre en ligas de baloncesto (LEB), balonmano, fútbol sala, etc.. donde terminada la temporada y el contrato se solicita la prestación por desempleo.

Un segundo aspecto fundamental de la regulación contenida en el apartado 3º era la prohibición de la existencia de agencias privadas de colocación también en este mercado laboral deportivo, lo cual no dejaba de tener un “carácter gratuito” ya que dicha prohibición –como hemos dicho– se contenía en la redacción inicial del artículo 16. ET, por lo que era innecesaria<sup>13</sup>.

Esta circunstancia suponía aplicar a la especialidad del mercado laboral deportivo la generalidad del mercado laboral común sobre la prohibición de agencias privadas de colocación, defendiendo que tampoco en el mercado laboral deportivo se podía “mercantilizar” a los deportistas, pues la prohibición de estas agencias suponía una ausencia de lucro en la actividad de intermediación laboral, consecuente con que el trabajo no es una mercancía.

Sin embargo, la realidad del mercado laboral deportiva era y sigue siendo otra, por lo que la propia doctrina señalaba como estas normas, pensadas para el mercado laboral común, resultaban inconvenientes y posiblemente perjudiciales para los propios intereses de los deportistas profesionales<sup>14</sup>.

El marco normativo cambia de manera notable con la reforma laboral de 1994, que –y a pesar de no modificar el artículo 3.3. del RD 1006/1985, de 26 de junio– tiene notables repercusiones normativas –que no prácticas– en el mercado laboral deportivo.

Con esta reforma desaparece el monopolio del INEM en la colocación y la intermediación, por lo que de entrada la referencia a que los clubes o entidades deportivas no tendrán que acudir a las oficinas de empleo para solicitar a los deportistas que pretendan contratar con carácter obligatorio, deja de tener sentido, pues dicho requerimiento desaparece también para el conjunto del mercado laboral, y para las relaciones laboral comunes con la reforma del artículo 16 ET.

Sin embargo, en el ámbito de las agencias privadas de colocación, la reforma del año 94 supuso la modificación del artículo 16.2 del Estatuto de

---

<sup>12</sup> SAGARDY BENGOCHEA, J.A. Y GUERRERO OSTOLAZA, J.M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 56.

<sup>13</sup> ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 120. DURÁN LÓPEZ, “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, RL, nº 10, 1985, pág. 55.

<sup>14</sup> CARDENAL CARRO, M.: *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1996, págs. 289-290.

los Trabajadores y la Ley Básica de Empleo, y la admisión de las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos al sistema de intermediación laboral. Paralelamente el artículo 3.3 del RD 1006/85, de 26 de junio no sufrió modificaciones y permaneció inalterable.

Ello llevó a que la doctrina<sup>15</sup> plantease dos caminos posibles, por un lado, se pone de manifiesto que, tras la reforma laboral y la admisión en el mercado de trabajo de las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos, la prohibición recogida en el apartado tercero del artículo 3 del RD 1006/85, de 26 de junio, y por aplicación del artículo 21 del citado RD, cobra sentido, es decir, opera la prohibición de agencias de colocación en el mercado laboral deportivo.

Por otro lado, se pone de manifiesto que de admitir la posibilidad de agencias privadas de colocación en el mercado laboral deportivo debían ser sin ánimo de lucro y en el marco del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo, como agencias colaboradoras del SPE.

Lo cierto es que desde nuestro punto de vista se debía optar por esta última, y es la admisión de las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos en el mercado laboral deportivo, lo cual suponía más una aceptación teórica que práctica, ya que tanto la norma estatal como los Convenios OIT (33 y 96) defendían la ausencia de lucro en estas agencias y en su actividad de intermediación (más allá de los gastos ocasionados), lo que a nuestro juicio era incompatible con el modelo de intermediación aceptado en el mundo del deporte profesional, donde era y es evidente que el lucro de la intermediación existía.

En el ámbito de las jurisdicciones civil y contencioso administrativo encontramos numerosas sentencias —fundamentalmente— en Audiencias Provinciales, pero también en el Tribunal Supremo en que se han ocupado de esta figura de agentes o intermediarios de deportistas, negando en ambos casos la existencia de agencias de colocación. Para nuestro análisis, vamos a distinguir dos periodos, uno hasta la reforma laboral de 2010 y la autorización de las agencias de colocación privadas con fines lucrativos y el periodo posterior

En el orden contencioso y en este primer periodo antes de la autorización de las agencias privadas de colocación con fines lucrativos, la STSJ de Galicia, —sala de lo contencioso—, de 31 de enero de 2007, señala que *“En cuanto al alegato de que la actividad de la entidad suiza responde a una labor de intermediación para establecer una relación laboral con un club, tal actividad de mediación en la contratación de trabajadores está prohibida, tanto por las normas internacionales (Convenio de la OIT n.º 96) como por las nacionales (art. 3 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, y art. 16.2 del Estatuto de los Trabajadores), normas de las que resulta que en nuestro derecho no se admite la mediación laboral, al quedar prohibidas las agencias privadas de colocación con fines lucrativos y solo se admiten con determinados re-*

<sup>15</sup> ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los deportistas...*, op., cit., págs. 120-122.



*quisitos las agencias privadas de colocación sin fines con fines no lucrativos, pero éstas se encuentran prohibidas para los futbolistas profesionales*". Admitiéndose la tesis de la doctrina anteriormente descrita de prohibición de agencias de colocación, aun sin fines lucrativos, en el mundo del deporte profesional, en este periodo.

En el orden civil, encontramos una pauta de comportamiento similar en numerosas sentencias donde se pretendía la anulación del contrato que unía a ambas partes –agente y deportista– en base a que estábamos ante una acción de intermediación laboral en el mercado laboral, pues el club y el deportista estaban unidos por una relación de trabajo y por lo tanto, esa actividad de intermediación laboral estaba prohibida en base al artículo 3.3 del RD 1006/85, de 26 de junio, salvo para fines sin lucro.

Pese a respuestas aisladas de la jurisdicción civil<sup>16</sup> en el que se reconoce que la participación de estos agentes en el mercado laboral deportivo supondría su participación como agencias de colocación –con un evidente ánimo de lucro– pero advirtiendo que a pesar de ser una realidad que se presenta como normal y necesaria, lo cierto es que esta actividad de intermediación laboral con fines lucrativos está prohibida por el ET, el artículo 3.3 del RD 1006/85, de 26 de junio y el Convenios 34 y 96 de la OIT, llegando incluso a señalar la sentencia que la participación de estos agentes puede afectar a la libertad de trabajo de los deportistas profesionales.

Respuesta también presente en la doctrina, –aunque alejada en el tiempo– la cual ha calificado esta actividad de intermediación como ilegal que ha dado lugar a un mercado irregular e incontrolado en la práctica<sup>17</sup>, por lo que la mercantilización de esta actividad debía desaparecer al prohibir la mediación privada lucrativa, por lo que el art 3.3 del RD 1006/85, de 26 de junio, tenía sentido al prohibir la existencia de las agencias de colocación privadas con fines lucrativos<sup>18</sup>.

La respuesta mayoritaria del orden civil es este periodo inicial hasta 2010, en el que se autorizan las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos, es la negativa a reconocer que esta acción de intermediación llevada a cabo por los agentes puede ser considerada como agencias de colocación y ello en base a varios motivos:

A pesar de que estos agentes realizan servicios profesionales de intermediación a favor de jugadores y clubes –SAP de Barcelona de 16 de junio de 2009–, sin embargo, se defiende que la función del agente deportivo no es

---

<sup>16</sup> SAP de Badajoz de 26 de marzo de 2002, rec. 465/2001; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Albacete de 18 de mayo de 2009, si bien esta última fue revocada por la SAP de Albacete de 11 de enero 2010, rec. 229/2009, precisamente reconociendo la licitud de estos contratos al no estar ante una agencia de colocación pues esta actividad no puede considerarse como tal.

<sup>17</sup> CABRERA BAZÁN, J.: “La relación especial de los deportistas profesionales”, en AAVV: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, T. II Vol. I*, Edersa, Madrid, 1987, pág.157

<sup>18</sup> DURÁN LÓPEZ, “La relación laboral especial...”, op., cit., pág. 272.

poner en contacto oferta y demanda de trabajo exclusivamente, ya que esta es la de asesoramiento deportivo, asistencia y representación de los deportistas profesionales. Y, por lo tanto, su actividad es mucho más amplia: asesoramiento personal, jurídico, contratos de publicidad, gestión y promoción de marca, gestión y promoción de la imagen del deportista, etcétera *“El agente del deportista o del futbolista auxilia, asesora, gestiona los negocios del representado, pero no interviene en el mercado con el fin de impedir o limitar la libertad del trabajador en el acceso a un puesto de trabajo. Como señala la SAP Sevilla de 29 de junio de 2005, estos agentes constituyen un alter ego del futbolista, que deberá defender sus intereses frente a terceros, ya sea en su contratación profesional como en todo tipo de contratos, compraventas que sobre su imagen o cualquier otro derecho se contrate. Incluyendo también el asesorarlos en los más conveniente para ellos...”*<sup>19</sup>.

Según la jurisprudencia la actividad del agente es lícita, y además es una actividad remunerada, de tal manera que –y al margen de su calificación jurídica– tiene encaje en el Código Civil, por lo que si esta se considerase equivalente a intermediación laboral nos llevaría a considerarlos como agencias de colocación, lo cual estaba prohibido al tener fines lucrativos<sup>20</sup>. En este sentido la Sentencia de la AP de Bizkaia de 24 de junio de 2011<sup>21</sup> señala que *“En efecto, alegándose que la demandante es una Agencia privada de colocación y que los contratos celebrados con la actora en realidad encubren una cesión pura y dura de trabajadores, y aunque sea cierto que la normativa sobre empresas de contratación laboral prohíbe las Agencias privadas de colocación, con excepción de las que no persigan ánimo de lucro ( art. 16 del ET ), lo cierto es que como señala la sentencia apelada, en modo alguno, la demandante puede ser catalogada como Agencia de colocación, pues según el artículo 1 del RD 735/1995 de 5 de mayo , que regula las Agencias de Colocación sin fines lucrativos (...), no habiendo practicado prueba alguna la recurrente para demostrar que la actividad desarrollada por la demandante sea la propia de una Agencia de colocación, desprendiéndose de los términos de los contratos suscritos con la demandada que la naturaleza de los negocios concertados es civil, con un contenido amplio, atípico y complejo”*

Posición que, supone admitir que la actividad de intermediación en el mercado laboral deportivo realizado por los agentes es una actividad lícita, que puede ser considerada de diversas formas jurídicas previstas en el Código Civil (contrato de mandato, agencia, atípico), pero no puede asimilarse a una actividad dentro de la esfera de las agencias privadas de colocación, pues estas son sin fines lucrativos y la actividad llevada a cabo por los agentes, trasciende de la mera puesta en contacto entre empresarios y trabajadores y además tiene un claro carácter lucrativo y remunerado.

<sup>19</sup> SAP Cádiz (Sección 5ª) de 1 de septiembre de 2010, rec. 181/2010.

<sup>20</sup> SAP Albacete (Sección 2ª), de 11 de enero de 2010.

<sup>21</sup> SAP Bizkaia de 24 de junio de 2011, rec. 175/2010.

En el segundo periodo propuesto de análisis y tras el reconocimiento de la existencia de agencias de colocación privadas con fines lucrativos en el ámbito nacional e internacional (Ley de Empleo, Real Decreto 1796/2010 y Convenio OIT nº 181), tanto el orden jurisdiccional civil y contencioso administrativo en cierta manera, han mantenido su percepción sobre la actividad de los agentes deportivos, al seguir excluyendo su actividad de la intermediación laboral y por ellos siguen negando que puedan ser consideradas como agencias privadas de colocación.

Siguen manteniendo que la actividad de los agentes deportivos no se limita a la mera puesta en contacto entre oferta y demanda de empleo ya que *“el agente de jugadores, por lo general, no se limita a la contratación de estos por un club, acabando su tarea una vez suscrito el contrato, sino que realiza otras más funciones durante la vigencia del contrato de mediación en beneficio de su representado.”* (...) *“Que el agente, por lo general, se convierte en un asesor de funciones de difícil encaje bajo una misma figura, aunque se acerque, según opiniones autorizadas, a la gente anglosajón, como persona que realiza diferentes funciones, siempre relativas a la promoción de contratación.”*<sup>22</sup>.

En el orden contencioso administrativo se ha producido numerosas sentencias negando nuevamente la equiparación de las agencias de colocación con la mediación deportivas, así la SAN de 28 de octubre de 2022<sup>23</sup> señala que *“Así, en primer lugar, hemos de abordar la procedencia de la asimilación de los agentes intermediarios a las agencias de colocación que la entidad recurrente propone en la demanda (pp. 35 y siguientes). La Sala no comparte la tesis de la recurrente. Por una parte, porque la actividad de los agentes intermediarios se desenvuelve preferentemente en un ámbito propio y específico, la mediación deportiva, que responde a las características detalladas en la sentencia de la Sección 5ª de 23 de marzo de 2022 a que se ha hecho mención anteriormente. Y, por otra parte, porque la recurrente no ha justificado que en los agentes intermediarios concurren las notas que caracterizan a las agencias de colocación (tal y como estas se definían en el art. 1 del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo o se definen en el art. 2 del Real Decreto 1796/2010)”*.

#### 4. LA EXISTENCIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL DEPORTIVA IMPLICA LA EXISTENCIA DE AGENCIAS DE COLOCACIÓN

Lo expuesto nos lleva a la necesidad de analizar si las características de las acciones llevadas a cabo por los intermediarios en el mercado laboral deportivo suponen su equiparación con las agencias de colocación prevista y

---

<sup>22</sup> STS de 24 de febrero de 2017, (rec. 948/2014).

<sup>23</sup> SAN de 28 de octubre de 2022, rec. 774/2019.

reguladas por el Convenio 181 OIT y por nuestro actual ordenamiento jurídico laboral. Y ello sin perjuicio de admitir que en los momentos anteriores a 2010 y el convenio 181, esta intermediación laboral llevada a cabo en el mercado laboral deportiva tenía difícil encaje en el ámbito de las agencias privada de colocación, por la voluntad del sistema de la ausencia de lucro, el cual estaba y está presente en este sector y respecto a esta actividad, si bien, nuestro actual marco normativo no nos lleva a esta conclusión.

Y nos permitidos adelantar la conclusión y es que efectivamente debemos considerara a esta actividad intermediación laboral y la equiparación de su actividad –parte de ella– a la desplegadas por las agencias privadas de colocación con fines lucrativos.

En primer lugar, debemos señalar como la evolución normativa en materia de intermediación laboral desde 1980 hasta la fecha ha supuesto un auténtico cambio de paradigma a nivel nacional e internacional al pasar de la negación absoluta de la mercantilización del trabajo, pues se negaba la existencia de agencias privadas de colocación con fines lucrativos a su admisión tanto en el ordenamiento jurídico laboral español, como a nivel internacional mediante el Convenio OIT 181.

Por ello –a nuestro juicio– estamos en un contexto jurídico donde las agencias privadas de colocación con fines lucrativos pueden actuar en el mercado laboral común, y también deportivo, por lo que el contenido del artículo 3.3 del RD 1006/85, de 26 de junio debe entenderse tácitamente derogado<sup>24</sup>. Más si cabe, cuando y en base a la jurisprudencia analizada y doctrina, el lucro era un obstáculo –junto a otros– insalvable para considerar a estas personas agencias de colocación, pues nuestro ordenamiento jurídico laboral no lo permitía.

Actualmente el concepto de intermediación laboral es un concepto amplio que da cabida no solo a la mera puesta en contacto a oferta y demanda de empleo, antes al contrario, el artículo 40 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, nos explica como la prospección, la selección de personas, la colocación especializada (incluso para personas que no estén inscritas como demandantes de empleo) son intermediación laboral, acciones que sin duda se realizan en el mercado laboral deportivos y por estos intermediarios.

Pueden ser personas físicas o jurídica, lo cual responde al patrón de la intermediación laboral deportivas a través de agentes o intermediarios.

Se alega continuamente por la jurisdicción civil y contenciosos administrativa que estos agentes realizan funciones mucho más amplia que la mera intermediación laboral, lo que sin negar la mayor, no supone ningún obstáculo para la consideración como agencias de colocación, ya no se exige que las agencias de colocación realicen intermediación laboral exclusivamente, pueden hacer otras funciones, como orientación, formación, es más, nuestro

---

<sup>24</sup> En sentido contrario, BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: *La relación laboral de los deportistas...op., cit.,* pág. 68.

ordenamiento jurídico permite que la ETT puedan actuar como agencias de colocación, por lo que no parece que este argumento en la actualidad suponga necesariamente la negación de la equiparación.

Es interesante destacar como en el Reglamento del Intermediario de 2015 aprobado por la RFEF –a la espera de la modificación de este, dada la reciente aprobación por FIFA de un nuevo reglamento a nivel internacional– señala entre las funciones del intermediario la de “servicios de colocación de empleo u otros de análoga naturaleza”, y en el nuevo Reglamento FIFA planea igualmente el concepto de intermediación laboral como función de estos intermediarios.

Estos intermediario actúan en el mercado laboral deportivo como actores que facilitan la mediación entre un club deportivo y un deportista para la contratación laboral, por lo que el agente se convierte en un intermediario que pone en contacto empresa y persona trabajadora, recibiendo del club una cantidad económica –que no el jugador– y de la que se beneficia también el jugador que es representado por el agente. Lo que se remunera es la acción concreta de intermediación laboral llevada a cabo por el agente, sin perjuicio de cualquier otra acción que ya no caería de parte de lo que debe ser considerado intermediación laboral. Estamos ante una acción a favor del club y del jugador, es decir, se realiza en beneficio de ambas partes, siendo indiferente y admisible –a nuestro juicio– que el jugador sea representado por el agente, pues en esta acción concreta de intermediación laboral, actúa para ambos, como cualquier agencia de colocación. Actividad descrita que tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico y del Convenio nº 181 OIT ya que “el actual sistema, por tanto, al contemplar actividades no propiamente dedicadas a la intermediación, permite dar cabida en él a aquéllas, lo que reduce la conflictividad de su encuadramiento”<sup>25</sup>.

Las agencias privadas de colocación pueden tener ánimo de lucro, solo se les impide cobrar a las personas trabajadoras, “ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa” (Convenio 181 OIT, artículo 7), manifestándose en términos similar nuestro ordenamiento jurídico laboral. Estamos en un sector en el que el club es el que asume el pago de una “comisión” al agente que a nuestro juicio no es por la representación del jugador sino por la intermediación laboral realizada.

Por último, hay que señalar que, aunque efectivamente, la vía de los SPE o agencia privada de colocación “convencionales” no es la vía de intermediación de empleo en el mercado laboral deportivo, la mayoría de los deportistas profesionales en este país están inscritos en los SPE, pues es un requisito necesario para cobrar la prestación por desempleo a la que tienen derecho, como ya hemos defendido. A lo que habría que añadir que con la redacción del artículo 40.4 de la nueva Ley de Empleo “La actividad de selección de personal también se

---

<sup>25</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “El convenio 181 OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo”, *Temas Laborales* nº 52/99, pág. 80.

considerará colocación especializada, 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”.

## 5. CONCLUSIONES

Dentro de estas peculiaridades del mercado laboral deportivo se encuentra sin duda la intermediación laboral, o mejor dicho la forma en la que se produce la intermediación laboral en el mercado laboral deportivo, por que esta se produce y debe ser considerada como intermediación laboral como hemos defendido.

La intermediación en el mercado laboral deportivo tiene sus propias pautas de comportamiento donde la presencia de los denominados agentes, intermediarios o representante de deportivas han consolidado su presencia, prácticamente en forma de monopolio, para la realizar de estas acciones en dicho mercado.

Hemos encontrado posturas a favor y en contra, pero entendemos que la redacción del artículo 3.3 del RD 1006/85, de 26 de junio, que recoge expresamente la exclusión de agencias privadas de colocación, debe entenderse superada en un contexto normativo donde estos actores actúan realizando –junto a otras– laborales de intermediación, cuyos rasgos son característicos de las agencias de colocación, pues tienen encaje tanto en el Convenio 181 OIT, como en la actual Ley de Empleo y el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, sin que esto sea obstáculo para reconocer que el sistema de intermediación laboral “común”, no está pensado para el mundo del deporte profesional que tiene –como hemos dicho– sus vías específicas, si bien, estas vías específicas no la excluyen de su consideración en la actualidad como agencias privadas de colocación.

En base a lo expuesto es necesario regular las peculiaridades de esta actividad en el mercado laboral, pudiendo aprovechar –aunque pensamos que no está recogida para esta profesión o actividad de agente o intermediario deportivo– la Disposición final sexta de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, que obliga al Gobierno a presentar a las Cortes General en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley del Deporte, un proyecto de ley que regule el ejercicio de las profesiones del deporte.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, I.: “Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación: ¿una meta realizable?, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 117, 2015, págs. 155-183.

- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: *La relación laboral de los deportistas profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- CABRERA BAZÁN, J.: “La relación especial de los deportistas profesionales”, en AAVV: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, T. II Vol. I*, Edersa, Madrid, 1987, pág.157.
- CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales* núm. 107/2010, págs. 304-335.
- CARDENAL CARRO, M.: *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1996.
- DURÁN LÓPEZ, F.: “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, RL, nº 10, 1985, pág. 55.
- LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “El convenio 181 OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo”, *Temas Laborales* nº 52/99, págs. 69-98.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “La intermediación laboral en el deporte. Un estudio de derecho comparado, europeo y norteamericano, sobre los agentes deportivos”. *Anuarios Coruñés de Derechos Comparado del Trabajo*, Vol. IV (2012), págs. 175-190.
- PELLOUTIER, F.: *Historias de las bolsas del trabajo: los orígenes del sindicalismo revolucionario*. Zero, Bilbao, 1978.
- RUBIO SÁNCHEZ, F.: “Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación 1933 (núm. 34)”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 7, 2019, pág. 639-650.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Aproximación a la colocación público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales* núm. 125/2014, págs. 53-87.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M<sup>a</sup>.: “Régimen jurídico de las agencias de colocación”, *Temas Laborales* núm. 110/2011, págs. 43-72





LA RESPONSABILIDAD POR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS  
LABORALES COMETIDAS EN LOS MOMENTOS PREVIOS  
AL CONTRATO: EMPRESAS DE SELECCIÓN Y VIOLENCIAS  
SEXOGENÉRICAS EN EL ÁMBITO LABORAL

MIGUEL ÁNGEL GARRIDO PALACIOS

*Profesor Asociado Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*UCM*

*migarr10@ucm.es*

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ

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

*Universitat de València*

*guaman@uv.es*

## **SUMARIO**

RESUMEN. 1. INTRODUCCIÓN. 2. VIOLENCIA LABORAL POR RAZONES SEXO-GENÉRICAS: BREVE APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO ORIENTADO A SU ERRADICACIÓN. 3. LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL POR EMPRESA PRIVADA DE COLOCACIÓN Y LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS VIOLENCIAS SEXOGENÉRICAS EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO: DE LA TOLERANCIA HASTA LA REGULACIÓN (LENTAMENTE). 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

La discriminación y violencia en el trabajo es un problema de primer orden que ha preocupado a los operadores jurídicos en una dimensión atemporal o si se quiere continua. Paradójicamente los mecanismos de tutela han sido débiles y dispersos lo que ha provocado una cierta impunidad en esas conductas sin duda reprochables. La presente comunicación arranca desde la reflexión sobre el concepto de discriminación y violencia sexogenérica laboral para a continuación estudiar el marco de protección de las víctimas desde la norma internacional hacia nuestro ordenamiento interno. Desde este prisma general el objeto de la comunicación versa sobre la problemática de las empresas de selección de personal que en ocasiones han utilizado técnicas y pruebas alejadas del más esencial respeto a la dignidad de las personas trabajadoras. Se da la circunstancia que es en este sector donde es más difícil atajar y prevenir dichas conductas patológicas. En todo este recorrido histórico se puede afirmar que la falta de regulación de estas empresas que intervienen en el mercado laboral ha sido palpable. Sin embargo, la aparición de la reciente Ley 3/2023 de Empleo y otras normas transversales como la Ley 15/2022 integral de igualdad de trato y de no discriminación pueden cambiar esta realidad de la que se partía. La presente comunicación trata de construir una reflexión crítica para desde ese marco legal insuficiente poder valorar si el derecho positivo actual y renovado es capaz de tutelar y proteger a las víctimas. Consideramos que la novedad del estudio queda justificada por la reforma legislativa reciente. El segundo elemento que aporta esta comunicación a lo ya escrito es, sobre ese derecho ya promulgado y en contraste con las carencias históricas y materiales, poder establecer propuestas de *lege ferenda* para seguir avanzando en un horizonte de seguridad donde la discriminación y la violencia queden reducidas a la más mínima expresión.

### 1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico de la lucha contra la violencia y el acoso en el trabajo vive un momento de máxima intervención regulatoria y análisis doctrinal, no solo por la adopción y posterior ratificación por España del Con-

venio 190 de la OIT (Correa y Quintero, 2021; Yagüe, 2021; Ramos, 2021; Altés, 2022); sino por la proliferación de instrumentos normativos, dentro y fuera del estricto ámbito *iustlaboral* que se orientan a la erradicación de las discriminaciones sexogénicas en los diversos ámbitos sociales donde se produce y, muy en particular, de la violencia y el acoso sexual o por razón de género. Así, son especialmente destacables las novedades que, en relación con el tratamiento de la discriminación y la violencia en el ámbito laboral, aportan la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (Sáez, 2022; Molina, 2023), la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación (Cuvillo, 2022, Monereo y Olarte, 2022) y, por supuesto, la Ley 3/2023 de Empleo.

La preocupación de quien legisla es del todo pertinente, según los datos de la Organización Internacional del Trabajo, una de cada cinco personas empleadas afirmó, en el año 2021, haber sufrido de violencia y acoso en el trabajo durante su vida laboral (es decir, 743 millones de personas). En todos los tipos de violencia que identifica el informe, física, psicológica y sexual, hay una mayor preponderancia de la violencia hacia la mujer que se dispara en la última tipología. Otros análisis, como la Macroencuesta de Violencia Contra la Mujer 2019 (publicada en 2020) realizada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, evidencia que del total de mujeres de 16 o más años residentes en España, el 40,4% (más de ocho millones) ha sufrido acoso sexual en algún momento de su vida y que 1 de cada 5 de ellas lo sufrió en el ámbito laboral. Respecto del acoso por razón de género, aunque existen menos datos, un estudio reciente realizado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO, 2021) advierte que el 80% de las mujeres encuestadas manifiestan haber sufrido algún tipo de discriminación en el trabajo basada en el sexo que podría ser constitutiva de acoso por razones sexo-genéricas.

Entre los diversos escenarios donde la detección y erradicación de este tipo de violencias presenta mayores dificultades destacan los procesos de intermediación laboral realizada por agentes privados y muy concretamente, los procesos de selección de personal<sup>1</sup>. Cuando la violencia contra las

---

<sup>1</sup> A efectos de mostrar esta problemática, es pertinente traer un ejemplo reciente, todavía *sub iudice*, vinculado al momento concreto de la entrevista de trabajo. El caso apareció en un medio digital los primeros días de enero de 2023. En una entrevista de trabajo realizada por la empresa MECCTI (no registrada como empresa de colocación en España y de nacionalidad desconocida) las mujeres que aspiraban a ser contratadas para trabajar como tripulantes de cabina en Kuwait Airways fueron sometidas a diversos exámenes físicos por el personal de selección: les obligaron a semi desnudarse para revisar sus cuerpos a fin de detectar tatuajes o marcas, en zonas visibles y no visibles con el uniforme de trabajo, e incluso llegaron al extremo de forzarlas a abrir la boca para comprobar que tenían todas las piezas dentales “rectas”. Posteriormente a este proceso, una de las candidatas que habían superado el proceso de selección recibió un WhatsApp también en nombre de MECCTI, donde se le informaba de que, pese a haber sido considerada apta, no iba a ser contratada porque “Kuwait Airways no va a contratar a tripulantes de cabina de piel oscura”. La publicación la noticia que narraba estos hechos, provocó la reacción de MECCTI. La empresa, que en su web se autocalifica como la

personas aspirantes a un puesto de trabajo se produce en las fases previas a la contratación y deriva de la actuación de un tercero ajeno a la empresa, las posibilidades de obtener una reparación efectiva del derecho lesionado presentan una mayor complejidad aunque, como se defiende en las siguientes páginas, con la legislación actual no debería caber duda de la responsabilidad de las empresas de selección, entendida esta actividad como una de las facetas de las actividades de colocación reguladas en la Ley de Empleo de 2023.

Para sostener esta afirmación, en los epígrafes siguientes se acomete, en primer lugar, una breve aproximación al concepto de violencia laboral por razones sexogenéricas y a los instrumentos orientados a la protección de las personas trabajadoras frente a la misma; en segundo lugar, se aborda el específico supuesto de las empresas de selección de personal y la cuestión de la responsabilidad cuando se cometen actos de violencia laboral a lo largo de los procesos que estas realizan.

## 2. VIOLENCIA LABORAL POR RAZONES SEXO-GENÉRICAS: BREVE APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO ORIENTADO A SU ERRADICACIÓN

Para comenzar el marco teórico donde se anida el problema que abordamos es pertinente recuperar los escritos de Fernando Valdés (2003.a, 2003.b y 2003.c) que nos recordaba cómo la “recomposición constitucional del contrato de trabajo” se realizó mediante el reconocimiento de la existencia y plasmación práctica de los llamados “derechos fundamentales de la persona del trabajador” o “derechos constitucionales laborales inespecíficos”. El mismo autor retomaba el tema en un momento más reciente (Valdés, 2013) para indicar que “la consideración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de estructura pluridireccional comportará la inmediata cobertura constitucional para quienes prestan un trabajo subordinado y por cuenta ajena de las conductas expresivas de la violencia manifestada en las organizaciones productivas; en todas ellas, sea cual fuere la naturaleza del titular, la dimensión de la misma o los contenidos de la prestación laboral que se hubieren pactado”.

Pese a la claridad con la que el iuslaboralismo ha calificado la violencia laboral como una violación de los derechos fundamentales, lo cierto es que el marco jurídico para su erradicación plantea carencias, derivadas probable-

---

líder mundial en selección de personal en el sector de la aviación, negó los hechos y anunció acciones legales contra las aspirantes que denunciaron el caso en la prensa. El despacho de abogados penalistas de Barcelona que representa a MECCTI emitió un comunicado según el cual la empresa descarga la responsabilidad en una de sus subcontratas, con base en Marruecos, y tacha las narraciones de las mujeres como “difamatorias”, derivadas del enfado de una de las aspirantes que no fue seleccionada por su “bajo nivel de inglés”, con la clara intención de desacreditar a las mujeres denunciantes y de amenazarlas. La noticia inicial se publicó en: [ps://www.eldiario.es/sociedad/empresa-selecciona-azafatas-vuelo-exigio-candidatas-queda-se-ropa-interior-proceso-seleccion\\_1\\_9786342.html](https://www.eldiario.es/sociedad/empresa-selecciona-azafatas-vuelo-exigio-candidatas-queda-se-ropa-interior-proceso-seleccion_1_9786342.html)

mente de la construcción por aluvión y de la dispersión conceptual existente tanto en el ámbito supranacional como en el estatal. Retomando el detallado análisis de Yagüe (2020), observamos que en el ámbito de las normas vinculantes de la OIT, y hasta el advenimiento del Convenio 190<sup>2</sup>, se ha abordado la lucha contra la violencia por dos vías indirectas. Por un lado, a través de Convenios relativos a la protección de determinados derechos en el trabajo o la prohibición de modalidades de trabajo que se consideran contrarias a derechos humanos; por otro, a través del tratamiento tuitivo de determinados colectivos con una protección específica. En cambio, en el ámbito de la Unión Europea, la atención a la violencia se ha centrado en el término acoso y en particular en el que, normativamente, se ha considerado como discriminatorio<sup>3</sup>. Respecto del ámbito estatal, señalaba Valdés (2013) que la violencia laboral es “una institución objeto de regulación segmentada y parcelada y que, por lo mismo, incurre en dos serias disfunciones: reiteración y descoordinación”, algo que ha provocado un conjunto de déficits de protección (Yagüe, 2020), colocando a las víctimas en una situación de indefensión, a la que el legislador debe poner remedio tras la ratificación del Convenio 190 (Molina, 2019).

El Convenio 190 aporta una serie de novedades de máxima importancia. El texto define conjuntamente violencia y acoso distinguiendo entre dos modalidades: la general (violencia y acoso en el mundo del trabajo) y la específica (violencia y acoso por razón de género) que incluye el acoso sexual<sup>4</sup>. Con esta definición el legislador internacional opta por desterrar varios ejes que han actuado como límites para la protección de las víctimas. Por un lado, se elimina el elemento de repetición, continuidad, reiteración o sistematicidad; por otro lado, se descarta la concurrencia del ánimo de dañar para que se pueda identificar la conducta como violenta, por lo que puede afirmarse que el Convenio “objetiviza” el tipo<sup>5</sup>. Además, la definición elude la concreción

---

<sup>2</sup> El Convenio 190 se ratificó por España el 8 de marzo del 2022 y según se establece en el instrumento de ratificación, publicado en el BOE de 16 de junio de 2022, entrará en vigor el 25 de mayo de 2023.

<sup>3</sup> Para un recorrido por la normativa de la Unión Europea sobre el acoso se remite a: Altés, 2008; Correa, 2019; Sáez, 2022.

<sup>4</sup> Art. 1. a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

<sup>5</sup> Esta necesidad de objetivizar el tipo ya había sido apuntada por parte de la doctrina, en concreto, ya en 2013, Valdés señaló que la intención de producir un daño, así como la existencia de un daño efectivo, son elementos ajenos a la noción de acoso (y a la de violencia). Autores como Molina (2019), Altés (2022) o Velázquez (2021) habían tratado ya la lenta y paulatina pérdida de peso de la intencionalidad en la jurisprudencia, criticando la persistencia de esta, pese a la ausencia de previsión normativa expresa que la sostenga, y señalando la importancia de la STC 59/2019 de 6 de mayo. Tras la ratificación del Convenio 190, existe una práctica una-

de un bien jurídico protegido (dignidad, integridad física o psicológica, el derecho a la salud, la intimidad o por supuesto la no discriminación) para centrarse en el daño, físico o psicológico que ha derivado o que podría haber derivado de dicha actuación. Se elimina por tanto de manera clara la necesidad de un resultado lesivo, lo cual amplía la posibilidad para la obtención de tutela. Además, en el art. 1.1.b), donde se define la violencia o acoso por razón de sexo, incluye no solo las conductas violentas dirigidas contra las personas intencionalmente por razón de su sexo o género sino también aquellas que, independientemente del ánimo discriminatorio del sujeto que comete la violencia, las afectan de manera desproporcionada a un determinado colectivo por estos motivos.

En el caso que nos ocupa revisten un especial interés los artículos 2 y 3 del Convenio. En el primero de ellos se incluye dentro del ámbito subjetivo a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, incluyendo diversas categorías entre las que se encuentran las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, es decir, las que todavía no han comenzado la relación laboral. Además, el art. 3 amplía más el campo al señalar que el Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado de este, incluyéndose un listado, que, coincidiendo con Olarte (2022) entendemos que no debería considerarse un *numerus clausus*.

El Convenio 190 establece un mandato claro a los Estados, que deberán adoptar: una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo; las medidas apropiadas para prevenirla; el acceso efectivo a vías de recurso y reparación, mencionando expresamente tanto mecanismos de solución de conflictos internos y externos a la empresa como las garantías de acceso a la jurisdicción, con toda la protección necesaria y la garantía de indemnidad; el establecimiento de sanciones y, entre otras cuestiones, la actuación de la inspección de trabajo con capacidad para imponer la cesación de la actividad laboral. La normativa española ya contempla una buena parte de estas medidas<sup>6</sup>, lo cual no obsta para que sea necesario sistematizar y articular debidamente la regulación al respecto (Olarte, 2022; Lousada, 2020). De hecho, autoras como Olarte (2020) han defendido que la mejor opción sería optar por una ley general de violencia y acoso en el mundo del trabajo incluyendo en particular el conjunto de preceptos relativos al marco de la prevención de riesgos laborales y al ámbito administrativo sancionador.

---

nimidad en señalar que, en palabras de Olarte (2022) “la ratificación del Convenio implicará la imposibilidad de exigir como hasta ahora han defendido los tribunales la existencia de un plan sistemático, deliberado y menos aún su prueba”, idea que se comparte plenamente. Destacan también la clara eliminación de este requisito de intencionalidad Pons (2021); Yagüe (2020); Ramos (2021). Cuestionando esta decisión y los problemas que, en opinión del autor, podría plantear desde la óptica de los instrumentos de tutela vid. Correa (2020).

<sup>6</sup> No es el objeto de este texto analizar el conjunto de los instrumentos que edifican la tutela jurídica frente al acoso en el trabajo. De entre la extensa doctrina al respecto se destacan las siguientes obras: Altés (2002 y 2008); Correa (2019).

Es este ámbito sancionador el que resulta de particular interés para la cuestión que nos ocupa. Por un lado, y a efectos de adecuar la LISOS a lo dispuesto en el Convenio 190, parece claro que deben reformarse el art. 8.13 y 8.13 bis de esta norma, que tipifican como infracciones muy graves el acoso sexual y el acoso por razón de sexo que se produzcan dentro del ámbito de las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de estas conductas y, en el segundo de los casos, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo. Este último inciso deberá desaparecer para adecuarse al Convenio 190 (Altés, 2022). Además, el mismo autor señala que, a los mismos efectos de adecuación, la LISOS deberá “incluir entre las infracciones relativas a la prevención de riesgos laborales referencias a los incumplimientos relativos a los riesgos psicosociales y, en especial, a la violencia y el acoso en el trabajo”.

Más allá del Convenio 190 y en paralelo a su adopción se han aprobado una serie de disposiciones normativas en España con incidencia directa en la cuestión de la violencia y el acoso en el trabajo. Sin ánimo de exhaustividad, es importante abordar siquiera someramente una mención de los impactos más relevantes. La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación era un texto esperado que ha recibido desde la doctrina tanto alabanzas (Ballester, 2023; Monereo, Rodríguez y Rodríguez, 2022) como críticas (Cuvillo, 2022; Altés, 2022; Fotinopoulou, 2023)<sup>7</sup>, y que sin duda tiene un impacto amplio en materia laboral. Respecto a la protección frente a la violencia y el acoso en el trabajo, nos interesa aquí de manera particular la cuestión del régimen sancionador aplicable. La Ley 15/2022 establece un régimen de infracciones y sanciones aplicable a todos los ámbitos, pero señala expresamente en su art. 46.2 que, en el orden social, el régimen aplicable será el regulado por la LISOS. Como acertadamente señala Fotinopoulou, (2023) y teniendo en cuenta los principios de legalidad y de tipicidad, la no modificación de la regulación impide que se puedan sancionar aquellas conductas que no estaban previstas en la LISOS o aplicar sanciones distintas a las allí previstas<sup>8</sup>. Sería por tanto necesaria una modificación normativa para evitar que determinadas conductas, como la discriminación múltiple o la interseccional, queden penadas en otros ámbitos de las relaciones sociales y no en el laboral, que ha sido precisamente el campo típico de la protección frente al acoso y la violencia sexogenérica por su indudable mayor posibilidad de afectación (Altés, 2022).

---

<sup>7</sup> La crítica de Cuvillo (2022), aun reconociendo que la ley 15/2022 ha venido a cubrir una importante carencia de nuestro ordenamiento carente hasta su aprobación de una regulación integral de la prohibición de discriminación, se fundamenta en la ausencia de un concepto realmente integral de discriminación, algo que, según la opinión del autor que se comparte, es necesario en un modelo que como el español se basa en un enfoque universalista.

<sup>8</sup> De la misma manera no se contemplan otros supuestos de discriminación vinculados a otras causas de discriminación algo que, ciertamente, se podría haber solucionado con una modificación del art. 4 ET para incluir las nuevas causas, algo que tampoco incluye la Ley 15/2022 (Fotinopoulou, 2023).



En cuanto a la regulación de la tutela frente a la violencia en el trabajo también reviste un especial interés la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual y su impacto en la responsabilidad penal. Según su artículo 1, esta norma se centra en “la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales”, no incluyendo por tanto las violencias laborales por razones sexogénicas que no entren en el tipo del acoso sexual. Sin embargo, su artículo 12 incluye, bajo la rúbrica “Prevención y sensibilización en el ámbito laboral” la obligación de las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo así como de arbitrar procedimientos específicos para su prevención con inclusión expresa de las sufridas en el ámbito digital, mencionando claramente el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007. Curiosamente, el propio artículo 12 se produce una diferencia en cuanto a la extensión de las obligaciones empresariales al señalar, en su párrafo 2 in fine que “Las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras”. A pesar de esta distinción (u olvido) del legislador, Molina (2022) señala que con la incidencia de la Ley Orgánica 10/2022 sobre la LOIMH de 2007 se amplía el ámbito de deberes preventivos a toda forma de violencia y sexual y/o moral en el trabajo, adecuándose a las exigencias del Convenio 190.

De nuevo nos encontramos, como indica Sáez (2022) ante una ampliación importante, en particular por sus previsiones en materia de prevención de riesgos, que impone una reforma expresa de la legislación preventiva para cubrir sus carencias respecto de la protección de la violencia y del acoso.

### 3. LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL POR EMPRESA PRIVADA DE COLOCACIÓN Y LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS VIOLENCIAS SEXOGENÉRICAS EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO: DE LA TOLERANCIA HASTA LA REGULACIÓN (LENTAMENTE)

Los problemas que los procesos de selección y contratación laboral presentan respecto de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales han recibido un renovado tratamiento doctrinal, vinculado, de nuevo, a la irrupción de las nuevas tecnologías y la utilización de la inteligencia artificial (Olarte, 2022; Cardona, 2022), habiéndose demostrado el impacto discriminatorio que pueden llegar a causar los algoritmos (Merino, 2022; Mercader, 2019). De hecho, ya existen casos de empresas transnacionales y agencias de empleo estatales que han usado el algoritmo en clave de discriminación por

cuestión de raza o de género puesto que la máquina hace suyo el prejuicio humano (Fernández Fernández, 2022)<sup>9</sup>.

Más allá de estos retos, son todavía evidentes las dificultades para asegurar el respeto a los derechos fundamentales, en particular a aquellos vulnerados por los tratos violentos con motivo sexo-genérico en el ámbito laboral, en los más clásicos procesos de intermediación y selección. Pese al marco normativo existente, que detallaremos en los siguientes párrafos, nuestro problema fundamental radica en la escasa e insuficiente regulación de las empresas de selección de personal que, como denuncia Serrano (2008), vienen actuando claramente como auténticas agencias de colocación sin cumplir con los requisitos normativos.

La Organización Internacional del Trabajo reguló tempranamente el fenómeno de la intermediación laboral, centrándose en la prohibición parcial del lucro (Montoya, 2003)<sup>10</sup>. El Convenio 96 sobre las agencias retribuidas de colocación de 1949, fue revisado, apostando con carácter general por la supresión de las agencias de colocación retribuidas salvo lo dispuesto en su artículo 5 que comprende la posibilidad de establecer excepciones en la legislación nacional en función de personas con difícil colocación. En el Convenio 181 sobre las agencias privadas de 1997 se incorporó una definición de los servicios que estas pueden prestar, siendo posible incluir la tarea de selección de personal en la mención a “otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo”, sita en el artículo 1, que exige en este caso la consulta previa a las organizaciones sindicales y empresariales. Esta norma incorporó la prohibición de discriminación para hacer posible la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo. El artículo 10 exige a los Estados que se aseguren los mecanismos y procedimientos apropiados para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas<sup>11</sup>.

Esta preocupación por los casos de violencia laboral cometidos por las agencias de colocación privadas sigue siendo remarcada en la actualidad. La CEACR (OIT, 2018) ha advertido, por ejemplo, que “el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), también tiene el potencial de abordar la violencia y el acoso, que ejercen en particular las agencias de empleo privadas contra los trabajadores migrantes”. Esta misma Comisión (OIT, 2023) ha señalado, en el Estudio General sobre igualdad para la CIT de 2023, que “el principio de igualdad establecido en el Convenio núm. 111 significa que toda persona tiene derecho a que su solicitud para un puesto de

---

<sup>9</sup> Así lo expone el autor en su obra respecto de Amazon y de la Agencia Pública de Empleo Estatal de Austria.

<sup>10</sup> El Convenio 34 sobre las agencias retribuidas de colocación de 1933, retirado por la Conferencia Internacional de trabajo en 2021, suprimía las agencias de colocación con carácter retribuido, salvo que en casos excepcionales se mantuvieran, previa consulta a las organizaciones sindicales y patronales.

<sup>11</sup> En el ámbito de las recomendaciones es pertinente mencionar la número 188 también del año 1997.

trabajo elegido sea considerada de forma equitativa y sin discriminación<sup>17</sup>. La Comisión ha subrayado además que las ofertas de empleo discriminatorias son un problema que reviste especial importancia y que pueden perpetuar y agravar las desigualdades de sexo y género (OIT, 2023).

Ya en el ámbito de la Unión Europea cabe recordar la clásica sentencia Höfner de 23 de abril de 1991, donde el TJUE rechazó que se pudiera mantener el monopolio o reserva pública en la actividad de colocación, cuestión que se ha mantenido en su jurisprudencia posterior (Guamán, 2008; Martín, 2021). Al mismo tiempo el TJUE se ha decantado recientemente por afirmar que, incluso en fases previas a la propia selección de personal, determinadas actuaciones pueden vulnerar el principio de igualdad de trato (STJUE Asunto C-507/18 (NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford)). En este caso, relativo a unas manifestaciones realizada por el responsable de un despacho de abogados donde afirmó que nunca contrataría a una persona homosexual, el órgano judicial se decantó por afirmar la existencia de dicha vulneración pese a que fue una declaración potencial no acompañada de un proceso de contratación concreto.

En este escenario, el marco normativo estatal parte de una tradición de fuerte intervencionismo público (Martín, 2021) que ha evolucionado hacia una apertura en el marco de la colaboración público-privada y en definitiva hacia la aceptación la presencia de múltiples agentes<sup>12</sup>. Curiosamente, los sucesivos textos legales han integrado como sujetos de regulación a las agencias privadas de colocación, eliminando la específica referencia a las empresas de selección. Así la reforma laboral de 1994 suprimió el artículo 40.2 de la Ley Básica de Empleo que mencionaba a las empresas de selección de personal y los preceptos de la LISOS que sancionaban los incumplimientos de estas empresas. Acompañando esta derogación se incluyó a las agencias de colocación con la Ley 10/1994 y la 14/1994 en la senda de la liberalización de la intermediación (Martín, 2021). Por su parte, el Real

---

<sup>12</sup> La ley de colocación obrera de 27 de noviembre de 1931 ponía en el centro la organización estatal desde el Ministerio de Trabajo y Previsión. El régimen franquista mantuvo este modelo en la ley de 10 de febrero de 1943, que en su artículo 1 establecía que el Estado español organiza, a través del Ministerio de Trabajo y bajo la inspección de este, la colocación de los trabajadores. Ya en el marco de relaciones laborales democrático, el primer hito legislativo fue establecido en la Ley 5/1980 Básica de Empleo. En su artículo 1 se introdujo una definición de política de empleo basada en un conjunto de decisiones que tienen como finalidad esencial la consecución del equilibrio a corto, medio y largo plazo entre la oferta y la demanda. Esta norma heredó la fuerte presencia de lo público, en la línea con la tendencia de nuestro entorno, (Montoya, 2003) apostando por la prohibición de las agencias privadas de colocación y reservando esta tarea a la Administración. Al tiempo, la norma reconocía la actividad de las empresas dedicadas a la selección de trabajadores que debían hacer constar en sus anuncios el número de la demanda en la oficina de empleo y la identificación de esta (art. 38 LBE), no obstante, en la práctica una vez realizado el trámite y superado el plazo de 3 días sin haberse cubierto la vacante oportuna, eran las empresas privadas de selección de personal las que actuaban en esta fase de la colocación (Serrano, 2008). El problema se sitúa desde este primer texto y en la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores ya que aparte de estas escasas menciones a las empresas de selección de personal no hubo desarrollo reglamentario al efecto (Serrano, 2008).

Decreto 735/1995 por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados de empleo, apostó en su Exposición de Motivos por promover la eficacia sobre las cargas burocráticas y al mismo tiempo garantizar la igualdad de oportunidades en el derecho de acceso al trabajo. En su artículo 2 se insistía en garantizar el principio de igualdad y la autorización de estas agencias por el INE. En la senda de la liberalización, la norma hizo desaparecer la obligación de canalizar la oferta y la demanda de empleo por las oficinas públicas de empleo suavizándola a una obligación de información recibida.

La Ley de Empleo 56/2003 omitió igualmente cualquier mención relativa a las empresas de selección de personal, siguiendo la línea de las anteriores. En su redacción se reconoce, en su artículo 21 bis, que las agencias de colocación podrán realizar tareas de selección de personal, pero estas no forman parte del contenido específico de la intermediación lo que permite que esta tarea sea realizada por otras empresas privadas. Con la reforma laboral de 2010, al calor de la crisis financiera de 2008, la Ley 35/2010 en su artículo 14 dio un paso más al legalizar las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, salvando el estándar normativo establecido por la OIT que exige que el coste no recaiga sobre las espaldas de las personas trabajadoras. Además, como es bien sabido, la reforma laboral de 2012 posibilitó que las ETT actúen como agencias de colocación privadas.

La regulación específica de las agencias de colocación se acometió con el RD 1796/2010 donde se insiste en la colaboración público-privada. La norma reconoce la selección de personal dentro del ámbito de actuación de las agencias de colocación (art. 2). Además, según su art. 5, al conjunto de las agencias y de sus actividades se le aplican los principios de igualdad en el tratamiento de sus datos, no discriminación y respeto a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras estando sujetas a las actuaciones y control del servicio público de empleo competente y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A estas entidades se les exigía ser autorizadas por el servicio público de empleo (autorización que se sustituyó por la declaración responsable en el Texto Refundido de la Ley de Empleo 3/2015). Además, y pese a que se amplió el concepto de intermediación modificando la Ley de Empleo en su artículo 20 al incluir las labores de selección de personal dentro de las competencias de las agencias de colocación las mismas no formaban parte del contenido de la intermediación por lo que cabía la realización de estas tareas por otras empresas privadas sin someterse al régimen de autorización (Benavente, 2011), algo que, como veremos, ha sido modificado con la entrada en vigor de la actual Ley de empleo.

La ley de Empleo de 2015 sistematizó la cuestión (Presa, 2015) y definió las agencias de colocación, que pueden ser entidades públicas o privadas con o sin ánimo de lucro y actuar en colaboración con los servicios públicos de empleo o de forma autónoma, pero en coordinación con la administración. Estas agencias pueden realizar labores de selección de personal. Los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo

y no discriminación evidentemente se mantienen y los servicios públicos de empleo, las entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de intermediación laboral deben velar específicamente por evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo. La norma señala, específicamente, que son discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante para la actividad a desarrollar y en todo caso lo será cuando se refiera a exigencias basadas a uno de los sexos en relación con el esfuerzo físico<sup>13</sup>.

El barrido normativo evidencia que las disposiciones sobre empresas de selección de personal son muy escasas o prácticamente inexistentes, destacándose la ausencia de disposiciones específicas relativas al contrato entre la empresa de selección y la empresa contratante (Serrano, 2008). Se trata por tanto de un marco normativo de tolerancia, que optó por no intervenir aun cuando las actuaciones irregulares de estas empresas, como el caso que se señala en el inicio de estas páginas, han sido denunciadas con relativa frecuencia.

Con la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo en vigor desde el 2 de marzo se ha producido un giro interesante. Con esta norma, que ha sido valorada positivamente un sector de la doctrina (Alfonso Mellado, 2023, Rojo, 2023), entre otras cuestiones por el refuerzo de la prohibición de discriminación, con disposiciones específicas novedosas y en consonancia con el Convenio 190 de la OIT (Cardona, 2023), se desarrolla el concepto de colocación adecuada (Rojo, 2023), donde la selección de las personas debe avanzar en la detección de las personas idóneas para el puesto contrato y la huida de los sesgos por circunstancias personales o territoriales (Fernández Prol, 2023).

Así, es necesario remarcar que la Ley 3/2023, en la línea con las normas más recientes en el ámbito laboral o con afectación al ámbito laboral, tiene una vis antidiscriminatoria potente. Desde su Preámbulo, se apela “de manera especial, a la evitación de discriminaciones y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad”; el artículo 1 sitúa entre los objetivos de las políticas de empleo la reducción de la brecha salarial; el artículo 4 establece como objetivo de la política de empleo el “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” y la no discriminación aparece como un principio transversal al conjunto de los ámbitos regulados por la norma, incluyendo el capítulo relativo a la intermediación y en particular en aquello tocante a las empresas privadas de colocación. Debe subrayarse, no obstante que la violencia aparece vinculada a las actuaciones específicas de promoción del empleo de las mujeres víctimas de violencia de género y no se menciona ni la violencia ni el acoso laboral sexo-genérico de manera específica.

---

<sup>13</sup> Artículo 35 del texto refundido de la ley de empleo.

En el tema que nos ocupa, la nueva norma introduce elementos de suficiente calado para impulsar un cambio de paradigma. Siguiendo la senda anterior, las agencias de colocación, cuando sean entidades privadas deben presentar declaración responsable para realizar, con o sin ánimo de lucro, las actividades de intermediación laboral recogidas en el artículo 42<sup>14</sup>, en coordinación con los servicios públicos de empleo o como entidades colaboradoras de estos. Las agencias de colocación deben respetar la normativa laboral y de Seguridad Social, con especial referencia a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras, la normativa de protección de datos, la gratuidad del servicio para aquellas y garantizar el principio de igualdad y no discriminación deben proporcionar la información que se determine por vía reglamentaria a los servicios públicos de empleo tanto sobre las personas que atienden como las actividades que desarrollan así como las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas.

Respecto a la actividad de selección de personal, el art. 45.1 señala que *“el desarrollo de la actividad de colocación especializada consistente en la selección de personal podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación”*. La dicción en este apartado no deja lugar a dudas al reservar la labor de selección de personal a los recursos de los servicios públicos de empleo o a las agencias de colocación, atajando esa fuga que se producía con la anterior legislación. Además, esta actividad de selección se recoge dentro del concepto de intermediación la selección de personal como una actividad de colocación especializada. Esto supone un salto cualitativo puesto que se aparta de lo dicho en la reforma de 2010 que, pese a que citaba la tarea de selección de personal, no la enmarcaba en la intermediación. Con esta reforma por tanto no cabría la dualidad entre agencias de colocación que asumen la tarea de selección de personal y otras empresas que realizan esta selección escapando de los controles establecidos por el sistema nacional de empleo.

La reforma de la LISOS acometida por la nueva Ley de Empleo incorpora modificaciones significativas. La reforma deroga el artículo 15.1 que sancionaba como infracción grave la no información por parte de las empresas de selección de personal de sus tareas al servicio de empleo público. Esta modificación es lógica atendiendo a que estas tareas se reservan para los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación. La otra modificación a resaltar es la comprendida el apartado b) del artículo 16 que amplía y actualiza las causas discriminatorias en el acceso al empleo por la solicitud de datos personales para los procesos de intermediación o colocación, englobando: 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

---

<sup>14</sup> Este precepto hace mención a que dentro de las actividades de intermediación laboral se encuentran las de selección de personal.

como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por añadidura, y más allá de la Ley de empleo se han publicado una serie de normas recientemente que son interesantes a efectos de prevenir conductas ilícitas de las empresas de selección de personal.

La ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación recoge expresamente en su artículo 9 que no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, así como en el resto de las condiciones de trabajo. En su apartado segundo especifica que se entenderán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en la ley. En la vigilancia y cumplimiento de lo antedicho se sitúa a los servicios públicos de empleo, a sus entidades colaboradoras y a las agencias de colocación o entidades autorizadas, conforme al apartado tercero del precepto. Por último, el apartado cuarto fija a la Inspección de Trabajo la necesidad de velar por la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo. En los primeros estudios de la doctrina se ha planteado que esta norma no es realmente novedosa pero que si especifica causas de discriminación que se desprendían del artículo 14 de la Constitución española (Barceló, 2023). La norma incorpora a su vez un régimen específico de sanciones e infracciones en sus artículos 47 y 48. Se valora como muy positiva la inclusión de la fase de selección de personal puesto que es difícil realizar actuaciones inspectoras que detecten conductas infractoras (Ballester, 2023) a lo que se agrega la dificultad subjetiva consistente en la conciencia del candidato a la hora de percibir y actuar contra una actuación discriminatoria en la fase precontractual (Asquerino, 2023).

Para terminar este recorrido cabe valorar la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción cuyo objeto es otorgar la debida protección en términos de indemnidad a las personas que denuncien incumplimientos que hayan conocido en un contexto laboral. Pese a que la norma establece este mecanismo que se ampara en las conductas recogidas en la LISOS, no impide la actuación por otras vías y la protección de las administraciones a través de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (Gómez, 2023). En concreto se mencionan los procesos de selección y la forma de selección del personal directivo.

#### 4. CONCLUSIONES

El recorrido planteado evidencia una evolución en sentido de ida y vuelta en relación con las empresas dedicadas a la selección de personal. Corrigiendo un problema cada vez más evidente, la aprobación de la Ley de Empleo 3/2023 ha sentado las bases jurídicas para que la Administración tenga re-

sortes efectivos a la hora de prevenir e impedir que conductas contrarias a derechos fundamentales se escondan en la opacidad de esta actividad que permanecía al abrigo de los controles necesarios. Se trata de un primer paso que podrá afinarse con el posterior desarrollo reglamentario y probablemente posteriores reformas legales en la línea de una regulación más exhaustiva como se ha hecho con las empresas de trabajo temporal.

En cualquier caso ya no se puede hablar de falta de regulación como ocurría con anterioridad a la entrada en vigor de la reciente Ley 3/2023 de Empleo. La falta de control respecto de las empresas privadas de selección de personal ha sido abordada por el legislador al haber incorporado esta función como parte de la intermediación laboral.

Habría sido posible, no obstante, avanzar más y reforzar los mecanismos de control. Para ello, la disposición final primera de la Ley de Empleo que reforma la LISOS podría haber incorporado como conducta expresamente sancionable la contratación de empresas de selección cuando estas no cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 43 de la norma. Esta medida se justifica puesto que, como se ha expuesto en esta comunicación, las pruebas selectivas que lesionan la dignidad y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras no derivan de las actuaciones de la autoridad laboral sino que son conocidas por particulares que se rebelan ante el trato vejatorio que han sufrido. Esta modificación normativa ayudaría a responsabilizar a las empresas potencialmente contratantes que, sin embargo, cuando tales sucesos saltan a la opinión pública, se eximen de su responsabilidad culpabilizando a las empresas de selección.

Por otro lado y para concluir, no cabe duda de que la negociación colectiva debe seguir avanzando en el conocimiento y el control de estos procesos de selección a través de su regulación en los convenios colectivos para erradicar el factor discriminatorio (Asquerino, 2023). En concreto, el papel de la representación legal de trabajadores es fundamental para erradicar las violaciones de derechos humanos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALAMEDA CASTILLO, M.T. (2021). Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo. *Temas laborales*, núm.159/2021. Pp. 11-51
- ALTÉS TÁRREGA, J.A. (2008). *El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2008). *El acoso del trabajador en la empresa*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A. (2022). El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, núm. 4, pp. 97-121.



- ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A. (2022). La ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la constitución. *Temas laborales*, núm. 165/2022, pp. 87-120.
- ARUFE VARELA, A. (2023). El daño moral al trabajador en la ley 15/2022: reparación y reposición. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, pp. 355-387.
- ASQUERINO LAMPARERO, M. J. (2023). La ley 15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y la no discriminación. Brief, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- BALLESTER PASTOR, I. (2023). La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, pp. 58-96.
- BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. (2023). Igualdad de trato en la protección social al hilo de la ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, pp. 316-354.
- BENAVENTE TORRES, I. (2011). La reforma de la Intermediación Laboral por la Ley 35/2010. *Trabajo*, nº 24, Universidad de Huelva, pp. 197-215.
- CARDONA RUBERT, M. B. (2022). “Tratamiento de datos personales e inteligencia artificial en el marco de las relaciones laborales”. *Documentación Laboral*, núm. 126, 2022, pp. 9-26.
- CARDONA RUBERT, M.B. (2023). “Las mujeres en la nueva Ley de Empleo. Ley 3/2023, de 28 de febrero”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Nº 155, pp 21-37
- CORREA CARRASCO, M. (2021). El elemento teleológico (intencionalidad lesiva) en el concepto de violencia y acoso laboral contenido en el Convenio 190 OIT, en Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, M.G. (Dirs.) *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del convenio nº 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS, 3,5,8 de la Agenda 2030)*. Editorial Dykinson: Madrid.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto (2022). *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*. Aranzadi: Cizur Menor (Navarra).
- FERNÁNDEZ PROL, Francisca (2023). La intermediación en la nueva Ley de Empleo, Briefs AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- FOTINOPOULOU BASURKO, O. (2023). La actuación y el control administrativo de la discriminación: potestad sancionadora y concurrencia de infracciones y de sanciones. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, pp. 285-315.
- GÓMEZ GORDILLO, R. (2023). Libertad de expresión y protección de la persona informante en el ámbito laboral (el asunto Halet y los criterios GUJA). Briefs AEDTSS, 7, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- MARTIN VALVERDE, A. (2021). *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo. Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*. Editorial Tecnos: Madrid.
- MERINO SEGOVIA, A. (2022). “Tecnologías y tratamiento de datos en los procesos de selección y contratación de personal”. Trabajo y Derecho, núm. 87.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2019). La “des-psicologización” del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico. *Revista de Derecho Social*, núm. 86, pp. 119-144.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2022). “La violencia sexual en el trabajo: ¿nuevo riesgo laboral en virtud de la LO 10/2022, de 6 de septiembre?”. *Boletín LARPSICO: nuevas claves para la salud psicosocial en las organizaciones*, núm. 2, pp. 3-6.
- MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2022). “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 4, pp.1-32.
- MONTOYA MELGAR, A. (2023). *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos: Madrid.
- OIT (2018). Informe V (1). Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, pp. 42-44.
- OIT (2023.b) Estudio General. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22, 23 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte B)
- OLARTE ENCABO, S. (2020). La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación. *Documentación Laboral*, núm. 119-Año 2020-Vol. I, pp. 81-96
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991. pág.13, del mismo autor, Derechos fundamentales generales y relación laboral: Los derechos laborales inespecíficos en AAVV. *op cit.* pp. 228 y ss
- PITCH, T. (2010). Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, pp. 435-459.

- PONS CARMENA, M. (2020). Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190. *Labos*, Vol. 1, No. 2, pp. 30-60 / doi: ps://doi.org/10.20318/labos.2020.5538
- PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. (2015). Los textos Refundidos aprobados en en 2015: Ley General de Seguridad Social, Estatuto de los Trabajadores y Ley de Empleo. *Aranzadi digital*, núm. 1/2015, parte Estudios y comentarios.
- RAMOS QUINTANA, M. I. (2021). Violencia de género y relaciones de trabajo en el marco del convenio número 190 de la OIT. *Revista de Derecho Laboral VLex*, núm. 4, pp. 158-171.
- RAMOS, MARGARITA (2021) “Violencia de género y relaciones de trabajo en el marco del convenio número 190 de la OIT”. *Revista de Derecho Laboral VLex*.
- ROJAS RIVERO, G. P. (2005). *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Bomarzo: Albacete.
- ROJO TORRECILLA, E. (2023). La nueva Ley de Empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona, Briefs AEDTSS, 11, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- SÁEZ LARA, C. (2022). Violencia sexual, mujer y trabajo. *Revista Galega de Dereito Social*, -2ª ET- (16,2022), pp. 9-44.
- SERRANO FALCÓN, Carmen (2008). Más allá de los recursos humanos. La regulación jurídica de las empresas de selección de personal. *Documentación Laboral*, núm. 84, pp. 107-145.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2003.a). Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal, *RL*, núm. 18, pp. 47-54.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2003.b). Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”, *RL*, núm. 20, pp. 69-76.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2003.c). Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia. *RL*, núm. 22, pp. 89-176.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2013). Derecho constitucional y violencia en el trabajo en España”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT, Vol. 1, n.º 4, PP. 1-24.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. P. (2019). El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, pp. 119-142.
- YAGÜE BLANCO, S. (2020). Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, pp. 498-538.



LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO HERRAMIENTA  
DE IGUALDAD SOCIAL EN EL ACCESO AL EMPLEO<sup>1</sup>

JAIME PIQUERAS GARCÍA  
*Personal Investigador en Formación*  
*Universitat de València*  
*jaime.piqueras@uv.es*

---

<sup>1</sup> Esta investigación ha sido desarrollada en el marco de un contrato predoctoral para la Formación de Profesorado Universitario financiado por el Ministerio de Universidades.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO HERRAMIENTA DE IGUALDAD. 2.1. Normas sobre no discriminación e intermediación laboral y los colectivos vulnerables. 2.2. El acceso al empleo, la red de contactos personales y la discriminación por pertenencia a una clase social. 3. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Nuestra sociedad evoluciona y cada vez es más diversa. Esta evolución causa que surjan nuevos grupos de personas con particularidades diferentes, y que también puedan producirse nuevas situaciones de desigualdad y discriminación. Además de las nuevas situaciones de desigualdad y discriminación que se comienzan a detectar, nuestra sociedad viene arrastrando situaciones de desigualdad descubiertas hace mucho, pero que todavía no han quedado resueltas, como ocurre de forma clara para las mujeres, las personas inmigrantes u homosexuales, entre otros grupos<sup>2</sup>. Como no puede ser de otra forma, esto también ocurre en las situaciones de desigualdad y discriminación que impactan en el ámbito del empleo, donde deben de protegerse los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>3</sup>. Además de evitar las situaciones de discriminación, los servicios públicos de empleo han tenido como objetivo favorecer la empleabilidad de los trabajadores con más dificultades socia-

---

<sup>2</sup> A raíz de una serie de sentencias en las que se reflejan las acciones de odio y discriminación de las que son víctimas estos colectivos. Para saber más consultar LAURENZO COPELLO, PATRICIA (2021) “Un delito en busca de justificación: la humillación o descrédito de colectivos discriminados”, *Azafea: revista de filosofía*, N° 23, págs. 89-91.

<sup>3</sup> Hace casi dos décadas ya existían autores que anunciaban que la posición de las mujeres supone una contradicción en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que existen abundantes normas dirigidas a asegurar un trato igualitario entre sexos –en la actualidad el número de normas es mayor– pero la perspectiva de los datos sobre empleo sitúan a las mujeres en una situación de desventaja en relación a los hombres en SANGUINETTI RAYMOND, WILFREDO (2004) “Mecanismos legales de lucha contra la discriminación de la mujer en el trabajo: una revisión crítica” en MARTÍNEZ GALLEGO, EVA MARÍA y REGUERO CELANA, JUSTO (coords.), *Mujer y empleo: Una estrategia para la igualdad*, Editorial Comares, pág. 33. Alguno de estos ejemplos supone que en España se estima que las mujeres cobran una media de 29.250€ anuales, mientras que los hombres reciben un salario medio de 43.410€ anuales, reflejando una brecha salarial del 32,61% según los datos extraídos del informe elaborado por el WORLD ECONOMIC FORUM (2022) *Global Gender Gap Report 2022*, pág. 320. Otro estudio sobre la estructura ocupacional y salarial del mercado de trabajo concluye que durante la recesión económica de 2008 se ha incrementado la desigualdad social y se ha producido una polarización salarial que ha aumentado la diferencia entre los salarios más altos y los salarios más bajos, afectando en mayor medida a las mujeres en GARCÍA CALAVIA, MIGUEL Á. (2020) “Estructura ocupacional y desigualdad social en España”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 258, pág. 57.

les para acceder al mercado de trabajo, tratando de promover la igualdad de oportunidades en el empleo, como veremos más adelante.

Las modificaciones normativas producidas recientemente, principalmente por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, (en adelante, Ley de Empleo) han supuesto un cambio en el funcionamiento y estructura de las políticas públicas de empleo en nuestro país, entre las que se incluyen las políticas de intermediación laboral y la ampliación de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo<sup>4</sup>. Determinados grupos de personas y situaciones personales vienen protegidos por las normas de no discriminación en el empleo, pero aun con la existencias de dichas normas, el acceso al empleo de algunos colectivos no se está produciendo en igualdad de condiciones que en el resto de trabajadores. Estos trabajadores cuentan con una tasa de desempleo superior a la media y con una probabilidad mayor de sufrir discriminación en el empleo, por diversos motivos y según cada colectivo.

En cuanto al empleo, los últimos datos trimestrales sobre la actividad laboral reflejan una tasa de desempleo del 12,87% para ambos sexos, siendo un 11,32% para los hombres y un 14,61% para las mujeres<sup>5</sup>. Entrando en algunos de los colectivos vulnerables entre los que encontramos información accesible, observamos en los trabajadores jóvenes una tasa de desempleo superior a la media, con un 24,73% de desempleo para ambos sexos, un 24,44% para hombres y un 24,97% para mujeres<sup>6</sup>. En el caso de los mayores de 45 años, el desempleo de ambos sexos se sitúa en un 10,25%, mientras que un 8,51% corresponde a los hombres y un 12,22% a las mujeres<sup>7</sup>. El desempleo juvenil representa un 37,2% del desempleo total, mientras que el desempleo de las personas de 45 años en adelante constituye un 41,6%<sup>8</sup>. Respecto a la situación de las personas con discapacidad, los últimos datos reflejan una tasa de desempleo del 22,5% para ambos sexos, 22% en el caso de hombres y 23% en el caso de mujeres<sup>9</sup>, mientras que los trabajadores migrantes cuentan

---

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ PROL, FRANCISCA (2023) “La intermediación en la nueva Ley de Empleo”, Briefs AEDTSS, 16, pág. 1, disponible en: <https://www.aedtss.com/la-intermediacion-en-la-nueva-ley-de-empleo/> y ALFONSO MELLADO, CARLOS L. (2023) “La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz?” Briefs AEDTSS, 21, pág. 4, disponible en: <https://www.aedtss.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/>.

<sup>5</sup> Según la EPA del INE. Tasas de paro por sexo y grupo de edad para el cuarto trimestre de 2022.

<sup>6</sup> Según los datos de la EPA del INE. Tasas de paro por sexo y grupo de edad para el cuarto trimestre de 2022. El rango de edad utilizado ha sido desde los 16 a los 34 años, aproximándonos lo máximo posible a los criterios de “persona joven” que establece la Ley de Empleo.

<sup>7</sup> Según los datos de la EPA del INE. Tasas de paro por sexo y grupo de edad para el cuarto trimestre de 2022. El rango de edad utilizado ha sido desde los 45 a 69 años, excluyendo edades más avanzadas por superar la edad de jubilación.

<sup>8</sup> Según los datos de la EPA del INE. Parados por sexo y grupo de edad: Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo para el cuarto trimestre de 2022. Se han utilizado los rangos de edad de los criterios anteriores.

<sup>9</sup> Según la EPA del INE. Tasas de actividad, empleo y paro por sexo para las personas con discapacidad durante el 2021. Se consideran personas con discapacidad aquellas que cuenten un grado de discapacidad superior o igual al 33% y asimilados según el RD Legislativo 1/2013.



con una tasa de desempleo del 18,65%, siendo del 15,61% para los hombres y del 22,04% para las mujeres<sup>10</sup>. Otro de los grupos de trabajadores en los que el desempleo afecta en mayor medida son los pertenecientes al colectivo LGTBI. Aunque el acceso a los datos sobre empleo para estos trabajadores se dificulta, existen informes y propuestas que señalan que la tasa de desempleo para las personas trans podría ser del 46,5%<sup>11</sup>.

A la luz de esta información, vemos que los trabajadores jóvenes duplican la tasa de desempleo global, mientras que los trabajadores con discapacidad se encuentran muy cerca de duplicarla. Los trabajadores migrantes también cuentan con un desempleo superior a la media. Por otro lado, los trabajadores mayores de 45 años cuentan con una tasa de desempleo menor, pero aun así, suponen un colectivo al que dirigir esfuerzos, debido a que este grupo de trabajadores suele contar con responsabilidades familiares y otras cargas económicas. Los datos estadísticos también reflejan un mayor impacto en el desempleo de las mujeres a nivel general, que se agrava en los casos de las trabajadoras de mayor edad y de las trabajadoras migrantes, mientras que cuando el desempleo se produce por razón de baja edad o discapacidad, el desempleo es elevado para ambos sexos y la diferencia porcentual entre hombres y mujeres es bastante próxima, siendo ligeramente superior para las mujeres. Tras repasar los datos anteriores, debemos considerar a la intermediación laboral como herramienta para mejorar la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y mejorar la empleabilidad de los colectivos con más dificultades, lo que se propone a lo largo de este documento.

## 2. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO HERRAMIENTA DE IGUALDAD

La intermediación laboral está estrechamente ligada a las situaciones de discriminación, por eso, la normativa en materia de intermediación y empleo contiene diversos preceptos destinados a evitar la discriminación de forma previa a la contratación. En ámbito nacional y desde hace un tiempo, el Tribunal Constitucional ha admitido que la prohibición de la discriminación tiene un alcance general que permite extenderse a las fases previas al contrato de trabajo, lo que afecta a la acción de los servicios de empleo en la interme-

---

<sup>10</sup> Según la EPA del INE. Tasas de paro por nacionalidad, sexo y comunidad autónoma para el cuarto trimestre de 2022.

<sup>11</sup> Según las conclusiones del informe elaborado por el GOBIERNO DE ESPAÑA (2022) *Estudio exploratorio sobre la inserción sociolaboral de las personas trans*, Ministerio de Igualdad. Dirección General de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI, pág. 75, tras realizar encuestas a 552 personas trans. El informe parte de que el desempleo del colectivo trans está en discusión y que otros estudios han situado esta tasa entre un 35,3% y un 53% de desempleo. El informe también refleja la existencia de cifras más altas de desempleo difundidas por los medios de comunicación (del 85% o 90%), pero esos datos no cuentan con una fuente concreta que sostenga la certeza de la información.

diación en el mercado de trabajo<sup>12</sup>. La normativa en materia de no discriminación en el empleo resulta amplia y se divide en una normativa internacional vinculada a determinados colectivos o situaciones y en una normativa nacional dividida en varias normas, también con la intención de proteger determinados colectivos o situaciones que se consideran discriminatorias y para favorecer la igualdad de oportunidades. Centrándonos en la regulación nacional, comenzaremos por una breve revisión del marco normativo para la no discriminación y para igualdad de oportunidades en el entorno laboral, siendo la Ley de Empleo la principal norma objeto de análisis.

## 2.1. Normas sobre no discriminación e intermediación laboral: los colectivos vulnerables

Enfocándonos en la normativa nacional, debemos comenzar por el art. 14 de la Constitución Española, que recoge el principio constitucional a la igualdad y la no discriminación, impidiendo un trato desigual por *“razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres también establece la imposibilidad de llevar a cabo acciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, calificando estos actos con la nulidad. En la materia que nos ocupa, el art. 5 de esta Ley establece que el principio de igualdad de trato y de oportunidades se llevará a cabo en el acceso al empleo, tanto en ámbito privado como público. Además, su art. 11 introduce la posibilidad de llevar a cabo medidas de acción positiva para corregir la desigualdad entre sexos, mientras esta desigualdad exista.

También encontramos normativa antidiscriminatoria y para la acción positiva en el Estatuto de los Trabajadores. Por un lado, el art. 4.2.c) establece que uno de los derechos de los trabajadores es el de no sufrir discriminación, directa o indirecta, para el acceso al empleo o una vez empleados, por motivos muy similares a los de su art. 17, que contempla la nulidad de las acciones discriminatorias por razón de *“edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”*. Por otro lado, el art. 17.4 posibilita a la negociación colectiva que se establezcan medidas de acción positiva para favorecer el acceso al empleo y en todas las profesiones a las mujeres, de forma que, ante un mismo nivel de idoneidad para la vacante, se contrate de forma preferente a una mujer. Se prevé un contenido similar para las condiciones de clasificación profesional, la promoción y la formación.

---

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA F. (2007) “Igualdad en el empleo y la ocupación”, *Temas Laborales*, N° 91, pág. 130.

Algunas normas recientes también han venido a regular cuestiones vinculadas con la igualdad de oportunidad o con la no discriminación. De esta forma, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación reconoce en su art. 2 *“el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Este precepto amplía las situaciones en las que encontramos discriminación, siendo destacables para el ámbito laboral las situaciones de discriminación producidas por la identidad sexual, la expresión de género, y aquellas relacionadas con la enfermedad, la condición de salud y otros aspectos biológicos.

La Ley 15/2022 continúa con especificaciones en el ámbito de las relaciones laborales, en el sector público y privado. Su art. 9 prohíbe las limitaciones, segregaciones o exclusiones en el acceso al empleo, en las condiciones de trabajo y en la extinción motivadas en los supuestos de discriminación reflejados anteriormente. El precepto incluye la obligación de que los servicios públicos de empleo, entidades colaboradoras y agencias de colocación o entidades autorizadas velen por el respeto al derecho a la igualdad de trato y no discriminación, recomendando el uso del currículum anónimo.

En la materia que nos ocupa, debemos destacar la reformulación de los objetivos de la política de empleo en actual Ley de Empleo sobre: i) generar un mercado de trabajo inclusivo que garantice la igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo, tratando especialmente de equilibrar la existencia de sexos en todos los sectores ii) prestar atención concreta a los colectivos definidos como prioritarios para las políticas de empleo, evitando la discriminación y iii) adecuar la oferta y demanda de empleo implementando servicios de intermediación y colocación eficientes. Los principios de igualdad y no discriminación que regirá la política de empleo y el acceso al empleo según el contenido de la norma art. 5 son muy similares a los establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, prohibiendo la discriminación 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”*. La norma vuelve a este asunto en su art. 39, donde matiza que se guardará especial cuidado en evitar la discriminación durante la planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad.

En la adecuación de los servicios, la Ley de Empleo define en su art. 40 a 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*". Entre las actuaciones de intermediación podemos encontrar: 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, d) la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria que contiene la norma.

Los grupos de personas en las que se enfocan las políticas de empleo han aumentado y se han concretado considerablemente. El art. 50 LE recoge los actuales colectivos vulnerables de atención primaria, que han pasado a ser *"las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género, 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"*. Además, se tendrán que reforzar los programas específicos y las medidas de acción positiva cuando las personas en cuestión pertenezcan a más de uno de estos colectivos y se genere una discriminación singular, en lo que conocemos como situación de "interseccionalidad"<sup>13</sup>. De esta forma, los colectivos vulnerables han pasado de ser 5 en la Ley Básica de Empleo a 8 en la Ley 56/2003 y en el RDL 3/2015, para finalmente, pasar a ser un total de 20 en la actual Ley de Empleo, aunque en muchos casos, los colectivos que contemplaba las normas anteriores se han dividido en subgrupos, como ocurre con el colectivo de las mujeres, que ahora incluye a las mujeres con baja cualificación y a las mujeres víctimas de violencia de género, entre otros nuevos subgrupos<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> La Ley 15/2022 define en su art. 6.3 que la "discriminación intersectorial" tiene lugar cuando concurren o interactúan diversas causas de discriminación, generando una forma específica de discriminación.

<sup>14</sup> PÉREZ DEL PRADO, DAVID (2023) "¿Cómo de prioritarios son los colectivos de la nueva Ley de Empleo?", *El Foro de Labos*, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/03/como-de-prioritarios-son-los-colectivos-de-la-nueva-ley-de-empleo/> donde se añade que la Ley Básica de Empleo se priorizaba a jóvenes demandantes de primer empleo, trabajadores perceptores de la prestación por desempleo, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de

Un reciente estudio económico en materia de colectivos discriminados se sincroniza bastante con el análisis parlamentario para la inclusión de parte de los colectivos vulnerables en la Ley de Empleo. De esta forma, el estudio llega a las siguientes conclusiones, vinculadas con el trabajo y la exclusión social:

1. En el año 2020 se ha producido un incremento del riesgo de pobreza y exclusión social, provocado por la pandemia.
2. El riesgo de pobreza en las mujeres es superior al de los hombres.
3. El riesgo de pobreza ha aumentado para los jóvenes de entre 16 y 24 años.
4. La diferencia en las tasas de riesgo de pobreza y exclusión social de la población con discapacidad ha aumentado en comparación con la población que no tiene discapacidad.
5. La población extranjera tiene mayor riesgo de pobreza que la población no extranjera.

Otra información relevante del estudio en materia de discriminación sostiene que:

1. Los ciudadanos de la Unión Europea perciben en mayor grado y de forma generaliza la discriminación por origen étnico, orientación sexual e identidad de género. En particular, se identifica a las personas de etnia gitana y las personas LGTBI como los grupos que tienen una menor aceptación o que generan mayor incomodidad en el entorno laboral.
2. La edad es el factor que se percibe como la mayor causa de discriminación en el acceso al empleo –aunque tiene un mayor impacto sobre los jóvenes que sobre los trabajadores de más edad<sup>15</sup>.

Además de que la totalidad de grupos en riesgo de exclusión o con mayor probabilidad de discriminación anteriores permanecen como colectivos vulnerables de atención primaria a efectos de la intermediación laboral y de las políticas públicas de empleo, parte de estos colectivos –mujeres, mayores de 45 años, jóvenes y personas con discapacidad– cuentan con una regulación específica, con intención de intensificar su empleabilidad. De esta forma, la norma regula en sus artículos 51 a 54 un contenido adicional para estos grupos de trabajadores.

Respecto al colectivo compuesto por mujeres, el art. 51 LE obliga en primer lugar a que la promoción de la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre sexos en el empleo deberá agudizarse cuando las mujeres

---

cuarenta y cinco años de edad y personas con discapacidad, mientras que la Ley 56/2003 y el RDL 3/2015 añadieron a las personas con responsabilidad familiares, en situación de exclusión social e inmigrantes a los anteriores colectivos.

<sup>15</sup> ARÉVALO QUIJADA, MARÍA T.; FERNÁNDEZ GENIZ, PATROCINIO; GÓMEZ DOMÍNGUEZ, DOLORES (2022) “Pobreza, exclusión social y colectivos discriminados en España y en la Unión Europea”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, N° 5, págs. 184-185.

demandantes de empleo constituyan una familia con un único progenitor. En segundo lugar, se deberán establecer objetivos sectoriales para reducir la brecha de empleo en los sectores masculinizados. Por último, los servicios de empleo podrán llevar a cabo acciones de empleabilidad exclusivas sobre las mujeres que demandan empleo en ámbitos en los que se encuentran infrarrepresentadas. Estas medidas adicionales podrían venir justificadas en las opiniones que cuestionan que la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres no es suficiente para conseguir la equidad de género en los ámbitos de la vida social, política y económica<sup>16</sup>.

Continuando con otros grupos, la edad es una condición que preocupa al legislador, por ello establece medidas adicionales para jóvenes y trabajadores con experiencia. De esta forma, el art. 52 LE establece que también se intensificará la atención de las políticas de empleo en el caso de los trabajadores demandantes de empleo de cuarenta y cinco o más años, cuando hayan perdido su empleo o estén en riesgo de perderlo y tengan a cargo menores de dieciséis años o mayores dependientes. Respecto a los motivos para dirigir esfuerzos en materia de empleo en el caso de los trabajadores jóvenes, partimos de que el desempleo juvenil tiene consecuencias muy graves, como la carencia de perspectiva profesional, no poder formar una familia, no contribuir al mantenimiento de las pensiones o ni siquiera poder hacer frente al mantenimiento propio, entre otros efectos<sup>17</sup>. Para mejorar esto se llevará a cabo una atención especial a los jóvenes mayores de 18 años que carezcan de titulación. A efectos de esta ley, se considera persona joven a “*aquella que no haya alcanzado los treinta años o sea beneficiaria del Sistema Nacional de Garantía Juvenil*”, según el art. 53 LE. Para aquellos jóvenes que cuenten con titulación, las medidas se dirigen hacia la mejora de la práctica profesional. También se tendrá en cuenta a los jóvenes de entre dieciséis y diecisiete años sin estudios obligatorios o postobligatorios, pero al margen de las posibilidades de intermediación laboral, se buscará su retorno al sistema educativo. Para finalizar esta norma, el último colectivo con medidas adicionales se encuentra en el art. 54 LE, que prevé que los servicios de empleo deberán priorizar a las personas con discapacidad en el acceso al empleo ordinario, además de diseñar y poner en marcha medidas de acción positiva.

Por último, 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 (conocida como Ley Trans) también contempla una serie de medidas en materia de igualdad de oportunidades y sobre la no discriminación en el

---

<sup>16</sup> En opinión de GÓMEZ PÉREZ, AMAIA (2017) “De la igualdad de oportunidades a la igualdad de resultados: la educación aún no es suficiente garantía para las mujeres”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, N° 38, pág. 35. La autora añade que desde su perspectiva lo relevante en la igualdad no debería de ser la igualdad de oportunidades, sino en los resultados, igualdad que no se está produciendo.

<sup>17</sup> AGUILAR MARTÍN, M<sup>a</sup> CARMEN (2015) “Mecanismos públicos para favorecer la transición de los jóvenes en el proceso de incorporación al mundo laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, N° 3, págs. 2-3.

ámbito del acceso al empleo, entre otras materias. Así, la Ley Trans contiene varios aspectos que afectan al empleo, la intermediación laboral, la igualdad de oportunidades y la no discriminación. En primer lugar, el art. 14 LT impide las acciones de discriminación vinculadas al colectivo LGTBI, que en conexión con las definiciones de discriminación de su art. 3 LT, se refiere a las acciones de discriminación por “razón de orientación sexual e identidad sexual, expresión de género o características sexuales”.

De esta forma, el art. 15 LT obliga a que dentro de doce meses desde la entrada en vigor de la norma las empresas de más de cincuenta trabajadores cuenten con “un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI”. Estas medidas deberán ser pactadas mediante la negociación colectiva. Finalizando con el contenido de acceso al empleo más relevante de esta norma, para el fomento del empleo de las personas trans, el art. 54 establece que el Ministerio de Trabajo y Economía Social deberá de diseñar medidas de acción positiva con el objetivo de mejorar la empleabilidad de estas personas, así como llevar a cabo planes específicos de fomento del empleo para los trabajadores trans, especialmente para las mujeres trans.

Llegados a este punto y tras ver el marco normativo de no discriminación e igualdad, se plantean, al menos, dos obstáculos: a) el encaje de las medidas de atención prioritaria y de acción positiva en el aumento considerable de los colectivos prioritarios y b) los problemas de identificación de algunos de estos colectivos.

En primer lugar, observamos que, para la integración de determinados colectivos, las políticas públicas de empleo desarrollan una serie de medidas de atención prioritaria y de acción positiva. Las acciones que favorecen a ciertos grupos no son siempre bien recibidas, sobre todo, por parte de quienes no son incluidos como grupos favorecidos<sup>18</sup>. Y es que, debemos preguntarnos cuáles son los elementos para configurar a los colectivos vulnerables. Cómo hemos visto en apartados anteriores, aparentemente, los colectivos vulnerables lo conforman las personas que más dificultades tienen acceder al empleo; porque soportan mayores tasas de desempleo; y las personas con más probabilidad de sufrir discriminación. También, cabe la posibilidad de que el principal problema de la regulación de los colectivos prioritarios sea que el aumento exponencial de dichos grupos puede producir un efecto contrario al perseguido, de forma que los colectivos prioritarios pierdan su sentido, debido a la ampliación excesiva de situaciones a proteger<sup>19</sup>. Es posible que ante la proliferación de nuevos colectivos que necesiten una especial atención en el acceso al empleo y la dificultad para priorizar los unos a los otros, debamos de encontrar puntos de desigualdad

---

<sup>18</sup> OSBORNE, RAQUEL (1997) “Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad”, *Papers: revista de sociologia*, N° 53, pág. 75. La autora añade a lo anterior que, esto puede entenderse desde la situación de desempleo permanente de nuestro mercado de trabajo, que genera una competencia entre grupos por repartir un conjunto de recursos –entre ellos los puestos de trabajo– escasos.

<sup>19</sup> En opinión de PÉREZ DEL PRADO, DAVID (2023) “¿Cómo de prioritarios...”, ob. cit.

comunes. En esta línea, Raquel Osborne sostiene que, frente a la fragmentación de la diversidad en nuestra sociedad, cabe fomentar una política de alianzas que reduzca las desigualdades, orígenes de las diferencias entre grupos<sup>20</sup>.

Si buscamos puntos en común entre las personas con mayores dificultades para el acceso al empleo y con más probabilidad de sufrir discriminación, probablemente deberíamos de poner el foco de atención en el origen social de dichas personas, sin perjuicio de que debamos de mantener los itinerarios de colocación personalizados en virtud de otras características personales y sociales. En mi opinión, la pertenencia a una determinada clase social y el sexo podría llegar a tener más influencia para encontrar dificultades en el acceso al empleo que la edad, la nacionalidad o la orientación sexual, cuestión a la que volveremos más adelante.

En segundo lugar, otro de los problemas a la luz de las medidas de atención prioritaria en el empleo es la identificación de las personas pertenecientes a los colectivos prioritarios, principalmente las personas LGTBI. Existen dudas de como los servicios de empleo identificarán a estos trabajadores, mientras que los datos de los medios de comunicación ofrecen información cruzada<sup>21</sup>. Parece que en el caso de las personas LGTBI tendrán que declarar su identidad sexual, ya que no es posible probarla de otra forma, si desean obtener un tratamiento diferenciado<sup>22</sup>. Respecto a esta comunicación, cabe destacar que existen estudios que señalan precisamente la ocultación de la orientación sexual como una de las estrategias por parte del colectivo LGTBI para evitar la discriminación laboral en lo que se conoce como “ocultamiento preventivo”, fruto del temor a sufrir una situación de discriminación<sup>23</sup>, por lo que habrá que ver qué impacto tendrá en la práctica que las personas LGTBI se autoidentifiquen como tales y hagan uso de la atención que les brinda la Ley de Empleo y la Ley Trans.

Frente a las políticas de identificación de los grupos y la dificultad para identificar a algunos de ellos o para que se autoidentifiquen, podríamos optar por soluciones en las que no tengamos toda la información personal del solicitante de empleo, siguiendo las recomendaciones de la Ley 15/2022. De esta forma, el curricular vitae anónimo o ciego se presenta como una herramienta en para reducir los sesgos y la discriminación en los procesos de selección<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> OSBORNE, RAQUEL (1997) “Grupos minoritarios...”, ob. cit., pág. 75.

<sup>21</sup> Esta contradicción puede observarse, por un lado, en artículos de prensa como el de URRUTIA, CÉSAR (2022) “Trabajo pedirá acreditar la condición de LGTBI para tener prioridad como colectivo vulnerable en el SEPE”, *El mundo, economía*, disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2022/11/14/63728ad5e4d4d83b198b45a2.html>, mientras que en otros artículos como el de PÉREZ ACAL, CARMEN (2023) “Es un bulo que las personas LGTBI tengan que comunicar su orientación sexual en el SEPE”, *Diario de Sevilla*, disponible en: [https://www.diariodesevilla.es/espana/igtbi-trans-sepe-prioridad-ley-empleo\\_0\\_1774324275.html](https://www.diariodesevilla.es/espana/igtbi-trans-sepe-prioridad-ley-empleo_0_1774324275.html), se desmiente tal obligación.

<sup>22</sup> En opinión de PÉREZ DEL PRADO, DAVID (2023) “¿Cómo de prioritarios...” ob. cit.

<sup>23</sup> SÁEZ LARA, CARMEN (2022) “Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, N° 5, pág. 47. Además, señala que esta ocultación es la principal manifestación de que la diversidad sexual no está normalizada en el empleo.

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, ANTONIO (2018) “El proyecto de curriculum vitae anónimo: Breve análisis para el debate”, en TORRES-CORONAS, TERESA; BELZUNEGUI ERASO, ÁNGEL y MORENO-GENÉ, JOSEP, *Finding Solutions to Societal Problems: Proceedings of the 2nd International Vir-*



Aunque en primera instancia, deberíamos de descartar los perfiles anónimos en la solicitud de empleo hacia los Servicio Públicos de Empleo. De forma lógica, si las labores públicas de intermediación tratan de dar prioridad en el empleo a los colectivos vulnerables, los perfiles solicitantes deberán de acompañarse de información suficiente para poder identificar a los solicitantes como miembros de estos grupos. Si el perfil del solicitante sigue las reglas del currículum vitae anónimo, no se podrá llevar a cabo la identificación del trabajador como grupo vulnerable. En cambio, cuando los servicios de intermediación tengan toda la información necesaria sobre los solicitantes de empleo y los puestos a cubrir, podrán realizar la preselección de solicitantes que se ajusten a los requisitos del puesto y aplicar las prioridades, en el caso de que exista una pluralidad de aspirantes y que algunos de ellos cuenten con prioridad. Posteriormente, los perfiles podrán ser anonimizados y facilitados a la empresa, que finalmente será la que decida la contratación. De esta forma, conseguiríamos reducir los sesgos y la discriminación en el acceso al empleo, al menos en las fases previas a las entrevistas con la empresa.

Además, no queda claro qué ocurrirá si varias personas de diferentes grupos prioritarios cuentan con los requisitos para acceder a un empleo concreto ni la prioridad que pueda existir entre los diferentes colectivos vulnerables. Aunque existen opiniones que señalan que los colectivos compuestos por mujeres, mayores de 45 años, jóvenes y personas con discapacidad cuentan con una serie de reglas especiales porque se piensa que estos grupos son los más relevantes para el mercado de trabajo<sup>25</sup>. En este sentido, el currículum anónimo también podría ser una herramienta de igualdad de oportunidades dentro de los grupos vulnerables, de forma que, teniendo todos los solicitantes prioridad por pertenecer a grupos de atención prioritaria diferentes, pueda ser contratado el perfil que más se ajuste al puesto en virtud de la decisión de la empresa, seleccionado al trabajador de forma anónima. Esto podría ayudar a solventar el problema de la “prioridad entre colectivos prioritarios”.

## 2.2. El acceso al empleo y la red de contactos personales: la discriminación por pertenencia a una clase social

En nuestro mercado de trabajo la red de contactos personales (familiares, amigos y conocidos) constituye la principal forma de los trabajadores para buscar empleo<sup>26</sup> y la principal forma de conseguirlo<sup>27</sup>. Esto ocurre de forma genera-

---

*tual SBRLab Conference*, pág. 162. El estudio sostiene que el currículum anónimo sirve para que, al menos, se eviten los sesgos discriminatorios de género.

<sup>25</sup> PÉREZ DEL PRADO, DAVID (2023) “¿Cómo de prioritarios...”, ob. cit.

<sup>26</sup> El uso de las redes de contactos personales como instrumento para encontrar trabajo constituye más del 50% del total de las acciones de búsqueda de empleo en nuestro país, según la EPA del INE para el conjunto de 2022 en los resultados para “parados por sexo y método de búsqueda de empleo”.

<sup>27</sup> Un 43% de los españoles encontró trabajo mediante familiares, amigos o conocidos, mientras que sólo un 3,7% lo hizo a través de los servicios públicos de empleo, según el Baró-

lizada, lo que supone un conflicto desde la igualdad de oportunidades y un reto para la intermediación laboral. En este sentido, las desigualdades se agravan cuando los grupos sociales establecidos en una actividad laboral o profesional con mejores condiciones laborales (salarios elevados, estabilidad, conciliación de la vida laboral y familiar, menor riesgo para la salud, prestigio profesional y social, etc.) favorecen la colocación de familiares o personas del mismo grupo social en las vacantes de empleo, excluyendo a las personas de otros grupos debido a sus condiciones personales, sociales y a su falta de contactos.

En relación con esto, y para tener un efecto de igualdad de oportunidades, todas las ofertas de empleo deberían de pasar por el Servicio Público de Empleo, ya sea directamente a través de las entidades colaboradoras. Aunque finalmente sería la empresa quien contratara a los perfiles sugeridos más adecuados, la administración tendría una elevada influencia en nuestro sistema de colocación, lo que cabría ver hasta qué punto resultaría aceptado en nuestra sociedad. Además de que podría suponer rigideces para la contratación de trabajadores en virtud de las necesidades empresariales, si el servicio de intermediación no cuenta con medios humanos, materiales y tecnológicos para realizar una puesta en contacto veloz en el gran número situaciones de demanda de empleo que podría producirse.

Pero, que no seamos capaces hoy por hoy de gestionar todas las vacantes de empleo a través de los Servicios Públicos de empleo en igualdad de oportunidades no significa que no podamos realizar aproximaciones que favorezcan la reducción de la desigualdad. Como vimos, la normativa trata de proteger a determinados colectivos y situaciones personales con mayores posibilidades de sufrir un trato desigual o discriminatorio. Paradójicamente, mientras se detectan nuevas situaciones de discriminación, tenemos alguna situación de discriminación que han sido completamente alejadas de la realidad y de la práctica jurídica. Nos referimos a la protección de no discriminación por razón de pertenencia a una determinada clase social.

Este motivo de discriminación ha traído muy poca conflictividad jurídica en el acceso al empleo. Hablamos de poca conflictividad porque hasta la fecha, sólo contamos con una sentencia que se pronuncie sobre este tipo de distinción, donde, además, no se reconoce la discriminación<sup>28</sup>. Por tanto, no

---

metro de febrero de 2016 del CIS, el último estudio en el que esta entidad recoge los medios de acceso al empleo.

<sup>28</sup> GIRÁLDEZ MÉNDEZ, RITA (2014) “El control jurisdiccional de la discriminación indirecta en el acceso al empleo por razón de pertenencia a una clase social”, en CABEZA PEREIRO, JAIME y MARTÍNEZ YAÑEZ, NORA M., *la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, pág. 187 a raíz de la STSJ Galicia nº 587/2014, de 19 de julio. En el caso enjuiciado, encontramos que se establece como requisito de acceso al empleo haber cursado cualquier estudio universitario, mientras que las tareas a desarrollar por los trabajadores estaban más vinculadas a la formación profesional de grado medio. Además, no se especificaba ninguna titulación universitaria en concreto, mientras que el empleo quedaba vinculado al área de la informática y la programación. De esta forma, una persona con una FP medio o superior en informática no podría ser contratada, mientras que otra persona con estudios universitarios sí podría resultar contratada, en principio, aunque no tuviera una vinculación con la informática, o al

contamos con ninguna sentencia condenatoria en materia de discriminación por pertenencia a una clase social, y no será seguramente porque no se produzcan situaciones de discriminación por este motivo. Más bien, se deberá a que la legislación contiene una definición muy limitada, por la imposibilidad de establecer las situaciones en las que se produce la discriminación o por la dificultad de saber que personas pueden ser objeto de discriminación por este motivo.

Para saber cuándo tiene lugar la discriminación por pertenencia a clase social, deberíamos de comenzar por determinar que es una clase social o cuales son las clases sociales y cómo identificarlas. Desde las perspectivas tradicionales, las clases sociales han estado compuestas por propietarios y trabajadores, o bien, según por las diferentes oportunidades respecto al mercado y al consumo, donde se asocian aspectos como el estatus profesional<sup>29</sup>. Sin intención de entrar en un estudio profundo sobre las clases sociales desde una perspectiva socio-jurídica, también podemos encontrar como elemento diferenciador entre clases el nivel de estudios, donde ciertos grupos de personas pueden permitirse el acceso a estudios superiores y a los puestos de trabajo a los que permiten acceder esos estudios, mientras que otros grupos permanecen cursados estudios que dan acceso a empleos con peores condiciones. De esta forma *“la educación se convierte en un factor más de reproducción de la estructura de clases, asignando empleos de distinta calidad a personas pertenecientes a diferentes grupos sociales, en un proceso en el que el origen social presenta una notable influencia. La formación es utilizada como estrategia que responde a las expectativas de los grupos dominantes sobre qué tipo de relaciones deben establecerse entre los diferentes grupos sociales con relación al trabajo y a sus condiciones de ejercicio”*<sup>30</sup>. Rita Giráldez mantiene estas ideas apoyándose en una serie de estudios sociológicos previos en los que se determina que el nivel económico y la formación de los padres repercute en el nivel de formación de sus descendientes y, por tanto, también en su nivel económico.

A mi entender, que la clase social venga determinada por el nivel de estudios puede aproximarse a la división popular que existe entre clases sociales, ya que, aparentemente, un mayor nivel formativo supone mejores condiciones de trabajo, y desde luego, supone una mayor probabilidad de encontrar empleo<sup>31</sup>, lo que reduce la exclusión social y la pertenencia a las clases sociales

---

menos, no quedaría excluida automáticamente por este motivo. Para la autora, la discriminación es clara y la exigencia de titulación universitaria sin especificación se utiliza para desplazar del proceso de selección a los trabajadores de clase obrera no cualificados, vulnerando su derecho a la igualdad de acceso al empleo.

<sup>29</sup> En base a las teorías de Karl Marx y Max Weber, respectivamente, en BENACH, JOAN y AMABLE, MARCELO (2004) “Las clases sociales y la pobreza”, *Gaceta sanitaria*, Vol. 18, Nº Extra 1, págs. 19-20.

<sup>30</sup> GIRÁLDEZ MÉNDEZ, RITA (2014) “El control jurisdiccional...”, ob. cit., pág. 176.

<sup>31</sup> En base a un estudio de Eurostat en AGUILAR MARTÍN, Mª CARMEN (2015) “Mecanismos públicos...”, ob. cit., pág.5.

con menos recursos. Aunque cabe destacar que, en la actualidad, los límites entre clases sociales no son infranqueables, debido a que el acceso a la educación ha mejorado considerablemente. Si la estructura social de clase alta, media y baja es la más aceptada socialmente, podríamos establecer la protección de la discriminación en esta línea. Seguramente también tendríamos problemas para determinar que personas formarían cada una de estas clases, aunque podríamos coincidir en que la concepción de pertenencia a estas agrupaciones vendrá marcada por una combinación entre formación, puesto de trabajo y poder adquisitivo. Por tanto, la elaboración de unos umbrales de percepción de rentas en la unidad familiar podría ser un elemento útil para valorar la integración de las personas trabajadoras en las clases sociales a las que nos referimos, junto a la formación, el puesto de trabajo, y otras posibles variables.

Desde esta perspectiva, las clases sociales más afectadas tras consultar los datos de impacto de desempleo y discriminación sobre estos grupos también podrían quedar integrados como uno u otros de los colectivos de atención prioritaria en el acceso al empleo —o incluso, llegar a sustituirlos— de forma que la segregación entre clases sociales pueda aproximarse o llegar a extinguirse.

### 3. CONCLUSIONES

1. Las labores de intermediación ponen su atención a aquellos grupos de personas que tienen mayores dificultades para acceder al empleo debido a que reflejan una mayor tasa de desempleo y/o porque tienen mayor probabilidad de sufrir situaciones de discriminación.
2. La única forma de garantizar una aproximación real a la igualdad de oportunidades a nivel general consiste en que todas las vacantes de empleo pasen por los Servicios Públicos de Empleo y sus entidades colaboradoras. Para que este sistema funcione con éxito, se necesitaría una gran inversión en medios humanos, materiales y tecnológicos. Además, se observa que para conseguir la equidad la igualdad debe ser real y no solo formal, por lo que determinados colectivos requieren medidas de acción positiva.
3. La discriminación por pertenencia a clase social no ha causado ningún tipo de litigiosidad, no tanto por que no exista discriminación, sino por la dificultad de articular la pertenencia a una clase social o de identificar las situaciones de discriminación. La normativa de no discriminación por este motivo no ha protegido a ningún grupo de trabajadores en el acceso al empleo, por lo que cabría su revisión, comenzando por elaborar criterios para ver que clases sociales se trata de amparar, que personas integran esas clases y que situaciones se pueden considerar discriminatorias en el acceso al empleo. El nivel de renta, formación y el puesto de trabajo podrían ser algunos de los elementos a tener en cuenta para determinar la constitución de las clases sociales desde una perspectiva jurídica.

4. Desde la óptica de la solidaridad, para reducir o evitar la competencia entre grupos, debemos generar la tendencia de reducir los elementos de desigualdad origen de la mayoría de los grupos vulnerables, como lo son la clase social y el sexo, en lugar de generar cada vez más colectivos de atención prioritaria.



LOS RETOS DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL  
A TRAVÉS DEL USO DE ALGORITMOS

NOELIA DE TORRES BÓVEDA  
*Profesora Ayudante*  
*Universidad Complutense de Madrid*  
*noelidet@ucm.es*

## **SUMARIO**

1. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO. 2. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL. 2.1. Canales o medios de intermediación laboral. 2.2. Los agentes de la intermediación laboral. 3. EL USO DE LOS SISTEMAS DE BASE ALGORÍTMICA: ALGUNOS RETOS PARA UNA INTERMEDIACIÓN LABORAL JUSTA. 3.1. Protección de datos personales de los demandantes de empleo. 3.2. Discriminación algorítmica. 3.3. La brecha digital. 4. CONCLUSIONES



## 1. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO

El empleo de sistemas basados en algoritmos en ámbito de las relaciones laborales no es novedoso. Basta con dirigirnos a empresas de determinada dimensión como Amazon o Deliveroo para comprobar que estas herramientas tecnológicas llevan años con nosotros.

Uno de los sectores donde hallamos el empleo más temprano de estas tecnologías –mucho antes que en el de plataformas digitales de trabajo, como Glovo o UberEats– es en el ámbito de la intermediación laboral, donde los portales digitales de empleo se llevan encargando desde hace años de la labor de poner en contacto empresas y demandantes de empleo<sup>1</sup>.

Como cabe imaginar, el uso de estas tecnologías no es enteramente positivo<sup>2</sup>, al llevar aparejados numerosos retos en el ámbito de la informática y de la programación, de la sociología, de la economía y, por supuesto, del derecho. En lo que a nuestra disciplina concierne, es posible enumerar, de forma sucinta, desafíos en la formación y cualificación de los trabajadores, la posible destrucción de empleo o la protección de derechos fundamentales, como la igualdad y no discriminación, la protección de datos personales o los vinculados a seguridad y salud en el trabajo. Todos los retos generales enunciados son objeto de traslado al ámbito de la intermediación laboral, donde, como veremos, en algunos casos van a estar más acentuados. Así, no es caprichosa la decisión de la Unión Europea de calificar los sistemas de inteligencia artificial como sistemas de alto riesgo cuando se implantan en el ámbito del trabajo y, más concretamente, del empleo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, InfoJobs aún ya un total de veinte años dedicándose a esta actividad. Durante este periodo de tiempo ha cerrado más de once millones de contratos. Véase: <https://nosotros.infojobs.net/equipo/sobre-infojobs>

<sup>2</sup> Como por ejemplo la expectativa de que aumente la productividad como consecuencia del empleo de la inteligencia artificial en conjunción con otras tecnologías digitales. International Labour Organisation (ILO) (2023): *World Employment and Social Outlook: Trends 2023*, ILO Flagship Report, p. 100 y 101. Acceso al informe: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_865332.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/---inst/documents/publication/wcms_865332.pdf)

<sup>3</sup> Anexo III, ap. 4 a) de la Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial (Ley sobre inteligencia artificial) y por el que se mo-

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las tecnologías de base algorítmica aplicadas por las empresas privadas y administraciones públicas para llevar a cabo las actividades de intermediación laboral. Con este fin, se abordarán las formas de intermediación laboral reconocidas por la ley en nuestro país, analizaremos dicha regulación y efectuaremos algún comentario respecto de los instrumentos utilizados a tal fin.

Como cualquier empleo de algoritmos en el ámbito del trabajo, la intermediación plantea diversos retos, entre los cuales identificamos como fundamentales la protección de datos en el uso de los canales de intermediación digitales, la no discriminación en el acceso al empleo cuando se hace uso de portales digitales de empleo, así como el desafío que supone la brecha digital a este respecto.

Todo ello nos llevará a plantearnos si es posible alcanzar una intermediación laboral justa cuando se hace uso de estos sistemas o si, por el contrario, únicamente se puede lograr una intermediación “controlada”.

## 2. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Antes de comenzar estrictamente con el estudio de la intermediación laboral a través del algoritmo se hace esencial hacer referencia al contenido del término, así como a los cambios que el mismo ha experimentado como consecuencia de la promulgación de la nueva Ley de Empleo, este mismo mes de marzo de 2023.

Conforme a la Ley de Empleo (LE) actual, se entiende por intermediación laboral “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” (art. 40.1 LE 2023). Dicha noción contrasta con la definición consignada en la Ley de Empleo anterior, cuyo tenor literal la definía 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” (art. 31.1 LE 2015). Como se evidencia de la lectura comparativa de ambas dicciones nos encontramos, a nuestro juicio, ante una mera reformulación del concepto –al menos en esta primera conceptualización– que mantiene la puesta en contacto entre oferentes y demandantes de empleo, que si bien parece ser mayormente matizada a establecer la adaptación a las características de los oferentes o a los requerimientos de las empresas; la realidad es que esto ya existía en el párrafo segundo del art. 31.1 de la Ley anterior.

---

difican determinados actos legislativos de la unión. Se refiere expresamente a “sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas”.

No obstante de lo que antecede y, con notable relevancia, es la apreciación de que el contenido de la intermediación laboral se ha ampliado sustancialmente en el texto de la nueva ley, pues no se limita a la mera unión de oferta y demanda, sino que, además, se añade la “prospección y captación de ofertas de trabajo”, “la selección para un puesto de trabajo de personas que pueden ser idóneas para el mismo” y “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 a), c) y d) LE 2023).

En nuestra opinión este aglutinamiento de actuaciones dentro de la noción de intermediación laboral es ciertamente forzada ya que vemos que, incluso, se incluyen las propias labores de selección; labores que quedan al margen de la noción natural de intermediación, pues corresponden a otra etapa distinta de la fase precontractual. Por lo tanto, bajo nuestro punto de vista, se están acogiendo bajo este término actuaciones y procesos que *no* son intermediación<sup>4</sup>.

Si nos referimos a la intermediación en sentido estricto –no a la recogida por la reciente Ley– hablamos de una etapa anterior, incluso, a la propia fase precontractual. Nos situamos en el momento de acceso al empleo, donde el único contacto que el trabajador tiene con el empleador está limitado a la inscripción en la oferta de empleo publicada por el mismo.

Es fundamental tener en cuenta este aspecto, dado que no vamos a encontrar iguales rasgos ni equivalentes retos en materia de algoritmos en las etapas de acceso al empleo, de selección, reclutamiento y contratación de personal.

Con motivo de lo anterior, a los efectos de este trabajo, se va a considerar intermediación la mera puesta en contacto entre empresas oferentes y personas demandantes de empleo.

## 2.1. Canales o medios de intermediación laboral

Tradicionalmente, la intermediación laboral se ha ceñido a la actuación de los servicios públicos de empleo y a las agencias de colocación. Incluso, podríamos decir, que también a las empresas que individualmente ofertaban empleo a través de la disposición del anuncio de una vacante o vacantes en los propios escaparates del negocio. Estos canales –si bien el último en menor medida– perduran en la actualidad, con la diferencia de que estos se han digitalizado. A ello se adiciona, la aparición de dos nuevos actores en la inter-

---

<sup>4</sup> De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) la función de intermediar se define como “mediar estar entre dos personas o cosas”. Y quizá, más relevante, define el término de intermediador como aquel “que actúa poniendo en relación a dos o más personas o entidades”. Por tanto, como puede apreciarse la norma adiciona contenido innatural al término, modificando su definición cuando es de aplicación al ámbito jurídico y, más concretamente al ámbito del empleo.

mediación laboral: los portales digitales de empleo y las redes sociales. Estos nuevos intermediarios podrían considerarse los monopolios de la intermediación, dado el nivel de ofertas laborales que publican a diario y el número de usuarios registrados en estas plataformas.

En primer término, los servicios públicos de empleo, están cada vez más actualizados en relación a las tecnologías. En este sentido, hallamos novedades en materia de intermediación, como la creación del algoritmo *send@*, el cual es empleado como apoyo técnico a las personas del SEPE que se dedican a la orientación laboral<sup>5</sup>.

Asimismo, podemos hacer referencia al portal público de empleo “Empléate”<sup>6</sup>, gestionado por el SEPE, que pretende reunir la ofertas de empleo de las empresas para ofrecerlas de forma unificada a los demandantes de empleo. Este portal parece ser la materialización del art. 42 LE, que dispone la necesidad de garantizar “un servicio público de intermediación laboral a personas trabajadoras y personas, empresas y demás entidades empleadoras, *sin barreras territoriales*”.

Por otro lado, continúan las agencias de colocación encargadas de la intermediación laboral establecida por la ley (art. 43 LE).

A los canales anteriores se suman los portales de empleo digitales (InfoJobs, Indeed, JobToday) que muestran las ofertas de las empresas a los usuarios registrados en las mismas. Y, finalmente, las redes sociales, tanto las que son de naturaleza estrictamente profesional (LinkedIn) como las vinculadas al ocio (Facebook), las cuales también son empleadas como instrumentos de intermediación o, de forma accesoria, añadiendo información sobre los candidatos a una oferta laboral.

Sea cual sea el caso, lo cierto es que las redes sociales “son una fuente importante de potenciales talentos a los que es muy fácil acceder para contratarlos y a bajo coste”<sup>7</sup>.

## 2.2. Los agentes de la intermediación laboral

En España, los agentes habilitados para llevar a cabo la intermediación laboral se fijan en el art. 41 LE (antiguo art. 32 LE 2015). Estos son: los servicios públicos de empleo (SEPE y servicios autonómicos), las agencias

<sup>5</sup> MUÑIZ, FEDERICO (2020): *Send@: Digitalización y uso masivo de datos para ayudar a encontrar trabajo*, SEPE x JOBMadrid’20.

Acceso al vídeo de la conferencia donde se explica la finalidad y el proceso de utilización de esta herramienta: <https://www.youtube.com/watch?v=TNKVWL0pFRU>

<sup>6</sup> Acceso al portal de empleo: <https://www.empleate.gob.es/empleo/#/>

<sup>7</sup> [Traducido del texto original]. Allal-Chérif, Oihab; Yela Aránega, Alba y Castaño Sánchez, Rafael (2021): “Intelligent recruitment: How to identify, select, and retain talents from around the world using artificial intelligence”, *Elsevier: Technological Forecasting & Social Change*, p. 2.

de colocación, así como aquellos que se fijan para los trabajadores en el extranjero, reglamentariamente. A lo anterior, se introduce un apartado segundo –no existente en la regulación previa– que posibilita, adicionalmente, la participación complementaria de “las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los servicios públicos de empleo”. En estos casos, las entidades no requerirán de constituirse como agencias de colocación.

Sin perjuicio de lo anterior, se observa que, al igual que en la regulación de 2015, nos encontramos ante un listado cerrado –si bien más amplio– de agentes, lo cual implica que no será posible que otros sujetos u organismos, distintos de los aquí recogidos, puedan llevar a cabo actividades de intermediación laboral. Este hecho es especialmente interesante, pues los portales digitales de empleo no quedan comprendidos por ninguna de las categorías referidas<sup>8</sup>, cabría cuestionarse si sí lo harían respecto de la opción prevista en el apartado segundo del precepto. De hecho, aunque quisieramos justificar la actuación de los mismos como agencia de colocación observaremos que, al menos a día de hoy, no es posible. Dicha imposibilidad se sostiene, tanto en una justificación formal como de fondo o régimen jurídico.

En lo que se refiere a la primera de las argumentaciones, de forma, ha de señalarse que estas empresas constituidas como portales digitales de empleo no se encuentran registradas como agencias de colocación en el registro oficial al respecto (art. 43 LE), esto es, en concreto, en el Listado de Agencias de Colocación del Sistema Nacional de Empleo<sup>9</sup>. Lo mismo ocurre, como cabría esperar, con las redes sociales que, a diferencia de los portales digitales de empleo, su actividad principal es la del establecimiento de redes de contacto, comunicación y puesta en común de contenidos digitales de diversa índole, siendo la actividad de intermediación normalmente accesoria o marginal.

Asimismo, con anterioridad a la promulgación de la nueva ley, hallábase un problema de fondo respecto de estos operadores, que se materializaba, fundamentalmente, en el hecho de que su actividad, con carácter general, va mucho más allá de la mera intermediación laboral o puesta en contacto entre empresas y demandantes de empleo.

Normalmente, portales como InfoJobs o Indeed, hacen uso de los algoritmos para, además de intermediar, llevar a cabo las recomendaciones de

---

<sup>8</sup> SERRANO FALCÓN, CAROLINA (2022): “Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos”. En Rivas Vallejo, Pilar: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 188. “En definitiva, en esta fase se utilizan intermediarios privados no regulados en la ley”. En sentido similar, Olarte Encabo, Sofía (2020): “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, (119), p. 94.

<sup>9</sup> Si se accede a dicho registro nacional y se buscan empresas dedicadas a esta actividad como InfoJobs, Indeed o JobToday se advertirá que aquellas no quedan recogidas en el listado y, por ende, no son susceptibles de ser calificadas de agencias de colocación. Acceso al listado: [https://www.sistemanacionalempleo.es/AgenciasColocacion\\_WEB/listadoAgencias.do?modo=inicio](https://www.sistemanacionalempleo.es/AgenciasColocacion_WEB/listadoAgencias.do?modo=inicio)

ofertas de empleo a los trabajadores o crear perfiles de cada usuario que se comparan con los requisitos de cada oferta en cuestión, ofreciendo un porcentaje de compatibilidad entre oferta y demandante<sup>10</sup>. A lo anterior, cabe añadir la realización de cuestionarios y pruebas en el acceso a las distintas ofertas, así como, en ocasiones la posibilidad de llevar a cabo cursos y otro tipo de formaciones breves.

No obstante, en la actualidad este problema ya no se da, pues estos agentes cumplen casi a la perfección con las actuaciones que la nueva Ley de Empleo entiende comprendidas dentro de la intermediación laboral, ya no se extralimitan. Ahora bien, si esto es así, debemos plantearnos por qué estas empresas continúan manteniéndose al margen de la ley y no se constituyen como agencias de colocación, dadas las actividades que realizan. En nuestra opinión, al menos en una primera consideración, parece que es, sencillamente, porque dicha calificación como agencia no les conviene como empresa. Constituirse como agencias de colocación supondría cumplir con las exigencias que la ley marca a estos organismos, en adición a los controles y procesos de supervisión de su actividad establecidos en el art. 42.7 LE, que para ser efectivos requieren a las agencias de facilitar “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, así como los requeridos por los servicios públicos de empleo para evaluar el resultado cualitativo y cuantitativo de su intermediación”.

Finalmente, en relación a los portales digitales de empleo e, incluso a redes sociales que llevan a cabo la intermediación de forma complementaria, es necesario recordar que, conforme al art 16.1 a) LISOS, constituye una infracción muy grave “ejercer actividades de intermediación laboral, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber presentado, con carácter previo a la actuación como agencia de colocación, una declaración responsable [...] o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados”. Por tanto, estas empresas constituidas como portales de empleo estarían incurriendo en una infracción administrativa, al estar actuando al margen de la ley. A pesar de ello, estas compañías llevan años llevando acabo estas actividades de forma extendida.

---

<sup>10</sup> Estos porcentajes de compatibilidad no siempre son transparentes, dado que únicamente se ofrece el grado de compatibilidad sin especificar cuales son las competencias y habilidades de las que ya se dispone y las que se deberían desarrollar por el candidato. Asimismo, desconocemos si se parametrizan los datos relativos a la educación, la experiencia y las habilidades o si, también, el algoritmo mide aptitudes y *soft skills*, en cuyo caso, será más complejo el análisis. Como refieren ALLAL-CHÉRIF, OIHAB; YELA ARÁNEGA, ALBA y CASTAÑO SÁNCHEZ, RAFAEL (2021): “Intelligent recruitment: How to identify, select, and retain talents from around the world using artificial intelligence”, *Elsevier: Technological Forecasting & Social Change*, p. 1, “es mucho más complejo evaluar valores y principios que conocimientos y competencias”.

### 3. EL USO DE LOS SISTEMAS DE BASE ALGORÍTMICA: ALGUNOS RETOS PARA UNA INTERMEDIACIÓN LABORAL JUSTA

El empleo de algoritmos para la gestión de las relaciones laborales o *algorithmic management* ha sido ampliamente tratado por los autores; lo mismo sucede con la etapa precontractual, con las fases de selección, reclutamiento y, finalmente, contratación. Sin embargo, el estudio del impacto de estos sistemas cuando son empleados para llevar a cabo labores de intermediación laboral ha quedado prácticamente abandonado, pese a ser uno de los ámbitos en que más tempranamente se comenzaron a emplear estos sistemas.

Los algoritmos se constituyen como una serie de pasos encaminados a alcanzar un determinado fin o resultado<sup>11</sup>. En este caso, dicho fin se materializa, del lado de la empresa, en que se le muestre la oferta de empleo a los candidatos que más le interesan, que se lleve a cabo un perfilamiento de los postulantes o que, por ejemplo, se descarten automáticamente los currículums que no se ajusten a sus exigencias<sup>12</sup>. Del lado del trabajador, las opciones son más limitadas, si bien existentes. Así, podríamos señalar que el algoritmo le da la posibilidad de conocer su compatibilidad como trabajador con los requisitos de las distintas ofertas<sup>13</sup> o hacer cribados de ofertas de acuerdo a los parámetros que decida disponer en el motor de búsqueda.

Ahora bien, con la nueva ley, en esta intermediación se van a incluir la labor del algoritmo respecto de, entre otras cuestiones, las decisiones automatizadas<sup>14</sup>. Decisiones que, en este caso, abarcarían desde la aceptación o descarte de la candidatura, tanto en fase de criba curricular como de proceso de selección de personal, reclutamiento y contratación<sup>15</sup>. Estos últimos ámbitos, comprenden técnicas basadas en algoritmos no existentes en la fase de

---

<sup>11</sup> LESLIE, DAVID; BURR, CHRISTOPHER; AITKEN, MHAIRI; COWLS, JOSH; KATELL, MIKE Y BRIGGS, MORGAN (2021): *Artificial Intelligence, human rights, democracy and the rule of law*, The Alan Turing Institute and the Council of Europe, p. 8.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, ANTONIO (2020): “La inteligencia artificial, su uso en la gestión de recursos humanos y los riesgos para los trabajadores”. En CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ Y PEGUEIRA POCH, MIQUEL: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Thomson Reuters Aranzadi, p. 127. Como se apunta en la citada obra, existen portales de empleo que proporcionan al empleador el candidato más adecuado a la vacante oferta. La respuesta del sistema se sostiene en el examen de “r las características de los aspirantes, las cruzan con las de la oferta de empleo y establecen una lista jerarquizada de los mismos. Disponen también de mecanismos para filtrar y descartar a los usuarios inscritos en la oferta en función de las respuestas que dan a preguntas eliminatorias (killerquestions), su titulación, lugar de residencia, etc”.

<sup>13</sup> En el caso de la compatibilidad, por ejemplo, nos encontramos con desconocimiento respecto de los requisitos cumplidos y no cumplidos por el candidato respecto de la oferta. Un caso en el que se da esto es en el del portal digital de empleo InfoJobs.

<sup>14</sup> Ya contempladas desde el año 2016 por el Reglamento General de Protección de Datos Personales (art. 22).

<sup>15</sup> MAINKA, SPENCER M. (2019): *Algorithm-based recruiting technology in the workplace*, *Texas A&M Journal of Property Law*. Como señala la autora, “un algoritmo de aprendizaje automático puede comparar las necesidades de contratación y los empleados actuales de una empresa con miles, quizá millones, de currículos y predecir qué candidatos tienen más probabilidades de triunfar en la empresa”. [Traducido del texto original].

puramente acceso al empuje o intermediación en sentido estricto, pudiendo señalar: los sistemas de entrevistas automatizados donde se interactúa con un robot o una inteligencia artificial, el reconocimiento de emociones y del tono de voz de los candidatos, o la propia decisión final de contratación<sup>16</sup>.

### 3.1. Protección de datos personales de los demandantes de empleo

Los algoritmos y, consecuentemente, también la IA, son tecnologías basadas en datos, es decir, requieren de los mismos para poder funcionar. No en vano, se señala por multitud de autores que los datos son la nueva mercancía del siglo XXI; mercancía muy valiosa a la que podemos incluso referir un valor económico<sup>17</sup>.

El problema evidente que se halla en relación a esta necesidad inicial es el empleo de datos personales por parte de la máquina. En lo que respecta a nuestro objeto de estudio, ha de señalarse, que nos encontramos ante un ámbito en el que el carácter de los datos de entrada del algoritmo (input) van a ser, con toda probabilidad, datos de carácter personal. Aspecto que no ha de extrañar, pues si requerimos al algoritmo que lleve a cabo una criba de candidatos, los datos que se van a introducir al sistema van a ir desde los recogidos en el propio currículum a los publicados en las redes sociales del postulante<sup>18</sup>.

No obstante, habría que plantearse si la empresa o el portal de empleo que se encargue de llevar a cabo la intermediación se encuentran legalmente habilitados para realizar este tipo de tratamientos. Con el fin de dar respuesta a dicha cuestión, hemos de dirigirnos al art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos Personales (RGPD). Este precepto, recoge expresamente la prohibición de tomar decisiones basadas, únicamente, en el tratamiento automatizado de los datos. No obstante, reconoce una serie de salvedades que permitirán al responsable llevar a cabo este tratamiento; salvedades que han

---

<sup>16</sup> DANIELI, OREN; HILLIS, ANDREW y LUCA, MICHAEL (2016): “How to Hire with Algorithms”. Harvard Business Review. Acceso a través de: <https://hbr.org/2016/10/how-to-hire-with-algorithms>. Se señala que “la contratación es, esencialmente, un problema de probabilidad” [traducido por la autora].

<sup>17</sup> Prueba de ello, es la existencia de protección de estas informaciones bajo secreto comercial. Ver, Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas y Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

<sup>18</sup> En este sentido, es importante señalar que ello implica que los candidatos, en especial en lo que respecta a sus redes sociales, no siempre sean conocedores de que sus datos están siendo tratados.

ALLAL-CHÉRIF, OIHAB; YELA ARÁNEGA, ALBA y CASTAÑO SÁNCHEZ, RAFAEL (2021): “Intelligent recruitment: How to identify, select, and retain talents from around the world using artificial intelligence”. *Elsevier: Technological Forecasting & Social Change*, p. 5. Como señalan los autores, “algunos de los datos utilizados por los sistemas de matching no son facilitados espontáneamente por los candidatos, sino que proceden de su presencia virtual en Internet”. [Traducido del texto original].



de ponerse en conexión con el art. 6 RGPD sobre las bases del tratamiento y que, en lo que aquí interesa, nos referiremos a dos.

En primer término, a la justificación del tratamiento sobre la base del consentimiento otorgado por el propio interesado (art. 22.2 c), en relación con el art. 6.1 a) RGPD). Esta base guarda dos problemas relevantes que la hacen normalmente inoperable en la práctica en el ámbito del empleo. Primeramente, porque conforme a lo sostenido por el Grupo de Trabajo del Artículo 29<sup>19</sup>, en el ámbito de las relaciones laborales, el consentimiento suele encontrarse viciado, como consecuencia del desequilibrio de poder existente entre las partes de la relación; hecho que implica que, como regla general, el consentimiento no se considerará válido por no otorgarse libremente. Esta premisa se aplica, igualmente, a las etapas previas a la relación ya que, a pesar de no existir contrato de trabajo entre empresa y trabajador, la relación de desequilibrio sigue dándose; en ocasiones, de forma más acentuada que en casos de existencia de vínculo contractual, debido a la existencia de una situación de necesidad.

En segundo lugar, aunque el consentimiento se considerara válido, en la mayoría de las ocasiones devendría inoperable en la práctica, puesto que habría que recabarse de un número de personas inmenso. Como ciertamente se ha apuntado, “el tratamiento de infinita cantidad de datos hacen imposible lograr el consentimiento”<sup>20</sup>.

La otra base que normalmente se abre en el caso de las relaciones de trabajo, es llevar a cabo el tratamiento con fundamento en la necesidad del mismo para la ejecución del contrato (art. 22.2 a), en relación con el art. 6.1 b) RGPD). Esta base, al igual que la anterior –aunque quizá en menor medida– guarda limitaciones ya que conforme al Grupo de Trabajo del Artículo 29<sup>21</sup> debe llevarse a cabo una interpretación restrictiva de esta posibilidad. En el caso de la intermediación laboral, esta excepción parecería no ser de aplicación, por no existir contrato de trabajo; si bien conforme al Grupo de Trabajo del Artículo 29, esta salvedad a la prohibición incluye, también, el tratamiento en los casos en los que ello sea necesario durante la fase precontractual<sup>22</sup>.

De todo lo anterior, puede observarse que las excepciones a la prohibición de sujeción, únicamente, a decisiones automatizadas quedan fuertemente desmaterializadas en el ámbito del empleo; si bien en la realidad, aún así se hace uso de estos sistemas con estos fines.

---

<sup>19</sup> Article 29 Working Party (2017): Guidelines on consent under Regulation 2016/679, 2017; Article 29 Working Party (2017): Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679.

<sup>20</sup> MORALES OÑATE, DIEGO ALEJANDRO (2021): “Implicaciones jurídicas del algoritmo: derechos intelectuales y privacidad”, *Revista Justicia & Derecho*, 5(1), p. 123.

<sup>21</sup> Article 29 Working Party (2017): Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679. Interpretación restrictiva en el sentido de que debe tratarse de la única opción disponible para satisfacer la ejecución del contrato; por ejemplo, porque se haga inviable manejar grandes volúmenes de información.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

La interpretación realizada aplica tanto al caso en que sea un portal de empleo el que lleve a cabo la intermediación, el SEPE o servicios autonómicos o una agencia de colocación.

La labor de intermediación laboral, además, pasa en muchas ocasiones por el acceso a los datos de los trabajadores publicados en las redes sociales<sup>23</sup>. Parece que dicha posibilidad se torna viable siempre que las cuentas sean públicas y no privadas. No obstante, en nuestra opinión, una cosa es que el hecho de que sean públicas permita el acceso –no únicamente de las empresas, sino de cualquiera– y otra muy distinta es que habilite el tratamiento de esos datos sin la legitimación previa otorgada por el usuario de los datos personales (art. 22 en conexión con el art. 6 RGPDP, porque continuamos refiriéndonos decisiones automatizadas). No parece que la ejecución del contrato pueda ser una base lícita para este tratamiento ya que implicaría que el candidato ni si quiera fuera requerido de consentir este tratamiento, pues basta que sea necesario para la ejecución del contrato o, mejor dicho, “potencial” ejecución del contrato, pues todavía no existe relación laboral entre las partes. El consentimiento tampoco sería lo más adecuado por las razones que ya conocemos. Acceso no es equivalente a tratamiento de los datos personales.

En el caso de que nos encontráramos, no ante una red social ordinaria –como Instagram o Twitter–, sino ante una red social profesional, la situación cambiaría, pues los datos contenidos son de carácter estrictamente profesional. En estas redes sociales, “el profesional, de manera voluntaria proporciona aquellos datos que estima relevantes a esos efectos”<sup>24</sup>.

Por último hemos de tener en cuenta, que es común que los candidatos a un puesto de trabajo desconozcan que se les está aplicando un algoritmo<sup>25</sup>, lo cual sería una ilegalidad de acuerdo las obligaciones establecidas por la normativa de protección de datos y, ahora, por la propuesta de Reglamento europeo sobre normas armonizadas en materia de IA –si bien se refiere expresamente a la información respecto de quienes interactúan con los sistemas, no a los que se ven afectados por los mismos–.

---

<sup>23</sup> OLARTE ENCABO, SOFÍA (2020): “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, (119), p. 83. La autora alerta de la situación de desprotección ya que “aun tratándose de datos que las personas ceden libremente a plataformas digitales para fines ajenos a la dimensión profesional (redes sociales), pero que son recogidos y tratados por máquinas que construyen perfiles y que de forma automática, y a veces anónima, llegan incluso más lejos, descartando a personas con determinados perfiles personales antes siquiera de poder participar en procesos de selección”.

<sup>24</sup> ALAMEDA CASTILLO, MARÍA TERESA (2021): “Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo”, *Temas Laborales*, (159), p. 25 y 26.

<sup>25</sup> OLARTE ENCABO, SOFÍA (2020): “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, (119), p. 187.

### 3.2. Discriminación algorítmica

El discurso general, especialmente el sostenido por las empresas, es que los sistemas algorítmicos se implantan con objeto de proveer respuestas precisas<sup>26</sup> y liberadas del sesgo humano. Sesgo que se plasma de forma visible en procesos de selección y reclutamiento, pero también en la fase previa de puesta en contacto entre oferta y demanda de fuerza laboral.

La realidad empírica demuestra que esta asunción de objetividad algorítmica es exactamente eso, una asunción. Numerosos autores ponen de manifiesto el relevante impacto discriminatorio de los algoritmos, causado por múltiples factores, ya sea por la baja calidad de los datos de entrada (input) con los que se ha alimentado al sistema, el uso de bases de datos históricos u obsoletos<sup>27</sup>, la introducción de sesgos por el propio programador humano<sup>28</sup> o la poca cantidad de datos empleada para obtener el resultado final (output). A lo cual ha de añadirse el especial cuidado que ha de observarse cuando los algoritmos empleados son de aprendizaje automático, en los cuales vemos el reflejo más claro del efecto *black-box* o caja negra<sup>29</sup>.

Como bien se ha señalado, “en el ámbito del acceso al empleo podría pensarse que estamos ante los mismos problemas de siempre –discriminación– y que estas tecnologías no hacen sino acelerar o acortar el tiempo para su consecución. Sin embargo, [...] más allá de este aspecto, la infotecnología y la inteligencia artificial añaden elementos nuevos que hacen a las personas que buscan un empleo mucho más vulnerable a la discriminación”<sup>30</sup>.

Así, el empleo de los sistemas de base algorítmica y, en concreto de la inteligencia artificial, si bien otorgan multitud de ventajas en este ámbito

---

<sup>26</sup> CHRISTENKO, ALEKSANDR, JANKAUSKAITÉ, VAIDA et al. (2022): *Artificial intelligence for worker management: an overview*, European Agency for Safety and Health at Work, p. 15. En cita a Kellogg, K. C., Valentine, M. A. and Christin, A. (2020): “Algorithms at work: the new contested terrain of control”, *Academy of Management Annals*, 14(1).

<sup>27</sup> YANG, J. R. (2020): “Ensuring a future that advances equity in algorithmic employment decisions”, *Urban Institute*.

<sup>28</sup> DE STEFANO, VALERIO (2018), *Negotiating the algorithm: automation, artificial intelligence and labour protection*, International Labour Office, Working Paper 246.

<sup>29</sup> Dicha expresión se refiere a la opacidad de los algoritmos; la caja negra que esconde la lógica a través de la que operan. Afirmamos un grado más pronunciado de la misma en el machine learning en tanto que al tratarse de un tipo de algoritmo no simbólico y no supervisado –más que en la fase de diseño–, actúa en base a un input y proporciona un resultado, sin que sea conocido el procedimiento que ha llevado a cabo para obtenerlo. En relación a nuestro objeto de estudio, se ha afirmado que estos algoritmos “pueden seleccionar candidatos de un conjunto de solicitantes con probabilidades de éxito sin identificar en qué rasgos se centraron para realizar su selección” [traducido del texto original]. MAINKA, SPENCER M. (2019): *Algorithm-based recruiting technology in the workplace*, *Texas A&M Journal of Property Law*, p. 814.

Por tanto, desconocemos los parámetros que el sistema tuvo en cuenta y el proceso que le llevó al output final o, en este caso, al candidato seleccionado.

<sup>30</sup> OLARTE ENCABO, SOFÍA (2020): “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, (119), p. 81.

—como la capacidad de administrar y divulgar las ofertas de empleo o cribar grandes volúmenes de currículums—, también disponen de importantes desventajas o perjuicios para los usuarios de estas plataformas —en especial, portales de empleo, redes sociales y sistemas internos empleados por las propias empresas—, pues se alzan como una importante fuente de sesgos<sup>31</sup>, en muchas ocasiones, impenetrable o de difícil interpretación, como consecuencia de su característica falta de transparencia. Los sesgos de amplio alcance de los sistemas automatizados provocan la perpetuación de los estereotipos<sup>32</sup>, la desigualdad y la pérdida de oportunidades de los individuos, ya sean laborales —para acceder a un empleo— o de otra índole —por ejemplo, para obtener una plaza en una institución educativa o conseguir un crédito bancario para la compra de una vivienda—. Además, podríamos incluso alegar que el propio empresario o portal de empleo puede valerse de la naturaleza opaca del algoritmo para discriminar intencionadamente a través del mismo y en cubierto. Esto se plantea como un reto muy relevante.

Es, por estas razones, que será necesario establecer recursos y medios que nos permitan contrastar la decisión automatizada y, en su caso, apelarla. Para poder llevar a cabo lo anterior, se requerirá de información significativa y relevante<sup>33</sup>, lo cual implica que han de existir unos estándares mínimos de transparencia; estándares que en la práctica pueden no ser fáciles de alcanzar<sup>34</sup>.

Por último, ha de señalarse que la discriminación en el acceso al empleo constituye una infracción muy grave (art. 16.1 c) LISOS<sup>35</sup>), la cual lleva a aparejada una sanción de 7.501 euros, en su grado mínimo, a 225.018

<sup>31</sup> Como bien señala la Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial de la UNESCO (2021), norma internacional de *soft law*, “las tecnologías de la IA pueden ser de gran utilidad para la humanidad y que todos los países pueden beneficiarse de ellas, pero que también suscitan preocupaciones éticas fundamentales, por ejemplo, en relación con los sesgos que pueden incorporar y exacerbar, lo que puede llegar a provocar discriminación, desigualdad, brechas digitales y exclusión y suponer una amenaza para la diversidad cultural, social y biológica, así como generar divisiones sociales o económicas”.

<sup>32</sup> MAINKA, SPENCER M. (2019): Algorithm-based recruiting technology in the workplace, *Texas A&M Journal of Property Law*, p. 814. Conforme al autor, “las prácticas discriminatorias en las decisiones de empleo se producen cuando esas decisiones se basan en datos que contienen estereotipos u otras suposiciones” [traducido del texto original].

<sup>33</sup> Véase, a este respecto, MANTELERO, ALESSANDRO (2019): Data processing and the risks of Artificial Intelligence, *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, (1).

FELZMANN, HEIKE; FOSCH-VILLARONGA, EDUARD; LUTZ, CHRISTOPH Y TAMÒ-LARRIEUX, AURELIA (2020): “Towards Transparency by Design for Artificial Intelligence”. *Science and Engineering Ethics, Springer*, (26).

Council of Europe (2019): *Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights*, Council of Europe.

European Economic And Social Committee (2018): *Artificial intelligence: anticipating its impact on jobs to ensure a fair transition* (own-initiative opinion), (INT/845-EESC-2018-).

<sup>34</sup> Así, HAGEN, GREGORY (2021): “AI and patents and trade secrets”. En: Martin, Florian y Scassa, Teresa: *Artificial intelligence and the law in Canada*, Lexis Nexis.

<sup>35</sup> “Son infracciones muy graves”: “c) solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo”.

euros, en su grado máximo (art. 40.1 c) LISOS). El problema aquí es demostrar que la fuente discriminatoria fue el algoritmo y cómo este llevo a cabo o fundamentó tal discriminación. Si el algoritmo es una caja negra de aprendizaje no simbólico la prueba de la discriminación en el empleo se alzará como un verdadero reto.

### 3.3. La brecha digital

Conforme al art. 38 LE, una de las competencias básicas para la empleabilidad es el “manejo y aprovechamiento de las herramientas digitales y tecnológicas”. Sin embargo, en la práctica no todo el mundo dispone de estos conocimientos.

El hecho de que los agentes y canales de intermediación se encuentren digitalizados casi al cien por cien, conlleva la exclusión de un conjunto de demandantes de empleo que, por razón de edad o carencia de competencias digitales, no acceden a las ofertas. De este modo podría sostenerse que se produce una discriminación indirecta por razón de edad cuando estamos ante trabajadores maduros que tratan de obtener una ocupación y se encuentran con que el gran grueso de las ofertas es únicamente accesible a través de la red.

Se ha señalado que estas personas sin conocimientos en tecnologías van a terminar dirigiéndose a “otros intermediarios donde quizás no hay tantas ofertas de empleo que les puedan interesar”, produciéndose una discriminación y desventaja con respecto de aquellos demandantes de empleo que sí se desenvuelven en el mundo digital<sup>36</sup>.

Ante dicho *gap* formativo, la Ley de Empleo parte de la no discriminación y el acceso a estas herramientas digitales (art. 38 LE) y, en particular, establece el colectivo de demandantes de empleo mayores de cuarenta y cinco años que hayan perdido su trabajo o estén en riesgo de perderlo (trabajadores maduros) como colectivo prioritario de la política de empleo (art. 52 LE). A lo anterior debe añadirse el empleo de herramientas para el análisis de datos con objeto de identificar, dentro del mercado de trabajo, los colectivos que se enfrentan con mayores dificultades a la hora de acceder a un empleo (art. 36.3 LE).

## 4. CONCLUSIONES

La aproximación a la intermediación laboral llevada a cabo por el algoritmo permite advertir que nos hallamos ante un campo de estudio que, si bien ya ha comenzado a ser abordado, requiere de mayor desarrollo.

---

<sup>36</sup> SERRANO FALCÓN, CAROLINA (2022): “Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos”. En RIVAS VALLEJO, PILAR: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 189,

El algoritmo intermediador, ya abrazado en España, incluso, por los propios servicios públicos, plantea numerosos retos en la fase de acceso al empleo:

1°. El hecho de que los algoritmos se alimenten de datos comporta evidentes riesgos para la protección de datos personales de las personas. Dicha problemática se acentúa cuando se atribuye a los algoritmos funciones de intermediación laboral ya que ello supone, correlativamente, que se aunarán todos los datos posibles sobre los demandantes de empleo para hacer sugerencias (con los denominados “algoritmos de recomendación”), medir capacidades y hacer *match* entre el candidato y empresa más compatible.

La Ley de Empleo, de hecho, dedica el art. 16 LE, a regular la el tratamiento de los datos. Además, el art. 17.5 LE pone como límite infranqueable la imposibilidad de acceder a la categoría de datos especialmente sensibles; dicho imposibilidad, en efecto, incluye datos biométricos sobre los demandantes.

En este punto, hemos plantearnos si realmente los portales de empleo y servicios de intermediación que emplean algoritmos son realmente gratuitos o si, por el contrario, son nuestros datos personales el precio que pagamos por la intermediación laboral. Desde luego, es posible apuntar que, en la actualidad, la sensibilización ciudadana respecto de la cesión de los datos personales no es muy profunda.

2°. Habida cuenta de la naturaleza técnica de estos sistemas, nos encontramos con cajas negras que llevan a cabo sus funciones, en muchas ocasiones, sin la rendición de cuentas necesaria. Esto se ve exacerbado cuando se trata de algoritmos de *machine learning* o *deep learning* que no requieren de un acompañamiento humano durante el proceso de obtención del resultado. Es, por esta razón, que sería aconsejable que este tipo de sistemas siempre tuviera la auditoría humana del output una vez obtenido, siendo el humano el que decida o no llevar a término la decisión o aplicar el resultado, teniendo en cuenta si es conforme a la legalidad y a los valores del ordenamiento jurídico.

Conforme a los sostenido por el Consejo de Europa, si los sistemas no cumplen unos estándares mínimos de transparencia no deben ser utilizados<sup>37</sup>.

3°. Pese a que se establezca que en la intermediación laboral “respetará la igualdad real y efectiva de las personas oferentes y demandantes de empleo y la no discriminación en el acceso al empleo” (art. 42.8 2º par. LE), la realidad es que cuando se emplean algoritmos, resulta complicado garantizar esta premisa, pues no existen sistemas libres de sesgos<sup>38</sup>. Por tanto, pueden darse, desde la publicación de ofertas discriminatorias a la exclusión de candidatos en procesos de selección en base al empleo de datos de entrada de baja

<sup>37</sup> Council of Europe (2019): *Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights*, Council of Europe, p. 9 y 10.

<sup>38</sup> ADAMS-PRASSL, JEREMIAS; BINNS, REUBEN Y KELLY-LYTH, AISLINN (2022): “Directly discriminatory algorithms”, *The Modern Law Review*.

calidad, sesgados en origen o que el propio programador decidiera incluir parámetros discriminatorios.

4°. Dada la brecha digital todavía existente, se torna necesario buscar mecanismos para hacer accesible a las personas que no son nativas digitales o que no cuentan con competencias básicas en este sentido, las ofertas de trabajo disponibles, así como promover la formación en tecnologías.

5°. Es necesario regular los portales de empleo digitales, que son los canales fundamentales de intermediación laboral junto con el SEPE. La existencia de estas empresas al margen de la ley implica que queden, asimismo, al margen de las obligaciones y control provistas por la misma.

6°. Por último, no podemos dejar a la autonomía del algoritmo la decisión de mostrar o no una oferta a un trabajador, de valorar sus capacidades/perfil profesional o de excluirle de un proceso de selección al que se ha postulado. El algoritmo debe ser un instrumento de apoyo a la toma de decisiones humana, no una sustitución de la misma. Dicho aspecto se ha contemplado claramente a través del establecimiento del art. 17. 3 LE, si bien lo hace respecto de los servicios públicos, no vinculando a las empresas privadas que uso de estos sistemas.

Tras todo lo anterior, cabe concluir que no es posible alcanzar una intermediación justa “por defecto” ya que los sistemas, al menos en la actualidad, no son transparentes ni están libres de sesgos. La intermediación laboral justa se obtiene consecuencia del establecimiento de las medidas de control y auditoría necesarias, así como del otorgamiento de derechos a los usuarios que les permitan hacer frente a potenciales decisiones injustas.





EMPLEO, INTERMEDIACIÓN Y MOVILIDAD  
ACTUAL DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA:  
LA RED EURES<sup>1</sup>

MACARENA ÁNGEL QUIROGA

*Doctora en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.*

*Contratada posdoctoral UCM*

*Universidad Complutense de Madrid*

*macangel@ucm.es*

---

<sup>1</sup> Proyecto de Investigación PID2020-118499GB-C31: “Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo: el influjo de la Unión Europea y del entorno internacional”.

## **SUMARIO**

1. PLANTEAMIENTO INICIAL: LA MOVILIDAD DE TRABAJADORES EN EL SIGLO XXI. 2. LOS TRABAJADORES DE LA UNIÓN EUROPEA: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES. 2.1. El derecho a la libre circulación de trabajadores. 2.2. El concepto de trabajador comunitario en relación con la libertad de circulación. 2.3. La asistencia social a los ciudadanos de la Unión: los trabajadores económicamente inactivos. 3. INTERMEDIACIÓN: LA RED EURES. 3.1. Coyuntura actual de la movilidad en Europa: crisis y trabajo digital. 3.2. Red EURES. 4. BREVE REFLEXIÓN

## 1. PLANTEAMIENTO INICIAL: LA MOVILIDAD DE TRABAJADORES EN EL SIGLO XXI

La aparición de un elemento de extranjería en las relaciones laborales es muy frecuente actualmente, ya sea por la nacionalidad del trabajador, la sede de la empresa, o el lugar de celebración del contrato. A pesar de que la migración de personas y, por tanto, de trabajadores, ha sido una constante en el tiempo, las facilidades de existentes hoy en día en la movilidad, la comunicación y la globalización, han potenciado que se produzcan estas vicisitudes en las relaciones entre diferentes Estados y ordenamientos jurídicos en el plano laboral. Son dichas implicaciones en materia de empleo las que pretendemos analizar, haciendo especial hincapié en la intermediación en la contratación de trabajadores a través de la Red EURES (European Employment Services).

La movilidad de los seres humanos a lo largo y ancho del planeta se ha producido de manera continuada durante la historia. Diferentes razones han justificado estos movimientos, muchos de los cuales se repiten hoy en día. La guerra, el hambre y las catástrofes medioambientales siguen provocando que millones de personas abandonen sus hogares y crucen fronteras a otros países del mundo en busca de seguridad, trabajo y un futuro mejor. Recientemente, la invasión de Ucrania por parte de Rusia ha provocado que más de ocho millones de ucranianos se encuentren refugiados en distintos países de Europa<sup>2</sup>. Por otra parte, la actual inestabilidad económica y política de determinados Estados (por ejemplo, en el caso de las personas que emigran de Venezuela) y las consecuencias del cambio climático (países como Mozambique, Filipinas, la India o el más de medio millón de desplazados por el ciclón en Malawi<sup>3</sup>)

---

<sup>2</sup> A fecha 20 de marzo de 2023, más de un año después del inicio de la guerra, 8.157.230 de ucranianos son refugiados en Europa. Esta información ha sido proporcionada por ACNUR y puede consultarse en: <https://data.unhcr.org/es/situations/ukraine>

<sup>3</sup> El ciclón tropical Freddy ha provocado del desplazamiento de 508.250 personas, tras su paso en febrero de este año 2023 por Mozambique y Madagascar. El cambio climático ha producido un promedio anual estimado de 21,6 millones de desplazamientos internos hasta 2021, y está impulsando cada vez más la migración y el desplazamiento en todas las regiones del mundo. Consultar en: <https://www.iom.int/es/news/medio-millon-de-personas-desplazadas-en-malawi-por-el-ciclón-las-necesidades-humanitarias-en-aumento>

han provocado millones de desplazamientos<sup>4</sup>. No obstante, no puede perderse de vista que, recientemente, otra circunstancia mundial ha restringido por completo los movimientos de personas: la pandemia del Covid-19. En este sentido, no solo coyunturas que escapan de la voluntad humana promueven las migraciones, sino que otras pueden paralizarlas por completo.

La globalización junto con la expansión de internet en la gran mayoría de los países del mundo, han permitido acortar distancias y aproximar culturas (aunque no por ello se hayan reducido los sentimientos de desconfianza, el racismo y las posturas antiinmigratorias), facilitando las posibilidades de los trabajadores de buscar y encontrar empleos que se ajusten a sus expectativas en empresas de Estados distintos, mejorando la comunicación y conexión entre futuros empleadores y empleados, y entre ambos con las agencias de intermediación, nacionales e internacionales.

En este orden de cosas, podemos diferenciar distintas causas que favorecen la migración de trabajadores o de personas en búsqueda de empleo, que podemos agrupar en dos grandes bloques. El primero de ellos, se encuentra formado por personas que huyen de situaciones de extrema necesidad, violencia, conflicto, inestabilidad política o catástrofe natural a otros países en busca de un mejor porvenir que el que puede ofrecerles su país de origen. A pesar de que muchos de los países limítrofes son receptores de estas personas desplazadas, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, estos migrantes tratan de acceder a países de la Unión Europea (UE) por su legislación en materia de inmigración y la protección que proporciona a las personas y trabajadores migrantes<sup>5</sup>. La llegada masiva de inmigrantes en las últimas décadas como consecuencia de este tipo de situaciones ha provocado que la UE se haya encontrado en la necesidad de adaptar su legislación a las circunstancias emergentes en materia de libertad de circulación e inmigración. Consecuencia de ello han sido, asimismo, diferentes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de importante calado, respecto del derecho a disfrutar de determinadas prestaciones sociales de carácter no contributivo por parte de inmigrantes sin empleo.

En el segundo bloque se integrarían aquellas personas que, sin tener que huir o abandonar su país de origen por alguna de las circunstancias comentadas sobre estas líneas, buscan empleo en otro Estado, bien por no encontrar en su país o bien por buscar condiciones que se ajusten mejor a sus expectativas. Sobre esta situación, la influencia del uso de internet junto con la creación de redes sociales vinculadas a la búsqueda de empleo y reclutamiento de plantilla, han sido decisivas para favorecer el contacto entre empresas y tra-

---

<sup>4</sup> Informe sobre las migraciones en el mundo. OIM

<sup>5</sup> Como bien afirma Harari, “los sirios prefieren emigrar a Alemania antes que a Arabia Saudí, Irán, Rusia o Japón, no porque Alemania esté más cerca o sea más rica que los demás destinos potenciales, sino porque Alemania tienen un historial mucho mejor a la hora de recibir de buena manera y asimilar a los inmigrantes”. HARARI, Y.N., “21 lecciones para el siglo XXI”, *Penguin Random House*, 2018, p.161.

bajadores de diferentes nacionalidades, permitiendo a ambas partes encontrar al trabajador o el puesto de trabajo idóneos para cubrir sus necesidades. En relación con este concreto supuesto pueden plantearse numerosas cuestiones en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de legislación aplicable a los trabajadores. No obstante, de todas ellas podemos destacar aquella que resulta de rabiosa actualidad, esto es, la problemática que plantea la inexistencia de una definición común de trabajador asalariado en los países de la UE en materia de plataformas digitales.

En ambos casos, tanto en los supuestos del primer bloque enunciados, como en los del segundo bloque, no puede perderse de vista que las agencias y redes de intermediación resultan de gran ayuda para proporcionar trabajo a las personas migrantes. Estas agencias pueden ser privadas o puede tratarse de redes públicas, como la Red EURES, cuya labor puede resultar fundamental frente a los movimientos migratorios que se están produciendo en la actualidad en el seno de la UE. Así, la migración es una realidad de importancia para la Unión, que se ha tomado en consideración en la elaboración de diferentes instrumentos, como la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, y respecto de la cual se ha desarrollado la Agenda Europea de Migraciones, que reconoce que la migración es una responsabilidad común y un desafío para los países de origen y destino<sup>6</sup>.

## 2. LOS TRABAJADORES DE LA UNIÓN EUROPEA: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

### 2.1. El derecho a la libre circulación de trabajadores

Como hemos comentado sobre estas líneas, son múltiples las razones que motivan actualmente los movimientos migratorios. La guerra de Ucrania, sin duda, ha supuesto un nuevo desafío para las políticas de inmigración de la UE, si bien ésta ya se venía enfrentando a la llegada masiva de personas procedentes de diferentes países en busca de mejores condiciones de vida y de trabajo.

Antes de entrar a analizar situaciones conflictivas y posibles soluciones a las mismas, no puede perderse de vista el derecho básico que se encuentra en juego en este contexto: la libre circulación de personas y de trabajadores en la UE. El concepto de este derecho ha ido evolucionando con el tiempo, aunque podemos encuadrar su origen en 1961, en el Reglamento nº15, de 16 de agosto, así como en la Directiva 64/221/CEE, que establece una serie de mínimos en materia de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad. Las bases del derecho a la libre circulación se definen más tarde en el

---

<sup>6</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.: “Retos derivados de los nuevos movimientos migratorios ¿contamos con una política de emigración?” *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº48, 2018, p.18.

tiempo, en el artículo 3.2 del Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, cuya versión consolidada<sup>7</sup> establece que: “*La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia*”.

Este espacio de libertad y seguridad jurídica incluye el derecho de desplazamiento y de residencia del trabajador, de entrada y residencia de sus familiares y el derecho a trabajar en otro Estado miembro y a recibir el mismo trato que sus nacionales como parte del derecho a la libre circulación<sup>8</sup>. De la definición de este derecho, por su parte, no puede perderse de vista el papel que juega el concepto de ciudadanía de la UE. El artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>9</sup> recoge la creación de esta ciudadanía de la Unión y establece que “*Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*”. Por su parte, el artículo 45 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>10</sup> recoge que: “*1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro*”.

En este sentido, algunos autores consideran la libre circulación de trabajadores como “la manifestación estelar de la política social de las Comunidades Europeas”<sup>11</sup>. No obstante, no se trata de una libertad absoluta, sino de un principio fundamental del Derecho de la Unión que, conforme a la jurisprudencia del TJUE debe interpretarse de manera estricta y respetando los límites del Derecho de la Unión y el principio de proporcionalidad<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Diario Oficial de la Unión Europea C83/15: Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El contenido del derecho de libre circulación de trabajadores en la Unión Europea, su proyección normativa y sus excepciones”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 247, 2021, p.2.

<sup>9</sup> Diario Oficial de la Unión Europea C83/47: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada.

<sup>10</sup> Diario Oficial de la Unión Europea 2000/C 364/01: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>11</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La libre circulación de los trabajadores comunitarios”, *Proyecto Social: Revista de relaciones laborales*, núm. 1, 1993, p.125.

<sup>12</sup> STJUE (Sala Tercera) de 19 de septiembre de 2013 (C-140/12): “*procede recordar que, dado que el derecho a la libre circulación es, como principio fundamental del Derecho de la Unión, la regla general, los requisitos previstos en el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38 deben interpretarse de manera estricta (véanse, por analogía, las sentencias antes citadas Kamberaj, apartado 86, y Chakroun, apartado 43), así como respetando los límites impuestos por el Derecho de la Unión y el principio de proporcionalidad (véanse las sentencias antes citadas Baumbast y R, apartado 91; Zhu y Chen, apartado 32, así como Comisión/Bélgica, apartado 39).*”

Además, tal y como afirman expertos en la materia<sup>13</sup>, la dimensión social de la libre circulación de personas en la UE debe convivir con una dimensión económica, ya que los flujos migratorios y la movilidad laboral dependen esencialmente de la oferta y la demanda de la mano de obra y, con ello, se ajustan los salarios, su rebaja y su aumento.

En este orden de cosas, cabe destacar también lo establecido en el Reglamento 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011<sup>14</sup>, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, que se refiere a las personas que hacen uso de este derecho de libre circulación con el fin de desarrollar en otro Estado miembro, distinto del de origen, una actividad por cuenta ajena (derecho al que se ha adherido también el de desplazamiento para la búsqueda de empleo). Por tanto, puede afirmarse que dicha libertad de circulación se refería en origen a aquellas personas que actuasen en calidad de agentes económicos y contribuyesen, de esta forma, a la vida económica de la UE (en aquel momento, Comunidad Económica Europea)<sup>15</sup>. Así, se habla de una “ciudadanía de mercado” frente a una “ciudadanía social”<sup>16</sup>.

No obstante, no puede perderse de vista que el contenido de este concepto de ciudadanía y el derecho a la libertad de circulación, han sido matizados por el TJUE en diferentes sentencias, en relación directa con la delimitación del concepto de trabajador en el seno de la UE y, por otra parte, con el derecho a recibir, o no, determinadas prestaciones sociales. Resulta idóneo resumir la trayectoria de ambas cuestiones para poder entender el punto en el que nos encontramos actualmente en materia de libertad de circulación e inmigración.

## 2.2. El concepto de trabajador comunitario en relación con la libertad de circulación

En primer lugar, sobre el concepto de trabajador en la UE, es por todos conocido el debate que se está planteando en la actualidad respecto de la delimitación de una noción común de trabajador de plataformas digitales para todos

---

<sup>13</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016, p.20.

<sup>14</sup> Diario Oficial de la Unión Europea L 141/1 REGLAMENTO (UE) No 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.

<sup>15</sup> En este sentido, el considerando 4 de dicho Reglamento establece que: “*La libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia. La movilidad de la mano de obra en la Unión debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros. Conviene afirmar el derecho de todos los trabajadores de los Estados miembros a ejercer la actividad de su elección dentro de la Unión*”.

<sup>16</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, cit., p.20.

los Estados miembros. Sobre esta cuestión, los diferentes Estados de la UE han elaborado mecanismos para la determinación de la categoría de trabajador asalariado amparados, en su mayoría, en indicaciones o indicios de laboralidad. En el seno de la UE, se ha propuesto la Directiva de la UE al respecto.

No obstante, si nos centramos en el concepto de trabajador a efectos de libertad de circulación propiamente dichos, el TJUE ha realizado una labor de interpretación de éste a través de varias de sus sentencias. En primer lugar, en la sentencia dictada en el asunto Unger<sup>17</sup>, se establecieron las bases que sustentan la idea de que el concepto de trabajador tiene un alcance comunitario, autónomo del que determinen los Estados miembros, ya que, en caso contrario, la delimitación del ámbito subjetivo del derecho a la libre circulación podría quedar sometido a la discrecionalidad de aquellos.

A continuación, el concepto de trabajador se perfiló gracias a la sentencia dictada en el asunto Lawrie-Blum<sup>18</sup>, que se centraba en el caso de una profesora en prácticas y que estableció el denominado “test de suficiencia” para que concurra el concepto comunitario de trabajador, utilizado ahora, con carácter casi absoluto, por el TJUE. Como bien han delimitado expertos en la materia<sup>19</sup>, el test establece las señas de identidad en la materia (el derecho a libre circulación es un principio fundamental de la UE; debe existir una interpretación uniforme del concepto de trabajador con alcance comunitario y autónoma que no puede ser modificado por los Estados y que se ampara en criterios objetivos de definición de la relación laboral como “*la realización por una persona durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración*”).

### 2.3. La asistencia social a los ciudadanos de la Unión: los trabajadores económicamente inactivos

Sobre la libertad de circulación en relación con el derecho a percibir determinadas prestaciones sociales, cabe comentar brevemente algunas sentencias del TJUE. Por una parte, la sentencia sobre el asunto Dano<sup>20</sup>, estableció que las prestaciones especiales en metálico no contributivas<sup>21</sup> deben concederse

<sup>17</sup> STJUE de 19 de marzo de 1964 (C-75/63).

<sup>18</sup> STJUE de 3 de julio de 1986 (C-66/85).

<sup>19</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Concepto de Trabajador y Economía Digital. Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE”, *Revista Derecho social y empresa*, (Ejemplar dedicado a: La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y economía digital, teletrabajo y desconexión digitales), núm. 14, 2021, p.15.; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Concepto de trabajador”, en García Murcia, J. (Dir.): *Condiciones de Empleo y Relaciones Laborales en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson–Reuters Aranzadi, 2017, pp. 45 y ss.

<sup>20</sup> STJUE (Gran Sala) de 11 de noviembre de 2014 (C-333/13).

<sup>21</sup> Contempladas en el artículo 70, apartado 2 del Reglamento n°883/2004, están comprendidas en el concepto de «prestaciones de asistencia social» en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38.



de conformidad con la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen las personas que la han solicitado o los miembros de su familia<sup>22</sup>, por lo que nada se opone a que la concesión de tales prestaciones a ciudadanos de la UE que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida. En este punto, es manifiesto el carácter económico de la ciudadanía de la Unión antes comentado, puesto que, entre los objetivos de la Directiva mencionada se encuentra evitar que determinadas personas se conviertan en una carga económica excesiva para la asistencia social del Estado que las acoge, tal y como refleja el TJUE en su sentencia<sup>23</sup>.

Por tanto, se delimita un nuevo tipo de sujetos, esto es, los ciudadanos de la UE económicamente inactivos. En este sentido, el TJUE establece en su sentencia que *“un Estado miembro debe tener la posibilidad de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia.”*

No obstante, esta situación en la que una persona se encuentra inactiva económicamente, no implica que no se encuentre en búsqueda activa de empleo. Sobre esta cuestión se pronunció el TJUE en su sentencia sobre el caso Alimanovic<sup>24</sup>, al afirmar que *“la Directiva 2004/38, que establece un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador que pretende asegurar el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones sociales, toma en consideración, ella misma, los diferentes factores que caracterizan la situación individual de cada solicitante de una prestación social, y en especial la duración del ejercicio de una actividad económica”*. En este sentido, en caso de conservar la condición de demandante de empleo, se garantiza la igualdad de trato a los ciudadanos de la Unión con respecto de los nacionales del Estado miembro en cuestión. En el caso Alimanovic, la normativa de dicho Estado (Alemania) establecía un plazo de seis meses desde el desempeño del último trabajo para la consideración de una persona como demandante de empleo, por lo que, al haberse superado el mismo, ya no podían percibirse las prestaciones sociales a las que podían acceder los trabajadores o deman-

---

<sup>22</sup> MIRANDA BOTO, J.M.: “La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, Derecho del trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro / coord. por María Areta Martínez; Miguel Cardenal Carro (dir.), Ana Isabel Pérez Campos (dir.), 2019, p.61.

<sup>23</sup> Fundamento 74 de la STJUE (Gran Sala) de 11 de noviembre de 2014 (C-333/13): *“Admitir que personas que no disfrutaban del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida”*.

<sup>24</sup> STJUE (Gran Sala) de 15 de septiembre de 2015 (C-67/14).

dantes de empleo mencionados, con independencia de que se dispusiera del derecho de residencia. La medida alemana fue considerada apropiada, transparente y proporcionada por parte del TJUE.

### 3. INTERMEDIACIÓN: LA RED EURES

Una vez planteado el estado de cosas en materia de libertad de circulación de trabajadores en el seno de la UE, cabe analizar cómo las diferentes situaciones que se están produciendo a escala mundial y que propician el aumento o la disminución de los movimientos migratorios pueden afectar a este derecho, o verse afectadas por el mismo, y cómo la actividad de la actividad de intermediación, en concreto a través de la Red EURES, puede servir de ayuda a la hora de abordar la situación migratoria en la UE.

#### 3.1. Coyuntura actual de la movilidad en Europa: crisis y trabajo digital

Podemos distinguir tres situaciones de actualidad que condicionan la situación migratoria en Europa. En primer lugar, la crisis derivada de la pandemia del Covid-19, que aún continúa repercutiendo en el mercado laboral mundial; en segundo lugar, la crisis migratoria derivada de la invasión de Ucrania por Rusia, y, en tercer lugar, las nuevas formas de trabajo digital y su influencia en la movilidad de trabajadores.

La crisis sanitaria derivada de la pandemia del coronavirus en el año 2020 produjo la activación de uno de los límites más extremos en materia de protección de la salud pública: el cierre de fronteras. La posibilidad de aplicar esta medida se ha contemplado desde la promulgación originaria del derecho a la libre circulación, de hecho, se encuentra recogida en el artículo 29 de la Directiva 2004/38/CE, conforme al cual: *“Las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales”*<sup>25</sup>; sin embargo, no había sido necesario aplicarla hasta el momento.

La decisión de cerrar fronteras y, más adelante, de reabrir las con restricciones, afectó de manera grave a la libre circulación de trabajadores, si bien la medida procedía del establecimiento de límites a la regulación general de

---

<sup>25</sup> De manera semejante se recogía en la anterior Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, en su artículo 4.

la libre circulación de personas<sup>26</sup>. La normativa desarrollada durante la pandemia en materia laboral fue muy numerosa, por ello, parece preciso destacar algunas de ellas, pero sin ánimo de exhaustividad. Así, se publicó el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. Aunque se trató de una norma limitada en el tiempo, a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19<sup>27</sup>, la medida afectó de manera directa e indirecta a millones de empleos. En primer lugar, profesiones sanitarias, en materia de alimentación o de cuidados. En este sentido, la Comisión Europea presentó sus “Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales”<sup>28</sup>.

En segundo lugar (y a continuación de las primeras directrices), aquellos empleos considerados “críticos”, respecto de los cuales, la Comisión (a petición del Consejo Europeo en su Declaración conjunta de 26 de marzo) dictó unas nuevas directrices<sup>29</sup>. En ellas se establece un amplio listado (sin carácter exhaustivo) de profesiones que adquirieron el nuevo calificativo de “críticas” y que se refieren esencialmente a sanidad, transporte, tecnología, suministro de mercancías, cuidados, comunicaciones, etc. En verano de 2020 se presentaron directrices específicas para el sector turístico y agroalimentario<sup>30</sup>, y en octubre de ese mismo año, se aprobó la Recomendación (UE) 2020/1475 del Consejo, sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19<sup>31</sup>.

Respecto a la guerra de Ucrania, hemos comentado anteriormente que la cifra de refugiados en Europa asciende a más de ocho millones. Esta crisis humanitaria derivada de la invasión ha tenido graves repercusiones el em-

---

<sup>26</sup> MIRANDA BOTO, J.M., “La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, nº1, 2022, p.52.

<sup>27</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de conformidad con el artículo 16, apartado 1, del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, COM/2021/649 final, establece que: “Cualquier propuesta de la Comisión de prorrogar el Reglamento estaría limitada en el tiempo, ya que el objetivo de la Comisión es recuperar la libre circulación sin restricciones tan pronto como la situación epidemiológica lo permita”.

<sup>28</sup> Diario Oficial de la Unión Europea (2020/C 86 1/01).

<sup>29</sup> Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores. Diario Oficial de la Unión Europea (2020/C 102 1/03).

<sup>30</sup> Directrices sobre los trabajadores de temporada en la UE en el contexto del brote de COVID-19. Diario Oficial de la Unión Europea (2020/C 235 1/01).

<sup>31</sup> RECOMENDACIÓN (UE) 2020/1475 DEL CONSEJO de 13 de octubre de 2020 sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19. Diario Oficial de la Unión Europea (L 337/3).

pleo, no solo a escala nacional, sino, también, a nivel mundial. Según la OIT, en Ucrania, el empleo en 2022 fue del 15,5% (2,4 millones de puestos de trabajo) por debajo del nivel de 2021, anterior a la guerra<sup>32</sup>. Huelga decir que, todas las personas que escapan de dicha guerra y se refugian en otros países, no sólo van a necesitar ayuda para cubrir necesidades esenciales para la vida, sino que, a medio y largo plazo, también van a necesitar encontrar empleos que les permitan vivir de manera independiente.

En relación con el ahora objeto de estudio, no puede perderse de vista que no resulta de aplicación a estas personas la condición de ciudadanos europeos, ya que Ucrania no forma parte de la UE. Por tanto, el marco normativo comunitario estudiado hasta ahora sobre libertad de circulación de personas y trabajadores no es el aplicable a esta situación, por lo que la normativa para regular la movilidad de estas personas por la UE y los trámites para su colocación y acceso al empleo deben ser otras. En este sentido, es necesario acudir a otras normas internacionales. La primera de ellas es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>33</sup>, que recoge en su artículo 23 el derecho al trabajo como un derecho humano. Por otra parte, y de manera ya más específica, la Convención de Ginebra<sup>34</sup> establece en su artículo 17 que: *“En cuanto al derecho a empleo remunerado, todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros”*. Además, recoge que, en todo caso, las medidas restrictivas respecto de los extranjeros o del empleo de extranjeros, impuestas para proteger el mercado nacional de trabajo, no se aplicarán a los refugiados que estuvieran exentos de ellas en la fecha en que la Convención entrase en vigor respecto del Estado Contratante interesado, o que reunieran una de las condiciones siguientes: *“a) Haber cumplido tres años de residencia en el país; b) Tener un cónyuge que posea la nacionalidad del país de residencia. El refugiado no podrá invocar los beneficios de esta disposición en caso de haber abandonado a su cónyuge; c) Tener uno o más hijos que posean la nacionalidad del país de residencia”*. Por su parte, el artículo 24 del mismo texto normativo establece que, los Estados deben conceder a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio el mismo trato que a sus nacionales en materia de remuneración (incluso subsidios familiares cuando formen parte de la remuneración) y seguros sociales.

---

<sup>32</sup> OIT, *“Impact of the crisis on employment, incomes and social protection”*, Febrero de 2023. Accesible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/briefingnote/wcms\\_867586.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/briefingnote/wcms_867586.pdf)

<sup>33</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>34</sup> CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137.

Respecto de la legislación comunitaria en esta materia, son numerosas los instrumentos y normas que se han dictado a lo largo de la historia de la Unión en materia de elaboración de una política común de asilo como uno de los elementos constitutivos del objetivo de la UE de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, de entre las cuales, sin deseo de resultar exhaustivos, destacamos la Directiva 2001/55/CE, del Consejo de 20 de julio de 2001<sup>35</sup>. El objeto de esta se recoge en su artículo primero, y no es otro que establecer normas mínimas para la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acogerlas y asumir las consecuencias de su acogida. Esta “protección temporal” se entiende sin perjuicio de la condición de refugiado otorgado por la Convención de Ginebra (si bien garantiza una mayor cobertura que la ofrecida por ésta), y se otorga de manera automática a todas las personas que cumplan con los requisitos indicados en la norma, sin que resulte necesario quedar sujeto a una resolución administrativa interna de los Estados miembros. Estas personas protegidas temporalmente contarán con autorización de dichos Estados a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, con arreglo a las normas aplicables a cada profesión, y a participar en actividades de formación, sin que sea posible dar prioridad a los ciudadanos de la UE y a los ciudadanos de los Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (artículo 12).

Por último, el nuevo contexto de digitalización en las empresas a escala mundial también manifiesta sus consecuencias en el empleo y en la actividad de intermediación. Así, la libre circulación de trabajadores en la UE fue diseñada para la movilidad de personas de forma física y para la realización de trabajos con un desplazamiento del trabajador por el territorio comunitario. Por una parte, como hemos comentado anteriormente, la aplicación de una gestión algorítmica en las empresas y, especialmente, el trabajo a través de plataformas digitales, es un problema al que se están enfrentando en la actualidad la mayoría de países de economías desarrolladas y que también ha repercutido en el ordenamiento comunitario, especialmente en relación con el debate acerca de la reelaboración del concepto de trabajador, hasta el punto de haberse propuesto la Directiva de la UE para la mejora de las condiciones laborales de las personas que trabajan a través de plataformas digitales.

Por otra parte, el segundo problema en materia de digitalización es el teletrabajo transfronterizo, en concreto, como se han planteado ya algunos autores, si adquieren o no la condición de migrantes<sup>36</sup>. En el trabajo transfronterizo

---

<sup>35</sup> Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

<sup>36</sup> MIRANDA BOTO, J.M., “La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización”, cit., p.66.

original, el TJUE estableció en el caso Hartmann<sup>37</sup> que, “*un nacional de un Estado miembro que, conservando su empleo en dicho Estado, ha trasladado su domicilio a otro Estado miembro y desde entonces ejerce su actividad profesional como trabajador fronterizo puede invocar la condición de trabajador migrante*”. En este sentido, parece que, por analogía, podría aplicarse esta doctrina al teletrabajo. Por otra parte, queda en el aire también si, el Reglamento (CE) n°593/2008, se ha quedado obsoleto frente a la digitalización en el mercado de trabajo y, como afirman expertos<sup>38</sup> en la materia, resultaría preciso añadir un apartado que regulase las situaciones de trabajo transnacional, respecto del cual, el punto de unión relevante sería el mercado en el que tienen transcendencia las operaciones económicas realizadas en el tráfico mercantil de la empresa.

### 3.2. Red EURES

Uno de los derechos instrumentales para que los trabajadores puedan ejercer su derecho a la libre circulación es el de “responder a ofertas efectivas de trabajo”, tal y como recoge el artículo 45 del TFUE. Este derecho inherente a la libre circulación influye, como hemos tenido ocasión de analizar en apartados anteriores con mayor detalle, en la ampliación del concepto de trabajador, ya que mantendrán esta condición las personas que se encuentren en búsqueda activa de empleo<sup>39</sup>.

En esta búsqueda de empleo, los trabajadores pueden actuar directamente o bien, a través de agencias o sistemas de intermediación y colocación. Las agencias de empleo pueden ser públicas o privadas, de carácter nacional o internacional. Sobre esta cuestión se han aprobado diferentes instrumentos de carácter internacional, como el Convenio n°88 de la OIT, sobre el servicio de empleo o el Convenio n°181 sobre las agencias de empleo privadas.

Actualmente, el papel de Internet tiene una influencia decisiva en los cambios que se están produciendo en materia de empleo y colocación. Las posibilidades de comunicación masiva y de acceso a ofertas de empleo de cualquier país del mundo ha permitido superar las clásicas barreras locales de los sistemas de colocación tradicionales<sup>40</sup>. Así, las nuevas tecnologías permiten que la información se difunda de manera globalizada y a gran velocidad<sup>41</sup>,

<sup>37</sup> STJUE de 18 de julio de 2007 (C-212/05).

<sup>38</sup> MIRANDA BOTO, J.M., “La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización”, cit., p.68.

<sup>39</sup> AGUILAR GONZÁLVIZ, M.C., “Despliegue de derechos en el ejercicio de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 59, 2022, p.131.

<sup>40</sup> AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., “Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera”, en “Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos”, Miguel Rodríguez-Piñero Royo (dir.), Macarena Hernández-Bejarano (dir.), 2017, p.295.

<sup>41</sup> GARCÍA GARCÍA, E., MAROTO ILLERA, R., PÉREZ BERMEJO, F., JIMENO SERRANO, JF.: “Nuevas tecnologías y mercado de trabajo. Especial atención al caso español” *Revista de Economía Industrial*, n 348, Ministerio de Economía nov-dic. 2002 VI, p.15.

por lo que los mecanismos de selección de empleos y de trabajadores han sufrido un cambio irreversible.

Una vez instaurado Internet como el espacio principal en el que se vuelcan las ofertas de empleo y se producen las primeras tomas de contacto entre oferentes y demandantes, cabe matizar que son numerosas las plataformas por medio de las cuales se llevan a cabo estos procesos, sean públicas o privadas. En ambos casos, parece fundamental establecer una regulación básica de protección y garantía de derechos a los usuarios de las mismas. Por otra parte, determinadas redes sociales están funcionando a efectos prácticos como plataformas de colocación. Sin ánimo de exhaustividad, cabe mencionar la red LinkedIn, que se posiciona como una de las redes profesionales más importantes en el mercado, de hecho, ella misma se califica como “la mayor red profesional del mundo”.

La idea de que dicha red social está realizando una actividad de colocación responde al funcionamiento de la misma y a su principal cometido: acercar a empresas oferentes de empleo con trabajadores que, en muchos casos, se encuentran en búsqueda del mismo. En este sentido, las empresas seleccionan perfiles de trabajadores que cumplen con los requisitos del puesto de trabajo que ofrecen y les envían comunicaciones e información acerca de la apertura de procesos de selección con el fin de que participen en el mismo en caso de que les interese. Facilitan, en la mayoría de los casos, información sobre el puesto de trabajo, el salario, jornada, así como existencia de otros puestos dentro de la misma empresa<sup>42</sup>. Los trabajadores, por su parte, se ponen en contacto con la empresa que haya publicado o les haya escrito de manera privada acerca de un proceso de selección en el que muestran interés, con el fin de obtener más información sobre el mismo o concretar los pasos a seguir para iniciar el proceso de selección. No puede negarse, por tanto, que esta red social sirve en numerosas ocasiones como paso previo a la colocación de trabajadores en empresas, a escala mundial y con absoluta inmediatez, por lo que se manifiesta como un sistema mucho más atractivo que los sistemas tradicionales de mediación para empresas y trabajadores.

En relación ya con las agencias y sistemas públicos de intermediación y colocación, vamos a centrarnos en aquellos de carácter internacional, especialmente en los mecanismos de intermediación a escala europea y, en concreto, en la Red EURES. Esta red se encuentra en funcionamiento desde el año 1994, y actualmente<sup>43</sup> viene regulada por el Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2016 relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n°492/2011 y (UE) n°1296/2013<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., “Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera”, cit., p.324.

<sup>43</sup> El antecedente de la Red EURES fue el Servicio Europeo de Compensación de Ofertas y Demandas de Empleo (SEDOC).

<sup>44</sup> Diario Oficial de la Unión Europea (L 107/1).

La Red EURES funciona como plataforma informática común para los Estados miembros, y en ella, éstos publican las ofertas y demandas de empleo que constan en sus Servicios Públicos de Empleo. El funcionamiento de la Red EURES se ha visto afectado en la actualidad (principalmente) por las tres circunstancias comentadas anteriormente. Como es lógico, en relación con la pandemia del coronavirus, tal y como recoge el Informe de la Comisión de la actividad de EURES de julio de 2018 a junio de 2020<sup>45</sup>: “*La pandemia de la COVID-19 y el cierre de las fronteras interiores afectaron gravemente a la libre circulación de trabajadores y a las operaciones de EURES en 2020. Las nuevas actividades de colocación se paralizaron casi por completo durante la primavera de 2020. Y las actividades de información de EURES se vieron seriamente afectadas*”. La pandemia del coronavirus obstaculizó la movilidad laboral en toda Europa y desvió los recursos y las prioridades de los países pertenecientes a la Red EURES, por lo que todo el funcionamiento de ésta se vio sujeto a importantes demoras. Las recomendaciones para estos países miembros de la red se refirieron a la reanudación de la misma de forma coordinada, con el fin de mitigar las consecuencias del Covid-19, a la ampliación de la red y a conseguir avances en materia informática y, por último, a integrar en mayor medida el análisis de tendencias del mercado en la planificación de sus actividades.

Respecto de la situación existente en Europa derivada de la llegada masiva de refugiados procedentes de Ucrania, los servicios públicos de empleo de cada Estado miembro y, con mayor peso, la Red EURES, sería la vía idónea para regular la oferta y demanda de empleo de estos trabajadores migrantes<sup>46</sup>. Para ello, tal y como promueve la Comisión<sup>47</sup>, los Estados miembros pueden adoptar medidas que ayuden a estos refugiados a ejercer su derecho al trabajo, tales como informarles de su derecho de protección temporal ya comentado, o prestarles apoyo lingüístico. En este sentido, la propia Comisión ha añadido la lengua ucraniana a la EU Skills Profile Tool. De la misma manera, los Estados deben actuar en sus respectivos servicios públicos de empleo y, como consecuencia, la Red EURES. Ésta así lo ha hecho, y puede encontrarse en su perfil un apartado específico de información para los ucranianos que huyen del conflicto.

En cuanto a aquellos supuestos en los que la búsqueda de empleo no deriva de una situación de migración derivada de una crisis o guerra, la Red EURES encuentra en las redes sociales profesionales comentadas un fuerte competidor. Si bien es cierto que el objetivo común de la UE es alcanzar el mayor nivel de empleo posible, parece lógico que, para ello, la platafor-

---

<sup>45</sup> INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES sobre la actividad de EURES de julio de 2018 a junio de 2020 presentado de conformidad con el artículo 33 del Reglamento (UE) 2016/589 COM/2021/46 final.

<sup>46</sup> VIGO SERRALVO, F.: “Medidas normativas adoptadas por la Unión Europea para promover el acceso al empleo de las personas que huyen de la Guerra de Ucrania”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº. 61, 2022, p.84.

<sup>47</sup> Comunicado de prensa que puede consultarse en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_22\\_1946](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1946)



ma trate de analizar de qué manera puede ser tan accesible a trabajadores y empresarios como lo son dichas redes, y asemejarse en cierto modo a ellas. A pesar, por tanto, de que se trata de una red fuerte, no puede olvidarse que redes privadas, como LinkedIn, tiene 58 millones de empresas registradas, frente a las 5000 de EURES, y en ella buscan trabajo 50 millones de personas cada semana, frente al millón de CV con los que cuenta EURES<sup>48</sup>.

#### 4. BREVE REFLEXIÓN

La libertad de circulación como principio fundamental de la UE ha sufrido en los últimos tres años una serie de envites ni siquiera imaginados a lo largo de toda su historia. La crisis del Covid-19, la guerra de Ucrania y la llegada masiva de la digitalización han puesto en jaque a este derecho. No puede olvidarse que, a fin de cuentas, a pesar de la intención de prestar asistencia social a los migrantes ciudadanos de la UE, el origen del derecho y su fin son esencialmente económicos. Así, los Estados pueden denegar determinadas prestaciones de asistencia en caso de no encontrarse las personas en búsqueda activa de empleo, puesto que, conforme a la doctrina del TJUE, no puede legitimarse que su estancia en dichos países se deba exclusivamente a la percepción de las mismas y resulten una excesiva carga económica para los países. Con esta idea subyacente de que los ciudadanos de la UE deben colaborar en el fortalecimiento de la economía europea, el acceso al empleo no solo se configura como un derecho instrumental de la libertad de circulación, sino como un objetivo necesario. Para ello, existen diferentes mecanismos de intermediación, de entre los cuales, a nivel europeo, destaca la Red EURES. Si bien es cierto que esta plataforma no se encuentra al mismo nivel de uso que redes sociales profesionales, se manifiesta como instrumento idóneo para hacer frente a los problemas migratorios sucedidos en la actualidad. Frente a redes privadas, la red pública debe garantizar un componente social y tomar en consideración fomento del empleo de refugiados, así como el mantenimiento de los derechos tras la crisis del coronavirus. Por tanto, resultaría idóneo fomentar el uso de esta red y conseguir que alcance la misma visibilidad con que cuentan redes profesionales privadas, con el fin de que pongan en contacto a un elevado número de trabajadores y empresarios sin perder su vertiente social, así como tomar en consideración las nuevas formas de empleo y los problemas asociados como consecuencia de la aplicación de la digitalización al trabajo.

---

<sup>48</sup> Esta información puede encontrarse en <https://kinsta.com/es/blog/estadisticas-de-linkedin/#:~:text=Con%20m%C3%A1s%20de%2058%20millones%20de%20empresas%20incluidas%20en%20el,los%20reclutadores%20utilicen%20regularmente%20LinkedIn.> y en [https://eures.ec.europa.eu/index\\_es](https://eures.ec.europa.eu/index_es)



PROSPECCIÓN EMPRESARIAL E INTERMEDIACIÓN  
LABORAL. CLAVES DE UN PROGRAMA FALLIDO<sup>1</sup>

BRAIS COLUMBA IGLESIAS OSORIO

*Profesor Asociado Doctor*

*Universidad de La Laguna*

*biglesia@ull.es*

---

<sup>1</sup> PID2021-124045NB-C32. Las estrategias de las organizaciones sindicales y el papel de los interlocutores sociales en el proceso de transición justa, cambio climático y respecto del medio ambiente (Participación del autor: colaboración externa).

## SUMARIO

1. PROSPECCIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL. EL PERPETUO ENSUEÑO. 2. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO SEGÚN LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL. 3. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA. 3.1. Reformas legislativas de modernización de políticas activas de empleo en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia. 3.1.1. *La Estrategia española de apoyo activo al empleo 2021-2024*. 3.1.2. *Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo*. 3.1.3. *La Agencia Española de Empleo*. 4. SÍNTESIS CRÍTICA DEL NUEVO MARCO LEGISLATIVO EN POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

## 1. PROSPECCIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL. EL PERPETUO ENSUEÑO

El Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 diseña las Políticas Activas de Empleo<sup>2</sup> (PAE, en adelante) y de intermediación laboral en el seno del Sistema Nacional de Empleo (SNE, en adelante). La Estrategia establece el marco de actuaciones de los servicios públicos de empleo y sirvió de referencia para el diseño de los principios jurídicos de la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo. Este nuevo texto legislativo pretende, entre otros retos, mejorar la empleabilidad, reducir la brecha estructural de género, modernizar las PAE mediante el refuerzo de estructuras de coordinación del conjunto del SNE. Sin embargo, estas nuevas medidas de coordinación no se acompañan con instrumentos de financiación adecuados para afrontar los nuevos retos de coordinación de los muy diversos actores que participan y actúan en el ámbito de las PAE, ni se establecen suficientes instrumentos y procedimientos de prospección de las necesidades y perfiles profesionales que requieren las empresas. Si no se dota al SNE de nuevos recursos humanos, gran parte de los empleados públicos actuales que operan en materia de PAE continuarán dedicando su mayor esfuerzo a la gestión administrativa y a elaborar documentos de principios, objetivos, procedimientos, estrategias y propuestas que básicamente se quedan en un diagnóstico de la situación del mercado laboral sin opciones de reorientar sus actividades hacia la exploración y gestión de las necesidades de las empresas y la necesaria intermediación entre empleador y demandantes de empleo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL Y RAMOS QUINTANA, MARGARITA I. “La Zona Especial Canaria y el empleo: aspectos jurídicos laborales”, *Hacienda Canaria*, 18, 2007. Respecto a la noción legal de política de empleo, su contenido y la competencia estatal coordinada con las Comunidades Autónomas, véanse pp. 332-335.

<sup>3</sup> MIGUÉLEZ, FAUSTO; ALÓS, RAMÓN; CARRASQUER, PILAR; LOPE, ANDREU; MOLINA, ÓSCAR; PASTOR, ALBERTO; RECIO, ALBERT; RODRÍGUEZ-SOLER, JOAN; VERD, JOAN MIQUEL AND GODINO, ALEJANDRO, *Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2015. Cap. 1. En la misma publicación, LOPE, ANDREU, “Las políticas activas de empleo: el nuevo modelo de políticas activas”. Cap. 6. Véase, también,

Aunque se estén dando pasos en la buena dirección como la creación de un sistema de información común, con una estructura informática integrada y compatible (Portal Único de Empleo) y ahora con la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo se constituya una nueva estructura de coordinación de todos los agentes que operan en el diseño de PAE e intermediación laboral con la Agencia Española de Empleo que sustituye al SEPE, queda un gran trecho para modernizar las políticas de activación del empleo, dadas las debilidades y deficiencias que presentan los servicios públicos de empleo como constata la evaluación de las PAE por parte de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal<sup>4</sup>.

La realidad es que, hasta ahora, las PAE no ofrecen resultados visibles de acceso efectivo al mercado de trabajo<sup>5</sup>. Es más, algunos de sus programas (véase, PREPARA) no han servido como medidas de incentivación del empleo, sino que actuó como desincentivo. Según las estadísticas INE, y a modo de ejemplo, sólo un 4,17% de los parados registrados en el mes julio de 2022 encontraron trabajo por mediación de los servicios públicos de empleo. El ámbito interpersonal de contactos, la participación en acciones colectivas empresariales y las fuentes de información de las redes sociales están siendo los canales más utilizados para incorporarse al mercado de trabajo.

Consciente o inconscientemente, multitud de personas publican información valiosa de sus perfiles profesionales en las redes sociales. Crean una trazabilidad de su perfil competencial, localizan empresas y grupos vinculados su ámbito profesional, contactan con empleadores, participan en cuestiones en las que se consideran técnicamente expertos, aportan conocimientos y, al final, se posicionan como candidatos a un determinado puesto de trabajo.

Así pues, mientras que los servicios públicos de empleo no proporcionen una información y diagnóstico personalizado mediante mecanismos de orientación y acompañamiento de itinerarios individuales personalizados, la gran mayoría de los aspirantes a incorporarse al mercado laboral buscarán una

---

GARCÍA QUIÑONES, JUAN CARLOS, *Políticas activas de empleo durante la crisis económica (2010-2015)*. Editorial Reus, 2018; MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, “Intermediación y políticas activas de empleo: Una urgente reforma que brilla por su ausencia”, *Temas laborales*, 115, 2012, especialmente el epígrafe “la política de fomento de empleo: entre la crítica y la perpetuación”, pp. 148-150.

<sup>4</sup> Con anterioridad se habían propuesto alternativas metodológicas sin mucho éxito para la evaluación de las PAE. Véanse los estudios experimentales y observacionales de De la Rica, Sara. “Políticas activas de empleo: una panorámica”, *Fedea Policy Papers* 1, 2015, pp. 7-9.

<sup>5</sup> Diversos estudios han cuestionado los resultados de las PAE por sus nullos o limitados efectos en la activación del empleo (véase, MARTIN, J.P., “What Works Among Active Labour Market Policies: Evidence from OECD Countries Experiences”, en *OECD Labour Market and Social Policy Occasional Papers*, 1998, nº 35 o DE GRAAF, W., FRERICKS P. y MAIER, R., “Subsided labour as a labour market strategy in European Countries”, ESPAnet Conference, Copenhagen, 2003. Para mayor precisión, MORENO MÁRQUEZ, GORKA, “La reformulación del Estado del bienestar: el workfare, las políticas activas de empleo y las rentas mínimas”, *Zerbitzuan*, 43, 2008, pp. 143-154. Desde el debate político, véase García-Palma, María Belén, “Políticas activas de empleo en España: antecedentes y marco cultural desde el análisis del debate político.” *Studia Politicae*, 47, 2019, pp. 17-44.

alternativa en plataformas en línea o en las redes sociales. Los demandantes de empleo prefieren optar por gestionar individualmente su incorporación al mercado de trabajo acudiendo a plataformas digitales privadas que ofrecen servicios más actualizados y disponen de una mayor oferta de empleos (véase, Infojobs, Manpower o Adecco). Por otra parte, las empresas ya publicitan sus ofertas de empleo en canales alternativos, de ahí que el número de ofertas de empleo que se publican a través de los servicios públicos de empleo no alcanza ni el 3% de las ofertas que se publican en alguno de los canales o portales privados más representativos, como, por ejemplo, Infojobs.

El empleo no es un bien uniforme ni homogéneo que se distribuya por igual. Para conocer las necesidades de quien lo ofrece y los intereses (cualificación, circunstancias personales, limitaciones de capacidad, etc.) de quien lo demanda tiene sus costes. Por eso, el mercado de trabajo necesita de un apoyo e incentivo para poner en relación empleadores y demandantes de empleo. Esta labor de prospección e intermediación para casar oferta y demanda es cometido que corresponde a los servicios públicos de empleo. Son éstos los que deben desarrollar y aplicar técnicas e instrumentos de prospección y exploración de las necesidades empresariales, dado que la captación de ofertas de empleo debería ser el reto esencial del buen funcionamiento de los servicios públicos de empleo. Sin embargo, son conocidos los ínfimos porcentajes de colocaciones que se registran actualmente mediante la gestión de los servicios públicos de empleo. Este escasísimo éxito demuestra que las OPE siguen teniendo como principal actividad la inscripción y renovación de demandas de empleo con el fin de acceder a la prestación o subsidio de desempleo.

El conocimiento de los perfiles profesionales de las empresas mediante mecanismos eficientes de exploración del mercado de trabajo permitiría a los servicios públicos de empleo elaborar perfiles e itinerarios de empleabilidad adaptados a las necesidades de los empleadores. Sin embargo, como consecuencia de las carencias de recursos humanos, la labor de exploración del mercado laboral e intermediación de las OPE es prácticamente inexistente (obviamente, con ciertas excepciones) en tanto en que no hay una labor de prospección y presencial (visitas programadas) para conocer las necesidades reales de cada empresa.

## 2. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO SEGÚN LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Son conocidos los hallazgos y propuestas de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) respecto del gasto público en las PAE en España en el marco de la Fase I (2017-2021) y en el contexto del programa *Spending Review*. Su informe se ciñe al año 2017. Advierte, no obstante, la AIReF que los resultados sobre el gasto en PAE no son conclusivos, dada la dificultad con la que se encontraron en el suministro de datos presupuestarios

y de gasto por parte de las entidades responsables en esta materia, por lo que es complejo cuantificar con exactitud la partida destinada a las PAE<sup>6</sup>.

Según la AIReF, las entidades y agentes que integraban el SNE (SEPE, Servicios públicos de Empleo de las CCAA) invirtieron en el año 2017 entre 6.117.728.406 euros (gasto ejecutado en origen) y 6.543.502.961 euros (gasto ejecutado en destino). Atendiendo a los datos expuestos por este organismo evaluador sobre las PAE para el referido año, tanto el presupuesto inicial como el gasto real u obligación comprometida por desempleado es muy divergente en cada Comunidad autónoma. Por ejemplo, el País Vasco presentaba para ese año (2017) un gasto real de 1.500 euros aproximadamente por desempleado, mientras que Andalucía sólo había invertido en torno a 250 euros. Si comparamos el gasto en PAE con otros países de nuestro entorno, se constata que, por ejemplo, en el año 2016 y por participante de empleo, Francia invirtió 2.752 euros, Alemania, 4.089 euros, mientras que España sólo 470 euros de media. Curiosamente, el porcentaje del PIB de España (0.6%) para las PAE (en el año 2016) es similar al de Alemania (0.63). Por eso, estos datos hay que evaluarlos y ponerlos en relación al número de demandantes de empleo en cada país y, en el contexto español, en cada Comunidad Autónoma.

La AIReF verifica que el presupuesto de gasto en PAE, siguiendo el Plan Anual de Política de Empleo (PAPE), está destinado fundamentalmente a los ejes de formación (27,16%), información y orientación (23,41%) y oportunidades de empleo (10,93%). Llama la atención que el presupuesto no asignado alcance el 29,52%, mientras que los porcentajes de los otros tres ejes del PAPE –igualdad de oportunidades de acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional del SNE– no puedan ser reflejados adecuadamente por la falta de asignación presupuestaria concreta y definida a un eje o grupo de demandantes de empleo. Atendiendo al colectivo que es objeto de recibir incentivos para la empleabilidad, el organismo evaluador constata que el 30,38% del presupuesto se destinó a los desempleados, el 18,12% a las personas con discapacidad, el 4,41% a la empleabilidad de las mujeres, el 4,30% a los demandantes de empleo de larga duración, el 3,43% a los jóvenes demandantes de empleo, el 3,15% a los desempleados mayores de 45 años, el 2,74% a las empresas y el 18,78% a personas y entidades multibeneficiarias.

Interesa también señalar que el gasto por demandante de empleo por CCAA arroja una media de 44,59 euros con gran disparidad entre Comunidades Autónomas. Así, mientras el País Vasco invierte 97,62 euros y Galicia 59,15 euros, en el otro extremo se hallan Baleares con 27,77 euros y Castilla-

---

<sup>6</sup> Como advierte la AIReF, “(...) es necesario señalar que los sistemas de información del SNE dan cobertura parcial a la trazabilidad requerida para realizar un análisis extremo a extremo; que las distintas comunidades autónomas usan actualmente sistemas presupuestarios que no son homogéneos en su totalidad” (AIReF, “Evolución del gasto público 2018, (PAE) (Disponible y consultado el 18/03/2023 en: [https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/06/Estudio3-PAE/protegido\\_Proyecto\\_03.pdf](https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/06/Estudio3-PAE/protegido_Proyecto_03.pdf)).



La Mancha con 21,25 euros. La discrepancia se explica fundamentalmente por la gran diferencia que existe en actividades de información y orientación en las CCAA. Además de los servicios comunes que desarrollan todos los servicios de empleo público autonómicos, cada uno de ellas desarrolla programas y servicios específicos. Lo que se evidencia es que el gasto por demandante de empleo no es más alto en aquellas comunidades con mayor número de desempleados. Tampoco se constata que exista mayor inversión en oficinas de servicios de empleo en aquellas comunidades con mayor tasa de paro. El País Vasco, con menor tasa de paro, es la comunidad autónoma que más gasta por demandante de empleo. La divergencia es mayor si se tiene en cuenta el gasto por usuario de servicios de empleo. Mientras que el País Vasco destina 466 euros, Galicia, 119 (la segunda), en el otro extremo se hallan Castilla La Mancha con 41 euros y Baleares con 36 euros.

Con estos datos, la AIREF constata que existe un amplio margen de mejora no solo en la gobernanza, sino, y sobre todo, en la eficacia de estas políticas. Concretamente.

- Son evidentes las deficiencias del SNE que cuestionan la calidad de gasto en PAE.
- El SNE en su conjunto no ha identificado qué programas, servicios e itinerarios son más eficaces para asignar los recursos públicos de manera eficiente.
- La Conferencia Sectorial realiza el reparto de fondos sin tener en cuenta el cumplimiento de unos objetivos claramente definidos.
- No existe una trazabilidad del gasto por lo que no se puede conocer “los flujos de principio a fin y los criterios contables no están normalizados”.
- Los actores que intervienen en las PAE están demasiado atomizados y cada uno se reserva su competencia y la facultad de gestionar sus políticas de gasto, pese a que es el SEPE, a través de la Conferencia Sectorial, el que financia las PAE, carece de capacidad de seguimiento o trazabilidad del gasto real y efectivo de los fondos y subvenciones.
- El programa PREPARA, que invirtió unos 1.500 millones entre 2012 y 2017, y que benefició a unas 850.000 personas, no solo no sirvió (en los seis meses que duraba la prestación) para mejorar la incorporación de demandantes de empleo al mercado laboral, sino, bien al contrario, actuó como un desincentivo, dado que no ha habido mejora en la salida al mercado laboral de sus participantes.
- Tampoco se detecta una “normalización ni coordinación en la asignación de itinerarios”, porque no se utilizan mecanismos que establezcan perfiles que proporcionen e identifiquen un nivel probable de empleabilidad para cada demandante de empleo. No se establecen con rigor los factores y características del desempleo para poder activar un segui-

miento de su adecuación a determinados empleos que puedan satisfacer sus expectativas. Los “itinerarios no se diseñan *ex*, ante y en función de las características de los demandantes de empleo”. Por tanto, no existe un diagnóstico y tratamiento individualizado de los desempleados.

- Las OPE no disponen de suficiente autonomía para gestionar correctamente las necesidades singulares de cada demandante de empleo. Su catálogo de servicios no suele corresponder con el que se había programado. La arquitectura tecnológica se pone al servicio de la gestión administrativa más que al del “análisis y diagnóstico de perfiles de demandantes de empleo”. Además, los avances en la transformación digital de las OPE son escasos y muy heterogéneos si se compara con los adelantos en otros países de nuestro entorno.
- La información que proporcionan las OPE sobre las PAE es defectuosa o insuficiente, hasta el punto que no se puede conocer con exactitud los costes de las OPE y de los centros de formación. De ahí que existan tantas desviaciones y disparidades de coste entre CCAA y no se explica por qué la intensidad en el gasto por desempleado difiere tanto de una Comunidad Autónoma a otra.
- Ni el SEPE ni los servicios públicos de empleo autonómicos disponen de sistemas eficientes estandarizados (modelos EFQM) de calidad y excelencia para evaluar sus resultados, con alguna excepción, por ejemplo la Comunidad autónoma de Aragón. Al no existir una práctica evaluadora de las OPE sobre sus resultados, no se programa servicios e itinerarios que podrían ser más eficientes porque no tienen evidencia de sus fortalezas y debilidades.
- No existe una coordinación que permita que un mismo demandante de empleo reciba la misma información en cualquiera de los puntos a los que acuda.
- No se han introducido mecanismos incentivadores orientados al cumplimiento de objetivos de las personas responsables de orientar y formar a los demandantes de empleo.
- Se da escaso protagonismo a las entidades locales en PAE<sup>7</sup>, contrariamente a estrategias que otros países como el Reino Unido ponen en práctica con resultados exitosos.

Según la AIREF, el análisis y evaluación del gasto en las PAE por Comunidades Autónomas no ha podido realizarse porque los datos suministrados

---

<sup>7</sup> PALOMARES, RICARDO CALVO Y LERMA MONTERO, JOSÉ IGNACIO, “Políticas activas de empleo en tiempo de crisis: una visión crítica desde lo local”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 20, 2009, pp. 234-237. Respecto al papel de las entidades locales, véase también, NIETO ROJAS, PATRICIA. “La dimensión local de las políticas activas de empleo. Una revisión competencial tras la aprobación de la estrategia española de empleo 2012-2014”, *Temas Laborales*, 114, 2012, pp. 130-133.

por sus servicios públicos de empleo no han sido suficientemente concretos, con la salvedad de las personas que recibieron el servicio 14A (diagnóstico individualizado) en Aragón.

Pues bien, un breve repaso por los actuales planes de empleo de las Comunidades autónomas constatamos que en su mayoría se han elaborado siguiendo los patrones de los Planes, programas, estrategias y directrices de empleo del SEPE y de la UE. Todos ellos mantienen una terminología similar, una estructura y unos contenidos articulados en ejes y programas compartidos, precedidos de una exposición de la situación del empleo en la Comunidad junto con una formulación de objetivos que aspiran al pleno empleo y de calidad. Todos ellos hacen especial referencia a actuaciones dirigidas a aquellos colectivos con mayor dificultad para acceder a un empleo (jóvenes<sup>8</sup>, mujeres<sup>9</sup>, personas trabajadoras de avanzada edad, personas con algún tipo de incapacidad) y establecen acciones orientadas a la formación y recualificación de las personas desempleadas u ocupadas que, en función de sus aspiraciones buscan mejorar su vida laboral. En general, todas las estrategias de empleo de las Comunidades autónomas diseñan medidas para la reducción de la brecha de género y la desigualdad social y establecen mecanismos de incentivación del emprendimiento.

Otro de los supuestos retos de estos planes autonómicos de empleo es la prospección empresarial e intermediación laboral. Se incide en la necesidad de mejorar la colaboración y coordinación de los servicios públicos de empleo autonómicos con las entidades locales, los interlocutores sociales, las agencias de colocación y las entidades empleadoras usuarias de los servicios de empleo, etc. para la planificación de las actividades formativas. La necesidad de mejorar los procesos de intermediación mediante el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo es una de las comunes preocupaciones de los planes autonómicos de empleo, dada la reducida cuota de empleabilidad que registran los servicios públicos de empleo.

Sin embargo, todos estos planteamientos de tipo teórico de objetivos de los servicios públicos autonómicos chocan con la realidad, que parece que desconocen porque no evalúan sus resultados para descubrir sus deficiencias. Como se ha señalado, la AIReF no pudo evaluar las PAE de las CCAA para el año 2017 por la falta de aportación fiable de los datos presupuestarios y de gasto necesarios para su evaluación. Sin embargo, el desafío de evaluar la gobernanza y las partidas de gasto en cada Comunidad autónoma, llevó a la AIReF a un nuevo planteamiento y metodología consistente en realizar un estudio de las PAE de forma individualizada. En este empeño, en el año 2021 la AIReF publicó los

---

<sup>8</sup> VERD PERICÀS, JOAN MIQUEL, RODRÍGUEZ, JOAN y GONZÁLEZ HERAS, ALEJANDRO, "El papel de las políticas activas de empleo en las trayectorias laborales inestables de la población joven." *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales* 7, 2021, pp.123-152.

<sup>9</sup> ROJAS RIVERO, GLORIA PILAR, GÉNERO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL MERCADO DE TRABAJO", *Anales de la Facultad de Derecho*, 18/2, 2001. Respecto al acceso al trabajo de las mujeres, véase pp. 158-159.

hallazgos de las PAE en Castilla y León evidenciando que la gestión autonómica arroja unas carencias muy significativas respecto del funcionamiento, procedimientos, transparencia e eficacia de las mismas en esta Comunidad Autónoma y, probablemente dichas deficiencias serán comunes y generalizadas en otras. Concretamente, se verificó por el organismo evaluador que:

- Las políticas y cursos de formación tienen “un impacto modesto en la empleabilidad” y una eficacia inexistente a medio plazo y, además, no tienen efecto alguno en la calidad del empleo. Un ejemplo claro es la contratación de desempleados de la minería que solo tiene efectos durante el desarrollo del programa, pero desaparecen cuando finaliza.
- El modelo de gestión se centra en tareas administrativas y planificación de programas generalistas, muchos de ellos solapados o compartimentados sin coordinación eficiente de todos ellos. Por eso, el principal fin de los fondos recibidos es su inversión en programas, cuya calidad no se contrasta. De ahí que los fondos no se invierten en función resultados, precisamente porque no existen recursos para un seguimiento y evaluación de los programas.

Estos hallazgos de la AIReF sobre las PAE en Castilla y León –que probablemente se reproducen de forma generalizada en la mayoría de las CCAA–, muestran que el SEPE no dispone de una estructura de coordinación de los fondos que transfiere a las CCAA, ni seguimiento o trazabilidad del gasto en las PAE. Los servicios autonómicos de empleo, que tienen transferidas las competencias en empleo y formación, no asumen una cogobernanza con el SEPE no solo para el diseño de objetivos, sino también para la mayor optimización de los recursos.

Habiendo resumido las principales carencias de las PAE en el seno del SNE verificadas por la AIReF y partiendo de sus propuestas y recomendaciones hemos intentado ver cómo se reflejan éstas en los recientes textos legislativos en materia de empleo y de PAE.

### 3. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

En el acuerdo del Consejo Europeo del 21 de julio de 2020 se aprueba un paquete de medidas de gran alcance para impulsar la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea. Para ello se establece un marco financiero plurianual para 2021-2027 junto con la incorporación de un Instrumento Europeo de Recuperación (Next Generation EU) que actúe como Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. En este contexto, el 27 de abril de 2021 el Consejo de Ministros español aprobó el Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia (PRTR) para acogerse a los recursos financieros del Fondo Europeo de Recuperación. El objetivo del citado acuerdo del Consejo Europeo es la financiación en inversiones que permitan aumentar

la productividad y reducir la desigualdad social y territorial sin brechas de género. De ahí que el desarrollo del Plan conlleva un conjunto de reformas estructurales y legislativas orientadas a abordar los principales desafíos de nuestro país para alcanzar los objetivos propuestos en cada una de las áreas de actuación. En el área de “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo” (el denominado Componente 23 del Plan se diseña un conjunto de medidas para impulsar y modernizar las políticas de empleo, dado que “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”<sup>10</sup>. De modo que atendiendo a las recomendaciones de los organismos europeos e internacionales, se articulan una serie de medidas que permitan “reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, reducir la temporalidad y corregir la dualidad del mercado laboral, aumentar la inversión en capital humano, modernizar los instrumentos de negociación colectiva y aumentar la eficacia y eficiencia de las políticas públicas de empleo”.

Concretamente, la Reforma 5, “Modernización de políticas activas de empleo” del citado el Componente 23 determinó que se llevaran a cabo reformas legislativas en este ámbito que se plasmaron esencialmente en el Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia española de apoyo activo al empleo 2021-2024 y especialmente en la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo modificando el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

### **3.1. Reformas legislativas de modernización de políticas activas de empleo en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia**

#### *3.1.1. La Estrategia española de apoyo activo al empleo 2021-2024*

El Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (Estrategia, en adelante) propone establecer el marco conceptual y organizativo que servirá de base a todas las actuaciones que se realicen en el seno del Sistema Nacional de Empleo en materia de políticas activas de empleo y formación profesional para el empleo. La Estrategia establece qué principios y objetivos son comunes para todo el SNE en su ámbito estructural y estratégico, y con qué recursos financieros contarán los servicios públicos de empleo para sus actuaciones, junto con la evaluación del cumplimiento de los objetivos propuestos.

---

<sup>10</sup> Componente 23 del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia (disponible y consultado el 25/03/2023 en: <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente23.pdf>

Por tanto, la Estrategia surge como un tercer instrumento, uniéndose al PAPE y al SISPE, para coordinar los sistemas de información y las políticas de intermediación laboral que se desarrollen en el conjunto del Estado en el seno SNE, incluyendo, por tanto, todos los servicios y programas que realicen los servicios públicos de empleo estatales y autonómicos, tanto aquellos que se desarrollen con fondos estatales, como los que se lleven a cabo por las comunidades autónomas con recursos económicos propios. La Estrategia pretende modernizar las PAE con el objeto de que se acompañe “a las personas en las transiciones laborales, cada vez más frecuentes, a través de la orientación<sup>11</sup>, el reciclaje profesional y el aprovechamiento de las oportunidades de empleo a lo largo de la vida laboralmente activa”<sup>12</sup>. Esta modernización de las PAE contribuirá a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y a paliar la brecha de género, mediante el “acompañamiento personalizado” a empresas y colectivos con dificultades de acceso al empleo (jóvenes, demandantes de empleo de larga duración) y a personas vulnerables (refugiados, personas migrantes, personas gitanas, personas con discapacidad y personas en situación de alta vulnerabilidad) al objeto de lograr un marco laboral que refuerce el trabajo decente, la calidad y la estabilidad en el empleo<sup>13</sup>.

En suma, la Estrategia no es un marco jurídico de aplicación directa, sino un diseño estratégico y marco de actuaciones para los diferentes actores que intervienen en materia de incentivación del empleo y medidas de intermediación laboral en el seno del SNE. Como marco estratégico de referencia diseña los principios jurídicos sobre los que debe versar la legislación en este ámbito de activación del empleo, como ha sido el caso de la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo que pasamos a describir.

### 3.1.2. Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo

Los objetivos de la Estrategia española de apoyo activo al empleo se reproducen de nuevo en el art. 12 de la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo modificando el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. Esta Ley establece un nuevo marco de ordenación del conjunto de estructuras, recursos, servicios y programas que integran el Sistema Nacional de Empleo. Incorpora mecanismos jurídicos para revisar los Ejes de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y los Planes Anuales de Política de Empleo junto con la revisión de la Gobernanza del Sistema. Con este nuevo marco legal se

---

<sup>11</sup> TARAZONA, MARÍA y CHISVERT, JOSÉ, “Revisión del desarrollo de la orientación sociolaboral como política activa de empleo.” *REOP-Revista Española de Orientación y Psicopedagogía*, 25.1, 2014, pp. 8-24.

<sup>12</sup> Preámbulo de la Estrategia española de apoyo activo al empleo 2021-2024.

<sup>13</sup> AGUILAR GONZÁLEZ, MARÍA CRISTINA, “Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo.” *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales* 46, 2021, pp. 114-143.

da cumplimiento a lo establecido por la Decisión de Ejecución del Consejo Europeo (Council Implementing Decision – CID), de 13 de julio de 2021, relativa a la evaluación del PRTR de España.

La referida Ley recoge las propuestas de modernización de las PAE sugeridas por la evaluación de la AIREF que ya hemos expuesto<sup>14</sup>. Ejemplo de ello es el art. 12 que el Gobierno aprobará una propuesta de Estrategia española de apoyo activo al empleo que incluya, entre sus actuaciones, un sistema de acompañamiento personalizado a los demandantes de empleo que tendrán garantizada una Cartera Común de Servicios. De modo que el SNE tendrá que realizar un perfil individualizado de cada desempleado que busca empleo, proporcionándole tutorización individual y continuada y un itinerario personalizado. Cada demandante de empleo dispondrá de un expediente laboral personalizado único. Asimismo, aquél recibirá formación para el empleo y tendrá a su disposición un asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento. Por su parte, las empresas van a tener acceso al catálogo de servicios garantizados para que puedan gestionar mejor las ofertas de empleo que se publiquen en los servicios públicos de empleo. Podrán también tener a su disposición de información y asesoramiento en la contratación, informando de sus necesidades de formación y se les podrá dar apoyo en los procesos de recolocación. Las empresas usuarias deben también asumir su compromiso de comunicar sus vacantes.

Finalmente, la referida Ley da contenido y funciones a la Oficina de Análisis de Empleo que se dedicará al estudio y el asesoramiento sobre políticas de empleo y mercado de trabajo. Se moderniza el Portal Único de Empleo mediante el uso de las tecnologías más actuales incluida la inteligencia artificial<sup>15</sup>.

### 3.1.3. La Agencia Española de Empleo

Con la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, el SEPE es sustituido por la Agencia Española de Empleo, que nace con la aspiración

---

<sup>14</sup> En el Preámbulo de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo se manifiesta que el reto de esta marco legislativo es el de mejorar la empleabilidad, reducir la brecha estructural de género y promover nuevas políticas activas de empleo. Para ello, se establece una serie de compromisos que deben asumir las personas, empresas y demás entidades empleadoras usuarias de los servicios de empleo para poder acceder a los servicios garantizados. Concretamente, deberán (i) colaborar activamente con los servicios públicos de empleo en la planificación de las actividades formativas, (ii) comunicar los puestos vacantes con los que cuenten, en los términos que reglamentariamente se establezcan, y (iii) colaborar con la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras. Con carácter excepcional y en tanto la tasa de desempleo juvenil y de las mujeres no se equipare a la tasa de desempleo total, se permite la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas para las mujeres y las personas trabajadoras jóvenes con el fin de garantizar la igualdad real y efectiva en el acceso y consolidación del empleo de estos colectivos, siempre que estén justificadas, objetiva y razonablemente, sin que ello se considere discriminatorio.

<sup>15</sup> NAVARRO GARCÍA, SALUD. “Descentralización de las políticas activas de empleo”. en *La revolución digital en España. Impacto y retos sobre el mercado de trabajo y el bienestar*, 2018, cap. 6, pp. 283-310.

de coordinar de forma más eficiente las PAE y por ello tendrá, entre otras, las siguientes competencias:

- 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, en colaboración con las Comunidades Autónomas” [art. 22.d)].
- La planificación de “las actuaciones conjuntas de la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos en el desarrollo del Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo” [art. 22.e)].
- La gestión del “Observatorio de las Ocupaciones, con una red en todo el territorio del Estado, que analice la situación y tendencias del mercado de trabajo y la situación de la formación en el trabajo, en colaboración con las Comunidades Autónomas” [art. 22.f)].
- El mantenimiento de “las bases de datos generadas por los sistemas integrados de información del Sistema Nacional de Empleo y elaborar las estadísticas en materia de empleo, formación en el trabajo y protección por desempleo a nivel estatal” [art. 22.g)].
- La gestión de “los servicios y programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos” [art. 22.h)], cuando la ejecución de estos servicios y programas afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma.

#### 4. SÍNTESIS CRÍTICA DEL NUEVO MARCO LEGISLATIVO EN POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Como ya se mencionó, la AIReF constata que el conjunto del SNE carece de suficiente personal dedicado a las PAE, dado que España se encuentra entre los países de la UE que dispone de menos empleados públicos por demandante de empleo<sup>16</sup>. La media de demandantes de empleo por cada empleado público se sitúa en 135 en la UE<sup>17</sup>, en España alcanza los 1.026<sup>18</sup>, aunque estas cifras hay que entenderlas en relación al número de desempleados de cada país. En todo caso, las carencias en recursos humanos en los servicios públicos de empleo en España obliga en gran medida a que los trabajadores de las OPE dediquen gran parte de su actividad en tareas administrativas,

<sup>16</sup> El número de demandantes de empleo por cada empleado de las Oficinas de empleo es muy dispar entre las diferentes CCAA. Mientras que Castilla La Mancha un empleado atiende presencialmente a 1.856 demandantes de empleo o 1.455 en Canarias, en el otro extremo se sitúan Galicia con 641 y País Vasco con 579.

<sup>17</sup> Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Peters, M., *Trends in PES: assessment report on PES capacity : 2022*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2023 (disponible y consultado el 27/03/2023: <https://data.europa.eu/doi/10.2767/908915>).

<sup>18</sup> *Ibid.*



muchas de ellas relacionadas con la gestión de las prestaciones económicas por desempleo.

De ahí que preocupe el excesivo optimismo de algunos aspectos tanto de la Estrategia española de apoyo activo al empleo 2021-2024 como de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo. Por ejemplo, el art. 24.1 de este último texto legal, relativo a la estructura de los servicios públicos de empleo de las CCAA, dispone que “tendrán los recursos humanos necesarios para una prestación eficiente de los servicios para garantizar la prestación eficaz de los servicios de empleo, comunes y complementarios, el cumplimiento de los servicios garantizados y compromisos de las personas usuarias y las personas, empresas y demás entidades empleadoras usuarias de los servicios de empleo, así como su participación en el diseño, planificación y coordinación de la política autonómica de empleo”. Obviamente, se trata de una expectativa más que de un compromiso que pueda asumir el Estado, si no se aumentan exponencialmente las partidas presupuestarias en las PAE. Para garantizar una prestación eficiente de los servicios públicos de empleo se necesitaría multiplicar por siete el número de empleados de estos servicios para colocarnos en la media de la UE dotándolos de las infraestructuras materiales y técnicas necesarias para desarrollar su trabajo. Obvia decir que cuando la referida Ley dispone que los servicios públicos de empleo “tendrán los recursos humanos necesarios para una prestación eficiente” es la manifestación de un deseo o una declaración de intenciones. Sirvan de ejemplo los PGE de 2023 en los que supuestamente se da un impulso a las políticas activas de empleo en el marco del PRTR. Siendo cierto que las políticas de fomento del empleo crecen un 5%, que se incrementan las dotaciones para orientación profesional en un 8,2%, que las dotaciones para oportunidades de empleo lo hacen en un 11,5% y que los programas de formación profesional para el empleo crecen un 3,9%, también es indiscutible que, en el marco inflacionista actual, se neutralizan todos esos incrementos, de modo que no se resuelven las deficiencias de financiación existentes en recursos humanos necesarios, sino que se perpetúan. Por otra parte, no se ha concretado la cuantía presupuestaria para la nueva Agencia Española de Empleo, pues los cambios en su estructura organizativa respecto al extinguido SEPE requieren nuevos recursos para desarrollar las competencias de coordinación de los servicios públicos de empleo que se le asignan. Es probable que la Agencia acabe por convertirse en una nueva plataforma digital de empleo que compita con otras plataformas privadas.

Es evidente que la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo ha introducido en su motivación y en su redactado las propuestas de mejora y recomendaciones de la AIReF en relación al funcionamiento, transparencia y eficacia de las PAE. Por ejemplo, se intenta que éstas se reorienten hacia los procesos de prospección del mercado de trabajo y de intermediación. Sin embargo, si no se cambian las dinámicas actuales de las OPE a través de la inversión de nuevos recursos, es imposible cumplir el objetivo de explorar las necesidades de las empresas y ejercer labores de intermediación entre los usuarios de las PAE.

El acompañamiento personalizado<sup>19</sup> a los demandantes de empleo que prevé la nueva Ley de empleo, creando perfiles individualizados de cada demandante de empleo con tutorización individual y continuada y realizando un itinerario personalizado no deja de ser más que una aspiración, totalmente irrealizable si no se crea la infraestructura técnica y humana necesaria para cumplir este objetivo básico de una política de empleo.

Los formadores y orientadores, con adscripción de tipo funcional, con aquiescencia sindical, no responden a las necesidades de formación que requieren muchas empresas. Por tanto, los cursos de formación no puede destinarse a dar salida al presupuesto destinado para esta actividad, sino para formar en aquellas actividades que estén demandando las empresas. Desde hace décadas se sabe que los cursos de formación apenas tienen impacto en la reducción de la tasa de desempleo. Cada vez más se extiende la idea de que se debe de dar mayor protagonismo a la empresa para que asuma en exclusividad la formación y la consolidación de perfiles propios.

También es cierto que una eficiente metodología y aplicación de las PAE no va a resolver el problema del paro en España porque no se puede dar el empleo que no existe. Las PAE podrán ser eficaces en contextos en los que exista una tasa de desempleo que puede ser cubierta por las necesidades empresariales. Siendo así, los servicios públicos de empleo podrán disponer sus recursos formativos de orientación e intermediación para casar la oferta y la demanda de empleo. Un mercado laboral cualificado en los perfiles profesionales que demandan las empresas es esencial para absorber talento, pero es necesario que aquellas demanden trabajo, para ello es también perentorio una reforma del modelo productivo.

---

<sup>19</sup> En relación al enfoque personalizado que ya pretendía el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad, algunas voces críticas lo consideraban una “declaración de buenos deseos” (LOPE, ANDREU Y ALÓS, RAMÓN, “Las políticas activas de empleo en España. Deficientes políticas para malos empleos” en *Las políticas activas de empleo en España*”, *Sociología del Trabajo* 77, 2013, pp. 100.

LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS  
Y LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT  
EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA EN MATERIA  
DE AGENCIAS DE EMPLEO

JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Complutense de Madrid*  
*juancarlosgaciaquinones@der.ucm.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PAPEL DE LA OIT EN RELACIÓN CON LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS, DENTRO DE LOS INSTRUMENTOS SOBRE POLÍTICA Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. 3. INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: LA CONFIGURACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO LABORAL EN ESPAÑA. 4. INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT RELACIONADOS CON LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 5. VALORACIÓN CONCLUSIVA

## 1. INTRODUCCIÓN

La escasez de empleo constituye una característica transversal inherente a cualquier modelo de relaciones laborales, advertida la incapacidad del sistema para cuadrar con la precisión que sería deseable, desde una doble perspectiva cuantitativa y cualitativa, la oferta y la demanda de puestos de trabajo. A partir de esta consideración, de elemental comprobación empírica, corresponde al Derecho del Trabajo examinar las razones que llevan a semejante disfunción e implementar soluciones para reducir ese problema estructural del mercado laboral. Un encargo que asume desde muy diversas perspectivas, todas ellas interrelacionadas entre sí, en coherencia con la dimensión de ese reto mayúsculo, de manera que las posibles soluciones a implementar sean cuando menos equiparables en su ambición a la entidad de la problemática suscitada. La aprehensión de semejante compromiso requiere así actuar sobre distintos ámbitos de influencia, a nivel internacional y en los ordenamientos nacionales de los Estados. En este sentido, con la referencia puesta en el ámbito internacional, debe hacerse mención en primer lugar a la OIT<sup>1</sup>. El repaso de las iniciativas sobre política y promoción del empleo permite identificar cuatro instrumentos sobre la reglamentación de las agencias de empleo privadas, con mención por su orden al Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933; el Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949; el Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997; y la Recomendación de la OIT núm. 188 sobre agencias de empleo privadas, de 1997. Convenios que han venido siendo objeto de atención intermitente por parte de la doctrina laboralista. Si bien, a la hora de definir el estatus actual de los instrumentos enumerados, se considera que el Convenio de la OIT núm. 34 ha sido superado (clasificación del Grupo de Trabajo Cartier confirmada por el Grupo de Trabajo tripartito del MEN); de igual modo que el Convenio de la OIT núm. 96 está en situación “provisoria” (según determinó el Grupo de Trabajo Cartier); mientras que el Convenio de la OIT núm.

---

<sup>1</sup> A este respecto, alrededor de la normativa y la política de la OIT en materia de empleo, véase CABEZA PEREIRO, J., “La normativa y la política de la OIT sobre el empleo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 434, 2019, págs. 97 y ss.

181 y la Recomendación de la OIT núm. 188 están actualizados (nunca se han examinado). El repaso de los instrumentos de la OIT en relación con las agencias de empleo privado, tiene su continuidad después en la regulación de las agencias de empleo en España, a partir de sus rasgos caracterizadores básicos, con la referencia normativa actualizada de los artículos 40 a 46 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, *de Empleo* (en sustitución de los artículos 31 a 35 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo –TRLE–*, ahora derogados), como premisa para valorar, desde ese análisis, el grado de influencia que han reportado las distintas iniciativas examinadas de la OIT (Convenios núm. 34, 96 y 181 y la Recomendación núm. 188), relacionados con las agencias privadas, en el ordenamiento español.

## 2. EL PAPEL DE LA OIT EN RELACIÓN CON LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS, DENTRO DE LOS INSTRUMENTOS SOBRE POLÍTICA Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

La actuación de la OIT en relación con las agencias de empleo privadas debe medirse por la virtualidad de los distintos instrumentos implementados sobre esa materia. En alusión, respectivamente, al Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933; el Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949; el Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997; y la Recomendación de la OIT núm. 188 sobre agencias de empleo privadas, de 1997. La sucesión de iniciativas citadas, con esa cadencia tan espaciada en el tiempo, sirve no obstante para apreciar la evolución seguida históricamente en el tratamiento de la materia a cargo de la OIT, con una tendencia apreciable hacia esa ampliación progresiva de espacios a favor de las agencias de empleo privadas. O si se quiere, desde otra perspectiva, con una rebaja en las cautelas o los prejuicios hacia las mismas, incorporando mayores índices de flexibilidad respecto a su configuración y pervivencia. Seguramente, a medio camino entre el pragmatismo y la concienciación progresiva sobre la importancia del empleo –o, en negativo de la falta de empleo–, extensible a cualesquiera instrumentos dispuestos para promocionar su existencia. En paralelo, el repaso de los instrumentos listados resulta revelador también del interés tradicional de la OIT para configurar un sustrato básico en la regulación de la materia, punta de lanza para su desarrollo posterior en los distintos sistemas jurídicos internos de los Estados.

El Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933, constituye en la actualidad un instrumento retirado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 109.ª reunión (2021). Convenio que apuesta por el monopolio del Estado en la intermediación laboral y la prohibición de la iniciativa privada, por más que semejante modelo

prohibicionista mostrara pronto sus limitaciones<sup>2</sup>. Sin embargo, ello no obsta para que convenga incluir una breve referencia al mismo, a efectos de tener una perspectiva completa sobre la trayectoria y la evolución de la OIT seguida en materia de agencias de empleo. Por su parte, el Convenio de la OIT núm. 96 manifiesta una actitud ambivalente en relación con las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y sin fines lucrativos, más exigente respecto a los recelos y las cautelas sobre la actuación de las primeras, a medio camino entre la preservación de las garantías para su actuación y el pragmatismo evidente que supone aceptar su utilidad como actores destacados dentro de la intermediación en el mercado laboral. Convenio ilustrativo, en cualquier caso, de una tendencia apreciable hacia una mayor permisibilidad, vigilante y con condiciones, mediante fórmulas diversas como se ha visto (sin fecha límite para su eliminación, posibilidad de excepcionar motivadamente su eliminación, etc), de cara a la actuación de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, cuando se compara con el Convenio de la OIT núm. 34.

Con estos precedentes, el Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, menciona en el Preámbulo distintos factores que justifican su existencia, como la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo; el cambio acaecido en el contexto donde funcionan las agencias de empleo privadas, por comparación con las condiciones del Convenio precedente; el papel que pueden desempeñar las agencias de empleo para el buen funcionamiento del mercado de trabajo; la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos; junto con la garantía de la libertad sindical y la promoción de la negociación colectiva y el diálogo social como elementos necesarios para el funcionamiento de un buen sistema de relaciones laborales. Listado de razones que abundan, de manera bastante evidente, en esa inercia cada vez más favorable hacia el papel que están destinadas a jugar las agencias de empleo privadas en el ámbito de la intermediación, dentro del mercado laboral. El propio énfasis que manifiesta el legislador en el Preámbulo del Texto, dedicando tanto espacio a las mismas, bajo esa combinación calculada entre ventajas y cautelas, supone una constatación evidente del reconocimiento de su virtualidad. No en vano, la doctrina ha identificado abiertamente el Convenio de la OIT núm. 181 como una evolución en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo<sup>3</sup>. El conjunto de previsiones que contiene, a lo largo de los distintos preceptos que lo integran, revelan de manera elocuente un reconocimiento explícito sobre la utilidad de las agencias de empleo privadas. De forma que, admitida abiertamente su participación en el contexto de la intermediación dentro del mercado laboral, de manera coordinada con los Servicios Públicos de Empleo, queda solo poner el foco en que su actuación no vaya en

---

<sup>2</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La normativa y la política de la OIT sobre el empleo”, cit., págs. 107-108.

<sup>3</sup> Por todos, ampliamente, véase, CAVAS MARTÍNEZ, F., “El convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2000, págs. 9 y ss.

detrimento de los derechos básicos de los trabajadores. A cuyos efectos, se deriva con buen criterio la materialización efectiva de ese listado amplio de garantías y cautelas a las legislaciones y prácticas nacionales. Posicionamiento que comparte mayoritariamente la doctrina, consciente de que el argumento principal utilizado por la OIT para revisar el marco jurídico de las agencias privadas de colocación consiste, precisamente, en el convencimiento acerca de su influencia positiva en la marcha de los mercados de trabajo<sup>4</sup>. En definitiva, una visión opuesta a la posición tradicional de la OIT sobre esa materia en tiempos pretéritos, como evidencian algunos de los instrumentos analizados –Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933; y Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949–. Como continuación del Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, la Recomendación de la OIT núm. 188 sobre agencias de empleo privadas, de 1997, surge con el propósito declarado de complementar el Convenio citado, como se reconoce expresamente en el Preámbulo de la misma y en línea con lo dispuesto en el artículo 1 de la Recomendación.

### 3. INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: LA CONFIGURACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO LABORAL EN ESPAÑA

El estudio sobre la regulación de las agencias de empleo privadas en España requiere un ejercicio previo de contextualización, en un doble plano. Primero, para valorar su papel en el marco más general de la intermediación, dentro del mercado del empleo, con la referencia siempre del modelo español. Y, en segundo lugar, para verificar su papel entre el conjunto de agentes que interactúan alrededor de la intermediación, a partir de una distinción básica entre entidades públicas y privadas, sin obviar la importancia destacada que asumen a este respecto las empresas de trabajo temporal. Advertido no obstante, como premisa de partida, que el Derecho español cumple con suficiencia los objetivos y las exigencias del Convenio de la OIT núm. 181 sobre agencias de empleo privadas, de 1997. Afirmación válida en el momento de ratificación del Convenio citado en 1999, extensible igualmente para los tiempos actuales con la referencia de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, *de Empleo*. Texto legal que ha supuesto la consiguiente modificación del régimen jurídico vigente hasta entonces en la materia que nos ocupa, según los términos que preveía el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo* (TRLE)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> En este sentido, véase LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., “El Convenio 181 de la OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo”, *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pág. 94.

<sup>5</sup> Norma derogada, con efectos de 2 de marzo de 2023, excepto sus artículos 15 a 18, que se derogarán con la entrada en funcionamiento efectivo de la Agencia Española de Empleo,



De esta forma, con la referencia del ordenamiento español, la regulación de la intermediación laboral se contiene actualmente en la Ley 3/2023, citada. Concretamente, dentro del Título III dedicado a las “Políticas activas de empleo”, cuyo Capítulo III lleva por rúbrica “Intermediación” (artículos 40 a 46). En alusión, por su orden, al concepto de intermediación laboral (artículo 40); agentes de la intermediación (artículo 41); el servicio público de intermediación laboral (artículo 42); agencias de colocación (artículo 43); la actividad de recolocación de las personas trabajadoras (artículo 44); la actividad de selección de personal (artículo 45); e indicadores de eficiencia (artículo 46). La Ley 3/2023 conforma una regulación que continúa en lo sustancial con el régimen pretérito dispuesto en el TRLE –ahora derogado en relación con las materias que nos conciernen–, bien que –con la incorporación no obstante de algunos matices significativos. Aquellos que se derivan, a grandes rasgos, de subrayar primero el carácter público de la intermediación laboral; utilizar, en segundo lugar, una concepción de la colaboración público-privada influenciada por criterios predominantemente pragmáticos o utilitaristas, como recurso obligado y subsidiario, a modo casi de “mal necesario”, consciente el legislador sobre la imposibilidad manifiesta de prestar en exclusiva la ingente tarea pendiente en el ámbito de la intermediación a cargo de los Servicios Públicos de Empleo; junto con el aumento, en tercer lugar, de los deberes, los controles y el rigor respecto a la actuación de las agencias de colocación. Primeras impresiones coincidentes en lo sustancial con las manifestaciones todavía incipientes de la doctrina, subrayando factores tales como el lugar central que otorga la Ley 3/2023 a la intermediación laboral y el refuerzo notable de la misma; la ampliación significativa del elenco de actuaciones incluidas en su ámbito de actuación así como su nueva concepción transversal; junto con un pretendido cambio de paradigma en la colaboración público-privada, mediante una elevación significativa de lo público dentro de esa ecuación, a la espera no obstante de la materialización de dichos propósitos a través del consiguiente desarrollo reglamentario y la implementación futura de las partidas presupuestarias suficientes<sup>6</sup>.

En clave retrospectiva, el modelo español se ha venido caracterizando tradicionalmente por sus altos índices de desempleo, cuando se compara con otros sistemas de nuestro entorno próximo, por encima siempre de la media de la Unión Europea. Semejante cualificación en negativo refuerza la idea de la colaboración público-privada entre los agentes que interactúan alrededor de la intermediación laboral. Una opción, compatible no obstante, con esa vocación decidida –e intensificada ahora con la nueva Ley 3/2023– de preservar en cualquier caso la centralidad y el fortalecimiento de los Servicios Públicos de Empleo, tanto el Estatal como los de las Comunidades Autónomas, de modo que no se produzca un indeseado efecto sustitución de la iniciativa

---

como establece la disposición derogatoria única.1.a) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, *de Empleo*.

<sup>6</sup> En este sentido, véase FERNÁNDEZ PROL, F., “La intermediación laboral en la nueva ley de empleo”, *Briefs AEDTSS*, 16, 2023, págs. 1 y 2.

pública por la iniciativa privada en los ámbitos respectivos de la intermediación y la colocación. Por más que la intermediación en el mercado de trabajo se configura en efecto como un servicio de carácter público, con independencia del agente que realice esas funciones de intermediación. De manera que, junto con el incremento de las posibilidades de colocación de los trabajadores desempleados, cumple la función de coadyuvar a la configuración de un mercado de trabajo cada vez más equilibrado, reduciendo las disfunciones obstaculizadoras de esa integración deseable entre ofertas y demandas de empleo. Máxime cuando, volviendo la mirada hacia tiempos pretéritos, los resultados han revelado tradicionalmente una incidencia escasa de los Servicios Públicos de Empleo en su condición de intermediario dentro del mercado de trabajo, por contraposición sin ir más lejos con los datos registrados a cargo de las empresas de trabajo temporal, como ha significado la doctrina<sup>7</sup>. Resultado que el tiempo se encargará de refrendar o reorientar a futuro, según el grado de cumplimiento que obtengan las aspiraciones renovadas del legislador con el nuevo Texto legal.

A partir de la caracterización de la intermediación al modo que se ha visto, con la referencia siempre del modelo español, el artículo 41 de la Ley 3/2023 enumera un listado cerrado de los agentes encargados de llevar a cabo la misma, en alusión a los Servicios Públicos de Empleo, las agencias de colocación –sean agencias de colocación propiamente dichas o agencias especializadas en la recolocación o en la selección de personal–, y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con los trabajadores en el exterior (artículo 41.1). Junto con una referencia adicional a las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los Servicios Públicos de Empleo, facultadas por la norma para realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción laboral de las personas participantes en los mismos, según los términos establecidos en la normativa reguladora correspondiente, a cuyos efectos dichas entidades vienen excepcionadas de la obligación de constituirse como agencias de colocación (artículo 41.2). En este sentido, dejando a un lado ahora los Servicios Públicos de Empleo, el artículo 43 de la Ley 3/2023 se ocupa específicamente de las agencias de colocación, dedicando a las mismas un tratamiento amplio y preciso.

Las alusiones a las agencias de colocación deben buscarse también en el artículo 44 de la Ley 3/2023, bajo la rúbrica de “la actividad de recolocación de las personas trabajadoras”, facultadas como están para llevar a cabo la actividad de colocación especializada destinada a la reinserción profesional o recolocación de las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, en los términos examinados del artículo 43 del mismo Texto legal, como alternativa al desarrollo de semejante actividad directamente por el personal de los Servicios Públicos de Empleo (artículo

---

<sup>7</sup> ALUJAS RUIZ, J. A., “El alcance de la política de colocación en España”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 422, págs. 126 y ss.

44.1). Del mismo modo que asumen un protagonismo idéntico también en relación con la actividad de selección de personal, cuando se afirma que el desarrollo de la actividad de colocación especializada consistente en la selección de personal podrá ser desarrollada directamente por el personal de los Servicios Públicos de Empleo o por agencias de colocación (artículo 45.1). Para completar el tratamiento de las agencias de colocación en la Ley 3/2023, deben referirse los indicadores de eficiencia que regula el artículo 46 del citado Texto legal, en previsión de una futura regulación reglamentaria de 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 con una referencia a la medición de la eficiencia como mecanismo para incentivar 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.

Por su parte, al margen ya de la Ley 3/2023, la normativa sobre las agencias de colocación se contiene asimismo en el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, *por el que se regulan las agencias de colocación*. La estructura del Texto citado revela los aspectos principales que han influido en la lógica del legislador para su regulación. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la entrada en vigor de la Ley 3/2023 no ha supuesto la derogación del Real Decreto 1796/2010. Circunstancia que pudiera plantear, quizás, eventuales contradicciones en el futuro, con ocasión de la combinación entre esa regulación pretérita, que continúa vigente como se ha señalado, y el tratamiento dispuesto para la intermediación en general –y las agencias de colocación en particular– con motivo de la nueva regulación incorporada por la Ley 3/2023, citada. Igualmente, aunque no se hace una mención específica a las agencias de colocación, debe considerarse lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta de este Texto legal cuando, bajo la rúbrica de “Entidades que colaboran en la gestión del empleo”, señala cómo las entidades que, a la entrada en vigor de la Ley 3/2023, colaborasen con los Servicios Públicos de Empleo, mantendrán semejante condición de acuerdo con la normativa en virtud de la cual se estableció la colaboración, mientras no se desarrolle reglamentariamente un nuevo régimen de colaboración con los Servicios Públicos de Empleo. Regulación que 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.

#### 4. INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT RELACIONADOS CON LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La tradición que revela la OIT en la apuesta por la intermediación, con esa regulación aquilatada en materia de agencias de empleo privadas, pero

no solo, según el recorrido que se ha visto, tiene continuidad en el ámbito de la Unión Europea con un instrumento relativamente reciente en el tiempo, el Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, *relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 492/2011 y (UE) n.º 1296/2013*, cuyo objetivo declarado consiste en establecer un marco de cooperación para facilitar el ejercicio de la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, de conformidad con el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–, consciente de la función tradicional de EURES, desde su inicio en 1994, como red de cooperación entre la Comisión y los Servicios Públicos de Empleo, para facilitar información, asesoramiento y contratación o colocación a los trabajadores y empresarios, así como a cualquier ciudadano de la Unión que desee beneficiarse del principio de la libre circulación de trabajadores, a través de su red humana y de las herramientas disponibles en el portal europeo de la movilidad profesional (portal EURES).

Propósito coherente con la interdependencia creciente que existe entre los mercados de trabajo y las exigencias que ello comporta a efectos de una mayor colaboración entre los servicios de empleo. En línea también con la aparición de toda una serie de servicios de empleo. De manera que cualquier organización, incluidos los servicios de empleo públicos o privados o los del tercer sector, que se comprometa a cumplir todos los criterios y a secundar las funciones que incorpora el Reglamento de referencia debe poder convertirse en miembro de EURES. Del mismo modo que, si bien determinadas organizaciones podrían no estar en condiciones de llevar a cabo la gama completa de funciones del Reglamento, pero que cuentan con potencial importante, deben tener oportunidad de convertirse en socios de EURES. Aunque esa admisión excepcional ha de otorgarse únicamente en casos justificados, por alusión a cuestiones como el pequeño tamaño del solicitante, sus recursos financieros limitados, cuando no lleve a cabo todas las funciones exigidas, o por tratarse de una organización sin ánimo de lucro. En contraste con los Servicios Públicos de Empleo que, por su posición privilegiada, deben ser designados por los Estados miembros como miembros de EURES, sin tener que pasar por el procedimiento de admisión. Además, con independencia de esta excepción, la implementación de criterios mínimos comunes para admitir a las organizaciones a la red EURES deben incluir la exigencia de que dichas organizaciones se comprometan a respetar plenamente las normas laborales y los requisitos legales aplicables, con una mención particular al principio de no discriminación.

De igual forma que corresponde a los Estados miembros la supervisión de las actividades de las organizaciones admitidas en la red EURES, adoptando las medidas adecuadas para garantizar su cumplimiento óptimo, en función de los datos facilitados por dichas organizaciones, junto con otras medidas de control y auditoría, como controles aleatorios. Sumado a la vocación destacada de cooperación de la red EURES con otros organismos, servicios y

redes de la Unión, siempre con la temática del empleo, como la red europea de organismos nacionales para la igualdad (Equinet), el portal “Tu Europa”, el portal Europeo de la Juventud y Solvit, además de la cooperación deseable con los organismos encargados de la coordinación de la Seguridad Social. Y la creación de una plataforma informática común, con todas las ventajas inherentes a semejante iniciativa, a efectos de la consecución de un equilibrio en los mercados de trabajo de la Unión, y su contribución al aumento del empleo en dicho ámbito. A salvo el derecho de los trabajadores para restringir en cada momento el acceso a sus datos o a determinados atributos.

Advertido, no obstante, que la obligación legal de garantizar la calidad intrínseca y técnica de la información, específicamente respecto de los datos sobre ofertas de empleo, incumbe a las organizaciones que comunican dichos datos, con arreglo al Derecho y a las normas establecidas por los Estados miembros. Cautelas que deberían ser compatibles en todo caso con la accesibilidad de dichos datos al público, de modo que los mismos puedan ser tratados como parte de los servicios de contratación y colocación que se ofrezcan. A todo ello ayuda también la elaboración por la Comisión de una clasificación europea de capacidades/competencias, cualificaciones y ocupaciones, bajo la denominación de “la clasificación europea”. Presente igualmente el deber de establecer principios y normas respecto a la disponibilidad de los servicios de apoyo en el territorio de cada uno de los Estados miembros. Con evitación de cualquier tipo de discriminación por motivos de nacionalidad, sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

La asunción del deber de garantizar el acceso de todos los trabajadores interesados a información general sobre las posibilidades de empleo y las condiciones de vida y de trabajo en otro Estado miembro, junto con la asistencia básica en la redacción de *curriculum vitae*, se completa con la necesidad de acceder a ayudas más individualizadas según los usos nacionales, incluyendo servicios como la selección de ofertas de empleo adecuadas, la ayuda en la redacción de demandas de empleo y de *curriculum vitae*, así como la obtención de aclaraciones sobre ofertas de empleo específicas en otros Estados miembros. Por más que los servicios de ayuda se dirigen también hacia los empresarios, de cara a la búsqueda de un candidato idóneo en otro Estado miembro. Presente siempre la idea de lo beneficioso que resulta un conocimiento profundo de la demanda de mano de obra en relación con las ocupaciones, los sectores y las necesidades de los empresarios. Si bien se valida una diferencia de tratamiento entre los servicios de apoyo a los trabajadores, vinculados al ejercicio de su libertad fundamental de circulación con arreglo al Derecho de la Unión, que deben ser gratuitos, por contraste con los servicios de apoyo a los empleadores, con posibilidad de estar sujetos al pago de una tasa, de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales. Sin perder de vista, también, la especial atención que precisan los trabajadores fronterizos, por tener que hacer frente a prácticas y sistemas jurídicos nacionales diferentes. Y sin obviar la necesidad de preservar la transparencia de los mercados de trabajo y la adecuada puesta en correspondencia de las capacidades –incluida la

de capacidades y cualificaciones con las necesidades del mercado de trabajo–, como condiciones previas para la movilidad laboral dentro de la Unión.

## 5. VALORACIÓN CONCLUSIVA

Las funciones de intermediación han tenido una consolidada tradición de utilidad, por su contribución a reducir –nunca eliminar del todo– esa distancia estructural que separa oferta y demanda de trabajo, con extensión de ese mismo protagonismo hacia los distintos actores encargados de realizarlas. En este contexto, las agencias de empleo suponen una manifestación relevante dentro de esa labor de intermediación, hacia la configuración de un mercado laboral más eficiente, comprometidas con esa aspiración difícil que anhela casar oferta y demanda de trabajo. La OIT atesora una amplia trayectoria en la toma de conciencia sobre todas esas realidades, como acreditan los distintos instrumentos implementados a lo largo del tiempo hasta la actualidad. No en vano, el reconocimiento sobre la utilidad de la intermediación en el mercado laboral tiene su expresión natural, en efecto, en los distintos sistemas nacionales, con un protagonismo destacado, por lo que respecta al modelo español, de los Servicios Públicos de Empleo, las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal. Caracterización ésta que, matizaciones al margen, confirma también en sus rasgos básicos la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, *de Empleo*. Presente siempre la idea de que la necesidad de incorporar actores para la intermediación en el mercado laboral no puede hacerse a costa de obviar un nivel básico de exigencias, tratando de que su actuación en el mercado laboral contribuya a preservar, como no podía ser de otra manera, la posición débil del trabajador.

MECANISMOS DE INTERMEDIACIÓN Y COORDINACIÓN  
LABORAL EN EL MARCO EUROPEO: LA RED EURES  
COMO MECANISMO DE ACCESO AL TRABAJO Y LA  
COORDINACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO

NATALIA ORDÓÑEZ PASCUA

*Profa. Contratada Dra. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de León*

*nordp@unileon.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. EMPLEABILIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES COMO PREMISA DE PARTIDA. 3. MECANISMOS DE ACCESO AL TRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA: RED EURES. 3.1. Configuración de la Red EURES en la norma europea. 3.2. Gestión de ofertas y demandas de empleo: el caso español. 3.3. El sistema de cooperación y pertenencia a los servicios EURES en España. 3.4. Prestación de servicios a los trabajadores y empresarios. 3.5. EURES en cifras. 4. BALANCE FINAL. 5. BIBLIOGRAFÍA



## 1. INTRODUCCIÓN

El trabajo y el acceso al mismo constituye hoy en día una de las cuestiones por las cuales los gobiernos y los ciudadanos muestran mayor preocupación, afectando a toda la sociedad. Así, la ausencia de empleo no es un problema solo para ciertos colectivos concretos, sino que se extiende a todo el entramado social, sin perjuicio de incidir de forma más virulenta en algunos determinados como el de jóvenes, mujeres, trabajadores maduros, discapacitados, o, por no seguir y entre varios, aquellos que por sus especiales características se encuentran en riesgo de exclusión social.

Las crecientes situaciones de vulnerabilidad que traen causa en la falta de trabajo precisan de la aplicación de mecanismos paliativos que cobran forma a través la adopción de medidas tendentes a conseguir el incremento de posibilidades de acceso a un empleo digno y capaz de aportar independencia a la persona, consiguiendo así su desarrollo integral.

En el escenario esbozado, el adecuado tratamiento y gestión de la intermediación laboral –como servicio de carácter público con independencia del agente que la realice– adquiere un papel nuclear, como mecanismo a través del cual habrían de girar el conjunto de acciones dirigidas a cohonstar el interés de los potenciales trabajadores con ofertas adecuadas de trabajo, con el objetivo de poner en contacto a los dos actores fundamentales que participan del vínculo laboral y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades. Además de los mencionados, la intermediación extendería su ámbito de aplicación a aquellos supuestos de recolocación de trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial siempre y cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación. Así las cosas, la justificación de este intervencionismo en el mercado de trabajo tendría como punto de apoyo la mejora de la eficiencia y la promoción de una mayor igualdad de oportunidades a la hora de conseguir acceder a un empleo lo que, sin duda, redundaría en la mejora de las condiciones de vida del conjunto de la sociedad al constituir el trabajo una vía de salida de la exclusión social.

La contextualización de la figura de la intermediación en el ámbito internacional llevaría a la necesaria mención del Convenio 88 OIT<sup>1</sup>, que recogía la necesidad de una organización del empleo que garantizara la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores, ayudando a estos a encontrar un empleo conveniente, así como “a los empleadores a contratar a trabajadores apropiados a sus necesidades”, asignando al servicio del empleo una función esencial de intermediación en el mercado laboral que no se agotaría con el mero hecho de la puesta en común de la oferta y demanda de empleo sino que se extendería hasta el momento de llevarse a cabo una contratación efectiva. Este referente es doblemente importante por cuanto también apunta a la posibilidad colaboración y participación de agentes privados como vía para lograr la mejor organización posible del mercado de trabajo<sup>2</sup>, y cuyo contenido fue perfeccionado posteriormente en el Convenio 188 OIT<sup>3</sup>, aquilatando lo que ha de entenderse por agencia privada de colocación.

Así, la evolución de un servicio de intermediación laboral exclusivamente público –con extensa tradición del régimen de monopolio de los Servicios Públicos de Empleo– hacia otro –a priori más eficiente– que permite la participación en esta labor de entidades o agencias privadas en un marco de coexistencia regulada<sup>4</sup>, parece traer consigo una gran mejora en la eficiencia de la puesta en contacto de demandantes de empleo y ofertas de trabajo, lo que no obsta el impulso que desde la Unión Europea(UE) debe imprimirse en la potenciación del valor de obtener una colocación sustentada en la acciones positivas gubernamentales insistiendo en la consideración de servicio público que ostenta la intermediación laboral y en aras a garantizar unos principios fundamentales de la intermediación laboral como es el de la igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo, la protección de datos personales y la gratuidad de estos servicios para las personas trabajadoras.

<sup>1</sup> OIT: Convenio sobre el servicio del empleo, 1948, art. 6.a).

<sup>2</sup> OIT: Convenio 188 sobre el servicio del empleo, 1948, art. 1.2.: “La función esencial del servicio del empleo, en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, deberá ser la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción”.

<sup>3</sup> OIT: Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997, art. 1 a cuyo tenor.: “la expresión *agencia de empleo privada* designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución; c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

<sup>4</sup> WALWEI, U.: “Improving Job-matching through Placement Services”, en AA.VV. (SCHMID, G; O’REILLY, J; y SCHÖMANN, K, eds.): *International Handbook of Labour Market Policy and Evaluation*, 1996, UK (Edward Elgar. Cheltenham and Brollkfield), págs.402-428.

A todo lo expuesto, cabe añadir que el supuesto español es uno de aquellos en los que la transformación de los servicios públicos de empleo estuvo sometida a dos cambios importantes<sup>5</sup>: por un lado, aquel fruto de la quiebra del monopolio estatal existente en materia de colocación; por otro, el derivado de afrontar el proceso de descentralización de los servicios públicos de empleo y su despliegue en las distintas comunidades autónomas que asumieron la gestión de la formación y medidas incentivadoras de empleo, la correspondiente a las prestaciones por desempleo y la intermediación laboral. Con todo, pese a que el Servicio Público de Empleo promueve la participación de las CCAA, descentralizando competencias y políticas activas de empleo y haciendo a aquellas partícipes en su gestión<sup>6</sup>, mantiene una labor necesaria de coordinación quedando –por cuanto aquí importa– en manos de la administración autonómica en materia de intermediación en el mercado de trabajo: la inscripción y el registro de los demandantes de empleo, la obligación de los trabajadores de comunicar la terminación del contrato de trabajo, la autorización de las agencias de colocación y las funciones relativas a las actividades de la Red EURES<sup>7</sup>.

## 2. EMPLEABILIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES COMO PREMISA DE PARTIDA

En un contexto económico, social y laboral globalizado como el actual, la libre circulación ha sido y hoy continúa siendo piedra angular en la construcción de la UE, manteniendo vivo uno de los objetivos inspiradores de la creación de una Comunidad Económica Europea como era el de garantizar la libre circulación, derecho que comprende el de desplazamiento y residencia del trabajador, el derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia y el derecho a trabajar en otro Estado miembro<sup>8</sup>.

Hacer efectivo este derecho de ciudadanos y trabajadores es una labor fundamental que ha de llevarse a cabo llenando de contenido el reconocimiento de un derecho que daba sus primeros pasos –paradójicamente– antes en el ámbito laboral que en el privado; buena muestra de ello es la remisión

<sup>5</sup> ALUJAS RUIZ, J. A.: “La transformación del Servicio Público de Empleo en España”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 181, 2004, págs. 38-44.

<sup>6</sup> ALUJAS RUIZ, J. A.: “Análisis de la intermediación laboral del servicio público de empleo por comunidades autónomas”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 93, 2018, pág. 80.

<sup>7</sup> Creada en 1993 como mecanismo de cooperación entre la Comisión Europea y los servicios públicos de empleo europeos de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo (países de la UE, Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza) y otras organizaciones asociadas, trata de proporcionar servicios de información, asesoramiento y contratación o colocación tanto a los trabajadores como a los empresarios, así como a cualquier ciudadano susceptible de poder beneficiarse del principio de la libre circulación de las personas.

<sup>8</sup> SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pág. 396.

que en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957) encuentra únicamente referencia a la libre circulación de trabajadores y a la libertad de establecimiento, reconociendo el derecho de las personas en cuanto empleados o prestadores de servicios<sup>9</sup>. Por su parte, el derecho de las personas a circular y residir libremente dentro de la UE como piedra angular de la ciudadanía de la Unión no fue reconocido hasta el Tratado de Maastricht de 1992 –momento a partir del cual comienza la supresión gradual de las fronteras interiores conforme a los Acuerdos de Schengen<sup>10</sup>– que introdujo el concepto de ciudadanía y en virtud del cual todos los nacionales de un Estado miembro ostentaban de manera automática tal condición, sustentando de manera sólida el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Con estas mimbres y fruto de un continuo proceso por reafirmar la realidad de la libre circulación de personas en el espacio europeo ve la luz la Directiva 2004/38/CE<sup>11</sup> que regula el derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, así como los trámites administrativos que deben realizar ante las Autoridades de los Estados miembros. Su tenor cuenta con el valor añadido de aglutinar en un solo texto jurídico a diferentes grupos o categorías de personas que habían tenido un tratamiento independiente y dispar en normas anteriores –trabajadores asalariados, trabajadores por cuenta propia, estudiantes, pensionistas...–<sup>12</sup> espíritu confirmado en la ampliación y extensión del concepto de “ciudadano” a todo aquel cuyo desplazamiento tiene fundamento en cuestiones privadas como a cuantos lo hacen en la búsqueda de una actividad laboral. La aprobación de esta norma comunitaria supuso la necesidad de transponer su contenido al ordenamiento jurídico español, que se hizo eco a través Real Decreto 240/2007, de 16 de

<sup>9</sup> En mayor profundidad, MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup>. A.: “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 8, 2007, pág. 95 y ss.

<sup>10</sup> Acuerdo de Schengen (firmado en Luxemburgo el 14 de junio de 1985 si bien entró en vigor en 1995) que supuso el acuerdo de la eliminación progresiva de controles en sus interiores y el establecimiento de un régimen de libre circulación para todos los nacionales de los países signatarios, los demás Estados miembros de la Unión Europea y algunos países no pertenecientes a la Unión Europea. El Acuerdo es completado con el Convenio de Schengen que define las condiciones y garantías para establecer de hecho un espacio sin controles fronterizos interiores. El panorama actual del espacio Schengen incluye los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia y Suiza.

<sup>11</sup> Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE, 30 de abril de 2004).

<sup>12</sup> BLÁZQUEZ PEINADO, M<sup>a</sup>, D.: “La transposición en el Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2007, pág. 596.

febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

En el sentido señalado, la libre circulación de trabajadores, constituye una de las básicas de las que disfrutaban los ciudadanos de la Unión<sup>13</sup>, desplegando su acción en un doble plano: por un lado, incluye el derecho del trabajador a desplazarse libremente y establecer su residencia en cualquiera de los países de la UE extendiendo su aplicación a la entrada y residencia de los miembros de la familia; por otro, materializa el derecho a trabajar en otro Estado miembro ostentando iguales derechos y condiciones laborales que los nacionales del Estado al cual se desplaza. En similar dirección, el TFUE<sup>14</sup> reconoce de manera explícita la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión sin que quepa discriminación alguna por razones de nacionalidad entre trabajadores de los países miembros en cuanto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo, con la única salvedad de las limitaciones que pudieran traer causa en razones de orden público, seguridad y salud pública. Precisamente, esta última restricción adquirió desgraciadamente un papel preponderante durante el tiempo que estuvieron vigentes las medidas para la contención de la Covid-19 y que marcaron una actuación sin precedentes en Europa con el restablecimiento de unas desdibujadas fronteras interiores, medidas que afectaron de manera especial a los trabajadores transfronterizos, estacionales y desplazados<sup>15</sup>.

El estudio del régimen jurídico concreto en esta materia ha de partir necesariamente del contenido de la Directiva 68/360 del Consejo<sup>16</sup> y el Reglamen-

---

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “La libre circulación de las personas en territorio comunitario”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J. y GARCÍA TORRES, A., coords.): *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Brasil (Juruá), 2016, págs. 38 y ss.

<sup>14</sup> Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Título IV, Cap.1, arts. 45 a 48 (DOUE, 30/03/2010).

<sup>15</sup> La Comisión Europea interviene en el mes de marzo de 2020 con la publicación de una serie de directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de trabajadores durante el brote de COVID-19, además de otras referidas a la libre circulación de los profesionales de la salud y de sobre los trabajadores temporeros. En octubre de ese mismo año el Consejo adopta una Recomendación para aportar algo de luz sobre la forma de llevar a cabo un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia, en la cual recoge un conjunto de disposiciones sobre la supresión de los requisitos en materia de cuarentena en el caso de los trabajadores esenciales, actualizada en 2021 fruto de la aparición de nuevas variantes del virus.

<sup>16</sup> Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados Miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DOCE, núm. 257, 19 de octubre de 1968), y que con idéntica fecha de publicación que el Reglamento (CEE) 1612/68, emplaza a los Estados miembros a introducir en sus ordenamientos jurídicos las disposiciones necesarias en un plazo de nueve meses a partir de su notificación, informando de inmediato a la Comisión y poniendo en conocimiento de esta las modificaciones introducidas en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas llevadas a cabo en aras de simplificar las formalidades y los trámites para la expedición de los documentos que aún sean necesarios para la salida, la entrada y la estancia de los trabajadores y de los miembros de sus familias (art. 12).

to 1612/68<sup>17</sup>, ambos sometidos durante estos años de varias actualizaciones resultando ser de aplicación actualmente en la Unión la Directiva 2004/38/CE<sup>18</sup>, el Reglamento 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión y el Reglamento 2019/1149, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos 883/2004, 492/2011 y 2016/589 y se deroga la Decisión 2016/344.

Por cuanto hace a la primera de estas normas *supra* mencionadas –Directiva 2004/38/CE–, cabe resaltar el aspecto nuclear que supone la ciudadanía dentro de la Unión, constituida en condición *sine qua non* para el ejercicio el derecho de libre circulación y residencia; no en vano, dedica el literal de su art. 2 y 3 a identificar los conceptos de ciudadano de la Unión –como aquel que tenga la nacionalidad de un Estado miembro–, miembro de la familia –al que pertenecería el cónyuge o pareja legalmente constituida y los ascendientes y/o descendientes directos o del cónyuge o pareja, en este último caso siempre que sean menores de 21 años o a estén a su cargo– y Estado miembro de acogida –como aquel en el cual se va a ejercer el derecho de libre circulación y residencia–, y aquilatar cuantos pueden ser considerados como beneficiarios de los derechos en la norma reconocidos.

La Directiva supone un gran avance en materia de reagrupación familiar y aportó una dimensión más amplia y actual al concepto de cónyuge teniendo cabida en régimen de igualdad de derechos la pareja legalmente registrada, siempre y cuando la legislación del Estado miembro de acogida equipare la citada unión con el vínculo del matrimonio. De otro lado, reconoce la posibilidad de residir en otro Estado miembro durante un periodo determinado –3 meses– sin necesidad de cumplir con requisito adicional alguno –salvo la de ser nacional de otro miembro de la UE– pero si establece en el trabajo –y situaciones que considera asimiladas– el nexo causal para el mantenimiento de la residencia en el supuesto de que ésta supere el plazo anteriormente señalado<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOCE núm. 257, 19 de octubre de 1968), que ya recogía entre sus considerandos como objetivo fundamental de la norma asegurar la libre circulación de trabajadores lo que “supone la abolición, entre los trabajadores de los Estados miembros de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo, así como al derecho de estos trabajadores a desplazarse libremente dentro de la Comunidad para ejercer una actividad asalariada, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”. A lo largo de su tenor recoge un auténtico marco de derechos de los trabajadores nacionales en otro Estado miembro que presenta escasas modificaciones respecto al de actual aplicación.

<sup>18</sup> Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DOUE, 26/06/2004).

<sup>19</sup> Descendiendo sobre este aspecto, CABEZA PEREIRO, J.: “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, pág. 29 y ss.

Descendiendo al contenido del segundo referente de los señalados, la utilización de un mecanismo jurídico que obliga en todos sus elementos y directamente aplicable como el reglamento para intervenir en esta materia suponía la posibilidad de establecer una serie de parámetros comunes más férreos en todo aquello relativo al empleo, la igualdad de trato y el tratamiento de las familias de los trabajadores. Pese a lo poco innovador de la nueva norma por cuanto procedía a la mera codificación del Reglamento de 1968 y sus posteriores modificaciones respetando en su totalidad el contenido de los textos codificados con la clara intención de sustituir los distintos actos precedentes que quedarían así formalmente derogados<sup>20</sup>, su contenido es de alto valor en la consagración de los derechos sociales de la UE.

Partiendo de la premisa de un derecho fundamental a la libre circulación que ostentan los trabajadores y sus familias, la movilidad de la mano de obra constituye un garante para el ciudadano comunitario en aras a conseguir la mejora de sus condiciones laborales y personales, contribuyendo, a su vez, a dar satisfacción a las necesidades laborales y económicas de los Estados miembros; por otro lado, hacer realidad esta posibilidad de ejercer una profesión u oficio dentro del territorio de la Unión pasaría por la exigencia de una igualdad formal y real de trato del trabajador en el ejercicio de su actividad por cuenta ajena<sup>21</sup>, permitiendo su acceso a una vivienda en régimen de igualdad que los trabajadores locales y eliminando los obstáculos que pudieran cercenar la movilidad, sobre todo en cuantos guarden relación con las condiciones de integración de la familia del trabajador en el país de acogida. Aquí conviene resaltar que la protección que a la movilidad se otorga se extiende a otros procesos relacionados con el empleo como es el de la búsqueda del mismo en otro Estado miembro, configurada como derecho del ciudadano comunitario que puede ejercer en los mismos términos que reconozca la normativa correspondiente los trabajadores nacionales<sup>22</sup>; penalizando las discriminaciones, limitaciones o la exigencia excesiva de requisitos para el acceso al trabajo que vayan más allá de lo que sea razonable y necesario para el desarrollo del puesto ofertado –como puede ocurrir en materia de competencias lingüísticas–. Las garantías alcanzan al acceso y asistencia a los servicios públicos de empleo del miembro de acogida, así como la permanencia del ciudadano en un Estado durante un periodo que le permita buscar trabajo y ser contratado.

---

<sup>20</sup> En este sentido, MIRANDA BOTO, J. M.: “El Reglamento (UE) N° 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) N° 1612/68”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 26, 2011, pág. 198.

<sup>21</sup> Por cuanto hace al trabajador por cuenta propia, cabría estar a lo dispuesto 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, que recoge las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios (art. 1.1), constituyendo su ámbito de aplicación “los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro” (art. 2.1).

<sup>22</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, núm. 122, pág. 24.

En otro orden, y sin hacer un verdadero uso del derecho la libre circulación de trabajadores pero con causa en el trabajo, no cabe desconocer la situación de cuantos se encuentran desplazados de manera temporal a otro país de la Unión o del Espacio Económico Europeo, siendo el empleador el que se acoge a la libre prestación de servicios para destinar trabajadores al extranjero temporalmente, lo que no exime de una adecuada protección que encuentra amparo en el contenido de la Directiva 2018/957 (que modifica la Directiva 96/71) que recoge el tratamiento de los trabajadores en régimen de igualdad con los nacionales de acogida en cuanto a la remuneración y que regula el período a partir del cual se aplica la legislación laboral del Estado miembro de acogida.

Con sustento en los supuestos esbozados, la elaboración de diferentes estrategias que consigan aumentar las tasas de empleo en el territorio de la UE son reflejo de una clara voluntad de las instituciones europeas en la búsqueda de mecanismos eficaces en la lucha contra el desempleo estructural que afecta a gran parte de Europa, encontrando en la coordinación política la clave para un futuro más prometedor en este sentido y en el cual se incardinaria el proyecto de crear una red que aglutine a los servicios públicos de empleo de los distintos miembros –Red EURES– fundamental en la determinación de acciones futuras de los servicios públicos de colocación.

### 3. MECANISMOS DE ACCESO AL TRABAJO EN LA UNIÓN EUROPEA: RED EURES

Con el territorio de la UE como telón de fondo y la posibilidad real de desplazarse en un mercado laboral a gran escala, la Comisión Europea y los Servicios Públicos de Empleo de los Estados miembros afrontaron la tarea de crear un instrumento que hiciera posible e imprimiera mayor agilidad a la libre circulación de trabajadores en el marco del EEE<sup>23</sup>. Esta labor de aglutinar los Servicios Europeos de Empleo es abordada a través de una Decisión<sup>24</sup> que no hacía sino llenar de contenido el desiderátum recogido en la parte segunda del primigenio Reglamento relativo a la libre circulación de trabajadores –Reglamento 1612/68, hoy derogado en virtud del art. 41 del nuevo Reglamento 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro

<sup>23</sup> EURES pone en relación a la Comisión europea con los servicios públicos de empleo de los países del Espacio Económico Europeo (países miembros de la UE, más Islandia, Noruega y Liechtenstein), con Suiza y con otros organismos.

<sup>24</sup> Decisión de la Comisión, de 22 de octubre de 1993, relativa a la aplicación del Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la comunidad en lo que respeta, en particular, a una red creada bajo la denominación EURES (European Employment Services). Actualmente ha sido sustituida por la Decisión de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, por la que se aplica el Reglamento (CEE) del Consejo 1612/68 por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo (Texto relevante a efectos del EEE)



de la Unión pero que mantiene las mismas líneas de actuación— de llevar a cabo una adecuada coordinación y efectiva puesta en relación y compensación entre las demandas y ofertas de empleo existente a nivel europeo, lo cual precisaría del debido acompañamiento y colaboración de la propia Comisión y los miembros<sup>25</sup>.

Sin embargo, la desaparición en los distintos miembros de UE de los monopolios en materia de intermediación laboral y la progresiva entrada de diferentes agentes que participan en la búsqueda de empleo han abierto nuevas posibilidades de actuación a la Red aportando una mayor dimensión a su labor; concretamente se trata de mejorar el marco institucional descentralizando la toma de decisiones en los miembros y socios de la Red.

La primera y fundamental función de la Red es facilitar la libre circulación para los trabajadores y que los empresarios puedan acceder a una mayor oferta de mano de obra, mejorando el acceso y visibilidad de un extenso mercado de trabajo sin dejar a un lado las grandes ventajas y oportunidades que las nuevas tecnologías ofrecen<sup>26</sup> a la hora de cohesionar los intereses de los trabajadores y empresarios de forma más eficiente en un entorno globalizado y sometido a continuos cambios y transiciones. Para conseguir estas metas es preciso aportar información sobre el déficit y/o excedentes de trabajo por Regiones de los países que forman parte del EEE, sobre las condiciones de trabajo y de vida, ofrecer asesoramiento y orientación profesional y llevar a cabo una labor de intermediación que supone la introducción de ofertas de empleo en el sistema y su difusión generando posibilidad de consulta para los candidatos y canalizando los CV.

Abundando en la cuestión de la innovación social, el Reglamento 1296/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre, relativo al Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social, preveía la creación de una partida presupuestaria para apoyar económicamente al “eje EURES” que debía incluir el apoyo específico de actividades destinadas a la creación de redes y cooperación entre organismos especializados, autoridades nacionales, regionales, locales, y servicios de empleo a escala europea<sup>27</sup>, idea mantenida y desarrollada en extenso por su sucesor en el tiempo que establece de manera mucho más detallada el marco de cooperación entre la Comisión y los Estados miembros en lo que respecta a la movilidad laboral voluntaria dentro de la Unión<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> A esta cuestión dedica su Capítulo II el Reglamento 492/2011.

<sup>26</sup> Así se entiende necesario en los propios considerandos de la Decisión de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002.

<sup>27</sup> Art. 16.3. d), Reglamento 1296/2013, sin perjuicio del tenor que dedica en el Capítulo II al Eje “EURES”.

<sup>28</sup> Reglamento 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos 492/2011 y 1296/2013.

### 3.1. Configuración de la Red EURES en la norma europea

Desde su creación en 1993 la Red ha pasado por distintas modificaciones y reformas destinadas a conseguir satisfacer su objetivo fundamental consistente en hacer del marco europeo un mercado único de empleo donde aumenten el número de posibilidades de encontrar empleos adecuados a la capacitación profesional y formativa de los ciudadanos de la Unión.

Es preciso destacar así una rápida cronología de los hitos más importantes que han llevado a la EURES a la posición que ocupa actualmente como portal de empleo. Con una tecnología aún con escaso recorrido en esta materia la puesta en marcha de esta Red de Servicios Públicos de Empleo comienza en 1994 pese a que hasta el año 1998 no se pone en funcionamiento la primera web de EURES que paulatinamente va incorporando bases de datos de búsqueda de CV. Durante el año 2003 es cuando verdaderamente es posible hablar del primer portal EURES. En el año 2011 ve la luz la primera reglamentación<sup>29</sup> con la pretensión de codificar las distintas normativas relacionadas con la libre circulación de trabajadores y un único marco regulador para el consentimiento e intercambio de información entre los miembros en relación con la movilidad laboral dentro de los países que forman la Unión. Un apoyo fundamental a la hora de potenciar este mecanismo de empleo fue el aportado por la entrada en vigor del programa de Empleo e Innovación Social (EASI) en 2014 conformado por tres ejes fundamentales entre los que figura el Eje EURES.

La nueva regulación europea contenida en el Reglamento 2016/589 dedica la totalidad de su articulado a hacer efectiva la libre circulación de trabajadores de la Unión, fijando para ello un conjunto de principios y normas con firme base en la necesaria cooperación entre la Comisión y los Estados miembros en la organización de la red EURES ante una evidente interdependencia entre los mercados de trabajo europeos y una movilidad creciente que trae causa en los altos índices de desempleo –agudizados, en muchos casos, por la pandemia–.

Con fuerte sustento en el uso de las nuevas tecnologías los esfuerzos de la Red se dirigen a conseguir la puesta en común de los datos disponibles pertinentes sobre las ofertas de empleo, las demandas de empleo y los curriculum vitae; fortalecer las acciones llevadas a cabo por los cada uno de los miembros y entre ellos para conseguir un equilibrio entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo, con vistas a conseguir un alto nivel de empleo de calidad; la cooperación con los agentes sociales y la participación de otros actores en el funcionamiento de la red EURES; la relación de servicios de apoyo a la movilidad relacionados con el funcionamiento de la red EURES que deben facilitarse a los trabajadores y los empresarios en aras a promover una movilidad de forma equitativa; y, el logro de una comunicación eficaz entre la Comisión y los países de la Unión.

---

<sup>29</sup> Reglamento 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.

Así, cuando se trata de globalizar la puesta en relación de oferta y demanda laboral, una cuestión fundamental como el uso de una red de información y soportes telemáticos supone que la norma conceda un espacio importante al desarrollo de una plataforma informática común<sup>30</sup> concebida como una infraestructura informática necesaria a escala de la Unión –y de manera individual en cada uno de los miembros– que, gestionada por la Comisión, sea capaz de agrupar las ofertas de empleo y ofrecer la posibilidad de presentar una candidatura para las mismas, al tiempo que permita a los trabajadores y a los empleadores poner automáticamente en correspondencia datos según diversos criterios y niveles, facilitando el equilibrio en los mercados de trabajo en todo el territorio de la Unión y contribuyendo al aumento del empleo.

Esta conexión entre una extensa oferta y demanda laboral precisa indudablemente de un sistema de control y transparencia en el proceso de búsqueda de empleo, tarea abordada mediante el establecimiento de un sistema garantista en el cual cobran visibilidad públicamente las vacantes y demandas de empleo disponibles tanto a nivel nacional como en el resto de los países participantes, siendo compartidas en toda la Red EURES al objeto de hacer eficiente una casación de empleos *on line* sustentada en la correlación entre competencias exigidas y puesto de trabajo ofertado y permitiendo su acceso a cualquier trabajador de la Unión, tratando así de evitar injerencias y desviaciones en la función de la Red.

### 3.2. Gestión de ofertas y demandas de empleo: el caso español

La intermediación en el mercado de trabajo se configura como un servicio de carácter público dirigido a incrementar las posibilidades de colocación de las personas trabajadoras en desempleo creando mercados más equilibrados capaces de autogestionar las disfunciones que impiden la adecuada puesta en relación entre ofertas y demandas de empleo. La organización y gestión del empleo en España se encuentra vertebrada a través de un único sistema –Sistema Nacional de Empleo– que a través de un conjunto de estructuras, medidas y acciones dirigidas al desarrollo y promoción de políticas de empleo trata de conseguir la consecución del pleno empleo. Sin embargo, el mapa territorial diseñado al amparo de la Constitución de 1978 ha traído consigo la integración de otros servicios de empleo en ese sistema general dibujando un panorama en el cual es posible encontrar, por un lado, un Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y, por otro, los servicios públicos de las Comunidades Autónomas, si bien a partir de esta estructura estatal se desarrollan medidas y acciones para el empleo cuya ejecución es descentralizada con el objeto de ajustarse a las diferentes realidades terri-

---

<sup>30</sup> El Reglamento dedica todo el Capítulo III a la organización, acceso y asistencia a esta plataforma informática común (arts.17 a 20).

toriales, actuando a través de la Estrategia Española de Activación para el Empleo, los Planes Anuales de Política de Empleo y el sistema de información de los Servicios Públicos de Empleo, y articulando el modo de participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en dicho sistema con el objetivo de lograr una mayor cohesión del Sistema destinado en gran medida a la intermediación laboral entendida como un instrumento básico de las políticas de empleo.

La importancia otorgada al SEPE en la gestión de la oferta y demanda de empleo nacional y en el marco de la Unión supone que entre sus competencias figure la de representar al Estado español en la red EURES, además de otras conexas como es la coordinación e impulso de acciones de movilidad en el ámbito estatal y europeo<sup>31</sup>. Esta labor de coordinación exige que si bien no existe obligación empresarial alguna de solicitar a este servicio los empleados que la empresa pudiera precisar, los solicitantes y beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo deberán inscribirse y mantener la inscripción como demandantes de empleo en Oficinas de Empleo Públicas o Agencias de Colocación autorizadas<sup>32</sup>. En suma, la función de las ofertas de empleo sería aglutinar el conjunto de aquellas recabadas por las Oficinas de Empleo, las Agencias de Colocación o las Empresas de Trabajo Temporal –siempre que cumplan los requisitos exigidos en el art. 33 de la Ley de Empleo– como vía para una eficiente gestión de intermediación laboral en tanto el trabajador ya adquiere visibilidad previa para esos agentes del mercado de trabajo.

En cuanto a la demanda de empleo, viene constituida por la solicitud llevada a cabo por un trabajador ante un organismo autorizado que no ha de ser necesariamente público –Oficina de Empleo de los Servicios Públicos de Empleo, Agencia de Colocación, Empresa de Trabajo Temporal, la Red de Servicios Europeos de Empleo (EURES) o Registro de Demandantes de Empleo en el Exterior– con el objetivo de obtener un puesto de trabajo o mejorar aquel del que dispone. Sin embargo, la demanda puede estar condicionada a ciertos requisitos cuando se es perceptor o solicitante de percepciones del sistema como ya ha sido apuntado.

Pese a la prevalencia de la centralidad y el papel preponderante de los Servicios Públicos de Empleo –estatal y autonómicos– esta colaboración público/privada ente los agentes que participan de la intermediación laboral cobra especial relevancia en España dados los altos índices de desempleo ya que su labor principal es proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características, facilitando a los empleadores las candidaturas más ajustadas a sus requerimientos y necesidades.

---

<sup>31</sup> Art. 18.k), Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

<sup>32</sup> Art. 41.1., Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

### **3.3. El sistema de cooperación y pertenencia a los servicios EURES en España**

En entramado de agentes que forman parte de la Red viene constituido por los miembros –Servicios públicos de empleo y Comisión Europea–, las asociaciones transfronterizas y otros socios EURES (asociaciones de trabajadores, organizaciones patronales, universidades, así otras diversas instituciones locales y regionales), que se encuentren en estrecha relación u ostenten competencias en materias relacionadas con el empleo en Europa, acompañados de una red de consejeros especialistas que prestan servicios de información, orientación y colocación, tanto a los solicitantes de empleo como a los empresarios interesados en el mercado laboral europeo.

El Real Decreto 207/2019<sup>33</sup> es el mecanismo de desarrollo interno para la aplicación efectiva del contenido del Reglamento 2016/589, descendiendo en su tenor al establecimiento de requisitos y condiciones que las organizaciones han de cumplir para acceder a la condición de miembro o socio de la Red así como al establecimiento de medidas de control que garanticen el cumplimiento de la norma.

La norma española define a los miembros y socios EURES en España –en consonancia con el Reglamento– como aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, incluidos los interlocutores sociales, que hayan sido autorizadas mediante el Sistema Nacional de Admisión de EURES España, cumplan todos los criterios y requisitos establecidos y participen en la Red EURES realizando las funciones previstas, de conformidad con dicho Reglamento 2016/589 y con este Real Decreto, dando cabida, por tanto, a las Agencias de Colocación y a las Empresas de Trabajo Temporal que así soliciten y cumplan no los requisitos exigidos en cada caso.

La distinción llevada a cabo en cuanto a la pertenencia con el estatus de miembro o de socio viene sustentada en el ámbito de las responsabilidades y tareas que cada uno debe cumplir, siendo más exigentes las que conciernen al primero que las que atañen al segundo<sup>34</sup>, si bien todas las organizaciones que

---

<sup>33</sup> Real Decreto 207/2019, de 29 de marzo, por el que se regula el sistema nacional de admisión de miembros y socios de la Red EURES en España.

<sup>34</sup> El art. 2.3. del Real Decreto 207/2019 establece que “A estos efectos, los miembros y los socios de EURES en España contribuirán a la Red EURES en lo concerniente a las tareas para las que hayan sido admitidos y cumplirán con sus demás obligaciones a tenor del Reglamento (UE) 2016/589 [...] asumiendo con carácter general las responsabilidades de los miembros y los socios de EURES establecidas en el artículo 12 de dicho Reglamento. En particular [...] los miembros de EURES España participarán en la Red EURES, lo que incluye el cumplimiento de todas las tareas siguientes, y los socios de EURES España participarán en la Red EURES, lo que incluye el cumplimiento de una o dos de las tareas que se enumeran: a) Contribuir al conjunto de ofertas de empleo, de conformidad con el artículo 17, apartado 1, letra a) del Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016. b) Contribuir al conjunto de demandas de empleo y de currículos, de conformidad con el artículo 17, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016. c) Prestar servicios de apoyo a trabajadores y empresarios conforme a los artículos 23 y

deseen convertirse en miembros o socios de EURES en España precisan obligatoriamente de la autorización del Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma donde tengan establecida su sede social, con independencia de que su actividad se desarrolle de manera exclusiva en dicha comunidad autónoma o en varias, obteniendo una única autorización válida para trabajar en las actividades de la Red EURES en todo el territorio español, bajo la *supra* mencionada coordinación del Servicio Público de Empleo Estatal<sup>35</sup>. Por cuanto hace a la cartera de servicios, el miembro de EURES ofrece todos los servicios de los que la Red dispone mientras que la condición de socio supone una oferta más limitada<sup>36</sup>.

### 3.4. Prestación de servicios a los trabajadores y empresarios

La labor de los miembros y socios EURES no finaliza con la puesta en relación de demanda y oferta de empleo, sino que implica un servicio de información y apoyo a los trabajadores y empresarios dando justo cumplimiento a lo preceptuado en los arts. 21 y ss del Reglamento 2016/589. En el orden señalado, y en estrecha colaboración con la Oficina Europea de Coordinación –que ejerce de órgano apoyo a los Estados miembros en cuanto a garantizar una cobertura lingüística adecuada–, los miembros –o socios en su caso– deberán facilitar a los trabajadores y a los empresarios “la información básica relativa al portal EURES, incluida la base de datos de demandas de empleo y de CV, y a la red EURES, incluidos los datos de contacto de los miembros y socios de EURES pertinentes en el plano nacional, información sobre los canales de contratación que emplean (servicios electrónicos, servicios personalizados, localización de los puntos de contacto) y los enlaces electrónicos pertinentes, de un modo accesible y sencillo”<sup>37</sup>.

Esta labor de apoyo y orientación sobre las oportunidades de empleo supone la necesidad de que el trabajador pueda recibir la información general sobre las condiciones de vida y de trabajo en el país de destino; respecto a las condiciones de vida y trabajo, procedimientos administrativos y otros aspectos importantes conexos a la relación de empleo; el marco normativo nacional en materia de períodos de aprendizaje y de prácticas y las normas e instrumentos existentes en la Unión; asesoramiento y asistencia en la redacción de las demandas de empleo y los CV, a fin de garantizar su conformidad con las normas y los formatos técnicos europeos y asistencia para su introducción

---

24, artículo 25, apartado 1, artículo 26 y, en su caso, artículo 27 del Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016.

<sup>35</sup> El SEPE es el organismo que España ha designado para ejercer las funciones de Oficina Nacional de Coordinación (ONC) de la Red EURES en España, consistentes en coordinar a la red nacional de miembros y socios.

<sup>36</sup> Listado de miembros/socios en España y carteras de servicio que ofrecen disponible en: [https://www.sistemanacionalempleo.es/MISO\\_Eures\\_SNE/listadoMisos.do?modo=inicio](https://www.sistemanacionalempleo.es/MISO_Eures_SNE/listadoMisos.do?modo=inicio) (fecha de consulta 02/02/2023).

<sup>37</sup> Art. 22.1., Reglamento 2016/589.

en el portal EURES; estudio sobre la procedencia de obtener una colocación dentro de la UE como parte de un plan de acción individual, o respaldar la elaboración de un plan de movilidad individual como medio para conseguir una colocación dentro de la Unión; o, en su caso, remitir al trabajador a otro miembro o socio de EURES<sup>38</sup>.

Por cuanto hace a los empresarios, las garantías y apoyo son los mismos que los establecidos para el trabajador si bien desde la perspectiva que ocupa la posición de empleador, pudiendo ser beneficiarios de asesoramiento en cuestiones de importante calado como el conocimiento de las normas específicas relativas a la contratación desde otro Estado miembro y cuantos factores puedan facilitar dicha contratación; información y asistencia en la redacción de los requisitos individuales del puesto en una oferta de empleo, o ser capaces de garantizar su conformidad con las normas y los formatos técnicos europeos.

### **3.5. EURES en cifras**

Desde el comienzo de su andadura en 1994, esta Red o plataforma de cooperación europea de servicios de empleo diseñada para facilitar la libre circulación de los trabajadores ha pasado por momentos muy dispares por cuanto la falta de empleo es uno de los problemas más acuciantes en todo el territorio europeo. Así, la escasez de determinados grupos de profesionales en algunos países puede encontrar alivio en el exceso de oferta de otros miembros y conseguir el deseado equilibrio entre oferta y demanda y la adecuación idónea de la titulación de un trabajador y su puesto de trabajo. Actualmente EURES dispone de 986336 CV en línea y 5417 empresas, 1573 perfiles de búsqueda de empleo, muestra 5927 lugares de trabajo poniendo en contacto a 5654 personas trabajadoras<sup>39</sup>.

En las tablas siguientes es posible apreciar los datos que EURES arroja en su eficacia como herramienta utilizada en la búsqueda de empleo e intermediación laboral si bien es preciso matizar que, pese a su larga trayectoria, no es un recurso de uso común entre la población trabajadora. La mayor parte de los jóvenes desconocen la existencia de esta posibilidad de acceso a un mercado de trabajo de carácter transnacional.

La tabla 1 pone de manifiesto los datos de la demanda de solicitantes de empleo en función de la titulación que poseen, mostrando que el mayor número de demandantes de empleo está constituido por aquellos que poseen una formación correspondiente a un segundo ciclo de enseñanza secundaria. El supuesto español diferencia en el ámbito de la educación secundaria entre una en una parte obligatoria (4 cursos de la ESO, que correspondería a la edad comprendida entre 12-16 años) y otra postobligatoria de la cual for-

---

<sup>38</sup> Art. 23, Reglamento 2016/589.

<sup>39</sup> [https://ec.europa.eu/eures/eures-apps/cvo/page/statistics?pageCode=statistics\\_cvo&lang=es](https://ec.europa.eu/eures/eures-apps/cvo/page/statistics?pageCode=statistics_cvo&lang=es). Fecha de consulta 06/02/2023.

marían parte cuatro enseñanzas independientes entre ellas y que exigen para ser cursadas la posesión del título de la ESO y constituidas por los cursos que forman el bachillerato, la formación profesional de Grado Medio, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de Grado Medio, y las enseñanzas deportivas de Grado Medio.

Como regla general, la educación/formación obligatoria en otros países europeos comprende la educación primaria y la secundaria inferior y corresponde al periodo de asistencia a tiempo completo que de manera obligatoria el alumno debe completar<sup>40</sup>.

TABLA 1

NIVEL EDUCATIVO	SOLICITANTES DE EMPLEO
1. Segundo ciclo de enseñanza secundaria	329,521
2. Sin especificar	309,438
3. Grado o nivel equivalente	186,959
4. Primer ciclo de enseñanza secundaria	163,588
5. Educación terciaria de ciclo corto	100,580
6. Máster o nivel equivalente	100,158
7. Educación infantil	77,729
8. Educación primaria	50,521
9. Educación postsecundaria no terciaria	38,951
10. Doctorado o nivel equivalente	1,591

Fuente: [https://ec.europa.eu/eures/eures-apps/cvo/page/statistics?pageCode=statistics\\_cvo&lang=es](https://ec.europa.eu/eures/eures-apps/cvo/page/statistics?pageCode=statistics_cvo&lang=es)  
Fecha de consulta: 06/02/2023.

Procediendo al análisis por sectores (tabla 2) es posible afirmar que el ámbito de la salud es el que más demanda de profesionales presenta, en el cual tiene cabida tanto el personal médico, enfermería y el perteneciente al ámbito de los cuidados, seguido de cerca por profesionales que disponen de titulaciones técnicas superiores como las diferentes ramas de ingenierías.

<sup>40</sup> Comisión Europea/EACEA/Eurydice, 2018. La educación obligatoria en Europa – 2018/19. Eurydice Datos y cifras. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. “En Bélgica, Alemania, Países Bajos, Portugal y la Antigua República Yugoslava de Macedonia, la educación/formación es obligatoria hasta los 18-19 años de edad. Sin embargo, en estos países, entre los 15-16 y los 18-19 años, los estudiantes pueden cursar programas de educación/formación obligatoria que combinan cursos a tiempo parcial en el centro con formación a tiempo parcial en una empresa. Únicamente se consideran como “educación/formación obligatoria a tiempo completo” los programas donde los alumnos son evaluados tanto de los cursos en el centro como de la formación en la empresa. En Austria, Polonia y Reino Unido (Inglaterra), una vez alcanzada la edad oficial de finalización, los estudiantes tienen que permanecer en el sistema educativo/de formación hasta que cumplen los 18 años de edad. No obstante, la asistencia a tiempo completo ya no es obligatoria. Los alumnos pueden participar en programas de educación/formación a tiempo completo, formación en el puesto de trabajo o educación/formación a tiempo parcial”.



TABLA 2

ÁMBITO EDUCATIVO MÁS SOLICITADO	POSICIÓN PONDERADA
1. Salud y bienestar	3
2. Ingeniería, fabricación y construcción	2
3. Servicios	1
4. Ciencias naturales, matemáticas y estadística	1

Fuente: [https://ec.europa.eu/eures/eures-apps/cvo/page/statistics?pageCode=statistics\\_cvo&lang=es](https://ec.europa.eu/eures/eures-apps/cvo/page/statistics?pageCode=statistics_cvo&lang=es)  
 Fecha de consulta: 06/02/2023

Con los datos recogidos en la tabla 3 es posible constatar que no existe una correspondencia entre las tasas de paro registradas en los distintos países y el número de solicitantes de empleo que a través de la Red buscan un trabajo en otro país del entorno europeo. Pese a la tendencia a la baja de las cifras en la tasa de paro de todos los países objeto de estudio, en España el descenso es muy escaso en el año 2022 cuando parece que debían comenzar a superarse la elevación de tasas de desempleo producidas durante la pandemia. De hecho, pese a que nuestro país es el que mayor tasa de paro presenta es el que utiliza la Red EURES en menor medida como mecanismo de búsqueda de empleo.

TABLA 3

PAÍSES	SOLICITANTES DE EMPLEO EURES (por país)	TASA DE PARO (2022)	TASA DE PARO (2021)
FRANCIA	390,624	7,1%	7,4%
GRECIA	270,179	11,6%	12,9%
ESLOVAQUIA	82,561	5,8%	6,5%
BÉLGICA	79,036	5,5%	5,6%
PAÍSES BAJOS	21,208	3,5%	3,8%
ESTONIA	18,907	5,7%	5,5%
ITALIA	16,665	7,8%	8,8%
LETONIA	10,721	7,1%	7,3%
DINAMARCA	8,813	4,8%	4,5%
ESPAÑA	8,699	13,1%	13,3%

Elaboración propia.

Fuente: EURES/ datosmarco.com

#### 4. BALANCE FINAL

Es un hecho que en el futuro del empleo la movilidad laboral es ya una realidad por cuanto el mercado que ofrece Europa supone un aumento exponencial en las probabilidades de encontrar trabajo. Desde la Red EURES han

sido llevadas a cabo acciones como “Tu primer empleo Eures” confeccionado como un plan específico de movilidad con el objetivo de cubrir puestos vacantes en determinados sectores, profesiones, países o grupos de países apoyando a cierto sector de población que por razón de la edad puede estar más predispuesto a la movilidad laboral. Pero, además, la Red trata de prestar su servicio a la difícil tarea de lograr el deseado equilibrio entre oferta y demanda de trabajo y esa es principalmente su línea de actuación.

El análisis que del panorama laboral español ha presentado EURES en 2021 sitúa a la economía española como una de las cuatro más fuertes de la Unión (en términos de PIB), si bien constituye uno de los principales retos en la actualidad la lucha contra un evidente descenso de población y su envejecimiento, dos factores que afectan directamente al mercado de trabajo caracterizado por la elevada tasa de paro –que afecta especialmente a los jóvenes y los mayores de 55 años– y un alto porcentaje de desempleados de larga duración.

Partiendo de estas premisas y analizando los datos de desempleo nacionales, el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal<sup>41</sup> pone de manifiesto la realidad sobre la escasez de mano de obra en algunas actividades económicas que, ya sean por su ligazón a los cambios que introducen las tecnologías o por otros factores como el envejecimiento de la población, la falta de relevo generacional o el escaso atractivo entre los jóvenes de ocupaciones tradicionales, no encuentran trabajadores que se ajusten a las necesidades existentes. Este es el supuesto del sector agrícola, las ocupaciones requeridas de forma estacional, el sector logístico –en el que se requieren carretilleros o repartidores–, o el sector servicios –en el que existe carencia de personal cualificado para asistencia en establecimientos residenciales, médicos y enfermeros especializados y auxiliares de enfermería hospitalaria–.

En orden distinto, existen dificultades para cubrir puestos de perfiles docentes en determinadas especialidades técnicas y de Formación Profesional, así como en el ámbito del desarrollo de profesiones de carácter “tradicional” como albañiles, electricistas, gruistas, capataces, fontaneros o jefes de obra. En el ámbito del transporte destaca la ausencia de profesionales en transporte por carretera y, descendiendo a perfiles tecnológicos se acrecienta la necesidad de especialistas como analistas de datos, ingenieros informáticos, ingenieros expertos en energías renovables (parques eólicos, sistemas fotovoltaicos), técnicos relacionados con big data y seguridad informática y expertos en *Business Intelligence* y *Data Mining*.

La otra cara de la moneda vendría dada por un exceso de demandantes de empleo en ocupaciones denominadas como de baja cualificación como en el sector industrial los peones en la industria manufacturera o en el de servicios los trabajos de camareros, limpiadores, asistentes de oficinas, personal de apoyo administrativo, limpiadores domésticos, recepcionistas y reponedores de estanterías.

---

<sup>41</sup> Observatorio de las Ocupaciones: Informe EURES sobre el mercado laboral español. Datos 2021. SEPE. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2022.

Para finalizar, los datos reflejados por el SEPE de EURES en España ponen de manifiesto un aumento significativo de la utilización de la Red en la gestión de la oferta y demanda laboral. Como muestra, en 2018 fueron atendidos 129.663 usuarios, gestionadas 11.194 ofertas de empleo y llevadas a cabo 2.538 colocaciones efectivas mientras que un año después las cifras ascienden a 168.649 usuarios, 20.229 ofertas de empleo gestionadas y 3.307 colocaciones confirmadas<sup>42</sup>.

En suma, los datos obtenidos apuntan a una creciente eficacia de EURES como pilar fundamental en la cooperación para lograr el equilibrio entre la oferta y demanda de empleo en Europa y hacer efectiva la movilidad y libre circulación de trabajadores por lo cual ha de ser considerada como una vía adecuada para la búsqueda de empleo.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALUJAS RUIZ, J. A.: “La transformación del Servicio Público de Empleo en España”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 181, 2004.
- ALUJAS RUIZ, J. A.: “Análisis de la intermediación laboral del servicio público de empleo por comunidades autónomas”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 93, 2018.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M<sup>a</sup> D.: “La transposición en el Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2007.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, núm. 122.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “La libre circulación de las personas en territorio comunitario”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J. y GARCÍA TORRES. A., coords.): *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Brasil (Juruá), 2016.
- MARTÍN VIDA, M<sup>a</sup> A.: “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 8, 2007.
- SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- WALWEI, U.: “Improving Job-matching through Placement Services”, en AA.VV. (SCHMID, G; O’REILLY, J; y SCHÖMANN, K, eds.): *International Handbook of Labour Market Policy and Evaluation*, UK (Edward Elgar. Cheltenham and Brollkfield), 1996.

---

<sup>42</sup> Datos obtenidos de <http://sepe.es/redEURES>



EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL:  
CONFIGURACIÓN, COMPETENCIAS Y TRANSFORMACIÓN  
HACIA A UNA AGENCIA ESPAÑOLA DE EMPLEO

LUIS RAMOS POLEY

*Investigador Postdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Girona  
Luis.ramos@udg.edu*

## **SUMARIO**

INTRODUCCIÓN. 1. ANALISIS DESDE EL PUNTO DE PARTIDA CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO. 2. LA EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO. 3. CONFIGURACIÓN ORGÁNICA Y DE LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN EL SEPE. 4. COMPETENCIAS Y POTESTADES DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL. 5. LA NUEVA AGENCIA ESPAÑOLA DE EMPLEO ENCAMINADA A ABORDAR LOS RETOS DEL FUTURO. 6. PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE EMPLEO. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta trabajo es el estudio de la configuración del Servicio Público de Empleo Estatal, sus potestades y competencias, avanzando en los debates que lo transformarán en una Agencia. Se analizará el punto de partida constitucional de las políticas de empleo. La evolución del Servicio Público de Empleo Estatal, su normativa actual que regula la configuración orgánica y de la participación institucional, sus competencias y potestades y lo que será su transformación a una nueva Agencia Española de Empleo, a raíz de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, incluyendo los principales aspectos de este cambio y de sus objetivos, en especial, en materia de desempleo y formación en el trabajo, y de los servicios garantizados a las personas demandantes de servicios de empleo.

### 1. ANALISIS DESDE EL PUNTO DE PARTIDA CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

Desde el art. 40.1 de la Constitución Española (en adelante CE), que forma parte de lo que se ha denominado como «Constitución económica», se conecta la política económica con la política de empleo, y a su vez con el mandato imperativo que ordena a los poderes públicos a fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales<sup>1</sup>, y otros concordantes que van en la línea de dirigir una política de empleo determinada, de entre varias posibles, teniendo en consideración de que nos encontramos dentro de los principios rectores de la política social y económica y que su exigibilidad resulta compleja. Por otro lado, la política orientada al pleno empleo es el mecanismo que busca dar cumplimiento al derecho al trabajo del art. 35.1 CE que no se agota en la libertad de trabajar, comporta a su vez el derecho a un puesto de trabajo, que en el plano colectivo comporta un mandato

---

<sup>1</sup> MATÍA PRIM, I.; CASAS BAAMONDE, M. E.; GOÑI SEIN, J. L.: Comentario al art. 40 de la Constitución Española. *Comentarios a la Constitución Española*. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Baamonde (Dirs.). Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 1289-1290.

con objetivo delimitado<sup>2</sup> para que los poderes públicos formulen una política orientada al pleno empleo<sup>3</sup>. Y si bien se podría discutir qué ha de entenderse por pleno empleo lo que sí ha de guiar la política orientada al pleno empleo es el Derecho al Trabajo<sup>4</sup>. La conexión del art. 40 con el 35.1 CE la encontramos en el plano prestacional del derecho al trabajo. El primero manda a los poderes públicos a realizar una política orientada al pleno empleo y el segundo actuaría en el plano individual, condicionando el primero su efectividad<sup>5</sup>, es decir, el pleno empleo es uno de los requisitos para el ejercicio del derecho al trabajo, dándole un carácter instrumental<sup>6</sup>.

Sin embargo, el legislador solo ha reconocido de forma expresa esta conexión del art. 35 con el art. 40 CE en la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero (en adelante LE). En las anteriores regulaciones no se mencionaba tal conexión. La LE establece una conexión expresa entre el art. 35 y el art. 40 CE, cuando identifica, sobre la base de estos artículos, a las políticas activas de empleo, 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 (art. 2.2 LE). Sirviendo también de base el art. 35 CE como punto de referencia para el mantenimiento y mejora de la empleabilidad (art. 35 LE). Y el art. 41 CE para las políticas de protección frente al desempleo (art. 2.3 LE).

## 2. LA EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO

El origen de lo que hoy conocemos como Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SEPE) lo encontramos en el Instituto Nacional de Empleo, creado por el Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo. Aunque previamente, en la Segunda República, se promulgó la primera ley sobre empleo, la Ley de 27 de noviembre de 1931, de Colocación Obrera, que integraba un sistema organizativo por el Estado de la colocación obrera con carácter nacional, público y gratuito, posteriormente derogado en la dictadura por la Ley de 10 de febrero de 1943, sobre colocación de trabajadores, que perduró hasta la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo.

<sup>2</sup> MONTROYA MELGAR, A.: El Trabajo en la Constitución. *Revista Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, 2004, p. 26.

<sup>3</sup> MATÍA, CASAS, GOÑI, *Comentario, op. cit.*, p. 1296.

<sup>4</sup> AAVV; CAMAS RODA, F. (Dir.): *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 79-80.

<sup>5</sup> AA.VV.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C.(Dir.); MORALES ORTEGA, J.M.; CALVO GALLEGOS F.J. (Coord.): *Lecciones de Derecho del Empleo*. Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p.243-244.

<sup>6</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española. *Derecho al trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Ed. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1980, pp. 187-188



El RDL 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, creó el Instituto Nacional de Empleo donde se busca la unidad y la eficacia a través de una actuación conjunta en el ámbito del empleo, la formación profesional y la cobertura del desempleo. Un organismo autónomo administrativo, con personalidad jurídica propia, adscrito al Ministerio de Trabajo. Las funciones que se le otorgaban a este organismo eran las de organizar los Servicios de Empleo con el objetivo de que un servicio público y gratuito procurara el mejor desarrollo y utilización de los recursos; ayudar a las personas trabajadoras a encontrar un empleo y a las empresas a contratar a los trabajadores apropiados a sus necesidades; fomentar la formación del trabajador con vinculación a la política de empleo; gestionar y controlar las prestaciones de empleo y las subvenciones y ayudas para fomento y protección del empleo y, de forma general, cualquier otra actuación conducente a una política activa de empleo (art. 5.1 RDL 36/1978, de 16 de noviembre). Funciones que se orientaban a la colocación, la protección económica para quienes se encontraran en situación de desempleo y al fomento del empleo<sup>7</sup>. Posteriormente, algunos artículos de este RDL resultan afectados por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin que se modifique ningún aspecto relativo a la naturaleza y funciones del Instituto Nacional de Empleo.

La Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, identifica al Instituto Nacional de Empleo como el organismo por donde se ejecuta la política de empleo (art. 3) y que organiza la colocación de las personas trabajadoras como un servicio nacional público y gratuito (art. 40.1). Prohibiendo la existencia de agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo. También se configura su composición orgánica a través del Consejo General, la Comisión Ejecutiva y la Dirección General del Instituto. Los dos primeros, conformados como órganos tripartitos, a los que se suman las Comisiones Ejecutivas Provinciales. Por otro lado, el art. 43 detallaba las funciones del Instituto Nacional de Empleo, que replica las que ya se indicaban en el art. 5.1 del RDL 36/1978, de 16 de noviembre.

En el año 2003 se aprueba la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que derogó después de 23 años a su predecesora de 1980. La doctrina calificó el retraso por motivaciones políticas<sup>8</sup>. Los cambios sociales, productivos, tecnológicos y de la organización territorial del Estado producidos durante más de 20 años hacen necesario una adaptación. No obstante, la Ley 31/1984, de 2 de agosto, ya derogó su Título II, y el Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre y posteriormente la Ley 10/1994, de 19 de mayo, derogaron los arts. 40.2, 42.1 y 44.2, que como aspecto más relevante levantaba la prohibición de la existencia de las agencias privadas de colocación de

---

<sup>7</sup> AA.VV, *Lecciones*, op. cit., p. 105.

<sup>8</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.; MOLINA NAVARRETE, C.: «Más acá y más allá del Trabajo»: Comentario a la Ley 56/2003, de Empleo. *Revista de Estudios Financieros*, núm. 251, 2004, pp. 26 y ss.

cualquier clase, permitiendo su existencia si estas no tenían fines lucrativos, con lo que el Instituto Nacional de Empleo ya no sería el único interviniente en la intermediación laboral.

La Ley 56/2003, de 16 de diciembre fue considerada por parte de la doctrina como un “hito importante” introduciendo diversas innovaciones<sup>9</sup>. Por lo que hace al llamado Instituto Nacional de Empleo se identificará a partir de ese momento como Servicio Público de Empleo Estatal, conservando su régimen jurídico, económico, presupuestario, patrimonial y de personal, así como su personalidad jurídica y naturaleza de organismo autónomo de la Administración General del Estado (DA 1ª Ley 56/2003, de 16 de diciembre). Sin embargo, el cambio es de mayor envergadura ya que el SEPE, junto con los Servicios Públicos de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), se integran en el Sistema Nacional de Empleo, un conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo (art. 5). En este estado de cosas, el SEPE, para la consecución de sus objetivos, asumirá las funciones de ordenación y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo<sup>10</sup>, formando parte de una estrategia y estructura más compleja y robusta, y con unos fines determinados y adaptados a la nueva realidad del empleo.

En el año 2015 se aprueba el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. Un norma de refundición calificada por la doctrina como poco innovadora, ya que después de 12 años y por el propio mecanismo elegido, siguió manteniendo el espíritu de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre<sup>11</sup>.

Finalmente, en el año 2023 se aprueba la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (en adelante LE). Por lo que hace a la materia aquí estudiada, se produce una importante innovación donde el SEPE se transforma en la Agencia Española de Empleo (en adelante AEE). Se autoriza por la misma Ley su creación, pero a través de Real Decreto las condiciones de su transformación en Agencia (art. 18 y DA 1ª LE). Según el legislador la transformación obedece a que el marco regulatorio de las agencias estatales es el óptimo para abordar los desafíos a afrontar en materia organizativa, tecnológica y de gestión.

### 3. CONFIGURACIÓN ORGÁNICA Y DE LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN EL SEPE

El SEPE es un organismo autónomo de la Administración General del Estado (en adelante AGE) que tiene como objeto la ordenación, desarrollo y

<sup>9</sup> MONTROYA MELGAR, A.; CRISTOBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*. Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 13-17.

<sup>10</sup> MONTROYA; CRISTOBAL, *Comentario, op. cit.*, p. 76.

<sup>11</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz?. *Briefs de la AEDTSS*. 08/03/2023. <https://www.aedtss.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/>

seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo (art. 15 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo), disposición no derogada por la LE, que mantiene todavía en vigor los arts. 15 a 18 del RDL 3/2015, de 23 de octubre, integrados en el Capítulo II del Título I, del Servicio Público de Empleo Estatal. Estos artículos regulan el concepto del SEPE, su naturaleza y régimen jurídico, la organización y sus competencias.

El SEPE forma parte de los organismos autónomos: entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, tesorería y patrimonio propios y autonomía en su gestión, que desarrollan actividades propias de la Administración Pública (art. 98.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). La previsión que establece la LE, es que el SEPE se transforme en la Agencia Española de Empleo (art. 18 LE), un cambio relevante de ello es que la AEE tendrá la naturaleza de agencia estatal, cuestión esta que se desarrollará más adelante.

El Real Decreto 1383/2008, de 1 de agosto regula la estructura orgánica y de participación institucional del Servicio Público de Empleo Estatal. Este organismo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía social por medio de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, se configura sobre una doble estructura<sup>12</sup> organizativa central y periférica con el objetivo de dar cumplimiento a sus competencias, donde participan las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, sea de forma tripartita o paritaria, en sus órganos correspondientes (art. 17 RDL 3/2015, de 23 de octubre). Participación esta última en virtud de la representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista, que ostentan las organizaciones sindicales más representativas (art. 6.3.a) Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical) y las asociaciones empresariales (DA 6ª LET), donde se da cumplimiento a la norma fundamental de un Estado democrático en la que, especialmente, los sujetos representantes de la población asalariada que son parte del mundo del trabajo, participan en la toma de decisiones, control y vigilancia en materia de empleo. Es un espacio de intervención basado en una democracia pluralista, donde la participación institucional de los sindicatos es la máxima expresión<sup>13</sup>. Sin embargo, y aunque esta participación institucional democrática la podemos relacionar, entre otros, con los arts. 1, 7, 129 CE, la Constitución no la menciona expresamente ni la LOLS aporta elementos para su definición<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> MONTÓYA; CRISTOBAL, *Comentario, op. cit.*, p. 79.

<sup>13</sup> YSÀS MOLINERO, H.: *La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2010, p. 164.

<sup>14</sup> YSÀS MOLINERO, H.: La participación institucional autonómica: regulación y organismos en Cataluña (especialmente a partir del Estatuto de 2006). En la obra colectiva: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías. XXI Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 341. También ROJO TORRECILLA,

La estructura organizativa central está formada por tres órganos rectores: Consejo General; Comisión Ejecutiva Central y Dirección General, de la que de esta última dependen siete subdirecciones, siendo a su vez un órgano gestor (art. 3 RD 1383/2008, de 1 de agosto). El Consejo General tiene como funciones: informar la participación del SEPE en el Programa Anual de Trabajo del Sistema Nacional de Empleo; informar el anteproyecto de presupuesto de ingresos y gastos del organismo; aprobar la Memoria anual para su elevación al Gobierno; la propuesta de mecanismos para la coordinación del SEPE y los servicios públicos de empleo en las Comunidades Autónomas (CCAA) en el marco del Sistema Nacional de Empleo, especialmente por lo que hace a la coordinación entre las políticas de empleo y las prestaciones por desempleo; seguimiento de los informes, propuestas y recomendaciones del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo en relación con el SEPE; proponer investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo, así como medidas para la modernización y mejora del SEPE; y como regla de cierre, cualquier otra competencia que legal o reglamentariamente se le atribuyan. El Consejo General es un órgano tripartito y está formado por el titular de la Secretaría General de Empleo, que actúa como presidente, el titular de la Dirección General del SEPE, actuando como vicepresidente, ocho representantes de la Administración General del Estado, incluidos los antes mencionados, un secretario con voz pero sin voto, y ocho representantes de las organizaciones sindicales y empresariales que, de conformidad con la legislación vigente, ostenten la representación institucional ante organismos de carácter estatal (art. 4 RD 1383/2008, de 1 de agosto y art. 3 Orden TIN/2189/2009, de 31 de junio, por la que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento del Consejo General, la Comisión Ejecutiva Central y las Comisiones Ejecutivas Territoriales del Servicio Público de Empleo Estatal).

La Comisión Ejecutiva Central tiene como funciones: la supervisión y control de los acuerdos adoptados por el Consejo General; la propuesta de medidas que se consideren necesarias para el mejor cumplimiento de los fines del organismo; conocer con antelación, salvo urgencia, cuantas cuestiones hayan de ser sometidas al conocimiento o decisión del Consejo General; informar el orden del día de las reuniones a celebrar por el Consejo General, al margen de las facultades del Presidente de convocar una reunión urgente; ejercer las funciones que le delegue el Consejo General; y cualquier otra competencia atribuida legal o reglamentariamente. La Comisión Ejecutiva Central es un órgano tripartito y está integrada por un Director General que actúa como Presidente, tres representantes de la AGE que formen parte del Consejo General, cuatro representantes de las organizaciones sindicales y empresariales que forman parte del Consejo General, y un secretario que actúa con voz pero sin voto (art. 5 RD 1383/2008, de 1 de agosto y art. 14 Orden TIN/2189/2009, de 31 de junio).

---

E.: La participación institucional en la política activa de empleo. Aproximación al marco normativo español. *El nuevo y cambiante mundo del Trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. 14/03/2016. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/03/la-participacion-institucional-en-la.html>

Por otro lado, la estructura periférica del SEPE se divide entre órganos de gestión territorial y órganos de participación institucional (art. 14 RD 1383/2008, de 1 de agosto). Las Comisiones ejecutivas, de ámbito autonómico, son los órganos territoriales de participación institucional en el SEPE que tienen como función: conocer los acuerdos del Consejo General y de la Comisión Ejecutiva Central; velar por el cumplimiento de estos acuerdos a nivel autonómico, provincial e insular; proponer al Consejo General y a la Comisión Ejecutiva Central las medidas necesarias para el mejor cumplimiento de sus fines; y cuantas otras se les atribuyan. Esta Comisión ejecutiva territorial, de carácter tripartito, está integrada por: seis vocales del SEPE, donde uno de estos será el Coordinador Territorial y que actuará como presidente; seis vocales designados por las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, y a nivel de la CCAA, si en dicho ámbito las hubiera, designadas por el órgano competente del sindicato correspondiente; seis vocales designados por las organizaciones empresariales más representativas a nivel estatal; y un Secretario sin voz ni voto que será un funcionario del SEPE designado por el presidente de la correspondiente Comisión Ejecutiva Territorial (art. 18 RD. 1383/2008, de 1 de agosto y art. 21 Orden TIN/2189/2009, de 31 de junio).

#### 4. COMPETENCIAS Y POTESTADES DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL

Para el ejercicio de sus funciones, la ley otorga a este organismo una serie de competencias que están enumeradas en el art. 18 del RDL 3/2015, de 23 de octubre. Desde el ámbito de la planificación de la política de empleo, al SEPE le corresponde elaborar y elevar al Ministerio de Trabajo y Economía Social las propuestas normativas estatales que procedan en materia de empleo. La doctrina ha calificado a esta competencia de carácter «pre-normativo»<sup>15</sup>. Por otro lado, le corresponde también al SEPE formular el anteproyecto de presupuesto de ingresos y gastos; percibir las ayudas de fondos europeos para la cofinanciación de acciones a cargo de su presupuesto; elaborar el proyecto de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y de los Planes Anuales de Política de Empleo en colaboración con las CCAA; coordinar las actuaciones conjuntas de los servicios públicos de empleo en el desarrollo del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo; gestionar el Observatorio de las Ocupaciones del SEPE; mantener las bases de datos generadas por los sistemas integrados de información del Sistema Nacional de Empleo y elaborar las estadísticas en materia de empleo, formación profesional para el empleo en el ámbito laboral y protección por desempleo a nivel estatal; gestionar los servicios y programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos; llevar a cabo investigaciones, estudios y análisis sobre las situación del mercado de trabajo y los instrumentos para mejorarlo, en colaboración con las CCAA; la gestión y el control de las prestaciones por desempleo; coordinar e

---

<sup>15</sup> MONTROYA; CRISTOBAL, *Comentario, op. cit.*, p. 83.

impulsar acciones de movilidad en el ámbito estatal y europeo, y ostentar la representación del Estado español en la red Eures; y como regla de cierre, cualquier otra competencia que legal o reglamentariamente se le atribuyan.

El art. 22 LE distribuye las competencias de la nueva AEE, en lo que se transformará el SEPE. Por lo que hace a los aspectos más destacados, y en relación con el RDL 3/2015, de 23 de octubre, la elaboración de las propuestas normativas de ámbito estatal se amplían a la protección por desempleo y formación en el trabajo. El anteproyecto de presupuesto de la Agencia se eleva al Ministerio de Trabajo y Economía Social para su examen y posteriormente se traslada al Ministerio de Hacienda y Función Pública. En cuanto a los servicios, programas de intermediación y políticas activas de empleo que tengan como objetivo la integración laboral de las personas trabajadoras inmigrantes del art. 22.h.4º LE, se elimina la disposición que hacía referencia a que ello se «realiza(ra) en sus países de origen, facilitando la ordenación de los flujos migratorios», con lo que parece que el objetivo principal es la integración, sin tener en consideración, al menos desde inicio, su afectación a la ordenación de los flujos migratorios, que como sería óptimo esto sería una materia objeto de regulación por la normativa de extranjería. En cuanto a las investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo y los instrumentos para mejorarlo, se canalizará a través de la Oficina de Análisis del Empleo, como área especializada integrada dentro de la AEE, que tendrá como funciones, entre otras, la investigación, estudio y asesoramiento en las materias relativas a las políticas de empleo y su incidencia en el mercado de trabajo y el sistema económico, social y de Seguridad Social, donde también elaborará, publicará y divulgará documentos analíticos y programáticos en torno al empleo y la ocupación y la confección de datos y estadísticas útiles para el Sistema Nacional de Empleo (arts. 22.i) y DA 3ª.2.a) LE). Por último, se incluyen dos nuevas competencias, en el Sistema Nacional de Empleo, coordinar la evaluación interna de las Estrategias y Planes para el Fomento del Empleo Digno e impulsar la evaluación del desempeño del la AEE y los servicios públicos de empleo autonómicos de conformidad con el modelo establecido por la Comisión Europea, la otra competencia sería coordinar los Centros de Orientación, Emprendimiento, Acompañamiento e Innovación para el Empleo y fomentar la colaboración entre ellos.

## 5. LA NUEVA AGENCIA ESPAÑOLA DE EMPLEO ENCAMINADA A ABORDAR LOS RETOS DEL FUTURO

Con la nueva Ley 13/2023, de 28 de febrero, se autoriza la creación de la AEE, donde a través de Real Decreto se regularán las condiciones de la transformación del SEPE, O. A., en la Agencia Española de Empleo, de conformidad con lo señalado en la DA 1ª.

Dentro del Capítulo II de la LE, encontramos un concepto impreciso encabezado por la Gobernanza, que haría referencia a un cambio en la acción social en

las formas actuales de gobierno, donde se establece otro ámbito que lo configura el Estado, el mercado y la sociedad, es decir, un proceso de transformación donde las formas tradicionales de Estado jerárquico y soberano se transforman en un espacio donde intervienen nuevos actores en la toma de decisiones<sup>16</sup>. Dentro de la Gobernanza encontramos al Sistema Nacional de Empleo, un conjunto de estructuras administrativas, recursos materiales y humanos, estrategias, planes, programas e información para llevar a cabo las políticas de empleo, de ámbito estatal o autonómico. El Sistema Nacional de Empleo esta conformado por la AEE y por los servicios públicos de empleo de las CCAA (art. 8.1 LE). La función de la AEE es la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de las políticas activas y de protección por desempleo, y está Adscrita al Ministerio de Trabajo y Economía social, a través de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social. Es una entidad de derecho público, dotada de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, con facultades para ejercer potestades administrativas, con plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de los programas relativos a las políticas de empleo que desarrolle en el ámbito de sus competencias, de conformidad con el plan de acción anual y del contrato plurianual de gestión (art. 20.1 LE y 108 bis. Ley 40/2015, de 1 de octubre). Su actuación se verá sometida, a través del seguimiento del contrato de gestión, a control de eficacia por la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, con el objetivo de evaluar y verificar el cumplimiento de los objetivos y resultados marcados y la adecuada utilización de los recursos asignados para alcanzarlos. Por otro lado, también se someterá a la supervisión continua de la Intervención General de la Administración del Estado, que, a su vez, ejercerá el control interno de la gestión económico-financiera. Por ultimo, el control externo corresponderá al Tribunal de Cuentas. Solo se establecen dos excepciones respecto a la regulación general de las Agencias Estatales, su control financiero estará sometido a función interventora de conformidad con la Ley General Presupuestaria, por otro lado, el director o directora de la agencia será nombrada y separada de su cargo por real decreto a propuesta del titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social (DA 1º.6 y 7 LE).

La doctrina ha calificado este cambio dentro de la línea de una reorganización del sector público laboral<sup>17</sup>, también se ha criticado una falta de justificación de la transformación del SEPE en la AEE, pero que la razón del cambio ha sido buscar una mayor flexibilidad en la gestión, la posibilidad de un funcionamiento por objetivos, evaluable, y de un sistema de financiación por la vía del contrato de gestión, de carácter plurianual evaluable y relativamente estable, que pueden ser determinantes para que se consiga un mejor funcionamiento<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> INNERARITY GRAU, D.: “¿Qué es eso de la gobernanza?”. *Revista Tiempo de Paz*. Ed. Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, núm. 100, 2011, pp. 228 y ss.

<sup>17</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: La arquitectura institucional de las políticas de ocupación en la nueva Ley de Empleo. *Briefs de la AEDTSS*. 2/03/2023. <https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/>

<sup>18</sup> ALFONSO MELLADO, *La nueva Ley*, op. cit.

Otro plano fundamental lo conforman los servicios públicos de empleo de las CCAA que dentro de sus ámbitos correspondientes gestionan y desarrollan las políticas activas de empleo y garantizan la prestación de los servicios de empleo, donde además, y esto juega un papel determinante en acercarse a la realidad social de la vida de los ciudadanos, podrán recurrir a Corporaciones Locales o a otras entidades públicas o privadas. El art. 7 introduce la dimensión autonómica y local de la política de empleo donde en su diseño y modelo de gestión, deberá tener en cuenta esta particularidad para ajustarla a las necesidades del territorio y de las personas y entidades usuarias de los servicios de empleo. Un artículo que hay que ponerlo en relación con el 5<sup>19</sup>, de los principios rectores de la política de empleo y de la colaboración institucional y coordinación entre la AEE, los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y las demás Administraciones públicas con competencias en la materia, que promueve la cohesión y el equilibrio territorial y garantiza la igualdad de acceso a las políticas activas de empleo a cualquier persona en todo el Estado.

Por otro lado, en el ámbito de la colaboración con los servicios públicos de empleo, encontraríamos a las entidades públicas que dentro del marco competencial existente lo encabezarían las entidades locales para el cumplimiento de los objetivos de la política de empleo, pero también se abre a que otras entidades públicas presten esta colaboración para la consecución de estos mismos objetivos. En segundo lugar, en este marco de colaboración también entrarían las entidades privadas que prestan servicios de empleo, donde esta prestación tienen la naturaleza de servicio público, con independencia de quién realiza este servicio. Estas entidades intervinientes en las políticas activas de empleo deben colaborar y coordinarse con los organismos públicos en los niveles territoriales y competenciales que sean pertinentes. La tarea de servicio público que han de abordar les hace someterse a una actuación con total transparencia e informar del desarrollo de su actividad a los organismos autonómicos de empleo, ampliándose a otros ámbitos autonómicos y a la AEE, dependiendo de la extensión de su ámbito de actuación.

## 6. PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE EMPLEO

La AEE tiene como función básica la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de las políticas activas de empleo y de protección por desempleo (art. 19 LE).

---

<sup>19</sup> ROJO TORRECILLA, E.: La nueva Ley de Empleo. Seguimiento y análisis de su tramitación desde el Anteproyecto a la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados (recopilación). *El nuevo y cambiante mundo del Trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. 1/03/2023. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/la-nueva-ley-de-empleo-seguimiento-y.html>



El título más relevante de la nueva Ley de Empleo es el que se dedica a las políticas activas de empleo<sup>20</sup>, donde los objetivos prioritarios son «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». Particularmente se fija en los colectivos prioritarios, donde se ha de garantizar la prestación de los servicios especializados para facilitar su inserción laboral o el mantenimiento del empleo y la promoción profesional.

La AEE y los servicios de empleo de las CCAA, dentro de sus respectivas competencias, diseñarán y llevarán a cabo los servicios y programas de las políticas activas de empleo, además de que los recursos económicos destinados para ello, necesarios para llevar a cabo estas actividades, serán gestionados, también en el marco de sus competencias, por los mismos servicios públicos. En la gestión de los servicios y programas se permite la intervención directa por los servicios públicos de empleo o a través de la colaboración público-privada o público-pública, por medio de una amplia articulación de medios de suscripción siempre ajustada a Derecho.

La vinculación de la formación con el trabajo es un “aspecto capital de las políticas de empleo”<sup>21</sup>, de hecho para alcance de los objetivos de las políticas activas de empleo hay tres líneas fundamentales de actuación, entre las que se encuentran las políticas de formación<sup>22</sup>. Aunque la LE, deja para una regulación específica los principios, objetivos y regulación de la formación en el trabajo, sí que detalla los fines de la formación en el trabajo (art. 33). En primer lugar, favorecer la formación durante la vida de las personas tanto ocupadas como desempleadas, en el sector público y privado; consolidar el derecho a la formación, el derecho a la promoción profesional y el desarrollo del ejercicio del permiso de veinte horas anuales de formación; mejorar las competencias profesionales y sus itinerarios de empleo y formación, de forma especial las que tienen relación con el mundo digital y la sostenibilidad; contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas; garantizar que todo el contenido formativo esté realizado con perspectiva de género; mejorar la empleabilidad especialmente de las personas que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral; promover que las competencias profesionales adquiridas sean objeto de valoración en el marco de la

---

<sup>20</sup> ROJO TORRECILLA, E.: Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI. Estudio de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*. Ed. Universidad de Málaga, núm. 6 (2023), p. 38. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS>

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>22</sup> ROJO TORRECILLA, E.: El empleo y la formación. Medidas necesarias, ¿medidas adoptadas a tiempo? Notas a propósito del RD 818/2021, de 28 de septiembre y repaso normativo vigente. *El nuevo y cambiante mundo del Trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. 12/10/2021. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2021/10/el-empleo-y-la-formacion-medidas.html>

formación en el trabajo, que aporte valor profesional y curricular, 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; y por último, impulsar la formación programada por las empresas, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras.

Por otro lado, aquellas personas que soliciten o perciban prestaciones o subsidios por desempleo o prestaciones por cese de actividad adquirirán la condición de personas demandantes de servicios de empleo, lo que les comportará ser titulares de los servicios garantizados y del acuerdo de actividad, en cambio son consideradas como personas usuarias de los servicios públicos de empleo quienes perciban otras rentas orientadas a la protección económica frente a la situación de desempleo (art. 47.º LE), que a efectos de diferenciar una u otra figura el art. 3 de la ley no permite tal distinción integrándose en el mismo concepto solicitar la mediación de los servicios de empleo.

Los servicios garantizados por la AEE y los servicios públicos de empleo de las CCAA, de forma directa o a través de colaboración con otros agentes públicos, privados y con los interlocutores sociales se garantizarán a las personas demandantes de servicios de empleo y a las personas, empresas y demás entidades empleadores. En cuanto al catálogo de servicios garantizados a las personas demandantes de servicios de empleo, que como función básica tienen por objeto facilitar el acceso a un empleo decente y de calidad y la mejora de su empleabilidad, se establece la elaboración de un perfil individualizado de usuario donde su objetivo es establecer un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado. La tutorización individual y asesoramiento continuado, atención personalizada, presencial y no, durante las transiciones laborales, que puede ser entre la educación y el empleo o entre situación de empleo y desempleo, libre de sesgos y estereotipos de cualquier índole, pero especialmente de género, edad, origen, etnia y discapacidad, prestando atención a las necesidades específicas de las distintas etapas vitales, especialmente en el caso de la maternidad y el cuidado de personas menores o mayores. El itinerario o plan personalizado adecuado a su perfil, que se elaborará en colaboración con la persona usuaria, para facilitar su acceso al empleo, prestará atención a la eliminación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, de forma especial por razones de género, edad y discapacidad, origen nacional y origen étnico. En el mismo se detallarán las principales actividades propuestas por tal de mejorar su empleabilidad. Este itinerario deberá incorporar unos mínimos: la identificación de un itinerario formativo, la identificación de alternativas laborales o de emprendimiento, la identificación de las actuaciones de búsqueda activa de empleo. Una cuestión importante es que el itinerario o plan personalizado exigirá la formalización de un acuerdo de actividad que establece obligaciones para el servicio público de empleo, pero especialmente a la persona usuaria que deberá comprometerse a una participación activa en los servicios y actividades incluidos en el acuerdo de actividad y, si fuera el caso, aceptar una colocación adecuada. Cuestión esta última que siempre ha sido controvertida y

que la nueva Ley de empleo la clarifica como «la colocación en la profesión demandada por la persona trabajadora, de acuerdo con su formación, características profesionales, experiencia previa o intereses laborales y también aquella que corresponda con su profesión habitual», siendo cajón de cierre «o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas». Sin embargo se establecen algunas limitaciones, en cuanto al salario ofrecido en la oferta será el equivalente al del sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo, por otro lado, la colocación ofrecida deberá ser indefinida y con un salario, en ningún caso, inferior al salario mínimo interprofesional. También será una colocación adecuada la que sea convenida dentro del itinerario de inserción, que podrá articularse a través de un contrato de sustitución del art. 15.3 y de un contrato a tiempo parcial, tal y como regula la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y solo en este marco será adecuada la colocación que se ofrezca en una localidad que no sea la de residencia de la persona trabajadora (art. 3.f) y g) LE).

Por otro lado, otros servicios que deberán ser garantizados son: la formación en el trabajo; el asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento con garantías; la intermediación laboral eficiente; un canal presencial o digital alternativo de recepción de los servicios y a recibir una orientación y atención tanto presencial como no presencial; acceso a trabajos en cualquier territorio en iguales condiciones; búsqueda de la protección social precisa que permita el mantenimiento de un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de empleo; y un expediente laboral personalizado único. Estos servicios se efectuarán a través de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo del art. 61.

## 7. CONCLUSIONES

Desde el art. 40.1 CE se conecta la política económica con la política de empleo, y a su vez con el mandato imperativo que ordena a los poderes públicos a fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales, con otros concordantes que van en la línea de dirigir una política de empleo determinada. La política orientada al pleno empleo es el mecanismo que busca dar cumplimiento al derecho al trabajo del art. 35.1 CE. El legislador solo ha reconocido de forma expresa esta conexión del art. 35 con el art. 40 CE en la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero.

El origen de lo que hoy conocemos como SEPE lo encontramos en el Instituto Nacional de Empleo creado por el RDL 36/1978, de 16 de noviembre. La Ley 56/2003, de 16 de diciembre introduce diversas innovaciones, por lo que hace al llamado Instituto Nacional de Empleo se identificará a partir de ese momento como Servicio Público de Empleo Estatal, que junto con los Servicios Públicos de las CCAA se integran en el Sistema Nacional de Empleo. El Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo fue una norma de refundición manteniendo el espíritu de su predecesora. La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, produce una importan-

te innovación donde el SEPE se transforma en la Agencia Española de Empleo.

El SEPE se configura sobre una doble estructura organizativa central y periférica con el objetivo de dar cumplimiento a sus competencias, donde participan las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, sea de forma tripartita o paritaria, en sus órganos correspondientes, dando cumplimiento a la norma fundamental de un Estado democrático en la que, especialmente, los sujetos representantes de la población asalariada que son parte del mundo del trabajo, participan en la toma de decisiones, control y vigilancia en materia de empleo.

La Ley 13/2023, de 28 de febrero, autoriza la creación de la AEE. Dentro del Capítulo de la Gobernanza, encontramos al Sistema Nacional de Empleo, donde parece ser que se abre un espacio donde intervienen nuevos actores en la toma de decisiones. La función de la AEE es la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de las políticas activas y de protección por desempleo. La doctrina ha calificado este cambio dentro de la línea de una reorganización del sector público laboral, pero también se ha criticado una falta de justificación de la transformación pero que la razón del cambio ha sido buscar una mayor flexibilidad en la gestión, la posibilidad de un funcionamiento por objetivos, evaluable, y de un sistema de financiación por la vía del contrato de gestión, de carácter plurianual evaluable y relativamente estable, que pueden ser determinantes para que se consiga un mejor funcionamiento. El art. 7 introduce la dimensión autonómica y local de la política de empleo señalándose que puesto en relación con el art. 5 promueve la cohesión y el equilibrio territorial y garantiza la igualdad de acceso a las políticas activas de empleo a cualquier persona en todo el Estado.

La AEE tiene objetivos preferentes y particularmente se fija en los colectivos prioritarios, donde se ha de garantizar la prestación de los servicios especializados para facilitar su inserción laboral o el mantenimiento del empleo y la promoción profesional.

La LE deja para una regulación específica los principios, objetivos y regulación de la formación en el trabajo, pero sí que detalla los fines de la formación en el trabajo.

La condición de personas demandantes o usuarias de servicios de empleo comporta ser titular de los servicios garantizados. El catálogo de los servicios garantizados a personas demandantes de servicios de empleo tiene como función básica facilitar el acceso a un empleo decente y de calidad y la mejora de su empleabilidad

## 8. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C.(Dir.); MORALES ORTEGA, J.M.; CALVO GALLEGU F.J. (Coord.): *Lecciones de Derecho del Empleo*. Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

- AAVV; CAMAS RODA, F. (Dir.): *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- ALFONSO MELLADO, C.L.: La nueva Ley de Empleo: una Ley necesario y ¿eficaz?. *Briefs de la AEDTSS*. 08/03/2023. <https://www.aedtss.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/>
- INNERARITY GRAU, D.: “¿Qué es eso de la gobernanza?”. *Revista Tiempo de Paz*. Ed. Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, núm. 100, 2011.
- MARTÍN VALVERDE, A.: Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española. *Derecho al trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Ed. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1980.
- MATÍA PRIM, I.; CASAS BAAMONDE, M. E.; GOÑI SEIN, J. L.: Comentario al art. 40 de la Constitución Española. *Comentarios a la Constitución Española*. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Baamonde (Dir.). Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.
- MOLINA HERMOSILLA, O.; MOLINA NAVARRETE, C.: «Más acá y más allá del Trabajo»: Comentario a la Ley 56/2003, de Empleo. *Revista de Estudios Financieros*, núm. 251, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A.; CRISTOBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*. Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A.: El Trabajo en la Constitución. *Revista Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, 2004.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: La arquitectura institucional de las políticas de ocupación en la nueva Ley de Empleo. *Briefs de la AEDTSS*. 2/03/2023. <https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/>
- ROJO TORRECILLA, E.: El empleo y la formación. Medidas necesarias, ¿medidas adoptadas a tiempo? Notas a propósito del RD 818/2021, de 28 de septiembre y repaso normativo vigente. *El nuevo y cambiante mundo del Trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. 12/10/2021. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/10/el-empleo-y-la-formacion-medidas.html>
- ROJO TORRECILLA, E.: La nueva Ley de Empleo. Seguimiento y análisis de su tramitación desde el Anteproyecto a la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados (recopilación). *El nuevo y cambiante mundo del Trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. 1/03/2023. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/la-nueva-ley-de-empleo-seguimiento-y.html>
- ROJO TORRECILLA, E.: La participación institucional en la política activa de empleo. Aproximación al marco normativo español. *El nuevo y cambiante mundo del Trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades*

*laborales*. 14/03/2016. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/la-participacion-institucional-en-la.html>

ROJO TORRECILLA, E.: Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI. Estudio de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*. Ed. Universidad de Málaga, núm. 6 (2023). <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS>

YSÁS MOLINERO, H.: *La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2010.

YSÁS MOLINERO, H.: La participación institucional autonómica: regulación y organismos en Cataluña (especialmente a partir del Estatuto de 2006). En la obra colectiva: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías. XXI Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

LA IGUALDAD EFECTIVA Y NO DISCRIMINACIÓN  
EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL DEL SIGLO XXI<sup>1</sup>

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA

*Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo*

*Universidad de Murcia*

*jsaura.ruiz@gmail.com*

*ORCID: 0000-0002-9284-1004*

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “LA ACTIVIDAD SINDICAL Y DERECHOS COLECTIVOS EN LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI”, con la financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA CUESTIÓN: BREVES APUNTES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO. 1.1. Definición y contextualización de la intermediación laboral en España. 1.2. Conductas antijurídicas clásicas en la fase de preselección y en la entrevista de trabajo. 2. LA DISCRIMINACIÓN EN LA INTERMEDIACIÓN DIGITAL. 2.1. La digitalización de los portales de empleo y su incidencia sobre el derecho a la igualdad. 2.3. La preselección digital a través de redes sociales: ¿dónde queda el derecho a la intimidad y a la propia imagen?. 3. ALGUNAS RESPUESTAS AL PROBLEMA DE LA DISCRIMINACIÓN EN LA ERA DE LA “DIGITALIZACIÓN DEL ACCESO AL EMPLEO”. 3.1. Currículum vitae ciego o anónimo. 3.2. Derecho al olvido. 3.3. La negociación colectiva. 4. CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTA *LEGE FERENDA*. 5. BIBLIOGRAFÍA.



# 1. PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA CUESTIÓN: BREVES APUNTES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO

## 1.1. Definición y contextualización de la intermediación laboral en España

La intermediación laboral es definida en el art. 40.1 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (en adelante, LE)<sup>2</sup> 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”. Así mismo, el art. 40.2 LE desgaja la intermediación laboral en las siguientes acciones: la captación de ofertas de trabajo, la puesta en contacto de las mismas con personas demandantes de empleo, la selección de aspirantes y la puesta a disposición de los aspirantes de los apoyos necesarios para eludir barreras que impidan o dificulten el acceso a un empleo en igualdad de condiciones.

La intermediación laboral, como señala y desarrolla el tercer capítulo de la LE, puede ser realizada por servicios públicos o entidades privadas. Actualmente, el desarrollo de las nuevas tecnologías ha ayudado a que estas últimas hayan proliferado y adquirido una importancia creciente en la intermediación. En la actual era digital, la intermediación laboral desarrollada por portales *web* de empleo y nuevas plataformas virtuales repercute de manera directa y significativa en la igualdad de oportunidades, ya sea entre mujeres y hombres, para personas con discapacidad, a partir de alcanzar una cierta edad, etc.

Por otra parte, saliendo de la ortodoxia del concepto, cabe recordar que son frecuentes los casos de empresas que, contando con una vasta estructura, asumen con sus propios medios y recursos los procesos de reclutamiento y selección.

---

<sup>2</sup> BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

## 2.1. Conductas antijurídicas clásicas en la fase de preselección y en la entrevista de trabajo

Tradicionalmente, la imposición de barreras discriminatorias para el acceso al empleo se ha manifestado en prácticas que pueden tener lugar en los procesos de selección, en la criba de currículums y en las entrevistas de trabajo. Concretamente, esto ocurre cuando las personas aspirantes son apartadas de los procesos de selección, ya sea antes de iniciarse o durante su transcurso. E incluso, cuando una vez finalizado el mismo, la contratación no es materializada por la empresa debido a motivos atentatorios contra el derecho a la igualdad de la persona candidata.

Distintos tribunales han abordado casuísticas de este tipo, protagonizadas por reclutadores de la propia empresa como, incluso, por servicios de intermediación laboral ajenos a la misma. En las líneas siguientes, se presenta algunos de los pronunciamientos más destacables en este sentido.

En primer lugar, uno de los sesgos más habituales es el de género, que conduce a situaciones tales como que, ante currículums o candidaturas que presentan a aspirantes con unas cualidades muy similares, se valore menos a las que corresponden a mujeres. Algo similar ocurre cuando se produce el requerimiento de titulaciones académicas o profesionales poco habituales en el ámbito femenino y que, sin embargo, no presentan una relevancia clara para el mejor desempeño del puesto vacante. Este escenario ya fue considerado como discriminatorio por parte del TS en su sentencia de 4 de mayo de 2000<sup>3</sup>. Posteriormente, la STSJ de Cantabria nº 1161/2005, de 14 de noviembre<sup>4</sup>, reiteró el criterio del Alto Tribunal cuando analizó el supuesto de un proceso de selección llevado a cabo en la empresa Solvay, S.L. En este caso, como señala su FJ 4.

“(…) en la fase de selección se introduce un requisito, la especialidad de rama técnica, no previsto en el convenio colectivo, que se limitaba a exigir para tal contratación meros conocimientos en el ámbito de educación primaria o secundaria obligatoria o un ciclo formativo de grado medio. Tal exigencia, no dispuesta inicialmente en la convocatoria del proceso, afecta mucho más restrictivamente a las mujeres porque éstas tienen un menor acceso a la formación profesional grado II en rama técnica, ya que son mayoritariamente cursadas y obtenidas dichas titulaciones por los hombres (…).

Un tratamiento formalmente igual, neutro, posesión de rama técnica, resultaba sin embargo ilegítimo entonces porque sus efectos eran perjudiciales para determinado colectivo.”

Otro ejemplo claro de exclusión discriminatoria de participar en un proceso de selección, es el contenido en la STC núm. 214/2006, de 3 de julio de

---

<sup>3</sup> Rec. 3708/1999.

<sup>4</sup> Rec. 905/2005.

2006, que trata sobre una trabajadora que había iniciado su maternidad y se vio apartada de un proceso de selección gestionado desde el servicio público de empleo. Este organismo efectuó la referida exclusión unilateralmente, basándose en la reciente maternidad de la aspirante y partiendo de la premisa de que, al menos durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, no podría incorporarse al puesto de trabajo ofertado en caso de ser finalmente seleccionada. El TC señaló que, la manera de proceder en esa fase de intermediación laboral, suponía una discriminación hacia la demandante y una extralimitación clara en sus cometidos por parte del servicio público de empleo.

“Nada hay en las actuaciones nada que permita apreciar que por las concretas características del puesto de trabajo ofertado existiera algún tipo de incompatibilidad temporal que impidiera tanto un leve retraso en la fecha de incorporación de la trabajadora como una suspensión inicial de su relación laboral hasta la fecha de finalización del período de descanso por maternidad (...). Por lo demás, como apunta la recurrente, en último término sería el propio ofertante de empleo el que debería haber valorado, en su caso, qué obstáculos podrían derivarse de la situación particular de una concreta candidata de cara a su eventual contratación, sin perjuicio de la consideración que, desde la perspectiva constitucional, hubiera de merecer tal valoración. Pero no corresponde a la función del INEM el condicionar de antemano la decisión, haciendo suya, por esa vía, la hipotética conducta discriminatoria en que pudiera haber incurrido el ofertante de empleo”.

En tercer lugar, es destacable que los tribunales han vetado que las entrevistas de trabajo, en la antesala de la contratación del aspirante en cuestión, se utilicen para indagar en aspectos personales del aspirante que se salgan de lo estrictamente profesional, v. gr., religión, estado civil, situación familiar, orientación sexual, etc. Es muy ilustrativa en este sentido la STSJ de Canarias nº 192/2014, de 7 de abril<sup>5</sup>, referida a una entrevista de trabajo en AENA AEROPUERTOS, SA. Concretamente, en sus instalaciones del Aeropuerto Tenerife Norte. Durante la misma, los entrevistadores preguntaron a la aspirante por su estado civil e hijos y, además, se le advirtió del rechazo por parte de la empresa hacia una empleada que iniciara una baja por maternidad en un futuro próximo. Finalmente, la persona contratada fue la otra candidata finalista, la cual era soltera y no tenía hijos a su cargo. El TSJ de Canarias determinó que.

“(…) el hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, sea cual sea el lugar de prestación de los servicios (pues ya había manifestado su disponibilidad a desplazarse), supone una conducta discriminatoria, puesto que la trabajadora se ha visto obligada revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado.

---

<sup>5</sup> Rec. 923/2012.

.../...

Y a ello nada obsta el hecho cierto de que la candidata finalmente seleccionada para el puesto al que aspiraba la Sra. Lorenza fuera también mujer, pues en el presente caso (como ocurre en numerosas ocasiones) la discriminación hacia la mujer se produce hacia ésta por un factor añadido inherente a su sexo, el ser “madre”, y la situación de maternidad”.

Por último, cabe aludir a asuntos como el tratado por el TS (Sala de lo Civil en este caso) en su sentencia 609/2015, de 12 de noviembre<sup>6</sup>. Esta resolución versa sobre lo ocurrido a un trabajador que, extrañamente, tras ser despedido de la empresa Cotronic, S.A. y estar varios meses sin encontrar un nuevo empleo, superó con éxito un proceso de selección llegando incluso a pasar el reconocimiento médico previo a la inmediata firma del contrato de trabajo. Sin embargo, la nueva empresa, Instalaciones de Tendidos Telefónicos, S.A. (en adelante, Itete) dio marcha atrás en su decisión de contratarlo sin aportar ninguna justificación sobre este cambio de parecer. Posteriormente, se pudo conocer que la anterior empresa, sin conocimiento por parte del trabajador afectado, facilitó a Itete información sobre las causas del anterior despido del trabajador, el cual había sido declarado improcedente en sede judicial<sup>7</sup>. El TS determinó que la conducta de ambas empresas, además de ser un obstáculo ilícito para las legítimas aspiraciones del demandante de acceder a un empleo, también suponía una vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal del trabajador (art. 18.4 CE) y de su derecho al honor (18.1 CE).

## 2. LA DISCRIMINACIÓN EN LA INTERMEDIACIÓN DIGITAL

### 2.1. La digitalización de los portales de empleo y su incidencia sobre el derecho a la igualdad

Actualmente, la intermediación laboral puede desarrollarse íntegramente forma digital, al haber entidades que casan ofertas y demandas de empleo mediante medios electrónicos<sup>8</sup>. De hecho, en la mayor parte de ocasiones, los agentes de intermediación se valen exclusivamente de estos medios o bien se apoyan principalmente en estos recursos tecnológicos. Así mismo, el uso de portales *web* de empleo también ha aumentado por la generalización del uso de dispositivos móviles (*tablets* y *smartphones*) que permiten un acceso

---

<sup>6</sup> Rec. 899/2014.

<sup>7</sup> Este hecho particular, en realidad, se enmarca en una cuestión antijurídica de mayor envergadura, como es la generación de “listas negras” de candidatos ante un proceso de selección, esto es, la recogida e intercambio de información sobre un determinado grupo de personas que quedan estigmatizadas de cara a una futura contratación en otra empresa del mismo sector.

<sup>8</sup> ALUJAS RUIZ, J.A., “Efectos de la pandemia sobre la intermediación laboral en España: análisis de las diferencias respecto al inicio de la crisis de 2008”, *Temas Laborales*, núm. 164/2022, pág. 166.

fácil y rápido a estas aplicaciones sin necesidad de recurrir a un ordenador de sobremesa o portátil.

Nos encontramos en la era de la “digitalización en el acceso al empleo” e indiscutiblemente la actividad de intermediación y, más concretamente, las plataformas virtuales de empleo se han convertido en terreno abonado para el uso de estos métodos. Concretamente, se utilizan algoritmos informáticos y técnicas de IA para agilizar el proceso de obtención de datos, la evaluación de currículums, el proceso de perfilado de candidatos, entrevistas realizadas por IA analizar los datos de las personas candidatas, entre otros. Incluso, estas herramientas permiten hacer una predicción sobre los comportamientos de las personas candidatas y definir sus capacidades y aptitudes para el desarrollo de una determinada actividad profesional, siendo después puesta en relación con las ofertas de empleo disponibles en esas plataformas.

No obstante, este cambio tecnológico también ha traído consigo situaciones indeseadas. En la actualidad, los portales y las *apps* para la búsqueda de empleo están albergando en numerosas ocasiones ofertas manifiestamente discriminatorias, sobre todo, por razones de género y edad. Pero es especialmente destacable que, el uso de estas nuevas tecnologías, está generando riesgos “significativos” para la igualdad efectiva y no discriminación en ámbitos entre los que se incluye el acceso al empleo (esto es algo de lo que ya se hizo eco el Parlamento Europeo en 2017<sup>9</sup>). De tal forma que puede dar lugar a “algoritmos sesgados, correlaciones falsas, errores, una subestimación de las repercusiones éticas, sociales y legales, el riesgo de utilización de los datos con fines discriminatorios o fraudulentos y la marginación del papel de los seres humanos en esos procesos”<sup>10</sup>.

Además, la labor de estos nuevos intermediarios digitales, los cuales tienen la responsabilidad de velar en última instancia por el respeto al principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, es difícilmente controlable por los poderes públicos. Y a ello ha de añadirse que la ausencia de un marco regulador propio que establezca un control más estrecho a estas nuevas formas de intermediación laboral, acrecienta e intensifica sus efectos discriminatorios.

## 2.2. Los sistemas algorítmicos y la tutela antidiscriminatoria

En el ámbito de la selección de personal, los algoritmos pueden elaborar predicciones sobre qué aspirantes cumplirían mejor las funciones inherentes a un puesto de trabajo, y determinar quiénes se ajustan mejor al perfil requerido. Además, teóricamente, estos sistemas pueden permitir remplazar las de-

---

<sup>9</sup> *Vid.* Considerando I) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (DOUE C263/2, de 25 de julio de 2018).

<sup>10</sup> *Vid.* Considerando M) de la misma resolución.

cisiones humanas segadas por prejuicios sociales, por un sistema más neutro y objetivo basado en criterios matemáticos y estadísticos.

No obstante, lejos de ser así, la gestión algorítmica de los procesos de reclutamiento y selección de personal no está exenta hasta este momento de elementos discriminatorios. Esto sucede cuando la aplicación en cuestión somete a las personas aspirantes a preguntas que llevan implícitas un sesgo perjudicial hacia algún colectivo. Una muestra de ello son las preguntas referidas a la jornada y/o turnos de trabajo, las cuales cuando el algoritmo que evalúa a los candidatos se diseña sin atender a criterios antidiscriminatorios, se convierten en un filtro de candidaturas que a menudo penaliza a las mujeres en mayor medida, ya que son éstas quienes demandan empleos a tiempo parcial con mayor frecuencia.

Algo similar ocurre con las preguntas que inciden en la situación de desempleo del aspirante, que suelen perjudicar a las personas que llevan más tiempo desempleadas o fuera del mercado de trabajo<sup>11</sup>. No en vano, este filtro deja entrever un perfil de candidatas que puede preverse que vayan a ser descartadas: aquellas mujeres trabajadoras que hayan hecho un paréntesis de algunos años para atender con dedicación plena las responsabilidades familiares de menores o personas dependientes a su cargo. Un ejemplo de ello fue el caso de la Agencia Estatal de Empleo austriaca en el año 2019, cuyo algoritmo denominado AMS asociaba el género, el trabajo de cuidados y el historial laboral fragmentado, con perspectivas laborales negativas. De esta manera, asignó automáticamente a mujeres desempleadas a un grupo inferior, obviando incluso que tuvieran una experiencia y nivel académico similar al de aspirantes masculinos.

Quizás, el ejemplo más sorprendente en este sentido es el caso de Amazon. En 2018, esta multinacional se vio obligada a prescindir de una herramienta de contratación algorítmica porque esta contenía sesgos discriminatorios para las mujeres. Concretamente, siguiendo el patrón de tomar como referencia los currículums enviados a la compañía durante los últimos diez años, periodo en el que la mayoría de contrataciones correspondía a hombres, el sistema acabó por penalizar las solicitudes que incluyesen palabras como “mujer”<sup>12</sup>.

En definitiva, la gestión algorítmica de los procesos de selección de personal abre la puerta a un incremento de los episodios de discriminación, perpetuando los estereotipos existentes y ahondando en la segregación social. Esta circunstancia es potencialmente lesiva y obedece en gran medida a la opacidad y a la falta de transparencia en el diseño y aplicación de estos mecanismos.

Con la motivación de atajar esta problemática, la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre el marco jurídico aplicable a los sistemas

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “La lucha contra la discriminación en el acceso al empleo mediante el currículum vitae anónimo”, cit., págs. 251-252.

<sup>12</sup> *Vid.* <https://www.elmundo.es/tecnologia/2018/10/11/5bbe3a12e5fdea0f578b467e.html> (última revisión en fecha de 18/03/2023).

de Inteligencia Artificial (IA), de 21 de abril de 2021<sup>13</sup>, ha categorizado a la selección de personal a través de algoritmos como “Sistemas de IA de alto riesgo”, por suponer una amenaza importante para los derechos y libertades de los individuos, siendo necesario que cumplan unas determinadas obligaciones reforzadas que garanticen su uso legal, ético, robusto y seguro. Así mismo, el art. 14 de dicha propuesta establece la obligatoria e ineludible vigilancia humana de estos sistemas, pretendiendo así “prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir”.

### 2.3. La preselección digital a través de redes sociales: ¿dónde queda el derecho a la intimidad y a la propia imagen?

Algo tan generalizado en nuestra sociedad como es el uso de redes sociales, conlleva que una retahíla de datos personales de cada usuario quede voluntariamente expuesta y fácilmente accesible para el público en general. Esto es algo que ya no pasa desapercibido para un buen número de empresas o consultoras en el momento de programar y desarrollar sus procesos de selección. De hecho, algunas de ellas, sabedoras de que las redes sociales les permiten acceder a una información mayor y más completa que la que podrían lograr en una entrevista de trabajo clásica, han puesto en marcha fases de preselección de candidatos consistente en rastrear la información que se puede obtener de ellos directamente a partir de las búsquedas en Internet.

Este rastreo digital de los perfiles de personalidad que los aspirantes a un puesto de trabajo han ido dejando en Internet de manera progresiva a lo largo de los años, ha comenzado a denominarse “*recruiting 2.0*”. Y, como apunta SELMA PENALVA<sup>14</sup>, se trata de una práctica que entraña serios y evidentes riesgos de discriminación encubierta en el acceso al empleo por motivos de edad, imagen, género, situación familiar o social, etc. No en vano, la información que puede pretender recabarse a través de las redes sociales de las personas aspirantes, puede superar la frontera de lo éticamente aceptable en el contexto de un proceso de selección, por ejemplo, indagando su orientación sexual, su estado civil y situación familiar, sus ideas políticas y/o convicciones morales, sus hábitos de consumo, sus creencias religiosas, etc.

A pesar de todo ello, nuestro ordenamiento jurídico no ha incorporado aún ningún elemento regulatorio llamado específicamente a limitar o cercenar en modo alguno el uso del “*recruiting 2.0*” con fines invasivos dentro de un proceso de selección de personal. Esto supone la existencia de pocos medios legales y jurídicos para actuar frente a esta amenaza para el derecho a la igualdad y no dis-

<sup>13</sup> Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206>

<sup>14</sup> SELMA PENALVA, A., “Los estereotipos de edad, género o imagen en el mercado laboral: Qué es la preselección digital de los empleados a través de redes sociales y cómo evitarla”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4, 2022, págs. 354-355.

criminación en el acceso al empleo, más allá de la falta muy grave contenida en el art. 8.11 LISOS<sup>15</sup>. Y consecuentemente, se hace necesario crear fundamentos legales nuevos y renovados que permitan efectuar algún tipo de reproche jurídico a cualquier entidad que, tras haber rastreado en Internet la información de acceso libre sobre una persona demandante de empleo, valore desistir de su contratación por motivos completamente ajenos a los de naturaleza profesional.

Por el contrario, en otros países de nuestro entorno, sí han surgido iniciativas legales para afrontar las consecuencias perniciosas del “*recruiting 2.0*” sobre las personas que aspiran a un puesto de trabajo. Es destacable el caso de Alemania, que mediante la conocida como Ley de Facebook<sup>16</sup>, instauró en el año 2010 límites a la información que las empresas pueden recabar de Internet y de las redes sociales sobre las personas candidatas a formar parte de su plantilla. Concretamente, como garantía del interés de cada usuario, las empresas o consultoras solo están habilitadas a obtener datos sobre las experiencias profesionales de la persona aspirante.

Así mismo, Francia introdujo en su Código de Trabajo una serie de modificaciones que iban tanto en esta línea como en la de lograr procesos de selección con formatos que restrinjan absolutamente el acceso a los datos personales de los candidatos durante el proceso de selección. Concretamente, la Ley de Igualdad de Oportunidades aprobada en el país galo<sup>17</sup> incorporó el art. L 1221-6 a su Código de Trabajo. Este precepto obligaba a las empresas a no requerir ni rastrear informaciones sobre cualquier candidato que tuvieran una finalidad diferente a “evaluar su capacidad para realizar el trabajo o sus habilidades profesionales”. No obstante, a la vista de que la norma estaba produciendo efectos no contemplados con carácter previo a su aprobación<sup>18</sup>, en mayo de 2015, el gobierno francés acordó que esta medida pasara a ser únicamente voluntaria para las empresas, en lugar de obligatoria.

### 3. ALGUNAS RESPUESTAS AL PROBLEMA DE LA DISCRIMINACIÓN EN LA ERA DE LA “DIGITALIZACIÓN DEL ACCESO AL EMPLEO”

#### 3.1. Currículum vitae ciego o anónimo

En la actualidad, es frecuente encontrarnos con casos de discriminaciones involuntarias que se basan en sesgos inconscientes o prejuicios llevados a cabo sobre personas candidatas en la primera fase de los procesos selectivos. Un ejemplo de ello es el caso de los currículums vitae presentados por aspirantes

<sup>15</sup> Son infracciones muy graves: “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”.

<sup>16</sup> *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*.

<sup>17</sup> Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l’*égalité des chances*.

<sup>18</sup> Esencialmente, se consideró que suponía un obstáculo para poner en marcha determinadas medidas de discriminación positiva destinadas a favorecer la inserción laboral de colectivos socialmente desfavorecidos.



que se encuentran desempleadas durante un periodo de tiempo prolongado, ya sea por haber estado fuera del mercado de trabajo para atender responsabilidades familiares, por reunir un perfil con mayores dificultades de empleabilidad o por motivos diversos de índole personal. En estos casos, las posibilidades de que la empresa rehúse su contratación con carácter inicial son mayores.

Frente a ello, se aboga por reformar el formato de los currículums haciendo que estos se ciñan a incorporar los datos estrictamente académicos y profesionales. De esta forma, ante la ausencia de datos identificativos del solicitante, se aspira a evitar que el proceso selectivo pueda verse condicionado por valoraciones directamente asociadas a su género, condición sexual, etnia, edad, discapacidad, etc. Así, ha surgido un nuevo concepto denominado currículum vitae ciego o anónimo (en adelante, CVA) o *blind CV*. La Secretaría de Estado de Igualdad lo definió de la siguiente forma en el modelo de Protocolo de CVA que elaboró en 2017 (vid. cláusula segunda):

“el que suprime referencias personales tales como el nombre y apellidos, sexo o edad, y no incluye tampoco fotografía, ni cualquier otro dato que pudiera dar lugar a cualquier sesgo discriminatorio en un proceso de selección de personal, con el fin de centrarlo en lo único que a priori tendría que ser relevante a la hora de acceder a un empleo o puesto, como serían la formación, cualificación, capacidades y perfil del candidato o candidata que mejor se adapta a la función a desarrollar”.

Además de lo anterior, como señala SELMA PENALVA<sup>19</sup>, el CVA también dificulta que se puedan rastrear en redes sociales e Internet cualquier información sobre las personas aspirantes que difiera de la estrictamente profesional, ya disponible para la empresa por medio del propio currículum.

Pese a ello, en España esta herramienta antidiscriminatoria aún tiene una presencia reducida debido a su carácter voluntario y a la ausencia de una regulación específica que dote de soporte a su implantación. No obstante, desde 2017 a 2019, la entonces Secretaría de Estado de Igualdad desarrolló junto al Instituto de la Mujer el “Proyecto Piloto para el diseño, implantación y valoración del Currículum Vitae Anónimo en la selección de personal”<sup>20</sup>, que contó con la colaboración de casi un centenar de entidades a lo largo del proyecto, entre ellas, mercantiles como Ikea, Mahou San Miguel, Endesa, Repsol, Banco Santander, IBM, Correos, Fundación ONCE o Ferrovial. La conclusión general del referido proyecto es que “la despersonalización de los procesos de selección produce un aumento de la presencia de mujeres en las diferentes fases del proceso de selección, especialmente de las finalistas antes de la contratación”<sup>21</sup>. Además, este aumento es especialmente significativo para aquellas mujeres comprendidas en la franja de edad de entre 50 y 59 años, así como de más de 60 años.

---

<sup>19</sup> SELMA PENALVA, A., “Los estereotipos de edad, género o imagen en el mercado laboral...”, cit., pág. 359.

<sup>20</sup> Contenido íntegro disponible en: <https://www.igualdadenaempresa.es/recursos/estudios/Monografia/docs/InformeFinalCVA.pdf>

<sup>21</sup> Vid. Página 148 del informe.

Así mismo, a nivel continental, otros países como Alemania<sup>22</sup>, Suecia<sup>23</sup>, Reino Unido<sup>24</sup> o Países Bajos<sup>25</sup> han llevado a cabo estudios sobre la utilidad del CVA en la misma línea que el gobierno español. Además, en Bélgica ya es utilizado en algunas Administraciones Públicas. En términos generales, se ha constatado que los procesos de selección basados en solicitudes de empleo anónimas<sup>26</sup> ayudan a prevenir la discriminación en sus fases iniciales, aumentando la empleabilidad de aspirantes pertenecientes a colectivos minoritarios. Sin embargo, la efectividad de la medida al comienzo del proceso de selección, no supone por sí misma una garantía de que las conductas discriminatorias no terminen apareciendo en las fases posteriores del proceso, como por ejemplo, en una entrevista de trabajo. Por ello, se considera importante que, una vez realizada la primera criba de currículums de aspirantes, se haga el esfuerzo de dar continuidad a medidas que contrarresten las desigualdades estructurales en materia de empleo.

Por otra parte, también se considera que esta medida es en ocasiones incompatible o, al menos, limita la efectividad de otras iniciativas encaminadas a posibilitar una mayor diversidad e igualdad en el acceso al empleo, tal y como se ha constatado en experiencias como las anteriormente referidas de Francia y Países Bajos.

### 3.2. Derecho al olvido

El desarrollo paulatino de Internet y la adquisición creciente de importancia en nuestros hábitos sociales, ha conllevado la generación de datos masivos que circulan por la red, es lo que se conoce como *big data* o macrodatos.

---

<sup>22</sup> En 2010, la Agencia Federal de Lucha contra la Discriminación implantó un proyecto piloto para utilizar el CVA en cinco empresas (L'Oréal, MYDAYS, Deutsche Post DHL, Procter & Gamble y Deutsche Telekom) y tres entidades públicas (Agencia Federal de Empleo, Ministerio de Familia, Tercera Edad, Mujer y Juventud, y una administración local).

<sup>23</sup> En 2007, el Ministerio de Trabajo sueco realizó un estudio de distintos procesos de selección de personal anónimos que fueron implantados en las regiones de Gotemburgo, Skans y Aslund. Se concluyó que dichos procesos aumentaban la posibilidad de que personas migrantes y mujeres fueran llamadas a una entrevista de trabajo. Sin embargo, tras esa entrevista posterior, las posibilidades de contratación final seguían al alza en el caso de las mujeres, pero no en el de las personas migrantes o pertenecientes a minorías étnicas.

<sup>24</sup> En octubre de 2015, el gobierno del entonces primer ministro David Cameron anunció la implantación del CVA para los procesos de selección dirigidos a personas jóvenes que acabasen de finalizar su etapa universitaria y optasen a un puesto de trabajo en la función pública, en el Sistema Nacional de Salud o en las mercantiles HSBC, Deloitte, KMPG, Teach First, Virgin Money y BBC.

<sup>25</sup> En Países Bajos, el estudio se llevó a cabo en 2011. El planteamiento fue muy local e incluyó tanto a solicitantes de empleo como a personas encargadas del reclutamiento de personal. Se observó que la "anonimización" del proceso favorecía a las personas de mayor edad, pero a su vez, restaba efectividad a las políticas públicas dirigidas a favorecer la empleabilidad de minorías étnicas.

<sup>26</sup> Distinguiéndose que, en este sentido, es especialmente eficiente la utilización de formularios de solicitud de trabajo anónimos.

A raíz de ello, la búsqueda activa de empleo puede verse condicionada por la información personal que el aspirante en cuestión haya ido dejando años atrás en Internet<sup>27</sup>. Consecuentemente, ha cobrado importancia en el ámbito de las relaciones laborales el derecho al olvido. Este es entendido como el derecho de la ciudadanía a que cierta información relativa a su persona y recogida de Internet sea borrada o suprimida cuando afecte a sus derechos fundamentales o cuando haya quedado obsoleta<sup>28</sup>.

En este sentido, la STJUE de 13 de mayo de 2014<sup>29</sup>, que enfrentaba al ciudadano español Mario Costeja contra Google, determinó que la actividad de los motores de búsqueda y de los alojamientos *webs* puede conculcar los derechos fundamentales de la persona, afectando particularmente a sus datos personales. Por ello, el FJ 92 de la resolución, señaló que, si estos datos son inadecuados, ya sea por no ser pertinentes o resultar excesivos en relación a los fines de su tratamiento, el interesado tiene derecho a que se proceda a la supresión de dichos datos<sup>30</sup>. Si bien pueden haber excepciones que justifiquen el mantenimiento de la información en casos puntuales<sup>31</sup>, el TJUE considera que el derecho a la intimidad de la persona en todos los ámbitos de su vida, incluido el laboral, hace que un tratamiento de datos inicialmente ajustado a derecho, conlleve una posterior obligación de suprimir el acceso público a esta información. Esto sucederá cuando la misma deje de ser necesaria para la consecución de los fines que motivaron su tratamiento<sup>32</sup>.

Por tanto, esta sentencia supuso el establecimiento de una interpretación garantista a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa 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>33</sup>. Esta doctrina fue asumida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en sus sentencias de 12/2019, de 11 de enero<sup>34</sup>, y 1624/2020, de 27 de noviembre<sup>35</sup>. En esta última resolución, es destacable que el Alto Tribunal extienda el derecho al olvido abarcando incluso elementos parciales del nombre de la persona afectada y no sólo su nombre completo. Concretamente, se reconoció el derecho de poder eliminar del motor de búsqueda Bing

---

<sup>27</sup> Téngase en cuenta que, en ocasiones, la información contenida en una red social puede ser eliminada por el propio usuario, pero no ocurre así cuando los datos circulan en otros lugares de la red.

<sup>28</sup> SELMA PENALVA, A., “Los estereotipos de edad, género o imagen en el mercado laboral...”, cit., pág. 361.

<sup>29</sup> Asunto C-131/2012.

<sup>30</sup> SALA LEDESMA, E., “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González”, *Ars Iuris Salmanticensis. Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, núm. 2, 2014, pág. 312.

<sup>31</sup> *V.gr.*, datos de carácter histórico o de utilidad estadística.

<sup>32</sup> *Vid.* FJ 3.

<sup>33</sup> DOUE núm. 281, de 23 de noviembre de 1995.

<sup>34</sup> Rec. 5579/2017.

<sup>35</sup> Rec. 6531/2019.

contenidos accesibles a partir de introducir los dos apellidos de la persona afectada.

Además, el derecho al olvido también es una realidad asentada en diversas tradiciones jurídicas de nuestro entorno, como ocurre en Francia con *le droit à l'oubli*<sup>36</sup> o en el ámbito anglosajón con la *Rehabilitation of Offenders*<sup>37</sup>.

### 3.3. La negociación colectiva

Como ha podido verse, algunas de las prácticas discriminatorias señaladas en materia de contratación laboral, adolecen aún de una regulación sólida que protocolice el funcionamiento de las empresas durante sus procesos de selección. Sin embargo, en los últimos años, la negociación colectiva está abordando esta cuestión con la finalidad de poner en marcha medidas que redunden en la igualdad de oportunidades para el acceso al empleo. No en vano, la Carta de los Derechos Digitales, del 14 de julio de 2021<sup>38</sup>, recuerda que los convenios colectivos y los planes de igualdad pueden ser herramientas claves en la gobernanza algorítmica dentro de la empresa, actuando como garantes del derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores. En esta línea se centra la actual redacción del art. 64 d) ET<sup>39</sup>, que otorga a la representación de los trabajadores el derecho:

“ser informado 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”.

En este sentido, como ya se ha expuesto anteriormente, aunque el principio de libertad de empresa lleve aparejada la discrecionalidad del empleador a la hora de elegir a las personas candidatas que se incorporen a la plantilla, esta discrecionalidad no es absoluta porque está limitada por el respeto a los derechos fundamentales de la persona trabajadora y, particularmente, el de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo. Por ello, las mesas de negociación están plenamente facultadas para acordar cláusulas que prioricen la contratación de aspirantes pertenecientes al sexo menos representado, que

<sup>36</sup> Derecho a que, partiendo de determinadas condiciones, se elimine la información privada negativa sobre una persona de las búsquedas en Internet y otros directorios.

<sup>37</sup> Ley de rehabilitación de delincuentes de Inglaterra, que data de 1974, tiene como razón de ser ayudar a ex delincuentes rehabilitados a estar libres de investigaciones sobre su pasado delictivo. Para ello, después de un cierto período de tiempo sin nuevas condenas, la persona queda exenta de informar o reconocer sus antiguas condenas.

<sup>38</sup> *Vid.* [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf)

<sup>39</sup> Tras la reforma introducida por Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

establezcan un cupo mínimo de contrataciones reservadas para personas con discapacidad, o que potencie la conversión a indefinidos de contratos temporales, entre otros supuestos. Sin embargo, sería contrario a derecho y considerada nula cualquier otra medida de discriminación positiva que se salga de las situaciones rígidamente tasadas por el legislador para ello, esto es, factores de género, edad o discriminación.

Además, la negociación colectiva puede incluso establecer los parámetros por los cuales han de discurrir las ofertas de empleo de las empresas y el posterior desarrollo de su proceso de selección. Muestra de ello es el Convenio colectivo de trabajo de la empresa Renault Retail Group, S.A., que en su anexo XIV<sup>40</sup>, establece lo siguiente dentro de su plan de igualdad.

“La Dirección de la Empresa se compromete a mantener en todo momento, en sus procesos de selección, contratación, promoción y desarrollo profesional, procedimientos y políticas de carácter objetivo y basadas en principios de mérito y capacitación, y de adecuación persona-puesto, cuidando el lenguaje de las ofertas y el diseño de formularios y entrevistas, no incluyendo aspectos personales irrelevantes, sino limitándolo a las cuestiones de experiencia y cualificación demandadas para el puesto en cuestión, ajustando las exigencias formativas al requerimiento del desempeño del puesto, asegurando en todo momento que los puestos de trabajo en los diferentes ámbitos de responsabilidad son ocupados por las personas más adecuadas, en un marco de igualdad de trato con ausencia de toda discriminación basada en el sexo”.

Incluso, los planes de igualdad de mercantiles como Unilever España, S.A. o IKEA Ibérica, S.A. incluyen la utilización del CVA en sus procesos de reclutamiento y selección de candidatos<sup>41,42</sup>. Por su parte, otras empresas como, por ejemplo, el Banco Santander<sup>43</sup>, incorporan a sus planes medidas como la formación y sensibilización en materia de igualdad y no discriminación dirigida a las personas encargadas de llevar a cabo los procesos de selección.

Por último, en lo referente a cuestiones como el derecho al olvido, a la cesión de datos entre empresas e, incluso, a la creación de listas negras de aspirantes en el ámbito concreto de las relaciones laborales, la negociación colectiva también está facultada para acometer una regulación que aporte seguridad jurídica sobre esta cuestión. Así está expresamente dispuesto en el art. 91 de la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, sobre Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales<sup>44</sup>:

---

<sup>40</sup> BOE de núm. 221, de 15 de septiembre de 2021.

<sup>41</sup> *Vid.* [https://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Unilever\\_PdI.pdf](https://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Unilever_PdI.pdf)

<sup>42</sup> *Vid.* [https://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/IKEA\\_Plandeigualdad.pdf](https://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/IKEA_Plandeigualdad.pdf)

<sup>43</sup> *Vid.* <https://www.observatoriovascosobreacoso.com/wp-content/uploads/2015/09/PLAN-DE-IGUALDAD-BANCO-SANTANDER.pdf>

<sup>44</sup> BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

“Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”.

#### 4. CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTA *LEGE FERENDA*

La discriminación en los procesos de selección de personal entraña una serie de prácticas antijurídicas que tienen lugar en las fases previas a la formalización del contrato de trabajo, esto es, en las diversas etapas de colocación de la persona aspirante: la publicación de la oferta de empleo, las entrevistas y otras pruebas selectivas, la negociación previa a la contratación, etc. Estos momentos previos al inicio de la relación laboral están escasamente regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

Hoy en día, la intermediación laboral digital desarrollada por medio de plataformas virtuales, presenta una incidencia directa y de gran impacto en lo que respecta a la igualdad de oportunidades y la prohibición de discriminación, ya sea por razón de sexo o por motivos de índole diversa. Por otra parte, en los procesos de selección, también han aparecido nuevas prácticas empresariales como la investigación del rastro digital de las personas aspirantes a un empleo, lo cual constituyen vulneraciones flagrantes de su derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal. A la vista de todo ello, debe exigirse que la intermediación laboral y los procesos de selección estén dotados de garantías sólidas de transparencia y objetividad. Esto implica, entre otras cosas, asegurar la exactitud, claridad y objetividad en los requisitos y criterios de valoración que acompañen a las convocatorias y ofertas de empleo.

Así mismo, ha de abrirse la puerta a poner en práctica con carácter obligatorio determinadas medidas apuntadas desde la doctrina científica y ya abordadas en los ámbitos jurídicos de otros Estados, entre las que destaca el CVA. No en vano, diferentes estudios realizados en España y otros países de nuestro entorno (con algunos matices) concluyen que, a largo plazo, parece razonable implementar procedimientos de selección anónimos en las fases de reclutamiento de personas candidatas, sin perjuicio de que tras esta primera fase del proceso de selección siga siendo necesario intensificar la tutela antidiscriminatoria a través de otras herramientas. Todo ello, con el fin de permitir la constatación indubitada de que un determinado proceso de selección de personal no haya visto alterada su necesaria objetividad y transparencia a consecuencia de la información extraída de la huella digital de un candidato sin su previo consentimiento o, incluso, debido a sesgos involuntarios de la empresa o los agentes de intermediación.

Llegados a este punto, la propuesta *lege ferenda* que se plantea es la modificación de la estructura legal de la negociación colectiva y de los planes de igualdad para que empresas con un determinado volumen de plantilla y de

negocio estén obligadas, por un lado, a implantar el CVA en sus procesos de selección o, en su defecto, mecanismos similares y homologables a este que permitan anonimizar las candidaturas que deban someterse a los primeros filtros del proceso de selección. Y además, que se introduzca la preceptiva participación de la representación legal de los trabajadores en las fases finales del proceso, tratando así de posibilitar que esta vele por la adecuada objetividad y respeto al derecho a la igualdad efectiva de los aspirantes durante el desarrollo del mismo.

De manera más concreta, se propone la modificación del segundo apartado del art. 8 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro<sup>45</sup>. Esta consistiría en incluir entre su contenido mínimo que, para los procesos de recepción y criba de currículums en aquellas empresas con una plantilla superior a 250 personas trabajadoras y/o un volumen de negocios superior a 500.000 euros, se habilite la utilización del CVA con carácter obligatorio. Y alternativamente, previa adecuada justificación de no ser posible o recomendable esta posibilidad en el seno de la empresa en cuestión, habrían de establecerse otros sistemas garanticen una imparcialidad similar a las personas candidatas.

La motivación de esta propuesta es que, pese a su utilidad para garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta en los procesos de selección de personal, el CVA es una práctica todavía excepcional en las empresas españolas. Y es de imaginar que, en ausencia de obligación legal, las empresas solo aplicarán este procedimiento voluntariamente, o si previamente se han comprometido a ello en convenio colectivo o acuerdo de empresa.

Así mismo, ciñéndonos de nuevo a empresas con la amplitud de plantilla y facturación referida *ut supra*, se aboga por la necesaria implantación de una comisión de selección de personal que de forma colegiada sea la responsable final de la adecuada imparcialidad del proceso. Fundamentalmente sus funciones se extenderían tanto a la correcta configuración de las ofertas de empleo como a la elección final de la persona candidata más apta una vez ya inmersos en el tramo final del proceso<sup>46</sup>. En esta comisión, ineludiblemente, debe participar la representación legal de los trabajadores, ya sea mediante acuerdo del comité de empresa o comité intercentros de designar a alguno de sus miembros para este cometido o por delegación en los dos sindicatos mayoritarios en el ámbito de la empresa para que asuman esta tarea. Además, esos miembros deberían estar facultados para solicitar la intervención urgente de la Inspección de Trabajo y acordar la paralización urgente del proceso de selección cuando interprete que, durante algún momento de su desarrollo, pueda estar produciéndose una vulneración flagrante del derecho a la igualdad efectiva y no discriminación en el acceso al empleo.

---

<sup>45</sup> BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020.

<sup>46</sup> A efectos prácticos, cogería el testigo del CVA una vez que las personas aspirantes han superado ese primer filtro del proceso basado el anonimato de sus solicitudes.

Además, también se plantea la modificación del tercer apartado del art. 85 ET para establecer, como parte del contenido mínimo de los convenios colectivos, un marco general de actuación e implantación a nivel sectorial de las medidas anteriormente descritas.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALUJAS RUIZ, J.A., “Efectos de la pandemia sobre la intermediación laboral en España: análisis de las diferencias respecto al inicio de la crisis de 2008”, *Temas Laborales*, núm. 164/2022, págs. 161-184.
- ALVÁREZ CUESTA, H., “Discriminación de la mujer en la industria 4.0: cerrando la brecha digital”, en AAVV., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO (Dir.<sup>a</sup>), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, págs. 331-359.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “La lucha contra la discriminación en el acceso al empleo mediante el currículum vitae anónimo”, *IUSLabor*, núm. 1/2019, págs. 233-266.
- GARCÍA COCA, O., “La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación”, en AAVV., MORALES ORTEGA, J.M. (Coord.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, 2022, págs. 383-422.
- LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A., “Planes de Igualdad”, en SÁCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.<sup>a</sup>), AHALE CARRILLO, D. T. y VELASCO PORTERO, T. (Coords.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.
- ROMERO BURILLO, A.M., “Trabajo, género y nuevas tecnologías: algunas consideraciones”, *IUSLabor*, núm. 1/2019, págs. 210-232.
- RUIZ SAURA, J.E., “Mujer embarazada y barreras en el acceso al empleo”, *ADAPT. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 3, 2022, págs. 286-309.
- SALA LEDESMA, E., “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González”, *Ars Iuris Salmanticensis. Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, núm. 2, 2014, págs. 311-313.
- SELMA PENALVA, A., “Los estereotipos de edad, género o imagen en el mercado laboral: Qué es la preselección digital de los empleados a través de redes sociales y cómo evitarla”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4, 2022, págs. 351-364.



**Panel C**

LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO  
CONTRIBUTIVA: ¿LA REFORMA PENDIENTE?



ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN DE  
INCOMPATIBILIDADES Y COMPATIBILIDADES  
DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ  
*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Deusto*  
*[javier.arrieta@deusto.es](mailto:javier.arrieta@deusto.es)*

## SUMARIO

1. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES Y COMPATIBILIDADES CON EL TRABAJO. 1.1. Con el trabajo por cuenta propia. 1.2. Con el trabajo por cuenta ajena. 1.3. Con otras situaciones. 2. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES Y COMPATIBILIDADES CON PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y AYUDAS DE ASISTENCIA SOCIAL. 3. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD CON INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. 4. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD DERIVADO DE LA CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. 4.1. Capitalización de la prestación por desempleo para fomentar el autoempleo individual. 4.2. Capitalización de la prestación por desempleo para el fomento del autoempleo colectivo. 4.2.1. Capitalización *de la prestación por desempleo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales*. 4.2.2. *Capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso*. 5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES Y COMPATIBILIDADES CON EL TRABAJO

Conforme a lo establecido en el artículo 282.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)<sup>1</sup>, la regla general es la incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena<sup>2</sup>. No obstante, dichas incompatibilidades deben matizarse a la luz de lo establecido en el propio artículo 282 del TRLGSS, así como en el artículo 15 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril<sup>3</sup> (RD 625/1985).

### 1.1. Con el trabajo por cuenta propia

La prestación por desempleo es incompatible con el trabajo por cuenta propia con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de Seguridad Social (artículo 282.1 TRLGSS y artículo 15.1.b.2 RD 625/1985)<sup>4</sup>.

Este exceso de celo del legislador para evitar situaciones fraudulentas no casa bien con la posibilidad de que ciertos profesionales liberales que trabajan por cuenta propia puedan desarrollar actividades que no merecen atención por parte del Sistema de Seguridad Social, en el sentido de que no generan coste alguno para el mismo, por contar con un sistema de protección alternativo, a través de las correspondientes mutualidades de profesionales, en los términos de la Disposición Adicional 18 del TRLGSS-2015<sup>5</sup>. En definitiva,

---

<sup>1</sup> BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

<sup>2</sup> Ello obedece a que, si la protección por desempleo tiene por objeto cubrir la pérdida involuntaria de ingresos derivados de la ausencia de trabajo, resulta lógico que quien presta sus servicios por cuenta propia o ajena no pueda percibir una prestación que cubra tal contingencia (ALZAGA RUIZ, 2012: 92).

<sup>3</sup> BOE de 7 de mayo de 1985, núm. 109.

<sup>4</sup> Estamos ante una incompatibilidad absoluta, tal y como supo advertir la STS 4ª, de 13 de mayo de 2008, núm. rec. ud. 901/2007 (F.D. 4º).

<sup>5</sup> En este sentido vid. PÉREZ DEL PRADO, 2013: 289-290.

se torna en injusto tener que sacrificar las prestaciones por desempleo que se hayan podido producir como consecuencia de un trabajo por cuenta ajena previo para poder seguir prestando servicios como trabajador por cuenta propia. A la inversa, cuando sea más beneficioso optar por las prestaciones por desempleo, se sacrifica la productividad y la posibilidad de generar mayor riqueza, desactivando a los ciudadanos para que apuesten por trabajar.

Igual de limitativa resulta la referencia al número de horas que se dediquen, pues lo verdaderamente relevante es la remuneración o beneficio que se obtiene del desempeño del trabajo<sup>6</sup>. En el mismo sentido, la jurisprudencia ha considerado que lo relevante es desempeñar una actividad real o lucrativa, por lo que resulta compatible la prestación por desempleo y la mera situación de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, la inscripción en el colegio profesional correspondiente o la mera titularidad dominical de fincas, siempre que no se trabaje<sup>7</sup>.

También es criticable que no se consideren los resultados económicos obtenidos, pues como ya ha advertido la jurisprudencia, es aceptable que el desempleado obtenga rendimientos generados por una actividad económica cuando estos sean de escasa relevancia, sin perjuicio de que esto último deba determinarse en cada caso<sup>8</sup>.

Pero la prestación por desempleo pendiente de percibir es compatible con el trabajo por cuenta propia cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo. Ahora bien, en este caso, la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de la prestación en la cuantía y duración que se determine, sin incluir la cotización a la Seguridad Social (artículo 282.4 TRLGSS). Así, en virtud de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA)<sup>9</sup>, como excepción a lo previsto en el artículo 282 del TRLGSS, los titulares del derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo, por haber cesado con carácter total y definitivo su actividad laboral, que causen alta como trabajadores por cuenta propia en alguno de los regímenes de Seguridad Social pueden compatibilizar la percepción mensual de la prestación que les corresponda con el trabajo autónomo, por un máximo de 270 días o por el tiempo inferior pendiente de percibir, siempre que se solicite a la entidad gestora en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, sin perjuicio de que el derecho a la compatibilidad de la prestación surta efecto desde la fecha de inicio de tal actividad. Transcurrido dicho plazo de 15 días el trabajador no podrá acogerse a esta compatibilidad. Igualmente se perderá el derecho a la compatibilidad si

---

<sup>6</sup> PÉREZ DEL PRADO, 2013: 292.

<sup>7</sup> En este sentido PÉREZ DEL PRADO, 2013: 291, con cita de las SSTs de 30 de abril de 2001, núm. rec. ud. 1789/2000; de 13 de marzo de 2000, núm. rec. ud. 654/1999; de 12 de abril de 2004, núm. rec. ud. 1739/2003; de 18 de marzo de 2007, núm. rec. ud. 355/2006.

<sup>8</sup> Por todas, STS 4<sup>a</sup>, de 5 de abril de 2017, núm. rec. 1066/2016.

<sup>9</sup> BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166.

se desarrolla un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o parcial. Idéntica compatibilidad se aplica a aquellos perceptores de la prestación por desempleo que se incorporen como socios de sociedades laborales de nueva creación o socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado de nueva creación que estén encuadrados en el régimen especial de la Seguridad Social que correspondan por razón de su actividad por cuenta propia.

## **1.2. Con el trabajo por cuenta ajena**

La prestación por desempleo es incompatible con el trabajo por cuenta ajena, independientemente de que sea en régimen laboral o administrativo, siempre que sea a tiempo completo y suponga la inclusión en cualquier régimen del Sistema de la Seguridad Social, aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo. Igual incompatibilidad rige para aquellas situaciones asimiladas a dicho trabajo por cuenta ajena (artículo 282.1 TRLGSS y artículo 15.1.b.1 RD 625/1985).

Hay que tener en cuenta que esta incompatibilidad se refiere tanto al trabajo efectivo como a los períodos de vacaciones y de descanso retribuido (artículo 15.1.e RD 625/1985).

Sin embargo, la prestación por desempleo, como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial, es compatible con el trabajo a tiempo parcial sobrevenido, es decir, con el iniciado mientras se recibe la prestación, pero, en ese caso, se deducirá del importe de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado (artículo 282.1 y artículo 15.2 RD 625/1985). En todo caso, la reducción de la cuantía de dicha prestación no alterará su duración computada en días naturales (artículo 15.5 RD 625/1985). Esa misma situación se aplica cuando la pérdida del empleo y la consecución de un trabajo a tiempo parcial se produce sin solución de continuidad<sup>10</sup>. Otro tanto sucede cuando se suspende la percepción de la prestación por desempleo como consecuencia de realizar dos trabajos a tiempo parcial que suman una jornada completa y se da el caso de que se extingue uno de los contratos a tiempo parcial, pues entonces procede la reanudación de la prestación anterior y, por tanto, la compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial que se mantiene<sup>11</sup>.

Dicha compatibilidad debe diferenciarse de la situación inversa, a saber, la que consiste en compaginar un trabajo parcial originario con la prestación por desempleo. Al respecto, deben diferenciarse varias situaciones:

- (a) Cuando un trabajador realice un trabajo a tiempo completo y otro a tiempo parcial, si pierde el trabajo a tiempo parcial, no podrá percibir prestación por desempleo; si pierde el trabajo a tiempo completo percibirá

---

<sup>10</sup> PÉREZ DEL PRADO, 2013: 298.

<sup>11</sup> STS 4ª, de 17 de mayo de 2004, núm. rec. ud. 3223/2003.

prestación por desempleo, deduciéndose de la cuantía correspondiente la parte proporcional al tiempo trabajado (artículo 15.3 RD 625/1985)<sup>12</sup>.

(b) Cuando el trabajador realice dos trabajos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, tendrá derecho a percibir la prestación por desempleo que le corresponda, sin deducción alguna. En este supuesto, la compatibilidad deriva de que el trabajo a tiempo parcial perdido era autónomo del trabajo a tiempo parcial mantenido<sup>13</sup>. En consecuencia, ante la posibilidad de realizar más de dos trabajos a tiempo parcial, siempre que la suma de ellos sea inferior a la jornada completa, si se perdiera uno de ellos, habría que entender que existe el derecho compatibilizar la prestación derivada de dicha pérdida con los otros trabajos a tiempo parcial<sup>14</sup>. Pero la obtención de un nuevo trabajo a tiempo parcial será incompatible con la prestación que se le hubiera reconocido (artículo 282.1 TRLGSS y artículo 15.4 RD 625/1985). Esta última situación es criticable porque no se valora la posibilidad de que la suma entre la jornada del nuevo trabajo obtenido y la jornada de la actividad laboral que se compatibilizaba con la prestación pueda ser inferior a la jornada que resultaba de sumar los trabajos a tiempo parcial previos al reconocimiento de la prestación. En este caso, la prestación por desempleo debiera mantenerse para cubrir la reducción de la jornada, siempre que los ingresos también fueran inferiores.

En todo caso, debe tenerse en cuenta para todos los supuestos de compatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo a tiempo parcial que la jurisprudencia ha entendido que lo esencial es que el desempeño de la actividad en cuestión tenga lugar a tiempo parcial, aunque no se haga al amparo de la suscripción del contrato a tiempo parcial previsto en el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)<sup>15, 16</sup>.

Igualmente, el trabajo por cuenta ajena es compatible con la prestación por desempleo pendiente de percibir cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo. Ahora bien, en este caso, la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de la prestación en la cuantía y duración que se determine, sin incluir la cotización a la Seguridad Social. También debe matizarse que durante el período de percepción de la prestación por desempleo el empresario deberá abonar al trabajador la diferencia entre la prestación y el salario que le corresponda, siendo, asimismo, responsable de cotizar a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluido el importe de la prestación (artículo 282.3, párrafos primer y segundo, TRLGSS). Tras la entrada en vigor de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de

<sup>12</sup> Vid. STSJ Madrid 4ª, de 29 de abril de 1997, núm. rec. 1977/1997.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ IZQUIERDO, 2003: 61.

<sup>14</sup> PÉREZ DEL PRADO, 2013: 298; BLÁZQUEZ AGUADO, 2016: 91.

<sup>15</sup> BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

<sup>16</sup> STS 4ª, de 19 de noviembre de 2004, núm. rec. ud. 355/2004 (F.D. 3º).



Empleo<sup>17</sup>, hay que tener en cuenta que los programas de fomento del empleo se destinarán a favorecer el acceso o retorno al mercado de trabajo, la movilidad funcional y geográfica, así como a evitar la desprofesionalización y exclusión social de las personas perceptoras de prestaciones, subsidios u otras rentas orientadas a la protección económica frente a la situación de desempleo o cese de actividad. A partir de ahí, la Ley 3/2023 se limita a establecer que estos programas permitirán la compatibilización, al menos parcial, de las prestaciones con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, y que dichos trabajos ofrecerán a las personas perceptoras de prestaciones que se acojan a los citados programas las mismas condiciones laborales que las del resto de personas trabajadoras de la empresa o entidad donde se desarrollen (cfr. artículo 49.1). En consecuencia, deberá estarse al régimen ya analizado para aplicar la compatibilidad entre trabajo y prestaciones por desempleo. Es más, ese mismo régimen debe aplicarse en los programas que permitan a las empresas sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo. Se trata de hacer efectivo el derecho a la formación de trabajadores ocupados, así como de incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados (artículo 282.3, párrafo tercero, TRLGSS).

Por otro lado, el TRLGSS contempla un supuesto distinto entre los planes de fomento de empleo, cuando se refiere expresamente a los dirigidos a facilitar la movilidad geográfica, y dispone que la entidad gestora podrá abonar el importe de un mes de la duración de la prestación por desempleo, pendiente por percibir, al beneficiario de la misma para ocupar un empleo que implique cambio de la localidad de residencia (artículo 296). Como puede apreciarse, se trata de una forma de transitar desde el desempleo hacia el empleo, cercana a la modalidad de capitalización de la prestación por desempleo (*infra* 4). Cuestión distinta es que la Ley 3/2023 posibilita que se articulen programas de apoyo activo al empleo, con carácter extraordinario y temporal y financiación, para fomentar la movilidad geográfica voluntaria de las personas desempleadas, cuando estas acepten una oferta de empleo que requiera cambio de lugar de residencia habitual. Estos programas también pueden orientarse a ofrecer un apoyo económico y promover acciones de mejora de la empleabilidad, en el caso de las personas pertenecientes a los colectivos prioritarios (cfr. artículo 49.1, párrafo segundo)<sup>18</sup>, pero, al contrario de lo que sucede con el apoyo destinado a fomentar la movilidad geográfica, no se vislumbra en qué pueden concretarse el apoyo económico y las acciones de mejora de la empleabilidad.

### 1.3. Con otras situaciones

Como matizaciones específicas, la normativa vigente establece la incompatibilidad de la prestación por desempleo:

---

<sup>17</sup> BOE de 1 de marzo de 2023, núm. 51.

<sup>18</sup> Los colectivos prioritarios se determinan en el artículo 50.

(a) Con actividades de investigación o cooperación retribuidas, que supongan dedicación exclusiva (artículo 15.1.b.3 RD 625/1985).

(b) Con el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales o altos cargos de la Administración, retribuidos, que supongan dedicación exclusiva (artículo 15.1.b.4 RD 625/1985).

(c) Con la activación de la reserva retribuida, a la que se refiere Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas<sup>19</sup> (artículo 15.1.b.6 RD 625/1985).

Pero la normativa vigente también establece la compatibilidad de la prestación por desempleo:

(a) Con las becas y ayudas que se obtengan por asistencia a acciones de formación ocupacional o para realizar prácticas en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios y se produzcan en el marco de colaboración entre dichas entidades y el centro docente de que se trate (artículo 15.1.a.4 RD 625/1985). Las becas y ayudas por asistencia a acciones de formación profesional consisten en cantidades destinadas a compensar gastos de transporte, alojamiento y manutención<sup>20</sup>. En relación con las becas y ayudas para realizar prácticas, debe tenerse en cuenta que dichas prácticas no deben requerir dedicación exclusiva y que la contraprestación económica recibida por el estudiante debe limitarse a compensar los gastos de material, locomoción, alojamiento o manutención que la asistencia a tales prácticas suponga<sup>21</sup>.

(b) Con la realización de trabajos de colaboración social (artículo 15.1.a.5 RD 625/1985). Actualmente, tras la entrada en vigor de la Ley 3/2023, ha desaparecido el soporte legal de los trabajos de colaboración social, pues al modificarse el artículo 272 del TRLGSS (cfr. Disposición Final 4.Seis), se ha eliminado la posibilidad de exigir por la Seguridad Social a los perceptores de prestaciones por desempleo la realización de trabajos de colaboración social<sup>22</sup>. Igualmente, 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<sup>23</sup>, derogó el Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento de empleo<sup>24</sup>, en cuyo artículo 38 se regulaban los trabajos temporales de colaboración social. Por todo ello, parece que, actualmente, el foco debe centrarse, bien en los compromisos de los demandantes de servicios de empleo (cfr. artículo 58 de la Ley 3/2023), bien en los programas y

<sup>19</sup> BOE de 23 de marzo de 2011, núm. 70. Cfr. artículo 37.2, en relación con los artículos 12.2 y 45.

<sup>20</sup> Vid. <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/FAQS/incompatibilidad-causas-suspension-extincion-derecho/compatibilidad-prestacion-desempleo.html>.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Concretamente esta posibilidad se contemplaba en el apartado 2 del artículo 272.

<sup>23</sup> BOE de 29 de septiembre de 2021, núm. 233.

<sup>24</sup> BOE de 1 de julio de 1982, núm. 156.

medidas de apoyo activo al empleo (cfr. artículo 49 de la Ley 3/2023).

(c) Con el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales retribuidos que supongan dedicación parcial (artículo 15.1.a.7 RD 625/1985). En estos casos se debe descontar del importe de la prestación por desempleo la cuantía percibida en la parte proporcional al tiempo trabajado (artículo 15.1.d RD 625/1985).

(d) Con la condición de cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia<sup>25</sup>.

(e) Con los trabajos realizados en beneficio de la comunidad en cumplimiento de una pena (artículo 49 Código Penal)<sup>26</sup>.

## 2. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES Y COMPATIBILIDADES CON PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y AYUDAS DE ASISTENCIA SOCIAL

La regla general es la incompatibilidad entre la prestación por desempleo y la obtención de prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, tanto de nivel contributivo como no contributivo, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación (artículo 282.2, párrafo primero, TRLGSS y artículos 15.1.b.5 y 15.1.a.3 RD 625/1985).

En relación con esta excepción, puede identificarse la compatibilidad entre el trabajo que originó la prestación por desempleo y las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social en los siguientes supuestos:

(a) Personas en situación de incapacidad permanente total que prestan servicios en un trabajo compatible con dicha pensión: si pierden o se suspende su trabajo, tendrán derecho a percibir la prestación por desempleo que les corresponda además de la pensión de incapacidad permanente (cfr. artículo 16.4 RD 625/1985).

(b) Personas en situación de jubilación parcial: la prestación por desempleo será compatible con la pensión de jubilación parcial en los términos del artículo 14 del Real Decreto 1131/2002<sup>27</sup> (cfr. artículo 15.1.a.3). Esto supone que la prestación por desempleo debe traer causa de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial concertado con anterioridad al acceso de la jubilación parcial. Así, el trabajo a tiempo parcial que se pierde podrá ser el que se concertó en la empresa antes de acceder a la jubilación parcial o algún otro concertado con otra empresa. En todo caso, para que se

---

<sup>25</sup> Así lo deduce FERNÁNDEZ ORRICO del artículo 2.2, párrafo segundo, del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (BOE de 12 de mayo de 2007, núm. 114) (FERNÁNDEZ ORRICO, 2016: 503-504).

<sup>26</sup> Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, 2016: 504.

<sup>27</sup> BOE de 27 de noviembre de 2002, núm. 284.

produzca la compatibilidad es necesario que la suma de las jornadas de los contratos a tiempo parcial que se mantienen no supere la jornada realizada antes de acceder a la jubilación parcial, pues si ello ocurre deberá suspenderse la pensión de jubilación parcial. Por otro lado, hay que tener en cuenta que también es posible que con posterioridad a la situación de jubilación parcial se hayan concertado trabajos a tiempo parcial, siempre y cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas y que, para mantener la jubilación parcial, la suma de las jornadas de los nuevos trabajos a tiempo parcial no supere la duración de la jornada realizada hasta entonces. Pues bien, en este último supuesto también cabe la compatibilidad entre la jubilación parcial y la prestación por desempleo que se derive de la pérdida de alguno de esos trabajos a tiempo parcial<sup>28</sup>.

Pero al margen de las manifestaciones de esa excepción mencionada expresamente por el TRGLSS, la prestación por desempleo también es compatible con las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo (artículos 15.1.a.3 y 6 y 15.1.b.5). En concreto, debe estarse a lo regulado en los artículos 235 a 237 del TRLGSS y en el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social<sup>29</sup>.

Centrando la atención en la regla general de incompatibilidad, conforme al artículo 272.e), el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá cuando su beneficiario pase a ser pensionista de jubilación, o de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, si bien, en estos casos, se permite al beneficiario optar por la prestación más favorable.

Además, existen regulaciones específicas para con las situaciones confluyentes entre la prestación por desempleo y las contingencias de incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor e incapacidad permanente.

En materia de incapacidad temporal, conforme al artículo 283 del TRLGSS, deben diferenciarse dos situaciones:

(a) La primera situación se produce cuando la incapacidad temporal es previa a la prestación por desempleo. En esta primera situación debe diferenciarse si la incapacidad temporal se debe a riesgos comunes o profesionales:

(a.1.) Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de riesgos comunes y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de

---

<sup>28</sup> Al respecto véase KAHALE CARRILLO, 2016: 273.

<sup>29</sup> BOE de 22 de noviembre de 2005, núm. 279.

las causas previstas en el artículo 267.1 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo. La entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará, en sustitución de la empresa, las cotizaciones a la Seguridad Social que corresponderían a la empresa (cfr. artículo 265.1.a.2 TRLGSS), y asumirá, en este caso, también la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuente como consumido, incluso cuando no se haya solicitado la prestación por desempleo y sin solución de continuidad se pase a una situación de incapacidad permanente o jubilación, o se produzca el fallecimiento del trabajador que dé derecho a prestaciones de muerte y supervivencia.

(a.2). Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de riesgos profesionales y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1, y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato.

(b) La segunda situación se produce cuando la incapacidad temporal es posterior a la prestación por desempleo. En esta situación deben diferenciarse dos supuestos, y una regla común para ambos:

(b.1) Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continuase en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en la misma cuantía en la que la venía percibiendo.

(b.2) Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que no constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación por esta contingencia

en cuantía igual a la prestación por desempleo. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continuase en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual al 80% del IPREM mensual.

(b.4) Como regla común para ambos supuestos, hay que tener en cuenta que el período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal. Durante dicha situación, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social que hubieran correspondido a la empresa (cfr. artículo 265.1.a.2 TRLGSS).

En lo que se refiere a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, de acuerdo con el artículo 284 del TRLGSS, deben diferenciarse dos situaciones:

(a) La primera situación se produce cuando la prestación por nacimiento y cuidado del menor es previa a la prestación por desempleo. En este caso, se seguirá percibiendo la prestación por nacimiento y cuidado de menor hasta que se extinga, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este supuesto no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido percibiendo la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

(b) La segunda situación se produce cuando la prestación por nacimiento y cuidado del menor es posterior a la prestación por desempleo. En este caso, se percibirá la prestación por nacimiento y cuidado de menor en la cuantía que corresponda y se suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social prevista en el artículo 265.1.a).2. del TRLGSS. Pero una vez extinguida la prestación por nacimiento y cuidado de menor, se reanuda la prestación por desempleo, en los términos recogidos en el artículo 271.4.b) del TRLGSS, por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión.

En materia de incapacidad permanente deben diferenciarse dos situaciones:

(a) Trabajadores que están percibiendo la prestación por desempleo y pasan a ser pensionistas de incapacidad permanente: podrán optar entre seguir percibiendo la prestación por desempleo hasta su agotamiento o la pensión que les corresponda por incapacidad permanente (artículo 16.1 RD 625/1985).

(b) Trabajadores que pierden su trabajo como consecuencia de haber sido declarados en situación de incapacidad permanente total: podrán optar, si reúnen los requisitos para causar prestación por desempleo, entre percibir la prestación por desempleo que les corresponda hasta su agotamiento o la pensión de incapacidad permanente (artículo 16.2 RD 625/1985). Se

entenderá que el trabajador ha optado por la pensión de incapacidad permanente cuando la haya sustituido por una indemnización a tanto alzado (artículo 16.3 RD 625/1985).

Por su parte, existe compatibilidad entre la prestación por desempleo y la percepción de cualquier tipo de rentas mínimas, salarios sociales o ayudas análogas de asistencia social concedidas por cualquier Administración Pública (artículo 282.2, párrafo segundo, TRLGSS).

### 3. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD CON INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La compatibilidad entre la prestación por desempleo y las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo se reconoce en el artículo 15.1.a.2 del RD 625/1985, y se deduce también del artículo 268.5.a) del TRLGSS.

No obstante, existe una importante excepción para con los salarios de tramitación. Si bien los salarios de tramitación tienen naturaleza de indemnización, la jurisprudencia ha entendido que su finalidad no es compensar la extinción, sino compensar la falta de pago de unos salarios que el trabajador debió percibir y no percibió en su momento como consecuencia del despido que fue, posteriormente, declarado improcedente. Como en ese punto coincide con la finalidad última de la prestación por desempleo, a saber, compensar la falta de percepción salarial por un determinado período, se entiende que el cobro de ambos resulta incompatible<sup>30</sup>. Esta conclusión puede deducirse también de una interpretación *a sensu contrario* de lo establecido en el artículo 268.5.a) del TRLGSS. En consecuencia, cuando temporalmente coincidan la prestación por desempleo y los salarios de tramitación, el trabajador deberá devolver las cantidades percibidas por desempleo durante los días coincidentes con el cobro de los salarios de tramitación, pero no la totalidad de la prestación por desempleo, si con anterioridad al cobro de los salarios de tramitación se hubiera percibido la prestación<sup>31</sup>.

### 4. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD DERIVADO DE LA CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

El artículo 49.2, apartado primero, de la Ley 3/2023 reconoce y describe la capitalización de la prestación por desempleo como forma de impulsar el desarrollo de iniciativas de emprendimiento o economía social a través de programas de fomento de empleo, al señalar que al amparo de dichos programas se puede abonar, por una sola vez, la prestación contributiva por desempleo a que tenga derecho la persona trabajadora, en su importe total o

---

<sup>30</sup> Por todas, STS 4ª, de 28 de octubre de 2003, núm. rec. ud. (F.D. 2º).

<sup>31</sup> Por todas, STS 4ª, de 19 de abril de 2022, núm. rec. ud. 1481/2019.

parcial, y/o utilizarse para abonar el importe de las cuotas a la Seguridad Social. Se exige, además, que tales programas comprendan una auditoría de la viabilidad del proyecto empresarial o de economía social, así como un acompañamiento técnico, con perspectiva de género, de su puesta en práctica.

Dicho precepto debe conectarse con el artículo 296.3 del TRLGSS, que establece que.

«Cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, la entidad gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente por percibir.

Asimismo, podrá abonar a través de pagos parciales el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador para subvencionar la cotización del mismo a la Seguridad Social».

Actualmente, con amparo en este último precepto, el régimen de compatibilidad derivado de la capitalización de la prestación por desempleo presenta dos modalidades o, en términos legales «programas de fomento de empleo». Lo que sucede es que los mismos son anteriores a la Ley 3/2023. Efectivamente, parece que esta norma se refiere a nuevos programas de fomento de empleo, distintos a los actualmente vigentes, pues la exigencia arriba señalada no se aplica en los programas actuales. Por consiguiente, habrá que ver qué otros programas pueden crearse a futuro, ajustados a dicha exigencia.

Por ello, a continuación, nos centraremos en los programas actualmente vigentes.

#### **4.1. Capitalización de la prestación por desempleo para fomentar el autoempleo individual**

Este primer programa se contempla en el artículo 34 de la LETA, si bien se mantiene la aplicación de lo previsto en el Real Decreto 1044/1985<sup>32</sup>, en lo que no contradiga a aquel.

Este programa consta de dos medidas:

(A) Por una parte, la entidad gestora puede abonar a los beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo hasta el 100% del valor actual del importe de dicha prestación, en los siguientes supuestos:

(a) Cuando pretendan constituirse como trabajadores autónomos. En este supuesto, el abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad por cuenta propia, incluido el importe de las cargas tributarias para el inicio de la actividad.

---

<sup>32</sup> BOE de 2 de julio de 1985, núm. 157.



Como excepción, no se incluyen en este supuesto quienes se constituyan como trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES) suscribiendo un contrato con una empresa con la que hubieran mantenido un vínculo contractual previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, o perteneciente al mismo grupo empresarial de aquella.

Esta excepción, que se establece con la finalidad de evitar situaciones fraudulentas, debe entenderse en el sentido de que el «vínculo contractual» referido debe ser necesariamente laboral, por similitud a lo que se dice en el siguiente supuesto. Pero puede suceder que quien se constituya como autónomo clásico preste servicios a distintas empresas del mismo grupo. Esta situación debería contemplarse en el artículo 11 de la LETA, procediéndose a regular la figura del cliente principal.

(b) Cuando capitalicen la prestación para destinar hasta el 100% de su importe a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de 12 meses anteriores a la aportación, siempre que vayan a poseer el control efectivo de la misma, conforme a lo previsto por el artículo 305 del TRLGSS y a ejercer en ella una actividad profesional, encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Como excepción, para evitar situaciones fraudulentas, no se incluyen en este supuesto aquellas personas que hayan mantenido un vínculo laboral previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo con dichas sociedades u otras pertenecientes al mismo grupo empresarial.

En ambos casos, quienes capitalicen la prestación por desempleo, podrán destinar la misma a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y tributos. Podrán, además, destinar hasta el 15% de la cuantía de la prestación capitalizada al pago de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que se deducirá el importe relativo al interés legal del dinero. No obstante, si no se obtiene la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener conforme a la segunda medida, que se analiza a continuación.

(B) Por otra parte, la entidad gestora puede abonar mensualmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social, en los siguientes términos:

(a) La cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social en el momento del inicio de la actividad sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la sub-

vención quede por debajo de la aportación del trabajador que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social; en tal caso, se abonará esta última.

(b) El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

En todo caso, para la tramitación de ambas medidas, hay que tener en cuenta que la solicitud debe realizarse con anterioridad a la fecha de inicio de la actividad como trabajador autónomo o como socio de la entidad mercantil, considerando que tal inicio coincide con la fecha que como tal figura en la solicitud de alta del trabajador en la Seguridad Social. Igualmente, si el trabajador, o los representantes legales de los trabajadores en caso de despido colectivo, hubieran impugnado el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo, la solicitud deberá ser posterior a la resolución del procedimiento correspondiente.

Por su parte, los efectos económicos del abono del derecho solicitado se producirán a partir del día siguiente al de su reconocimiento, salvo cuando la fecha de inicio de la actividad sea anterior, en cuyo caso, se estará a la fecha de inicio de esa actividad.

Por último, se excluye del derecho a percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único conforme a las dos medidas expuestas a quienes en los 24 meses anteriores a su solicitud hayan compatibilizado el trabajo por cuenta propia con la prestación por desempleo de nivel contributivo. Obviamente, dicha compatibilidad debe entenderse dentro de los supuestos excepcionales en los que se permite la misma, incluida la capitalización objeto de análisis en este apartado.

## **4.2. Capitalización de la prestación por desempleo para el fomento del autoempleo colectivo**

Este segundo programa cuenta con dos modalidades que se contemplan, respectivamente, en el artículo 10 y en el artículo 10bis de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (LES)<sup>33</sup>.

### *4.2.1. Capitalización de la prestación por desempleo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales*

En esta modalidad, conforme al artículo 10 de la LES –si bien se mantiene la aplicación de lo previsto en el Real Decreto 1044/1985, en lo que no

---

<sup>33</sup> BOE de 30 de marzo de 2011, núm. 76.

contradiga a aquel—, se sigue la lógica de las dos medidas previstas para el fomento del autoempleo individual (*supra* 4.1), por lo que aquí solamente se analizarán las diferencias respecto a las mismas.

Así, en cuanto a la primera de las medidas, aquí la entidad gestora puede abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo:

(a) A los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan: (a.1) incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, —se entiende que laboral— independientemente de su duración, o (a.2) constituir las.

(b) A las personas que trabajen en la sociedad laboral o cooperativa con una relación laboral de carácter indefinido que reúnan todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, salvo el de estar en situación legal de desempleo, que pretendan adquirir la condición de persona socia trabajadora o de trabajo en dicha sociedad laboral o cooperativa.

En estos supuestos, el abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a las aportaciones al capital, incluyendo la cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral en lo necesario para acceder a la condición de socio.

También respecto a esta medida se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que se deducirá el importe relativo al interés legal del dinero, pero al contrario de lo que sucede con la primera de las medidas destinadas al autoempleo individual, no se prevé la posibilidad de que en los supuestos en los que no se obtenga la prestación por su importe total, el importe restante se pueda obtener conforme a la segunda de las medidas, consiste en que la entidad gestora abone mensualmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social, que como se ha adelantado no presenta particularidad alguna en esta modalidad de capitalización de autoempleo colectivo.

Por su parte, los trámites que los interesados en beneficiarse de la capitalización deben llevar a cabo son idénticos a los previstos para la modalidad de autoempleo individual, pero llama la atención que en la modalidad de autoempleo colectivo se establezca que si el trabajador hubiera impugnado el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo, la solicitud deberá ser posterior a la resolución del procedimiento correspondiente, sin que se prevea la posibilidad de que tal cese pueda ser, igualmente, impugnado por la representación legal de los trabajadores, en caso de despido colectivo.

En los supuestos en los que se prevé la capitalización sin estar en situación legal de desempleo, la solicitud de la prestación y de la capitalización

será simultánea y la fecha de esta se asimilará, a efectos de reconocimiento y cálculo de la prestación, a la fecha de la situación legal de desempleo.

#### 4.2.2. *Capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso*

En esta modalidad, conforme al artículo 10bis de la LES<sup>34</sup>, la entidad gestora puede abonar a las personas que reúnan todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo, salvo el de estar en situación legal de desempleo, el valor actual del importe de dicha prestación, cuando pretendan adquirir acciones o participaciones sociales de una sociedad en la que prestan servicios retribuidos como personas trabajadoras con contrato de trabajo por tiempo indefinido de forma que, con dicha adquisición, individualmente considerada, o con las adquisiciones que realicen otras personas, trabajadoras o no de la sociedad, esta reúna las condiciones legalmente necesarias para adquirir la condición de sociedad laboral o transformarse en cooperativa.

Debe precisarse que como no se excluye a los indefinidos a tiempo parcial ni a los fijos discontinuos, el contrato por tiempo indefinido podrá ser a tiempo completo, parcial o fijo discontinuo<sup>35</sup>.

Para ello, la solicitud de la prestación y de la capitalización debe ser simultánea, y la fecha de la misma se asimilará, a efectos de reconocimiento y cálculo de la prestación, a la fecha de la situación legal de desempleo.

Ahora bien, el abono de la prestación capitalizada requerirá que la empresa se haya declarado en concurso y que el juez de lo mercantil haya acordado la transformación de la sociedad en una sociedad cooperativa o sociedad laboral en el marco de lo dispuesto en los artículos 219 o 224 bis y artículos concordantes del texto refundido de la Ley Concursal (TRLR). Para ello los que deseen beneficiarse de esta modalidad de autoempleo colectivo deben presentar ante el juez del concurso, junto con otro u otros trabajadores, una propuesta de sucesión de empresa mediante su transformación en sociedad cooperativa o laboral. Además, debe estar a lo dispuesto en los artículos 219 y 224 bis del TRLR<sup>36</sup>.

Igualmente, a pesar de que el juez del concurso, para conservar el negocio, puede acordar la transformación de la sociedad en una sociedad cooperativa o sociedad laboral, como para que dicha transformación se materialice es necesario que la entidad gestora acredite las capitalizaciones pertinentes,

---

<sup>34</sup> No se aplica en ningún caso el Real Decreto 1044/1985 (Instrucciones generales SEPE, 2021: 8).

<sup>35</sup> Instrucciones generales SEPE, 2021: 5.

<sup>36</sup> Instrucciones generales SEPE, 2021: 5-6.

habrá que esperar al desarrollo reglamentario que se prevé en el apartado quinto del artículo 10bis, para con el procedimiento que deba seguirse a efectos de tal acreditación. Mientras tanto hay que estar a lo dispuesto por las Instrucciones generales del SEPE<sup>37</sup>.

La prestación se podrá capitalizar hasta el 100% de su importe para destinarla a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que trabajen las personas solicitantes o, en el caso de no obtener la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener para la subvención de las cuotas a la Seguridad Social, en los términos expuestos al analizar la segunda de las medidas de la modalidad de capitalización para el autoempleo individual.

En esta modalidad no cabe solicitar la capitalización para destinarla exclusivamente a subvencionar las cuotas de la Seguridad Social, ni para destinarlo parcialmente a afrontar los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la sociedad cooperativa, laboral o participada, ni al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad<sup>38</sup>.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUIZ, I. (2012): «Compatibilidad e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99.
- BLÁZQUEZ AGUADO, E.M. (2016): *Protección por desempleo. Los Distintos Niveles Complementarios y Sucesivos*. Oporto: Juruá Editorial.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2016): *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 3ª edición.
- Instrucciones provisionales de la Dirección General del SEPE para la aplicación del artículo 10bis de la LES: capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso, de 21 de diciembre de 2021.
- KAHALE CARRILLO, D.T. (2016): «Capítulo séptimo. Prestación por desempleo». En *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo* (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- PÉREZ DEL PRADO, D. (2013): «Capítulo VI. La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones por desempleo». En *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo* (MERCADER UGUINA, J.R., Dir.). Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. (2003): «Compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por desempleo», *Tribuna Social*, núm. 150.

---

<sup>37</sup> Instrucciones generales SEPE, 2021: 13 y ss.

<sup>38</sup> Instrucciones generales SEPE, 2021: 9.



PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE NIVEL CONTRIBUTIVO.  
ESPECIAL REFERENCIA AL PAGO ÚNICO DE LA PRESTACIÓN

ANA CASTRO FRANCO

*Personal Docente e Investigador (FPU, Ministerio de Universidades)*

*Universidad de León*

*acasf@unileon.es*

## **SUMARIO**

INTRODUCCIÓN: OBJETO DE LA PRESTACIÓN. 1. BENEFICIARIOS/AS Y CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN. 2. REQUISITOS DE ACCESO. 3. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN. 4. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN. 5. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE LA PRESTACIÓN. 6. PAGO. SUSPENSIÓN, REANUDACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN. 7. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LA PRESTACIÓN. 8. PAGO ÚNICO DE LA PRESTACIÓN: REQUISITOS, AYUDAS QUE SE PUEDEN OBTENER, DÓNDE Y CUÁNDO PRESENTAR LA SOLICITUD, DOCUMENTOS, OBLIGACIONES. REFLEXIÓN FINAL.



## 1. INTRODUCCIÓN: OBJETO DE LA PRESTACIÓN

Para alguien que pierde su puesto de trabajo y no tiene posibilidad de encontrar otro empleo a corto plazo, es primordial no dejar de obtener ingresos, especialmente en aquellos casos en los que el sueldo sostenía a una familia. Y, para ello, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) dispone de diferentes prestaciones que ofrecer a las personas desempleadas hasta que obtengan un nuevo trabajo.

La prestación contributiva protege la situación de desempleo de quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo de forma temporal o definitiva o vean reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo entre un mínimo de un 10 % y un 70 %<sup>1</sup>. Para el acceso a la misma se requiere, además de cumplir los requisitos que más adelante se indican, la cotización previa por desempleo de la persona trabajadora a la Seguridad Social. El Servicio Público de Empleo Estatal es el Organismo Autónomo encargado de la gestión y control de las prestaciones por desempleo. El Instituto Social de la Marina realiza la gestión de las prestaciones por desempleo correspondientes a las personas trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

La prestación contributiva por desempleo contiene las cantidades que el prestacionista recibe en función de la cotización del periodo en activo<sup>2</sup>. La prestación incluye tanto una cantidad mensual como las cotizaciones a la seguridad social durante el periodo de duración (arts. 262-273 de la LGSS). La prestación contributiva comprende la cotización a la Seguridad Social por jubilación, incapacidad temporal, invalidez, muerte y supervivencia, asistencia sanitaria, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Como novedad la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo con efectos de 2 de marzo de 2023, junto con otros cambios normativos impulsados

---

<sup>1</sup> GIL PLANA, J.: “Situación legal de desempleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm.139, 2019, pág. 16.

<sup>2</sup> STS 5 marzo 2013 (rec. 932/2012).

por la propia norma (nuevos colectivos de atención prioritaria, condiciones de la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal, O.A., en la Agencia Española de Empleo, etc.), se modifica la Ley General de Seguridad Social en aspectos referentes a la configuración de la prestación contributiva y asistencial de desempleo y del cese de actividad de las personas trabajadoras autónomas. Asimismo, la Disposición Final 25<sup>a</sup>.8; la Disposición Transitoria 9<sup>a</sup> y la Disposición Adicional 90<sup>a</sup> de la LPGE 2023 establecen con efectos de 1 de enero de 2023 que la cuantía de la prestación contributiva por desempleo se determinará aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: el 70 por ciento durante los ciento ochenta primeros días y el 60 por ciento (antes del 01/01/2023 el 50 %<sup>3</sup>) a partir del día ciento ochenta y uno. Los nuevos porcentajes se aplicarán también a quienes a 1 de enero de 2023 estuvieran percibiendo la prestación por desempleo. Además, se fijan las cuantías del IPREM para 2023.

## 1. BENEFICIARIOS/AS Y CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN

Serán beneficiarios/as de la prestación por desempleo, aquellas personas que, habiendo cotizado de forma previa a la Seguridad Social por la contingencia de desempleo, se encuentren en situación legal de desempleo, tengan el periodo mínimo de cotización exigido, no se encuentren en alguna de las situaciones de incompatibilidad, y, además, cumplan los requisitos formales establecidos (arts. 264 y 266 de la LGSS)<sup>4</sup>. Una vez reconocida la prestación, la persona prestacionista deberá seguir reuniendo los requisitos de acceso a la prestación por desempleo. Podrán beneficiarse de esta prestación por desempleo los colectivos que a continuación se indican:

- Las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, que coticen por la contingencia de desempleo.
- Las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidas en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que protegen esta contingencia de desempleo (Minería del Carbón, Régimen Especial de los Trabajadores del Mar), las personas trabajadoras fijas por cuenta ajena del Sistema Especial Agrario de la Seguridad Social, las personas trabajadoras eventuales por cuenta ajena del mismo Sistema y las personas trabajadoras del Sistema Especial para Empleados de Hogar.
- Los socios y socias de cooperativas de trabajo asociado y de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, así como los socios y so-

<sup>3</sup> STS 24 enero 2018 (proc. 43/2018).

<sup>4</sup> CARLOS GARCÍA SERRANO, C. y ARRANZ MUÑOZ ÁRBOL, J.M.: “Los perceptores de subsidios por desempleo: un análisis longitudinal”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 141, 2019, pág. 114.

cias de trabajo de otras cooperativas, que se incluyan en un Régimen de la Seguridad Social que proteja esta contingencia<sup>5</sup>.

- Las personas penadas que hubiesen sido liberadas de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional.
- Las personas trabajadoras emigrantes retornadas.
- Las personas trabajadoras extranjeras en España, nacionales de países que pertenecen a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo o que no pertenecen a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo que residen legalmente en nuestro país y que cumplen los requisitos legalmente exigidos, tendrán derecho a las prestaciones por desempleo de nivel contributivo siempre que estén inscritas como demandantes de empleo.
- Los funcionarios y funcionarias de empleo y personal contratado de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo al servicio de las Administraciones Públicas.
- Militares de Complemento y militares profesionales de Tropa y Marinería.
- Miembros de corporaciones locales y de Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares de Baleares, que desempeñen dichos cargos con dedicación exclusiva o parcial y perciban una retribución por el desempeño del cargo.
- Cargos representativos de los sindicatos constituidos al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial, siempre que perciban una retribución.
- Altos cargos de las Administraciones Públicas que tengan dedicación exclusiva, estén retribuidos y no sean personal funcionario público ni tengan derecho a percibir cualquier tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese.

Esta prestación por desempleo incluye la prestación económica por desempleo total o parcial y el abono de parte de la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la prestación por desempleo<sup>6</sup>. La acción protectora comprenderá, además, acciones específicas de formación, perfeccio-

---

<sup>5</sup> TOMÁS MATAIX, D.: “Prestación por desempleo y socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. Sobre la posible concesión de la prestación por desempleo a personas socias trabajadoras convivientes y unidos por relación de parentesco”, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 37, 2020, pág. 328.

<sup>6</sup> CARAVACA DOMÍNGUEZ, J.: “El sistema de protección del desempleo en España, reflexiones y propuestas de mejora: ¿Es oportuno plantear la instauración de una prestación indefinida?”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 139, 2019, pág. 180.

namiento, orientación, reconversión e inserción profesionales en favor de las personas trabajadoras desempleadas y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable.

## 2. REQUISITOS DE ACCESO

Con la nueva conceptualización realizada quienes soliciten o perciban prestaciones o subsidios de desempleo deberán adquirir la condición de personas demandantes de servicios de empleo, suscribir un acuerdo de actividad (art. 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero y art. 300 de la LGSS) y, en base a este acuerdo, comprometerse a aceptar una colocación adecuada [art. 3.g) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero y art. 301 de la LGSS] y a la búsqueda de empleo [art. 3.h) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero] con apoyo del personal de los servicios públicos de empleo (art. 266 de la LGSS).

La solicitud, el nacimiento y la conservación del derecho a la prestación contributiva por desempleo se regulan en el art. 268 de la LGSS. Las personas que cumplan los requisitos citados (art. 266 de la LGSS) deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones que nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes<sup>7</sup>.

En otras palabras, la solicitud requerirá la inscripción como persona demandante de empleo. Asimismo, en la fecha de solicitud se deberá suscribir el acuerdo de actividad (art. 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero). La inscripción como demandante de empleo deberá mantenerse durante todo el periodo de duración de la prestación como requisito necesario para la conservación de su percepción, suspendiéndose el abono, en caso de incumplirse dicho requisito (art. 271 de la LGSS). Por lo tanto, cabe sintetizar los requisitos de acceso como sigue<sup>8</sup>.

- Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen.
- Tener cubierto el periodo mínimo de cotización a que se refiere el art. 269.1, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

Para el supuesto de que en el momento de la situación legal de desempleo se mantengan uno o varios contratos a tiempo parcial se tendrán en cuenta exclusivamente, a los solos efectos de cumplir el requisito de acceso a la prestación, los periodos de cotización en los trabajos en los que se haya perdido el empleo o se haya visto suspendido el contrato o reducida la jornada ordinaria de trabajo.

---

<sup>7</sup> HERRERA BALLESTEROS, J.: “Pobreza laboral y desempleo en España 2009-2019”, *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, núm. 38, 2020, pág. 29.

<sup>8</sup> GIL PLANA, J.: “Situación legal de desempleo”, cit., pág. 17.

- Encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del acuerdo de actividad al que se refiere el art. 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.
- No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que la persona trabajadora no tuviera acreditado el periodo de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada.
- Estar inscrito o inscrita y mantener la inscripción como demandante de empleo durante todo el periodo en que se percibe la prestación.
- En el caso de la persona emigrante retornada que cotizó al desempleo en España antes de emigrar, deberá tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 360 días dentro de los 6 años anteriores a la fecha de emigración, siempre que no hayan sido computados para el nacimiento de un derecho anterior. Además, no deberá estar percibiendo la prestación por desempleo en ningún otro Estado del Espacio Económico Europeo o Suiza.
- Si es persona trabajadora eventual agraria que, inmediatamente antes, figuró de alta en Seguridad Social dentro del colectivo de trabajadores autónomos o por cuenta propia, el periodo mínimo de cotización necesario para el acceso a la prestación por desempleo será de 720 días.
- No realizar una actividad por cuenta propia o trabajo por cuenta ajena a tiempo completo, salvo que sea posible la compatibilidad si lo establece un programa de fomento de empleo.
- No cobrar una pensión de la Seguridad Social incompatible con el trabajo.

### 3. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN

La duración depende de las cotizaciones por desempleo que haya realizado en los últimos 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, o en su caso, desde el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo anterior. Solo se tendrán en cuenta las cotizaciones que no hayan sido computadas para aprobar un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial<sup>9</sup>.

No se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación por desempleo que efectúe el Servicio Público Estatal, o en su caso, la empresa, excepto cuando la prestación se perciba en virtud de

---

<sup>9</sup> STS 30 noviembre 2005 (rec. 2432/2004).

la suspensión de la relación laboral prevista en el caso de las víctimas de violencia de género<sup>10</sup>. En este caso la fecha final de la suspensión se decidirá por parte de la trabajadora, pudiendo ser inicialmente de hasta 6 meses. Transcurrido el tiempo de suspensión inicial, podrá mantenerse la protección, siempre que el juez o jueza prorrogue la suspensión por periodos de 3 meses, con un máximo de 18 meses y con límite de duración del derecho reconocido, a condición de que la trabajadora aporte nueva documentación acreditativa de dicha prórroga, sin que sea necesario volver a acreditar la orden de protección, o en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal.

La duración de la prestación por desempleo de las personas emigrantes retornadas o liberadas de prisión dependerá de los periodos de ocupación cotizados correspondientes a los 6 años anteriores a la salida de España o al ingreso en prisión respectivamente, salvo cuando tenga cotizaciones efectuadas en el extranjero o prisión que sean computables para la obtención de la prestación. En el supuesto de la persona emigrante retornada que cotizó al desempleo en España antes de emigrar y no trabaja en España al regresar, el derecho a la protección por desempleo nace al día siguiente del retorno del extranjero, siempre que se haya producido la inscripción como demandante de empleo y se solicite en el plazo de los 15 días siguientes al retorno.

Para el cálculo del periodo de ocupación cotizada, se tendrán en cuenta los periodos de vacaciones anuales retribuidos y no disfrutados antes de la extinción de la relación laboral, así como los correspondientes a los salarios de tramitación<sup>11</sup>. La fecha de inicio de la prestación será la del día siguiente a aquella en la que se produzca la situación legal de desempleo, siempre y cuando haya presentado la solicitud dentro de plazo. Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Si las cotizaciones corresponden a un trabajo parcial, se tendrá en cuenta la duración del contrato o de la actividad.

#### 4. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN

La cuantía de la prestación contributiva depende de las bases de cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales, durante los 180 últimos días cotizados, sin tener en cuenta las horas extraordinarias<sup>12</sup>. La cuantía de la prestación contributiva por desempleo se determinará aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: el 70 por ciento durante los ciento ochenta primeros días y el 60 por ciento (antes del 1 de enero de 2023 el 50 %) a partir del día ciento ochenta y uno. Los nuevos porcentajes se

---

<sup>10</sup> GONZÁLEZ, M.C.: “Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo”, *Lan Harremanak*, núm. 46, 2021, pág. 116.

<sup>11</sup> STS 10 diciembre 2010 (rec. 46/2010).

<sup>12</sup> SSTs 27 diciembre 2016 (rec. 3132/2015); 4 enero 2018 (rec. 1552/2017); 24 enero 2018 (rec. 1552/2015); 15 de enero 2048 (rec. 3279/2016) y 30 enero 2018 (rec. 1492/2016).

aplicarán también a quienes a 1 de enero de 2023 estuvieran percibiendo la prestación por desempleo (D.F. 25.<sup>a</sup> 8 y D.T. 9.<sup>a</sup> de la LPGE 2023)<sup>13</sup>.

Si en los últimos 180 días anteriores a la situación legal de desempleo o al día en que cesó la obligación de cotizar, solo se tienen cotizaciones por jornadas en el Sistema Especial Agrario de la Seguridad Social, la base reguladora diaria de la prestación por desempleo de nivel contributivo será la base de cotización de la última jornada real que haya realizado.

Los importes así calculados no pueden ser superiores al tope máximo, ni inferiores al tope mínimo, legalmente establecidos. La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando la persona trabajadora tenga uno/a o más hijos/as a su cargo, en cuyo caso la cuantía será, respectivamente, del 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador. La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por ciento o del 80 por ciento del indicador público en rentas de efectos múltiples, según que la persona trabajadora tenga o no, respectivamente, hijos/as a su cargo.

Se consideran hijos o hijas a cargo si son menores de 26 años o son mayores con discapacidad o las personas menores acogidas, si conviven o dependen económicamente de la persona trabajadora y no tienen rentas mensuales superiores al salario mínimo interprofesional.

Al importe bruto de la prestación se le aplicarán dos tipos de deducciones:

- La cotización a la Seguridad Social (el 4,7 % de la base reguladora hasta el 31/12/2022 y el 4,8% a partir del 1 de enero de 2023 con el aumento del 0,1 % por aplicación del Mecanismo de Equidad Intergeneracional-MEI).
- La retención a cuenta del IRPF, cuando proceda.

El abono de la aportación empresarial lo efectuará el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) en su totalidad y la aportación correspondiente a la persona trabajadora será íntegra a cargo de esta. En los supuestos de personas trabajadoras fijas del Sistema Especial Agrario de la Seguridad Social el SEPE cotizará por estas el 73,50 % de la cuota correspondiente, siendo por cuenta de la persona trabajadora el 26,50 % restante.

En los supuestos de percepción de prestaciones por desempleo por reducción de jornada o suspensión de contrato, la empresa asumirá la aportación empresarial y la aportación correspondiente a la persona trabajadora será íntegra a cargo de esta.

El pago de la prestación se realizará por mensualidades de 30 días, entre los días 10 y 15 del mes inmediato siguiente al que corresponda el devengo. Se efectuará, salvo excepciones, mediante el abono en la cuenta de la entidad

---

<sup>13</sup> STS 7 mayo 2020 (proc. 295/2020).

financiera que haya indicado, siempre que usted sea titular de la misma. El derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento.

## 5. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE LA PRESTACIÓN

La solicitud deberá presentarla en el plazo de los quince días hábiles siguientes al último día trabajado, al retorno del extranjero o a la excarcelación. En el supuesto de que la empresa le haya abonado vacaciones por no haberlas disfrutado con anterioridad al cese, debe presentarla en los 15 días hábiles siguientes a la finalización del periodo equivalente a las vacaciones<sup>14</sup>.

La solicitud se presentará a través de:

- La sede electrónica del SEPE
- En la oficina de prestaciones (pidiendo cita previa en la Sede Electrónica del SEPE o a través del teléfono).
- En cualquier oficina de registro público.
- Por correo administrativo.

El Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género o violencia sexual a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito<sup>15</sup>.

Si presenta la solicitud de prestación contributiva fuera de plazo, tendrá derecho a que se apruebe a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como hayan pasado entre la fecha en que se le hubiera aprobado dicha prestación, de haberla solicitado dentro del plazo, y la fecha en que la ha presentado.

En los supuestos de situación legal de desempleo por extinción de la relación laboral, la persona trabajadora puede reclamar contra la decisión extintiva de la empresa. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación.

En este caso, si no se hubiese inscrito y solicitado en el plazo antes mencionado, tendría un nuevo plazo de 15 días para hacerlo, desde la fecha del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o en su caso, desde la resolución judicial. En los supuestos en que el periodo que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con

---

<sup>14</sup> HERRADOR BUENDÍA, F.M.: “Aproximación teórica al fenómeno del desempleo: el caso del desempleo de larga duración”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 35, 2002, pág. 122.

<sup>15</sup> GONZÁLEZ, M.C.: “Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo”, cit., pág. 117.



anterioridad a la finalización de la relación laboral, la solicitud deberá presentarse en el plazo de los 15 días siguientes a la finalización de ese periodo, que debe constar en el certificado de empresa.

El SEPE o el Instituto Social de la Marina debe dictar resolución en el plazo de los 15 días siguientes a la fecha de la solicitud y notificarla en el plazo de los 10 días a partir de la fecha en que se dictó.

## 6. PAGO. SUSPENSIÓN, REANUDACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El Servicio Público de Empleo Estatal o el Instituto Social de la Marina, una vez hayan procedido al reconocimiento de la prestación remitirán al domicilio de la persona solicitante la resolución adoptada en la que se indicarán, entre otros datos, el periodo concedido, la base reguladora, la entidad pagadora y la fecha de pago. El abono de la prestación se realizará por meses vencidos mediante el ingreso en cuenta en la entidad financiera colaboradora indicada por la persona solicitante, de la que sea titular, salvo en los casos excepcionales en los que se autorice por el Servicio Público de Empleo Estatal el pago en efectivo. El derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento. En cuanto al pago, existen dos posibilidades:

- A mes vencido (12 pagas).
- Pago único de la prestación por desempleo, o capitalización de la prestación<sup>16</sup>. Aquellas personas que están en desempleo y pretendan desarrollar una nueva actividad como trabajadoras autónomas o incorporarse como socias trabajadoras o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales pueden solicitar el pago único, o capitalización, de la prestación por desempleo siempre que cumplan los requisitos legalmente establecidos<sup>17</sup>. Esta opción de cobro permite recibir en un solo pago todo o parte del importe pendiente de la prestación contributiva por desempleo o la subvención de cuotas de la Seguridad Social.

La modalidad de pago único de la prestación por desempleo tiene por finalidad, según se recoge en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1044/11985, de 19 de junio propiciar la iniciativa de autoempleo de las personas trabajadoras desempleadas, facilitando la realización de un trabajo por cuenta propia o la incorporación como socias a cooperativas de trabajo asociado o a sociedades laborales, a aquellas personas que hubieran perdido su trabajo anterior<sup>18</sup>. De esta forma, cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, la entidad gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de

---

<sup>16</sup> STS 5 abril 2017 (proc. 302/2017).

<sup>17</sup> STS 20 septiembre 2004 (rec. 3216/2003).

<sup>18</sup> STS 21 junio 2016 (proc. 543/2016).

nivel contributivo a que tenga derecho la persona trabajadora y que esté pendiente por percibir (art. 296 de la LGSS; art. 34 de la LETA y Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio)<sup>19</sup>.

El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá o extinguirá según lo establecido en los arts. 271 y 272 de la LGSS. Casos en los que procede la suspensión por la entidad gestora.

- Durante el periodo que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Si finalizado el periodo de suspensión, la persona beneficiaria de prestaciones no se encontrara inscrito como demandante de empleo, la reanudación de la prestación requerirá su previa comparecencia ante la entidad gestora acreditando dicha inscripción.
- Durante la situación de maternidad o de paternidad (en los términos previstos en el art. 284 de la LGSS).
- Mientras el titular del derecho esté cumpliendo condena que implique privación de libertad.
- Mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, o mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración inferior a sesenta meses en el supuesto de personas trabajadoras por cuenta propia que causen alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las personas Trabajadoras por Cuenta Propia o Autónomos/as o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las personas Trabajadoras del Mar.
- Cuando en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo la sentencia declare su improcedencia y quien proporciona empleo que hubiera optado por la readmisión interpusiera alguno de los recursos autorizados por la LJS, mientras la persona trabajadora continúe prestando servicios o no los preste por voluntad de quien proporciona empleo durante la tramitación del recurso (art. 297 de la LJS). Una vez que se produzca la resolución definitiva se procederá conforme a lo establecido en el artículo 268.5<sup>20</sup>.
- En los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que la persona beneficiaria declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un periodo continuado inferior a doce meses, siempre que la salida

<sup>19</sup> STSJ Baleares, 25 octubre 2012 (proc. 586/2012).

<sup>20</sup> RON LATAS, R.: "Suspensión y extinción de prestaciones por desempleo, y de infracciones y sanciones administrativas en la protección por desempleo", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2002, pág. 735.

al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea.

- En los supuestos de estancia en el extranjero por un periodo, continuado o no, de hasta noventa días naturales como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora.

El incumplimiento por parte de las personas beneficiarias de las prestaciones por desempleo de la obligación de presentar, en los plazos establecidos, los documentos que les sean requeridos, siempre que los mismos puedan afectar a la conservación del derecho a las prestaciones, podrá dar lugar a que por la entidad gestora se adopten las medidas preventivas necesarias, mediante la suspensión del abono de las citadas prestaciones, hasta que dichas personas beneficiarias comparezcan ante aquella acreditando que cumplen los requisitos legales establecidos para el mantenimiento del derecho, que se reanudará a partir de la fecha de la comparecencia<sup>21</sup>.

Tras la suspensión, la prestación o subsidio por desempleo se reanudará siguiendo lo establecido en el art. 271.4 de la LGSS. El derecho a la reanudación nacerá a partir del término de la causa de suspensión siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes, y la solicitud requerirá la inscripción como persona demandante de empleo si la misma no se hubiere efectuado previamente. Asimismo, en la fecha de la solicitud se considerará reactivado el acuerdo de actividad (art. 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero), salvo en aquellos casos en los que la entidad gestora exija la suscripción de un nuevo acuerdo.

Casos en los que procede la extinción<sup>22</sup>:

- Agotamiento del plazo de duración de la prestación.
- Imposición de sanción en los términos previstos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>23</sup>.
- Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, sin perjuicio de lo establecido en el art. 269.3 de la LGSS o realización de un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a sesenta meses en el supuesto de personas trabajadoras por cuenta propia que causen alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las personas Trabajadoras por Cuenta Propia o Autónomos/as o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las personas Trabajadoras del Mar.

---

<sup>21</sup> ARUFE VARELA, A.: “El nuevo ‘compromiso de actividad’, de situación legal de desempleo, y de beneficiarios del subsidio por desempleo”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2002, pág. 719.

<sup>22</sup> RON LATAS, R.: “Suspensión y extinción de prestaciones por desempleo, y de infracciones y sanciones administrativas en la protección por desempleo”, cit., pág. 736.

<sup>23</sup> MORENO CÁLIZ, S.: “Infracciones y sanciones en materia de desempleo”, *Tribuna Social*, núm. 150, 2003, pág. 67.

- Cumplimiento, por parte del titular del derecho, de la edad ordinaria de jubilación [con las salvedades establecidas en el art. 266.d) de la LGSS]
- Pasar a ser pensionista de jubilación, o de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. No obstante, en estos casos, la persona beneficiaria podrá optar por la prestación más favorable.
- Traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión [letras f) y g) del art. 271.1 de la LGSS].
- Renuncia voluntaria al derecho.

## 7. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LA PRESTACIÓN

Las compatibilidades e incompatibilidades de la prestación contributiva por desempleo y el subsidio se regulan de manera unificada en el art. 282 de la LGSS. La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado.

La deducción en el importe de la prestación o subsidio a que se refiere el párrafo anterior se efectuará tanto cuando la persona trabajadora esté percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial, como cuando tenga dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos.

La prestación y el subsidio por desempleo serán, asimismo, incompatibles con la obtención de prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio.

La prestación y el subsidio serán compatibles<sup>24</sup>.

Con la percepción de cualquier tipo de rentas mínimas, salarios sociales o ayudas análogas de asistencia social concedidas por cualquier Administración Pública, sin perjuicio de su cómputo a efectos del cumplimiento de los requisitos de carencia de rentas o de existencia de responsabilidades familiares de acuerdo con lo establecido en el artículo 275.

Como excepción, cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mer-

---

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R.: “Compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por desempleo”, *Tribuna Social*, núm. 150, 2003, pág. 65.

cado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo pendientes de percibir con el trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar a la persona trabajadora el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social.

En el supuesto previsto en el párrafo anterior, durante el periodo de percepción de las prestaciones quien proporciona empleo deberá abonar a la persona trabajadora la diferencia entre la prestación o subsidio por desempleo y el salario que le corresponda, siendo, asimismo, responsable de cotizar a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluido el importe de la prestación o subsidio.

Asimismo, con el fin de hacer efectivo el derecho a la formación de las personas trabajadoras ocupadas, así como de incrementar las posibilidades de empleo de las personas trabajadoras desempleadas, se determinarán programas que permitan a las empresas sustituir a las personas trabajadoras en formación por otras personas trabajadoras desempleadas beneficiarias de prestaciones por desempleo. En este caso, las personas trabajadoras podrán compatibilizar las prestaciones con el trabajo.

Cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta propia, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar a la persona trabajadora el importe mensual de la prestación en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social.

## 8. PAGO ÚNICO DE LA PRESTACIÓN: REQUISITOS, AYUDAS QUE SE PUEDEN OBTENER, DÓNDE Y CUÁNDO PRESENTAR LA SOLICITUD, DOCUMENTOS, OBLIGACIONES

El pago único es una medida de fomento de empleo que pretende facilitar la puesta en marcha de iniciativas de autoempleo que consistan en iniciar una actividad laboral como persona trabajadora por cuenta propia o en incorporarse como persona socia trabajadora o de trabajo en cooperativas o sociedades laborales o mercantiles en funcionamiento o de nueva creación<sup>25</sup>.

Los requisitos a cumplir son: •Tener, al menos, tres meses de prestación pendientes de percibir. •No haber obtenido el reconocimiento de un pago único en los 4 años anteriores a la fecha de solicitud. •Que la actividad profesional que va a desarrollar sea una de las siguientes: \*Actividad como persona trabajadora autónoma \*Constitución o incorporación a una cooperativa o sociedad laboral o mercantil. •Iniciar la actividad en el plazo máximo de un

---

<sup>25</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La capitalización de la Prestación por Desempleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 89, 2010, pág. 158.

mes desde la resolución de concesión del derecho y en todo caso, con fecha posterior a la solicitud.

Según la actividad realizada se pueden solicitar alguna de las siguientes modalidades: •Como persona trabajadora autónoma se puede obtener en un solo pago la cantidad que justifique como inversión necesaria para iniciar la actividad, con el límite máximo del 100 % del valor actual del importe de la prestación. Si no se obtiene el total de la cuantía de su prestación en un solo pago, puede solicitar simultáneamente el abono del importe restante para financiar el coste de las cuotas mensuales de Seguridad Social durante el desarrollo de su actividad. En segundo lugar, la posibilidad de solicitar y obtener exclusivamente la cantidad que justifique como inversión. En fin, se puede solicitar y obtener exclusivamente el importe total de la prestación pendiente de percibir para la subvención de cuotas mensuales a la Seguridad Social Podrá y destinar hasta el 15% de la cuantía de la prestación capitalizada al pago de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender. También podrá destinar el pago único a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y tributos.

•Como persona socia trabajadora o de trabajo de carácter estable en una cooperativa existente o de nueva creación tiene 3 alternativas<sup>26</sup>: \*Puede solicitar y obtener en un solo pago la cuota de ingreso, así como las aportaciones obligatorias y voluntarias suscritas y efectivamente desembolsadas que acredite, sin que se puedan financiar desembolsos futuros o pagos aplazados. Además, en este caso, si no obtiene toda la prestación pendiente en un solo pago de esta forma, puede solicitar simultáneamente el abono mensual del importe restante para subvencionar su cotización a la Seguridad Social. Si parte del pago único de la prestación se destina a realizar una aportación voluntaria a una cooperativa, deberá quedar debidamente acreditada su afectación al capital social, mediante certificación de su órgano de gobierno. También deberá acreditarse el compromiso suscrito ante la cooperativa de que dicha aportación voluntaria permanecerá en la cooperativa el mismo tiempo que la aportación obligatoria, o al menos, durante el que se hubiera extendido el derecho a la prestación contributiva, de haberlo percibido mes a mes. Durante el periodo citado, deberá estar en disposición de acreditar que sigue siendo titular de la aportación voluntaria. \*Puede solicitar y obtener exclusivamente la cuota de ingreso y las aportaciones obligatorias y voluntarias suscritas efectivamente desembolsadas que acredite. \*Puede solicitar y obtener exclusivamente el importe total de la prestación pendiente de percibir para la subvención de cuotas mensuales de la Seguridad Social.

Podrá destinar también el importe del pago único de la prestación a sufragar los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la entidad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

---

<sup>26</sup> CARLOS GARCÍA SERRANO, C. y ARRANZ MUÑOZ ÁRBOL, J.M.: “Los perceptores de subsidios por desempleo: un análisis longitudinal”, cit., pág. 119.

• Como socio trabajador o de trabajo de carácter estable en una sociedad laboral existente o de nueva creación tiene 3 alternativas<sup>27</sup>: \* Puede solicitar y obtener en un solo pago la cantidad que tenga que desembolsar para adquirir la condición de socio en concepto de acciones o participaciones del capital social de la empresa, sin que se puedan financiar ampliaciones de capital, desembolsos futuros o pagos aplazados. Si no obtiene el total de la cuantía de su prestación en un solo pago, puede solicitar simultáneamente el abono del importe restante para financiar el coste de las cuotas mensuales de Seguridad Social durante el desarrollo de su actividad. \* Puede solicitar y obtener exclusivamente la cantidad que justifique como desembolso para adquirir la condición de socio en concepto de acciones o participaciones del capital social de la empresa. \* Puede solicitar y obtener exclusivamente el importe total de la prestación pendiente de percibir para la subvención de cuotas mensuales de la Seguridad Social. Podrá destinar también el importe del pago único de la prestación a sufragar los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la entidad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

• Como persona trabajadora autónoma socia de una sociedad mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de 12 meses anteriores a la aportación, puede obtener el 100% de la aportación al capital social, siempre que desarrolle una actividad profesional encuadrado en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las personas Trabajadoras por Cuenta Propia o Autónomas/as o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las personas Trabajadoras del Mar, cuando se cumplan los siguientes requisitos: \* Que no exista vínculo laboral previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo con dicha sociedad u otras pertenecientes al mismo grupo empresarial. Podrá obtener el abono de la prestación quien anteriormente, como persona trabajadora autónoma económicamente dependiente, hubiera suscrito un contrato con la misma sociedad a la que pretende incorporarse. \* Que posea el control efectivo de la sociedad mercantil a la que se hace la aportación. Se entiende que posee dicho control si sus acciones o participaciones suponen, al menos, la mitad del capital social.

Además, se presume que lo tiene, salvo prueba en contrario, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: ☐ Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios/as, con quienes conviva, y se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado<sup>28</sup>. ☐ Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo. ☐ Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de di-

---

<sup>27</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La capitalización de la Prestación por Desempleo”, cit., pág. 160.

<sup>28</sup> TOMÁS MATAIX, D.: “Prestación por desempleo y socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. Sobre la posible concesión de la prestación por desempleo a personas socias trabajadoras convivientes y unidos por relación de parentesco”, cit., pág. 329.

rección y gerencia de la sociedad. Si no hubiera percibido la totalidad de la prestación en un pago único, podrá también solicitar el importe restante para subvencionar su cotización mensual a la Seguridad Social. Podrá destinar hasta el 15% de la cuantía de la prestación capitalizada al pago de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender. También podrá destinar el pago único a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y tributos.

El pago único se podrá solicitar conjuntamente a la solicitud de alta inicial o reanudación de la prestación contributiva o en cualquier momento posterior siempre que no haya iniciado la actividad como persona trabajadora autónoma o sea anterior a la incorporación a la cooperativa o sociedad laboral o mercantil o a la constitución de estas, ni iniciado la actividad. Si se hubiera impugnado el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo, la solicitud será posterior a la resolución del procedimiento correspondiente.

Que deben acompañar a la solicitud •En todo caso: \*Impreso de solicitud de pago único, en modelo oficial, debidamente cumplimentado. \*Españoles/as: Documento Nacional de Identidad (DNI) o pasaporte. \*Extranjeros/as residentes en España: ☐Comunitarios: Certificado de registro de la Unión Europea en el que consta el NIE, junto con el pasaporte o documento identificativo en su país de origen. ☐No comunitarios: Tarjeta de Identidad de Extranjeros (TIE) y el pasaporte.

•En el caso de incorporación a cooperativas o sociedades laborales o mercantiles ya constituidas: \*Certificación del Consejo Rector de la cooperativa u órgano de administración de la sociedad laboral o mercantil, en la que se indique que ha solicitado su ingreso en la misma, la condición de persona socia estable (no temporal), si se fija, o no, periodo de prueba y su duración y el importe de la aportación a la cooperativa, o el valor de adquisición de las acciones o participaciones sociales.

•En el caso de constitución de cooperativas o sociedades laborales o mercantiles<sup>29</sup>: \*Documento privado firmado por los socios de la cooperativa o sociedad laboral, donde consten los datos necesarios sobre condiciones de trabajo, aportaciones, etc. ☐Identidad de los socios. ☐Manifestación de su voluntad de constituir la cooperativa o sociedad laboral o mercantil. ☐Las condiciones de trabajo estable y si se fija o no, periodo de prueba y su duración. ☐Aportaciones de la persona socia trabajadora a la cooperativa incluyendo la cuota de ingreso o el valor y número de acciones o participaciones a suscribir por el socio de la sociedad laboral o mercantil anónima o de responsabilidad limitada respectivamente, excepto si se solicita exclusivamente el pago único para la subvención de cuotas a la Seguridad Social. \*Proyecto de estatutos de la cooperativa o sociedad laboral donde conste: ☐El capital social. ☐Distribu-

<sup>29</sup> CARLOS GARCÍA SERRANO, C. y ARRANZ MUÑOZ ÁRBOL, J.M.: “Los perceptores de subsidios por desempleo: un análisis longitudinal”, cit., pág. 121.



ción en aportaciones, acciones o participaciones. ☐Posibilidad de desembolso en metálico o en especie. ☐Posibles formas y plazos para efectuar el desembolso. \*Memoria explicativa sobre el proyecto de inversión a realizar y actividad a desarrollar. \*Cualquier documentación que acredite la viabilidad del proyecto. En el caso del inicio de actividad autónoma: \*Memoria explicativa sobre el proyecto de inversión a realizar y actividad a desarrollar. \*Cualquier documentación que acredite la viabilidad del proyecto.

La efectividad de la resolución estará condicionada a la presentación por la persona trabajadora, en el plazo de un mes, de la documentación que corresponda según la actividad que inicia y las modalidades de pago único que se conceden: •Pago a tanto alzado: \*Socios/as de cooperativas cuando se trate de incorporación a una cooperativa preexistente. ☐Acuerdo de admisión como persona socia trabajadora de la cooperativa. ☐Justificante de haber realizado las aportaciones a la cooperativa incluyendo la cuota de ingreso. ☐Documento de alta de la persona trabajadora en la Seguridad Social. ☐Certificado del previo acuerdo del Consejo Rector de la cooperativa por el que se le admitirá como persona socia trabajadora con carácter estable en caso de superación del periodo de prueba, en el supuesto de que la cooperativa prevea en sus estatutos dicho periodo. \*Socios/as de cooperativas cuando se trate de una cooperativa de nueva creación. ☐Escritura pública de constitución de la cooperativa y estatutos de la misma. ☐Documento justificativo de la inscripción en el Registro de Cooperativas. ☐Documento de alta de la persona trabajadora en la Seguridad Social.

\*Miembros de sociedades laborales o mercantiles cuando se trate de incorporación a una sociedad laboral o mercantil preexistente. ☐Acuerdo de admisión como persona socia trabajadora de la sociedad. ☐Justificante de haber desembolsado el importe correspondiente para la adquisición de acciones o participaciones. ☐Documento de alta de la persona trabajadora en la Seguridad Social. En el caso de sociedades mercantiles, justificante de la fecha de constitución de las mismas y de no haber mantenido vínculo contractual previo. \*Miembros de sociedades laborales o mercantiles cuando se trate de una sociedad laboral o mercantil de nueva creación. ☐Escritura pública de constitución de la sociedad y estatutos de la misma. ☐Documento justificativo de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y Registro de Sociedades. ☐Documento de alta del trabajador en la Seguridad Social. \*Trabajadores/as autónomos/as. ☐Documento de alta en la Seguridad Social como persona autónoma o certificado de ingreso en el Colegio Profesional correspondiente, en el caso de actividades no sujetas a cotizaciones a la Seguridad Social. ☐Justificantes de la inversión realizada.

•Subvención de cuotas: \*Boletín de cotización o justificante bancario de su ingreso, correspondiente al mes de inicio de la actividad, si figura de alta como persona autónoma en la Seguridad Social. \*Copia de la nómina del mes de inicio de la actividad, si figura de alta como persona trabajadora por cuenta ajena en la Seguridad Social.

Percibido el importe de la prestación, se debe iniciar la actividad laboral en el plazo máximo de un mes. Presentada ante el Servicio Público de Empleo Estatal la documentación acreditativa del inicio de la actividad se ha de destinar la cantidad percibida a la aportación social obligatoria, en el caso de cooperativas o sociedades laborales o mercantiles, o a la inversión necesaria para desarrollar la actividad, en el caso de personas trabajadoras autónomas<sup>30</sup>.

## REFLEXIÓN FINAL

La solicitud, el nacimiento y la conservación del derecho a la prestación contributiva por desempleo se regulan en el art. 268 LGSS. Las personas solicitantes y beneficiarias de prestaciones por desempleo deben cumplir con las obligaciones recogidas en el art. 299 LGSS.

La cuantía de la prestación contributiva por desempleo se determinará aplicando a la base reguladora el 70 por ciento durante los ciento ochenta primeros días y el 60 por ciento a partir del día ciento ochenta y uno (antes del 1 de enero de 2023 el 50%). Este incremento beneficiará a todas las personas prestacionistas, no solo a quienes se le reconozca a partir de 2023 (D.T. 9.<sup>a</sup> de la LPGE 2023).

El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) aumentará un 3,6% para establecerse en los 600 euros mensuales a partir del 1 de enero de 2023. Este valor es la referencia para el cálculo de los subsidios por desempleo y la cuantías máximas y mínimas de la prestación contributiva. La cuantía del subsidio por desempleo será igual al 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento. En el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, dicha cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas en los supuestos previstos legalmente (art. 274 de la LGSS).

---

<sup>30</sup> LUELMO MILLÁN, M.A.: “La prestación contributiva de desempleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 89, 2010, pág. 43.

LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE PRESTACIÓN POR DESEMPLEO  
Y TRABAJO AUTÓNOMO: LA NECESARIA RECONSIDERACIÓN  
DEL ARTÍCULO 282.1 LGSS<sup>1</sup>

JUAN MIGUEL DÍAZ RODRÍGUEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de La Laguna  
juanmigueldiaz@ull.es*

---

<sup>1</sup> Esta comunicación es parte del proyecto de I+D+i de Generación de Conocimiento, titulado Sostenibilidad ambiental, social y económica de la administración de justicia. Retos de la Agenda 2030. (SOST JUST 2030), con referencia PID2021-126145OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”.

## SUMARIO

1. EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE COBRO DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA DEL SUJETO PERCEPTOR. MARCO NORMATIVO. 1.1. Percepción de prestaciones por desempleo y realización de trabajos por cuenta propia: incompatibilidad absoluta (art. 282.1 LGSS). 1.2. Otras referencias normativas. *a) La prohibición afecta a trabajos por cuenta propia tanto habituales como no habituales (con independencia del número de horas y de los resultados económicos). b) La opción de la compatibilidad durante 270 días (fomento del emprendimiento).* 2. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 282.1 LGSS EN RELACIÓN CON EL TRABAJO AUTÓNOMO, O EL CONTINUO DESENCUENTRO ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA. 2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo 7/2021. 2.2. Casuística. *a) Persona incluida en ERTE que obtiene ingresos adicionales por clases de inglés b) Perceptor del subsidio por desempleo que obtiene ingresos por la venta de mangos que cultiva en su propiedad. c) Perceptor del subsidio por desempleo que obtiene ingresos por la venta de mangos que cultiva en su propiedad. d) Concejal que abandona el cargo y comienza a percibir prestaciones por desempleo, siendo titular del 50% del capital de una sociedad mercantil. e) Abogado que es despedido, pero continúa ejerciendo la profesión en el turno de oficio.* 3. LA USURPACIÓN JUDICIAL DE LA POTESTAD LEGISLATIVA, TAMBIÉN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. 4. LA INAPLAZABLE MODIFICACIÓN DEL ART. 282.1 LGSS: PROPUESTA DE CAMBIO NORMATIVO. 4.1. Mantenimiento de la incompatibilidad absoluta: necesaria ampliación normativa. 4.2. La opción de permitir algún tipo de compatibilidad (solo con trabajos por cuenta propia marginales, o por debajo de un listón económico).

## 1. EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE COBRO DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA DEL SUJETO PERCEPTOR. MARCO NORMATIVO

Todo régimen público de Seguridad Social debe contar con mecanismos de protección frente al fraude. Sin entrar ahora en consideraciones de orden ético o, incluso, antropológicas, la ciudadanía suele hacer un uso responsable de la protección que le brinda el sistema de Seguridad Social, es decir, se accede a las distintas prestaciones cuando se reúnen los requisitos legales y ello sin falsear documentos ni simular realidades. Sin embargo, existe siempre una minoría de sujetos que maniobra para engañar a la Administración y hacerse con prestaciones económicas que no debían reconocerse, pero que se consiguen mediante engaño. De la misma forma, ocurre a veces que la concesión de una prestación viene acompañada de alguna prohibición, que no es cumplida por el sujeto beneficiario, en este caso mediante ocultación.

Lo anterior no debe llevar a exigencias desmedidas, que obstaculicen el normal desarrollo de la acción protectora de la Seguridad Social. En otras palabras, el legislador no debe “luchar” contra el fraude de forma obsesiva y la prevención del fraude no puede conducir a procedimientos y requisitos que burocraticen y dificulten hasta el extremo la tramitación y, en su caso, resolución favorable de las solicitudes de prestaciones por parte de ciudadanos que actúan con respeto a la ley y que son la mayoría. Sin embargo, sin caer en estos excesos, es importante que el sistema de Seguridad Social tenga en cuenta la hipótesis del fraude y que impida, en la razonable medida de sus posibilidades y sin incurrir en un celo irracional, que algunos sujetos se hagan con prestaciones que no deberían percibir, tanto por lo inadmisibles de semejantes conductas como por el daño que representa para el erario público. En este sentido, la normativa se actualiza de forma habitual al hilo del descubrimiento de nuevos fraudes, o de nuevas tácticas para sortear las exigencias legales o aparentar que se cumplen. Desde hace décadas se han dispuesto diversas reglas con las que, en el contexto de la prestación concreta de que se trate, se pretende no garantizar la ausencia de fraude pero sí minimizarlo, unas reglas que, evidentemente, se modernizan y/o evolucionan en función

de avances jurídicos (nuevos regímenes jurídicos que llevan aparejadas medidas antifraude) y/o de la constatación de nuevas realidades, con el correspondiente reflejo en la tipificación de infracciones que, inevitablemente, se va reajustando.

Ha sido el caso, entre otros, de la nueva infracción prevista (por obra del RD-L 28/2018, de 28 de diciembre) en el artículo 22.16 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (texto refundido aprobado mediante RDL 5/2000, de 4 de agosto<sup>2</sup>, en adelante LISOS), consistente en comunicar la baja de trabajadores asalariados que, en realidad, continúan prestando servicios con la cobertura de un alta en el régimen de autónomos (tras detectar la Administración, con aviso al legislador, que los falsos autónomos comienzan a veces como asalariados para dar apariencia de legalidad, pasando luego al régimen de autónomos); así como, otro ejemplo, en la pasada pandemia por coronavirus, el impulso de los expedientes temporales de regulación de empleo exigió, en paralelo, controlar que no se incluyeran en dichos expedientes trabajadores que seguían, en realidad, prestando servicios; de la misma forma, la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo<sup>3</sup>, ha supuesto igualmente diversos cambios en el terreno del combate contra la ilegalidad.

Este delicado equilibrio entre promoción de la acción protectora y prevención del fraude es el contexto en el que se plantea el problema jurídico a continuación tratado.

### **1.1. Percepción de prestaciones por desempleo y realización de trabajos por cuenta propia: incompatibilidad absoluta (art. 282.1 LGSS)**

Uno de los fraudes “emblemáticos” es el de la persona que se erige en sujeto beneficiario de prestaciones por desempleo y, simultáneamente (de forma total o parcial), trabaja (normalmente no para el mismo empleador). En estos casos, no se trata de acciones delictivas que, por ejemplo, conduzcan a la simulación de la existencia de trabajo y de, incluso, la empresa misma, sino de comportamientos que, quizás sin dicha gravedad extrema pero revisitando una gran ilicitud, vienen propiciados por la naturalidad de las cosas y las expectativas económicas que siempre tiene la gente, que puede considerar no tan ilícito el hecho de embolsarse prestaciones por desempleo al hilo de la pérdida de la extinción de un contrato laboral y, al mismo tiempo, cobrar lo que pudiera percibir por prestar servicios allí donde haya encontrado nueva ocupación. Evidentemente, que en lugar de una verdadera maquinación delictiva exista una ocultación del nuevo trabajo encontrado, implica la no activación del poder punitivo del Estado pero, desde luego, conlleva la adopción de medidas correctoras contra la persona que así se comporta, aunque su

---

<sup>2</sup> B.O.E. núm. 189, de 8 de agosto.

<sup>3</sup> B.O.E. núm. 51, de 1 de marzo.

conducta no sea maliciosa hasta lo intolerable (la inercia social, en ocasiones, o las “experiencias compartidas”, no ayuda a desterrar estas ilicitudes).

Efectivamente, el artículo 282 de la Ley General de Seguridad Social (texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en adelante LGSS<sup>4</sup>) contiene una regla de incompatibilidad absoluta entre las prestaciones por desempleo y el trabajo por cuenta propia. Mientras que sí se acepta que el perceptor de prestaciones realice trabajos por cuenta ajena, con el correspondiente reajuste de las prestaciones, en el caso del trabajo por cuenta propia no deja la norma resquicio de ningún tipo para que dicho trabajo pueda ser efectuado. El tenor literal de la norma es el siguiente (apartado 1, primer párrafo):

“La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”.

Como puede observarse, la interpretación del precepto (que figuraba de forma similar en la antigua Ley 31/1984<sup>5</sup>) es incontrovertida respecto del trabajo por cuenta propia. En el caso de la realización de trabajo por cuenta ajena, puede haber algunas dificultades en algunos sectores productivos y/o ramas de actividad a la hora de determinar qué deba entenderse por tiempo parcial, pero la hipótesis de que el perceptor de prestaciones por desempleo (se aludirá siempre en las páginas siguientes a las “prestaciones por desempleo” como expresión genérica que incluye también los subsidios por desempleo) lleve a cabo algún tipo de trabajo por cuenta propia queda absolutamente vedada. La ley remarca que el perceptor de prestaciones por desempleo no puede realizar trabajos por cuenta propia “aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”, lo cual conecta sobre todo con la habitualidad como nota característica del trabajo autónomo (según el artículo 1.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo, aprobado mediante Ley 20/2007, de 11 de julio<sup>6</sup>, en adelante LETA) y, en todo caso, obedece a la preocupación por el fraude apuntada al inicio<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> B.O.E. núm. 261, de 31 de octubre.

<sup>5</sup> En efecto, el artículo decimoctavo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (B.O.E. núm. 186, de 4 de agosto), ofrecía en su apartado primero un precepto de similar tenor literal al que, en la actualidad, presenta el artículo 282.1 LGSS (esa primera versión del artículo no precisaba todavía que regía la citada incompatibilidad incluso si el trabajo no comporta inclusión obligatoria en algún régimen de Seguridad Social).

<sup>6</sup> B.O.E. núm. 166, de 12 de julio

<sup>7</sup> Daniel PÉREZ DEL PRADO, *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Edit. Tirant lo Blanch (Colección Laboral, núm. 212), Valencia, 2015, pp. 49-50, en un trabajo soberbio sobre esta materia, señala: “No es que el legislador establezca simplemente la incompatibilidad con el trabajo autónomo, sino que casi parece entreverse el deseo de evitar su compatibilidad con cualquier tipo de actividad, sin duda movido por la preocupación de que puedan producirse supuestos de fraude en los que la protección por desempleo se compatibilice con

El resto del artículo 282 LGSS no es ahora de relevancia (salvo su apartado 4, del que proviene una excepción a la que se aludirá a continuación). El segundo párrafo del apartado 1 presenta de forma adecuada una puntualización para los casos en que se simultanee el cobro de las prestaciones con la realización de trabajos por cuenta ajena (se deducirá de aquellas lo cobrado por estos, tanto si el desempleo proviene de la pérdida de un solo contrato, a tiempo completo o parcial, como si el sujeto tenía dos contratos a tiempo parcial y ve extinguido uno de ellos). El apartado 2 aborda la compatibilidad o incompatibilidad con otras prestaciones y ayudas, mientras que los apartados 3 y 4 se ocupan de la posibilidad de que hubiera programas de fomento del empleo destinados a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo que hubieran contemplado la compatibilidad de las prestaciones por desempleo con, respectivamente, el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia (lo cual conecta con la excepción anunciada, que será enseguida comentada).

## 1.2. Otras referencias normativas

Esta severa prohibición plasmada en el artículo 282.1 LGSS debe ser complementada con tres referencias adicionales:

- a) *La prohibición afecta a trabajos por cuenta propia tanto habituales como no habituales (con independencia del número de horas y de los resultados económicos)*

El trabajo autónomo tiene varias características delimitadoras, pero una de ellas, la habitualidad, es la que conecta de lleno con lo que podría implicar el alta o no en alguno de los regímenes de Seguridad Social (como acaba de recordarse, la norma afirma la incompatibilidad con todo trabajo por cuenta propia, suponga o no la inclusión en alguno de tales regímenes, es decir, tanto si el trabajo en cuestión es habitual como si no). En realidad, al margen de los vericuetos que son inherentes al señalamiento de la habitualidad como nota característica<sup>8</sup>, ya el artículo 282.1 LGSS desmonta la posible interpretación consistente en que un trabajo por cuenta propia no habitual no es en realidad trabajo por cuenta propia y, entonces, es compatible con las prestaciones por desempleo pero, por si existiera alguna duda, otra norma, en este caso regla-

---

la percepción de ingresos derivados de trabajos distintos a los de por cuenta ajena, aun cuando no reúnan los requisitos para ser considerados trabajo por cuenta propia. Sólo así puede entenderse la referencia a la no inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”.

<sup>8</sup> Una síntesis valiosa al respecto puede verse en Carlos L. ALFONSO MELLADO y Gemma FABREGAT MONFORT, en AA.VV. (Carlos L. ALFONSO MELLADO, dir.), *El trabajador y empresario autónomo*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 20., señalando los autores que la habitualidad conecta de forma estrecha con la profesionalidad y, en definitiva, con la existencia de ingresos económicos no marginales.



mentaria, incluida en el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (en adelante, RPD) no deja el más mínimo resquicio para admitir la compatibilidad entre la protección por desempleo y la realización de algunos tipos de trabajos que, por no habituales, pudieran no ser calificados de autónomos para que no rija, entonces, la prohibición<sup>9</sup>.

En efecto, el artículo 15.1.b.2º RPD (el artículo 15.1.a enumera las compatibilidades y el 15.1.b las incompatibilidades) advierte con una claridad insuperable: “La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles: (...) 2º) Con el trabajo por cuenta propia, con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de Seguridad Social”. Evidentemente, el artículo 15.1.a no ha incluido entre las compatibilidades ningún supuesto de compaginación entre percibo de prestaciones o subsidios y trabajos por cuenta propia (sí se refiere a los trabajos por cuenta ajena a tiempo parcial). Este artículo 15 RPD es el resultado de la importante reforma llevada a cabo en 2006 y, en lo ahora tratado, es definitivo<sup>10</sup>.

#### *b) La opción de la compatibilidad durante 270 días (fomento del emprendimiento)*

Todo lo anterior debe ser combinado con la siguiente regla especial de compatibilidad durante 270 días entre prestación (solo la prestación, excluyendo por tanto el subsidio) por desempleo total y definitivo e inicio de una actividad por cuenta propia, siempre que se comunique a la entidad gestora en los primeros 15 días tras el inicio de la actividad. Se trata de una excepción a la regla general de la prohibición que, en primer lugar, había introducido el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero<sup>11</sup>, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, para los menores de 30 años (art. 3 del citado RD-L). Con posterioridad, la Ley 31/2015, de 9 de septiembre<sup>12</sup>, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, incorporó al Estatuto del Trabajo

<sup>9</sup> Ídem, p. 52.

<sup>10</sup> Se trata de, en efecto, el Real Decreto 200/2006, de 17 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 685/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo. José Francisco BLASCO LAHOZ y Juan LÓPEZ GANDÍA, *Curso de Seguridad Social*, 14ª ed., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 566, se hacen eco de este dato histórico jurídico importante para comprender la evolución normativa que, en esta materia, estuvo orientada hacia la disipación de las dudas que pudieran existir. Literalmente, afirman los autores: “El art. 15.1.b del RPD tras el RD 200/2006 ha ampliado la incompatibilidad al dar un concepto amplio al de trabajo por cuenta propia”.

<sup>11</sup> B.O.E. núm. 47, de 23 de febrero

<sup>12</sup> B.O.E. núm. 217, de 10 de septiembre

Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio<sup>13</sup>, en adelante LETA) un Título V sobre “fomento y promoción del trabajo autónomo” (el artículo primero.Ocho de la Ley 31/2015 llevó a cabo tal adición), en el que se incluía un artículo 33 LETA que venía a extender la citada medida a todas las personas sin límite de edad (que reunieran los requisitos en cuanto al tipo de desempleo, carácter contributivo de la prestación y notificación a la entidad gestora en el plazo de 15 días, si bien se eliminaba la exigencia de que se tratara de trabajadores por cuenta propia sin personal a su cargo, como sí estaba previsto en el mencionado RD-L 4/2013).

Nótese que estas personas, durante esos 270 días de coexistencia de la prestación contributiva y el nuevo trabajo autónomo, quedan exoneradas de las obligaciones como demandante de empleo y derivadas del compromiso de actividad, aspectos ambos que son inicial condición para el percibo de prestaciones por desempleo. Además, enlazando con lo que se expone enseguida, si hubiera suspensión de la prestación habrá que computar el periodo de 60 meses desde el inicio del alta.

*c) El mecanismo de la suspensión de la prestación, solo para los trabajos por cuenta propia habituales*

Por último, conviene reparar en la siguiente combinación de situaciones que pueden darse al hilo de la previsión de causas de suspensión y de extinción de las prestaciones y subsidios por desempleo (vista, como se verá más adelante, la equivocada conexión entablada en la jurisprudencia entre dichas causas y la incompatibilidad que aquí es objeto de estudio). Recuérdese que los artículos 271 y 272 LGSS prevén causas de, respectivamente, suspensión y extinción de las prestaciones por desempleo, de forma que se suspende la prestación “mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración inferior a sesenta meses en el supuesto de trabajadores por cuenta propia que causen alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar” (art. 271.1.d, que contempla la misma norma para los casos de realización de trabajo por cuenta ajena pero siempre que no alcancen los doce meses de duración).

Pues bien, esto conduce a varias posibilidades respecto de la suspensión de prestaciones y subsidios y posible compatibilidad con el trabajo por cuenta propia, lo que es, en realidad, mera consecuencia de la noción legal de trabajo autónomo. Si en la actividad por cuenta propia a realizar por el perceptor de prestaciones existe habitualidad (y será por ello por lo que deberá haber alta en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda), el sujeto tendrá que suspender el cobro de la prestación, lo cual es imperativo (distinto es que quiera solicitar o no los 270 días de compatibilidad pero, recuérdese,

---

<sup>13</sup> B.O.E. núm. 166, de 12 de julio

no siendo posible disfrutarla para luego, transcurridos esos 270 días, iniciar la suspensión contando los 60 meses desde ese momento, puesto que si esto acontece se entenderá que la suspensión se inició desde el momento en que empezaron los 270 días de compatibilidad).

Si, por el contrario, la actividad por cuenta propia no reviste la habitualidad necesaria para considerarla legalmente como encajable en el concepto legal de trabajo autónomo (otra cosa es como se mida dicha habitualidad), no solo es que no se pueda suspender el cobro de la prestación por desempleo que se viniera percibiendo (lo cual obedece a la lógica de que no se pueden estar intercalando continuamente momentos de suspensión y de reanudación de las prestaciones) sino que no se podrá realizar dicha actividad, porque lo prohíbe tajantemente el artículo 282. 1 LGSS. El sistema podrá ser más o menos razonable, pero es el explicitado en la normativa vigente, que solo ofrece dudas respecto de lo que deba considerarse habitual o no. Probablemente deba entenderse que lo habitual es (en coherencia con la suspensión aludida) lo iniciado con pretensión de permanencia, mientras que lo no habitual es lo esporádico, según cuál sea la naturaleza de la actividad y la, en su caso, inherente continuidad económica). No se olvide que el trabajo por cuenta propia puede regirse o no por parámetros de continuidad similar a la laboral asalariada y que, en suma, es la persona la que deberá ponderar qué actividad va a iniciar y si generará los emolumentos suficientes.

*d) Infracción y sanción en caso de simultanear prestación por desempleo y trabajo por cuenta propia*

Por lo demás, solo resta señalar que, cuando el sujeto perceptor de prestaciones por desempleo no respeta la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de trabajo por cuenta propia (con independencia del número de horas que pudiera dedicarle y de los rendimientos económicos que obtuviera, tanto relevantes como ridículos, lo cual es subrayado por la ley como acaba de indicarse), habrá que acudir a los artículos 25 y 26 LISOS para determinar la infracción cometida, que llevará asociada la sanción que corresponda según lo previsto en el artículo 47 de la misma ley, lo cual no es ahora aquí expuesto con detalle por razones de espacio, siendo suficiente tener en cuenta que el sujeto beneficiario se expone a ver extinguida la prestación y reintegrar lo indebidamente percibido.

## 2. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 282.1 LGSS EN RELACIÓN CON EL TRABAJO AUTÓNOMO, O EL CONTINUO DESENCUENTRO ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

El artículo 282.1 responde al modelo de norma jurídica clásica en la que la materialización de un supuesto de hecho lleva asociada una consecuencia jurídica. Centrando ahora la atención en la parte de la norma que es objeto de

análisis en estas páginas, existe un supuesto de hecho (la percepción de prestaciones y subsidios por desempleo) que conduce a una consecuencia jurídica (prohibición de realizar trabajos por cuenta propia).

Cuando el tenor literal de una norma es claro, ya se sabe, no hay margen para la utilización de criterios interpretativos que pudieran perfeccionar y/o complementar lo que la simple lectura deja sentado. En este caso, el artículo 282.1, antes transcrito, deja precisamente cerrada la puerta a posibles modulaciones de la citada prohibición, ya que puntualiza de forma contundente que el sujeto receptor de prestaciones por desempleo no puede realizar ningún tipo de trabajo por cuenta propia, incluso si lo hace de forma simbólica en términos de tiempo dedicado y/o de contrapartida económica recibida. Efectivamente, el precepto señala que opera la indicada prohibición “aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”. Como acaba de comentarse, el origen de esta puntualización puede guardar relación con aspectos no explicitados en la norma, pero si los términos con los que ha sido explicitada son diáfanos (coincidan o no con lo que pudo haber sido la verdadera voluntad del legislador), no deben ser tenidos en cuenta esos aspectos en la interpretación de la norma<sup>14</sup> que, además, cuenta con el complemento definitivo del antes mentado artículo 15.1.b.2º RPD. Igualmente, recuérdese que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas” (artículo 3.2 del Código Civil) pero, huelga decirlo, interpretadas ellas conforme a los criterios legales (artículo 3.1 del mismo Código), pudiendo parecer que el Tribunal Supremo tiene presente lo primero pero no lo segundo, como se verá en la sentencia de 2021 a continuación analizada.

Sin embargo, en la práctica, allí donde la entidad gestora de las prestaciones por desempleo ha aplicado la ley en los términos que acaban de ser expuestos y que no dejan margen de ningún tipo para alternativas o modulaciones aplicativas, se han producido desde hace años revisiones judiciales asombrosas, por más que la norma en cuestión no habría servido jamás de base para presagiar tales revisiones. Se expondrá a continuación un breve comentario de la última sentencia del Tribunal Supremo en esta materia, complementado luego con una exposición rápida de casos reales todos recientes.

## 2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo 7/2021

Debe destacarse ya de entrada la circunstancia de que, en esta ocasión, el Tribunal Supremo revocó las dos sentencias anteriores (Juzgado de lo Social y Tribunal Superior de Justicia), en las que se había apostado por la línea interpretativa y aplicativa que acaba de ser expuesta.

Los hechos son particularmente llamativos, sobre todo en relación con el montante económico de lo percibido por la parte actora y porque, por otra

---

<sup>14</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en VV.AA. (DE PABLO CONTRERAS, P., coord.), *Curso de Derecho Civil (I). Vol. I. Derecho Privado y Derechos Subjetivos*, 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2018, p. 133.

parte, ponen muy bien de manifiesto las dos situaciones planteadas en las líneas anteriores y cómo deben ser resueltas (y así lo fueron por la Administración y, luego, por los órganos judiciales, hasta que el Tribunal Supremo ha dictado esta sentencia). Por orden cronológico, los hechos son los siguientes (reordenando los descritos en los antecedentes de hecho y omitiendo algún que otro vericuetto procesal que ahora no es relevante):

- Sujeto beneficiario de prestaciones por desempleo: el demandante inicia el 7 de diciembre de 2012 la percepción de prestaciones contributivas por desempleo reconocidas hasta casi 2 años (720 días, hasta finales de noviembre de 2014).
- Trabajo como agente de seguros: entre el 3 de mayo de 2013 y el 29 de enero de 2014, trabaja como agente de seguros, con unos rendimientos brutos de 1.865,38 euros obtenidos en esos aproximadamente ocho meses.
- Posible alta de oficio: la Inspección de Trabajo extiende el 26 marzo 2014 acta de infracción, proponiendo sanción e, importante, solicitando alta de oficio en el RETA. La propuesta de resolución se emite el 8 de julio y la resolución sancionadora es dictada el 4 de septiembre de 2014.
- Anulación del alta de oficio: la Dirección Provincial de la TGSS, en la resolución del recurso de alzada (24 de noviembre de 2014), anuló lo anterior. Se entendió que, como afirmaba el recurrente, no había habitualidad en el trabajo autónomo y, además, el importe percibido era bajo.
- Extinción de prestaciones y reintegro de lo cobrado: en paralelo (pero consecuencia del alta de oficio, a la postre anulada), el 29 de mayo de 2014 se emite comunicación sobre extinción de las prestaciones contributivas que se venían cobrando desde el 7 diciembre de 2012, exigiendo el reintegro de lo indebidamente percibido, en concreto 6.634,41 euros.
- Los tribunales dan la razón al SPEE: el actor recurrió judicialmente, pero la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva el 14 de junio de 2016 desestimó la demanda. Igualmente, el recurso de suplicación 573/2017 fue desestimado por la Sala de lo Social en Sevilla del TSJ Andalucía, en su sentencia 469/2018, de 8 de febrero.
- Recurso de casación para la unificación de doctrina: finalmente, se acude al Tribunal Supremo recurriendo en casación para la unificación de doctrina (recurso 2863/2018) la anterior sentencia, señalándose como sentencia de contraste la del TSJ Castilla y León, Sala de lo Social en Valladolid, 14 octubre 2015 (recurso de suplicación 1369/2015).

Como puede intuirse, el recurrente argumenta que la propia TGSS anuló el alta de oficio por falta de habitualidad y carácter exiguo de los rendimientos obtenidos, con lo que no ha incurrido en incompatibilidad con el percibo de prestaciones por desempleo. Sin embargo, el TSJ ya le advierte en

su sentencia que es ilegal “haber omitido la comunicación de una situación de absoluta incompatibilidad con el mantenimiento de la prestación, como ya hemos visto que es el trabajo por cuenta propia, sin que pueda ser otra la consecuencia”, lo cual (que la consecuencia no sea la del reintegro de lo indebidamente percibido) “sí sería procedente si el actor hubiera comunicado el inicio de tal actividad, lo que ya hemos visto que no hizo” (en este último extremo incurre el Tribunal en una inexactitud: al no ser habitual no habría podido solicitar la suspensión de la prestación).

Dejando de lado la discusión sobre existencia o no de contradicción con la sentencia de contraste (f.j. 2º), el Tribunal Supremo (se trata de la sentencia 7/2021, de 13 de enero, dictada por su Sala de lo Social) entra en el fondo del asunto (f.j.3º) y, primero, ofrece una selección de sentencias anteriores de las que se transcriben algunos fragmentos, entre ellos la mención de que el art. 221.1 LGSS (el actual 282.1) “presupone una apariencia de profesionalidad”, lo cual no se sabe muy bien de dónde lo deduce el Tribunal (desde luego, no del rotundo tenor literal de la norma), para terminar estimando el recurso, con revocación de las dos sentencias anteriores (que, con muy buena argumentación, se habían apartado del equivocado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, lo cual permite recordar que los órganos judiciales no tienen la obligación jurídica de seguir los criterios del citado Tribunal), afirmándose algunas cosas preocupantes (f.j.3º.3):

1ª) Considera justificado que el recurrente no comunicara al SPEE el inicio de una actividad por cuenta propia dado que de ella se siguió “la obtención de rendimientos económicos absolutamente insignificante”... ¿”Absolutamente” insignificantes, los 1,685,38 euros con los que, en algo más de seis meses, el sujeto beneficiario de prestaciones contributivas las “complementó” con ese dinero? Aparte ¿Cómo se mide la insignificancia.

2ª) Por lo anterior, no se ha quebrantado la regla de incompatibilidad fijada en la ley, en concreto en lo que es el actual artículo 282.1 LGSS. Esta aseveración que hace el Tribunal choca con, primero, el contundente tenor literal de la norma, antes ya comentado, que explícitamente enfatiza que rige la citada incompatibilidad incluso si la actividad por cuenta propia no implica el alta en ningún régimen de Seguridad Social. Pero, además, sorprende que ni se mencione el antes citado artículo 15.1.b.2º RPD, que remarca la existencia de incompatibilidad “con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos” ¿No se considera el Tribunal Supremo vinculado por una norma reglamentaria? Es inaceptable una sentencia como esta, que exige alguna reflexión posterior en estas páginas.

Téngase en cuenta que, en contra de lo que pudiera parecer en un primer momento, no existe contradicción en la crítica aquí realizada a esta sentencia. No es que se acepte no dar de alta para una cosa pero que entonces penalice ello para otra. Por las características del trabajo (no habitual) no había razón para dar de alta, pero distinto es que, al tratarse de un sujeto perceptor de

prestaciones por desempleo, no puede acogerse a la suspensión de estas (lo cual, es obvio, no le compensará económicamente), no pudiendo realizar el trabajo en cuestión ya que lo prohíbe la ley.

## **2.2. Casuística**

Cuando la interpretación y aplicación del artículo 282.1 LGSS, a pesar de la univocidad de este, es del tipo mantenido por el Tribunal Supremo, se alimenta la litigiosidad en la materia, animando a combatir, con altas expectativas de éxito, lo resuelto por la entidad gestora de la Seguridad Social. Como acaba de exponerse, por fortuna no siempre los órganos judiciales se limitan a dictar sentencias conforme al criterio del Tribunal Supremo (quizás suelen limitarse a ello por dudas, o porque el Tribunal Supremo es una alta referencia, o por comodidad) y, con una loable combinación de independencia y saber técnico, aplican la ley, como fue el caso de la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo. En cualquier caso, esto ha desembocado desde hace años en pleitos de los que se presenta a continuación una muestra ejemplificativa.

### *a) Persona incluida en ERTE que obtiene ingresos adicionales por clases de inglés*

Al hilo del estado de alarma declarado en 2020 con ocasión de la pandemia por coronavirus, una persona es incluida en un expediente temporal de regulación de desempleo desde el 16 de marzo del citado año, pasando a cobrar prestaciones por desempleo. Sin embargo, continúa de alta en el RETA por impartir clases de inglés, cosa que sigue haciendo y por la que, de hecho, ingresa casi 160 euros brutos en el mes de marzo. El SPEE detecta esta circunstancia y, por vulneración de la norma sobre incompatibilidad, actúa en consecuencia. Sin embargo, primero el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos y luego la Sala de lo Social en Burgos del TSJ Castilla y León (en sentencia 457/2022, recurso de suplicación 372/2022) consideraron que eran unos ingresos “simbólicos” (las comillas son del autor) y que no podía exigirse a esta persona que reintegrara lo indebidamente percibido. Queda la duda de si fueron clases impartidas antes del 16 de marzo o después (no se especifica en la sentencia), pero si tuvieron lugar después de la citada fecha es indudable que se trata de algo que contraviene el artículo 282.1 LGSS y respecto de lo que, importante, no puede entrarse a valorar si hubo buena o mala fe, o despiste de la trabajadora, ya que el referido reintegro no tiene carácter sancionador (como sí lo tiene la extinción de la prestación prevista en el art. 47 LISOS) y, en cambio, es mera consecuencia de la contravención del artículo 282.1 LGSS. Por lo demás, quizás invita esta sentencia a subrayar la importancia de que el sujeto receptor de prestaciones y subsidios por desempleo sea informado de forma real y efectiva acerca de la prohibición de ingresar cualquier tipo de dinero por la realización de trabajos por cuenta propia.

*b) Perceptor del subsidio por desempleo que obtiene ingresos por la venta de mangos que cultiva en su propiedad*

Se trata de una persona que tenía reconocido el subsidio por desempleo para mayores de 55 años, desde el 1 de mayo de 2015 hasta al 19 de mayo de 2022 y, a pesar de que la entidad gestora le avisa en un momento dado que ha detectado en el ámbito fiscal rentas agropecuarias en 2013 que serían incompatibles con el cobro del subsidio, se detectan en 2016 y 2017 ingresos por las mismas actividades, en concreto más de 600 euros en 2016 y más de 1.100 euros en 2017. El supuesto es de flagrante incompatibilidad con la percepción del subsidio y, en consecuencia, el sujeto fue requerido para que reintegrara lo indebidamente recibido, quedando extinguido el subsidio. Sin embargo, la Sala de lo Social del TSJ Canarias, en sentencia 676/2021, de 10 de noviembre (recurso de suplicación 304/2021), confirmó la revocación de las resoluciones administrativas que ya el Juzgado de lo Social nº 8 de Santa Cruz de Tenerife había dictaminado. Se hace referencia al carácter marginal de la actividad, cuando resulta que, conforme a lo antes expuesto, no debía ello tener relevancia para que opere o no la regla de incompatibilidad absoluta (otra cosa es para que tener acceso a la suspensión del subsidio con reanudación posterior). No se encuentran en la sentencia criterios mínimamente objetivos que hayan conducido a semejante ponderación (no ponderación, más bien) judicial, sino referencias jurisprudenciales erráticas que culminan, por cierto, con una aseveración (f.j.9º) francamente surrealista.

“Los ingresos brutos procedentes de la venta de excedentes de mangos (que es de lo que manera aproximada se puede deducir el volumen de fruto producido, teniendo en cuenta las importantes fluctuaciones estacionales en su precio dentro de Canarias) ciertamente parecen considerables y sugieren un número importante de árboles capaces de producir varias toneladas anuales, más que uno o dos pies aislados en un pequeño huerto familiar destinado principalmente al autoconsumo. Pero se trata, en cualquier caso, de rendimientos brutos totalmente equiparables a los que se recogen en la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2015 y respecto de las cuales el Alto Tribunal consideró que si bien excedían “sensiblemente de las exigencias de un grupo familiar estricto”, tampoco podían calificarse, con cierta propiedad, de verdadero rendimiento económico de una actividad explotada de manera profesional”.

Habría que preguntarle al Tribunal cómo es posible que unos ingresos que “ciertamente parecen considerables” hayan sido declarados compatibles con la percepción del subsidio por desempleo y, aparte, por qué no se ocupa de aplicar la ley, en lugar de discernir si la línea jurisprudencial aplicable es una u otra (2015 o 2017), cuando no se sabe a ciencia cierta con arreglo a qué elementos objetivos (o subjetivos pero dentro de una discrecionalidad explicada y, pro tanto, no arbitrarios) puede distinguirse una y otra.



*c) Concejal que abandona el cargo y comienza a percibir prestaciones por desempleo, siendo titular del 50% del capital de una sociedad mercantil*

En este caso, el demandante (que vio inicialmente estimada su demanda) es una persona que había dejado de ser concejal y, en consecuencia, había solicitado y obtenido el reconocimiento de prestaciones por desempleo, dándose la circunstancia de que era propietario del 50% del capital de una sociedad mercantil. El TSJ Valencia, Sala de lo Social, estimó el recurso de duplicación 1062/2021 interpuesto por el SPEE, al considerar que la situación descrita comporta una alta obligatoriedad en el RETA (art. 305.2.b LGSS) y, por tanto, rige la incompatibilidad total con las prestaciones por desempleo, que debió reintegrar (sentencia 1524/2021, de 11 de mayo).

*d) Abogado que es despedido, pero continúa ejerciendo la profesión en el turno de oficio*

En este cuarto y último ejemplo, puede verse un supuesto de evidente quebrantamiento de la prohibición fijada por el art. 282.1 LGSS, que el Juzgado de lo Social nº 7 de Barcelona confirmó al estimar la demanda presentada por el SPEE en reclamación de reintegro de prestaciones (más de 22.000 euros), pero que no es apreciada por el TSJ Cataluña (recurso de duplicación, sentencia), que anula la sentencia del Juzgado al valorar que, por una parte, no está concretado si hubo algún beneficio (no se habrá leído el art. 15.1.b.2º RPD) y, por otra parte, entiende que si hubo algún rendimiento debe haber sido eminentemente bajo, como suele ocurrir con el turno de oficio.

### 3. LA USURPACIÓN JUDICIAL DE LA POTESTAD LEGISLATIVA, TAMBIÉN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los ejemplos expuestos en el epígrafe anterior son reveladores de un absurdo: la ciudadanía acude por sistema a la jurisdicción ordinaria para impedir, con éxito, que se aplique la ley. Mientras que la entidad gestora de la Seguridad Social aplica la norma de referencia tal y como ha sido dispuesta por el legislador, es decir, una norma que no ofrece margen de ningún tipo para evitar la consecuencia jurídica en ella prevista y que, entonces, debe producirse de forma inexorable, los jueces han creado una parte adicional de la norma a pesar de que no ostentan la potestad legislativa y, así, la han dotado de una “excepción” de origen no parlamentario sino judicial. No se trata de que la entidad gestora sea rígida y la jurisdicción ordinaria flexible, sino de que la norma en cuestión es rígida, no contiene elementos cuya interpretación pudiera mediatizar su aplicación y, por tanto, esta solo puede ser la que de forma unívoca se deriva del tenor literal normativo. El aludido absurdo es mayor, si cabe, por lo que acaba de comentarse: ni siquiera es que los órganos judiciales hayan optado por una determinada línea hermenéutica allí donde había algún aspecto interpretable,

sino que se han erigido en legisladores y han alterado la aplicación de la norma. En suma, se ha venido dando una usurpación judicial de la potestad legislativa, que viene preocupando a eminentes juristas y que se está dando en diversas ramas del Derecho, también en el Derecho de la Seguridad Social.

Aunque estas páginas no son aptas para desarrollos argumentativos extensos sobre cuestiones cruciales del Derecho, es necesario señalar con brevedad que no se está planteando una aplicación mecánica del Derecho que, como se sabe, en muchas materias no es viable y, entonces, no se está aquí desconociendo que, de forma habitual (pero no siempre), es necesario que las normas sean interpretadas y aplicadas por jueces que se enfrentan a realidades que desbordan la generalidad y la abstracción propias de toda norma jurídica, existiendo normalmente (pero no siempre) un margen para la discrecionalidad judicial. Lo que se está aquí sosteniendo es que la ponderación judicial no tiene siempre cabida y que hay normas que casi la “exigen” pero hay otras normas que, por la propia naturaleza de lo regulado y/o por la técnica legislativa utilizada, no dependen de ningún tipo de ponderación.

Por citar algún ejemplo paradigmático no laboral, ahí están los circunloquios que ha venido protagonizando el Tribunal Supremo en torno a la regla de la prueba ilícita, llevando a cabo unas modulaciones lingüísticas que la norma no auspicia, pero que ahí quedan. En el ámbito laboral, el mejor ejemplo está constituido en la actualidad por lo relativo a la interpretación de la Carta Social Europea, que ya ha conducido de forma asombrosa a una inaplicación de la ley española que implica (dicha inaplicación) el desconocimiento de la propia Carta Social Europea, tanto de su contenido como de su compleja estructura<sup>15</sup>. Y en el Derecho de la Seguridad Social, como no podía ser de otra manera, también se han venido dictando resoluciones judiciales inadmisibles, en algunos foros aplaudidas, hasta que el mismo Tribunal ha rectificado, quedando entonces mermada su credibilidad y/o recibiendo “acusaciones” de rigidez y/o de falta de adaptación a los tiempos, cuando lo único que ha hecho el Tribunal es retornar a la ley, de la que nunca debió haber salido: es lo acontecido en torno a la pensión de viudedad denegada por falta de inscripción de la pareja de hecho, habiendo concedido la pensión la Sala Tercera del Tribunal Supremo en un supuesto igual al que, un año más tarde, condujo al Tribunal a no concederla reparando entonces en que la ley así lo imponía (pero, el colmo, sin desacreditar la sentencia anterior)<sup>16</sup>.

La justicia del caso concreto no puede, jamás, pasar por encima de las normas cuya interpretación y aplicación sea unidireccional. Esa es nuestra

---

<sup>15</sup> Se trata de la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 469/2023, de 30 de enero de 2023, (recurso de suplicación 6219/2022), que concedió una indemnización por despido superior a la legalmente tasada, invocando la Carta Social Europea a la que otorga una eficacia directa de la que carece.

<sup>16</sup> Todo acontecido en torno a la pensión de viudedad en el régimen de Clases Pasivas del Estado, con las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de abril de 2021 y de 24 de marzo de 2022, concediendo y denegando, respectivamente, una pensión de viudedad en dos casos casi idénticos.

cultura jurídica y a ella responden las normas reguladoras del funcionamiento del sistema jurídico, una cultura que se apoya sobre la seguridad jurídica y que no es compatible con esa justicia del caso concreto que supondrá, inevitable, la injusticia de otro caso concreto, allí donde los órganos judiciales se aparten de la ley y hagan depender todo de su particular criterio. Antaño sí tenía claras el Tribunal Supremo las premisas que presiden el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, por ejemplo, manteniendo la incompatibilidad, remarcaba (en casos como los aquí expuestos) la sentencia dictada por su Sala de lo Social el 29 de enero de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1614/2002): “la vinculación al principio de legalidad no permite aceptar otra solución que la expresamente querida por el legislador”.

#### 4. LA INAPLAZABLE MODIFICACIÓN DEL ART. 282.1 LGSS: PROPUESTA DE CAMBIO NORMATIVO

Al margen ahora de cómo deba evolucionar el Derecho (en el ámbito del Civil Law) para garantizar que los jueces ejercitan la potestad jurisdiccional y no la legislativa, la situación que ha sido hasta aquí descrita debe ser evitada por quien tiene los medios para hacerlo, salvo desafío judicial que pudiera llevar las cosas al terreno del Derecho Penal. El legislador debe observar lo que ocurre con la interpretación y aplicación de las normas por él creadas y, en casos como el aquí tratado, elegir entre una de las siguientes dos opciones iniciales (la segunda con dos variantes), previo el pertinente análisis sociológico normativo para definir la política del Derecho que deba traducirse en una u otra opción: mantener la regla de la prohibición absoluta entre percibir prestaciones por desempleo y realizar trabajos por cuenta propia, o incorporar una excepción en función de la irrelevancia económica de lo percibido por esos trabajos (o aceptar cierta relevancia pero hasta un determinado nivel).

##### **4.1. Mantenimiento de la incompatibilidad absoluta: necesaria ampliación normativa**

En la prohibición absoluta de realización de trabajos por cuenta propia subyace (se comentó al inicio) la desconfianza que suele tenerse respecto de los trabajadores autónomos, ya que no operan bajo control empresarial y pueden falsear sus datos según les convenga. En caso de que se reconsiderare dicha desconfianza, a la vista de la optimización que lo digital implica para la eficiencia de la actividad administrativa fiscalizadora, unido a la mayor coordinación (también debido a lo que la informática posibilita) que viene existiendo entre diversos organismos públicos (Inspección de Trabajo, Hacienda, entidades gestoras de la Seguridad Social, entre otros), debería abandonarse el carácter absoluto de la incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajos por cuenta propia. No cabe duda que, si se compara

con la vía abierta en la ley a que el sujeto beneficiario sí pueda trabajar por cuenta ajena, el agravio comparativo está servido y, por otra parte, la misma ley ha ido depositando poco a poco confianza en los trabajadores autónomos y, así, están asistidos en la actualidad incluso por una prestación por cese de actividad<sup>17</sup>. En cualquier caso, si el legislador se inclina por conservar la prohibición absoluta (entendiendo que deben evitarse sentencias como las antes comentadas), tendrá que modificar el artículo 282.1 LGSS para introducir aclaraciones que refuercen lo que ya dice la norma, pero orientadas hacia el específico desmantelamiento del criterio judicial de la marginalidad. Así, por ejemplo, añadiendo al actual primer párrafo del citado art. 282.1:

“La incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia operará con independencia de su mayor o menor habitualidad y del importe de la contraprestación económica recibida”.

Además, de efectuarse esta modificación (ampliación) legislativa, sería conveniente que el artículo 282.1 LGSS acogiera o hiciera mención a la posibilidad de compatibilidad durante 270 días prevista en el artículo 33 LETA.

#### **4.2. La opción de permitir algún tipo de compatibilidad (solo con trabajos por cuenta propia marginales, o por debajo de un listón económico)**

Si, en cambio, el legislador reconsidera su posición actual, tendría dos opciones, según se quiera asumir el criterio jurisprudencial tal cual o, en realidad, ir más allá y replantear la norma actual no sólo para acomodarla a lo que hasta ahora habría sido un exceso judicial sino introduciendo un nuevo parámetro. En ambos casos, deberían fijarse valores objetivos que reduzcan el margen de apreciación judicial.

La primera posibilidad consiste en acoger la “regla judicial” de la existencia de compatibilidad cuando exista una “irrelevancia económica” de los ingresos obtenidos mediante la realización de trabajos por cuenta propia; o, en otras palabras, permitir que el sujeto beneficiario de prestaciones por desempleo realice por cuenta propia los conocidos como “trabajos marginales”

---

<sup>17</sup> Lo que, como señala Daniel PÉREZ DEL PRADO, *La compatibilidad...* ob. cit., p. 50, es muestra de cierta apertura, aunque siga predominando, según el autor, el control del fraude pero, como él mismo reflexiona, “la evolución y desarrollo actual de la regulación relativa al empleo autónomo, quizá debiera invitar a su reconsideración” (se refiere a una posible variación de la rígida regla de la incompatibilidad). Más adelante (p. 58), profundiza: “Si la tendencia general es, en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, admitir la compatibilidad y, en el trabajo por cuenta propia, la existencia de protección por desempleo, aquí denominado cese de actividad, no parece lógico que el régimen de incompatibilidades permanezca inmutable. Si el grado de confianza, por su control, en el trabajo por cuenta propia ha llegado al nivel de poder reconocer un sistema propio de protección por desempleo, no se alcanza a entender por qué no pueden darse pasos en el camino hacia una compatibilidad de éste o de la protección por desempleo en general con el trabajo por cuenta propia”.

(téngase en cuenta que esto incumbe a todo sujeto beneficiario, tanto si está simultaneando el percibo de prestaciones con un trabajo asalariado a tiempo parcial como si no).

Como segunda posibilidad en esta apertura hacia la compatibilidad relativa entre cobro de prestaciones por desempleo y trabajo autónomo, puestos a revisar la actual incompatibilidad absoluta, podría pensarse en un sistema más avanzado en el que el sujeto beneficiario pueda obtener ingresos por trabajos autónomos no solo marginales pero, entonces, aplicando una reducción como la prevista para la coexistencia de prestaciones por desempleo y trabajo asalariado a tiempo parcial. En ambas posibilidades sería deseable mejorar lo relativo a la suspensión de las prestaciones, explicitando que no es necesaria allí donde exista compatibilidad y, en caso de optarse por lo segundo, fijando la cuantía por encima de la cual debería solicitarse la suspensión.

Por lo demás, habría que tener en cuenta una breve reflexión final en el ámbito de esta segunda opción con sus variantes. La aceptación legal de trabajos por cuenta propia sin alteración del importe a recibir como prestación o subsidio estar (a la que podrían acogerse, ya se ha dicho, sujetos perceptores que estén trabajando por cuenta ajena a tiempo parcial) implica un agravio comparativo con el trabajo por cuenta ajena, que en la actualidad puede combinarse con el cobro de prestaciones pero provocando la correspondiente minoración de estas y, entonces, habría que preguntarse si no debería introducirse la compatibilidad con los trabajos marginales (sin incidencia en la cuantía de las prestaciones) también para quienes sean sujetos beneficiarios de prestaciones o subsidios por desempleo y trabajen por cuenta ajena un número de horas manifiestamente bajo y, por tanto, equiparable al supuesto de trabajos por cuenta propia económicamente irrelevantes (o si prefiere el sistema del “listón” económico, aplicarlo igualmente a los casos de trabajo por cuenta ajena).



PROTECCIÓN POR DESEMPLEO E INCAPACIDAD  
PERMANENTE EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD<sup>1</sup>

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

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

*Universidad Miguel Hernández*

*orrico@umh.es*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta por el autor, como Investigador Principal, en el marco del Proyecto de Investigación competitivo titulado: *Vías de acceso y permanencia en el empleo de personas con discapacidad*. Ref. AICO 2021/109, financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana (Convocatoria por Resolución de 20 de noviembre de 2020).

## SUMARIO

1. DATOS ESTADÍSTICOS sobre incapacidad y desempleo de personas con discapacidad. 1.1. Personas con discapacidad en desempleo. 1.2. La incapacidad permanente en las personas con discapacidad. 2. La incapacidad permanente como piedra de toque en personas con discapacidad. 2.2. Conexiones entre incapacidad permanente y protección por desempleo. 2.2.1. *Excepciones a la incompatibilidad de la protección por desempleo con otras prestaciones.* 2.2.2. *Compatibilidad incapacidad permanente y desempleo, o “el orden de los factores sí altera el producto”.* 2.2.3. *La controvertida cuestión del “doble valor” de la cotización respecto a las prestaciones por incapacidad permanente y por desempleo.* 3. La Recomendación 18 del Pacto de Toledo, sobre discapacidad, y recientes medidas en el plano legal destinadas a personas con discapacidad en materia de empleo e incapacidad permanente. 3.1. El empleo de personas con discapacidad. 3.1.1. *Lo que propugna la Recomendación 18.* 3.1.2. *Ley de Empleo (2023).* 3.2. La incapacidad permanente de personas con discapacidad. 3.2.1. *Recomendación 18.* 3.2.2. *Regulación actual.* 3.2.3. *Comentario.* BREVE REFLEXIÓN FINAL.



## 1. DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE INCAPACIDAD Y DESEMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La cuestión objeto de análisis, se centra en la situación en que se encuentran las personas trabajadoras que presentan discapacidad, en lo que afecta a su acción protectora. Concretamente, respecto a las prestaciones por desempleo y a la pensión de incapacidad permanente. Para ello, a la vista de la realidad, de la regulación jurídica, de la doctrina legal y científica, y del juego de las compatibilidades entre prestaciones económicas de la Seguridad Social, y del trabajo con tales prestaciones, se pretende mejorar su situación, con objeto de colocar en igualdad de condiciones a las personas con discapacidad con aquellas otras que no presentan discapacidad alguna, habida cuenta de las dificultades que ocasionan las barreras que dificultan su actividad laboral y social.

### 1.1. Personas con discapacidad en desempleo

Contamos con los datos de desempleo de las personas con discapacidad en 2021<sup>2</sup>, en que se produjo con carácter general una disminución del desempleo. De hecho, en fecha 31 de diciembre de 2021, el número de personas con discapacidad en desempleo era de 144.931, que representan el 4,67 % de los parados totales nacionales. Con 20.793 parados menos que en el año anterior, el número de personas desempleadas con discapacidad disminuye, siguiendo la tendencia de bajada del paro nacional en general. Sin embargo, no se puede ocultar que la inserción en el mercado laboral de los desempleados con discapacidad es más difícil que en el resto de la población, ya que el número de personas con discapacidad en desempleo disminuyó un 12,55 %, mientras que, en el caso de las personas sin discapacidad, el desempleo ha experimentado un descenso mayor (20,46 %).

Comparando con el resto de colectivos que se estudian en el mercado de trabajo, el de las personas con discapacidad es el segundo colectivo en

---

<sup>2</sup> 2022. *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal*. Datos 2021, pág. 50 y ss.

el que menos disminuye el desempleo, después del de mayores de 45 años (10,70%). Los colectivos de jóvenes menores de 30 años y el de los extranjeros disminuyen en sus cifras de desempleo: este último, casi un 30 % y el de jóvenes pierde 23,42 puntos porcentuales más que las personas con discapacidad, mostrando así la mayor dificultad de estos para encontrar empleo.

## **1.2. La incapacidad permanente en las personas con discapacidad**

Hay un dato que resulta preocupante, y es, que, en 2021, la mayoría de las personas inactivas con discapacidad, se encuadraban dentro de la categoría de incapacidad permanente, con una tasa del 88,81%. De ahí la importancia de que se facilite el empleo para estas personas mediante propuestas de compatibilidad con el trabajo.

## **2. LA INCAPACIDAD PERMANENTE COMO PIEDRA DE TOQUE EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

La incapacidad permanente es una prestación de la Seguridad Social, que apenas ha sufrido modificaciones de calado en los últimos años si exceptuamos los retoques que se llevaron a cabo por la reforma operada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social<sup>3</sup>. Y sorprende que no existan apenas referencias sobre el colectivo de personas con discapacidad, cuando, a la vista de los datos de los que se dispone, existe una alta tasa de ellas que perciben una pensión de incapacidad permanente.

Por ello, con independencia de la necesidad de que la regulación de la incapacidad permanente, se muestre más cercana hacia este colectivo, trataré de dos cuestiones que les afectan, y que tienen que ver con el acceso a la incapacidad permanente, desde la percepción de otras dos prestaciones de Seguridad Social, como son, la jubilación y la prestación por desempleo.

### **2.1. El fin de una incongruencia: acceso a la incapacidad permanente de persona con discapacidad desde la mal llamada jubilación “anticipada”**

Durante los últimos años, el TS, ha emitido una serie de sentencias<sup>4</sup> que han perjudicado a los trabajadores con discapacidad, porque se les ha impe-

---

<sup>3</sup> Sobre las modificaciones de la reforma de la incapacidad permanente, puede consultarse en, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Análisis de los cambios en la pensión de incapacidad permanente por Ley 40/2007 de 4 de diciembre». *La Reforma de la Seguridad Social*. tirant lo blanch. Valencia, 2008, págs. 141-156.

<sup>4</sup> STSS 24 junio 2020 recurso 1411/2018 (RJ 2020, 2781); 29 junio 2020, recurso 1062/2020 y 2 diciembre 2020, recurso 2916/2018 (RJ 2020, 4932) entre otras.

dido el acceso a la incapacidad permanente, desde la mal llamada jubilación “anticipada” en caso de discapacidad<sup>5</sup>, regulada actualmente en el art. 206 bis LGSS. Y ello pese a reunir los requisitos para causar derecho a la incapacidad permanente y no haber cumplido la edad mínima de jubilación ordinaria o legal, que establece el art. 195.1 segundo párrafo LGSS.

Por el contrario, cuando se trata de un trabajador sin discapacidad, es posible causar derecho a la incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada con coeficientes reductores, porque no ha cumplido esa edad ordinaria general para todos. Tampoco el trabajador con discapacidad que accedió a la mal llamada jubilación anticipada por su discapacidad, alcanza esa edad ordinaria, sin embargo, parece ser que se interpretaba que la edad ordinaria de jubilación específica del trabajador con discapacidad era precisamente esa edad ordinaria adelantada<sup>6</sup> que le permite el acceso a la jubilación anticipada por discapacidad y por eso se le impide por mor del art. 195.1 segundo párrafo LGSS el acceso a la incapacidad permanente.

El problema es que, en realidad, sí que se cumple con el requisito de no alcanzar la edad que les habilita para causar derecho a la pensión de jubilación, al remitirse expresamente a la edad establecida en el art. 205.1.a) LGSS, que en aplicación de la disposición transitoria séptima sería en 2023 de 66 años y 4 meses o de 65 años, con 37 años y 9 meses cotizados. Ello con independencia, de la discriminación que supone esa negativa, respecto de los trabajadores que no presentan discapacidad.

Concretamente, según la STS 1 julio 2020<sup>7</sup>, se denegaba el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común porque, en el momento de la solicitud, la demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad. Entendiendo que esta situación supone un nuevo límite de edad que, se convierte en la edad ordinaria de jubilación, por lo que no procede reconocer la incapacidad permanente de quien ya está en situación de jubilada anticipadamente. Entiende el Tribunal Supremo que, aunque en el caso concreto se denomine jubilación “anticipada” por discapacidad, esa edad no deja de ser una “edad ordinaria” para el colectivo al que se aplica. En consecuencia, deniega la pretensión de la actora porque, en el caso concreto, ya se había alcanzado la edad de jubilación que, específicamente, estaba prevista para la situación de discapacidad.

---

<sup>5</sup> En realidad, se trata, en el caso de las personas con discapacidad de una jubilación ordinaria adelantada, prevista para ellos, por razón de un mayor esfuerzo que les exige su situación. Se le denomina jubilación anticipada, en el sentido de anticipo de la edad ordinaria de jubilación para los trabajadores sin discapacidad. No se trata, por tanto, de la más conocida, jubilación anticipada “con coeficientes reductores”, en la que, lo que se reduce no es la edad ordinaria de acceso sino un anticipo de esa edad aparejada con una reducción de la cuantía económica de la pensión por aplicación de coeficientes reductores.

<sup>6</sup> Considerada como edad ordinaria de jubilación, en los casos de personas con discapacidad.

<sup>7</sup> RJ 2020, 3117.

Ha sido crucial<sup>8</sup>, para el cambio de criterio, la doctrina del TC en sus sentencias 172/2021, 7 octubre<sup>9</sup> y 191/2021, 17 diciembre – en referencia a las SSTs (sala de lo social) 1062/2018 y 1411/2018-, en la que se pone de manifiesto la discriminación al señalar, como establece la STC 172/2021, que «no existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del art. 195.1 párrafo segundo LGSS, por remisión al art. 205.1.a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente». De manera que «toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad».

Este criterio ha sido íntegramente recogido por el TS<sup>10</sup>, que, afortunadamente, ha rectificado su doctrina reconociendo que «de denegarse la posibilidad de acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, por haber accedido a la jubilación anticipada por tener reconocida una situación de discapacidad, a tenor del art. 161 bis 1 de la LGSS, actualmente art. 206.2 LGSS<sup>11</sup>, y reconocérsela a jubilados anticipados por circunstancia distinta de la discapacidad, cuando la norma que disciplina el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, art. 195.1 LGSS no establece distinción alguna respecto a las distintas modalidades de jubilación anticipada, y sin que exista ninguna razón objetiva que justifique tal interpretación, se estaría incurriendo en una discriminación por discapacidad proscrita por el art. 14 de la Constitución y los arts. 4.2.c) y 17.1 ET».

En suma, con independencia de tratarse de una situación de discriminación por discapacidad, es una realidad, que si una persona está jubilada anticipadamente y no ha cumplido la edad establecida en el art. 205.1.a) LGSS, tiene derecho a acceder a la incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados desde la situación de jubilación anticipada, como señala la doctrina rectificadora del TS, por lo que no se acaba de entender que se perjudicara con una interpretación discriminatoria a un colectivo, al que, por el contrario,

---

<sup>8</sup> Sobre este asunto resultan de interés los comentarios de MONEREO PÉREZ, J. L.: «Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la “jubilación anticipada” por razón de discapacidad». *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral (estudio de 100 casos relevantes)*. AEBOE, págs. 581-593, y de LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente». *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral (estudio de 100 casos relevantes)*. AEBOE, págs. 239-246.

<sup>9</sup> En el mismo sentido, la STC 5/2022, de 24 de enero.

<sup>10</sup> SSTs 27 abril 2022 (RJ 2022, 3350) y 22 noviembre 2022 (RJ 2022, 5366).

<sup>11</sup> Debe entenderse que se refiere al art. 206 bis LGSS.

debería apoyarse con diversas medidas de acción positiva. En este caso, el acceso a la incapacidad permanente les debería servir, además, para permitirles la búsqueda de un empleo compatible con la incapacidad permanente.

## 2.2. Conexiones entre incapacidad permanente y protección por desempleo

### 2.2.1. Excepciones a la incompatibilidad de la protección por desempleo con otras prestaciones

Con carácter general, señala el art. 282.2 LGSS, que la prestación y el subsidio por desempleo son en principio «incompatibles con la obtención de prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social<sup>12</sup>, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio»<sup>13</sup>. Es decir, será compatible la concurrencia, cuando el trabajo del que derivó la prestación por desempleo fue compatible en su momento con la correspondiente prestación. Y entre tales prestaciones, se encuentran, las pensiones de incapacidad permanente y las prestaciones por muerte y supervivencia<sup>14</sup>. Ambas prestaciones son compatibles con las prestaciones por desempleo, siempre que aquellas prestaciones hubieran sido compatibles con el trabajo, porque entonces, también lo serán con las rentas sustitutivas (prestación o subsidio por desempleo) del mismo.

También es compatible la prestación o subsidio por desempleo con la pensión de jubilación parcial<sup>15</sup> o de la asignación económica por hijo a cargo<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> El Reglamento, además de excluir la compatibilidad con las pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, afina un poco más especificando que la incompatibilidad se refiere tanto al nivel contributivo como no contributivo [art. 15.1.b) 5º RD 625/1985], estableciendo, sin embargo, la compatibilidad con la pensión de jubilación parcial, así como con las pensiones de la Seguridad Social que hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio por desempleo, así como con las prestaciones por hijo a cargo de la Seguridad Social (apdos. 3º y 6º respectivamente, de la letra a) del apdo. 1 del art. 15 RD 625/1995).

<sup>13</sup> En ese sentido, el art. 15.1.a) 3º final RD 625/1985, señala que la prestación y el subsidio por desempleo serán compatibles «con las pensiones o las prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social que hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio por desempleo».

<sup>14</sup> Las prestaciones por muerte y supervivencia, por sí mismas, son en su mayoría compatibles con el trabajo (arts. 223.1, 225.1 LGSS), con la pensión de jubilación parcial [art. 15.1.a) 3º RD 625/1985] y con las prestaciones por hijo a cargo [art. 15.1.a) 6º RD 625/1985].

<sup>15</sup> Según prevé el art. 14.1.b) Real Decreto 1131/2002, la pensión de jubilación parcial será compatible con la prestación de desempleo, y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondieran a trabajos a tiempo parcial concertados antes a la situación de la jubilación parcial. Sin embargo, es incompatible con las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, y con la pensión de incapacidad permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial [art. 14.2 letras a) y c) 1131/2002].

En el caso de que se produjera el despido improcedente del trabajador jubilado parcial, en lugar de percibir la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la jubilación parcial, según art. 16.d) RD 1132/2002. Se trata de una de las pocas excepciones en las que puede seguir percibiendo la jubilación parcial anticipada, sin que simultáneamente exista un trabajador relevista.

<sup>16</sup> Art. 15.1.a) 6º RD 625/1985.

Asimismo, es compatible la prestación o subsidio por desempleo con la indemnización que proceda por extinción del contrato de trabajo, con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica<sup>17</sup>, así como con el derecho a la percepción de la prestación por desempleo concurrente en el tiempo con los salarios de tramitación que, en su caso, sean procedentes y que no se llegaron a percibir por insolvencia del empresario<sup>18</sup>, si bien, pese a que no existió compatibilidad de hecho por no percibirse en la realidad, sí la hubo de derecho.

Conviene recordar que, en el caso del subsidio por desempleo del nivel asistencial, para que sea posible su concurrencia con cualquiera de las anteriores prestaciones se debe carecer, además, de rentas superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias<sup>19</sup>.

– Propuesta respecto a personas con discapacidad

Sobre este complejo conjunto de criterios sobre la compatibilidad de la protección por desempleo con otras prestaciones, considero que, en el caso de las personas con discapacidad se debería establecer un margen temporal más amplio de compatibilidad entre la prestación o subsidio por desempleo con otras prestaciones económicas de Seguridad Social. De manera, que se permita la compatibilidad, no solo durante el tiempo de trabajo, sino que tales prestaciones o pensiones<sup>20</sup>, sean compatibles también, cuando se causen su derecho durante el tiempo en que perciba la prestación o subsidio por desempleo como consecuencia de la pérdida del trabajo.

Esta sería una medida de acción positiva, que permitiría compatibilizar la prestación o subsidio por desempleo con otra prestación o pensión económica de Seguridad Social, con independencia del tiempo en que se produzca la concurrencia de ambas prestaciones. Eso sí, solo de aquellas prestaciones o pensiones que hubieran sido compatibles al tiempo de la realización del trabajo.

Con ello, el colectivo de personas con discapacidad vería compensada su dificultad para trabajar, con la percepción de rentas sustitutivas del salario derivadas tanto de su situación de desempleo, como por otra contingencia.

---

<sup>17</sup> Art. 15.1.a) 2º RD 625/1985 y art. 275.4 párrafo 2º LGSS. La compatibilidad se extiende en el caso de la ilegalidad en el cese de una relación funcional interina con derecho al percibo de una indemnización compensatoria por la imposibilidad de reincorporación (STS 3 mayo 2006 [RJ 2006, 2423]).

<sup>18</sup> STS 26 marzo 2007 (RJ 2007, 3326). Con carácter general existe incompatibilidad con los salarios de tramitación (STS 17 abril 2012 [PROV 2012, 176622]).

<sup>19</sup> Art. 15.1.c) RD 625/1985. El reglamento se remite al art. 215.3.2 LGSS1994 (actual 275.4 LGSS) sobre lo que se debe considerar como rentas, a los efectos de la limitación de rentas (75% SMI) exigidas por el subsidio por desempleo.

<sup>20</sup> Que hubieran sido compatibles al tiempo de la realización del trabajo.

### 2.2.2. *Compatibilidad incapacidad permanente y desempleo, o “el orden de los factores sí altera el producto”*

Analizadas con carácter general las normas sobre compatibilidad de la protección por desempleo con otras prestaciones de Seguridad Social, quisiera centrarme, por su peculiaridad, en la pensión de incapacidad permanente, según el tiempo y el período en que se produzca la concurrencia con la prestación por desempleo, porque el reglamento dedica un artículo -el 16- a la relación entre la incapacidad permanente y el desempleo.

Se distinguen dos situaciones (opción y compatibilidad):

a) Supuestos de **opción** entre la prestación por desempleo y la incapacidad permanente:

- Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación o subsidio por desempleo y pase a ser pensionista de incapacidad permanente, podrá optar entre seguir percibiendo aquellos hasta su agotamiento o la pensión que le corresponda por incapacidad permanente<sup>21</sup>.
- Cuando el trabajador pierda su trabajo como consecuencia de haber sido declarado con una incapacidad permanente total, podrá optar, si reúne los requisitos para causar prestación por desempleo, entre percibir la prestación por desempleo que le corresponda hasta su agotamiento o la pensión de incapacidad permanente<sup>22</sup>.

En ambos supuestos, se entenderá que el trabajador ha optado por la pensión de incapacidad permanente cuando la haya sustituido por una indemnización a tanto alzado<sup>23</sup>. Sin duda, se refiere a la indemnización que se contempla en la LGSS en los términos del artículo 196.2, párrafo 1º.

b) **Compatibilidad** entre la prestación por desempleo y la incapacidad permanente con limitaciones

Se trata del supuesto de quien tiene reconocida una pensión de incapacidad permanente total y la compatibiliza con un trabajo. En este caso, si pierde o se le suspende «el trabajo compatible con su situación de pensionista por invalidez, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo que le corresponda además de la pensión de incapacidad permanente<sup>24</sup>.

Sobre esta cuestión, un comentario me suscita el presente análisis: concretamente, el que se refiere a la peculiar compatibilidad de la prestación por desempleo y otra prestación que fue compatible con el trabajo. En estos supuestos de concurrencia desempleo e incapacidad permanente, “el orden de los factores sí altera el producto”, pues los efectos de la concurrencia de la

<sup>21</sup> Art. 16.1 RD 625/1985. Un caso concreto lo proporciona la STS 1 julio 2003 (RJ 2003, 6103).

<sup>22</sup> Art. 16.2 RD 625/1985.

<sup>23</sup> Art. 16.3 RD 625/1985.

<sup>24</sup> Art. 16.4 RD 625/1985, en relación con el art. 282.2 LGSS.

prestación o subsidio por desempleo y la pensión de incapacidad permanente, dependerán de si esta se reconoce mientras el trabajador se encuentra prestando servicios o si le sobreviene el reconocimiento, estando percibiendo la prestación por desempleo, o en fin, pierde el trabajo como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente. En el primer caso serían compatibles ambas prestaciones; en cambio, en el segundo y en el tercero, deberá optar por la prestación o subsidio por desempleo, o por la pensión de incapacidad permanente. Obviamente, la opción discurrirá por la que más ventajas económicas le otorgue al trabajador. Si es la pensión, en principio la percibirá de forma definitiva, si opta por la prestación por desempleo, podría una vez agotada, causar derecho a la pensión de incapacidad permanente.

Creo, que debería revisarse este criterio de compatibilidad entre incapacidad permanente y desempleo, en el sentido de que, al menos, en los casos de que se produzca esta situación en personas con discapacidad, se permitiera la compatibilización, con independencia del orden de aparición de las contingencias.

### 2.2.3. *La controvertida cuestión del “doble valor” de la cotización respecto a las prestaciones por incapacidad permanente y por desempleo*

En el caso de que se produzca la pérdida del empleo que era compatible con un reciente reconocimiento de incapacidad permanente, surge inopinadamente, la cuestión sobre el criterio de la Jurisprudencia, según la cual, solo se tendrán en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo, las cotizaciones posteriores a la fecha de declaración de incapacidad permanente, ya que en caso contrario –según ese criterio– se contabilizarían doblemente, por entender que ya se han tenido en cuenta para acreditar derecho a la pensión correspondiente a aquella situación, pues, como se argumenta, no debe olvidarse que unas mismas cotizaciones no pueden servir para otorgar derecho al disfrute simultáneo de dos prestaciones a cargo de la Seguridad Social<sup>25</sup>. En ese sentido se añade que no puede pretenderse que se tengan en cuenta las cotizaciones computadas para el reconocimiento de un derecho anterior contributivo como es la incapacidad permanente total<sup>26</sup>. Y así, en un supuesto en el que la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo tuvo una duración de tan solo tres meses, señaló la Sala<sup>27</sup>, que «si se aceptara que por haber cesado en trabajo compatible con prestación de invalidez permanente, se le reconociera al trabajador el derecho a la de desempleo cuando en tal trabajo compatible sólo cotizó unos meses, se burlaría el espíritu de las normas citadas pues lo que ellas determinan es que no se compute como período de ocupación cotizada, el que se tuvo en cuenta para la obtención de

<sup>25</sup> STS 26 febrero 1990 (RJ 1990, 1597).

<sup>26</sup> STS 31 enero 1995 (RJ 1995, 534).

<sup>27</sup> STS 19 febrero 1996 (RJ 1996, 1303).



pensión de la Seguridad Social dando doble valor a las cotizaciones a efectos de prestaciones económicas»<sup>28</sup>.

En suma, según la jurisprudencia, cabe entender que se pierden las cotizaciones ingresadas por desempleo del trabajo anterior al reconocimiento de la incapacidad permanente, a efectos de su posible cómputo para causar derecho a la prestación por desempleo.

Sobre esta cuestión, no comparto el criterio jurisprudencial al que se ha hecho referencia, según el cual, a efectos de la prestación por desempleo solo se considere (tanto para reunir el período de carencia como para la determinación del importe, en su caso), el tiempo transcurrido desde el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente, mientras la compatibiliza con el trabajo. En este caso, las cotizaciones anteriores al reconocimiento de la incapacidad permanente, solo fueron consideradas para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente, mientras que las cotizaciones correspondientes a la prestación por desempleo no se tuvieron en cuenta en ese período. Me pregunto, por qué solo se computaron las cotizaciones correspondientes a ese período de compatibilización, sin que se consideren también las correspondientes a los últimos seis años a las que, según ley, tiene derecho, por el mero hecho de que hubiera causado derecho a la pensión de incapacidad permanente. Conviene recordar a este respecto, que las cotizaciones por incapacidad permanente, fueron ingresadas tan solo por esa contingencia y no por la de desempleo que no han sido lucradas y a las que el trabajador tenía derecho que se le tengan en cuenta. Por lo que no supone otorgar “un doble valor a las cotizaciones”, como apunta la jurisprudencia, ya que se ha cotizado por cada contingencia de forma separada.

En suma, si los trabajadores cotizan por diferentes conceptos, y se produce el hecho causante de dos de ellos de forma sucesiva y se declara la compatibilidad de ambos, como en este caso, la determinación del período de cotización tenido en cuenta en la prestación por desempleo (últimos seis años desde el momento del hecho causante), así como el cálculo de la prestación económica (base reguladora de los últimos 180 días), se deberían considerar en su totalidad, como dispone la normativa, porque se trata de cotizaciones distintas, que

---

<sup>28</sup> STS 26 febrero 1997 (RJ 1997, 1597). Más recientemente la doctrina judicial confirma esta doctrina: STSJ Castilla-León, Valladolid 9 enero 2013 (JUR 2013, 44554); STSJ Cataluña, 15 diciembre 2014 (JUR 2015, 38735). Abunda la jurisprudencia en esta idea al añadir que «en cuanto al trabajo compatible a que se refiere el artículo 16.4 citado del Real Decreto 2 abril 1985, no es otro que cualquiera diferente de aquel para cuyo ejercicio fue declarado incapaz el trabajador, dado que el objeto de la protección -artículo 1.º de la Ley 2 agosto 1984- se extiende a quienes pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo y, en su virtud, si por definición legal -artículo 135.4 de la Ley General de la Seguridad Social- la incapacidad total inhabilita al trabajador para la realización de su profesión habitual, resulta indudable que el querer trabajar sería imposible jurídicamente, en la antigua ocupación, y por ende, que las cotizaciones realizadas anteriormente a la invalidez, pierden toda virtualidad de ser tenidas en cuenta en el desempleo causado tras el nuevo trabajo [STS 19 febrero 1996 (RJ 1996, 1303)]. En el mismo sentido SSTCT 3 junio y 25 junio 1986 (RTCT 1986, 4010 y RTCT 1986, 4999).

responden a las contingencias de incapacidad permanente y a las de desempleo y cada una de ellas genera su correspondiente prestación<sup>29</sup>.

Se trata, en definitiva, de dos cotizaciones, la de desempleo y la de incapacidad permanente, que no solo son independientes, sino que en cada una de ellas se establece una regulación diferente respecto a los requisitos y en la determinación del importe económico.

– Efectos en las personas con discapacidad

Las consecuencias respecto de las personas con discapacidad que se encuentren en estas situaciones, serían más perjudiciales por sus circunstancias debidas a la mayor dificultad en desarrollar un trabajo en iguales condiciones que los demás, y además, se les privaría de una prestación o pensión -la de incapacidad permanente o la de desempleo- a la que tienen derecho por haber cotizado ambas contingencias.

### 3. LA RECOMENDACIÓN 18 DEL PACTO DE TOLEDO, SOBRE DISCAPACIDAD, Y RECIENTES MEDIDAS EN EL PLANO LEGAL DESTINADAS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MATERIA DE EMPLEO E INCAPACIDAD PERMANENTE

La Comisión permanente del Pacto de Toledo en su último informe (2020) «reafirma su convencimiento de que el sistema de Seguridad Social, como instrumento esencial de la política social, debe contribuir a que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma efectiva sus derechos de ciudadanía y, de esta forma, garantizar su plena inclusión y participación sociales». Para ello, me centraré en la Recomendación 18 (discapacidad) del informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado por la comisión permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, de fecha, 22 de noviembre de 2020, concretamente en el tratamiento que propone sobre el empleo y la incapacidad permanente, con relación a personas con discapacidad.

Asimismo, se comentarán las medidas más relevantes que la reciente Ley de Empleo ha establecido para la inserción laboral de personas con discapacidad.

Resulta paradójico que, teniendo aparentemente, relación la discapacidad con la incapacidad permanente, apenas haya establecido el sistema de Seguridad Social medidas de acción positiva para personas con discapacidad respecto a la incapacidad permanente. Tan solo existe una mera referencia en el art. 193.1 párrafo segundo, para dejar constancia de que la reducciones anatómicas o funcionales de las personas con discapacidad al momento de la

---

<sup>29</sup> De hecho, el propio art. 16.4 RD 625/1985, señala con claridad, que el trabajador «tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo *que le corresponda*, además de la pensión de invalidez».

afiliación a la Seguridad Social, no impedirán la calificación de incapacidad permanente, cuando tales reducciones se hayan agravado; que es como decir, que, al inicio de su trabajo, la persona con discapacidad se le considera con una capacidad laboral del 100% y sólo si se le reduce esa capacidad laboral en el transcurso de su actividad, se le puede reconocer la incapacidad permanente que le corresponda. Lo que no supone ninguna ayuda, si bien, al menos deja claro cuál será el tratamiento desde la pensión de incapacidad permanente.

Por otro lado, esa relación entre ambas instituciones, se ha visto reconocida por fin, en lo que afecta al reconocimiento del grado de discapacidad, por la modificación del art. 4.2 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD), que superando un problema “ultra vires”, considera con «una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad»<sup>30</sup>.

### 3.1. El empleo de personas con discapacidad

#### 3.1.1. Lo que propugna la Recomendación 18

La Recomendación 18, considera que «las personas con discapacidad constituyen un colectivo prioritario para los poderes públicos, tanto en términos de cobertura social, como de incorporación al mercado de trabajo en coordinación eficaz con las políticas activas de empleo». Y es precisamente en este aspecto, en el que propugna que «deben intensificarse las medidas dirigidas a eliminar los obstáculos a la activación de dichas personas, favoreciendo su acceso a un empleo digno, suficiente y de calidad». Además, la Comisión en el resumen de la Recomendación 6 sobre incentivos al empleo, reitera esta idea, en el sentido de que «el sistema de incentivos debe concentrarse en las situaciones y colectivos, (como el de personas con discapacidad), cuyo empleo se persigue favorecer de una forma especial», especificando, a continuación, que solo deben priorizarse a estos colectivos en relación al establecimiento de tales incentivos. En ese sentido, «la Comisión reitera que la legislación debe facilitar la incorporación inclusiva al mercado de trabajo de este colectivo y, también, propiciar su mantenimiento en su actividad pro-

---

<sup>30</sup> En la nueva redacción del art. 4.2 LGDPD, operada por la disposición final segunda. Uno de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, el cambio sustancial con la redacción precedente radica en que se considera esa equiparación a los efectos de la sección 1.ª del capítulo V y del capítulo VIII del título I, así como del título II de la propia LGDPD.

fesional originaria en casos de discapacidad sobrevenida, coadyuvando a su plena autonomía y a su participación social efectiva».

### 3.1.2. Ley de Empleo (2023)

En cumplimiento de la Recomendación 18, en lo que afecta al empleo, la nueva Ley de Empleo<sup>31</sup> (LE), señala en su preámbulo, sin perjuicio de las medidas que se contienen en la LGDPD, que «la atención de personas demandantes de servicios de empleo con discapacidad se encausa por múltiples vías. Los servicios de empleo procurarán, prioritariamente, el acceso de dichas personas al empleo ordinario, pero también la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo». De manera, que se seguirá apoyando el empleo protegido, en la medida que siga siendo un instrumento válido de inserción laboral de personas con discapacidad.

Asimismo, el art. 12 LE, sobre la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, articulará en su eje 4, oportunidades de empleo para personas con discapacidad. Incluirá actuaciones que tengan 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».

Se consideran colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, el de las personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, o el de personas con trastornos del espectro autista (art. 50.1 párrafo segundo LE).

Y se «reconocerá como personas con discapacidad que presentan 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» (art. 50.1 párrafo tercero LE).

Pero si hay un artículo que asume la responsabilidad, por parte de los servicios públicos de empleo o de la Agencia Española de Empleo (AEE) de favorecer el empleo a personas con discapacidad, sin duda es el art. 54 LE. Este artículo trata de impulsar algunas medidas, algunas de ellas, insertas en la LGDPD, y que, sintéticamente son las siguientes:

– Los servicios de empleo procurarán, *prioritariamente*, el acceso de las personas con discapacidad 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 (apdo. 1).

<sup>31</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

Ciertamente, el término “procurarán” no resulta tranquilizador porque no es propia de una obligación, sino más bien, de una posibilidad, lo que le quita fuerza a esa necesidad de priorizar el empleo al colectivo de personas con discapacidad. En su lugar, debería decirse “estarán obligados”. Por lo demás, no dejan de ser interesantes declaraciones de intenciones que no acaban de concretarse.

– Otra medida establece que, cuando lo determinen las respectivas Administraciones públicas competentes, los empleados y empleadas públicas al servicio de la AEE y los servicios públicos de empleo autonómicos se integrarán en los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad, a los efectos de la mejora de la empleabilidad de las personas con discapacidad (apdo. 2).

No se comprende bien, qué tiene que ver la mejora de la empleabilidad de las personas con discapacidad, con el hecho de que los empleados públicos se integren en los servicios multiprofesionales de atención a la discapacidad. Además, es evidente que todo ello debería concretarse de alguna forma.

– Asimismo, conforme al art. 68 LGDPD, «los servicios públicos de empleo diseñarán y pondrán en marcha acciones positivas dirigidas a las personas con discapacidad. 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» (apdo. 3).

Esta medida no añade prácticamente nada a lo dispuesto en el art. 68 LGDPD, si bien, lo que cambia es el tono imperativo con el que ordena que se pongan en marcha acciones positivas, y que se adapten las medidas del catálogo de instrumentos de empleabilidad con el perfil de los demandantes del servicio de empleo. También será necesario especificar cuáles deberán ser esas medidas.

– La AEE y los servicios públicos de empleo autonómicos, así como las entidades privadas y colaboradoras que se determinen reglamentariamente, podrán cooperar en el diseño, organización, puesta en marcha y ejecución de los *servicios de empleo con apoyo*, en los términos del art. 41 LGDPD, y de su normativa de desarrollo (apdo. 4).

Se trata, a mi parecer, de la más esperanzadora de las medidas. Pues, supone un cambio de paradigma en el tratamiento del empleo con apoyo. Hasta ahora solo se articulaba mediante programas temporales, mientras que la Ley de Empleo, da un paso más, concretando que deberán ser no solo los servicios públicos, sino también entidades privadas, quienes se encarguen de poner en marcha un nuevo sistema de empleo con apoyo. Lo que podría hacer presagiar la creación de una institución de carácter permanente, de empleo con apoyo, en lugar de los programas, hasta ahora, insuficientes para dotar de estabilidad a los trabajadores con discapacidad

que acceden y prestan servicios en el empleo ordinario, como he tenido ocasión de reclamar en alguna publicación<sup>32</sup>.

Asimismo, se debe tener en cuenta, según la disposición adicional quinta LE, que, para hacer posible todo lo que se acaba de apuntar, «se establecerán las medidas legislativas, los programas y servicios de empleo necesarios en favor de las personas con discapacidad». Pero lo más relevante es que en esa disposición hace constar que todo ello se verá reflejado en el marco del *Libro Blanco de Empleo y Discapacidad*, que desarrollará lo previsto en el mencionado art. 54 LE<sup>33</sup>.

En cualquier caso, y con independencia de ello, será necesario un detallado desarrollo reglamentario que concrete esas medidas del art. 54 LE, que propicien nuevas vías de acceso y mejora en la permanencia en el empleo de personas con discapacidad.

## 3.2. La incapacidad permanente de personas con discapacidad

### 3.2.1. Recomendación 18

Según la Recomendación 18, «la Comisión estima necesario seguir introduciendo modificaciones en la normativa de Seguridad Social que afecten, entre otras cuestiones, al régimen jurídico de la percepción de las pensiones por incapacidad permanente y a su compatibilidad con la realización de un trabajo, evitando la litigiosidad existente en este ámbito».

En el campo de la incapacidad permanente, así como en la pensión de invalidez no contributiva se abren diversas posibilidades de compatibilidad con el trabajo. Lo que se propugna por la Comisión es flexibilizar más aún esa compatibilidad, en el caso de las personas con discapacidad.

### 3.2.2. Regulación actual

La posibilidad de compatibilizar las pensiones de incapacidad permanente con el trabajo está prevista por la normativa del siguiente modo:

a) Para los supuestos de incapacidad permanente *total*, el art. 198.1 de la LGSS previene, que «en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente *será compatible con el salario* que pueda percibir el tra-

---

<sup>32</sup> Recientemente, he propugnado en, «Un cambio de paradigma: de los programas de empleo con apoyo a los servicios de empleo con apoyo». *Revista de Derecho Laboral vLEX*, núm. 7, diciembre 2022, págs. 80-90, un cambio de paradigma mediante la sustitución de los actuales programas temporales de empleo con apoyo, por el de la creación de servicios de empleo con apoyo, así como la necesidad de establecer una formación específica dirigida a los preparadores laborales.

<sup>33</sup> Finalmente, se ha publicado en julio de 2023, el Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad.

bajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

No hay, pues, incompatibilidad con el trabajo, salvo que las funciones que desempeñe en este nuevo trabajo coincidan con las del anterior trabajo que dio lugar a la incapacidad. A este respecto se puede «convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión<sup>34</sup>.

Sin embargo, la condición que se determina reglamentariamente es, la de que los pensionistas de incapacidad permanente para la profesión habitual, absoluta y gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente<sup>35</sup>. El incumplimiento de tal comunicación, supone la comisión de una infracción leve prevista en el art. 24.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, sancionable con la pérdida de la pensión durante un mes impuesta por la Entidad Gestora<sup>36</sup>. Obsérvese que, en este caso, al encontrarse el trabajador percibiendo un salario en la empresa, se presume que está de alta en la Seguridad Social, sin que por tanto se exija esta última condición de modo expreso.

**b)** Para los supuestos de incapacidad permanente *total cualificada*, el artículo 198.1 segundo párrafo de la LGSS, establece: «De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 196 (20% de la base reguladora de la pensión) y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social». La determinación de la incompatibilidad se concreta en el art. 6.4 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, según el cual, «el incremento (de la pensión de incapacidad permanente total cualificada) quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo».

**c)** En los supuestos de incapacidad permanente *absoluta o gran invalidez*, el apartado 2 del art. 198 de la LGSS, aclara: «Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión». De forma sorprendente la LGSS considera la posibilidad de que un beneficiario de incapacidad permanente absoluta o, con menos motivo un gran inválido pueda trabajar, cuando la propia Ley establece en su art. 194.5, que, se «entenderá por incapacidad permanente

---

<sup>34</sup> Art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, que dicta normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

<sup>35</sup> Art. 2 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo (BOE de 7 de junio).

<sup>36</sup> Véanse los arts. 47.1.a) y 48.4 del precepto citado.

absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio». Igual que en la total, en la incapacidad permanente absoluta y en la gran invalidez, se debe comunicar la realización del trabajo a la Entidad gestora, siendo obligatoria su alta y cotización, siempre que el desarrollo de los trabajos den lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación del Sistema de la Seguridad Social<sup>37</sup>.

Por otro lado, según el art. 198.3 LGSS, «el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva». De este modo, se equipara la pensión de incapacidad permanente con la pensión de jubilación a los efectos de su compatibilidad con la realización de un trabajo, al cumplir la edad ordinaria de jubilación.

### 3.2.3. *Comentario*

El legislador ha permitido la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente con el desarrollo de una actividad. En cambio, no ha tenido en cuenta las circunstancias específicas de las personas con discapacidad en el caso de la incapacidad permanente. Creo que la propuesta de la Recomendación 18 resulta adecuada y merecedora de consideración. Si bien, a la hora de su regulación concreta debería distinguirse con cuidado, el tipo y grado de discapacidad. Debiendo tenerse en cuenta no solo su capacidad residual y real de trabajo, sino otras circunstancias que pudieran constituir barreras que impidan su actividad en iguales condiciones que una persona que no haya contraído discapacidad.

## BREVE REFLEXIÓN FINAL

Son numerosas las posibilidades de mejora en lo que afecta al empleo, a la protección por desempleo, así como, a las prestaciones de incapacidad permanentes, en el caso de personas con discapacidad. Algunas de ellas se han ido desgranando con suficiente detenimiento anteriormente.

No obstante, de forma telegráfica, se apuntan algunas propuestas más generales:

– En cuanto al empleo de personas con discapacidad, que debe ser una política prioritaria, según la recomendación 18 del Pacto de Toledo, así como

---

<sup>37</sup> Resolución de 2 de noviembre de 1992, BOE del 24, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.



del art. 54 LE, se propugna una puesta en marcha del desarrollo de las diversas previsiones establecidas por el Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad, así como el correspondiente reglamento, con especial atención a la creación de un sistema estable de empleo con apoyo.

– Respecto a la protección por desempleo, destaca la necesidad de incrementar los márgenes de compatibilidad con la prestación o pensión de incapacidad permanente, en la forma que se ha descrito anteriormente.

– Finalmente, la incapacidad permanente, es una prestación que debería establecer para su reconocimiento unas condiciones más acordes con las circunstancias de las personas con discapacidad.



INTERACCIÓN ENTRE LAS SITUACIONES  
DE EXCEDENCIA Y EL DERECHO A LA PRESTACIÓN  
POR DESEMPLEO

ELENA LASAOSA IRIGOYEN  
*Prof. Titular de Universidad*  
*Universidad Rey Juan Carlos*  
*elena.lasaosa@urjc.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. EXCEDENCIA VOLUNTARIA. A) Negativa empresarial al reingreso por ausencia de vacante. B) Despido tras la excedencia voluntaria. C) No solicitud del reingreso por parte de la persona trabajadora tras la excedencia voluntaria, o solicitud extemporánea. D) Pérdida involuntaria de un segundo empleo durante la excedencia voluntaria del primero. 3. EXCEDENCIAS FORZOSAS Y POR CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES. 4. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

La involuntariedad siempre ha constituido una pieza clave para acceder y para mantenerse bajo el paraguas de la protección por desempleo, la cual se destina, como rotundamente declara el art. 262 LGSS, a quienes “*pudiendo y queriendo trabajar*” pierdan su empleo.

Obviamente, la demostración de este elemento subjetivo e interno solamente puede articularse si se traduce a unos hechos objetivos y externos. Estos se enumeran en el catálogo de “*situaciones legales de desempleo*” recogida en el art. 267 LGSS, que configura un listado de extinciones del contrato de trabajo, a las que se añaden algunos tipos de suspensión del contrato y de reducción de jornada, cuyo denominador común es tratarse de circunstancias producidas por causas distintas de la intención del trabajador.

Este art. 267 LGSS no incorpora ninguna referencia específica a la extinción del contrato subsiguiente a alguna de las distintas modalidades de excedencia laboral que contempla nuestro ordenamiento en el art. 46 ET. Sin embargo, no es infrecuente que se produzcan litigios en los que se discute el derecho a la prestación por parte de quienes han pasado por una excedencia, ya sea esta forzosa, por cuidado de hijos o familiares o voluntaria.

Para resolverlos es obligado aplicar las reglas generales sobre la prestación por desempleo, lo que equivale a examinar el cumplimiento de los requisitos que establece el art. 266, comenzando por el de encontrarse en situación legal de desempleo, y teniendo en cuenta también los otros requerimientos como el de estar en alta o situación asimilada al alta. A ello se dedicarán las páginas que siguen, en las que se pretende abordar las cuestiones controvertidas en torno al derecho a la protección por desempleo de las personas que han pasado por un periodo de excedencia.

## 2. EXCEDENCIA VOLUNTARIA

La excedencia voluntaria se considera jurisprudencialmente una modalidad de la figura de la suspensión del contrato de trabajo, aunque se trate

de una manifestación atípica de esta<sup>1</sup>. Su principal particularidad, de sobra conocida, es que el trabajador excedente no tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo, conservando solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa. Es este un derecho potencial o expectante determinado por la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional<sup>2</sup>. En este punto se diferencia la regulación legal de las excedencias voluntarias de las forzosas o especiales, caracterizadas estas últimas por la conservación del puesto de trabajo<sup>3</sup>.

Una vez concedida, la excedencia voluntaria produce el efecto propio de toda suspensión, como es el mantenimiento del vínculo contractual y la suspensión de las obligaciones mutuas de trabajar y remunerar el trabajo<sup>4</sup>.

Las distintas situaciones en que puede plantearse el derecho a la prestación por desempleo del trabajador que se situó en excedencia voluntaria pueden sistematizarse así:

#### **A) Negativa empresarial al reingreso por ausencia de vacante:**

Cuando la excedencia voluntaria llega al fin del plazo establecido, que puede ser de entre cuatro meses y cinco años en virtud del art. 46.2 ET (ampliable por convenio colectivo), la persona trabajadora debe solicitar su reincorporación a la empresa. Si se le responde que ello no es posible por no existir en ese momento una vacante de igual o similar categoría a la suya, queda indefinidamente en situación de espera hasta que se produzca la vacante.

Pues bien, adviértase que la negativa empresarial al reingreso por esta causa no constituye una situación legal de desempleo. Ello es así porque fue el propio excedente quien decidió apartarse voluntariamente de su puesto de trabajo, por lo que no concurre la involuntariedad que es consustancial a la protección por desempleo<sup>5</sup>.

En efecto, el trabajador que pasó a excedencia quiso libremente cesar en su puesto, de forma temporal inicialmente, pero siendo consciente de que no tenía garantía alguna de recuperarlo en el futuro, lo que descarta la involuntariedad en la pérdida de su empleo. Resulta coherente por tanto que en el catálogo de situaciones legales de desempleo del art. 267 LGSS no está

---

<sup>1</sup> Acerca de la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria existen no obstante diversas teorías; da cuenta de ellas POQUET CATALÁ, R.: “Debate en torno al reingreso en la excedencia voluntaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2016, págs. 145 y 146.

<sup>2</sup> STS 18 julio 1986 (RJ 1986,4245).

<sup>3</sup> STS 25 octubre 2000 (RJ 2000,9676).

<sup>4</sup> Por todas, STS 18 de enero de 2022 (RJ 2022,418).

<sup>5</sup> GARCÍA ORTEGA, J.: “Incidencia de la excedencia voluntaria en la protección por desempleo”, en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, pág. 648.

incluida la extinción del contrato de trabajo por la negativa de la empresa a la reincorporación tras una excedencia voluntaria<sup>6</sup>.

Téngase presente que el derecho a la reincorporación no tiene un carácter absoluto, “sino potencial o expectante puesto que sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando su mismo puesto de trabajo, u otro similar o equivalente, se encuentre disponible en la empresa”<sup>7</sup>. Es por ello que “no cabe la actualización de tal derecho si la plaza del excedente voluntario fue cubierta con una nueva contratación, ni tampoco si fue amortizada por reasignación de sus cometidos laborales a otros trabajadores”<sup>8</sup>. Dicho de otro modo, a diferencia de lo que ocurre con la excedencia forzosa, en la voluntaria no existe una obligación de la empresa de reservar el puesto para la persona trabajadora excedente, sino que tiene plena libertad para disponer de la plaza tanto con nuevas contrataciones, como mediante la reorganización de tareas<sup>9</sup>, como mediante la transformación de contratos temporales en fijos<sup>10</sup> (hasta el momento en que finalice la excedencia y el trabajador solicite el retorno)<sup>11</sup>. De donde se infiere que la persona trabajadora que solicita una excedencia voluntaria es plenamente consciente de la posibilidad de no poder retomar su empleo<sup>12</sup>.

Por otra parte, cuando la empresa alega que no dispone de vacantes y el trabajador pone en cuestión este extremo, la acción a interponer no es la de despido sino la de reconocimiento del derecho al reingreso, según consolidada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>13</sup>. Ello es así porque si la empresa no tiene vacante de igual o similar categoría el trabajador no puede reingresar, pero el vínculo contractual se mantiene suspendido, de suerte que el trabajador mantiene su derecho preferente a reingresar en la empresa con motivo de la primera vacante que se produzca.

---

<sup>6</sup> Como ponen de relieve ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y GUIX GONZÁLEZ, M. J.: “Excedencia voluntaria y situación legal de desempleo. Inaplicación de la teoría del paréntesis”, *Temas Laborales*, núm. 114, 2012, pág. 234.

<sup>7</sup> STS 20 de enero de 2021 (RJ 2021,292).

<sup>8</sup> STS 26 de octubre de 2016 (RJ 2016,5600).

<sup>9</sup> STS 31 de mayo de 2022 (RJ 2022,3613), con cita de abundante jurisprudencia.

<sup>10</sup> STS 18 de enero de 2022 (RJ 2022,418).

<sup>11</sup> Lo que no puede hacer la empleadora es disponer de esa plaza con posterioridad a ese momento; a partir de ahí el trabajador excedente tiene preferencia frente a la conversión de contratos temporales y/o a tiempo parcial en fijos y a jornada completa, como afirma la STS 12 de febrero de 2015 (RJ 2015,913).

<sup>12</sup> En consonancia con ello, no se permite la utilización del contrato de sustitución para reemplazar a un trabajador que está en excedencia voluntaria; ya que no se trata de una ausencia con derecho a reserva del puesto de trabajo; STS 18 de enero de 2022 (RJ 2022,418). Sobre esta cuestión *vid.* POQUET CATALÁ, R.: “Debate en torno al reingreso en la excedencia voluntaria”, *cit.*, págs. 147 y 148.

<sup>13</sup> Por todas, STS 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008,1032). Cuestión distinta es que si el trabajador, erróneamente, interpone acción de despido, el órgano judicial esté vinculado por esa petición y no pueda, de oficio, encauzar la petición a través del procedimiento ordinario, como afirma la STS 7 de octubre de 2022 (RJ 2022,5204), comentada por CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Procedimiento adecuado para combatir la negativa empresarial de reintegro tras finalizar una excedencia voluntaria”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2022.

El hecho de que esta eventualidad no reciba tratamiento de despido no solo tiene efectos en el plano procesal; también implica que no podrá considerarse al trabajador como despedido, a los efectos del art. 267.1 a) 3º LGSS, en cuya virtud estará en situación de desempleo quien vea extinguido su contrato “*por despido*”.

Así pues, el trabajador al que se le deniega el reingreso por falta de vacante podrá ejercitar una acción judicial declarativa solicitando la reincorporación. En el proceso subsiguiente, resultará clave la prueba sobre la existencia o inexistencia de vacante, de forma que si se prueba que no existía, el trabajador verá desestimada su demanda y quedará en situación de preferencia para su reincorporación en la primera vacante que se produzca<sup>14</sup>. Si por el contrario se acredita que existe vacante, debe reconocerse el derecho al reingreso y a la indemnización de los daños y perjuicios acreditados (equivalentes e los salarios dejados de percibir)<sup>15</sup>.

Añádase que tampoco equivale a un despido la decisión de la empleadora consistente en ofertar una plaza vacante en otra localidad (y ello con independencia de si era o no válida esa oferta), al no existir una voluntad inequívoca de la empresa de extinguir la relación laboral<sup>16</sup>. O en parecido sentido, la respuesta consistente en que se toma nota de su solicitud y se le notificará la primera vacante que se produzca en otro centro de trabajo, en un supuesto en el que el centro de trabajo al que estaba adscrito el demandante está cerrado, existiendo otros centros de la empresa<sup>17</sup>.

Y lo mismo sucede cuando la empleadora sencillamente omite toda respuesta a la solicitud de reingreso; la jurisprudencia considera que ante el silencio empresarial la acción a ejercitar es la del reconocimiento del derecho al reingreso<sup>18</sup>, inexistente el despido.

## **B) Despido la tras excedencia voluntaria:**

Cuestión distinta es que independientemente de que existan o no vacantes, la empresa se niegue expresamente a la reincorporación del trabajador, negativa que tiene el mismo tratamiento que un despido y que como tal constituye situación legal de desempleo.

<sup>14</sup> Preferencia incluso respecto de la transformación de contratos temporales de otros empleados en fijos, como indica la STS 31 de mayo de 2022 (RJ 2022,3613).

<sup>15</sup> SSTS 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997,9559), 6 de octubre de 2005 (RJ 2005,105) y 3 de diciembre de 2009 (RJ 2009,8040).

<sup>16</sup> SSTS 4 de febrero de 2015 (RJ 2015,771) y 31 de mayo de 2022 (RJ 2022,3613).

<sup>17</sup> STS 18 de enero de 2022 (RJ 2022,418).

<sup>18</sup> Entre otras muchas, SSTS 23 de diciembre 1997 (RJ 1997,9559) y 31 de mayo de 2022 (RJ 2022,3613).



Si ante la petición de retorno la empleadora deja claro de manera directa o indirecta su voluntad de extinguir la relación jurídico-laboral<sup>19</sup>, el tratamiento que debe darse a esta decisión empresarial es el propio de un despido. La doctrina de la Sala Cuarta distingue así entre los casos de negativa radical a la restauración de la relación laboral y aquellos otros en los que, simplemente, se deniega la incorporación en el momento en que se solicita<sup>20</sup>.

Además, si por convenio colectivo se hubiera mejorado el régimen legal acordando la reserva de puesto de trabajo en la excedencia voluntaria, entonces la negativa al reingreso por parte de la empresa no podría estar basada en la inexistencia de vacante; por lo que constituiría una expresión de la voluntad empresarial de extinguir el contrato, es decir un despido<sup>21</sup>. E igualmente, en cuanto a otros tipos de excedencia con reserva de puesto de trabajo que puedan diseñar los convenios haciendo uso de la facultad que les confiere el art. 46.6 ET<sup>22</sup>.

En todo caso, concurriendo despido resultaría aplicable el ya citado art. 267.1 a) 3º LGSS, que incluye la extinción de la relación laboral por dicha causa entre las situaciones legales de desempleo.

Una vez constatada la condición de encontrarse en situación legal de desempleo, el siguiente paso para reconocer el derecho a la prestación por desempleo, en el supuesto de despido tras la finalización de la excedencia voluntaria, consistiría en dirimir si se cumplen el resto de requisitos que recoge el art. 266 LGSS.

El primero de ellos es el de “*Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen*”. Pues bien, lo cierto es que la persona trabajadora que ha disfrutado de una excedencia voluntaria y a su finalización no ha llegado a reincorporarse a la empresa no se encuentra en alta ni en situación asimilada al alta.

Recuérdese que a efectos de la prestación por desempleo constituyen situaciones asimiladas al alta las excedencias forzosas y por cuidado de hijos y familiares, pero no las voluntarias, tal y como se desprende del art.

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, alegando que “no se prevé la existencia de vacante de su grupo profesional, ni ahora ni en el futuro. En consecuencia, consideramos extinguida, y a todos los efectos, la relación laboral”, tal y como sucede en la STS 13 de marzo de 2003 (RJ 2003,3811). O porque simplemente no se acepta su reincorporación a la empresa, como en la STS 19 de diciembre de 2011 (RJ 2012,109).

<sup>20</sup> STS 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008,1032). La diferencia entre ambas actitudes empresariales (alegar que no hay vacantes o bien negarse al reingreso del trabajador) la expresa también muy claramente la STSJ Castilla y León 18 octubre 2019 (JUR 2019\313249), aclarando que el primer caso no equivale a un despido.

<sup>21</sup> STS 26 de octubre de 2016 (RJ 2016,5600).

<sup>22</sup> *Vid.* al respecto LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Permisos por enfermedad grave o fallecimiento de parientes, asistencia a consultas médicas y excedencias”, en VV.AA.: *Tiempo de trabajo y salario en la negociación colectiva sectorial estatal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, págs. 216 y ss.

36.1 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas<sup>23</sup>.

Consecuencia de lo anterior sería que a pesar de su consideración como despido, la extinción del contrato por voluntad de la empresa tras la excedencia voluntaria no implicaría el derecho a la protección por desempleo, por incumplimiento del requisito del alta, requisito general de acceso a las prestaciones contributivas proclamado en el art. 165.1 LGSS.

Aclárese que aun en el caso de que se reconozca en conciliación la impropiedad del despido y el pago de la indemnización correspondiente, ello no conlleva la obligación de dar de alta al trabajador, por lo que no nacería el derecho a la protección por desempleo<sup>24</sup>.

Algún autor añade el argumento de que no se ha producido realmente “la pérdida de un empleo actual y la consiguiente disminución de ingresos”<sup>25</sup>, lo que excluiría la protección por desempleo teniendo en cuenta que el art. 262 LGSS la hace corresponder a quienes “pierdan su empleo”.

Ahora bien, conviene dar cuenta de que el Tribunal Supremo ha afirmado, en un supuesto en el que existía vacante y la empresa despidió al excedente voluntario que solicitaba el reingreso en lugar de proceder a su readmisión, que el trabajador despedido tiene derecho a la protección por desempleo, con el argumento de que la empresa ha incumplido sus obligaciones al no readmitirlo injustamente; y que si las hubiera cumplido se habría producido el reingreso del trabajador (pues existía vacante) y se le habría dado de alta en la Seguridad Social. Por lo tanto, y teniendo en cuenta la automaticidad del derecho a las prestaciones por desempleo en los supuestos de incumplimiento empresarial de las obligaciones de alta y cotización, se proclama el derecho del solicitante a lucrar la prestación por desempleo, en la Sentencia de 14 de marzo de 2019<sup>26</sup>.

Piénsese que el resultado sería distinto, a los efectos de la protección por desempleo, si el trabajador en excedencia voluntaria hubiera conseguido reincorporarse a la prestación de servicios y, un día después y habiendo sido ya dado de alta por la empleadora, hubiese recibido notificación de su despido<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. *Vid.* también al respecto BARRIOS BAUDOR, G.: *Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 135: “Fuera queda, sin embargo, la situación de excedencia voluntaria, sin que además la suscripción del Convenio Especial común permita a quien se encuentre en tal situación acceder a la prestación por desempleo”.

<sup>24</sup> SSTSJ Andalucía 12 de abril de 2002 (AS 2002,2649) y Madrid 25 de noviembre de 2009 (AS 2009,2695).

<sup>25</sup> GARCÍA ORTEGA, J.: “Incidencia de la excedencia voluntaria en la protección por desempleo”, *cit.*, pág. 649.

<sup>26</sup> RJ 2019,1666.

<sup>27</sup> Desde el punto de vista de la voluntad del trabajador de retornar a su puesto, en este punto cabe llamar la atención sobre el hecho de que si el trabajador consigue reincorporarse y a continuación fuerza su despido disciplinario tendrá acceso a la prestación por desempleo, pero no si opta por no reincorporarse tras la excedencia. Resulta interesante al respecto el supuesto

En tal caso no habría obstáculo alguno para que se le concediera la prestación, siempre y cuando cumpliera los demás requerimientos establecidos en el art. 266 LGSS, incluyendo el de “*Tener cubierto el periodo mínimo de cotización a que se refiere el artículo 269.1, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar*”.

Con referencia a este periodo de los seis años anteriores, conviene advertir de que según ha aclarado la jurisprudencia, el tiempo de permanencia en excedencia voluntaria no se excluye de los últimos seis años que han de tomarse en cuenta; en otros términos no se aplica la doctrina del paréntesis, a diferencia de lo que sucede en las excedencias forzosas y por cuidado de hijos<sup>28</sup>. Dicha inaplicación de la doctrina del paréntesis se explica porque precisamente en el caso de excedencia voluntaria “no se aprecia continuidad de voluntad de permanencia en el mercado de trabajo”<sup>29</sup>.

En otro orden de cosas, se ha planteado también qué sucede con el trabajador que tras una excedencia voluntaria se encuentra a la espera de vacante, en el caso de que se produzca un despido colectivo en la empresa y el excedente cumpla los criterios establecidos para verse incluido entre los afectados por el ERE. Al respecto, la Sala Cuarta ha negado que tenga derecho a percibir la indemnización por despido, considerando que la finalidad de dicha indemnización es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Tal daño “se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso “expectante”, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes”<sup>30</sup>. Sentado lo anterior es claro que tampoco tendría derecho a la prestación por desempleo, porque al no estar incluido en el despido colectivo no se encontraría en situación legal de desempleo, al margen de no cumplir tampoco el requisito del alta o situación asimilada.

---

examinado en la STSJ Asturias 12 de junio de 2019 (AS 2020,559), en la que es preciso dirimir si se aprecia dimisión de la trabajadora (por no reincorporarse a su puesto tras la excedencia), o bien un despido disciplinario por faltas de asistencia.

<sup>28</sup> “Procede retrotraer el periodo de los seis años anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar”, en los términos de la STSJ Cataluña 31 de mayo de 2002 (AS 2002,1994), referente a una excedencia por cuidado de familiares. *Vid.* al respecto el art. 4 Ley 4/1995, de 23 de marzo, que regula el permiso parental y por maternidad en materia de excedencia para el cuidado de los hijos.

<sup>29</sup> STS 4 de abril de 2011 (RJ 2011,3697), comentada por ALVAREZ CORTÉS, J. C. y GUIX GONZÁLEZ, M. J.: “Excedencia voluntaria y situación legal de desempleo...”, cit. *Vid.* también GARCÍA ORTEGA, J.: “Incidencia de la excedencia voluntaria en la protección por desempleo”, cit., págs. 648 y 649.

<sup>30</sup> SSTs de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000,9676), 26 de octubre de 2006 (RJ 2006,6685), 24 de junio de 2008 (RJ 2008,5368) y 18 de enero de 2022 (RJ 2022,418).

### C) No solicitud del reingreso por parte de la persona trabajadora tras la excedencia voluntaria, o solicitud extemporánea:

Cuando está próximo a finalizar el plazo fijado para la excedencia voluntaria, el trabajador ha de solicitar su reingreso. Si no lo hace se entiende que ha renunciado a su puesto de trabajo, con las mismas consecuencias que una baja voluntaria.

Aunque el art. 46 ET nada dispone al respecto, los convenios colectivos pueden establecer la obligación de que la persona trabajadora solicite el reingreso con una determinada antelación<sup>31</sup>; e incluso en ocasiones, prescribir que la inobservancia de tal preaviso tenga como consecuencia la pérdida de la opción de reingreso. Al respecto la jurisprudencia ha aclarado que, si el convenio establece un preaviso pero no contempla ningún efecto para su incumplimiento, no puede entenderse que su omisión determine la pérdida del derecho al reingreso<sup>32</sup>; pero por el contrario, si el convenio ha previsto la pérdida del derecho al reingreso en caso de incumplir el plazo, y siempre que este sea razonable, “tal drástica medida no se considera exorbitante ni desproporcionada, ni la consecuencia es ilegal”<sup>33</sup>.

En cualquier caso, la no solicitud del reingreso en el plazo que en cada caso esté establecido, supondrá la pérdida del derecho preferente al reingreso y la consecuente extinción del contrato por dimisión del trabajador. Consideración que descarta radicalmente la posibilidad de obtener prestaciones por desempleo. Conviene recordar, además, que el art. 267.2 d) LGSS rechaza explícitamente que se califiquen como situación legal de desempleo aquellos supuestos en que los solicitantes “no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente”.

### D) Pérdida involuntaria de un segundo empleo durante la excedencia voluntaria del primero:

Sin embargo, debe reconocerse el derecho a la prestación por desempleo cuando el empleado situado en excedencia voluntaria ha estado trabajando en otra empresa durante la misma, y este segundo contrato se extingue por causas ajenas a su voluntad antes de que finalice el plazo de la excedencia.

La jurisprudencia entiende que concurre situación legal de desempleo en este caso, teniendo en cuenta el carácter involuntario del cese en el segundo

<sup>31</sup> Al respecto, LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Permisos por enfermedad grave o fallecimiento de parientes, asistencia a consultas médicas y excedencias”, cit., pág. 210.

<sup>32</sup> STS 24 de febrero de 2011 (RJ 2011,2980) y 29 de septiembre de 2014 (RJ 2014,5133).

<sup>33</sup> STS 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002,20678). *Vid.* al respecto GARCÍA ORTEGA, J.: “Incidencia de la excedencia voluntaria en la protección por desempleo”, cit., pág. 645-646; y POQUET CATALÀ, R.: “Debate en torno al reingreso en la excedencia voluntaria”, cit., pág. 153\_

empleo<sup>34</sup>. La persona trabajadora en esta circunstancia no puede reingresar en la primera empresa hasta que haya transcurrido el periodo por el que fue concedida su excedencia<sup>35</sup> (y siempre que haya vacante), y ha perdido el segundo trabajo en contra de su intención<sup>36</sup>.

De cualquier modo, si la duración de la prestación por desempleo supera a la de la excedencia, el solicitante cobrará la prestación hasta el plazo de terminación de dicha excedencia. En ese momento deberá pedir su reincorporación a la empresa y esperar la respuesta (perdiendo el derecho a las prestaciones en caso de no intentarlo). Si aquella manifiesta la imposibilidad de aceptar la reincorporación, podrá continuar percibiendo la prestación, “hasta su total consumo o hasta que reciba ofrecimiento empresarial de incorporación a vacante adecuada”<sup>37</sup>.

También se protege la situación en que se pierda el segundo empleo una vez que ya haya transcurrido el plazo fijado para la excedencia voluntaria; exigiéndose al solicitante de la prestación que haya solicitado el reingreso en la empresa<sup>38</sup>.

Cabe afirmar por lo tanto que “la falta de presentación de la solicitud de reincorporación podría impedir, en algunos casos, el acceso a la prestación por desempleo, pero también, en otros, determinar la extinción de una prestación reconocida”<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Entre otras: SSTS 24 marzo 2001 (RJ 2001,4111), 29 diciembre 2004 (RJ 2005,5258) y 5 marzo 2019 (RJ 2019,1513).

<sup>35</sup> De hecho, la empresa puede denegarle el reingreso independientemente de que exista vacante o no, con fundamento en que no ha transcurrido el tiempo fijado para la excedencia voluntaria. Al respecto, afirma la STS 24 de marzo de 2001 (RJ 2001,4111): “la persona que se encuentra en excedencia voluntaria no siempre puede solicitar, de forma válida y eficaz, su reingreso al servicio activo, puesto que tal clase de solicitud solo podrá formularse con respecto al momento en que termine el plazo por el que se le concedió dicha excedencia, o en aquellos casos, muy poco frecuentes, en que se pacta explícitamente la posibilidad de solicitar el empleado en cualquier momento el reingreso al servicio activo, sin restricción temporal alguna”.

<sup>36</sup> “Al quedar en excedencia voluntaria no se beneficia de la prestación por desempleo, pero si accede a otro trabajo, al cesar en el mismo, puede lucrar dicha prestación si concurren los requisitos exigidos para ello, sin que pueda considerarse voluntariedad en la situación de paro el hecho de hallarse en dicha excedencia en otra empresa”, afirma la STSJ 17 de febrero de 2000 (AS 2000,1312): Además, “no existe precepto alguno que someta al trabajador, en los pleitos por desempleo, a justificar las razones por las que abandonó voluntariamente la anterior empresa”, añade la STSJ Comunidad Valenciana 6 de marzo de 2009 (AS 2009,1150).

<sup>37</sup> GARCÍA ORTEGA, J.: “Incidencia de la excedencia voluntaria en la protección por desempleo”, cit., pág. 653.

<sup>38</sup> Según afirma la STS 24 de marzo de 2001 (RJ 2001,4111): “Tampoco existirá ningún impedimento para considerarlo incluido en la situación legal de desempleo en aquellos casos en que el interesado acreditada que formuló en tiempo oportuno la solicitud de reingreso, pero tal solicitud no ha sido atendida por la correspondiente empresa u organismo público”.

Y así lo indica el SEPE en su página web.

<https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/FAQS/requisitos-acceso-prestaciones/excedencia-voluntaria-cobrar-prestacion.html>

<sup>39</sup> CUENCA ALARCÓN, M.: “Prestación por desempleo y situación de excedencia: el control de la involuntariedad”, *Relaciones Laborales*, tomo II, 2001, pág. 491, que cita entre otras la

Ahora bien, lo que no cabe exigir al trabajador que presta servicios en un segundo empleo durante la excedencia y lo pierde en contra de su voluntad, es que solicite el reingreso en la primera empresa, si todavía no ha transcurrido el plazo fijado para la excedencia; es decir no cabe exigirle la solicitud anticipada de reingreso, como condición para acceder a la protección por desempleo, tal y como ha aclarado la Sala Cuarta del TS<sup>40</sup>.

En sentido opuesto, puede acontecer que quien se encuentra en la circunstancia descrita y está percibiendo la prestación por desempleo como consecuencia del cese en la segunda empresa, se retrase a la hora de pedir su reingreso en la primera; es decir que cumpla con esta obligación pero una vez que ya ha transcurrido el plazo de la excedencia. Según ha afirmado alguna sentencia de suplicación, el dato relevante aquí será la demostración de que efectivamente tiene intención de reingresar, lo que es expresivo de la involuntariedad en su situación de desempleo. Ello, aun cuando inadvertidamente haya podido dejar pasar el plazo que tenía fijado para solicitar el reingreso<sup>41</sup>.

Mientras que si por el contrario, no plantea el reingreso una vez finalizado el plazo de la excedencia, y lo que solicita es una prórroga de la misma, es claro que no tendrá derecho a la prestación por desempleo<sup>42</sup>.

Según ha quedado expuesto, iniciar un segundo empleo en otra empresa durante la excedencia voluntaria puede abrir la puerta al percibo de prestaciones por desempleo. Ahora bien, es evidente que dicha protección nunca entrará en juego si la entidad gestora aprecia la presencia de ánimo fraudulento.

Y es que obviamente, el contrato sucesivo puede haberse concertado con el único objetivo de causar derecho a las prestaciones, como por ejemplo en la celebración de un contrato temporal con la misma empresa en que se reconoció la situación de excedencia voluntaria<sup>43</sup>; o cuando el trabajador se sitúa en excedencia respecto de un trabajo indefinido y a jornada completa, para aceptar otro temporal y/o a tiempo parcial o con condiciones sensiblemente menos ventajosas<sup>44</sup>.

Al respecto conviene recordar que el fraude no se presume, pero su exis-

---

STSJ Galicia 12 de noviembre de 1999 (AS 1999,6573).

<sup>40</sup> STS 24 de marzo de 2001 (RJ 2001,4111): “si no ha transcurrido todavía el plazo inicial de la excedencia que le impide solicitar la reincorporación al primer trabajo, en el que ésta le fue concedida, no existe, por tal causa, obstáculo alguno que le impida estar comprendido en la situación legal de desempleo [...] si el plazo de la excedencia convenido todavía no está próximo a su fin, la solicitud de reingreso del trabajador carece por completo de efectividad, pues la empresa no está obligada a tomar en consideración tal clase de peticiones hasta el momento en que ese plazo haya concluido”. En el mismo sentido, STS 29 de diciembre de 2004 (RJ 2005,5258). Al respecto *vid.* GARCÍA ORTEGA, J.: “Incidencia de la excedencia voluntaria en la protección por desempleo”, pág. 652.

<sup>41</sup> STSJ Islas Canarias 4 de octubre de 2004 (JUR 2004,304360).

<sup>42</sup> STSJ Cataluña 14 de abril de 2009 (AS 2009,2093).

<sup>43</sup> STSJ Castilla y León 31 de enero de 2000 (AS 2000,222).

<sup>44</sup> *Vid.* al respecto GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La excedencia voluntaria laboral*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 100.

tencia puede deducirse de una serie de hechos que actúan como indicios. En todo caso, es preciso examinar la concurrencia de tales indicios en cada supuesto concreto. Así por ejemplo, puede no haber ánimo fraudulento en una situación en que una trabajadora pide excedencia voluntaria en su empresa para suscribir un contrato temporal con la misma, con la finalidad de trabajar en distinta ciudad y por razones familiares<sup>45</sup>. Y es que no siempre el paso a la excedencia desde un contrato indefinido para aceptar otro de carácter temporal tiene que implicar necesariamente intención fraudulenta<sup>46</sup>.

Finalmente, se ha planteado en alguna ocasión qué sucede cuando el trabajador que estaba en excedencia voluntaria de su primera empresa comienza una nueva relación laboral, pero esta se extingue por desistimiento durante el periodo de prueba antes de que transcurra el plazo de tres meses al que alude el art. 267.1 a) 7º LGSS. El Tribunal Supremo ha aclarado que en tal caso sí procede reconocer la prestación contributiva por desempleo; ya que el trabajador está en desempleo real, debido al cese acaecido durante el período de prueba (tras haber solicitado voluntariamente la excedencia en la empresa anterior). No resulta aplicable la regla de exclusión de la protección que recoge el citado art. 267.1 a) 7º, porque este precepto alude a la “*extinción de la relación laboral anterior*”, mientras que la excedencia voluntaria se considera un supuesto de suspensión del contrato y no de extinción. No existiendo prueba de fraude alguno, y siendo el desistimiento un cese por decisión unilateral del empleador, “constituye el supuesto general de situación legal de desempleo”<sup>47</sup>.

### 3. EXCEDENCIAS FORZOSAS Y POR CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES

Cuando una excedencia forzosa llega a su fin, dispone el art. 46 ET que se deberá solicitar el reingreso dentro del mes siguiente al cese en el cargo público o sindical que la motivó. En cuanto a la excedencia por cuidado de hijos o familiares, legalmente se establece que la solicitud de reincorporación a la empresa ha de formularse con carácter previo a su fecha de terminación<sup>48</sup>.

Como se sabe, en ambas clases de excedencia el trabajador tiene garantizada la reserva de su puesto de trabajo en la empresa; con la salvedad de que en la excedencia por cuidado de hijos o familiares que haya sobrepasado de-

---

<sup>45</sup> STSJ Cantabria 30 de abril de 2002 (JUR 2002,3509).

<sup>46</sup> “No cabe presumir por la mera sucesión de contratos descritos, y sin ninguna circunstancia adicional relevante, la existencia de fraude”, en palabras de la STSJ Comunidad Valenciana 6 de marzo de 2009 (AS 2009,1150).

<sup>47</sup> STS 5 marzo 2019 (RJ 2019,1513).

<sup>48</sup> Sin perjuicio de que los convenios colectivos pueden establecer una determinada antelación para efectuar la solicitud de reincorporación; *vid.* LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Permisos por enfermedad grave o fallecimiento de parientes, asistencia a consultas médicas y excedencias”, *cit.*, pág. 210.

terminada duración ese puesto de trabajo puede no ser el mismo que ocupaba con anterioridad (art. 46.3 ET).

Además de esta sustancial diferencia respecto del régimen de la excedencia voluntaria, existe otra disimilitud que resulta especialmente relevante desde la perspectiva de la protección por desempleo, y es la consideración de las excedencias forzosas y por cuidado de hijos y familiares como situaciones asimiladas al alta.

En efecto, según se ha afirmado ya anteriormente, el art. 36.1 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas (Real Decreto 84/1996, de 26 de enero) dispone que continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes se encuentren en excedencia forzosa o en situación de excedencia para el cuidado de hijos (al que cabe equiparar la excedencia por cuidado de familiares). Consecuentemente, la persona trabajadora que se encuentra en una excedencia de estos dos tipos y sea despedida, no será excluida de la protección por desempleo por incumplir del requisito del alta, a diferencia de lo que sucede durante la excedencia voluntaria.

Nótese que la consideración de la excedencia como situación asimilada al alta se corresponde expresamente con los dos tipos de excedencia aludidos, pero no es ampliable a otros supuestos: por ejemplo una excedencia voluntaria que conlleve derecho a reserva del puesto de trabajo por disponerlo así el convenio colectivo o el contrato, u otros tipos de excedencia colectivamente acordados en aplicación del art. 46.6 ET.

Tratándose de excedencia forzosa o por cuidado de hijos o familiares, téngase presente además que siempre que la extinción del contrato sea calificable como despido, entrará en juego el art. 267.1 a) 3º LGSS que configura todos los despidos como situación legal de desempleo<sup>49</sup>; fácilmente se aprecia por tanto la especial relevancia que cobra en estas modalidades de excedencia la determinación de los supuestos que constituyen despido, en contraposición a otras causas de extinción del contrato.

En este sentido, la doctrina de suplicación ha afirmado en alguna ocasión que cuando la empresa no se niega al reingreso tras la excedencia forzosa de forma expresa, sino que actúa demorando la incorporación mediante excusas y haciendo caso omiso de la solicitud del trabajador, “no se produce un despido en puridad, pues de dicha actuación empresarial no se deduce una voluntad unilateral de dar por extinguida la relación laboral, de tal forma que la acción adecuada no sería la del despido, sino el procedimiento ordinario”<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Huelga decir que siempre y cuando el despido suponga la extinción del contrato y no se produzca la readmisión del trabajador, como ocurre por ejemplo en la STSJ Murcia 14 de abril de 2008 (AS 2008,1700), en que el despido del excedente forzoso se declara nulo.

<sup>50</sup> STSJ Islas Baleares 18 de octubre de 2017 (AS 2017,1991). *Vid.* al respecto POQUET CATALA, R.: *Últimos Perfiles de la Excedencia Laboral*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 71.



También puede suceder que la persona trabajadora solicite el reingreso alegando que ha finalizado su excedencia forzosa, y ante la negativa de la empresa se acabe dictaminando judicialmente que nunca existió tal excedencia, sino que el contrato se había extinguido tiempo atrás por dimisión del trabajador<sup>51</sup>.

Por otra parte, si el reingreso se lleva a cabo en condiciones de trabajo sustancialmente distintas a aquéllas que el empleado tenía reconocidas antes de la excedencia, es decir si se produce una reincorporación irregular, el trabajador tiene derecho a reclamar judicialmente que la empresa lo reponga en sus condiciones iniciales. Ello, salvo que se trate de una modificación sustancial de condiciones de trabajo que pueda considerarse justificada, aplicando las reglas del art. 41 ET; en cuyo caso la persona trabajadora que vuelve de la excedencia tendrá las opciones que establece el apartado 3 del citado art. 41 ET, incluyendo la rescisión indemnizada de su contrato cuando se den los requisitos en él establecidos. Elección que le conducirá, a su vez, a la situación legal de desempleo prevista en el art. 267.1 a)5º LGSS<sup>52</sup>.

Lo mismo cabe afirmar cuando la reincorporación se lleve a cabo en otra ubicación geográfica distinta que requiera cambio de domicilio, en cuyo caso será aplicable la ordenación de los traslados contenida en el art. 40 ET<sup>53</sup>.

En otro orden de cosas, si el trabajador excedente no solicita el reingreso al puesto de trabajo en el plazo establecido, esta omisión equivale a una dimisión voluntaria de su puesto de trabajo, por lo que obviamente carecerá de la protección por desempleo. Esta regla se proclama en el art. 267.2 d) LGSS y es aplicable igualmente a los distintos supuestos de suspensión del contrato de trabajo enumerados en el art. 45 ET. En otras palabras, si al finalizar la incapacidad temporal, la suspensión por nacimiento y cuidado de menor, etc. el trabajador no se reincorpora a su puesto de trabajo, su comportamiento equivale a un abandono voluntario del empleo<sup>54</sup>.

Conviene advertir que también es posible que se produzca el despido del trabajador cuando aún sigue vigente la excedencia forzosa o por cuidado de hijos o familiares; por ejemplo si ha incumplido alguna de las obligaciones que integran la buena fe contractual y es objeto de despido disciplinario, o si la empresa lleva a cabo un despido colectivo o por causas objetivas.

---

<sup>51</sup> STSJ La Rioja 15 de abril de 2008 (AS 2008,1907).

<sup>52</sup> *Vid.* al respecto BARRIOS BAUDOR, G. L.: “La reserva del puesto de trabajo referida al grupo profesional o categoría equivalente en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2000 y POQUET CATALÁ, R.: “Excedencia por razones familiares: Régimen jurídico y puntos críticos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8, 2012.

<sup>53</sup> Un ejemplo en la STSJ Comunidad Valenciana 13 de mayo de 2020 (AS 2021,319).

<sup>54</sup> En relación con esta cuestión cabe recordar que según establece el art. 267.3 c) LGSS, para percibir la prestación por desempleo tras el cese en un cargo público de los previstos en los apartados e) y f) del art. 264.1 LGSS, el solicitante debe demostrar que no se halla en excedencia forzosa, ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

Por esta vía el trabajador quedaría inserto en una de las situaciones legales de desempleo incluidas en el art. 267 LGSS, como es el despido. Y estaría en situación asimilada al alta, según se ha indicado. Consiguientemente el acceso a la protección por desempleo dependería entonces del cumplimiento del resto de requisitos exigidos en el art. 266.

Por otra parte, no conviene olvidar que durante la excedencia por cuidado de hijos o familiares cabe la posibilidad de que el trabajador preste servicios para otra empresa, en condiciones que resulten compatibles con dicho cuidado. Al respecto, el Tribunal Supremo tiene declarado que el art. 46.3 ET no prohíbe expresamente la realización de cualquier trabajo remunerado durante la excedencia por cuidado de hijos, debiéndose admitir aquéllos que resulten compatibles con el cuidado del menor<sup>55</sup>. En tales circunstancias, si se pierde involuntariamente ese segundo empleo cuando aún no ha finalizado el plazo fijado para la excedencia cabe sostener que no hay razón para negar la concurrencia de situación legal de desempleo, y por tanto el acceso a la protección en caso de reunir los otros requisitos fijados<sup>56</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La vigente ordenación de la protección por desempleo no contiene alusiones específicas a las situaciones de excedencia laboral, por lo que se deben aplicar las reglas generales para determinar en qué casos tiene derecho a la prestación por desempleo el solicitante que se encuentra en una etapa de excedencia o acaba de finalizarla.

Obviamente, la primera cuestión que para ello se debe dirimir es la concurrencia o no de situación legal de desempleo. Según se ha puesto de manifiesto, no se considera como tal la situación en que una vez finalizada la excedencia voluntaria, la empresa deniega la reincorporación alegando ausencia de vacante, con base en la ausencia del requisito de la involuntariedad que siempre se exige a quien pretende lucrar prestaciones por desempleo. El mismo tratamiento se da a todas las posibles respuestas empresariales a la solicitud de reingreso que no evidencien radicalmente la intención de extinguir el vínculo jurídico-laboral, incluyendo el silencio.

No constituyen situación legal de desempleo, sino que se consideran dimisión del trabajador, aquellos supuestos en que no se haya solicitado la reincorporación en el plazo fijado, salvo que resulte claramente apreciable la intención del trabajador de retornar pese a su falta de diligencia en el cumplimiento del plazo.

<sup>55</sup> STS 10 de febrero de 2015 (RJ 2015,673). *Vid.* al respecto POQUET CATALÀ, R.: “Excedencia por razones familiares: Régimen jurídico y puntos críticos”.

<sup>56</sup> Como sucede en la STSJ Madrid 10 de junio de 2003 (AS 2003,3487); aborda esta resolución un supuesto ciertamente particular ya que la trabajadora, encontrándose en excedencia de un trabajo a tiempo parcial, prestaba servicios a tiempo completo.

Pero de todos modos la concurrencia de situación legal de desempleo no es suficiente para obtener las prestaciones, pues el solicitante debe reunir todas las demás condiciones establecidas en el art. 266 LGSS.

Consideración aparte merecen los casos en los que, tras situarse en excedencia el trabajador comienza una nueva relación laboral, que finaliza por causa que no le es imputable. Esta última extinción puede abrir la puerta a la percepción de prestaciones por desempleo, con la condición de que se solicite el reingreso en la primera empresa, desde el momento en que sea posible por haber transcurrido el plazo fijado para la excedencia.

De todas maneras, la comparación entre los supuestos a los que nuestro sistema otorga la protección por desempleo y aquellos que quedan extramuros, ya sea por no concurrir la involuntariedad en la pérdida del empleo o por incumplimiento del requisito del alta, arroja algunos resultados llamativos. Así por ejemplo, si un trabajador no se reincorpora a su puesto de trabajo tras una excedencia no tendrá derecho a la prestación por desempleo; pero sí se le protegerá en caso de que se reincorpore y a continuación se ausente injustificadamente, para ser objeto de un despido disciplinario procedente. Y tampoco estará protegido si optó por una excedencia voluntaria, para realizar estudios por ejemplo, y su expectativa de reincorporarse a la empresa se ve truncada, ya que no podrá lucrar prestaciones por desempleo por no estar en situación de alta ni asimilada.

Cuenca, 25 de mayo de 2023



LA CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN  
POR DESEMPLEO COMO MECANISMO DE FOMENTO  
DE LAS COOPERATIVAS Y LAS SOCIEDADES LABORALES

ALEXANDRA LENIS ESCOBAR  
*Profesora sustituta interina / Investigadora predoctoral*  
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA  
*alexandra.lenis@uco.es*  
SEJ-117-UCO

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 1.2. Actualidad de la economía social como medio de creación y mantenimiento de empleo decente y resiliente. 2. LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO EN COOPERATIVAS Y SOCIEDADES LABORALES EN ESPAÑA. 2.1. Justificación de la promoción de las cooperativas y sociedades laborales. 2.2. Los incentivos para la incorporación de personas trabajadoras a entidades de la economía social. 3. CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO MARCO NORMATIVO. 3.1. Evolución histórica de la medida. 3.2. Marco normativo. *I. Contenido esencial. II. Requisitos. III. Obligaciones.* 4. ÚLTIMAS REFORMAS EN LA MATERIA. 4.1. Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. 4.2. 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. 5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR TRAS LAS REFORMAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

La crisis social y económica derivada de la situación sanitaria provocada por la COVID-19, desaceleró los efectos de la incipiente recuperación económica de la anterior crisis financiera del año 2008 y ha puesto en situación de dificultad económica a muchas empresas del tejido productivo español<sup>1</sup>, produciéndose la destrucción de miles de empresas y puestos de trabajo, con cifras de récord histórico en disolución de empresas. Según los datos del INE, en 2022 se disolvieron más de 26.000 empresas en España, la cifra más alta de la serie histórica, desde 1995<sup>2</sup>. Ante este escenario, se hace necesario adoptar medidas innovadoras para contrarrestar los efectos no deseados en el mercado de trabajo.

Las empresas de la economía social, y dentro de ellas las sociedades laborales y cooperativas de trabajo asociado, son entidades especialmente adecuadas para conseguir empleo decente y de calidad, debido a los principios y valores que persiguen recogidos en la Declaración sobre la identidad cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) de 1995, valores como la autoayuda, democracia igualdad, equidad y solidaridad. Las cooperativas y sociedades laborales son empresas que contribuyen también a la sostenibilidad y gobernanza verde, dando alternativas a los retos medioambientales actuales<sup>3</sup>.

La capitalización de la prestación por desempleo para la incorporación como socios trabajadores o de trabajo estables en cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales no es una medida de reciente creación, dicha posibilidad aparece recogida desde la Ley 31/1984 de 2 de agosto, de protección por desempleo y el RD 1044/1985 de 19 de junio. Posteriormente, la Ley 31/2015 de 9 de septiembre incluyó importantes modificaciones, no obstante, su aplicación práctica no ha estado exenta de dificultades técnicas que, en ocasiones, obstaculizaban su pleno disfrute.

---

<sup>1</sup> ARCE H., O. *Evolución económica y financiera de España durante la crisis del Covid-19*. European Economics and Financial Centre (Londres). 2021, pp. 1.

<sup>2</sup> INE. Estadística de sociedades mercantiles diciembre 2022 y año 2022, datos provisionales. Nota de prensa.

<sup>3</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, C. *Workers participation and Green Governance*. Comparative Labor and Law & Policy Journal, 2018, vol. 40, pp. 91.

Tras los últimos pronunciamientos de instituciones europeas e internacionales, sobre la necesidad de fomentar la economía social como fuente de empleo decente y resiliente y las reformas estructurales en el mercado de trabajo realizadas en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; la economía social y solidaria está viviendo un momento único.

Las recientes modificaciones a la Ley de 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (LES), operadas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (LC) y la Ley 1/2023 de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, son un buen ejemplo de ello, pues han renovado la importancia de la capitalización de la prestación por desempleo como medida de fomento del empleo, dando un especial impulso al fomento de la economía social y solidaria.

Vista la relevancia y actualidad de la economía social como instrumento de activación del empleo de calidad en el escenario postpandemia, este trabajo pretende analizar el fomento del empleo en estas entidades, centrándose en las cooperativas de trabajo asociado y las sociedades laborales como tipos con especial trascendencia para el autoempleo colectivo.

## **1.2. Actualidad de la economía social como medio de creación y mantenimiento de empleo decente y resiliente**

– Panorama internacional.

Ya desde el año 2002 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de la Recomendación 193<sup>4</sup> exhortaba a los gobiernos a establecer una política y un marco jurídico favorables a las cooperativas. La crisis social producida por la COVID-19, ha traído una oleada de pronunciamientos en torno a la necesidad de impulsar la economía social y solidaria como medida de activación del empleo.

Entre los más recientes, se encuentra la Resolución relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria de 10 de junio de 2022, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo<sup>5</sup>. Entre los principios rectores para afrontar los retos recientes, alude a la necesidad de tomar en consideración la contribución de la economía social y solidaria para la consecución del trabajo decente, así como el reto que supone para este tipo de empresas el acceso a la financiación.

Por su parte, la Recomendación del Consejo sobre la Economía Social y Solidaria y la Innovación Social de 10 de junio de 2022 de la Organización

---

<sup>4</sup> R193- Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002.

<sup>5</sup> ILC. 110/ Resolución II



para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), insta a los gobiernos a facilitar el acceso a la financiación a las entidades de la economía social.

Destaca de forma especial la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Construir una economía que funcione para las personas: un Plan de Acción para la Economía Social*<sup>6</sup>, que insiste en que las entidades de la economía social aportan soluciones concretas e innovadoras, creando y manteniendo puestos de trabajo de calidad a la vez que contribuyen a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

La Comisión resalta la importancia particular de las cooperativas como herramienta de innovación social, a la vez que reconoce las dificultades que tienen para obtener inversiones en capital y apoyo financiero, crucial cuando se produce la compra por los trabajadores de una empresa como medida para preservar sus puestos de trabajo y la continuidad de la actividad. Adicionalmente, manifiesta la intención de proponer una Recomendación del Consejo sobre el desarrollo de un marco de condiciones para la economía social, cuya adopción está prevista para 2023.

En respuesta, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución de 6 de julio de 2022, sobre el Plan de acción de la Unión para la Economía Social<sup>7</sup>, donde destaca que la adquisición de empresas por parte de los trabajadores puede ser una posible solución para evitar la pérdida de puestos de trabajo, resultante de una reestructuración. También acoge favorablemente la propuesta de Recomendación, insistiendo en que debe tener como objetivo principal el refuerzo del marco jurídico y político de la economía social.

Finalmente, se espera que a lo largo del año 2023 se apruebe la Resolución de la Organizaciones de Naciones Unidas (ONU) sobre economía social, cuya propuesta está en fase de elaboración.

Las cuatro instituciones, OIT, UE, ONU y OCDE reconocen la contribución de la economía social, sus potencialidades en cuanto a la recuperación económica y señalan su relevancia para alcanzar los Objetivos de la Agenda 2030. Con todo, es innegable la importancia concedida a tener un marco normativo favorable a las empresas de la economía social y la puesta en marcha políticas que contribuyan a fomentar el empleo en este tipo de organizaciones.

#### *– Panorama nacional*

La promoción de la economía social y solidaria, se consolida como una herramienta de primer orden dentro de la política activa de empleo, que contribuye a alcanzar varios de los objetivos recogidos Ley de Empleo<sup>8</sup>. Estos objetivos están en armonía con los instrumentos de la política de empleo

---

<sup>6</sup> COM (2021) 778 final.

<sup>7</sup> 2021/2179 (INI).

<sup>8</sup> Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo. Entre los objetivos del art. 4 destaca *el impulso a la creación de empleos de calidad y estables... y el fomento de iniciativas de emprendimiento y*

nacional: la Estrategia Española de Apoyo activo al empleo (EEAE) y el Plan Anual de Política de Empleo (PAPE).

La EEAE 2021-2024 fija un objetivo vinculado a esta materia, el objetivo estratégico 2, que en sus objetivos específicos 1 y 2<sup>9</sup> y medidas propuestas, señala el importante papel que puede desempeñar la economía social en procesos de transformación productiva y en la recuperación de empresas mercantiles en riesgo de desaparecer como consecuencia de una crisis o por jubilación sin relevo generacional, a través de procesos de transmisión de empresas para su conversión en empresas de economía social.

Por su parte, el PAPE 2022 hizo suyos los objetivos de la EEAE 2021-2024 y los ejes del Art. 10 de la Ley de empleo vigente en aquel momento<sup>10</sup> –que son muy parecidos a los de la nueva Ley de Empleo–, recopila un catálogo de los servicios y medias concretas vigentes tanto en los SPE de las CCAA como en el SPE estatal.

En el ámbito de las políticas nacionales específicas de fomento de la economía social, podemos mencionar la Estrategia Española de Economía Social y Solidaria 2017-2020, que está pendiente de renovación para el periodo 2021-2027. La EEES propugnaba que la economía social puede ser un elemento clave para contribuir a la mejora de la capacidad de recuperación de la economía española, pues en destrucción de empleo el comportamiento de las entidades de la economía social en la anterior crisis económica fue notablemente menor que en otro tipo de entidades.

## 2. LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO EN COOPERATIVAS Y SOCIEDADES LABORALES EN ESPAÑA

### 2.1. Justificación de la promoción de las cooperativas y sociedades laborales

El art. 40 CE plasma la obligación de los poderes públicos de promover el progreso social y económico ... especialmente a través de una política orientada al pleno empleo. Pese a que el artículo 40 CE no hace mención explícita a las cooperativas, las mismas son una forma de organización empresarial cuyo fomento puede ser considerado una medida de promoción al progreso social y económico. Su promoción toma una especial relevancia respecto del diseño de políticas orientadas al pleno

---

*de economía social viables, mediante el desarrollo de actividades de prospección, asesoramiento, información y auditoría de la viabilidad de los proyectos.*

<sup>9</sup> Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. Objetivo estratégico 2 Coherencia con la transformación productiva.

<sup>10</sup> Véase RD- Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, de Empleo, derogado el 2 de marzo de 2023.

empleo, sobre todo en épocas de crisis económica y destrucción de empleo, donde se hace necesario implementar medidas que contribuyan a absorber las altas demanda de empleo, que no son absorbidas por el mercado de trabajo por cuenta ajena, fomentando el autoempleo en todas sus variantes.

Por su parte, el art. 129.2 CE establece que los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, lo que se traduce en la obligación de fomentar y proteger las cooperativas mediante la creación de un marco legal adecuado y mediante el establecimiento de medidas de apoyo y promoción específicas.

Es en el marco de estas dos previsiones constitucionales y su interrelación con la cláusula del Estado social del art. 1.1 CE, donde se encuadran la mayoría de las regulaciones con medidas de fomento y promoción de las cooperativas y sociedades laborales, que tienen la misma finalidad: contribuir a la promoción del progreso social y económico mediante el fomento de la diversidad empresarial y como medida de política dirigida al pleno empleo; así como facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción. Las cooperativas y sociedades laborales son mecanismos colectivizados de acceso a los medios de producción que respetan el sistema socio-económico consagrado en nuestra la constitución<sup>11</sup>.

## **2.2. Los incentivos para la incorporación de personas trabajadoras a entidades de la economía social**

Como se ha señalado anteriormente, una de las herramientas de la política de empleo en España, es el fomento del emprendimiento social. Entre los principales mecanismos para incentivarlo se encuentran las subvenciones para promover la constitución de entidades de la economía social; las bonificaciones y exenciones a cuotas de la Seguridad Social; la capitalización de la prestación por desempleo y el pago único de la prestación por cese de actividad para la incorporarse como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas y sociedades laborales ya creadas o de nueva creación; la capitalización del desempleo para la conversión de sociedades mercantiles en concurso en sociedades laborales o cooperativas. *Ver tabla 1.*

---

<sup>11</sup> DÍAZ DE LA ROSA, A. *Reflexiones a propósito del art. 129.2 de la Constitución Española*. AFDUDC, N.º 14, 2010, pp.19

TABLA 1. INCENTIVOS Y MEDIAS DE FOMENTO AL  
EMPREDIMIENTO SOCIAL EN ESPAÑA

<b>Medida</b>	<b>Descripción</b>
Subvenciones	Reguladas en el real Decreto 818/2021 <sup>12</sup> . Tras su aprobación, se sistematizó e integración en una única norma de las subvenciones existentes a nivel estatal y se regularon los aspectos esenciales de los programas comunes de activación para el empleo, si bien ello no impide la regulación de aspectos no esenciales por parte de las CCAA. Es habitual que las autonomías, en el marco de sus competencias en materia cooperativas y de fomento del desarrollo económico en sus territorios, tengan programas de promoción de SC* y SL*, como es el caso de Andalucía con el Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo, con un presupuesto destinado para el año 2022 de más de 3 millones de euros <sup>13</sup> que financia, entre otros gastos, la contratación de personal técnico y directivo especializado y la incorporación como personas socias trabajadoras o de trabajo <sup>14</sup> .
Bonificaciones y exenciones en cuotas de la seguridad social e incentivos a la contratación	En un primer momento resulta llamativa la extensión de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social para un colectivo que estrictamente no es considerado trabajadores por cuenta ajena <sup>15</sup> . No obstante, la Ley 27/99 de 16 de julio, de cooperativas <sup>16</sup> , recoge expresamente la posibilidad para los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y socios de trabajo de las otras clases de cooperativas. Fue incorporada de forma generalizada a todas las SC y SL, sin importar donde se realice su actividad con la Ley 53/2002 <sup>17</sup> , y se mantiene vigente tras la aprobación del Real Decreto-Ley 1/2023 que, en el Art. 7 determina los potenciales beneficiarios <sup>18</sup> . Por su parte, la Ley 5/2011 de 29 de marzo, de Economía Social (LES) hace referencia a las bonificaciones, tras la inclusión en el año 2015 <sup>19</sup> del artículo 9.1 a), que se mantiene tras la última reforma del artículo, introducida por el RD Ley 1/2023, aunque con una redacción simplificada, que remite a las cuantías que legalmente se establezcan.
Capitalización del desempleo y pago único de cese de actividad incorporación SC y SL.	En cuanto a este instrumento, recogido en el artículo 10 de la Ley 5/2011 LES, no nos detendremos en su desarrollo en este punto, puesto que se hará en un apartado posterior.
Capitalización del desempleo para conversión en SC o SL de empresas en concurso.	Se trata de una posibilidad recogida en el artículo 10 bis de la Ley 5/2011 de LES, artículo de reciente creación introducido mediante la Ley 16/2022 LC. Esta reforma pretende facilitar la adquisición por parte de los trabajadores de empresas en declaradas en concurso como medida de mantenimiento de sus puestos de trabajo. Este punto, al igual que el anterior, serán desarrollado de forma extensa en un apartado posterior.

\*SC: Sociedad Cooperativa . SL: Sociedad Laboral

Fuente: elaboración propia.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> 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. Sección 5.ª Programas del eje 5

Adicionalmente, existen otras medidas de fomento indirecto, entre las que se encuentran por ejemplo, el tratamiento fiscal diferenciado y a menudo más benévolo aplicado a cooperativas y sociedades laborales<sup>20</sup>, por entre otros motivos, su papel en la creación y mantenimiento del empleo como objetivo primordial<sup>21</sup>; o el tratamiento favorable otorgado en supuestos de adquisición de empresas por parte de las personas trabajadoras para la conversión en cooperativas o sociedades laborales, de empresas en concurso que han sido liquidadas<sup>22</sup>, a las que se les exime en muchos casos de la aplicación del art. 44 ET.

### 3. CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO MARCO NORMATIVO

#### 3.1. Evolución histórica de la medida

En cumplimiento del mandato constitucional contenido en los art. 40 CE y 129.2 CE, se incluyó el artículo vigésimo tercero en la Ley 31/1984 de 2 de agosto, de protección por desempleo; desarrollada en el RD 1044/1985, de 19 de junio por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe. Desde su primera regulación el programa se ha modificado en repetidas ocasiones, a golpe de ensayo y error<sup>23</sup>, estas modificaciones han sido descritas por diferentes autores<sup>24</sup> y no describiremos de

---

«Emprendimiento», Subsección 2.ª Programa de apoyo a la creación y al empleo en cooperativas y sociedades laborales. Artículos 82-84.

<sup>13</sup> Resolución de 11 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social, aprobada por Resolución de 16 de mayo de 2022.

<sup>14</sup> Orden de 6 de junio de 2014, bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Apoyo a la Promoción y el desarrollo de la economía Social para el empleo.

<sup>15</sup> ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *La constitución de una cooperativa de trabajo asociado y la incorporación de un nuevo socio como vías de emprendimiento colectivo*. Las cooperativas como instrumento de política de empleo ante los nuevos retos del mundo del trabajo. Dykinson, Madrid, 2022.

<sup>16</sup> Disposición adicional duodécima.

<sup>17</sup> Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2002, Artículos 47.1 y 47.3.

<sup>18</sup> Sección 3.ª Beneficiarios de los incentivos. Artículo. 7.

<sup>19</sup> Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social.

<sup>20</sup> SUBERBIOLA GARBIZU, I. *Beneficios fiscales de las sociedades laborales en la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas*. Revista Jurídica de Derechos Sociales. Vol. 7, 2, pp. 105.

<sup>21</sup> ALONSO RODRIGO, E. *Identidad, competitividad y creación de empleo: retos para una nueva fiscalidad de las cooperativas de trabajo asociado*. Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, 2016, pp. 75.

<sup>22</sup> Véase DE LA PUEBLA PINILLA, A. *Economía social y salvamento de empresas. La Ley concursal como telón de fondo*. RGDTSS, N.º 4, 2003; y PASTOR SEMPERE, C. *Transferencia de empresas a los trabajadores organizados en concurso: segunda oportunidad y pymes*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N.º 27, 2017.

<sup>23</sup> CABEZA PEREIRO, J. *El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación*. Revista de Derecho de la Seguridad Social, N.º 1, 2014, pp. 233.

<sup>24</sup> Para una descripción detallada, Véase MARTÍN LÓPEZ, S.; LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VEGAS, G. e ITURRIOZ DEL CAMPO, J. *Casística de acceso a la actualización de la prestación*

forma detallada cada una de ellas en este trabajo, pues excedería su extensión y objeto, pero si se hará una mención general a las principales líneas seguidas en su evolución normativa.

Las primeras regulaciones en la materia contenían estrictas exigencias tanto formales, como de acceso y destino de los fondos, entre las tendencias más restrictivas destacan la contenida DA 2ª de Ley 22/1992 de 30 de julio, que limitó la posibilidad de capitalizar la prestación por desempleo solo a aquellos colectivos que pretendieran formar parte de una cooperativa o sociedad laboral, abriéndose poco a poco la posibilidad a autónomos con discapacidad en los años siguientes. En esta misma línea están las reformas del año 2002, el RDL 5/2002 de 24 de mayo y posterior Ley 45/2002, de 12 de diciembre que supusieron nuevos límites, instaurando un sistema de porcentaje máximo que podía destinarse a inversión, estas reformas fueron muy criticada por el recorte de derechos que supusieron y por desvirtuar el carácter de la capitalización de la prestación por desempleo<sup>25</sup>.

La segunda línea seguida supuso una paulatina relajación de los requisitos para llegar a un mayor número de colectivos y flexibilidad de la medida, aumentando los porcentajes permitidos para inversión. Esta tendencia se aprecia desde la Ley 36/2003 de 11 de noviembre y se mantuvo en las reformas de los años posteriores, incluido el RDL 4/2013.

A las dos anteriores se añade una tercera línea, de tendencia aún más flexibilizadora, en la que se enmarcarían las reformas realizadas tras Ley 31/2015, de 9 de septiembre, que en su artículo tercero introduce un artículo propio en la Ley 5/2011 LES, que contiene la medida de capitalización de la prestación por desempleo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas.

Es a partir de la regulación contenida en el nuevo art. 10 de la Ley 5/2011 cuando se decide extender la posibilidad de capitalizar hasta el 100% de la prestación por desempleo para cualquier persona beneficiaria que pretenda incorporarse de forma estable como socio trabajador o de trabajo en una cooperativa o sociedad laboral. Esta tendencia flexibilizadora llega a su máxima expresión tras las últimas reformas del art. 10, introducidas por el la Ley 16/2022, de 5 de septiembre y el RD Ley 1/2023 de 10 de enero.

### 3.2. Marco normativo

Como se ha señalado anteriormente, la posibilidad de capitalizar la prestación por desempleo se encuentra recogida en el art. 10 de la Ley 5/2011,

---

*por desempleo: bases para un modelo de decisión.* CIRIEC, N.º 52, 2005, pp. 307-333 y Álvarez Cortés, J.C. y Plaza Angulo, J.J *El desempleo...* 2008 *op. cit.*

<sup>25</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PLAZA ANGULO, J.J *El desempleo...*, pp. 293. *op. cit.*

que reza en su redacción actual<sup>26</sup> que *la entidad gestora podría abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo, a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, independientemente de su duración o constituir las [...]*. A esta previsión habría que añadir el 10.bis, de reciente creación y que analizaremos en otro apartado. También resulta de aplicación a esta materia el art. 296.3 del TRLGSS aprobado por el RDL 8/2015 de 30 de octubre y las previsiones del RD 1044/1985 que no contradigan la legislación vigente. Del análisis de la normativa aplicable a la capitalización por desempleo, es posible extraer los siguientes puntos.

### I. Contenido esencial

- a) Se trata de una medida aplicable cuando se establezca en un programa de fomento del empleo<sup>27</sup>.

El art. 10.2 de la LES, señala “*el gobierno está facultado para modificarla mediante real decreto*”. Lo que implica que es una medida sujeta a cambios constantes y son los planes de fomento del empleo los que adaptan la medida a las circunstancias del mercado de trabajo.

- b) Es una herramienta de fomento de autoempleo y de fomento de la economía social, que consiste en la excepción a la regla general.

Se trata de una excepción a la regla general, de cobro mensual de la prestación por desempleo contributivo. Es una autorización, para el cobro atípico de la prestación por desempleo contributivo y no una prestación distinta en sí misma<sup>28</sup>.

- c) La incorporación como socio trabajador o de trabajo ha de ser de forma estable, en cooperativas o sociedades laborales ya constituidas o de nueva creación, aunque se haya mantenido una relación laboral previa.

No es posible capitalizar la prestación de desempleo para incorporarse a la cooperativa o sociedad laboral temporal, a priori esta ha de ser indefinida y que conlleve la prestación de trabajo personal y directo. Cosa distinta es que se permita solicitar el pago único, aunque se haya mantenido una vinculación laboral –de carácter temporal o indefinida–, con la cooperativa en la cual se va a adquirir la condición de socio trabajador.

---

<sup>26</sup> Según la versión vigente, la de Ley 31/2015, porque la introducida por el Real Decretoley 1/2023, de 10 de enero no entrará en vigor hasta el 01 de septiembre de 2023.

<sup>27</sup> Art 296.3 RDL 8/2015 de 30 de octubre, TRLGSS.

<sup>28</sup> VAL DE TENA, A. *Capitalización de la prestación por desempleo*. La protección por desempleo en España, XII Congreso Nacional de la AESSS. Laborum. Murcia, 2015, pp. 464.

- d) El abono de la prestación se hará por el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo que corresponda, y dicho importe podrá destinarse a distintas finalidades.

Es posible solicitar financiación de la cuantía necesaria para realizar las aportaciones obligatorias al capital, incluyendo la cuota de ingreso en caso de cooperativas o a adquirir acciones o participaciones en caso de sociedad laboral que den derecho a la condición de socio, incluida la cuota de ingreso y los pagos aplazados previstos en los estatutos de la cooperativa.

También son financiables con un límite del 15% del total de la cuantía a capitalizar, los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la cooperativa o sociedad laboral, que incluyen el pago de tasas, servicios de asesoría formación e información.

Finalmente puede destinarse el importe a la bonificación de cuotas a la seguridad social, que se hará en la cuantía mínima. Esta posibilidad puede solicitarse de forma conjunta a las dos posibilidades anteriores o una de ellas, en la cuantía restante hasta llegar al total de la prestación reconocida. En este caso se abonará con periodicidad mensual, una vez comprobado que la persona se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes que corresponde. También es posible solicitar que la cuantía se destine íntegramente y de forma exclusiva al abono mensual de las cuotas a la Seguridad Social.

## II. Requisitos

- a) Ser persona beneficiaria de una prestación contributiva por desempleo por cese total y definitivo de una relación laboral.

No todas las situaciones legales de desempleo contenidas en la LGSS dan derecho a la capitalización por desempleo, no dan acceso al pago único ni la suspensión del contrato, recogida en el art. 266.1 b) TRLGSS, ni la reducción de jornada y los periodos de inactividad de fijos discontinuos del art. 266.1 c) y d).

Además, no es posible capitalizar la prestación por desempleo no contributiva o asistencial. La capitalización de la prestación por desempleo es una medida de fomento del empleo limitada, que beneficia sobre todo a aquellas personas que han estado trabajando y cotizando de forma más o menos estable, por el contrario, aquellas personas que han trabajado bajo las reglas patológicas propias de nuestro mercado de trabajo, con alta temporalidad, subempleo y salarios bajos, se ven perjudicados: tienen mayores dificultades de acceso a la medida y menores cuantías a capitalizar dada la precariedad de sus cotizaciones<sup>29</sup>.

- b) No haber hecho uso de la capitalización por desempleo, en cualquiera de sus modalidades, en los cuatro años inmediatamente anteriores y

<sup>29</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PLAZA ANGULO, J.J *El desempleo...*, pp. 291. *op. cit.*



tener pendiente de recibir a fecha de solicitud del pago único, al menos tres mensualidades. En caso de prestación por cese de actividad deberán tener como mínimo pendiente seis meses.

La finalidad de este requisito puede venir justificada en la necesidad de dar cierto plazo de vida al proyecto empresarial<sup>30</sup> para su desarrollo y/o otorgar al nuevo empresario una cantidad suficiente para afrontar su nuevo proyecto<sup>31</sup>.

- c) La fecha de la solicitud de la capitalización de la prestación debe ser anterior a la fecha de incorporación a la cooperativa o sociedad laboral, considerándose como tal la fecha que figura en el alta de la persona trabajadora en la Seguridad Social.

Esto es así, porque una vez iniciada la actividad laboral, se dejará de cumplir el requisito de encontrarse en situación de desempleo, necesario para percibir la prestación que se quiere capitalizar. Esta previsión contenida en el art. 10.3 de la LES ha sido matizada<sup>32</sup> y se admite la realización de actos preparatorios previos, puesto que “*no sería razonable penalizar a unos trabajadores diligentes que, ante una situación previsible e inminente de pérdida de su empleo, inicien los trámites de constitución de una entidad de economía social*”<sup>33</sup>.

Por otra parte, si se ha impugnado ante la jurisdicción social el cese que ha dado lugar a la prestación por desempleo, la solicitud del pago único debe ser posterior a la resolución del procedimiento.

- d) Presentar una memoria explicativa sobre el proyecto de inversión a realizar y actividad a desarrollar, así como cuanta documentación acredite la viabilidad del proyecto.

La memoria debe contener una descripción detallada de la actividad a realizar, las condiciones de trabajo e inversión a realizar con el desglose de las cantidades a capitalizar y su destino final. La entidad Gestora puede negar la solicitud si evalúa negativamente la viabilidad del proyecto y en diversas ocasiones así ha ocurrido, se ha denegado su reconocimiento; no de la prestación por desempleo, si no de la modalidad de pago único, aduciendo inviabilidad del proyecto o intenciones fraudulentas por parte de la persona solicitante<sup>34</sup>.

Si se trata de cooperativas o sociedades laborales de nueva creación deberán acompañar, además, el proyecto de estatutos de la sociedad y un documento firmado por las personas que vayan a constituir la cooperativa o sociedad laboral.

---

<sup>30</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 133.

<sup>31</sup> Taléns Visconti, E. El nuevo régimen jurídico de la prestación por cese de actividad. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pp. 103.

<sup>32</sup> VAL DE TENA, A. *Capitalización...* pp. 472. *op. cit.*

<sup>33</sup> CABEZA PEREIRO, J. *El pago único...* pp. 238. *op. cit.*

<sup>34</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. *La capitalización de la prestación por desempleo y cese de actividad como medidas de fomento del emprendimiento social*. RGDTSS. N.º 43, 2016, pp. 58.

- e) Certificación de haber solicitado el ingreso como socio a cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales y condiciones en que éste se producirá.

El pago único estará condicionado a la presentación del acuerdo de admisión como socio o a la efectiva inscripción de la sociedad en el correspondiente registro si es de nueva creación. En caso de que los estatutos de la cooperativa prevean periodo de prueba, haber superado dicho periodo. Aunque se apruebe el derecho al pago único, la materialización del pago se hará cuando se presente ante el SEPE el acuerdo del órgano de administración superación de dicho periodo de prueba.

### III. Obligaciones

- a) La persona beneficiaria se compromete a iniciar la actividad en el plazo máximo de un mes desde la resolución que conceda el pago único, y siempre en fecha posterior a la solicitud.

No obstante, como se ha señalado anteriormente, una vez realizada la solicitud, se puede iniciar la actividad y darse de alta en la Seguridad Social antes de la resolución del pago.

- b) No podrá reconocerse un nuevo derecho a la prestación por desempleo hasta que no transcurra el tiempo durante el cual se hubiese extendido la prestación de no haberse percibido en su modalidad de pago único.

Aunque las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas durante el periodo de actividad en la cooperativa o sociedad laboral donde recién se incorpora el trabajador sí dan derecho a la prestación por desempleo, –porque de no ser así *carecería de estímulo para el trabajador que abandona la cómoda postura de percibir el pago periódico y se arriesga, aun cuando si sus expectativas fracasan, se vería abocado de nuevo al desempleo*<sup>35</sup>, y esta vez incluso sin derecho a prestación por desempleo por haberla agotado en la capitalización–, no podrá solicitarse de nuevo la prestación por desempleo hasta que no pase el periodo durante el que se habría cobrado de haberse hecho mensualmente.

## 4. ÚLTIMAS REFORMAS EN LA MATERIA

Como se ha anticipado, la capitalización de la prestación por desempleo es una medida sujeta a cambios constantes, que buscan adaptarla a la realidad cambiante del mercado de trabajo. Dentro de las reformas recientes, operadas en el Marco del Plan de Transformación y Resiliencia y específicamente

---

<sup>35</sup> STSJ Murcia de 29 de marzo de 1996.

las propuestas en torno al Componente 23: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo se han implementado importantes cambios en la capitalización de la prestación por desempleo para incorporarse como socios de trabajo o socios trabajadores en cooperativas o sociedades laborales.

#### **4.1. Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del texto refundido de la Ley Concursal**

La Disposición final octava de la reforma de la Ley Concursal, introdujo un nuevo artículo a la ley 5/2011 LES, se trata del art. 10 bis, que recoge la posibilidad de capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso.

La finalidad de esta previsión es facilitar la adquisición por parte de los trabajadores que presten sus servicios como trabajadores por cuenta ajena con una relación laboral indefinida, de acciones o participaciones de la sociedad en la que trabajan, cuando esta se encuentre inmersa en un proceso de concurso, sin necesidad de llegar a disolverla previamente y que posteriormente adquiera la calificación de sociedad laboral o se transforme en cooperativa.

Así, la capitalización está condicionada a la concurrencia de varias circunstancias.

- Que la empresa haya sido declarada en concurso
- Que el juez de lo mercantil haya declarado su transformación en sociedad laboral o cooperativa.
- Que la persona que solicite la capitalización preste sus servicios mediante un contrato de trabajo indefinido en la empresa.

Otra importante novedad del artículo 10 bis, es la posibilidad de solicitar la modalidad de pago único para aquellas personas que reúnan todos los requisitos para percibir la prestación contributiva de desempleo, salvo y esto es muy importante, el de encontrarse en situación legal de desempleo.

Esta última cuestión es relevante, puesto que, si no existe la situación legal de desempleo desaparece una de las finalidades principales de la prestación por desempleo, recogida en el artículo 262 del TRLGSS, la protección para *quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo*, puesto que en el supuesto previsto en el art. 10 bis, esta pérdida involuntaria del puesto de trabajo no llega a ocurrir, hay más bien un paso de trabajador asalariado a socio, sin solución de continuidad, eliminándose uno de los requisitos esenciales para el nacimiento del derecho, contenido en el art. 266. c) del TRLGSS.

La introducción de esta previsión normativa puede estar motivada en

que la declaración de concurso refleja una situación crítica para la empresa, que afectará a las personas trabajadoras, dificultando en muchos casos el cobro de salarios y otros créditos, así como al abono de las cuotas a la Seguridad Social<sup>36</sup>. El concurso crea una amenaza de cierre de la empresa, que acarrea medidas de ajuste que pueden conllevar la reestructuración de la plantilla.

Pero la recuperación de empresas en crisis por parte de los extrabajadores no es una novedad, la novedad del art 10 bis es que el juez de lo mercantil es quien acuerda la transformación de la empresa en concurso en cooperativa o sociedad laboral y, a través de la capitalización del desempleo, se facilita a los trabajadores los fondos necesarios para adquirir las acciones o participaciones, sin que la situación de desempleo llegue a materializarse, lo que tiene consecuencias positivas, entre otras, facilita la adhesión de los trabajadores al nuevo proyecto empresarial<sup>37</sup> al procurarles ocupación sin salir de la empresa.

Ahora bien, es necesario establecer de forma clara el momento y las condiciones en las cuales se produce el paso de trabajadores asalariados a copropietarios de los medios de producción, entre otras cuestiones por las dificultades a la hora de determinar si existe o no una sucesión de empresa en relación con el 44 ET, cuestión que ya suscitaba problemas interpretativos.

Habrá que esperar futuros pronunciamientos judiciales para saber si serán revisados, matizados o se reforzados los argumentos en torno al requisito de que al producirse la adquisición por los trabajadores, se hayan extinguido los contratos de trabajo, pues de otra forma estaríamos ante una sucesión de empresa<sup>38</sup>, o los de la teoría del “*resurgimiento de las cenizas*”<sup>39</sup> y el grado de separación entre la crisis del empresario societario y la ulterior creación por parte de los trabajadores afectados de una sociedad laboral, es decir, que a efectos organizativos la nueva sociedad no tenga nada que ver con la anterior<sup>40</sup>. Con la actual redacción del art. 10 bis., el momento de la extinción de la relación laboral no queda del todo claro

Estaremos pendientes del desarrollo reglamentario de la cuestión, previsto en el apartado 5 del art. 10 bis, para aclarar algunas cuestiones técnicas respecto de las condiciones materiales en las cuales se llevará a cabo la

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M. *Empresas de economía social creadas por trabajadores de empresas en crisis. Tratamiento legal y jurisprudencial*. RGDTS, N.º 37, 2014 pp. 299.

<sup>37</sup> CABEZA PEREIRO, J. *El pago único...* pp. 238. *op. cit*

<sup>38</sup> SSTs de 16 de julio de 2002 (RJ 5066) FJ 3º: “*para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente*”

<sup>39</sup> PÉREZ GUERRERO, M.L. *Trasmisión de empresas en concurso y economía social: Requisitos para considerar la subrogación empresarial o excluir la aplicación del art. 44 ET*. Revista Española de Derecho del Trabajo, N.º 176, 2015, pp. 342.

<sup>40</sup> SSTs de 25 de febrero de 2002 (RJ 6235). FJ 3º: “*los trabajadores integrantes de las empresas recurrentes hicieron fue crear dos nuevas empresas sobre las cenizas de una empresa anterior quebrada. Y ello no permite hablar de sucesión a los efectos del art. 44.1 ET*”.

conversión en sociedad laboral o cooperativa y las condiciones laborales que serán exigidas a los socios trabajadores o de trabajo, que ya estaban previstas en la memoria explicativa del art. 3 del RD 1044/1985.

#### **4.2. 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**

La DF 3ª del RD-L 1/2023 amplió la redacción del anterior art. 10 de la Ley 5/2011 LES, añadiendo la posibilidad de capitalizar la prestación por desempleo para *“las personas que trabajen en la sociedad laboral o cooperativa con una relación laboral de carácter indefinido que reúnan todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, salvo el de estar en situación legal de desempleo, que pretendan adquirir la condición de persona socia trabajadora o de trabajo en dicha sociedad laboral o cooperativa”*.

La exposición de motivos de la Ley 1/2023 alude a la importancia que la capitalización por desempleo tiene para las sociedades laborales y cooperativas, y la conveniencia de posibilitar que las personas trabajadoras vinculadas a ellas mediante contrato de trabajo puedan adquirir la condición de socios de trabajo o socios trabajadores.

Así mismo, se mencionan los dos objetivos de la reforma del art. 10 de la Ley 5/2011 LES: por una parte, se pretende facilitar el acceso a los recursos económicos para obtener la calidad de socio y promover un empleo estable y de calidad y, por otra parte, contribuir a la consolidación y crecimiento de las cooperativas y sociedades laborales ya existentes por la incorporación como socios de trabajado o socios trabajadores de sus trabadores, así como mejorar la eficacia del pago único como fuente de financiación inicial para la creación de nuevas cooperativas y sociedades laborales. Cuestión que otras investigaciones señalan como de vital importancia<sup>41</sup>.

Esta previsión no entrará en vigor hasta el 1 de septiembre de 2023, pero supone un cambio de importante calado en el propio diseño de la medida. Antes de la reforma, se exigía el cese definitivo de la relación laboral. Algunos autores señalan su lógica exigencia, pues en los casos que no se produce la extinción del contrato de trabajo la medida no resultaba adecuada, el trabajador no ha perdido su puesto de trabajo<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Véase MARTÍN LÓPEZ, S. *La cooperativa de trabajo asociado como fórmula de emprendimiento mediante la utilización de la capitalización por desempleo: Un análisis económico financiero*. Estableciendo fuentes en una economía global, Vol. 1, 2008, pp. 2-16 y PLAZA ANGULO, J.C. y CIRUELA LORENZO, A. *El pago único de la prestación por desempleo como medio de financiación inicial de las empresas de economía social en España*. CIRIEC-Revista de economía pública, social y cooperativa. N.º 91, 2017, pp. 85-113.

<sup>42</sup> Véase CAVAS MARTÍNEZ, F. *La capitalización...* pp. 49 y 54. *op. cit.*

Si la capitalización de la prestación por desempleo es una medida de fomento del empleo para aquellas personas que han perdido su puesto de trabajo, esta finalidad se diluye cuando no existe una pérdida de empleo como tal, sino un paso de una relación laboral protegida por el Derecho del trabajo, a una relación societaria —se da en las cooperativas y no en las sociedades laborales que mantienen la doble relación de trabajo y socio—, con sus consecuencias.

Lo anterior resultaría desde todos los puntos de vista positivo, siempre que se respetaran los principios mutualistas. Pero la garantía de condiciones laborales dignas no se da en todos los casos, sobre todo en cooperativas de gran tamaño, donde la participación real del trabajador en el capital social es muy pequeña<sup>43</sup>, así como la capacidad real de estos trabajadores de influir en la formación de la voluntad de la cooperativa<sup>44</sup>.

También hay que poner sobre la mesa la posibilidad de que pueda convertirse en un arma de doble filo: por una parte, es verdad que contribuye a proporcionar la financiación para transformar la relación de asalariado a socios de trabajado o socios trabajadores para aquellas personas que deseen hacerlo y no lo hiciesen por falta de fondos; pero por otra parte, puede ser utilizado como una medida de presión que amenace el derecho a incorporarse como socio en su vertiente negativa, es decir, el derecho de aquellas personas que deseen mantenerse como trabajadores asalariados de la cooperativa o sociedad laboral.

Podría darse el supuesto que, en el caso de cooperativas se necesite la aportación societaria de un nuevo socio de trabajo y, al no darse, puedan aducirse causas económicas para extinguir su contrato<sup>45</sup>.

## 5. CUESTIONES PARA REFLEXIONAR TRAS LAS REFORMAS

Tras los recientes cambios normativos en la capitalización de la prestación por desempleo, cabe preguntarse si más de que una medida de fomento del empleo, se prioriza el fomento de las cooperativas y sociedades laborales y en definitiva el fomento de la economía social; a través de una prestación de carácter contributivo que a priori, no tiene esa finalidad principal.

Con la nueva redacción art 10.1 no se trata de una medida de reacción ante la pérdida del empleo —que no se prevé que vaya a producirse—, si no de una medida para facilitar la conversión de un trabajador con un contrato indefinido a socio de trabajo o socio trabajador de la entidad donde venía prestando sus servicios.

---

<sup>43</sup> ESCRIBANO GUTIERREZ, J. *Empleo de calidad y cooperativas de trabajo asociado: Trabajadores por cuenta ajena y socios trabajadores*. CIRIEC-Jurídica, N.24, 2013, pp. 14.

<sup>44</sup> ESCRIBANO GUTIERREZ, J. *Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios cooperativistas*. Revista de Derecho Social, ° 49, 2010, pp. 2.

<sup>45</sup> ESCRIBANO GUTIERREZ, J. *La constitución...* pp. 11. *op. cit.*

La regulación actual permite que a través de las sociedades cooperativas se produzcan espacios de autoexplotación, aceptados por los socios por la necesidad de hacer el proyecto empresarial rentable y competitivo<sup>46</sup>, esto de forma legal sin mencionar las situaciones de fraude que se han dado en el pasado<sup>47</sup>. Sería aconsejable que la medida de capitalización por desempleo estableciera unas condiciones mínimas de trabajo admisibles, para solicitar el pago único y de esta manera se fomente realmente el trabajo digno.

No resulta conveniente que una medida de fomento de empleo se convierta en una posibilidad de financiación de condiciones de trabajo precarias, por mucho que el socio trabajador esté dispuesto a aceptarlas. Tampoco es adecuado que especialmente las cooperativas de trabajo asociado, tras la inyección de capital por incorporación de los nuevos socios, puedan competir mediante estrategias de *dumping social* frente a otro tipo de sociedades a las que si se les aplica el Derecho del Trabajo.

Por otra parte, tras la introducción del nuevo art. 10 bis de la ley 5/2011, resulta necesario aclarar la aplicación o no del régimen del 44 ET para los supuestos de concurso que, si bien pueden abocar en el estrangulamiento económico de las empresas de economía social recién creadas, por exigirles escrupulosamente hacerse cargo de las deudas de la anterior empresa<sup>48</sup>, tampoco puede ser una suerte de carta blanca para su uso fraudulento en cuanto a la evasión de deudas salariales.

En definitiva, si bien los poderes públicos están llamados a fomentar la economía social a través de una regulación adecuada y que un marco normativo proclive al emprendimiento social resulta necesario y adecuado, sobre todo en momentos de incertidumbre como el actual; debe hacerse teniendo en cuenta la calidad del empleo generado, no dando por hecho que todo el empleo generado en las cooperativas y sociedades laborales respeta los principios cooperativos. Uno de los efectos adversos que podría tener una regulación excesivamente flexible en el acceso y con escasos controles posteriores es el uso de la capitalización por desempleo para fines contrarios al fomento del empleo estable y de calidad.

---

<sup>46</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, M. *El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado*. RGSTSS, N.º 37, 2014, pp. 108.

<sup>47</sup> Para un análisis detallado de esta cuestión, véase GARCÍA JIMÉNEZ, M. *Falsas Cooperativas, usos abusivos y derechos de los trabajadores. Análisis jurisprudencial y propuestas de actuación*. CIRIEC-Revista Jurídica, N.33, 2013, pp. 185-222.

<sup>48</sup> GALLEGOS MOYA, F. *El FOGASA ante el despido de quien se integra en la mercantil que prosigue la actividad*. Anales de Derecho, 2019, pp. 16.





LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL ÁMBITO  
DEL EMPLEO DOMÉSTICO

FRANCISCO LOZANO LARES

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

*Universidad de Málaga*

*fl@uma.es*

## **SUMARIO**

1. LA NECESARIA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO AL EMPLEO DOMÉSTICO COMO CONDICIÓN INEXCUSABLE PARA SU DIGNIFICACIÓN Y PROFESIONALIZACIÓN. 2. EL CONVENIO OIT SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS, 2011 (NÚM. 189) Y SU EXIGENCIA DE EQUIPARACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO CON LAS DEMÁS PERSONAS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA. 3. EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO LEGAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR. 4. LA DETERMINACIÓN DE LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO DOMÉSTICO. 5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR. 5.1. LAS REGLAS DE COTIZACIÓN POR DESEMPLEO. 5.2. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA ACCIÓN PROTECTORA.

## 1. LA NECESARIA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO AL EMPLEO DOMÉSTICO COMO CONDICIÓN INEXCUSABLE PARA SU DIGNIFICACIÓN Y PROFESIONALIZACIÓN

La aprobación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, dio un paso más en el ya largo proceso de equiparación legal con las demás personas trabajadoras por cuenta ajena de las condiciones laborales y de protección social de las personas trabajadoras del hogar familiar. Entre esas medidas sobresale, sin duda, el reconocimiento *ex novo* a este colectivo del derecho a protección por desempleo, lo que supone un hito histórico de extraordinaria trascendencia si tenemos en cuenta que el empleo doméstico es un sector del trabajo de cuidados que se ha venido caracterizando por sus tradicionales carencias en materia laboral y de seguridad social.

Estos déficits de trabajo decente se deben, en gran medida, a que el trabajo doméstico es percibido en demasiadas ocasiones como algo “distinto” al trabajo, quizás por el mero hecho de realizarse en el seno de un hogar familiar, hasta el punto de que en muchos hogares se hace referencia a las personas empleadas en tareas domésticas como a *una más de la familia*<sup>1</sup>. Esta concepción paternalista del trabajo doméstico, como ya se indicara en los informes preparatorios que dieron lugar a la adopción del Convenio OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189), descansa en realidad sobre los vestigios de la añeja relación de servidumbre entre amo y sirviente en la que el trabajo doméstico se concibe como una condición de la persona, desviando la atención de la existencia de una relación de trabajo, de ahí que esa visión medievalista del trabajo doméstico deba ser sustituida por un marco jurídico centrado en el ejemplo del trabajo decente, donde se privilegie la relación laboral basada en los derechos y no en la condición y se reconozca “la dignidad humana del empleado en su calidad de persona digna

---

<sup>1</sup> OIT (2022). *Garantizar un trabajo decente para el personal de enfermería y los trabajadores domésticos, actores claves en la economía del cuidado de personas*. Conferencia Internacional del Trabajo, 110ª Reunión. Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, p. 253.

de aprecio y respeto tanto por parte del empleador como de la sociedad en general”<sup>2</sup>.

Asimismo, el hecho de que habitualmente el *empleador* no sea un empresario a efectos socioeconómicos<sup>3</sup>, sino la persona que ostenta la titularidad del hogar familiar, del domicilio o de la vivienda donde se presten servicios domésticos, también ha contribuido a las tradicionales reticencias del legislador social a la hora de atribuirle las mismas obligaciones laborales y de seguridad social que a un empresario en sentido estricto. Buena prueba de ello es el art. 2.1 b) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), donde aún se sigue considerando como una relación laboral “*de carácter especial*” la del “*servicio del hogar familiar*”, que aparece regulada a nivel reglamentario en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

También han venido jugando en contra de la profesionalización y dignificación de las condiciones de empleo del trabajo doméstico las propias peculiaridades sociológicas de un colectivo caracterizado por su alta tasa de feminización, la elevada proporción de personas migrantes ocupada en la realización de tareas domésticas y la informalidad en que a menudo se desenvuelve la ejecución de estas actividades en el domicilio o local del empleador.

En efecto, como ya pusimos de manifiesto en otro lugar, los mismos estereotipos de género que han llevado a considerar los típicos quehaceres domésticos (cocinar, limpiar o cuidar a los menores o personas en situación de dependencia) como tareas propias de mujeres, han conducido a la normalización sin fundamento de la idea de que el trabajo doméstico también debe ser realizado por mujeres<sup>4</sup>, de ahí que estas sigan representando el 72,7 % del trabajo doméstico *around the world*, llegando a tasas del 91 % en regiones como Latinoamérica y el Caribe<sup>5</sup>. En el caso de España, la tasa de feminización es incluso más alta aún que la media mundial, mostrando una tendencia creciente en los últimos años, como reflejan las estadísticas de la seguridad social referidas a las afiliaciones al Sistema Especial de Empleados de Hogar (SEEH). Así, del 90,9 % del año 2008 se pasó a una tasa de feminización del 95,5% en 2019, que sigue manteniéndose a fecha de enero de 2023, donde quedó constatado, como puede verse en el gráfico adjunto, que de las 375.356,86 personas afiliadas al SEEH, sólo 16.958,81 son hombres<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> OIT (2010). *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*. Informe IV (1). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, párrafos. 45 y 46, p. 14.

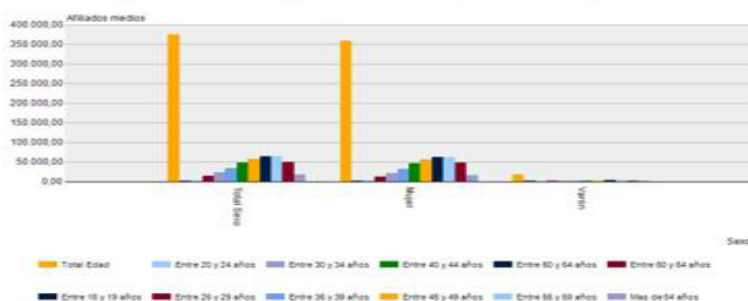
<sup>3</sup> Salvo en los casos en que se trate de una agencia o empresa que se dedique a emplear a trabajadores domésticos para ponerlos a disposición de los hogares

<sup>4</sup> Lozano Lares, Francisco. Los déficits de protección social del trabajo femenino. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 58, 2021, pp. 100-101.

<sup>5</sup> OIT (2021). *Making decent work a reality for domestic workers: Progress and prospects ten years after the adoption of the Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*. International Labour Office. Geneva, p.242.

<sup>6</sup> Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Afiliados medios por Tramos de edad y Sexo. 202301, R.G. (S.E. EM. HOGAR).



En lo que respecta al porcentaje de personas migrantes que constituyen mano de obra doméstica, ya en una investigación del año 2003 realizada en el marco de la OIT quedó confirmada su proporción creciente y el hecho de que los trabajadores domésticos infantiles y migrantes eran “especialmente vulnerables a los abusos y la explotación”<sup>7</sup>. Esa tendencia al aumento del número de personas migrantes, en su inmensa mayoría mujeres, dedicadas al trabajo doméstico, se ha venido manteniendo en los últimos decenios, sin que haya disminuido el riesgo de explotación debido a la falta de familiaridad con el país de destino, el desconocimiento del idioma y su dependencia del empleador, lo que en ocasiones va acompañado de una situación de aislamiento y el afrontamiento de “otros riesgos, como la violencia y el acoso, por el mero hecho de ser mujeres”<sup>8</sup>.

Todo este conjunto de circunstancias ha venido condenando en demasiadas ocasiones al trabajo doméstico a la economía sumergida, a su invisibilidad socio-económica y a su consecuente exclusión de la legislación social, puesto que “*of the 75.6 million domestic workers worldwide, 61.4 million (81.2 per cent) remain in informal employment*”<sup>9</sup>, lo que representa casi el doble de la proporción de empleo informal en otros sectores de actividad (39,7 %) <sup>10</sup>. Se trata sin duda de una elevadísima proporción de trabajadores domésticos en la economía informal que viene a poner de manifiesto que, en la práctica, son una minoría las trabajadoras y trabajadores domésticos que disfrutaban derechos laborales y una protección social decente.

Ante ese panorama, nada tiene de extraño pues que la principal laguna de protección social se encuentre, precisamente, en el seguro de desempleo, puesto

<sup>7</sup> RAMÍREZ MACHADO, JOSÉ MARÍA. Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective. *ILO. Conditions of work and employment Series*, n° 7, 2003, pp. 1, 44 y 69.

<sup>8</sup> OIT (2022). *Garantizar un trabajo decente para el personal de enfermería y los trabajadores domésticos, actores claves en la economía del cuidado de personas*, cit., p. 242.

<sup>9</sup> OIT (2021). *Making decent work a reality for domestic workers: Progress and prospects ten years after the adoption of the Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*, cit. p. 17.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 189.

que el 71 % de las trabajadoras y trabajadores domésticos a nivel mundial no están cubiertos por el *unemployment insurance*<sup>11</sup>. Como se deduce de lo expuesto, esta carencia específica en materia de protección por desempleo sólo puede ser corregida mediante el efectivo reconocimiento jurídico del empleo doméstico como una relación laboral más, sujeta tanto a los derechos laborales atribuidos a las demás personas trabajadoras por cuenta ajena en materia de extinción del contrato de trabajo como a una cobertura integral por parte de la seguridad social<sup>12</sup>. La extensión legal al empleo doméstico de la protección por desempleo vendría a ser así, por tanto, una condición inexcusable para asegurar su profesionalización y para garantizar la necesaria dignificación de una actividad laboral que se desarrolla en los hogares y que, como se advierte en el seno de la OIT, resulta “esencial para que la economía también funcione fuera de ellos”<sup>13</sup>.

## 2. EL CONVENIO OIT SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS NÚM. 189 DE 2011 Y SU EXIGENCIA DE EQUIPARACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO CON LAS DEMÁS PERSONAS TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA

Uno de los principales objetivos del Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189), que es el primer instrumento internacional de la OIT aprobado al amparo del paradigma del trabajo decente, no es otro, precisamente, que el de reconocer que el trabajo doméstico es trabajo, constituyendo una auténtica relación laboral, por lo que no cabe apelar a ninguna de esas circunstancias las en que se desarrolla el trabajo doméstico para justificar una diferencia de trato con las demás personas trabajadoras por cuenta ajena.

En efecto, según lo dispuesto en el art. 1 (a) la expresión “*trabajo doméstico*” designa “*el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos*”, teniendo la consideración de “*trabajador doméstico*” toda persona, “*de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo*”. En relación con el contenido del trabajo realizado por los *domestic workers*, la propia OIT ha dejado claro que sus actividades profesionales han de ser incluidas en la economía de los cuidados (*care economy*) o sector asistencial, puesto que las trabajadoras y trabajadores domésticos proporcionan servicios y bienes socialmente necesarios para el mantenimiento de los hogares y el bienestar de las familias, la mayoría de las veces en forma de actividades asistenciales directas o indirectas<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> OIT (2021). *Making decent work a reality for domestic workers: Progress and prospects ten years after the adoption of the Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*, cit. p. 17.

<sup>12</sup> Como se indica en *Idem* del siguiente modo: *To enable contributions to social security, domestic workers must be covered by social security laws and by labour laws and their employment relationship must be recognized.*

<sup>13</sup> OIT (2010). *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, cit., p.1.

<sup>14</sup> OIT (2021). *Making decent work a reality for domestic workers: Progress and prospects ten years after the adoption of the Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*, cit. p. 6 (Box 0.1).

Hay que tener en cuenta a este respecto que en un exhaustivo informe de la Oficina Internacional del Trabajo del año 2019 se dejó claro que existen dos tipos generales de actividades de cuidado: las “actividades de cuidado directo, presencial y relacional”, como dar de comer a un bebé, cuidar de un cónyuge enfermo, ayudar a una persona mayor a bañarse, realizar controles médicos o enseñar a niñas y niños pequeños, y las “actividades de cuidado indirecto”, como limpiar, cocinar, lavar la ropa y otras tareas de mantenimiento del hogar, que no conllevan cuidados personales directos pero que “proporcionan las condiciones previas para la prestación de cuidados personales”<sup>15</sup>, garantizando que los miembros del hogar familiar vivan en un entorno seguro y saludable, por lo que son un complemento indispensable de los cuidados directos. Como se deduce de lo expuesto, ambos tipos de tareas de cuidado son indisociables y suelen superponerse en la práctica, tanto en los hogares como en las instituciones, de ahí que las trabajadoras y trabajadores domésticos, que realizan servicios personales y tareas domésticas en los hogares privados, constituyan una parte esencial de la fuerza de trabajo dedicada a la prestación de cuidados<sup>16</sup>.

Teniendo por tanto la calificación legal de trabajadoras y trabajadores del sector asistencial, las *domestic workers* no pueden tener una regulación diferente a la de otras personas trabajadoras, puesto que una de las exigencias básicas que el Convenio 189 impone a los Estados miembros de la comunidad internacional es la de “promover y hacer realidad” en el ámbito del trabajo doméstico “los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, destacando, en concreto, la necesidad de eliminar todo tipo de “discriminación en materia de empleo y ocupación”<sup>17</sup>. En la práctica, ello supone que el convenio 189 está exigiendo una regulación estatal que garantice a las personas que trabajan al servicio del hogar familiar unas condiciones de trabajo y protección social “equiparables al resto de trabajadores”, estableciendo a tal efecto un sistema de tutela administrativa y protección judicial que lo permita<sup>18</sup>.

En el tema que nos ocupa, dicha equiparación ha de producirse, en primer lugar, a efectos de terminación de la relación laboral, cuestión sobre la que el art. 7 (k) del Convenio 189 se limita a exigir a los Estados miembros la adopción de medidas para asegurar que las trabajadoras y trabajadores domésticos sean informados “de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible”, sobre las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, “inclusive todo plazo de preaviso que han de respetar el trabajador doméstico o el empleador”. Esas escuetas previsiones son complementadas por lo dispuesto en el párrafo 18 de la Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 201), donde se concreta, en relación con “los traba-

---

<sup>15</sup> OIT (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, p.6.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. xxvii y 8.

<sup>17</sup> Art. 3.1 (d) del Convenio 189. Es algo que,

<sup>18</sup> VELA DÍAZ, RAQUEL. Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos 2011 (núm. 189), *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019, p.1523.

*jadores domésticos que se alojan en el hogar en que trabajan*”, que en caso de terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador por motivos que no sean faltas graves, a dichos trabajadores domésticos *internos* se les debería conceder “*un plazo de preaviso razonable y tiempo libre suficiente durante ese período para permitirles buscar un nuevo empleo y alojamiento*”.

Resulta claro por tanto que, para los casos de extinción del contrato de trabajo doméstico a iniciativa del empleador, el legislador nacional debe establecer un plazo de preaviso que permita a la persona trabajadora buscar un nuevo empleo o un nuevo alojamiento en el caso de las personas empleadas de hogar internas. Y ello debe llevar aparejado de forma implícita, al menos a nuestro juicio, que ese plazo de preaviso ha de tomarse también como fecha de referencia para poder acceder a la oficina de empleo y solicitar la correspondiente prestación por desempleo. Debe tenerse en cuenta, además, a todos estos efectos, que la propia Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha advertido que, dada la desigualdad del poder de negociación entre la persona empleada de hogar y su empleador, los países “deben tomar medidas para garantizar que la terminación no se acuerde en condiciones de coerción o coacción”<sup>19</sup>.

Por otro lado, aunque en el Convenio 189 no se indique expresamente, las trabajadoras y trabajadores domésticos también han de quedar equiparados a las demás personas trabajadoras en relación con el derecho fundamental a terminar su relación laboral de forma unilateral. A tal fin, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, poco después de la aprobación del Convenio 189, ya mostró su preocupación por la situación de vulnerabilidad de los trabajadores domésticos, especialmente si eran migrantes, en lo relativo a su libertad para terminar el empleo, indicando que toda disposición legal que impida a un trabajador contratado de forma indefinida terminar la relación de empleo dando un preaviso razonable tiene por efecto “convertir una relación contractual basada en el acuerdo de las partes en un servicio impuesto por ley”, lo que resulta de todo punto incompatible con el Convenio núm. 29, de 1930, sobre el trabajo forzoso. Para evitar esa violación del derecho humano a la libertad, la Comisión pediría la adopción de disposiciones legales destinadas a garantizar la adecuada protección de las personas empleadas de hogar en materia de terminación de su relación de empleo, incluyendo “el derecho a recurrir a los tribunales en caso necesario”<sup>20</sup>, lo que a nuestro juicio abre la posibilidad de acceder a la protección por desempleo cuando la persona empleada de hogar se vea en la necesidad de rescindir el contrato como consecuencia de una conducta del empleador que atente contra sus derechos laborales básicos.

<sup>19</sup> OIT (2022). *Garantizar un trabajo decente para el personal de enfermería y los trabajadores domésticos, actores claves en la economía del cuidado de personas*, cit., p. 293.

<sup>20</sup> OIT (2012). *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, pp. 128-129.



Y si es necesaria la equiparación con los demás trabajadores a efectos de terminación del contrato de trabajo doméstico, resulta meridianamente claro, en consecuencia, que se debe otorgar a los trabajadores domésticos una cobertura en materia de prestaciones por desempleo “igual o similar a la de todos los demás trabajadores”, tal como se indicaba en el cuestionario de preguntas que sirvió de referencia para la adopción del Convenio 189 de la OIT sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos<sup>21</sup>. Ese desiderátum inicial quedó plasmado jurídicamente en el art. 14.1 de dicho Convenio, donde se exige a todo Estado miembro, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, la adopción de medidas apropiadas “a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social”. Para facilitar la adopción de dichas medidas, el art. 14.2 del Convenio 189 prevé una aplicación progresiva a través del diálogo social, pudiendo consultarse tanto a las organizaciones de empresarios y trabajadores más representativas como a las organizaciones específicas que representen a los trabajadores domésticos y a sus empleadores, cuando tales organizaciones existan.

En la medida en que la protección por desempleo es una de las nueve grandes ramas que integran el contenido de la Seguridad Social, tal como dispuso en su día el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), resulta obvio que ya no hay excusas para eludir el deber de extender su cobertura a las trabajadoras y trabajadores domésticos. Excluir de la protección por desempleo al sector del trabajo doméstico constituye, por tanto, una vulneración del mandato de la OIT establecido en el art. 14.1 del Convenio 189, puesto que ello implicaría unas condiciones de seguridad social menos favorables que los demás trabajadores en general<sup>22</sup>.

Parece claro, pues, que entre las razones que han impulsado al legislador español a atribuir el derecho a protección por desempleo a las empleadas y empleados de hogar se encontraría la necesidad de incorporar al ordenamiento español lo establecido en el Convenio número 189 de la OIT, tal como se reconoce en la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, donde se indica que su ratificación “es un compromiso adquirido por el Gobierno y también por gobiernos españoles anteriores, que cuenta con un amplio consenso político, sindical y social y que tiene un espectro amplio que se refiere tanto a las condiciones de trabajo como a las de Seguridad Social”. Con el reconocimiento del derecho a desempleo de las trabajadoras y trabajadores domésticos quedaba allanado el camino para la ratificación del Convenio 189 OIT, que se hizo efectiva el

---

<sup>21</sup> OIT (2010). *Trabajo decente para los trabajadores domésticos. Informe IV (2)*. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo, pp. 419-420.

<sup>22</sup> GRAU PINEDA, CARMEN. De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*. Vol. 9, nº 2, 2019, p. 81.

9 de junio de 2022 con el voto a favor de todos los Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados, estando prevista su entrada en vigor el día 29 de febrero de 2024<sup>23</sup>.

### 3. EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO LEGAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

La integración en el Régimen General de la Seguridad Social, como un sistema especial, del precedente *Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, supuso, sin duda, un primer paso de gran trascendencia en el proceso de equiparación legal de las trabajadoras y trabajadores domésticas con las demás personas trabajadoras por cuenta ajena. Esta integración, efectuada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, no tuvo efecto alguno, sin embargo, en materia de prestaciones por desempleo, puesto que estas quedaron inicialmente excluidas de la acción protectora del nuevo “*Sistema Especial para Empleados de Hogar*” que era creado *ex novo* por su *Disposición adicional trigésima novena*<sup>24</sup>.

Esta exclusión parecía quedar, no obstante, al albur de lo que pudiera establecerse “*en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar*”, puesto que se encomendaba al Gobierno la tarea de modificar dicha relación laboral especial a partir del 1 de enero de 2012<sup>25</sup>, lo que dejaba un cierto rayo de esperanza a la posible creación a nivel reglamentario de algún tipo de protección social en caso de extinción del contrato de trabajo doméstico. Esas etéreas esperanzas quedaron completamente desvanecidas con la aprobación del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, donde se regulaba la nueva relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que no sólo dejó pasar la oportunidad de establecer algún mecanismo de protección por desempleo, sino que incluso mantuvo la rancia figura del desistimiento, una institución excepcional, heredada de la regulación precedente<sup>26</sup>, en virtud de la cual el empleador podía dar por terminado el contrato doméstico, de forma brusca y unilateral, sin alegación de causa y mediante el pago de una indemnización de una cuantía mucho menor que la prevista en caso de despido improcedente.

<sup>23</sup> [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200\\_COUNTRY\\_ID:102847](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102847).

<sup>24</sup> Disposición que luego sería derogada de forma expresa, con efectos de 2 de enero de 2016, por la disposición derogatoria única.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>25</sup> Tal como se indicaba en los apartados 3.f) y 5 de la citada *Disposición adicional trigésima novena* de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

<sup>26</sup> Que aparecía desarrollada en el art. 10.2 del *Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar*.

Las causas que justificaban esa regulación diferenciada, a tenor de lo indicado en el propio preámbulo de la norma, no eran otras que la peculiar naturaleza del “ámbito” de prestación de la actividad doméstica, el hogar familiar, tan ajeno y extraño a los “entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado” en que se desenvuelven las relaciones laborales comunes, y, en segundo lugar, “el vínculo personal” basado en una “especial relación de confianza” que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar.

De ese modo, la habilitación legal efectuada en agosto de 2011, se reduciría a la formulación, a través de la Disposición adicional segunda del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, de un mandato dirigido al por entonces *Ministerio de Trabajo e Inmigración* para constituir un “grupo de expertos” que realizara un informe, antes de que finalizara el año 2012<sup>27</sup>, sobre la posibilidad de aplicar plenamente al contrato de trabajo doméstico el régimen de extinción del contrato de trabajo establecido con carácter común en el ET, así como sobre la viabilidad de establecer algún tipo de protección por desempleo “adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera”.

A la postre, ni ese grupo de expertos llegó a constituirse<sup>28</sup>, ni tampoco se cumpliría el compromiso establecido en la citada Disposición adicional segunda de adoptar, antes de que finalizara el año 2013, la decisión que correspondiera sobre esas cuestiones de tanto calado para el sector del empleo doméstico, de ahí que, cuando se promulgó el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), el legislador se limitó a reproducir, en su originario art. 251.d), la exclusión de la cobertura de la protección por desempleo para las trabajadoras y trabajadores domésticos.

Parece claro, pues, que los mismos prejuicios que habían llevado en 2011 a no extender la protección por desempleo al sector del empleo doméstico, basados en la dificultad que planteaba el control e inspección de este tipo de prestaciones en un centro de trabajo tan peculiar como el hogar familiar<sup>29</sup>, o la sospecha de algún tipo de fraude encubierto en la relación de confianza que caracteriza el contrato de trabajo doméstico<sup>30</sup>, parecían seguir pesando sobre el legislador en 2015, lo que chocaba con la progresiva extensión de

---

<sup>27</sup> El grupo de expertos estaría integrado por un máximo de seis personas propuestas por el propio Ministerio y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

<sup>28</sup> Vid., sobre ello, GRAU PINEDA, CARMEN. De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, cit., p.82.

<sup>29</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO. La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*. Vol. 4, N° 8, 2011, p. 211.

<sup>30</sup> GRAU PINEDA, CARMEN. De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, cit. p. 81.

la protección por desempleo a otros colectivos de personas trabajadoras por cuenta ajena insertas en otros regímenes especiales<sup>31</sup>. Se trataba, además, de argumentaciones que no gozaban de suficiente entidad teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico español ya contemplaba la posibilidad de que las personas que teletrabajan desde sus domicilios tuvieran acceso a las prestaciones por desempleo, por lo que el mero hecho de prestar servicios en un domicilio familiar, como hacían las personas empleadas de hogar, no debería impedir la consideración de ese domicilio “como un centro de trabajo en el que el trabajador ha de gozar plenamente de sus derechos”<sup>32</sup>.

La mejor prueba de que las razones aducidas hasta entonces para excluir la protección por desempleo en el sector del empleo doméstico no tenían fundamento alguno vino de la mano de la crisis sanitaria generada por la pandemia de la Covid-19, que obligaría a los poderes públicos a establecer un “*subsidio extraordinario por falta de actividad*” para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleadas de Hogar. Así, en virtud de lo dispuesto en el art. 30.1 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, se llegó a reconocer el derecho a este subsidio por desempleo de carácter extraordinario tanto a las empleadas de hogar que hubieran dejado de prestar servicios, “*total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio*”, como a las que hubieran visto “*extinguido su contrato de trabajo*” por despido o por desistimiento de la persona empleadora. Y bastaba como documento acreditativo del hecho causante tanto la carta de despido o comunicación del desistimiento de la persona empleadora, en caso de extinción del contrato de trabajo, como una simple “*declaración responsable*”, firmada por la persona empleadora, lo que puso de manifiesto, por la fuerza de los hechos, que no existían razones fundadas ni impedimentos formales que justificaran la exclusión de la protección por desempleo a un sector cuya auténtica laboralidad estaba ya fuera de toda discusión<sup>33</sup>.

Pero la verdadera causa que acabaría impulsando al legislador español a reconocer el derecho a protección por desempleo en el ámbito del empleo doméstico fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022, asunto C 389/20<sup>34</sup>, donde se planteó si una disposición nacional como el artículo 251.d) de la LGSS, en la que se excluía de protección por desempleo a las trabajadoras y trabajadores domésticos, podía suponer una discriminación por razón de sexo en el sentido previsto en el art. 4.1

---

<sup>31</sup> SANZ SÁEZ, CONCEPCIÓN. *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Especial: análisis actual y de futuro*. Bomarzo, Albacete, 2017.

<sup>32</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO. La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro, cit., pp.211-212.

<sup>33</sup> LOZANO LARES, FRANCISCO. Los déficits de protección social del trabajo femenino, cit., pp. 113-114.

<sup>34</sup> Que puede verse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0389>.

de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social<sup>35</sup>.

Siguiendo el razonamiento del TJUE, resultaba evidente que el precepto en cuestión no suponía una discriminación directa basada en el sexo en la medida en que la exclusión se aplicaba indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, pero otra cosa podía entenderse si esa medida legal era interpretada en el contexto de lo dispuesto en el art. 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>36</sup>, donde se considera “discriminación indirecta” toda situación en que “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

Pues bien, el TJUE vendría a constatar que, de los datos estadísticos presentados por la Tesorería General de la Seguridad Social se desprendía, como ya pusimos de manifiesto al comienzo de este trabajo, que la proporción de las trabajadoras por cuenta ajena sujetas al Sistema Especial para Empleados de Hogar que se veían afectadas por la diferencia de trato establecida en el art. 251.d) de la LGSS era significativamente mayor que la de los trabajadores por cuenta ajena. Asimismo, también cabía observar que otros colectivos de trabajadores cuya relación laboral se prestaba en el domicilio de empleadores no profesionales, o cuyo sector laboral presentaba las mismas peculiaridades en términos de tasas de empleo, de cualificación y de remuneración que el de los empleados de hogar, como los jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza, estaban todos ellos cubiertos frente a la contingencia de desempleo.

Por tanto, la opción legislativa de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo no se estaba aplicando de manera coherente y sistemática en comparación con otros colectivos de personas trabajadoras que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar, de donde se desprendía, además, que la exclusión de la protección por desempleo implicaba la imposibilidad de que las personas empleadas de hogar pudieran acceder a otras prestaciones de seguridad social a las que podrían tener derecho y cuya concesión estaba supeditada a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, como las ayudas sociales para desempleados.

---

<sup>35</sup> Que puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1979-80004>.

<sup>36</sup> Que puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-81416>.

Ante esa mayor desprotección social de los empleados de hogar, que se traducía en una situación de desamparo social, la exclusión establecida en el art. 251.d) de la LGSS no parecía necesaria para alcanzar el objetivo de política social alegado por el Gobierno español<sup>37</sup>, por lo que el art. 4.1 de la Directiva 79/7 debía interpretarse “*en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo*”.

La tradicional diferencia de trato a efectos de protección por desempleo, acababa operando, pues, como un factor de discriminación que resultaba contrario al principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución Española, así como a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, por lo que resulta evidente, como ha indicado la doctrina, que España aprovechó “el trampolín político” que le brindaba esta sentencia del TJUE para implementar la prestación por desempleo en el sector del trabajo doméstico, “a pesar de que contaba con suficientes mimbres” como para haberlo establecido así desde el comienzo de la ordenación de su régimen jurídico<sup>38</sup>. De hecho, la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, se hace eco de esta Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 al indicar, tras reproducir algunas de sus principales argumentaciones, que la misma tenía “*una trascendencia especial*” porque, a diferencia de otros asuntos que, en el ámbito de la aplicación de la Directiva 79/7/CEE habían planteado los órganos jurisdiccionales españoles ante el TJUE, “*la mayor afectación femenina en el caso de las normas aplicables al sector del trabajo al servicio del hogar familiar resulta indudable*”.

#### 4. LA DETERMINACIÓN DE LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO DOMÉSTICO

Para poder acceder a las prestaciones por desempleo, el art. 266.c) de la LGSS establece como condición fáctica inexcusable la necesidad de “*en-*

---

<sup>37</sup> De acuerdo con la argumentación del Gobierno español y de la TGSS, la decisión de política legislativa de excluir de la protección contra el desempleo a los empleados de hogar estaba ligada a las peculiaridades de este sector profesional, afirmando a tal efecto que “*la relación laboral de estos trabajadores se caracteriza porque su empleador no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio por el trabajo por cuenta ajena de dichos empleados, y por el hecho de que dicha relación se desarrolla en el ámbito del hogar familiar, lo que dificulta tanto la comprobación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de desempleo como las inspecciones, debido a la inviolabilidad del domicilio*”.

<sup>38</sup> SALAS PORRAS, MARÍA. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como motor de las reformas legislativas: prestación por desempleo y servicio doméstico. *e-Revista Internacional de la Protección Social*. Vol. VI, núm. 2, 2022, p. 136.

*contrarse en situación legal de desempleo*”, por lo que, antes de analizar el régimen jurídico de la protección por desempleo de las personas al servicio del hogar familiar, resulta obligado detenerse en la forma en que el legislador español ha configurado la situación legal de desempleo en el ámbito del trabajo doméstico.

A tal fin, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, añadió un nuevo párrafo 8º al artículo 267.1.a) de la LGSS según el cual se encontrarán en situación legal de desempleo las personas trabajadoras que vean extinguido su contrato de trabajo *“de acuerdo con lo recogido en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”*.

Aunque eso implica *a priori* una delegación a la potestad reglamentaria, lo cierto es que será el propio legislador quien, a través del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, acometa en primera instancia la delimitación de la situación legal de desempleo en el ámbito del trabajo doméstico mediante la reforma de dicho precepto reglamentario, dedicado a regular la extinción del contrato de trabajo doméstico. Así, como se indica en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, el legislador realiza una *“intensa remodelación”* de la citada disposición reglamentaria que tiene como objetivo la eliminación de *“la mayoría de las diferencias que existían con anterioridad y que hacían que la protección frente al despido sin causa fuera muy inferior a la establecida para el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena”*.

La principal medida adoptada en ese sentido es, sin duda, la eliminación de la figura del desistimiento, que era, como ya dejamos apuntado, una modalidad de extinción del contrato de trabajo exclusivamente aplicable en el ámbito del trabajo doméstico y en la relación laboral especial de alta dirección<sup>39</sup>, que no tenía justificación alguna en el primer caso porque entrañaba una diferencia de trato que perjudicaba seriamente a las personas dedicadas al trabajo doméstico, causando desprotección, discriminación y una mayor precariedad y vulnerabilidad de este colectivo. Así se encargaba de advertirlo la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, recordando la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo donde se venía a constatar que las personas al servicio del hogar familiar disfrutaban de una tutela de derechos fundamentales muy inferior a la que se prevé en la relación laboral común, como en el caso de la inaplicación en caso de desistimiento, precisamente, del principio de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada.

---

<sup>39</sup> Vid., a este respecto, el art. 11 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. La justificación de la figura del desistimiento en este caso viene dada por la especial relación de confianza recíproca que existe entre el alto directivo y la Empresa contratante, *“derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la Empresa en cuanto a facultades y poderes”*, tal como se indica en el preámbulo de esta norma.

Teniendo en cuenta, pues, que la especial condición de la persona empleadora no puede implicar la desprotección de la persona trabajadora al servicio del hogar familiar, se suprime esa privilegiada vía intermedia de extinción del contrato de trabajo doméstico que representaba la figura del desistimiento mediante una regulación mucho más precisa de sus causas de extinción. De ese modo, además de las causas comunes previstas en el art. 49.1 ET, el contrato de trabajo doméstico sólo podrá extinguirse por alguna de las causas específicas enumeradas en el art. 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que son las siguientes.

a) La disminución de los ingresos de la unidad familiar o el incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida, como sucedería en el caso de que la persona empleadora perdiera su empleo o fuese declarada en situación de incapacidad permanente para el trabajo.

b) La modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifiquen el hecho de prescindir de la persona trabajadora del hogar, como ocurriría, por ejemplo, si las tareas de cuidado de algún miembro de la unidad familiar encomendadas a la persona empleada son asumidas por una entidad pública o dejan de ser necesarias.

c) El comportamiento de la persona trabajadora que “*fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora*”, lo que también debería justificarse “*en base a unas circunstancias valorables objetivamente*”, tal como se indica en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre.

Tal como se venía exigiendo en relación con el desistimiento desde la entrada en vigor del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, la decisión de extinguir el contrato de trabajo doméstico por cualquiera de estas tres causas deberá comunicarse por escrito a la persona empleada del hogar, debiendo constar de modo claro e inequívoco la voluntad de la persona empleadora de dar por finalizada la relación laboral y la causa por la que se adopta dicha decisión. Se mantiene, asimismo, tal como quedó establecido en el año 2011, la necesidad de poner a disposición de la persona empleada de hogar una indemnización de doce días de salario por año de servicio, con el límite de seis mensualidades<sup>40</sup>.

En lo que respecta al preaviso exigido por el Convenio 189 de la OIT, el legislador ha decidido mantener también la regulación precedente, por lo que, como regla general, el preaviso será de siete días, salvo en aquellos casos en que la prestación de servicios haya superado la duración de un año, en cuyo caso la persona empleadora deberá conceder un plazo de preaviso de, como mínimo, veinte días, computados desde que se comunique a la persona trabajadora la decisión de extinción. Si la persona empleada de hogar presta

---

<sup>40</sup> Conviene recordar que, hasta el año 2011, la indemnización por desistimiento era tan sólo de siete días por año de servicio.



servicios a jornada completa tendrá derecho durante el período de preaviso y sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo. Se mantiene también la posibilidad de sustituir el preaviso por una indemnización equivalente a los salarios de dicho período.

En el caso de las personas empleadas de hogar internas, el legislador ha decidido mantener también sin mejora ni alteración alguna la prohibición de adoptar la decisión extintiva “entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente”, con la finalidad, impuesta por el Convenio 189 de la OIT, de permitirles buscar un nuevo empleo y alojamiento. Dicha prohibición no resultará operativa, en cualquier caso, cuando la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza, lo que, a nuestro juicio, también deberá ser demostrado por la persona empleadora con razones objetivamente valorables.

También resulta claro, en fin, que el incumplimiento del requisito relativo a la forma escrita de la comunicación de extinción o de la puesta a disposición de la indemnización prevista, conducirá a la aplicación del régimen extintivo común previsto en el art. 49.1 ET, puesto que el art. 11.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, sigue manteniendo la presunción de que la persona empleadora “ha optado” por la aplicación del régimen extintivo del despido regulado en el ET. Presunción que ha de entenderse de carácter *iuris tantum*, puesto que no resulta aplicable en caso de no concederse el preaviso y puede ser desvirtuada cuando se demuestre un error excusable en el cálculo de la indemnización<sup>41</sup>.

Conviene advertir, por último, que, a diferencia de lo que sucedía en la regulación precedente, donde no resultaban aplicables tres de las causas de extinción previstas en el art. 49.1 ET, como eran la fuerza mayor, el despido colectivo y las causas objetivas legalmente procedentes, con la nueva regulación del art. 11.1 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, son aplicables todas las causas de extinción estatutariamente establecidas, incluyendo obviamente, como se viene exigiendo en el marco de la OIT, la extinción “por voluntad del trabajador” fundamentada en un incumplimiento contractual de la persona empleadora.

En su intento de equiparar las condiciones laborales de las personas empleadas de hogar con las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, el legislador también modificó el art. 33.2 ET para extender la cobertura del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) al ámbito del trabajo doméstico, de modo que también se abonarán indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de las personas trabajadores a quienes se les extinga su contrato doméstico en

---

<sup>41</sup> Ello sin perjuicio, obviamente, “de la obligación de la persona empleadora de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta”, tal como se indica en el segundo inciso del segundo párrafo del art. 11.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

virtud de lo dispuesto en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre. Para ello, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, tuvo que abordar las pertinentes modificaciones del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, determinando a tal efecto que el importe de la cuantía a abonar por parte del FOGASA en caso de extinción del contrato de trabajo doméstico por alguna de las tres causas previstas en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, se calculará *“a razón de doce días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de seis mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias”*.

Ni que decir tiene que las indemnizaciones que habrá de reconocérsele a las personas empleadas de hogar cuyo contrato doméstico se extinga por cualquiera de las causas previstas en el art. 49.1 ET serán las previstas en cada caso para cualquier trabajador por cuenta ajena. En cualquier caso, todo ello implica, como se indica ahora en el art. 11. Uno. d) del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que las personas empleadoras estarán obligadas a cotizar por las personas trabajadoras en el hogar familiar con las que esté vinculada en virtud de un contrato de trabajo doméstico.

En definitiva, la comunicación por escrito a la persona empleada de hogar de la decisión de extinguir el contrato de trabajo doméstico por alguna de las tres causas previstas en el art 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, o la documentación acreditativa que proceda en caso de resultar aplicable alguna de las causas de extinción previstas en el art. 49.1 ET, habilitarán a la persona empleada de hogar para justificar el hecho de encontrarse en situación legal de desempleo y solicitar, si cumple los demás requisitos exigidos por el art. 266 de la LGSS, la prestación o subsidio por desempleo que corresponda, cuestión que pasamos a analizar seguidamente.

## 5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Con el reconocimiento del derecho a protección por desempleo a las trabajadoras y trabajadores domésticos, el legislador tenía que afrontar necesariamente las necesarias modificaciones de la LGSS, especialmente en lo relativo a las reglas de cotización por desempleo, el régimen de bonificaciones de cuotas aplicable a las personas que tengan contratada o contraten a una persona trabajadora al servicio del hogar, las funciones de la Agencia Española de Empleo<sup>42</sup> y las posibles peculiaridades en materia de acción pro-

---

<sup>42</sup> Es la nueva denominación dada al ya extinto *Servicio Público de Empleo Estatal* por el art. 18 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

tectora. Sin embargo, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, no ha sido demasiado explícito al respecto, por lo que muchos de los interrogantes que podría suscitar la aplicación al sector del empleo doméstico de las prestaciones por desempleo hay que deducirlas por analogía con lo establecido en la LGSS para las personas trabajadoras integradas en el Régimen General de la Seguridad Social.

### 5.1. Las reglas de cotización por desempleo

Por lo que respecta a la determinación de las bases de cotización por desempleo, conviene tener en cuenta que, hasta el año 2023, se ha venido aplicando lo dispuesto en la Disposición transitoria decimosexta de la LGSS, donde quedó establecido un sistema de cotización basado en una escala de bases de cotización que variaba en función de las retribuciones mensuales percibidas por las personas empleadas de hogar. Se trataba, por tanto, de un sistema de bases de cotización *tarifadas* que fue sustituido a partir del año 2024 por lo dispuesto con carácter general en el art. 147 LGSS, sin que la cotización resultante “*pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente*”<sup>43</sup>. Ahora bien, en dicha Disposición transitoria decimosexta de la LGSS sólo se hace referencia expresa a las bases de cotización “*por contingencias comunes y profesionales*”, por lo que, en una primera lectura rápida, cabe preguntarse si el legislador se ha olvidado de indicar cómo se determinará la base de cotización por desempleo en el ámbito del trabajo doméstico.

La respuesta no puede ser otra, una vez superada la sorpresa inicial, que acogerse a lo dispuesto en el art. 19.4 de la LGSS, donde se indica que la base de cotización para la contingencia de desempleo, “*en todos los regímenes de la Seguridad Social que tengan cubierta la misma*”, será la correspondiente a la base de cotización por contingencias profesionales. Y lo mismo cabe decir en el caso de la determinación de la base de cotización para la aportación al FOGASA. Esa fue, como no podía ser de otro modo, la solución adoptada por la Disposición transitoria segunda del propio Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, al indicar que la cotización por desempleo y FOGASA de las personas incluidas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar sería obligatoria “*a partir del 1 de octubre de 2022*”, estableciendo en consonancia con ello que, “*hasta el 31 de diciembre de 2022*”, las bases de cotización por desempleo y FOGASA en este sistema especial “*serán las correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”.

Parece claro, pues, que a partir del año 2024 la base de cotización por desempleo y FOGASA en el sector del trabajo doméstico será la correspondiente a la base de cotización por contingencias profesionales, cuya deter-

---

<sup>43</sup> Tal como se establece en el apartado 4º, del punto 1.a) de la Disposición transitoria decimosexta de la LGSS, con la redacción dada por Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, que desplazó hasta el año 2024 la previsión de aplicar el art. 147 LGSS.

minación se registrá por lo dispuesto en el art. 147 de la LGSS para todas las personas trabajadoras por cuenta ajena. De ese modo, la base de cotización por desempleo en el ámbito del empleo doméstico también estará constituida por la “*remuneración total*”, ya sea en metálico o en especie, que las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar tengan derecho a percibir con carácter mensual, o las que efectivamente perciban, quedando excluidos tan solo los conceptos enumerados en el art. 147.2 de la LGSS, salvo las horas extraordinarias, que también se incluirán en la base de cotización por desempleo y FOGASA.

Resultará particularmente relevante a tal efecto lo dispuesto en el art. 43.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Se exige en dicho precepto reglamentario que en las solicitudes de alta de personas trabajadoras incluidas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar deberán figurar, necesariamente, además de los datos establecidos con carácter general, tanto el código de la cuenta de la entidad financiera donde se domicilie el pago de la cotización, como “*los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo del mismo*”, lo que incluye el número de horas de trabajo mensuales y semanales, el importe del salario pactado por hora o con carácter mensual y la parte proporcional de las pagas extraordinarias. En el caso de las empleadas de hogar internas, habrá de quedar reflejado también “*el importe del salario mensual acordado en especie*”, la existencia o no de pacto de horas de presencia, las horas de pernocta acordadas y la retribución por hora pactada.

En estos casos en que el hecho de residir en el mismo lugar donde se realiza la prestación laboral puede ser considerado como una forma de pago en especie, la TGSS tendría que estar especialmente vigilante, a nuestro juicio, a la hora de controlar que el precio pactado en concepto de *habitación* no supere el 30 % de las percepciones salariales de la empleada de hogar interna, tal como exige el art. 26.1 ET.

En lo que respecta al tipo de cotización aplicable, la Disposición transitoria decimosexta de la LGSS indica que para la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial se aplicarán los tipos de cotización que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Si tomamos como referencia lo dispuesto en la vigente LPGE, el tipo de cotización por desempleo en el sector del trabajo doméstico será del 7,05 %, correspondiendo el 5,50 % al empleador y el 1,55 % al empleado doméstico, cuando la contratación tenga carácter indefinido. Si el contrato de trabajo doméstico es de duración determinada, el tipo de cotización se elevará al 8,30 %, siendo el 6,70 % será a cargo del empleador y el 1,60 % a cargo del empleado doméstico. El tipo de cotización aplicable para el sostenimiento del FOGASA será del 0,20 %, corriendo a cargo exclusivo del empleador<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Art. 122. Once. 2 A) y B) de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

Para hacer más liviana la carga económica que para los titulares del hogar familiar supondrá esta cotización por desempleo y FOGASA, la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, ha establecido el “derecho” a una bonificación del 80 por ciento de las aportaciones empresariales por estos conceptos a las personas que tengan contratada o contraten bajo cualquier modalidad contractual a una persona trabajadora al servicio del hogar y le den de alta en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social. El coste de dicha bonificación será financiado por la Agencia Española de Empleo y el Fondo de Garantía Salarial, en la parte que corresponda a cada organismo de sus respectivas cotizaciones sociales.

Conviene advertir, por último, que el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, ha suprimido también la injustificable diferencia de trato que existía entre las personas empleadas de hogar que prestaban servicios durante menos de 60 horas mensuales por persona empleadora y las empleadas domésticas a tiempo completo<sup>45</sup>, puesto que a aquéllas se le exigía solicitar su propia afiliación y alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar, lo que a efectos de cotización implicaba la asunción por parte de la persona empleada de hogar a tiempo parcial de la obligación de cotizar<sup>46</sup>, situando a esta en una posición similar, en materia de encuadramiento y cotización, a la de un trabajador autónomo<sup>47</sup>. De ese modo, a partir del día 1 de enero de 2023, tal como indica la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, serán las personas empleadoras, titulares del hogar familiar, las que asuman las obligaciones en materia de cotización con relación a las personas trabajadoras al servicio del hogar que presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por persona empleadora, lo que supone volver a lo dispuesto en su día por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que suprimió esa diferencia de trato considerando que, con independencia de la extensión de su prestación laboral y de que tengan uno o varios empleadores, todas las personas empleadas de hogar son contratadas por cuenta ajena, siendo, por tanto, merecedoras del mismo tratamiento jurídico<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Lo que se ha hecho mediante la modificación del art. 43.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, y la consecuente derogación expresa del artículo 34 bis del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

<sup>46</sup> Vid., sobre ello, Lozano Lares, Francisco. Los déficits de protección social del trabajo femenino, cit., pp. 107-110.

<sup>47</sup> Ferradans Carames, Carmen. *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2006, pp. 119 y ss.

<sup>48</sup> García González, Guillermo. La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro, cit., p. 203.

## 5.2. El contenido y alcance de la acción protectora

Como hemos podido comprobar, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, no ha sido demasiado explícito a la hora de regular la cotización por desempleo en el ámbito del trabajo doméstico, por lo que su régimen jurídico hemos tenido que deducirlo de las escasas previsiones remisorias del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, y de las genéricas disposiciones establecidas en la LGSS para todas las personas trabajadoras por cuenta ajena. Pues bien, en lo que respecta al contenido y alcance de la protección por desempleo el legislador ha sido mucho más parco aún, puesto que se ha limitado a indicar que se suprime la letra d) del artículo 251 de la LGSS, donde se decía que “*la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo*”. Ha de entenderse, por tanto, que la protección por desempleo en el ámbito del trabajo doméstico ha de regirse por lo dispuesto en el Título III de la LGSS, sin que quepa aplicar modalización ni restricción alguna.

Aunque no podamos analizar aquí en toda su extensión el régimen jurídico de la protección por desempleo, vamos a hacer una rápida exégesis de sus principales notas configuradoras, lo que nos permitirá visualizar el alcance real de la extensión al sector del trabajo doméstico de la protección por desempleo. Así, en lo que respecta a los requisitos necesarios para tener derecho a las prestaciones por desempleo, resulta evidente que, además de la necesidad de estar en situación de desempleo, las personas empleadas de hogar tendrán que cumplir los otros cinco requisitos exigidos por el art. 266 LGSS para poder ser persona beneficiaria de las prestaciones por desempleo.

Para empezar, las trabajadoras y trabajadores domésticos habrán de estar afiliadas y en situación de alta o situación de asimilación al alta en el Sistema Especial de Empleados de hogar, pero este requisito de encuadramiento no puede ser considerado como imprescindible, puesto que en materia de desempleo rigen los principios de alta presunta y automática de las prestaciones establecidos en los arts. 166.4 y 281 de la LGSS. O sea, que aun en aquellos casos en que la persona empleadora, titular del hogar familiar, no hubiera afiliado o dado de alta a la persona empleada de hogar, o no hubiera cotizado por ella, la Agencia Española de Empleo tendrá que abonar las prestaciones por desempleo que resulten procedentes, sin perjuicio de las sanciones administrativas y de la responsabilidad prestacional que haya de exigirse a la persona titular del hogar familiar que resulte incumplidora.

Las trabajadoras y trabajadores domésticos también tendrán que inscribirse como demandantes de empleo en el servicio público de empleo autonómico que resulte competente. Como es sabido, se trata de un requisito de adquisición y de mantenimiento de la prestación por desempleo, puesto que la inscripción como demandante de empleo debe mantenerse “*durante todo el período de duración de la prestación como requisito necesario para la*

*conservación de su percepción*”, quedando suspendida la percepción de la prestación por desempleo en caso de incumplimiento de este requisito<sup>49</sup>.

Dicha inscripción conlleva asimismo la obligación de suscribir el denominado “*acuerdo de actividad*” previsto en el artículo 3.f) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, donde se entiende por tal el documento mediante el cual “*se establecen derechos y obligaciones entre la persona demandante de los servicios públicos de empleo y el correspondiente Servicio Público de Empleo para incrementar la empleabilidad de aquella, atendiendo, en su caso, a las necesidades de los colectivos prioritarios*”. Conviene advertir que entre las obligaciones que integran el acuerdo de actividad se encuentra la necesidad de aceptar toda colocación que se considere adecuada, entendiéndose como tal, en primer lugar, “*la colocación en la profesión demandada por la persona trabajadora*”, de acuerdo con su formación, características profesionales, experiencia previa o intereses laborales, y, asimismo, aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas<sup>50</sup>. Y también se hará extensible a las personas empleadas de hogar las restantes obligaciones establecidas en el art. 299 de la LGSS para toda persona solicitante o beneficiaria de prestaciones por desempleo<sup>51</sup>, como, entre otras, cotizar por la aportación obrera a la contingencia de desempleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad que se determinen por los servicios públicos de empleo competentes o renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda.

A las personas al servicio del hogar familiar también les resultará aplicable, obviamente, la necesidad de no tener cumplida la edad ordinaria de jubilación contributiva exigida en cada caso, teniendo en cuenta que este requisito no sería exigible si, en el momento de alcanzar la edad legal de jubilación, la persona empleada de hogar aún no tiene acreditado el período de cotización de quince años exigido para acceder a la pensión de jubilación.

Y, como no podía ser de otro modo, las trabajadoras y trabajadores domésticos deberán poder acreditar, en fin, un período de cotización mínima de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. A efectos de determinación de este requisito de carencia, hay que entender que en el sector del empleo doméstico también se aplicarán las reglas de cómputo establecidas en el art. 269 de la LGSS y en el concordante art. 3 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la *Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo*, entre las que destacan la relativa a la necesidad de tener en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de una prestación o subsidio por desempleo anterior, y la imposibi-

---

<sup>49</sup> Segundo párrafo del art. 268.1 LGSS.

<sup>50</sup> Tal como aparece conceptualizado en el art. 3.g) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, a la que se remite el art. 301 LGSS, tras la redacción dada por dicha Ley.

<sup>51</sup> Con la redacción dada por Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

lidad de computar las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la Agencia Española de Empleo.

Particularmente significativa será la aplicación de las reglas de cómputo establecidas en caso de contrataciones a tiempo parcial si tenemos en cuando que “la mayoría de los contratos de trabajo doméstico son de tiempo parcial”, siendo sumamente frecuente el trabajo por horas y para varios domicilios, con jornadas muy breves en cada uno de ellos<sup>52</sup>. Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.4 del citado Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, si las cotizaciones corresponden a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del art. 12 ET, entre los que, sin duda, han de incluirse los realizados por las trabajadoras y trabajadores domésticos, habrá de computarse todo el período durante el que la persona empleada de hogar haya permanecido en alta, “*con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada*”. Ahora bien, parece claro que, cuando se tenga concertados simultáneamente varios contratos de trabajo doméstico a tiempo parcial para distintas personas empleadoras, si se accede a la situación legal de desempleo a consecuencia de la extinción de uno de los contratos de trabajo a tiempo parcial, manteniéndose los restantes contratos de trabajo domésticos a tiempo parcial, sólo se podrá tener en cuenta, a efectos de cómputo del período mínimo de cotización exigido, las cotizaciones acreditadas en el contrato de trabajo doméstico que se haya extinguido.

En lo que respecta a la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo, la equiparación con las personas trabajadoras por cuenta ajena también ha de ser plena, por lo que el sector del trabajo doméstico se regirá por las genéricas reglas de cálculo establecidas en el art. 270 de la LGSS. La base reguladora estará constituida, pues, por el promedio de bases de cotización por desempleo de los últimos seis meses de trabajo doméstico realizados, sin computar las horas extraordinarias, dentro del período de seis años de ocupación que se toma como referencia para calcular la duración de la percepción de la prestación por desempleo. A dicha base reguladora se le aplicarán los porcentajes establecidos en el art. 270.2 de la LGSS (70 % durante los ciento ochenta primeros días de percepción de la prestación por desempleo y el 60 por ciento a partir del día ciento ochenta y uno), sin que la cuantía obtenida pueda superar los límites máximo y mínimo contemplados en el art. 270.3 de la LGSS. Particularmente relevante resultará en el sector del empleo doméstico lo dispuesto en el art. 270.4 de la LGSS, en virtud del cual si la persona empleada de hogar pierde uno de los contratos de trabajo domésticos que tenía concertados, la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de las bases por las que se haya cotizado a efectos de desempleo en todos los trabajos a tiempo parcial que se hayan venido simultaneando durante los últimos ciento ochenta días del período de seis años que se toma como referencia. En estos casos, las cuantías máxima y mínima del importe

---

<sup>52</sup> Sanz Sáez, Concepción. Opus cit., p. 75.



de la prestación por desempleo se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas en los trabajos que se hayan venido simultaneando.

Tampoco habrá diferencia alguna en relación con la duración del período de percepción de la prestación por desempleo, que se obtendrá en función de los períodos de trabajo doméstico cotizados en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo de acuerdo con la escala prevista en el art. 269.1 LGSS, en cuyo primer tramo se exigen 360 días cotizados como mínimo para poder tener derecho a 120 días de prestación por desempleo. Como es sabido, el período máximo de percepción es de 720 días (dos años), al que se tendría derecho cuando se acrediten 2.160 días de cotización (seis años).

La extensión al ámbito del trabajo doméstico de la protección por desempleo implica asimismo que las trabajadoras y trabajadores al servicio del hogar familiar podrán ser potenciales personas beneficiarias de los subsidios por desempleo, pudiendo acogerse tanto al subsidio por agotamiento de prestaciones por desempleo, como al denominado subsidio *contributivo*, previsto para aquellos casos en que se esté en situación legal de desempleo pero no se tenga derecho a prestación por no tener cubierto el período mínimo de cotización exigido, y el subsidio de *prejubilación* establecido para personas mayores de 52 años que hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y tenga todos los requisitos necesarios salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión de jubilación contributiva del sistema de Seguridad Social<sup>53</sup>.

Especialmente relevantes resultarán en el sector del empleo doméstico, por último, las reglas de compatibilidad de las prestaciones por desempleo previstas en el art. 282.1 de la LGSS y el concordante art. 15 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, donde se contempla la compatibilidad de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo parcial. La aplicación de dichas reglas al ámbito del trabajo doméstico puede dar lugar a diversas situaciones que pasamos a exponer. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que cualquier persona trabajadora por cuenta ajena que esté percibiendo una prestación o subsidio por desempleo, sea cual sea el sector de actividad donde lo haya generado, podría trabajar en teoría como empleada o empleado de hogar a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio que viniera percibiendo la parte proporcional al tiempo trabajado. Por otra parte, si una persona empleada de hogar viene realizando un trabajo doméstico a tiempo completo y otro a tiempo parcial y pierde este último, no podrá percibir prestación o

---

<sup>53</sup> La doctrina se ha hecho eco también de otras reglas de “aplicación uniforme” entre los trabajadores por cuenta ajena y las personas empleadas de hogar como las relativas a las normas de concatenación de la prestación por desempleo con el subsidio por incapacidad temporal y las prestaciones por nacimiento y cuidado de menores. Vid., sobre ello, Salas Porras, María. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como motor de las reformas legislativas: prestación por desempleo y servicio doméstico, cit., p. 142.

subsidio por desempleo, pero si pierde el trabajo a tiempo completo sí que tendría derecho a solicitar y percibir la prestación o subsidio por desempleo que pudiera corresponderle, deduciéndose de su cuantía la parte proporcional al tiempo trabajado.

Y en aquellos casos en que la persona empleada de hogar haya concertado dos contratos de trabajo a tiempo parcial, la pérdida de uno de ellos le daría derecho, si cumple los requisitos exigidos, a percibir la prestación o subsidio por desempleo que proceda, deduciéndose también de su importe la parte proporcional al tiempo trabajado. Ahora bien, si luego obtiene un nuevo trabajo a tiempo parcial, este sería incompatible con la prestación o subsidio reconocido en virtud de lo dispuesto en el art. 15.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, lo que en el sector del trabajo doméstico puede resultar contraproducente si tenemos en cuenta, como ya hemos indicado, lo habitual que resulta en este ámbito simultanear más de dos contratos de trabajo a tiempo parcial en diversos domicilios con jornadas diarias de muy corta duración. Las retribuciones percibidas en estos casos suelen ser tan exiguas que, en aras de una mayor dignificación laboral del empleo doméstico, bien podría estipularse la compatibilidad de la prestación o subsidio por desempleo con la realización de dos o más contratos de trabajo domésticos a tiempo parcial con jornadas diarias de corta duración.

## BIBLIOGRAFÍA

- FERRADANS CARAMES, CARMEN. *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Dificil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2006.
- GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO. La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*. Vol. 4, N° 8, 2011.
- GRAU PINEDA, CARMEN. De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*. Vol. 9, n° 2, 2019.
- LOZANO LARES, FRANCISCO. Los déficits de protección social del trabajo femenino. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 58, 2021
- OIT (2022). *Garantizar un trabajo decente para el personal de enfermería y los trabajadores domésticos, actores claves en la economía del cuidado de personas*. Conferencia Internacional del Trabajo, 110ª Reunión. Oficina Internacional del trabajo, Ginebra.
- OIT (2021). *Making decent work a reality for domestic workers: Progress and prospects ten years after the adoption of the Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*. International Labour Office. Geneva.
- OIT (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT (2012). *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la*

- Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008.* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT (2010). *Trabajo decente para los trabajadores domésticos. Informe IV (2)*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT (2010). *Trabajo decente para los trabajadores domésticos. Informe IV (1)*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- RAMÍREZ MACHADO, JOSÉ MARÍA. Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective. *ILO. Conditions of work and employment Series*, nº 7, 2003.
- SALAS PORRAS, MARÍA. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como motor de las reformas legislativas: prestación por desempleo y servicio doméstico. *e-Revista Internacional de la Protección Social*. Vol. VI, núm. 2, 2022.
- SANZ SÁEZ, CONCEPCIÓN. *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Especial: análisis actual y de futuro*. Bomarzo, Albacete, 2017.
- VELA DÍAZ, RAQUEL. Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos 2011 (núm. 189), *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019.



LA CONCILIACION DE LA VIDA FAMILIAR  
Y LABORAL COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN  
DE LA COLOCACIÓN ADECUADA A LA LUZ  
DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

DELYANA MILENOVA KOSEVA

*Profesora Ayudante (LOU)*

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Socia.*

*Universidad de Alicante*

*Delyana.milenova@ua.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. ETAPA PREVIA A LA REFORMA DE 2002. 3. ETAPA POSTERIOR A LA REFORMA DE 2002. 4. ETAPA ACTUAL. 5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, entre las obligaciones que asume el beneficiario de una prestación por desempleo se encuentran la de buscar activamente empleo y la de aceptar una colocación adecuada ofrecida por el servicio público de empleo<sup>1</sup>. El término de colocación adecuada ha sufrido una profunda transformación desde su origen en los años sesenta hasta la actualidad. En un primer momento, la “adecuación” de las ofertas de empleo dependía exclusivamente de la naturaleza de la actividad laboral y de las condiciones en que la misma había que desarrollarse<sup>2</sup>, sin valorar otro tipo de circunstancias que pudieran ser relevantes, tales como las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral. Hoy en día, no cabe duda de la importancia que ostentan las cargas familiares tanto en la etapa “en activo” de un trabajador, como en su etapa de búsqueda de ocupación, limitando sus posibilidades de aceptación de un empleo. Ello se observa especialmente en el caso de las mujeres, quienes tradicionalmente han sido las encargadas de la crianza de los hijos y del cuidado de familiares y como consecuencia de ello han visto mermadas en mayor medida sus expectativas profesionales. Recientes estudios del INE<sup>3</sup> corroboran que en 2021 el 27,5% de las mujeres entre 35 y 44 años no buscaban empleo porque debían cuidar a personas dependientes, siendo este porcentaje del 23,7% en el caso de los hombres. Así mismo, se ha registrado que la tasa de empleo de las mujeres entre 25 y 49 años con hijos menores de 12 años está muy por debajo de la tasa de empleo que presentan los hombres en las mismas circunstancias (gráfico 1).

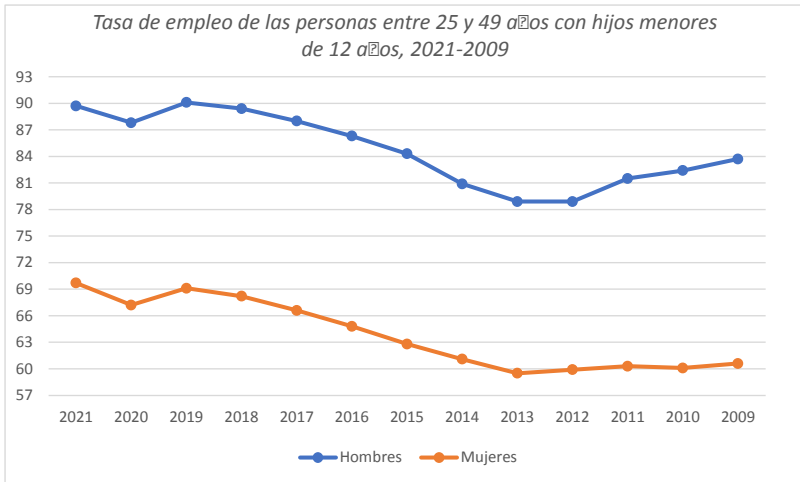
---

<sup>1</sup> Art. 266 c) LGSS.

<sup>2</sup> Véase, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, 1990, p. 279-280.

<sup>3</sup> Instituto Nacional de Estadística, *Personas inactivas que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes según motivo y grupo de edad. España 2021*. Datos disponibles en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=53551>

GRÁFICO 1



Estos datos demuestran, por un lado, que las necesidades de

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE sobre la Incidencia en el empleo por la existencia de hijos.

Estos datos demuestran, por un lado, que las necesidades de conciliación afectan de forma diferente a cada sexo, siendo el femenino el más perjudicado y, por otro lado, que la presencia de hijos o familiares dependientes que necesiten cuidados repercute negativamente en la empleabilidad de las personas. Consciente de esta realidad, en las últimas dos décadas el legislador ha incorporado distintas medidas de protección de los derechos de conciliación en lo que respecta a la búsqueda de empleo y a la oferta de una colocación adecuada por parte del servicio público de empleo. En este sentido, la presente comunicación pretende exponer cuáles han sido los cambios implementados por el legislador para reforzar la valoración de las circunstancias familiares en la delimitación del concepto de colocación adecuada.

## 2. ETAPA PREVIA A LA REFORMA DE 2002

En la regulación de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en los procesos de búsqueda de empleo se pueden apreciar varias etapas que van de menor a mayor grado de consideración de los mismos. La primera etapa abarca el período previo a la aprobación del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y de la homónima Ley 45/2002, de 12 de diciembre. La segunda etapa se refiere al período posterior a la reforma de 2002 y se extiende hasta aproximadamente 2013-2014. Por último,



se puede apreciar una tercera etapa que es en la que nos encontramos hoy en día, caracterizada por la consolidación de los derechos objeto de este estudio.

En la etapa previa a 2002, la colocación adecuada era aquella que se adaptaba a las circunstancias profesionales del desempleado, sin tener en cuenta ningún otro factor. De forma que, las necesidades de carácter personal y familiar quedaban totalmente al margen de los criterios tenidos en cuenta por el legislador en la delimitación de la “adecuación” de una ocupación. Muestra de ello es que en los años sesenta, la norma sólo establecía que la oferta de empleo había de ser “adecuada a las condiciones del desocupado”<sup>4</sup>, sin concretar cuáles eran dichas condiciones. Más adelante, la Orden de 5 de mayo de 1967 – dictada en desarrollo de la Ley de 21 de abril de 1961, de Seguridad Social - definió por primera vez el concepto de colocación adecuada vinculándolo a las “aptitudes físicas o profesionales” del desempleado y estableciendo como límite para la adecuación que “el trabajador pueda seguir conviviendo con su familia”<sup>5</sup>. Tal y como han apuntado algunos autores, esta mención estaba más relacionada con el incremento de costes que conllevan las ofertas de empleo ligadas a un cambio de domicilio, que con la valoración de las responsabilidades familiares del trabajador<sup>6</sup>, de modo que la conciliación de la vida familiar seguía manteniéndose en un plano muy alejado. Las sucesivas reformas<sup>7</sup> se centraron en perfilar el criterio profesional, entendiendo por colocación adecuada “aquella que se corresponda con la profesión habitual del trabajador” siempre que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas y, en todo caso, “la coincidente con la última actividad laboral desempeñada”, con el límite de que “no suponga cambio de residencia habitual, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo”<sup>8</sup>.

En definitiva, en esta primera etapa, en la delimitación del concepto de colocación adecuada se aplicaban criterios relacionados con la naturaleza de la actividad profesional en que consistía el trabajo y con las condiciones en que ese trabajo había que desarrollarse, omitiendo cualquier referencia a las necesidades de conciliación de la persona desempleada. Como consecuencia, muchas de las ofertas que el servicio público de empleo hacía llegar a los desempleados, a pesar de ajustarse a sus aptitudes físicas y formativas, no tenían en cuenta sus necesidades de conciliación familiar, por lo que acaba-

---

<sup>4</sup> Art. Noveno de la Ley 62/1961, de 22 de julio, por la que se implanta el Seguro Nacional de Desempleo.

<sup>5</sup> Art. 14.2 de la Orden de 5 de mayo de 1967.

<sup>6</sup> Tal y como señala CERVILLA GARZÓN, M.J.: “Interferencias de la obligatoria conciliación de la vida familiar y laboral en la determinación de la “colocación adecuada”, en AA.VV., *XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social “La protección por desempleo en España”*, pp. 537-546, p. 538, “dicha circunstancia no entendemos que sea, en ningún caso, asimilable a la valoración de las responsabilidades familiares del trabajador o sus posibles necesidades de conciliación, que pueden darse aun cuando su centro de trabajo esté muy cercano a su domicilio familiar”.

<sup>7</sup> Como la que tuvo lugar con el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>8</sup> Art. 213.3 LGSS en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

ban siendo rechazadas. El rechazo injustificado de una colocación adecuada conllevaba la suspensión o, en su caso, la pérdida del derecho a la prestación por desempleo. Como resultado, aquellas personas que habían perdido de forma temporal o definitiva su prestación por haber rechazado un empleo “adecuado”, acudían a los Tribunales para exigir la desestimación de la sanción y el reconocimiento de las circunstancias familiares como causa válida de rechazo de una colocación adecuada.

En este contexto normativo, los Tribunales no solían aceptar como causa justificativa de rechazo de una colocación adecuada o de un curso formativo la existencia de circunstancias familiares, ni siquiera cuando se trataba del cuidado de hijos de muy corta edad (once meses)<sup>9</sup>, ya que, según se argumentaba, quedaban fuera del período de “vinculación absoluta a la madre”, esto es, fuera del descanso por nacimiento de hijo<sup>10</sup>. Con más lógica, se rechazaba como causa justificativa el tener hijos de edades superiores (veintidós y diecisiete años<sup>11</sup>) en los que no concurrían circunstancias especiales, ya que la intensidad del cuidado en tales supuestos no impedía la aceptación del empleo<sup>12</sup>. Se seguía el mismo criterio rígido incluso en el caso de tener que atender a una hija que recientemente había sido intervenida quirúrgicamente<sup>13</sup> o en caso de tener que prestar cuidados continuos a un bebé muy enfermo<sup>14</sup>. En este último supuesto, el Tribunal no valoró el mayor perjuicio que el empleo en turno rotativo que le fue ofrecido a la madre implicaba para el cuidado de su hijo, pues ello, según el órgano judicial, no suponía, salvo prueba en contra, un mayor número de horas de trabajo que las que tendría que prestar en un trabajo con horario fijo<sup>15</sup>. La no valoración de las circunstancias familiares ha sido patente también en el caso de que los destinatarios de los cuidados

<sup>9</sup> Tal fue el caso planteado ante el TSJ de Galicia, Sentencia de 26 de septiembre de 1995, en el que la actora rechazó la oferta de una colocación adecuada por encontrarse al cuidado de su hijo de once meses. En el mismo sentido, STSJ Murcia 11 de noviembre 1999 (hijo de año y seis meses); STSJ Cataluña de 22 de enero 1995 (dos años); STSJ Extremadura de 12 de febrero 1996 y de Cataluña de 14 de febrero 1997 (5 años).

<sup>10</sup> TSJ de Murcia, sentencia núm. 1222/1999, de 11 noviembre 1999. La actora acudía al curso formativo acompañada de su hija de un año y medio de edad, por imposibilidad de dejarla al cuidado de otra persona. El órgano jurisdiccional calificó la actitud de la madre como provocación para conseguir ser excluida del curso y, además, en su razonamiento tuvo en cuenta la retribución del cónyuge y de la actora que, aunque no separaban ciertos límites económicos, permitían pagar una plaza en una guardería pública.

<sup>11</sup> TSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Social, Sentencia núm. 743/2001, de 6 marzo

<sup>12</sup> *Vid.*, MELLA MÉNDEZ, L.: “La oferta adecuada de empleo tras las reformas de 2002”, en *Estudios Financieros CEF*, núm. 247/2003, p. 33

<sup>13</sup> Alegando el órgano jurisdiccional que esta circunstancia, “lo más que constituía era una dificultad que debía solventar buscando una tercera persona que se ocupara del niño durante las horas de duración del curso” (fundamento jurídico segundo del TSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 19 abril 1994, rec. 2215/1993).

<sup>14</sup> Tal es el caso de la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 8 mayo 1997, rec. 1934/1997, en la que la actora tenía a su cargo a su hija muy enferma que necesitaba cuidados de forma continuada que llegaban “al extremo de tener que mantener a la hija enferma, un bebé, boca abajo”.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

fueran otros familiares<sup>16</sup>, como un padre enfermo<sup>17</sup>, una madre que requería cuidados durante las veinticuatro horas del día por razón de su grave enfermedad<sup>18</sup> o una sobrina durante su hospitalización<sup>19</sup>.

Las razones de fondo sobre las que los Tribunales basaban el rechazo residían, por un lado, en la idea de que las responsabilidades familiares, aunque respetables, no estaban previstas por el legislador como causa justificativa de rechazo y, “entenderlo de otro modo, supondría una invitación al fraude y al abuso al permitir que los beneficiarios rechazasen la colocación ofrecida invocando cualquiera de las innumerables situaciones personales en que puedan encontrarse (cuidado no sólo de niños, sino también de ancianos, personas enfermas, etc.)<sup>20</sup>”. De otro lado, sostenían que la aceptación de esta causa colocaría en una situación de privilegio a las personas desempleadas, frente a los trabajadores en activo que no pueden invocar circunstancias familiares para dejar de cumplir con su obligación de prestar servicios, lo cual atentaría contra el principio de igualdad constitucionalmente consagrado<sup>21</sup>.

La citada doctrina fue confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de febrero de 1995<sup>22</sup>, que resuelve sobre el caso de una madre desempleada que rechazó una ocupación adecuada por tener a su cargo una hija de un año y no existir en su localidad guardería que acogiera a niños menores de dos años. El Alto Tribunal parte del concepto legal de desempleado<sup>23</sup> que se caracteriza por la voluntad del mismo de trabajar y por su disponibilidad al efecto. Así, dado que la prestación por desempleo tiene por objeto la protección de una situación de necesidad y no de mera conveniencia, se excluye la alegación de circunstancias personales y familiares como impedimento para aceptar un empleo adecuado. Entiende el órgano jurisdiccional que el Estatuto de los Trabajadores prevé mecanismos suficientes para compatibilizar el empleo con las responsabilidades familiares, por lo que, en supuestos como el analizado, se debe aceptar la oferta y, una vez ingresado en la empresa, acudir a alguno de los permisos por motivos de conciliación regulados en el art. 37.4 y 5, esto es, reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses o por razón de guarda legal directa de un menor de seis años. En

---

<sup>16</sup> *Vid.* MELLA MÉNDEZ, L.: “La oferta adecuada de empleo...” op. cit., núm. 247/2003, p. 34

<sup>17</sup> TSJ de Extremadura, Sala de lo Social, Sentencia núm. 225/1998, de 31 marzo 1998, rec. 174/1998.

<sup>18</sup> TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia núm. 3594/1998, de 29 mayo 1998.

<sup>19</sup> STSJ de Cataluña, de 27 febrero 1991

<sup>20</sup> STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 septiembre 1995, rec. 1913/1993

<sup>21</sup> Por todas, STSJ de Murcia, Sala de lo Social, núm. 1222/1999, de 11 noviembre 1999, rec. 995/1999; STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 1290/1997, de 14 febrero 1997; de 14 enero 1992; de 9 junio 1992; de 22 enero 1992; y del TSJ de Extremadura, Sala de lo Social, Sentencia núm. 225/1998, de 31 marzo 1998, rec. 174/1998, entre muchas otras.

<sup>22</sup> STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 8 febrero 1995, rec. 1015/1995

<sup>23</sup> En el art. 1.1 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, la protección de la contingencia de desempleo se dirigía a “quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierda su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 6 de la presente Ley”.

suma, el Tribunal no considera que el cuidado de un menor constituya “una especie de contingencia que distorsionase *per se*” la prestación por desempleo, “cuando legalmente aquella situación produce otras consecuencias”<sup>24</sup> legalmente protegidas, como el descanso por nacimiento, la reducción de jornada, la excedencia, etc. A parte de los fundamentos jurídicos ya esgrimidos, la interpretación restrictiva también podía explicarse, en opinión de algunos autores, en la situación económica que estaba atravesando el país en aquel momento<sup>25</sup>. A este efecto, son paradigmáticas las palabras del Tribunal Supremo, según el que “en un mercado laboral caracterizado por la falta de puestos de trabajo y la escasez de medios para proteger la situación de desempleo” no puede aceptarse el rechazo de una oferta de empleo adecuada sólo por el motivo del cuidado de un menor<sup>26</sup>.

Excepcionalmente, se podía encontrar alguna resolución contraria a esta doctrina que entendía justificada la negativa a participar en un curso de formación profesional porque concurrían circunstancias especiales de salud de la hija menor que le impedían acudir a la guardería y exigían el cuidado constante por parte de la madre<sup>27</sup>. Esta sentencia constituye un ejemplo de que en esta materia debe examinarse cada caso concreto y atender a las circunstancias particulares para encontrar la solución más adecuada, “pues la generalización podría llevar a soluciones injustas si se aplican a situaciones límite, como parece la expuesta”<sup>28</sup>. En otro supuesto excepcional, se entendió justificado el rechazo de una oferta de empleo porque tenía como causa el cuidado y vigilancia de una hija de siete años durante cuarenta y ocho horas, ya que la misma se encontraba bajo un síndrome febril con vómitos<sup>29</sup>.

En ocasiones el rechazo no venía por parte de la trabajadora, sino por parte de la empresa al manifestar la trabajadora que tenía un hijo de pocos meses y no podría cumplir el horario completo y normal de la empresa, por lo que no se trataba del tipo de rechazo previsto en la norma para extinguir el derecho a la prestación<sup>30</sup>. Esta última resolución demuestra que el argumento argüido en gran parte de las resoluciones consistente en primero aceptar el empleo y después acudir a alguno de los mecanismos de conciliación previstos en el Estatuto de los Trabajadores, muchas veces resulta disfuncional. Y ello porque si la oferta de empleo se plantea en unos términos concretos y con un determinado horario, difícilmente la empresa aceptaría cambiarlo para

<sup>24</sup> STS de 8 febrero 1995, op. cit.

<sup>25</sup> Tal y como señala LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Responsabilidades familiares, ocupación adecuada y extinción del desempleo”, *Diario La Ley*, núm. 5721, Sección Tribunal, 2003, p. 1, recurso electrónico, esta interpretación restrictiva “era bastante coherente con los datos legales entonces vigentes”.

<sup>26</sup> Confróntese, MELLA MÉNDEZ, L.: “La oferta adecuada de empleo...”, op. cit., núm. 247/2003, p. 33

<sup>27</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, núm. 292/1998, de 3 de febrero

<sup>28</sup> Véase, MELLA MÉNDEZ, L.: “La oferta adecuada de empleo...”, op. cit., núm. 247/2003, p. 34

<sup>29</sup> TSJ de Murcia, Sala de lo Social, Sentencia núm. 872/2001, de 18 junio 2001.

<sup>30</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, núm. 3450/1999, de 9 noviembre 1999, rec. 1656/1996

adaptarse a la situación familiar de la persona recién ingresada, procediendo a su rechazo y a la valoración de otros candidatos. La única ventaja que puede tener este modo de proceder es que el rechazo formulado por parte de la empresa no conlleva la extinción del derecho a la prestación por desempleo.

### 3. ETAPA POSTERIOR A LA REFORMA DE 2002

La tradicional desconexión entre los derechos de conciliación y la colocación adecuada fue superada – aunque con algunas excepciones – con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y con la homónima Ley 45/2002, de 12 de diciembre. La primera, además de trasladar la definición legal del concepto de colocación adecuada del art. 213.2 al art. 231.3, amplió sus términos para introducir expresamente la valoración de las circunstancias personales y familiares en la selección de las ofertas de empleo que pueden ser consideradas adecuadas. La segunda norma fue más allá y sustituyó la referencia a las circunstancias familiares por la “conciliación de la vida familiar y laboral”. Se trataba de una cláusula de cierre general<sup>31</sup>, pues el precepto señalaba que “para la aplicación de lo previsto en los párrafos anteriores” se tendrán en cuenta “las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral”.

Aunque tardíamente, tal cambio se debió a la voluntad del legislador de adaptar la normativa interna a lo dispuesto en el Convenio núm. 44 de la OIT, de 23 de junio de 1934, sobre la protección por desempleo, el cual recoge en su art. 10.1.d) que “No debe considerarse conveniente ... d) un empleo que, por razón diferente de las indicadas anteriormente y habida cuenta de todas las circunstancias y de la situación personal del solicitante, pueda ser rechazado con fundamento por el interesado.” Previsión que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 17.1 LISOS – hoy art. 17.2 – que tipifica como infracción grave rechazar una oferta de empleo adecuada, “salvo causa justificada”. Pese a que el Convenio núm. 44 de la OIT no se refiere expresamente a las responsabilidades familiares ni a la conciliación familiar, la referencia a la situación personal del desempleado permite incluir, aunque de forma indirecta, las necesidades familiares por tratarse de una esfera estrechamente relacionada con la vida personal del trabajador. Mucho más explícita en este sentido es la Recomendación núm. 165 de la OIT de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares al afirmar en su art. 30.1 que “Las responsabilidades familiares de un trabajador deberían tenerse en cuenta, entre otros factores, al determinar si el empleo que se ofrece a dicho trabajador debe considerarse como un empleo adecuado cuya no aceptación pueda acarrear la pérdida o la suspensión de la prestación de desempleo.

---

<sup>31</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada”, *Relaciones Laborales*, nº4, 2003, p. 99

Otro factor decisivo para este cambio de perspectiva hacia una mayor protección de los derechos de conciliación, fue la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Aunque esta norma sólo se refiere a los trabajadores en activo, sí que contribuyó a la concienciación sobre la importancia de los derechos de conciliación en el empleo y la necesidad de configurar un sistema que permita “el reparto equilibrado de las responsabilidades en la vida profesional y en la privada<sup>32</sup>”. Más acorde con el contenido de la Ley 45/2002, fue la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la misma se refiere al principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el “acceso al empleo”<sup>33</sup> e, indudablemente, la colocación adecuada guarda una relación directa con el acceso al empleo, propiciado en este caso por la propia Administración Pública<sup>34</sup>. De modo que, si se quiere cumplir el propósito de la mentada ley, este acceso al empleo “no puede suponer un trato desigual o discriminatorio entre hombres y mujeres, situación que puede llegar a producirse si las ofertas de empleo no pueden aceptarse por obligatorias necesidades de conciliación (que afectan, normalmente, a las mujeres), con la consiguiente pérdida de la prestación” por desempleo<sup>35</sup>.

En definitiva, a partir de 2002, el legislador tomó conciencia de que las circunstancias familiares son un factor que limita las posibilidades de aceptación de un empleo y que deben ser tenidas en cuenta entre los criterios que delimitan el concepto de colocación adecuada. De este modo, lo que la nueva normativa configura es la obligación del servicio público de empleo de valorar *a priori* las circunstancias familiares del desempleado, esto es, cuando el órgano gestor tiene que decidir cuál es la oferta más adecuada para la persona desempleada<sup>36</sup>. Al respecto, es importante subrayar que no se trata de una mera recomendación o facultad de la Administración, si no de una obligación ineludible establecida por la ley que le impide obviar la existencia de necesidades de conciliación de los desempleados<sup>37</sup>.

Los cambios normativos se han reflejado también en la jurisprudencia y en la doctrina judicial. La mayoría de resoluciones dictadas con posterioridad a 2002 revelan una interpretación más flexible de la causa de rechazo fundada en motivos de conciliación, sobre todo cuando se trata de la oferta de actividades de formación profesional. Así, el TSJ de Galicia, en su sentencia de 4 de abril de 2005<sup>38</sup>, tras citar la doctrina anterior relativa a la necesaria disponibilidad y voluntad del desempleado de buscar activamente un empleo,

---

<sup>32</sup> Exposición de Motivos

<sup>33</sup> Art. 5

<sup>34</sup> Véase, CERVILLA GARZÓN, M.J.: “Interferencias de la obligatoria conciliación...”, op. cit., p. 541

<sup>35</sup> *Ídem*.

<sup>36</sup> Véase, MELLA MÉNDEZ, L.: “La oferta adecuada de empleo...”, op. cit., núm. 247/2003, p. 32

<sup>37</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: “Interferencias de la obligatoria conciliación...”, op. cit., p. 541

<sup>38</sup> Rec. 5222/2002

señala que el “compromiso de actividad” no es impermeable a los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional y, por tanto, las responsabilidades familiares pueden atemperar las obligaciones del desempleado contenidas en el citado compromiso, entre las cuales se encuentra la asistencia a cursos formativos de mejora de la empleabilidad. En el litigio planteado, la aceptación del curso formativo implicaba desatender el cuidado del hijo menor, debido al limitado horario veraniego de la guardería y, además, obligaba a la obligada a la esposa a abandonar el curso que, como desempleada, estaba realizando, de modo que, lo prevalente en tales supuestos es el cuidado del menor y la mejora de la empleabilidad de la esposa, “sobre la obligatoriedad legal de la convocatoria formativa”. De este modo, el órgano jurisdiccional concluye que la doctrina sentada por la STS de 8 de febrero de 1995 debe entenderse superada y, a partir de la aprobación de la Ley 39/1999 y la Ley 45/2002, se debe considerar como causa justificativa del rechazo de un curso formativo el cuidado de un hijo menor.

Por lo demás, fue decisiva la STC 3/2007 del 15 de enero 2007, rec. 6715/2003 que otorgó una dimensión constitucional a los derechos de conciliación, proyectada “tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familiar y a la infancia (art. 39 CE)”, precisando que dicha dimensión “ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”<sup>39</sup>. Esta doctrina fue esgrimida en sentencias posteriores para justificar el rechazo a cursos de formación por motivos de maternidad<sup>40</sup> o por tener que hacerse cargo de una hija de siete meses, no teniendo plaza en la guardería ni a alguien que pueda cuidarla<sup>41</sup> -aunque en este último caso el recurso fue desestimado porque no se acreditó la existencia de hijos a cargo. Cabe resaltar, al hilo de este último caso, que no basta la mera alegación de la concurrencia de circunstancias familiares que imposibilitan la aceptación de la oferta de empleo adecuado. Por el contrario, la parte que las alega debe probar su existencia y demostrar que no puede compatibilizar las responsabilidades familiares con el trabajo.

Como se puede observar, tanto la legislación como la doctrina judicial y la jurisprudencia han reconsiderado la existencia de circunstancias familiares como causa válida de rechazo de la oferta de un curso formativo o de un empleo adecuado. Ciertamente, son pocas las sentencias encontradas con posterioridad al año 2002 que resuelven sobre el rechazo de un empleo adecuado por motivos familiares. Ello puede ser debido a una mejor aplicación de la normativa laboral por parte de la Administración, es decir, a una mayor adecuación de las ofertas de empleo, lo cual implica la disminución de las colocaciones rechazadas y, por tanto, de las impugnaciones.

---

<sup>39</sup> Fundamento jurídico sexto

<sup>40</sup> TSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia núm. 1158/2013, de 21 de febrero 2013, rec. 4663/2010

<sup>41</sup> TSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia núm. 2954/2014, de 23 de mayo 2014, rec. 131/2012

#### 4. ETAPA ACTUAL

Por último, llegamos a la tercera y actual etapa de la evolución de los derechos de conciliación en los procesos de búsqueda de empleo. Esta última fase se caracteriza sobre todo por una mayor protección de la conciliación, por la incorporación de la perspectiva de género en las políticas de empleo y por el fomento de la corresponsabilidad. Buena muestra de ello es la recientemente aprobada Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo que establece entre sus objetivos principales la “igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo”, “la presencia equilibrada de personas trabajadoras de ambos sexos”, el establecimiento de “condiciones laborales compatibles con la corresponsabilidad de los trabajos de cuidados” y la creación de empleos que tengan en cuenta las circunstancias individuales y familiares de las personas trabajadoras (art. 4).

En lo referente al acceso al empleo, la citada norma se muestra mucho más sensible con las obligaciones familiares, imponiendo a los servicios públicos de empleo el deber de tener en cuenta las necesidades de conciliación en todo el proceso de inserción del desempleado en el mercado laboral. Entre los cambios más relevantes, cabe destacar en primer lugar, las modificaciones relativas al concepto de “colocación adecuada”. Por una parte, antes de la nueva ley, el término se definía en el art. 301 LGSS, mientras que ahora se define en la Ley de Empleo, concretamente en su art. 3 g)<sup>42</sup>. Por otra parte, se elimina de su definición toda referencia a la conciliación o a las circunstancias familiares que sí que se preveían en el texto anterior. Aunque a primera vista esta supresión podría llevarnos a pensar que el legislador ha restado importancia a los derechos de conciliación, la lectura del conjunto de la norma nos permite afirmar justo lo contrario: encontramos numerosas referencias a los derechos conciliatorios y la creación de nuevas figuras que les prestan mayor protección.

Así, y continuando con la segunda novedad, la ley sustituye el anterior “compromiso de actividad” –regulado antes en el art. 300 LGSS– por el nue-

---

<sup>42</sup> Art. 3 g): Colocación adecuada: Se considerará adecuada, la colocación en la profesión demandada por la persona trabajadora, de acuerdo con su formación, características profesionales, experiencia previa o intereses laborales y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas.

En los dos últimos casos, además, la oferta deberá implicar un salario equivalente al establecido en el sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo.

La colocación que se ofrezca deberá ser indefinida y con un salario, en ningún caso, inferior al salario mínimo interprofesional.

En el marco del acuerdo de actividad voluntariamente aceptado, también será colocación adecuada, la que sea convenida dentro del itinerario de inserción, incluida la colocación de duración determinada regulada en el artículo 15.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre y la colocación a tiempo parcial. Solamente en este marco, será adecuada la colocación que se ofrezca en una localidad que no sea la de residencia de la persona trabajadora.



vo “acuerdo de actividad” (art. 3 f)<sup>43</sup>) en el que expresamente se prevé que se tendrán en cuenta las necesidades de los colectivos prioritarios, definiendo a estos últimos en el art. 3 d) como “colectivos con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, de conformidad con lo establecido en el art. 50.” El art. 50 contiene un listado de colectivos vulnerables de atención primaria a los efectos de esta ley, destacando entre ellos a las mujeres con baja cualificación, las personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monoparentales o monomarentales.

Otro cambio de especial relevancia es el referido a la creación de un nuevo servicio para las personas demandantes de empleo consistente en la elaboración de un perfil individualizado de usuario que facilite el ulterior diseño de un itinerario personalizado formativo o de búsqueda de empleo (art. 56. 1 a)). La elaboración del itinerario exigirá la formalización del citado “acuerdo de actividad” (art. 56.1 c)) que atenderá a las “necesidades de conciliación de la vida familiar y personal” de los usuarios. Toda la información relativa a cada persona usuaria quedará recogida en lo que la nueva ley denomina “expediente laboral personalizado único”. Concretamente, recogerá el acuerdo de actividad, el plan personalizado, las actividades desarrolladas en cumplimiento del mismo, el seguimiento de la persona, las ofertas adecuadas aceptadas o rechazadas y su justificación, entre otros (art. 56 j)).

En cuarto lugar, entre los compromisos de las personas demandantes de servicios de empleo, la ley añade la obligación de manifestar los cambios de domicilio y cualquier otra circunstancia relevante para el disfrute adecuado de los servicios de empleo y, en especial, las dificultades de conciliación que puedan condicionar el itinerario o plan personalizado (art. 58 e)). Anteriormente, las personas desempleadas no tenían el deber de comunicar los cambios que se producían en sus circunstancias familiares durante el tiempo en que figuraban suscritas como demandantes de empleo. La única información que tenía el servicio público de empleo era la que la persona usuaria le proporcionaba al suscribir el compromiso de actividad al inicio de su situación de desempleo. Dado que durante la duración del derecho a la prestación pueden suceder numerosos cambios que afecten tanto a las obligaciones de conciliación (nacimiento de un hijo, enfermedad, etc.) como a otros ámbitos relevantes para el adecuado cumplimiento del acuerdo de actividad, resulta fundamental que estos cambios sean tenidos en cuenta por la Administración Laboral a efectos de ofrecer empleos más ajustados a la situación individual de cada persona. Es por ello que, en mi opinión, se trata de una novedad muy positiva que contribuirá a la mejor reinserción de las personas desempleadas con problemas de conciliación. La misma opinión merece la implementa-

---

<sup>43</sup> Art. 3 f): Acuerdo de actividad: Acuerdo documentado mediante el que se establecen derechos y obligaciones entre la persona demandante de los servicios públicos de empleo y el correspondiente Servicio Público de Empleo para incrementar la empleabilidad de aquella, atendiendo, en su caso, a las necesidades de los colectivos prioritarios.

ción del canal digital alternativo para relacionarse con el servicio público de empleo (art. 56.1 c)). Esta herramienta, además de suponer un paso más hacia la digitalización de la Administración, facilitará la accesibilidad a la información y la realización de trámites por parte de aquellos sujetos que presentan especiales dificultades para acudir presencialmente a las oficinas públicas, como sería el caso de las personas con hijos o familiares dependientes a cargo.

No obstante, la nueva ley también deja algunos aspectos importantes sin precisar. Al respecto, al regular en el art. 58 los compromisos de las personas demandantes del servicio de empleo, establece que dichos compromisos se desarrollarán y cumplirán “salvo causa justificada”, pero no especifica qué tipo de causas serían válidas para permitir la interrupción del desarrollo o el incumplimiento de las obligaciones asumidas. Ello deja un amplio margen de discrecionalidad al servicio de empleo en su valoración, lo cual genera inseguridad jurídica para las personas usuarias que no conocen de antemano las circunstancias que pueden alegar. Tampoco se recoge en la ley ninguna concreción de las necesidades o circunstancias de conciliación que se deben tener en cuenta por la Administración Laboral en esta materia. Ante la falta de matizaciones en la norma, debemos interpretar las circunstancias familiares en sentido amplio e incluir tanto las necesidades de cuidado de los hijos como de otros familiares dependientes<sup>44</sup>. Además, dados los valores constitucionales que están en juego, cualquier interpretación restrictiva de los derechos de conciliación por parte del servicio público de empleo, deberá ser razonable, proporcionada y justificada. Ahora bien, no debemos olvidar que la existencia de obligaciones familiares no debe mermar la disponibilidad del desempleado para incorporarse al mercado de trabajo, ya que la voluntad y la disponibilidad para trabajar constituyen dos de los requisitos básicos para ser beneficiario de la prestación por desempleo. Cuestión distinta son las concretas condiciones en que dicha incorporación se pueda producir para permitir la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>45</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

En los últimos veinte años hemos podido observar una progresiva consolidación de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral que se ha extendido a todos los ámbitos del Derecho del Trabajo. Dicha consolidación se fundamenta en un cambio de conciencia de la sociedad, erradicando la idea de que el cuidado de la familia es tarea exclusiva de las mujeres y aceptando que la única forma de avanzar hacia una igualdad efectiva de mujeres y hom-

---

<sup>44</sup> AÑÓN ROIG, M.J.: “¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en AA.VV., CARDONA RUBERT, M.B. (Coord.), *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bomarzo, 2009, pp.11 -38, p. 20

<sup>45</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: “Interferencias de la obligatoria conciliación...”, op. cit., p. 541

bres es a través de la corresponsabilidad y el reparto equitativo de responsabilidades entre ambos sexos.

La normativa en materia de acceso al empleo no ha quedado ajena a la consolidación de los citados derechos. En este sentido, la reforma de 2002 supuso un punto de inflexión en lo que se refiere a la protección de los derechos de conciliación en la búsqueda de un nuevo empleo. El legislador amplió el alcance de estos derechos, abarcando no solo las relaciones laborales vigentes, sino también las expectativas de inicio de una nueva relación profesional, condicionando su aceptación a que posibilite el cumplimiento de las obligaciones familiares. Así, se ha pasado de una total desconexión entre el término de colocación adecuada y derechos de conciliación, a la unión entre ambos conceptos, imponiendo su valoración en todas las actividades de formación y búsqueda de empleo. De este modo, la valoración de la situación familiar se efectúa *a priori* para determinar si las condiciones de la oferta de trabajo hacen posible la conciliación de la vida familiar y laboral. No se trata de una mera recomendación, sino de un deber legal ineludible que recae sobre el órgano gestor de las prestaciones por desempleo. Podemos afirmar que, a raíz de esta reforma, se ha observado una disminución de los conflictos en materia de rechazo de una colocación adecuada por motivos de conciliación, lo cual, probablemente se deba a una mayor adecuación de las ofertas de empleo a las necesidades familiares de los desempleados.

El último cambio en esta materia se debe a la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Se trata de una ley mucho más sensible con los derechos de conciliación que aplica la perspectiva de género de manera transversal en la política de empleo. Entre los cambios más importantes en materia de búsqueda de empleo, destaca la creación del plan individualizado de inserción laboral que, entre otros factores, atenderá a las circunstancias familiares de la persona desempleada para adaptar a las mismas tanto las ofertas de empleo como las actividades formativas; la puesta en marcha de un canal digital que facilitará la realización de trámites para aquellos sujetos con dificultades de conciliación que no puedan acudir a las oficinas públicas de forma presencial; la imposición al beneficiario de la prestación del deber de comunicar al servicio público de empleo cualquier alteración en sus circunstancias —tales como las familiares— que pudieran condicionar el cumplimiento del plan de actividad, entre otros. En definitiva, la ley muestra una mayor concienciación con la importancia que tienen las necesidades de conciliación en el proceso de búsqueda de empleo.

No obstante, el legislador no ha aprovechado esta reforma para especificar las concretas circunstancias familiares que deberán ser tenidas en cuenta por el servicio público de empleo en la valoración de las ofertas de trabajo, y tampoco ha señalado qué causas serían válidas para rechazar una oferta de empleo adecuada. Esta falta de concreción crea un amplio margen de discrecionalidad de la Administración en la apreciación de estas circunstancias a la vez que incrementa la inseguridad jurídica para las personas usuarias de los servicios de empleo.

En conclusión, cada una de las reformas ha supuesto un paso más hacia la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y hacia la conciliación de la vida familiar y profesional. La última reforma supone un paso decisivo, pero tal vez no sea el último, por lo que habrá que esperar a su aplicación para ver si, en efecto, las medidas introducidas son capaces de lograr los objetivos que se propone la ley.

CAPITALIZACIÓN DEL DESEMPLEO: ÚLTIMAS LÍNEAS

RAQUEL POQUET CATALÁ  
*Profesora asociada (acreditada TU)*  
*Universidad de Valencia*  
*raquel.poquet@uv.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO. FINALIDAD. 3. REQUISITOS GENERALES. 4. MODALIDADES. 5. MODALIDADES Y CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El art. 129.2 CE encomienda a los poderes públicos promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y particularmente, las sociedades cooperativas. Como desarrollo de dicho mandato se ha articulado una importante red de instrumentos de promoción de las empresas de economía social, y especialmente para promover nuevos yacimientos de empleo.

En este contexto, el pago único de la prestación de desempleo o también denominado capitalización por desempleo es una medida que tiene como fin promover y facilitar iniciativas de empleo por cuenta propia de personas que están percibiendo la prestación por desempleo de nivel contributivo. A través de esta figura se permite, como indica el nombre, percibir el valor total del importe de la prestación que reste por percibir.

Asimismo, recientemente, con la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, se regula la posibilidad de capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso (nuevo art. 10 bis a la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social). En este caso, se otorga la prestación de pago único a las personas beneficiarias que reúnan todos los requisitos salvo el de estar en situación legal de desempleo, pero siempre que pretendan adquirir acciones o participaciones sociales de una sociedad en la que prestan servicios retribuidos como personas trabajadoras con contrato de trabajo por tiempo indefinido de forma que, con dicha adquisición, individualmente considerada, o con las adquisiciones que realicen otras personas, trabajadoras o no de la sociedad, esta reúna las condiciones legalmente necesarias para adquirir la condición de sociedad laboral o transformarse en cooperativa.

También, 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 las personas artísticas, mejora y amplía la eficacia del pago único de la prestación por desempleo como fuente de financiación para la incorporación como socios a cooperativas y sociedades laborales.

## 2. CONCEPTO. FINALIDAD

El pago único o capitalización de la prestación por desempleo constituye, en el fondo, una política activa de empleo que consiste en la posibilidad de percibir la suma total de la prestación si va a ser destinada al autoempleo. Se trata de una medida de fomento de la actividad donde el estímulo hacia la consecución de un fin concreto, que es el autoempleo, se articula a través de un determinado tipo de condición, que no afecta al derecho en sí mismo, pues se presupone que está concedido, sino a una forma diferente de percibirla, siendo requisito necesario que tenga un fin concreto. Constituye una excepción a la modalidad habitual de pago de la prestación por desempleo, que se abona con periodicidad mensual, como fórmula para promover el autoempleo, proveyendo de ingresos a las personas trabajadoras que han perdido su ocupación para que puedan iniciar un proyecto económico por cuenta propia o incorporarse a unos concretos tipos de sociedades, tales como cooperativas o sociedades laborales<sup>1</sup>.

La base de este instrumento se halla en el art. 40.1 CE, así como en el art. 35 que establece el derecho al trabajo. El primero de dichos preceptos recoge el mandato dirigido a los poderes públicos de “promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”, orientada además “al pleno empleo”.

Su regulación se halla en el RD 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, el cual desarrolla lo previsto en el art. 23 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto. Asimismo, se regula en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. De esta forma, esta herramienta se ha convertido en la base sobre la que distintas iniciativas profesionales han contribuido a la creación de empleo estable, pues se ha convertido en una de las principales vías de financiación de las nuevas empresas de economía social, teniendo como fin último la creación de empleo<sup>2</sup>.

Por ello, se puede considerar que, por un lado, este instrumento jurídico constituye una forma de política activa de empleo, pues se pone la cuantía de la prestación al servicio de una futura actividad profesional, es decir, en beneficio del empleo. Y, por otro lado, se configura también como una modalidad de política de autoempleo, esto es, “la puesta en marcha de una actividad económica, por una o varias personas, con el objetivo fundamental de conseguir con ello una ocupación o puesto de trabajo, siendo precisamente el trabajo su principal aportación e interés en la empresa”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “La capitalización de las prestaciones por desempleo y cese de actividad como medidas de fomento del emprendimiento social”, *RGDTSS*, núm. 43, 2016. p. 42.

<sup>2</sup> ALVAREZ CORTES, J.C.; PLAZA ANGULO, J.J., “Subrogación empresarial de un trabajador autónomo y prestación por desempleo en pago único”, *TL*, núm. 104, 2010. p. 293.

<sup>3</sup> GARCÍA VALVERDE, M.D., “Promoción y fomento del autoempleo”, *TL*, núm. 81, 2005. p. 105.



La capitalización o pago único de la prestación se caracteriza, por tanto, por ser una medida de fomento tanto del autoempleo individual como del colectivo a un mismo tiempo. Por un lado, porque implica la puesta en marcha de una actividad productiva o profesional por parte de una persona que la realizará generalmente de manera autónoma e individual. Y, por otro lado, porque permite la asociación del trabajo de varios sujetos mediante la puesta en marcha de una actividad productiva, generalmente a través de la constitución de una sociedad, que será la titular de la empresa y dará empleo a los socios.

En definitiva, responde a la finalidad de generar un tejido productivo que sea solvente y competitivo, y en el que los recursos destinados al control y fiscalización de la prestación laboral se reduzcan, por cuanto que la persona autónoma tendrá por sí misma suficientes incentivos para prestar la máxima diligencia a su tarea. Asimismo, desde otro punto vista, ello es interesante para sustituir personas trabajadoras desempleadas que van a percibir una prestación por esta contingencia como personas emprendedoras que reintegrarán parte de lo percibido en forma de cotizaciones<sup>4</sup>.

El artículo base es el 296.3 LGSS que prevé que “cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, la entidad gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente por percibir. Asimismo, podrá abonar a través de pagos parciales el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador para subvencionar la cotización del mismo a la Seguridad Social”.

De este precepto se pueden señalar los siguientes aspectos. En primer lugar, es de carácter técnico, pues el artículo establece las normas básicas reguladoras de este mecanismo, que se sintetizan en el hecho de que se trata de una medida que afecta solo a la prestación contributiva que reste por percibir, la cual puede acumularse, ya sea de forma total o parcial, señalando que las fracciones de prestación restantes pueden dirigirse a subvencionar las cotizaciones a la Seguridad Social. En segundo lugar, el precepto señala que se trata de una excepción a la regla general, estando justificado por la existencia de un programa de fomento de empleo que lo ampara siendo, pues, este fin su justificación<sup>5</sup>.

Por consiguiente, la posibilidad de percibir la prestación por desempleo en pago único constituye un mecanismo excepcional que queda permitido si tiene como objetivo conseguir el empleo de la persona trabajadora, a través del autoempleo. Se requiere que exista un programa de fomento del empleo que habilite la puesta en marcha de este instrumento. En este sentido, la pro-

---

<sup>4</sup> MERCADER UGUINA, J.R.; DÍAZ DE ATAURI, P.G., “La capitalización de la prestación por desempleo”, *RMTI*, núm. 89, 2010. p. 157.

<sup>5</sup> PÉREZ DEL PRADO, D. *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control. Los efectos económicos de la protección frente al paro*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014. p. 378.

pia Exposición de Motivos del RD 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe como medida de fomento del empleo, señala que este mecanismo tiene como finalidad “propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, facilitando la realización de un trabajo por cuenta propia o la incorporación como socios a cooperativa de trabajo asociado o a sociedades laborales a aquellas personas que hubieran perdido su trabajo anterior”. De esta forma, cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, la entidad gestora puede abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho la persona trabajadora y que esté pendiente de percibir<sup>6</sup>.

Esta institución a través de la cual se puede percibir en un solo pago la prestación por desempleo halla su fundamento en que la persona beneficiaria lo dedique a proyectos de economía social, cooperativo o trabajo por cuenta propia, constituyendo pues una política de empleo que permite compensar los riesgos derivados del emprendimiento de una actividad con la seguridad que otorgan los restantes niveles de protección.

En definitiva, la capitalización de la prestación por desempleo es un instrumento para el fomento del autoempleo, consistente en la percepción en un solo pago del importe total o parcial de la prestación por desempleo a la que tenga derecho la persona trabajadora, con el fin de que se constituya como persona trabajadora por cuenta propia o se integre en una sociedad. Asimismo, se permite esta prestación en pago único para subvencionar las cotizaciones a la Seguridad Social para desarrollar una nueva actividad emprendedora, salvo la modalidad habitual de pago de la prestación por desempleo, que se abona de forma mensual, como fórmula para promover el autoempleo individual o colectivo, proveyendo de ingresos a las personas trabajadoras que han perdido su ocupación a fin de que puedan iniciar un proyecto económico por cuenta propia o incorporarse a unos concretos tipos de sociedades<sup>7</sup>.

Por otro lado, se ha planteado la relación de la capitalización de la prestación con la equidad o la eficiencia del conjunto del sistema, ya que, dado que la prestación por desempleo lleva aparejada una función de protección social, esta debiera ser suplementaria de las otras ayudas, de tal forma que el porcentaje a solicitar pueda ser inferior al tope, en su caso. Esta es una labor que le corresponde al solicitante, pero bien es cierto que para que pueda llevarla a cabo, con carácter previo a la solicitud del pago único debe conocer de qué fondos puede disponer por otra vía. El tratamiento único e integral de todas las solicitudes en relación con el proyecto de autoempleo no solo exigiría el establecimiento de un procedimiento expreso, sino también un mecanismo de

---

<sup>6</sup> STSJ Baleares, de 25 de octubre de 2012, st. núm. 586/2012.

<sup>7</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “Medidas de apoyo al emprendedor vinculadas a la protección del desempleo”, en LUJÁN ALCARAZ, J. (Dir.), *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades*. Albacete: Bomarzo, 2016. p. 314.

colaboración entre las diferentes administraciones.

En el supuesto de que parte de la prestación quedara sin capitalizar surge la duda de si sería posible que la prestación se pudiera percibir mientras se desarrolla la actividad profesional que dio pie a la capitalización, lo cual puede resultar interesante si se tiene en cuenta que este tipo de experiencias de autoempleo no suelen dar rendimientos positivos. Así, aunque se ha señalado que “la capitalización no está pensada, por esencia y objetivos, para ser concordante con un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, sino que se orienta a un específico ejemplo, cual es el de constituirse como socio de cooperativa o sociedad laboral para ejecutar una actividad a tiempo completo, o bien para desarrollar una actividad autónoma”<sup>8</sup>, lo cierto es que desde la reforma del RDL 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, la especificación de que la relación que se constituyera debía ser estable y a tiempo completo desapareció. De igual forma, sería posible compatibilizar el trabajo por cuenta propia con la percepción de la prestación por desempleo pendiente de percibir.

### 3. REQUISITOS GENERALES

Para que una persona pueda ser beneficiaria de esta modalidad de prestación deben cumplirse una serie de requisitos, los cuales, además, hacen especial hincapié en evitar situaciones defraudatorias de las personas desempleadas en aquellos casos en los que se aprecia que la aportación que realiza el Estado a la persona trabajadora desempleada no tiene como fin desarrollar una actividad económica nueva, sino financiar actividades que ya están en marcha, desvirtuándose así la finalidad de la medida. De ahí, que exista un alto rigor en el cumplimiento de dichos requisitos para evitar el fraude de ley, exigiéndose, en caso contrario, la devolución íntegra de la prestación capitalizada.

La concreción de dichos requisitos se halla en el RD 1044/1985, complementándose por lo establecido en el art. 34 LETA y el art. 10 LES.

En primer lugar, se requiere que la persona sea beneficiaria de una prestación contributiva por desempleo, no siendo posible, por ejemplo, para la persona beneficiaria del subsidio por desempleo, o de la renta activa de inserción. Se trata pues, de una medida que, como programa de fomento del empleo, es destinada exclusivamente a aquellas personas trabajadoras que tienen derecho a percibir la prestación por desempleo, es decir, que beneficia a las personas trabajadoras que han disfrutado de una cierta estabilidad laboral en el periodo anterior a la solicitud.

En segundo lugar, lógicamente, la persona beneficiaria debe tener pen-

---

<sup>8</sup> MORENO DE VEGA Y LOMO, F., “La capitalización de la prestación por desempleo”, *REDT*, núm. 121, 2004. p. 117.

diente de percibir, a la fecha de la solicitud, al menos, tres mensualidades de la prestación.

En tercer lugar, no haber obtenido el reconocimiento de este derecho, en cualquiera de sus modalidades –ya sea pago único, subvención de cuotas a la Seguridad Social, sistema mixto...–, en los cuatro años inmediatamente anteriores.

En cuarto lugar, debe acreditar la realización de una actividad como persona trabajadora por cuenta propia o la incorporación como persona socia trabajadora a una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral o mercantil, de nueva creación o en funcionamiento, de forma estable. A este respecto, el art. 10 L 5/2011 dispone que la entidad gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a las personas beneficiarias de prestaciones “cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, independientemente de su duración o constituir las y a las personas que trabajen en la sociedad laboral o cooperativa con una relación laboral de carácter indefinido que reúnan todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, salvo el de estar en situación legal de desempleo, que pretendan adquirir la condición de persona socia trabajadora o de trabajo en dicha sociedad laboral o cooperativa”. Por tanto, ello significa que la solicitud de la capitalización de la prestación por desempleo ha de ser anterior en el tiempo a la constitución de la entidad o a la fecha de incorporación como persona socia trabajadora o de trabajo a la cooperativa o sociedad laboral. Esta limitación temporal es totalmente lógica, ya que si la persona solicitante ya estuviera realmente incorporada o trabajando en la cooperativa o en la sociedad laboral, si tales entidades ya estuvieran efectivamente en funcionamiento, o si la actividad autónoma ya se viniera ejerciendo con antelación, la persona afectada no estaría desempleada, y el abono capitalizado no tendría sentido. Por ello, se toma como fecha de referencia la de alta que figure en el documento de solicitud de alta como persona trabajadora por cuenta ajena, o la fecha de solicitud de alta en el RETA, con independencia de la fecha de efectos administrativos. No obstante, nuestro alto tribunal ha flexibilizado este requisito al declarar que tanto la puesta en marcha de la empresa social como el alta de la persona trabajadora en la Seguridad Social puede ser anterior a la solicitud<sup>9</sup>. De he-

---

<sup>9</sup> SSTs de 25 de mayo de 2000, rec. núm. 2947/1999; de 20 de septiembre de 2004, rec. núm. 3216/2003. En el mismo sentido, SSTSJ Madrid, de 6 de febrero de 2015, rec. núm. 513/2014; Andalucía, de 24 de abril de 2014, rec. núm. 223/2014; Madrid, de 22 de febrero de 2007, rec. núm. 4936/2006; Galicia, de 23 de diciembre de 2012, rec. núm. 1903/2008; Extremadura, de 6 de septiembre de 2005, rec. núm. 369/2005; Asturias, de 20 de octubre de 2006, rec. núm. 3702/2005. Esta última, reitera que “el pago único de desempleo contributivo no impide el alta del trabajador en Seguridad Social antes de solicitar dicho pago con tal que sea posterior a su solicitud legal de desempleo. La normativa vigente a la fecha de la solicitud del actor no impide expresamente, ni cabe inferirlo de su espíritu y finalidad, que tanto la puesta en marcha

cho, la propia doctrina judicial<sup>10</sup> señala que el término “titular” que utiliza el art. 1 RD 1044/1985, que va acompañado del “derecho a las prestaciones del nivel contributivo” para determinar el momento en que la persona trabajadora se coloca en situación legal de desempleo, y a partir del cual tiene derecho a percibir de una sola vez el valor actual del importe de la prestación que pudiera corresponderle, es equivalente a “beneficiario”, pues según la RAE, es “persona que tiene derecho a percibir una prestación de la seguridad social”. Por consiguiente, la condición de persona beneficiaria de la prestación concurre en el caso de personas que tiene suspendido el derecho al percibo, pero no extinguido, es decir, tienen reconocido el derecho, aunque transitoriamente no les sean abonadas las prestaciones, y ello supone que durante esa situación no es que no tenga derecho a percibir las prestaciones, sino que se mantiene en suspenso el derecho a su percepción.

En estos supuestos, el abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a las aportaciones al capital, incluyendo la cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral en lo necesario para acceder a la condición de persona socia trabajadora.

En quinto lugar, si la actividad se va a realizar en una sociedad mercantil, la misma ha de ser de nueva creación o haberse constituido en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la aportación, y no haber mantenido la persona desempleada ningún vínculo contractual previo con dicha entidad.

En sexto lugar, iniciar la actividad en el plazo máximo de un mes desde la concesión del derecho y, en todo caso, con posterioridad a la fecha de la solicitud, considerando que tal inicio coincide con la fecha que como tal figure en la solicitud de alta de la persona trabajadora en la Seguridad Social. Esta limitación temporal es congruente con la finalidad de promoción del autoempleo, pues si la persona solicitante ya estuviera incorporada en la cooperativa o en la sociedad, o si la actividad autónoma ya se viniera ejerciendo con antelación, la persona afectada ya no estaría desempleada, y, por ello, el abono capitalizado de la prestación carecería de sentido, ya que no podría tener incidencia alguna en la creación de empleo<sup>11</sup>. Y ello, aunque un sector de la jurisprudencia más flexible ha venido admitiendo la solicitud de la capitalización de forma posterior a la formalización del alta en el RETA<sup>12</sup>.

En séptimo lugar, que se haya producido el cese definitivo en el trabajo. Además, si se impugna ante la vía judicial social el cese de la relación laboral

---

de la empresa social como el alta del trabajador en la Seguridad Social se anticipen en el tiempo a un momento anterior al del percibo de la prestación capitalizada, salvo, por supuesto, que la actividad empresarial o el alta en Seguridad Social del trabajador sean anteriores a la situación legal de desempleo de este, pues es evidente que ello le impediría percibir la prestación incluso en su modalidad ordinaria”.

<sup>10</sup> STSJ Asturias, de 20 de octubre de 2006, rec. núm. 3702/2005.

<sup>11</sup> MERCADER UGUINA, J.R.; DÍAZ DE ATAURI, P.G., “La capitalización de la... *op. cit.* p. 89.

<sup>12</sup> STS de 11 de julio de 2006, rec. núm. 2317/2005.

que da lugar a la prestación por desempleo que se pretende capitalizar, la solicitud de pago único debe realizarse posteriormente a la resolución del procedimiento judicial correspondiente.

En octavo lugar, que no se haya compatibilizado en los 24 meses anteriores el trabajo por cuenta propia con la prestación por desempleo de nivel contributivo. Quienes en los 24 meses anteriores a la solicitud del pago único hayan compatibilizado el trabajo por cuenta propia con la prestación por desempleo de nivel contributivo, no tendrán derecho a obtener el pago único para constituirse como trabajadores o trabajadoras por cuenta propia o como personas trabajadoras autónomas socias de una sociedad mercantil.

Si la cooperativa prevé en sus estatutos la posibilidad de que los socios o socias tengan que superar un periodo de prueba, haber superado dicho periodo. Aunque el derecho al pago único de la prestación se podrá aprobar, la persona solicitante únicamente lo percibirá cuando presente ante la Agencia Española de Empleo (antiguo SEPE) el acuerdo del consejo rector de haber superado dicho periodo de prueba.

#### 4. MODALIDADES

Las diferentes modalidades de capitalización de la prestación por desempleo son las siguientes.

En primer lugar, para que la persona beneficiaria se constituya como persona trabajadora por cuenta propia iniciando así una actividad de autoempleo. Así, se puede solicitar la cantidad que justifique como inversión para el desarrollo de una actividad por cuenta propia, incluyendo las cargas tributarias y los gastos de puesta en funcionamiento, con el límite del 100 % de la prestación que le quede por percibir. Para evitar el fraude y la creación de falsos autónomos, se establece que no se pueden incluir en este supuesto aquellos que se constituyan como personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes suscribiendo un contrato con una empresa con la que hubiera mantenido un vínculo contractual previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo<sup>13</sup>.

En ambos casos, quienes capitalicen la prestación por desempleo, pueden destinar la misma a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y tributos. Pueden, además, destinar hasta el 15 % de la cuantía de la prestación capitalizada al pago de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

Se abona como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que deduce el importe relativo al interés legal del dinero.

---

<sup>13</sup> GARCÍA ROMERO, B., "Incentivos laborales al autoempleo individual (II). Prestación por desempleo y fomento del autoempleo", en AAVV, *Fomento del trabajo autónomo y la economía social*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015. p. 228.

Si no va a obtener toda su prestación en un solo pago, puede solicitar simultáneamente el abono mensual del importe restante para subvencionar su cotización a la Seguridad Social durante el desarrollo de la actividad. Además, se puede percibir exclusivamente el abono mensual de toda la prestación que le quede por percibir para subvencionar su cotización a la Seguridad Social. También se puede destinar hasta el 15 % de la cuantía del pago único de la prestación a pagar servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

Por otro lado, la entidad gestora puede abonar mensualmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización de la persona trabajadora a la Seguridad Social. Ello comprende, la cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación. Dicha cuantía es fija y corresponde al importe de la aportación íntegra de la persona trabajadora a la Seguridad Social en el momento del inicio de la actividad sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación de la persona trabajadora que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social. En tal caso, se abona esta última.

El abono se realiza mensualmente por la entidad gestora a la persona trabajadora, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

Por último, la solicitud del abono de la prestación por desempleo de nivel contributivo puede consistir en una mezcla de las dos fórmulas anteriores. Ello lo es cuando no se haya obtenido la prestación por su importe total, porque la cantidad justificada como inversión o la aportación obligatoria requerida para acceder a la condición de persona socia sea inferior al importe de la prestación de pago único pendiente de percibir. En tal caso, el importe restante se puede obtener a través de subvenciones en las cuotas a la Seguridad Social. De hecho, se ha admitido que la persona beneficiaria pueda ejercer su derecho a obtener la prestación por desempleo en la modalidad de pago único hasta un determinado importe y optar también a percibir el resto de la prestación mediante subvención de las cuotas de la Seguridad Social, al no ser estas dos modalidades de pago excluyentes entre sí<sup>14</sup>.

Cabe tener en cuenta que nuestro alto tribunal ha admitido que la solicitud del pago único por una persona trabajadora que se da de alta como autónoma lo lleve a cabo en el periodo correspondiente a las vacaciones retribuidas y no disfrutadas, aun cuando en el momento de la solicitud resten todavía a la persona trabajadora días de vacaciones retribuidas y no disfrutadas como

---

<sup>14</sup> STSJ Madrid, de 26 de mayo de 2011, rec. núm. 770/2011. No obstante, la STSJ Andalucía, de 9 de octubre de 2014, rec. núm. 920/2014, considera improcedente la reclamación de abono de la prestación por desempleo para subvencionar cotizaciones de la Seguridad Social, puesto que la persona beneficiaria ejerció el derecho a cobrar la prestación por desempleo en la modalidad de pago único y solo con posterioridad solicitó percibir el resto de la prestación mediante subvención de las cuotas de la Seguridad Social.

consecuencia de la extinción contractual, puesto que la necesaria situación legal de desempleo se ha producido desde la fecha de la extinción de la relación laboral<sup>15</sup>. Asimismo, se ha declarado que no queda justificado que se deniegue el pago único cuando la persona solicitante ha sido despedida, de tal modo que estaba en situación legal de desempleo, y, por tanto, tenía reconocida la prestación en pago periódico, y trata de continuar como persona trabajadora autónoma en la misma actividad y en el mismo local que la empresa le despidió<sup>16</sup>. Lógicamente, cuando se accede a la prestación por desempleo simulando un despido para ello, se está actuando en fraude de ley, en cuyo caso, el pago único será denegado<sup>17</sup>.

En segundo lugar, se prevé la posibilidad de destinarse a constituirse como persona socia de entidades mercantiles. Esta modalidad va destinada a aquellas personas que deseen realizar una actividad profesional como socio o socia de una sociedad mercantil de la que vaya a poseer el control efectivo, que sea de nueva creación o constituida en el plazo máximo de los doce meses anteriores a la solicitud del pago único, y que se dé de alta en la Seguridad Social como persona trabajadora por cuenta propia. En este caso, la persona beneficiaria puede capitalizar hasta el 100 % de la prestación pendiente de recibir. Asimismo, para evitar que se utilice la prestación por desempleo para convertirse en falsos autónomos, no se incluyen en este supuesto aquellas personas que hayan mantenido un vínculo laboral previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo con dichas sociedades u otras pertenecientes al mismo grupo empresarial.

El importe percibido puede ser destinado para realizar una aportación al capital social de dicha sociedad, así como para hacer frente a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la misma y al pago de las tasas y tributos correspondientes. También puede destinar hasta el 15 % de la cuantía del pago único de la prestación a pagar servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender. Como gastos de puesta en funcionamiento pueden incluirse tanto los correspondientes al activo fijo o inmovilizado como al activo circulante (materias primas incluidas), así como otros derivados del acondicionamiento del local, pago de franquicia, traspaso, gastos de alta de suministros, etc. Asimismo,

---

<sup>15</sup> STS de 10 de diciembre de 2010, rec. núm. 46/2007.

<sup>16</sup> STS de 5 de abril de 2017, rec. núm. 694/2016.

<sup>17</sup> STSJ Andalucía, de 28 de abril de 2011, rec. núm. 1905/2010. También SJS núm. 1 Badajoz, de 3 de febrero de 2021, proc. núm. 681/2019, que declara que existe fraude de ley, al simular un padre y un empresario un despido para ocultar una terminación del contrato por mutuo acuerdo, con la única finalidad de crear una apariencia de una situación legal que le permitiera acceder a las prestaciones por desempleo y a su posterior capitalización mediante el pago único, para continuar con la misma actividad a la que se dedicaba la empresa en la que prestaba servicios como persona trabajadora, en el mismo centro de trabajo, con el mismo nombre comercial y con las mismas personas trabajadoras. Sin embargo, la STS de 5 de abril de 2017, rec. núm. 694/2016, considera que no hay fraude de ley cuando una trabajadora es despedida de la tintorería donde trabajaba y pretende ejercer la misma actividad y en el mismo local en el que estaba empleada.



puede incluirse la parte proporcional al número de acciones o participaciones, de los gastos generados durante los tres primeros meses (alquileres, cánones y suministros), etc.

Si no va a obtener toda su prestación en un solo pago, puede solicitar simultáneamente el abono mensual del importe restante para subvencionar su cotización a la Seguridad Social. Incluso puede solicitar y obtener todo el importe para destinarlo exclusivamente a subvencionar estas cotizaciones.

Se abona como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que se deduce el importe relativo al interés legal del dinero.

Cabe precisar que en esta modalidad son requisitos imprescindibles para poder capitalizar la prestación que la sociedad mercantil sea de nueva creación o constituida en un plazo máximo de 12 meses anteriores a la aportación; que posea el control efectivo de la sociedad; que desarrolle una actividad profesional o laboral de carácter indefinido respecto a la misma y esté encuadrada en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas; y que no haya mantenido un vínculo laboral previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo con dicha sociedad u otras pertenecientes al mismo grupo empresarial.

No se incluye en este supuesto quien se constituya como persona trabajadora autónoma económicamente dependiente a través de un contrato con una empresa con la que hubiera mantenido vínculo contractual previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo u otras del mismo grupo empresarial.

En tercer lugar, puede percibirse para ser destinado a autoemplearse como persona socia trabajadora o persona trabajadora de carácter estable de una cooperativa. En ese caso, se requiere, como punto de partida, que la incorporación sea de carácter estable o indefinida, no pudiendo acceder a la capitalización quien se vincule a la entidad mediante persona socia trabajadora o de trabajo mediante una relación temporal. No obstante, no es obstáculo para obtener el pago único de la prestación que la persona beneficiaria haya mantenido un vínculo contractual previo con la cooperativa o sociedad laboral a la que pretende incorporarse. De esta forma, se pretende fomentar la integración en la entidad social de quienes han sido personas trabajadoras de la misma, ya sea con contrato indefinido o temporal, y han cesado en ella por cualquier motivo, fomentando así el autoempleo y la participación de las personas trabajadoras en la empresa según el art. 129 CE. Sin embargo, cuando la capitalización tenga como fin realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil, la persona beneficiaria no puede haber mantenido un vínculo laboral previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo con dichas sociedades u otras pertenecientes al mismo grupo empresarial. Se persigue así evitar que la prestación por desempleo se utilice para capitalizar entidades mercantiles mediante la sustitución de empleo asalariado por societario.

Por otro lado, no se exige que la cooperativa o sociedad laboral sea nueva o de reciente creación.

De cualquier forma, únicamente puede obtener como pago único la cantidad efectivamente desembolsada, sin tener en cuenta futuros desembolsos ni pagos aplazados. Si va a destinar parte del pago único a realizar una aportación voluntaria al capital de la cooperativa, deberá aportar una certificación de su órgano de gobierno de que esa cantidad se destina al capital social. Además, deberá firmar ante la cooperativa el compromiso de que dicha aportación voluntaria permanecerá en la cooperativa el mismo tiempo que la aportación obligatoria o, al menos, el tiempo en el cual hubiera percibido su prestación contributiva mes a mes, de no haber solicitado el pago único. Debe presentar el justificante de dicho compromiso ante la Agencia Española de Empleo.

Si no va a obtener toda su prestación en un solo pago de esta forma, también puede solicitar simultáneamente el abono mensual del importe restante de la prestación por desempleo para subvencionar su cotización a la Seguridad Social, e incluso, puede solicitar y obtener exclusivamente el abono mensual de toda la prestación pendiente de percibir para subvencionar su cotización a la Seguridad Social. Si la persona trabajadora beneficiaria de la prestación pretende incorporarse como persona socia trabajadora de una cooperativa o sociedad laboral, puede obtener el abono de la prestación de una sola vez por el importe que corresponda a la aportación establecida con carácter general en cada cooperativa y a la cuota de ingreso y su similar en la sociedad laboral. Si la cuantía necesaria para adquirir la calidad de persona socia es menor al montante total al que asciende la capitalización de la prestación, el resto de esta que no se abona a la persona beneficiaria en pago único puede utilizarse para subvencionar la cotización a la Seguridad Social correspondiente a la actividad que se va a iniciar. La cuantía de la subvención es fija y se corresponde con el importe de la aportación íntegra de la persona trabajadora a la Seguridad Social, extendiéndose hasta que se agote la prestación de desempleo y siempre que la persona trabajadora se mantenga en la actividad iniciada. Por tanto, si la finalidad del pago único es la incorporación de la persona beneficiaria a una cooperativa no alcanza el contenido íntegro de la prestación, sino solo a la cantidad necesaria para que pueda adquirir la condición de persona socia, y el resto de la capitalización se destina a atender los futuros devengos y cotizaciones de la persona trabajadora a la Seguridad Social, cuyo abono es trimestral<sup>18</sup>. No obstante, no se permite utilizar esta modalidad para incorporarse como persona socia trabajadora de una cooperativa cuando ha cesado como persona trabajadora por cuenta ajena para causar derecho a la prestación, ya que en tal caso ya no se cumple con la finalidad de fomentar el empleo, porque la pérdida del empleo que genera la situación legal de desempleo proviene de la misma cooperativa a la que accede como persona socia<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> STS de 8 de octubre de 2008, rec. núm. 2581/2007.

<sup>19</sup> STS de 19 de febrero de 2008, rec. núm. 948/2007.

También puede destinar hasta el 15 % de la cuantía del pago único de la prestación a pagar servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

En cuarto lugar, puede destinarse también para autoemplearse como persona socia trabajadora o persona trabajadora de carácter estable de una sociedad laboral.

Puede solicitar y obtener en un solo pago hasta el 100 % de la prestación que le reste por percibir para adquirir acciones o participaciones de una sociedad laboral en la que vaya a trabajar, así como para hacer frente a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la misma. No puede financiar desembolsos futuros o pagos aplazados.

Si no va a obtener toda la prestación pendiente en un solo pago de esta forma, también puede solicitar simultáneamente el abono mensual del importe restante para subvencionar su cotización a la Seguridad Social durante el desarrollo de la actividad. Incluso, puede solicitar y obtener exclusivamente el abono mensual de toda la prestación pendiente de percibir para subvencionar su cotización a la Seguridad Social.

Se abona como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que se deduce el importe relativo al interés legal del dinero.

También puede destinar hasta el 15 % de la cuantía del pago único de la prestación a pagar servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

## 5. MODALIDADES Y CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN

La capitalización de la prestación por desempleo puede adoptar tres modalidades. En primer lugar, puede abonarse el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo que reste por percibir a la persona beneficiaria cuando la persona beneficiaria pretenda constituir una cooperativa o sociedad laboral o incorporarse como persona socia trabajadora o de trabajo a una entidad social ya constituida.

En este caso, el abono de la prestación se realiza de una sola vez por el importe que corresponda a las aportaciones al capital, incluyendo la cuota de ingreso, en el caso de las cooperativas, o al de adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral en lo necesario para acceder a la condición de socio (art. 10.1 L 5/2011).

Quienes capitalicen la prestación de desempleo, también pueden destinar la misma a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender, sin límite máximo. Se abona como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que se deduce el importe relativo al

interés legal del dinero. El pago único es compatible con cualquier otro tipo de ayuda que pueda obtenerse para la constitución o integración en cooperativas o sociedades laborales, así como con las prestaciones de la Seguridad Social a que tenga derecho la persona beneficiaria<sup>20</sup>.

En segundo lugar, es posible que, tal y como establece el art. 10.1 L 5/2011, la entidad gestora abone mensualmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización de la persona trabajadora a la Seguridad Social. En este caso, la cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, es fija y corresponde al importe de la aportación íntegra de la persona trabajadora a la Seguridad Social en el momento del inicio de la actividad sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación de la persona trabajadora que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social, en cuyo caso se abona esta última. El abono se realiza mensualmente por la entidad gestora a la persona trabajadora, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

En tercer lugar, si solicitado el pago único de la prestación que reste por percibir, no se obtiene la misma por su importe total, el importe restante se puede obtener bajo la modalidad de bonificación en las cotizaciones a la Seguridad Social. Ello es cuando la aportación obligatoria requerida para acceder a la condición de socio sea inferior al importe de la prestación de pago único pendiente por percibir. Así se admite que la persona beneficiaria pueda ejercitar su derecho a obtener la prestación en la modalidad de pago único hasta un determinado importe y optar también a percibir el resto de la prestación mediante subvención de las cuotas de la Seguridad Social, al no ser dos modalidades incompatibles<sup>21</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

La capitalización del desempleo constituye, sin lugar a dudas, un instrumento para fomentar el autoempleo. Y, por consiguiente, el mantenimiento del empleo y de la economía. El emprendimiento empresarial favorece el desarrollo de actividades económicas innovadoras, lo cual repercute en incrementar la productividad, el ciclo económico y el pleno empleo. La financiación de proyectos en fase inicial es uno de los problemas para la subsistencia de las pequeñas y medianas empresas, por lo que estas ayudas pueden facilitar el mantenimiento de algunos puestos de trabajo.

En primer lugar, debe indicarse que se ha producido, a lo largo de la evolución normativa de esta herramienta, una ampliación de los supuestos

---

<sup>20</sup> STS de 15 de diciembre de 1992, rec. núm. 2814/1991.

<sup>21</sup> STSJ Madrid, de 26 de mayo de 2011, rec. núm. 770/2011.

en los que es posible aplicar la capitalización de la prestación por desempleo. En un inicio, iba destinado a las personas trabajadoras desempleadas para establecerse como persona trabajadora por cuenta ajena o socia trabajadora o de trabajo de una cooperativa o sociedad laboral. Pero, posteriormente, ha ido ampliándose a otras iniciativas empresariales o profesionales.

En segundo lugar, se ha llevado a cabo una flexibilización generalizada de los requisitos para poder tener derecho a la capitalización de la prestación.

Todo ello, tiene como resultado que existe un gran número de personas trabajadoras beneficiarias de esta prestación capitalizada, especialmente para convertirse en persona trabajadora autónoma. De hecho, un sector doctrinal<sup>22</sup> se ha cuestionado hasta qué punto esta figura jurídica debe seguir manteniéndose en dichos términos, es decir, reflexionar sobre la oportunidad de invertir en recursos públicos en estimular el trabajo por cuenta propia como alternativa a la creación de un trabajo asalariado. Además, la complejidad normativa de la regulación y requisitos sobre esta prestación de pago único, requiere de una maquinaria para vigilar y controlar posibles actuaciones fraudulentas, hasta tal punto que se prima la represión a la incentivación. Y ello se traduce en unos efectos colaterales desincentivadores y desmotivadores para las personas trabajadoras.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ CORTES, J.C.; PLAZA ANGULO, J.J., “Subrogación empresarial de un trabajador autónomo y prestación por desempleo en pago único”, *TL*, núm. 104, 2010.
- BLASCO LAHOZ, J.F., *La protección por cese de actividad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- CABEZA PEREIRO, J., “El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación”, *RDSS*, núm. 1, 2014.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “La capitalización de las prestaciones por desempleo y cese de actividad como medidas de fomento del emprendimiento social”, *RGDTSS*, núm. 43, 2016.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Medidas de apoyo al emprendedor vinculadas a la protección del desempleo”, en LUJÁN ALCARAZ, J. (Dir.), *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades*. Albacete: Bomarzo, 2016.
- GARCÍA ROMERO, B., “Incentivos laborales al autoempleo individual (II). Prestación por desempleo y fomento del autoempleo”, en AAVV, *Fomento del trabajo autónomo y la economía social*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015.
- GARCÍA VALVERDE, M.D., “Promoción y fomento del autoempleo”, *TL*, núm. 81, 2005.
- MERCADER UGUINA, J.R.; DÍAZ DE ATAURI, P.G., “La capitalización de la prestación por desempleo”, *RMTI*, núm. 89, 2010.

---

<sup>22</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “La capitalización de las prestaciones... *op. cit.* p. 70

MORENO DE VEGA Y LOMO, F., “La capitalización de la prestación por desempleo”, *REDT*, núm. 121, 2004.

PÉREZ DEL PRADO, D. *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control. Los efectos económicos de la protección frente al paro*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

UN ACERCAMIENTO A LA NUEVA PROTECCIÓN SOCIAL  
EN EL EMPLEO DOMÉSTICO CON  
PERSPECTIVA DE GÉNERO

JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ

*Titular de universidad*

*Universidad Rey Juan Carlos*

*Josefa.romeral@urjc.es*

## **SUMARIO**

1. CARACTERÍSTICAS DEL EMPLEO DOMÉSTICO. 2. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA. 3. COBERTURA POR DESEMPLEO. 4. PROTECCIÓN POR EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL FRENTE A CONTINGENCIAS DERIVADAS DEL TRABAJO. 5. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL. 6. UN CUADRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES CON PERSPECTIVAS DE GÉNERO. 7. CONCLUSIONES CON VISTAS A FUTURO.



## 1. CARACTERÍSTICAS DEL EMPLEO DOMÉSTICO

El trabajo doméstico es una de las actividades más importantes tanto por el número de trabajadores que ocupa<sup>1</sup>, como por su contribución al funcionamiento general de la economía y la vida social<sup>2</sup>. Factores sociales y demográficos como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza de vida, entre otros, han aumentado la demanda de esta actividad a lo largo de décadas en nuestro país<sup>3</sup>. Según un estudio de OIT, España es el país de Europa con mayor número de empleados domésticos, seguido de Francia e Italia<sup>4</sup>.

Ahora bien, a partir de 2012, las sucesivas crisis económicas y modificaciones legislativas inciden en las cifras de afiliados, que no en el empleo, lo que demuestra una tendencia al incremento del trabajo sumergido en este sector de actividad<sup>5</sup>. Según la encuesta de población activa en 2020 más de un 25% de la población activa dedicada al trabajo en el hogar realizaría su actividad en modo irregular<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> La OIT en su informe sobre Trabajo doméstico, basándose en estadísticas oficiales, estima que los trabajadores domésticos alcanzaron los 52,6 millones. Puede verse documento en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_173363.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_173363.pdf)

<sup>2</sup> Según los datos del Ministerio de Empleo y Seguridad, Social el número de afiliados a la Seguridad Social en febrero de 2022 se situó en 19.694.272 personas, de los cuales 378.285 lo son al Régimen especial de empleados del hogar, con una afiliación media. Pueden verse estadísticas: en: <https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/seguridadsocial/detalle/4217>

<sup>3</sup> De acuerdo con las encuestas de población activa (EPA), en 1995 el número de empleados domésticos era 355.000, esta cifra fue aumentando hasta situarse en 2008 en 748.000. El crecimiento se manifiesta hasta 2012, poniendo de relieve una subida entre 2011 y 2012 de 54.000 empleados.

<sup>4</sup> Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection, ILO, 2013, pp. 19, 24 y 35.

<sup>5</sup> En 2015 la cifra de empleados afiliados a la Seguridad Social cae a 627.800, hasta situarse en 378.285 en febrero de 2022. Las variaciones absolutas acumuladas son de un -4,7% en 2017, -8,7% en 2018, -13,1% en 2019, y -21,4% en 2020.

<sup>6</sup> Según los datos de las encuestas de población activa, en 2020 los 470.700 personas dedicadas al servicio doméstico, de los cuales solo 364.300 trabajadores se encontraban afiliados al Sistema Especial.

Sin embargo, a pesar de la importancia tanto social como económica de la profesión, es una de las formas más precarias, peor remuneradas y desprotegidas de empleo. Son muchos los países en los que los trabajadores domésticos han estado excluidos de la protección de la normativa laboral<sup>7</sup>, y en los que lo está, como en el nuestro, se ha hecho de forma limitada en relación a otras categorías de trabajadores. Esta situación es fruto de las particularidades que envuelven el trabajo doméstico y su consideración social como son.

1. El contenido del trabajo incluye una multiplicidad de tareas consideradas socialmente competencia de las mujeres (limpieza, comida, cuidado de niños, enfermos, anciano, etc.), lo que demuestra la alta feminización del sector<sup>8</sup>. Estas circunstancias ponen de manifiesto la vulnerabilidad del colectivo que lo integra, expuesto a explotación y abusos en el desempeño del trabajo, e incluso tráfico ilegal de personas, dado el alto número de trabajadoras extranjeras.

2. La prestación del trabajo en el domicilio del empleador, donde se desenvuelve la vida familiar y se desarrollan derechos fundamentales como la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, imprimen un halo de indemnidad a las condiciones de trabajo difícilmente controlables por la Autoridad Laboral.

3. El que la actividad se desarrolle en el círculo de convivencia familiar dificulta la organización como colectivo y el ejercicio de la actividad sindical, con la consiguiente ausencia de negociación colectiva.

4. El aislamiento, la invisibilidad y la precariedad puede incrementarse cuando el trabajo se desarrolla en régimen interno, por cuanto el límite a la jornada se difumina; la valoración del alojamiento y la manutención pueden absorber una parte considerable del salario; además del incremento de los riesgos psicosociales y el abuso sexual dada la dificultad de control y comunicación.

Teniendo en cuenta esta situación, la preocupación de la OIT por este sector de actividad ha sido una constante en el tiempo, planteando la necesidad de integrarlo dentro de su objetivo fundamental de trabajo decente, y proporcionando incentivos y orientación a los Estados miembros para facilitar el acceso a condiciones de trabajo dignas a estos trabajadores. Con este objetivo se aprueba el Convenio 189 y la Recomendación 201, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos<sup>9</sup>, el cual establece un cuadro de derechos laborales básico y las actuaciones recomendadas para su consecución.

---

<sup>7</sup> Según la OIT escasamente un 10% del total de trabajadores domésticos mundiales cuenta con una protección equiparable a la de otras categorías de trabajadores. *IV informe sobre trabajo decente para los trabajadores domésticos*.

<sup>8</sup> A nivel mundial la feminización alcanza el 88,7% de la población que lo ocupada, de las cuales el 8,6% son niña, constituyendo una fuerza de trabajo dispuesta a la emigración en los países en desarrollo con escasas oportunidades de empleo.

<sup>9</sup> Adoptados en la 100ª reunión de la Comisión Internacional del Trabajo celebrada el 16 de junio de 2011. Estos textos entran en vigor el 5 de septiembre de 2013.

A nivel interno, el avance en la regulación de derechos y protección social de este colectivo ha sido lento a lo largo del tiempo, perpetuando condiciones de trabajo precarias y lagunas que incidían en la discriminación múltiple, lo que sumía a un sector de la población, mayoritariamente mujeres, a la pobreza y desprotección social, especialmente en el periodo de vejez.

Con el objeto de adecuar nuestro derecho a las exigencias europeas de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, aparece el reciente Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar<sup>10</sup>. El RD-L aprovecha para hacer una revisión de determinados aspectos de la normativa sociolaboral a efectos de llevar a cabo la equiparación de condiciones y eliminación de tratamientos diferenciales e injustificados que generaban desventajas en los términos requeridos tanto por la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea como por el Convenio 189 de la OIT, entre otros los derechos de Seguridad y Salud laboral.

Con esta aportación se pretende poner de relieve los cambios más significativos en el ámbito de la protección social, que sin duda propiciaran la mejora de las condiciones de trabajo y vida del colectivo de trabajadoras del hogar, así como poner de manifiesto algunas cuestiones pendientes de abordar para que el empleo doméstico ostente la importancia que merece en consonancia con el contenido de las nuevas políticas públicas de conciliación y corresponsabilidad en las que se enmarca tanto el Plan Nacional Corresponsable como los autonómicos.

## 2. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

La regulación de la protección social para los trabajadores domésticos no ha sido tarea fácil a través del tiempo. El primer hito relevante lo encontramos en la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (LAAMSS)<sup>11</sup> que, en el marco del proceso de racionalización y simplificación del sistema, decidió transformar el Régimen Especial en Sistema Especial. La primera modificación se había llevado a cabo por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos Generales del Estado para 2011, que añade la disposición quincuagésima tercera a la Ley General de Seguridad Social, por la que se extiende desde el 1 de enero de 2011 la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar que hasta entonces estaban privados de ella. Paralelo en el tiempo la Ley 27/2011 –modificada por el RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre<sup>12</sup>, de mejora de la gestión y protección social en el

---

<sup>10</sup> BOE de 8 de septiembre de 2022.

<sup>11</sup> BOE de 2 de agosto.

<sup>12</sup> BOE de 31 de diciembre.

Sistema Especial para Empleados de Hogar— integra el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar en el Régimen General, mediante un nuevo Sistema Especial. En la actualidad el Sistema Especial de empleados de hogar se encuentra regulado en la Sección 1ª del Capítulo XVIII del Título II de la LGSS, aprobada por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre<sup>13</sup>, denominada “Sistema Especial para empleados de hogar”.

Razones de oportunidad política ligadas a la situación económica en la que se llevó a cabo la reforma llevaron a no extender la protección por desempleo a los empleados del hogar. Consciente el legislador de la carencia, la propia norma dejó abierta la vía para que en un futuro la protección por desempleo se incluyera en el ámbito del Sistema especial de empleados del hogar, remitiendo la cuestión a la futura regulación de la relación laboral [DA 39ª, apartado 3f) de la Ley 27/2010]. En cumplimiento de esta remisión el RD1620/2011, regulador de la relación laboral especial, en su D.A. 2ª volvió a aplazar la protección por desempleo, previendo que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social constituyera un grupo de expertos para estudiar la viabilidad de la implantación de la protección, ello adaptado a las peculiaridades de la actividad que garantizara el principio de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.

Por otro lado, la misma disposición, en su apartado segundo, se comprometió a la realización de un estudio a fin de valorar la viabilidad de aplicar plenamente el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, entendido como pérdida de confianza en el empleado, en alguna de las causas comunes de extinción del contrato de trabajo establecidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. El pronóstico del legislador se ha alargado hasta fechas recientes en que se ha aprobado el RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, que viene a saldar la deuda histórica de protección y equiparación de derechos de este colectivo con el resto de los trabajadores por cuenta ajena.

El motor del cambio se encuentra la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 24 de febrero de 2022<sup>14</sup>, la cual dictaminó que España estaba incurriendo en una discriminación indirecta contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, por no reconocer el derecho a la protección por desempleo a las personas empleadas del hogar familiar en su gran mayoría mujeres.

---

<sup>13</sup> BOE de 3 de octubre.

<sup>14</sup> Asunto C 389/20.

Aunque el Tribunal Europeo se pronunció solo sobre el carácter discriminatorio de la regulación laboral respecto de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato, la Sentencia tuvo como consecuencia directa la ratificación del Convenio 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos de 2011, el 9 de junio de 2022, junto con la Recomendación 201 que lo complementa; además del reconocimiento por parte del Gobierno de su compromiso por culminar el proceso de equiparación de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar con el resto de los trabajadores por cuenta ajena, que fue formulado en la Ley 27/2011 de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y el RD 1620/2011, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del hogar familiar.

La ratificación del Convenio 189 de la OIT, largamente demorada, implica un gran avance para la dignificación del trabajo al servicio del hogar, a la vez que una apuesta por la regulación de la economía sumergida y protección de las trabajadoras migrantes que en su mayoría ocupan el trabajo en régimen de pernocta en el hogar familiar; además de suponer un progreso en la igualdad de género al ser un empleo ocupado mayoritariamente por mujeres. Tanto el Convenio como la Recomendación indican en la necesidad de que los Estados establezcan normas reguladoras de esta ocupación que favorezcan la mejora de las condiciones de trabajo, la protección y el diálogo social. En ellos se definen los elementos que requieren especial atención respecto a las condiciones de trabajo como son la determinación del tiempo de trabajo, limitación de la edad para trabajar, tutela de los trabajadores migrantes y la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Por lo que respecta a la protección social dirige un mandato a los estados a fin de garantizar condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social.

### 3. COBERTURA POR DESEMPLEO

El derecho a la protección por desempleo está recogido en el artículo 41 de nuestra Constitución como un derecho general al establecer que “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo” (art. 41). En desarrollo del mandato el art. 264.1 de la LGSS establece que todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General están cubiertos por la protección contra el desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia. A pesar del mandato Constitucional de protección generalizada especialmente en caso de desempleo, el artículo 251 d) LGSS disponía la exclusión de la protección a los empleados del hogar, con la consiguiente falta de cotización por la contingencia.

Esta desigualdad en el nivel de protección ha sido una reivindicación histórica al tratarse de uno de los déficits más importantes que tenía nuestro sistema en relación con el principio de igualdad, pues no olvidemos que esta desprotección social hundía sus raíces en patrones de segregación laboral con fuertes connotaciones de género, dado que es una profesión socialmente asignada a las mujeres y ejercida tradicionalmente por ellas. La ausencia de protección chocaba con el derecho internacional al tratarse de un derecho reconocido por las normas internacionales del trabajo y por Naciones Unidas a todos los ciudadanos en igualdad<sup>15</sup>. El derecho a la igualdad del art. 14 de nuestra constitución en relación con el 41 relativo al derecho a la Seguridad Social para todos los ciudadanos, especialmente en caso de desempleo, se corresponde con el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, raza [...], y los artículos 12 y 23 de la Carta Social Europea, por los que todas las personas tienen derecho a la Seguridad Social en igualdad.

Más específicas, la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en su artículo 4.1 establece que el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, [...] particularmente en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes de Seguridad Social y las condiciones de acceso a los mismos. En la misma línea, la Directiva 2006/54 sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo, en su art. 5 b), prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de sexo en lo relativo a la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones. El art. 9.e) de esta Dir. considera contrario al principio de igualdad “establecer condiciones diferentes de concesión de prestaciones o reservar estas a trabajadores de uno de los sexos”.

Las razones que tradicionalmente se han alegado desde los poderes públicos para su exclusión están relacionadas con las peculiaridades del empleo doméstico, fundamentalmente la dificultad que plantea el control del fraude, teniendo en cuenta la peculiaridad del centro de trabajo: el hogar familiar, dotado de protección a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio recogidos en el art. 18 de la CE. De otro lado se ha razonado la dificultad de contabilizar las horas realmente trabajadas, a efectos de cotización vinculada al tiempo de trabajo y al salario. Como hemos señalado al principio del trabajo, más de un 25% de la población activa dedicada al trabajo en el hogar realizaría su actividad en modo irregular<sup>16</sup>, y en muchos casos se trata

---

<sup>15</sup> <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/social-protection/lang-es/index.htm>

<sup>16</sup> Según los datos de las encuestas de población activa, en 2020 son 470.700 personas dedicadas al servicio doméstico, de los cuales solo 364.300 trabajadores se encontraban afiliados al Sistema Especial.

de inmigrantes indocumentadas<sup>17</sup>. A esto se unía la falta de control sobre la decisión de extinción del contrato por desistimiento, lo que permitía al titular del hogar familiar desistir de la relación de empleo doméstico sin necesidad de alegar causa justa.

Estas circunstancias a criterio del TJUE, en su Sentencia de 24 de febrero de 2022, no justificaban la falta de protección ante situaciones de desempleo y la diferencia de trato respecto de otros trabajadores por cuenta ajena, que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones análogas a las de los empleados del hogar, como son jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y trabajadores contratados por empresas de limpieza<sup>18</sup>, y por tanto donde coexisten riesgos análogos en término [...] de fraude a la Seguridad Social y de [...] trabajo ilegal.

Gracias a este pronunciamiento del TJUE el trabajo doméstico cuenta hoy con la protección por desempleo en su nivel contributivo y asistencial. La forma escogida por el RDL 16/2022 ha sido sencilla: derogación directamente del precepto legal que establecía la exclusión. Al efecto, el artículo tercero de la norma deja inalterado el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, en aquellos aspectos que no establecen tratamientos diferenciales injustificados y menos favorables sino que constituyen meros ajustes fundamentalmente formales y de gestión, justificados por el carácter no empresarial de la persona empleadora y por las especiales características de la prestación de servicios en este sector de actividad. Sin embargo, entra en la modificación directa de aquellos preceptos de la normativa de Seguridad Social que sitúan a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores sin que exista justificación en virtud de factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Por ello se suprime el apartado d) del artículo 251 de la Ley General de Seguridad Social, a efectos de que las personas trabajadoras no queden excluidas de la acción protectora del sistema especial. Así mismo se incorpora en el artículo 267.1 a) LGSS un nuevo apartado 8º donde se recoge como situación legal de desempleo la extinción por las causas justificadas contempladas en el art. 11.2 del RD 1620/2011. De este modo la prestación por desempleo forma parte ya de la acción protectora del sistema especial de empleados de hogar haciendo obligatoria la cotización por desempleo. La obligación de cotizar, tanto para la trabajadora como sus empleadores, comenzó el 1 de octubre de 2022 para las relaciones laborales de al menos 60 horas mensuales, y a partir el 1 de enero de 2023 si fuera de menos horas.

La norma no introduce consideraciones suplementarias más allá del efecto inmediato de reconocimiento del derecho, de forma que debemos entender

---

<sup>17</sup> *Vid.*, al respecto, D'SOUZA, A., *Camino del Trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la labor de la OIT para la igualdad de género*, Ginebra, 2010, pág. 25.

<sup>18</sup> STJUE 24 de febrero de 22, C-389/20, apartado 63.

que a partir del 1 de octubre de 2022 las personas incluidas en el sistema especial del servicio del hogar familiar, con contratos vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley, comenzaron a acumular cotizaciones a efectos de ir generando derechos a prestaciones conforme a la normativa general.

#### 4. PROTECCIÓN POR EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL FRENTE A CONTINGENCIAS DERIVADAS DEL TRABAJO

Otra de las novedades de cara a la equiparación de derechos y protección del colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar es la cotización de las personas empleadoras e intervención del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), a fin de proporcionales coberturas indemnizatorias en los supuestos de insolvencia o concurso de las empleadoras.

Como ha reconocido el Gobierno, la exclusión de la cobertura por el Fondo de Garantía Salarial a las personas trabajadoras en el hogar era una diferencia de trato injustificada, dado que en la actualidad es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la ley de segunda oportunidad (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social). Asimismo, la ratificación del Convenio 189 de la OIT, junto con la Recomendación 201 de la OIT, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, comprometen a los Estados a asegurar que estos empleados disfruten de condiciones que no sean menos favorables que las que se apliquen a los trabajadores en general en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o de fallecimiento del empleador.

En coherencia con ello, la norma incorpora la relación laboral de este colectivo al catálogo de beneficiarios de las indemnizaciones reconocidas por el (FOGASA) en caso de despido o extinción del contrato (artículos 33.2 del Estatuto de los Trabajadores)<sup>19</sup>; a la vez que modifica el Real Decreto 1620/2011 a fin de que resulte aplicable a las personas trabajadoras de la relación laboral especial lo establecido en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores con relación a la intervención del Fondo de Garantía Salarial<sup>20</sup>.

Por otro lado, se modifica la normativa sobre el FOGASA, Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo

---

<sup>19</sup> En el Estatuto de los Trabajadores se añade un nuevo párrafo al art. 33, en el que se especifica que estos trabajadores se encuentran entre los beneficiarios de las indemnizaciones que corresponden al FOGASA reconocidas en sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51, 52, 40.1 y 41.3 del ET, y de extinción de contratos conforme a los artículos 181 y 182 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y al artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente proceda.

<sup>20</sup> Art. 3.b) RD 1620/2011.



de Garantía Salarial, para reconocer, por un lado, la obligación de cotización de las personas empleadoras del servicio doméstico<sup>21</sup> y, por otro, proporcionando una cobertura indemnizatoria a las personas trabajadoras del servicio doméstico en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras<sup>22</sup>.

La indemnización se calculará a razón de 12 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de 6 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias (arts. 33.2 ET, y 19.6 RD 505/1985). En este punto hay que señalar que, a pesar del beneficio por la inclusión dentro del ámbito de cobertura, la cobertura es inferior a la del resto de trabajadores por cuenta ajena.

## 5. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

Otro de los grandes logros que introduce el RD 16/2022, en orden a la equiparación de los trabajadores del servicio del hogar familiar a la relación laboral común, es la inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa de Prevención de Riesgos laborales; lo que hace en el art. primero con la supresión del apartado 4 del artículo 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)<sup>23</sup>, aunque aplaza el detalle del contenido a una futura regulación reglamentaria. Se trataba de otra demanda largamente esperada que por fin parece que comienza su andadura. Una vez ratificado el Convenio 189 de la OIT, la consecuencia inmediata era abordar la laguna en materia de seguridad y salud, dado que se trata de una materia angular tanto en el Convenio como en la Recomendación 201, además de imprescindible para mejorar las condiciones de vida y salud de este colectivo y eliminar las discriminaciones a las que estaba sometido.

Como recordamos, el art. 3.4 de la LPRL, optó por dejar la relación laboral especial de los empleados del hogar fuera de su ámbito de aplicación, camino que siguió el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, regulador del nuevo régimen jurídico de la relación laboral de estos trabajadores. Aunque ninguna de las dos normas especificó las razones de la exclusión, parece claro que se fundamentaba en las propias características de la actividad y el lugar de prestación del servicio, el hogar familiar, que dificulta el control del cum-

---

<sup>21</sup> Al efecto, se añade al artículo 11.1 del RD 505/1985 una letra d), en la que se incluye a los empleadores del servicio doméstico como obligadas a cotizar.

<sup>22</sup> Para lo que se añade un apartado 6 al artículo 19 del RD 505/1985, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, especificando la cobertura en el caso de extinción del contrato de trabajo por las causas previstas en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

<sup>23</sup> BOE de 10 de noviembre.

plimiento de las obligaciones ante la posible vulneración de derechos a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio, a lo que se une la particularidad del empleador, carente de la solvencia atribuible a una empresa, como así lo determina la jurisprudencia cuando ha tenido ocasión de pronunciarse<sup>24</sup>. A ello se unió la orientación de la Directiva comunitaria 89/391, Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, traspuesta al ordenamiento interno por la LPRL, que excluye del término “trabajador” a los trabajadores al servicio del hogar familiar [art. 3.a)]. Así las cosas, el legislador se limitó a los criterios comunitarios y los trasladó al derecho interno sin más.

Una vez derogada la exclusión, a fin de garantizar un nivel de protección adecuado y equivalente a cualquier otro trabajador, la norma añade una Disposición Adicional décimo octava a la LPRL sobre “Protección de la seguridad y la salud en el trabajo de las personas trabajadoras en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, en la que se especifica que las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad. Como se observa, de cara a la reglamentación, el legislador no abandona la premisa de contar con la especialidad de la relación laboral; de manera que estaremos expectantes para ver el alcance del contenido del derecho, que sin duda debe incluir las prescripciones del Convenio 189 en la materia.

En tanto llega la reglamentación, no olvidemos que el propio RD 1620/2011 indica que el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo que debe adoptar medidas eficaces, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico (art. 7.2). Y, dado que hay una remisión expresa del RD-ley a la aplicación supletoria del ET a la relación laboral especial, le es de aplicación la normativa preventiva en todo lo que no entre en colisión con la especialidad de la relación.

---

<sup>24</sup> STSJ del País Vasco, de 28 de mayo de 2018 (rec. 681/2019), determina que no existe responsabilidad del empleador en un supuesto de daños sufridos por incendio en el domicilio, al no existir deuda de Seguridad y salud. La STSJ de las Islas Baleares, núm. 588/2005, de 3 de noviembre (Rec. 371/2005), declara que no puede “exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma (PRL) para los empleadores en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa. Así, aunque el art. 13 del RD 1424/85 obliga al cabeza de familia a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, esta obligación no tiene el alcance previsto en los arts. 14 y 15 LPRL, en los que ordena al empleador la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud, debiendo preverse incluso las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador”.

Por otro lado, la Disposición hace hincapié en la necesidad de prevenir y proteger al colectivo frente a la violencia, por lo que la nueva reglamentación deberá estar acorde al Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo, de 21 de junio de 2019, ratificado por España el 9 de junio de 2022<sup>25</sup>, con entrada en vigor para nuestro país el 25 de mayo de 2023; así como la Directiva 2000/78/CEE que establece el marco general para la igualdad de trato en el trabajo; el acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En el caso de los trabajadores sensibles, es de aplicación el convenio 103 de la OIT relativo a la protección de la maternidad, del que no se excluye a las trabajadoras domésticas. La Directiva 92/85 sobre la tutela de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que tampoco las excluye. Y, en transposición de esta directiva en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar, y sus normas de desarrollo.

Con todo, sigue siendo necesario determinar el contenido mínimo que oriente su cumplimiento, máxime si tenemos en cuenta las características del empleador, por lo general desconocedor de las normas laborales. Igualmente necesaria es la creación de un listado de infracciones y sanciones, así como el diseño de medidas de control que de consistencia práctica a la inclusión dentro de la LPRL, en línea con lo dispuesto por el Convenio 189.

## 6. UN CUADRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES CON PERSPECTIVAS DE GÉNERO

Otra previsión importante de la norma a efectos de la equiparación de derechos y la igualdad, y que sin duda reportará mejoras en las condiciones de trabajo y la protección frente a los riesgos laborales, se contempla en la Disposición Adicional cuarta, en la que se establece el compromiso del Gobierno de crear en el plazo de seis meses una comisión de estudio cuyo objetivo es la inclusión de la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades profesionales regulado en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, a efectos de que se identifiquen y se corrijan las deficiencias que existen en el ámbito de la protección ante las enfermedades profesionales de los trabajos desarrollados mayoritariamente por mujeres.

Esta comisión estará encargada de elaborar una propuesta de reforma del RD, y estará integrada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el Ministerio de Igualdad, a través del Instituto de las Mujeres, y el Ministerio de Sanidad,

---

<sup>25</sup> Por la Disposición 9978, de 9 de junio 2022. BOE núm. 143 de 16 de junio 2022.

así como por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

## 7. CONCLUSIONES CON VISTAS A FUTURO

Aunque el avance con la nueva regulación es prometedor en el camino de la igualdad de los trabajadores al servicio del hogar con el resto de los trabajadores, y que seguro supondrá una mejora en las condiciones de trabajo y vida de estos trabajadores, ahora toca pasar a la aplicación de la norma y a su desarrollo reglamentario en todo lo que el RD-Ley prevé como son las particularidades para la aplicación de la LPRL, de manera que la prevención de riesgos sea una realidad dotada de contenido.

En la línea del derecho a la igualdad, es necesario seguir aportando ideas y diseñando medidas con rigurosidad jurídica para que la norma sea de aplicación a todas las personas que prestan sus servicios en el hogar familiar, lo que implica abordar la situación de un elevado número de trabajadoras extranjeras que se encuentran prestando servicios de manera irregular al no contar con la autorización de trabajo.

Para hacer efectivo el derecho a la seguridad y salud, así como las condiciones de trabajo, sobre todo de las trabajadoras que desarrollan su actividad en régimen de internas, y el cumplimiento de las normas, tanto laborales y de Seguridad Social, como de prevención de riesgos, es necesario regular los términos de intervención de la Inspección de Trabajo en el ámbito del domicilio del empleador haciendo compatibles los derechos de ambas partes. El control también puede llevarse a cabo mediante el reforzamiento de mecanismos de comprobación del cumplimiento normativo por parte de la Inspección y órganos administrativos sin necesidad de personarse en el domicilio, como es la presentación y comprobación de documentos. En la línea que indica el Convenio 189, es importante establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para las trabajadoras del sector que permitan informar de los casos de abuso, acoso y violencia, además de adoptar medidas que aseguren la investigación de las quejas o las acciones judiciales, según proceda; así como, iniciar acciones que garanticen asistencia a las víctimas.

Igualmente necesario para que el cumplimiento de las obligaciones sea una realidad es la creación de mecanismo de sanciones adecuadas en caso de infracciones de la normativa laboral. El elevado coste de algunas de las sanciones previstas en la LISOS y la falta del carácter empresarial del empleador doméstico —la mayoría de los casos perteneciente a modestas economías— puede hacer pensar en la inaplicación de la norma sancionadora, pero esto no puede ser razón válida para negar la aplicación de la Ley al trabajo doméstico, pues de ser así la norma se quedaría en el papel y las condiciones de trabajo precarias de este colectivo persistiría en el tiempo.

En la consecución de estos objetivos es importante el papel de las administraciones públicas, encargadas de elaborar políticas eficaces para la mejora de las condiciones de trabajo en el empleo doméstico. Estas políticas pueden concretarse en elaboración de programas de sensibilización a empleadores y trabajadores sobre derechos, deberes y obligaciones compartidas. En la línea con lo que establece la norma, es importante desarrollar programas de formación y acreditación para los trabajadores, lo que permitirá elevar las competencias y cualificación y dar valor al trabajo que desempeñan.

El intercambio de información con la Seguridad Social puede ser un medio valioso para determinar las causas de los accidentes y las enfermedades profesionales de cara a la inclusión de la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades profesionales, a fin de que las trabajadoras del sector vean cubiertos los daños a su salud derivados de las condiciones laborales en un sector altamente feminizado que está expuesto a muchos riesgos en su trabajo, y que derivan en enfermedades de diversa índole que se tramitan como enfermedad común con el consiguiente perjuicio económico.

Por último, es necesario abordar el importante papel que puede desempeñar el convenio colectivo como herramienta para la mejora de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras del hogar. A través de la negociación colectiva se pueden paliar muchas carencias legislativas, completar donde la norma no llega o aclarar puntos oscuros. Para ello sería necesario promover medidas que favorezcan la capacidad de organización de los trabajadores y empleadores domésticos, o fomentar su afiliación a las organizaciones más representativas a nivel general.



LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO  
A LOS TRABAJADORES ILEGALES COMO SANCIÓN  
EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO  
DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN<sup>1</sup>

CARLOS GARCÍA-GIRALDA CASAS

*Juez de carrera, conferenciante y doctorando, asociado  
Juzgado de lo Social único de Melilla, UCAM, AEDTSS  
c.garcia-giralda@poderjudicial.es*

---

<sup>1</sup> García-Giralda Casas, C.: *El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social española para los marroquíes en situación legal e ilegal en territorio nacional*, e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, Nº 2, ISSN 2445-3269, Universidad de Sevilla 2022. <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>.

## **SUMARIO**

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS EN MATERIA DE DESEMPLEO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA MODALIDAD CONTRIBUTIVA. II. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL EN MATERIA DE PRESTACIONES DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN TERRITORIO NACIONAL. III. LOS SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. A) La Interpretación Jurisprudencial y Doctrinal de la Normativa Nacional. B) La situación en el Derecho de la Unión europea e Internacional Derivada de los Reglamentos de Coordinación y los Convenios Internacionales en materia de Seguridad Social. IV. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN: LA ASUNCIÓN POR EL EMPRESARIO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. V. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.



## I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS EN MATERIA DE DESEMPLEO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA MODALIDAD CONTRIBUTIVA

El adecuado cumplimiento del mandato constitucional del artículo 41<sup>2</sup> de nuestra norma suprema requiere de un desarrollo legislativo y jurisprudencial en materia de desempleo que otorgue a los trabajadores (nacionales, comunitarios, de los Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y extracomunitarios) la protección necesaria ante situaciones de necesidad.

A este compromiso responde nuestra Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, que contempla la prestación por desempleo y el subsidio por desempleo, esto es, la modalidad contributiva y no contributiva de esta técnica específica de protección social, normativa esencial, Ley Código, en la materia que vamos a analizar que viene desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 625/1985 de 2 de abril de Protección por Desempleo, y ello sin perjuicio de que en la época más dura de la COVID-19 se establecieran la prestación extraordinaria y excepcional de desempleo y el subsidio extraordinario y excepcional de desempleo, para paliar los graves efectos económicos que produjo la crisis sanitaria global.

No obstante lo anterior, y aunque no será objeto de estudio en la presente obra, cabría añadir un tercer nivel de protección por desempleo, el programa de la Renta Activa de Inserción<sup>3</sup> instaurado en nuestro ordena-

---

<sup>2</sup> Recordemos que este precepto de la Constitución Española de 1978, esto es, de la cúspide de nuestra pirámide normativa, recoge un principio rector de la política social y económica que otorga un papel relevante a los poderes públicos con la finalidad puesta en el mantenimiento del Sistema Público de la Seguridad Social con el deber esencial de garantizar las asistencia y prestaciones suficientes ante contingencias que originan situaciones de necesidad, especialmente, en la materia que ahora tratamos, la del desempleo, v. BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>, visto a las 10.00h del día 27-2-2023.

<sup>3</sup> Como manifiestan GALIANA MORENO y SEMPERE NAVARRO, la Ley 14/2000 de 29 de diciembre habilita al Gobierno para la regulación de esta Renta Especial para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, cito de Galiana Mo-

miento jurídico a través del Real Decreto 1369/2006 de 24 de noviembre, siendo de carácter residual, para cuando, con carácter general, se hubiese extinguido tanto la prestación como el subsidio por desempleo<sup>4</sup>, y ello sin perjuicio de otro tipo de prestaciones a las que las personas que agoten los tres niveles puedan acogerse, tales como la de incapacidad temporal y la de nacimiento y cuidado del menor que se relacionan en nuestra Ley Código de Seguridad Social con la de desempleo<sup>5</sup>, además de las no contributivas previstas en nuestra legislación como el relativamente novedoso Ingreso Mínimo Vital.

Pues bien, todos estos niveles de protección por desempleo son gestionados por la Agencia Española de Empleo<sup>6</sup> correspondiéndole a este organismo público reconocer, suspender, extinguir y reanudar el derecho a las prestaciones<sup>7</sup>.

Antes de comenzar con el estudio en concreto de la temática concreta de esta obra debe precisarse que el desempleo protege una situación en la que concurren elementos objetivos y subjetivos para que resulte de aplicación, los elementos objetivos hacen referencia a la necesidad de pérdida total (por suspensión o extinción de la relación laboral) o parcial (por reducción de jornada) pudiendo ser temporal o definitiva, de empleo, sin que resulten protegidas las personas demandantes del primer empleo, y por lo que respecta a los elementos subjetivos se requiere que el cese en el trabajo haya sido involuntario, que el trabajador tenga capacidad para trabajar y la suscripción de un acuerdo de actividad<sup>8</sup> por parte del trabajador con el compromiso de aceptar colocación adecuada<sup>9</sup>.

Determinados estos aspectos introductorios de la prestación por desempleo, y con carácter previo al estudio del régimen de esta prestación y la tesis que propugnamos, debe considerarse esencial, el breve análisis de la protección del trabajador extracomunitario en situación irregular, a los efectos de una comparación de situaciones y de establecer las bases que sostienen la construcción de la teoría que se propugna en la presente obra.

---

reno, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Legislación Laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2020, pag. 1189.

<sup>4</sup> TATAY PUCHADES, C.: “*La protección por desempleo*”, en ROQUETA BUI, R. y GARCÍA ORTEGA, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 345 y ss.

<sup>5</sup> V. artículos 283 y 284 del TRLGSS, BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2015, páginas 103291 a 103519. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11724>, visto a las 11.00h del día 27-2-2023.

<sup>6</sup> El SPEE ha sido sustituido por la Agencia Española de Empleo por Ley 3/2023 de 28 de febrero de Empleo. Para las prestaciones por desempleo del Régimen Especial de Trabajadores del Mar las competencias citadas son ejercitadas por el Instituto Social de la Marina.

<sup>7</sup> MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2022, pág. 752.

<sup>8</sup> Denominación originaria adoptada por la Ley 3/2023 de 28 de febrero de empleo, con carácter previo a esta regulación recibía la denominación de compromiso de actividad.

<sup>9</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Lecciones de Seguridad Social*, DIEGO MARÍN, Murcia, 2021, pp. 412 y 413.

## II. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL EN MATERIA DE PRESTACIONES DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN TERRITORIO NACIONAL

Mientras que los ciudadanos españoles y los de los Estados Miembros de la Unión Europea (incluso nacionales de países del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo) pueden acceder a todo tipo de prestaciones, incluidas las de desempleo, del Sistema de la Seguridad Social, siempre y cuando reúnan los requisitos que se exigen para cada una de ellas, a los ciudadanos extra comunitarios, siempre que se encuentren legalmente en territorio nacional, se les suele exigir para el acceso a determinadas prestaciones, con carácter adicional, el requisito de cumplir un periodo mínimo de residencia legal en territorio español<sup>10</sup>, en consecuencia, resta por determinar el estatuto jurídico del inmigrante en situación irregular<sup>11</sup>.

Los extranjeros extra comunitarios no carecen de protección en nuestro ordenamiento jurídico, si bien, y por motivos de seguridad jurídica por mor del artículo 9.3.º de la Constitución Española, no pueden gozar de los mismos derechos, ni deberes, de quien ostenta una protección adicional vía Tratado o Convenio, europeo o internacional, pero ello no significa que sean abandonados a su suerte y carezcan de regulación, precisamente para evitar abusos en la contratación.

Y así pues, además de los derechos inherentes al ser humano, y en lo que al ámbito del Derecho de la Seguridad se refiere, los extranjeros extracomunitarios en situación irregular gozan del Derecho de Asistencia y Atención sanitaria en los amplios términos que recoge la Ley 16/2003 en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Se exige que los ciudadanos extra comunitarios en situación regular ostenten residencia legal para la equiparación total a los españoles, a los efectos de acceder a las mismas prestaciones (en este sentido se pronuncia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia de 7 de noviembre de 1980).

<sup>11</sup> Aunque parezca una excepción difícilmente explicable, a los apátridas e indocumentados extracomunitarios, y en principio en situación ilegal, se les aplica la misma normativa que a un ciudadano comunitario o del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, mientras que a un ciudadano extracomunitario en situación legal únicamente se le aplica la normativa bilateral con las limitaciones propias de la misma, ostentando el extranjero extracomunitario en situación ilegal de una serie de derechos residuales de asistencia sanitaria y protección en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Aunque esta diferencia de trato esté amparada por la Convención sobre Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954 hecha en Nueva York, y ratificada por España, nos lleva a pensar en la solución a la que pueden acogerse los ciudadanos extranjeros en situación irregular en el supuesto de que lleguen a conocer la mencionada legislación, con la inevitable tentación de llevar a cabo una serie de actuaciones que pueden conducir a su exportación, administrativa o penal, al encubrir su verdadera identidad y ello simplemente por intentar conseguir unos derechos que le son concedidos a otras personas de origen africano o asiático que no se quieren identificar. Cfr. GARCÍA-GIRALDA CASAS, C.: *El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social española para los marroquíes en situación legal e ilegal en territorio nacional*, e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, Nº 2, ISSN 2445-3269, Universidad de Sevilla 2022. <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>, pp. 156 y 157.

<sup>12</sup> Esta afirmación debe ser matizada en el sentido de que se exigen determinadas condiciones para acceder a este derecho tales como no tener la obligación de acreditar la cobertura

Gozan así mismo, y así se deriva de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de extranjería, siempre que se trate de trabajadores por cuenta ajena, de las prestaciones que pudieran corresponderle por Convenio u otros instrumentos, y señaladamente, la protección en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional sin perjuicio de la responsabilidad empresarial, asunto este último que nos permitirá la aplicación analógica al supuesto que constituye el nudo gordiano de la presente literatura.

Finalmente, y aunque no se trate de materia propia de prestaciones de la Seguridad Social, dado el vínculo estrecho que existe entre esta disciplina del Derecho Público con el ordenamiento jurídico laboral puro, de naturaleza mixta Pública-Privada, debe hacerse constar que la carencia de residencia legal y de autorización para trabajar no invalidará el contrato de trabajo, pudiendo ejercerse los derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y asistencia jurídica gratuita.

En todo caso, se excluye el acceso a la prestación por desempleo que pasamos a examinar.

### III. LOS SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Examinadas con carácter general las prestaciones en materia de Seguridad Social de que gozan los extranjeros extracomunitarios en situación ilegal, debemos centrarnos en la prestación sobre la que gira la presente obra, la de desempleo en su nivel contributivo, concretamente, en su modalidad de total, esto es, la suplencia mediante renta de la ausencia total de salario por despido o cualquier otra causa de extinción de la relación laboral, resultando obligado el estudio del estado de la cuestión a nivel estatal e internacional.

#### A) **La Interpretación Jurisprudencial y Doctrinal de la Normativa Nacional**

A diferencia de lo que sucede con las anteriores prestaciones, nuestra jurisprudencia es reacia al otorgamiento del derecho a la prestación por desempleo<sup>13</sup>, pudiendo acudir a la Sentencia 78/2017 de 31 de enero de 2017

---

obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia y no existir un tercero obligado al pago, pero una vez accedido al derecho deben obtener las mismas prestaciones que los demás ciudadanos, esto es, para la salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario, en los específicos términos que se establecen para cada una de ellas.

<sup>13</sup> En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de marzo de 2008 y de 31 de enero de 2017 recaídas en los recursos de casación 800/2007 y 3345/2015 respectivamente.

de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, recaída en el recurso de casación n. 3345/2015 (ES:TS:2017:650), para conocer el alcance exacto de esta afirmación<sup>14</sup>, precisándose por el alto tribunal que “*lo anteriormente expuesto debe entenderse sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil, de carácter resarcitorio y naturaleza contractual, en que haya podido incurrir el empleador por concurrir culpa o negligencia en la contratación. No debe olvidarse que el artículo 1101 del Código Civil (C.C.) sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a los que en cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o morosidad o contravengan de cualquier modo el tenor de aquellas y que el artículo 1258 CC obliga, una vez perfeccionado el contrato, no solo al cumplimiento de lo pactado, “sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.* Tampoco debe ignorarse, al respecto, que el artículo 36.3 LO Ext . establece que los efectos que produce la omisión por parte del empleador de la autorización administrativa para trabajar -validez del contrato y obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle- se entiende “sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar”. Entre estas obligaciones, impuestas ex lege al empresario figura la de “solicitar la incorporación al sistema de seguridad social de los trabajadores que ingresan a su servicio” (artículo 100.1 L.G.S.S.), así como la de cumplir la obligación de cotizar siendo responsable de su cumplimiento (art. 104 L.G.S.S.)

Por su parte, la Dirección General Instituto Nacional de Empleo, en la Resolución de 11 de julio de 1.996, establece que solo podrán inscribirse en

---

<sup>14</sup> “El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, “las personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 207” y ya hemos visto que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que “la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente”; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción” (...) el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: “acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS “. Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el art. 231.1.h) LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad labor (...) la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las nueve Directivas que enumera en su preámbulo que se habían aprobado con posterioridad a la última reforma de esa Ley 4/2000 realizada en diciembre de 2003- al establecer en los arts 10, 14 y 36 de esta última, que solo los extranjeros “residentes” (esto es, en situación de residencia legal) que reúnan los requisitos previstos en esa misma norma tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de Seguridad Social (10.1) y que únicamente esos mismos extranjeros “residentes” tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (14.1), aun cuando “todos” los extranjeros, sea cual fuere su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales “básicas” (14.3), entre las cuales no se cuentan las de desempleo, y que, “en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo podrá obtener prestaciones por desempleo” (36.5).

las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, “*en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo*”, exigencia que reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 la cual exige siempre la autorización de residencia, además de estar en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella.

En este mismo sentido, aunque sin entrar en el fondo del asunto, parecen pronunciarse autores como Aradilla Marqués, posiciones todas estas de las que discrepo al entender que la evolución normativa y jurisprudencial debe seguir adelante y otorgar protección de alguna manera al trabajador en situación irregular, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial que luego será tratada en el nudo gordiano de la presente obra<sup>15</sup>.

Resultando manifiesta la negativa del legislador, de la jurisprudencia, doctrina y organismos administrativos españoles, en cuanto al reconocimiento de la prestación que propugnamos, debe examinarse el estado de la cuestión en la legislación de la Unión Europea y la Internacional.

## **B) La situación en el Derecho de la Unión europea e Internacional Derivada de los Reglamentos de Coordinación y los Convenios Internacionales en materia de Seguridad Social**

No cabe duda que el sistema normativo del Derecho del Trabajo y de Seguridad Social<sup>16</sup> viene integrado por normas internacionales y de la Unión Europea.

Sin perjuicio de las múltiples normativas internacionales, tanto del Consejo de Europa (véase Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades

<sup>15</sup> V. ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “*El campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social*”, en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 92; en relación con García-Giralda Casas, C.: *El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social española para los marroquíes en situación legal e ilegal en territorio nacional*, e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, Nº 2, ISSN 2445-3269, Universidad de Sevilla 2022. <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>.

<sup>16</sup> Desde antiguo convivimos con una discusión doctrinal acerca de si el Derecho de la Seguridad Social debe considerarse como un Derecho Autónomo o, por el contrario, en parte integrante del Derecho del Trabajo, llegándose a la conclusión por la doctrina mayoritaria de que, aunque en determinados aspectos pueda afirmarse de la existencia de un Derecho de Seguridad Social laboral, lo cierto es que nos encontramos ante una rama del ordenamiento jurídico autónoma, puesto que mientras el Derecho del Trabajo es de naturaleza público-privada, el Derecho de la Seguridad Social es Derecho Público, esto es, derecho rígido o estricto de carácter imperativo, Cfr. Almansa Pastor, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.

Fundamentales de 1950, los Pactos Internacionales de Nueva York de 1966 o la Carta Social Europea de 1961 revisada en 1999) como de la Organización Internacional del Trabajo (como son los Convenios 48 sobre conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 102 de normas mínimas en materia de Seguridad Social, 121 de accidente de trabajo y enfermedad profesional, 128 de vejez e invalidez, 130 de asistencia por enfermedad, 157 de conservación de los derechos de los trabajadores en materia de Seguridad Social y 168 sobre el fomento del empleo y la reducción del desempleo), y europeas en materia de Seguridad Social, del Parlamento Europeo y del Consejo, como la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, la cual fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto 81/2014 de 7 de febrero sobre normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza (que se circunscribe al ámbito estrictamente sanitario, si bien, al contrario de lo que sucede con los Reglamentos de Coordinación, se aplica no solo a los Sistemas de Seguridad Social, sino a todo el ámbito sanitario, ya sea de carácter público o privado) a nosotros la que nos interesa en esta sede es la de la Unión Europea relativa a los sistemas de coordinación en materia de Seguridad Social, Derecho Uniforme, así como los Convenios o Tratados Internacionales que tanto la Unión Europea como España tiene suscritos con otros países, Derecho Paccionado, centrándonos en los suscritos por el Reino Español.

En concreto, España tiene suscritos Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social con Estados Unidos, Marruecos, Filipinas, Australia, Japón, China, Ucrania etc... así como uno multilateral con los países iberoamericanos, en los que se hace referencia a la conservación de los derechos adquiridos y el disfrute de prestaciones en los correspondientes países de origen por los periodos de trabajo en España o en el país de que se trate en su respectivo caso.

Comenzando con en el estudio de la normativa de coordinación de los sistemas de la Seguridad Social de la Unión Europea, esto es, los Reglamentos base (Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social)<sup>17</sup> y de aplicación o ejecución (Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social)<sup>18</sup>, los cuales, al contrario de lo que sucede con las Directivas de la Unión Europea<sup>19</sup>, no necesitan

---

<sup>17</sup> DOUE núm. 166, de 30 de abril de 2004, páginas 1 a 123. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111>, visto el día 1 de marzo de 2023 a las 17:30 h.

<sup>18</sup> DOUE núm. 284, de 30 de octubre de 2009, páginas 1 a 42. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2009-82043>, visto el día 1 de marzo de 2023 a las 17:45 h.

<sup>19</sup> No obstante, las Directivas pueden tener efecto directo cuando, siendo la norma suficientemente clara y precisa, no se ha procedido a su transposición al ordenamiento jurídico interno o se ha traspuesto defectuosamente, gozando únicamente de efecto directo frente al Estado parte

acto de trasposición alguno al poseer ya de por sí efecto directo<sup>20</sup> al contener normas suficientemente claras y precisas, y por lo que a la problemática de esta obra asiste, esta normativa comunitaria, al no crear una armonización ni uniformización de las legislaciones de los Estados parte con la finalidad de salvaguardar y respetar los intereses de los Estados Miembros frente a la intervención de la Unión Europea<sup>21</sup>, no tiene relevancia en el alcance de la acción protectora de los extranjeros extracomunitarios, legales o ilegales, más que cuando siendo legales y con residencia o nacionalizados españoles, desempeñen su actividad profesional o decidan trasladar su residencia a otro Estado de los que se aplica la normativa de coordinación, pero no determina, dentro del territorio español, más derechos a prestaciones concretas que para el extranjero extracomunitario en situación irregular, aunque sí que puede verse beneficiado el extranjero extracomunitario en situación legal en España de los derechos que le asisten como ciudadano de un Estado Miembro de la Unión Europea<sup>22</sup>.

En consecuencia con lo expuesto, debemos centrarnos en la normativa de colaboración bilateral entre Estados en materia de Seguridad Social<sup>23</sup>.

Si nos adentramos en el estudio de los convenios bilaterales internaciona-

---

infractor pero no frente a los ciudadanos (v. entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 1979 recaída en el asunto Ratti. ECLI:EU:C:1979:110.

<sup>20</sup> El efecto directo de las disposiciones de la Unión Europea fue establecido en la famosa Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 1963 en el asunto Van Gend & Loos contra la Administración fiscal holandesa. ECLI:EU:C:1963:1.

<sup>21</sup> Cfr. GARCÍA MURCIA, J.: “*Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa*”, en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, p. 31.

<sup>22</sup> Auto Citado de García-Giralda Casas, C.: *El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social española para los marroquíes en situación legal e ilegal en territorio nacional*, e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, Nº 2, ISSN 2445-3269, Universidad de Sevilla 2022. <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>, pp. 153 y 154.

<sup>23</sup> Como se ha adelantado anteriormente, España tiene suscritos diversos convenios bilaterales en materia de Seguridad Social con diversos Estados, así como uno multilateral con los países iberoamericanos, entre otros podemos citar: El Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América se firmó el 30 de septiembre de 1986 y entró en vigor el 1 de abril de 1988, está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de marzo de 1988. El Convenio de Seguridad Social entre España y Australia se firmó el 31 de enero de 2002 y entró en vigor el 1 de enero de 2003, está publicado en el Boletín Oficial del Estado del 19 de diciembre de 2002. El Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos se firmó el 8 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de octubre de 1982, está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982. El Convenio de Seguridad Social entre España y Filipinas de 12 de noviembre de 2002, que sustituye al anterior de 20 de mayo de 1988, entró en vigor el 1 de agosto de 2012, está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 3 de julio de 2012. El Convenio de Seguridad Social entre España y Japón se firmó el 12 de noviembre de 2008 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2010, está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 30 de septiembre de 2009. El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Popular China se firmó en Bad Neuenahr el 19 de mayo de 2017, entra en vigor el 20 de marzo de 2018 y está publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 16/03/2018. El Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania se firmó el 7 de octubre de 1996 y entró en vigor el 27 de marzo de 1998, está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de abril de 1998 etc... Recuperado de <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/32253>, visto a las 21:00 del 2 de marzo de 2023.



les suscritos por España, unos contemplan prestaciones más amplias como, entre otras, las de incapacidad temporal e incapacidad permanente como Marruecos (incluye asistencia sanitaria y prestaciones familiares, entre otras), Estados Unidos, Filipinas (incluye protección de la maternidad, entre otras), Japón (incluye pensiones de jubilación, entre otras) Ucrania (incluye protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional, entre otras) o Australia (incluye prestaciones familiares y por *desempleo*) y otros, los menos, reducen la colaboración al cómputo de cotizaciones como el Chino.

Con carácter general, puede comprobarse como la tónica es no reconocer prestaciones de desempleo entre Estados, excepto el supuesto de Australia, lo que nos lleva a concluir que no se puede establecer una regla general a nuestra posición, pero tampoco una exclusión general, por lo tanto, nos hallamos habilitados a proponer una vía de reconocimiento de la prestación por desempleo, aunque ciertamente, las prestaciones en los convenios se reconocen en favor de ciudadanos en situación regular, puesto que como sucede en España, conforme al artículo 36.5º de la Ley Orgánica de Extranjería, aunque el trabajador extranjero extracomunitario se encuentre en una situación irregular y el empresario sea declarado responsable al abono de determinadas prestaciones, no por ello se le otorga al trabajador una autorización administrativa de trabajo.

Expuesto el marco normativo legal y jurisprudencial, negativo (estatal) o neutral (europeo e internacional) a nuestra posición, debemos establecer las razones por las que procede el reconocimiento de la prestación por desempleo al trabajador extranjero en situación irregular que propugnamos.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN: LA ASUNCIÓN POR EL EMPRESARIO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

La persona trabajadora irregular en territorio nacional, suele acceder al empleo por un “favor” empresarial, sin embargo, en muchas ocasiones los empresarios abusan de este mecanismo, y del mismo trabajador que suele encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, al constituir una contratación “barata” al no tener que abonar cuotas de la Seguridad Social, sin embargo, la apuesta puede salir cara, en el sentido de que si es descubierta, además de tener que abonar las cuotas a la Seguridad Social, podrá ser sometida a un procedimiento administrativo sancionador<sup>24</sup> al incurrir en la infracción administrativa prevista en el art. 54.1.d) en relación con los arts. 36.1 y 51 de la LO 4/2000 de 11 de enero de extranjería, esto es, “*La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una*

---

<sup>24</sup> Nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia 276/2000, manifiesta que es la función de carácter represiva, de castigo o retributiva lo que distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales con otros fines.

*infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito*”, y ello, tal y como precisa la norma, que no se haya incurrido en uno de los delitos<sup>25</sup> contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 y siguientes del Código Penal de 1995<sup>26</sup>.

Pero además de tales sanciones, el trabajador no debería quedar desprotegido y, no puede consentirse la desprotección del trabajador que se mantendrá en una situación irregular al no poder obtener autorización administrativa y sin medios de subsistencia al no permanecer en el trabajo, y ello por el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo<sup>27</sup> que también tiene reflejo al preverse el acceso a las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, que no obstante, se convierten en insuficientes en el supuesto de que el trabajador sea “despedido” o vea extinguida su relación laboral<sup>28</sup>, debiendo establecerse una protección adicional a través del reconocimiento de una prestación por desempleo, si bien, al igual que sucede con el accidente de trabajo y enfermedad profesional, en la presente obra se pretende hacer recaer la responsabilidad exclusiva en el empresario, puesto que el incumplimiento de la normativa de contratación en ningún caso puede repercutir sobre el erario público, y en consecuencia, no puede darse vela en este entierro ni a la Agencia Española de Empleo ni al Instituto Social de la Marina.

Como quiera que la aplicación analógica de las normas legales del desempleo se antoja imposible o prohibida, según la voluntad del legislador<sup>29</sup> y la

<sup>25</sup> Mientras que el procedimiento administrativo sancionador suele iniciarse a instancias de la Inspección de Trabajo, el procedimiento penal se inicia a instancias de los cuerpos policiales, del Ministerio Fiscal e incluso de oficio por el Juzgado de Instrucción.

<sup>26</sup> Sobre esta problemática, ciertamente ajena a la presente obra, v. De Vicente Martínez, R.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

<sup>27</sup> Nos encontramos ante una doble cuestión de fondo, esto es, la protección del trabajador extranjero extracomunitario desempleado y los límites de nuestra legislación y jurisprudencia laboral y de seguridad social, que debe resolverse conforme a los mal denominados principios propios del Derecho del trabajo por un sector doctrinal y criterios tuitivos u orientadores de la interpretación y aplicación del Derecho del Trabajo según la doctrina más autorizada (v., entre otros, D. Jesús Rafael Mercader Uguina y D. Aurelio Desdentado Bonete) como son los principios pro operario de consagración jurisprudencial (en este sentido, STS 18.7.1990 y STC 3/1983), y los principios de norma más favorable del art. 3.3 de ET y de condición más beneficiosa de consagración jurisprudencial (v. entre otras, SSTs 11.3.1998, 15.2.2008, 26.9.2011, 21.12.2016, 1.2.2017 y 12.7.2018), vid. Mercader Uguina, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 111.

<sup>28</sup> Como manifiesta RODRÍGUEZ ESCANCIANO, el Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre para la reforma del mercado laboral modifica el artículo 267.1 de la Ley General de la Seguridad Social, incluyendo como nuevo supuesto de situación legal de desempleo el relativo a la extinción del contrato de trabajo por motivos inherentes a la persona trabajadora, sin necesidad de que el trabajador haya alegado o alegue causa o circunstancia alguna para el rechazo de la oferta de colocación. Cfr. Rodríguez Escanciano, S. et al.: *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022, pág. 182.

<sup>29</sup> Esta prohibición deriva de la aplicación del artículo 36.5 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 de 11 de enero el cual dispone que “*La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que*

doctrina jurisprudencial de nuestros Altos Tribunales, debe proponerse, pese al mantenimiento de la concepción de prestación por desempleo contributiva, la aplicación de la normativa y jurisprudencia sobre recargo de prestaciones por faltas de medidas de seguridad<sup>30</sup>, debiendo entenderse producido un daño moral (con calificación de accidente de trabajo a través de una interpretación forzada del artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social) con nexo causal o como consecuencia del otorgamiento de una ilícita contratación y la finalización de la misma, y como quiera que resulta muy difícil o incluso imposible la cuantificación económica de este “daño”, podría aplicarse el porcentaje del recargo del 30 al 50 por ciento, en función del daño ocasionado, a libre valoración de la administración o el juzgador<sup>31</sup> a través de la correspondiente modalidad procesal especial en materia de prestaciones de Seguridad Social<sup>32</sup>, sobre la cuantía económica que viniera abonándosele por el empresario por el trabajo irregular, circunstancia esta que igualmente será compleja de determinar y quedaría a virtud de la prueba que se practicase, y ello sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar.

Finalmente, por aplicación de la normativa española, del principio de seguridad jurídica y de la protección de los dañados caudales públicos, así como la Sentencia de 8 de marzo de 1994 de la Sala Social del Tribunal Supremo, el abono de la prestación no podrá ser objeto de asunción solidaria ni subsidiaria por ningún organismo gestor ni colaborador con la Seguridad Social, por ello, en caso de insolvencia, desaparición o concurso de acreedores de la mercantil,

---

*podieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación” añadiendo que “En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”.*

<sup>30</sup> Recordemos que esta figura jurídica viene contemplada en el artículo 164 de la Ley General de la Seguridad Social, en los Reales Decretos 1300/1995 y 1415/2004 así como las Orden Ministerial de 18 de enero de 1996. Cabe la posibilidad de acumulación de las acciones de prestación por desempleo y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad toda vez que, atendiendo al presente supuesto, al ser las pretensiones que se deducen en relación a un mismo acto o resolución administrativa y ello sin perjuicio de que la Agencia Española de Empleo o el Instituto Nacional de Seguridad Social denieguen si quiera la tramitación del expediente administrativo al no encontrarnos ante una de las situaciones que contempla la legislación, v. VV.AA.: *Memento Práctico de Procedimiento Laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pág. 907.

<sup>31</sup> No obstante, la Sentencia sería recurrible no por razón de la cuantía sino de la materia, pudiendo ubicarse bien como prestación de desempleo en el art. 191.3.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 36/2011 de 10 de octubre, que permite el acceso a suplicación respecto de los procedimientos que versen sobre el reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad, incluida la desempleo, o bien como recargo de prestaciones, en el que se permite el acceso a suplicación al tratarse de una pretensión de cuantía indeterminada, v. MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: *La Técnica del Recurso de Suplicación*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 207 a 210.

<sup>32</sup> Aunque la Agencia Española de Empleo (o Instituto Social de la Marina) no sea en sentido estricto una entidad gestora de la Seguridad Social sino un organismo dependiente del Ministerio del ramo, gestiona una prestación que forma parte del régimen público de la Seguridad Social, y en consecuencia, al igual que el Instituto Nacional de la Seguridad Social puede ser demandado en este tipo de procesos para reclamar al primero la prestación por desempleo y al segundo el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad sin perjuicio de la previa tramitación del correspondiente expediente administrativo previo a la vía procesal, en este sentido, VV.AA.: *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 250 y ss.

el beneficiario debe soportar el riesgo de insolvencia empresarial, quedando en este caso desprotegido sin que tampoco pueda recaer en el Fondo de Garantía Salarial la obligación del abono de lo debido, amén que tampoco la cuantía debida puede encuadrarse en el concepto de salario o indemnización a que debe responder este organismo financiado con las aportaciones de los empresarios.

## V. CONCLUSIONES

A) Nuestro ordenamiento jurídico posee las herramientas esenciales para atender las situaciones de necesidad, consistentes en prestaciones para paliar la falta de trabajo y atender los asuntos de la familia de las personas en situación de vulnerabilidad económica, puesto que, junto con las cantidades económicas previstas para las diversas situaciones por desempleo, el legislador instituye prestaciones no contributivas de variada índole.

B) Los ciudadanos españoles, los comunitarios, los de los Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, los extranjeros extracomunitarios en situación legal en España, así como los que ostenten la condición legal de apátridas y refugiados, están equiparados en Derechos y Deberes en relación con las distintas prestaciones que componen la acción protectora de la Seguridad Social, sin perjuicio de alguna especialidad como la relativa a los años exigidos de residencia legal para el acceso a la prestación de que se trate.

C) Existe una brecha insalvable, práctica y teórica, en el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social si se compara la situación de los extranjeros extracomunitarios legales e ilegales en territorio español, puesto que a los extracomunitarios en situación irregular únicamente se les reconocen determinadas prestaciones, inherentes al ser humano por ostentar esta condición, tales como las de asistencia sanitaria, servicios sociales de integración, cobertura en el supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc..., con exclusión en todo caso de las prestaciones por desempleo.

D) La normativa de la Unión Europea, si bien es trascendente para los ciudadanos españoles, los comunitarios, los de los Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, los extracomunitarios en situación legal en España, los apátridas y refugiados que ostenten por imperativo legal dicha condición, es irrelevante con respecto a los extracomunitarios, trabajadores o simple ciudadanos, que residan y/o trabajen de forma irregular en territorio español.

E) Debería estimarse, ante la ausencia de exclusión normativa expresa en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios Bilaterales y Multilaterales de la Seguridad Social concertados por España con terceros países ajenos a la comunidad europea, que los extracomunitarios en situación irregular ostentan los mismos derechos que sus compatriotas en situación legal en España, si bien, por aplicación de la normativa española, del principio de seguridad jurídica y de la protección de los daños caudales públicos, debe ser el empresario el que asuma los costes de las prestaciones que se

puedan originar, incluso la de desempleo, por proceder al margen de la ley a la contratación de un trabajador en situación irregular, debiendo quedarse fuera obligatoriamente de la protección por desempleo los ciudadanos extracomunitarios en situación ilegal en territorio español que no hubiesen sido contratados por un empresario, puesto que en la normativa nacional, europea e internacional se insiste en la necesidad de haber desempeñado una prestación de servicios de naturaleza laboral para poder acceder a la prestación por desempleo.

F) Como quiera que la aplicación analógica de las normas legales del desempleo se antoja imposible o prohibida, según la voluntad del legislador y la doctrina jurisprudencial de nuestros Altos Tribunales, debe proponerse, pese al mantenimiento de la concepción de prestación por desempleo contributiva, la aplicación de la normativa y jurisprudencia sobre recargo de prestaciones por faltas de medidas de seguridad, debiendo entenderse producido un daño moral (con calificación de accidente de trabajo a través de una interpretación forzada del artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social) con nexo causal o como consecuencia del otorgamiento de una ilícita contratación y la finalización de la misma, y como quiera que resulta muy difícil o incluso imposible la cuantificación económica de este “daño”, podría aplicarse el porcentaje del recargo del 30 al 50 por ciento, en función del daño ocasionado, a libre valoración de la administración o del juzgador a través de la correspondiente modalidad procesal especial en materia de Seguridad Social, sobre la cuantía económica que viniera abonándosele por el empresario por el trabajo irregular, circunstancia esta que igualmente será compleja de determinar y quedaría a virtud de la prueba que se practicase, y ello sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar.

G) Finalmente, debe concluirse que por aplicación de la normativa española, del principio de seguridad jurídica y de la protección de los daños caudales públicos, así como de la Sentencia de 8 de marzo de 1994 de la Sala Social del Tribunal Supremo, el abono de la prestación no podrá ser objeto de asunción solidaria ni subsidiaria por ningún organismo gestor ni colaborador con la Seguridad Social, por ello, en caso de insolvencia, desaparición o concurso de acreedores de la mercantil, el beneficiario debe soportar el riesgo de insolvencia empresarial, quedando en este caso desprotegido el trabajador extranjero extracomunitario, sin que tampoco pueda recaer en el Fondo de Garantía Salarial la obligación del abono de lo debido, al no ser encuadrable la cuantía debida en el concepto de salario o indemnización a que debe responder este organismo financiado con las aportaciones de los empresarios.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.

- ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “*El campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social*”, en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 92
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín, Murcia, 2021, pp. 412 y 413.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Legislación Laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2020, pag. 1189.
- GARCÍA MURCIA, J.: “*Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa*”, en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, p. 31.
- GARCÍA-GIRALDA CASAS, C.: *El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social española para los marroquíes en situación legal e ilegal en territorio nacional*, e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, Nº 2, ISSN 2445-3269, Universidad de Sevilla 2022. <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>, pp. 153, 154, 156 y 157.
- MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 111.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: *La Técnica del Recurso de Suplicación*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 207 a 210.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2022, pág. 752.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. et al.: *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022, pág. 182.
- TATAY PUCHADES, C.: “*La protección por desempleo*”, en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 345 y ss.
- VV.AA.: *Memento Práctico de Procedimiento Laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pág. 907.
- VV.AA.: *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 250 y ss.

LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LAS PERSONAS  
TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR

PILAR PALOMINO SAURINA  
*Profesora contratada doctora*  
*Universidad de Extremadura*  
*ppalsau@unex.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. APROXIMACIÓN A LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR. 2.1. Objeto y ámbito de aplicación. 2.2. El contrato de trabajo. 2.3. Retribuciones. 2.4. Tiempo de trabajo. 2.5. Conservación del contrato del empleado de hogar. 2.6. Extinción del contrato. 3. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. 3.1. Actos de encuadramiento y cotización. 3.2. Beneficios en la cotización. 3.3. La situación legal de desempleo. 3.4. El subsidio por desempleo. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.



## 1. INTRODUCCIÓN

El RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, derogó el RD 1424/1985, de 1 de agosto. Un texto normativo que constituyó su primer marco regulador laboral tras la integración en el ámbito del Derecho del Trabajo de la relación del servicio del hogar familiar por el artículo 2.1. b) del RD-Ley 1/1985, de 24 de marzo, y que se ha mantenido más de veinticinco años.

Asimismo, es preciso destacar, como aspecto íntimamente ligado a la relación laboral especial al servicio del hogar familiar, la existencia de un ámbito propio de protección social para los empleados de hogar constituido por el Régimen Especial de Empleados de Hogar de la Seguridad Social.

Así, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, procedió, en su Disposición Adicional Trigésima Novena, a integrar el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social, habilitando al Gobierno a modificar, en consonancia con esta integración, la regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Y con este fin se dictó el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, que corrigió muchos de los puntos oscuros de la norma de 1985 para equilibrar la relación entre el empleador y el empleado del servicio doméstico. Mientras que el RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, trata de equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de este colectivo a las del resto de trabajadores por cuenta ajena.

## 2. APROXIMACIÓN A LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

### 2.1. Objeto y ámbito de aplicación

El artículo 1 del RD 1620/2011 delimita la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, al indicar que es “la que conciertan

el titular del mismo, como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquel, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar”. De esta definición se desprende la existencia en estas relaciones de los rasgos esenciales de la laboralidad, esto es, el carácter personalísimo, la dependencia, la voluntariedad, la ajenidad y la retribución, quedando excluidos, en consecuencia, los trabajos realizados en el hogar familiar a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

A los efectos de esta relación laboral especial, se considera empleador al “titular del hogar familiar”, tal y como también recogía la norma de 1985, aunque el apartado tercero del artículo 1 del RD 1620/2011 analiza la cada vez más frecuente situación de convivencia extrafamiliar. Así, cuando la prestación de servicios se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas. Una fórmula que se toma textualmente del artículo 10.3 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de los trabajadores de la Seguridad Social.

El apartado cuarto del artículo 1 del RD 1620/2011 se refiere de forma muy amplia a los servicios o actividades que pueden ser objeto de esta relación laboral especial y que se efectúan “para el hogar familiar” lo que incluye no sólo las tareas que se desarrollen en la casa sino también aquellas actividades o servicios que, aunque se ejecuten fuera de ella pueden considerarse como domésticas por su finalidad o destino, como” la conducción de vehículos y otros análogos”.

El artículo 2 del RD 1620/2011 recoge una serie de prestaciones de servicios que no están incluidas en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial de empleados de hogar. Así, como ya hiciera el RD 1424/1985 este precepto normativo excluye “las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas”, que se rigen por la normativa laboral común. Al igual que las relaciones entre familiares y los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad tal y como también señala el artículo 1.3.d) y e) ET.

Además, el RD 1620/2011 no incluye las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal que constituyen relaciones laborales comunes. Ni las de los cuidadores profesionales y no profesionales de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Asimismo, el artículo 2.2 del RD 1620/2011 considera excluidas de esta relación laboral, “las relaciones de colaboración y convivencia, como las denominadas a la par, mediante las que se prestan algunos servicios como cuidado de niños, enseñanza de idiomas u otros de los comprendidos en el

artículo 1.4, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos”. En este caso, la exclusión se fundamenta en el carácter no laboral de estas tareas, aunque se admite prueba en contrario de la concurrencia de las notas propias del contrato de trabajo y del carácter no marginal de las tareas domésticas que puedan acompañar a las propias de “a la par”<sup>1</sup>.

Por último, se establece la presunción de “la existencia de una única relación laboral, de carácter común y, por tanto, no incluida en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial, la relación del titular de un hogar familiar con un trabajador que, además de prestar servicios domésticos en aquel, deba realizar, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador”. Esta exclusión es muy discutible ya que describe un supuesto de pluriempleo que, como tal, debería dar lugar a dos relaciones laborales distintas a tiempo parcial en lugar de a una sola.

## **2.2. El contrato de trabajo**

Si en la regulación contenida en el RD 1424/1985 no se contemplaba la intervención de las agencias de colocación, el RD 1620/2011 establece una flexibilidad importante en la contratación, ya que ésta puede realizarse directamente por el empleador o bien por la intermediación pública, a través de los servicios públicos de empleo, o privada por las agencias de colocación debidamente autorizadas.

Además, el artículo 4.2 del RD 1620/2011 exige la aplicación del principio de igualdad en el acceso al empleo, y la prohibición de discriminación por los motivos que establece, que casi reproducen previstos en el artículo 17 ET. Mientras que en el apartado 3 se prohíben los contenidos discriminatorios en la publicidad de las ofertas de empleo, como sucede en cualquier otro tipo de actividad.

La forma del contrato se ajustará a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores y salvo prueba en contrario, en defecto de pacto escrito, el contrato de trabajo se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa.

Asimismo, como el contrato puede adoptar la forma verbal o escrita, cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.

Es más, la persona trabajadora deberá recibir información sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral si los mismos no figuran en el contrato formalizado por

---

<sup>1</sup> Llano SÁNCHEZ, M: “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, *Actualidad Laboral*, nº 6, 2012, pág. 6.

escrito, de acuerdo con lo establecido en el RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 ET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Con respecto a la duración del contrato, el artículo 6.1 del RD 1620/2011 establece que “podrá celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo”. Asimismo, se permite que se pueda concertar un periodo de prueba que se caracteriza por flexibilizar considerablemente la normativa laboral común como consecuencia de la especial confianza que requiere este tipo de relación laboral especial. Y es que, la superación del periodo de prueba en el trabajo al servicio del hogar familiar no impide extinguir el contrato, en la medida en que mediante el libre desistimiento no hace falta alegar causa alguna para dar por terminada la relación laboral, aunque ello supondría que el empresario debería abonar una pequeña indemnización.

El periodo de prueba se debe concertar expresamente por escrito con una duración que no exceda de los dos meses. Apartándose en este aspecto de la regulación que recogía el RD 1424/1985 que establecía que el periodo de prueba sería de quince días.

### **2.3. Retribuciones**

El artículo 8.1 del RD 1620/2011, al igual que el artículo 6.1 de la regulación anterior, establece que “el Salario Mínimo Interprofesional, fijado anualmente por el Gobierno, es aplicable en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento laboral común. Dicho salario mínimo se entiende referido a la jornada de trabajo completa a la que se refiere el artículo 9.1 de este real decreto, percibiéndose a prorrata si se realizase una jornada inferior”.

Sin embargo, en el apartado 2 del RD 1620/2011 introduce dos importantes modificaciones, ya que por una parte limita las prestaciones en especie al 30 por 100 del salario, y, por otra, garantiza que el empleado perciba el importe íntegro del Salario Mínimo Interprofesional mensual en metálico, protegiendo así su capacidad adquisitiva. Para los supuestos de trabajo doméstico por horas, en régimen externo, el artículo 8.5 del RD 1620/2011, aclara, en línea con lo dispuesto en el reglamento que fija anualmente el Salario Mínimo Interprofesional para los trabajadores eventuales y temporeros, que el salario mínimo se abonará íntegramente en metálico, en proporción a las horas efectivamente trabajadas.

En cuanto a los incrementos salariales, si en la normativa anterior existía un silencio sobre esta cuestión, salvo en lo referente a los incrementos por antigüedad, cifrados en el 3 por 100 de dicho salario por cada tres años naturales, con un máximo de cinco trienios, en la nueva regulación se difieren tales incrementos a lo que se establezca por común acuerdo entre las partes, si bien, en defecto del mismo, se aplica un dato objetivo: el incre-

mento anual salarial equivalente al salario medio pactado en los convenios colectivos del mes en que se completen doce meses consecutivos de prestación de servicios.

Pero, la novedad más significativa en materia salarial gira en torno a la modificación que se introduce en el régimen de la cuantía de las gratificaciones extraordinarias. Como en la norma precedente, se fijan en dos al año, a percibir, salvo pacto en contrario, al final de cada semestre del año y en proporción al tiempo trabajado. No obstante, frente a la norma de 1985 que fijaba su cuantía mínima en el salario en metálico correspondiente a quince días, el artículo 8.4 del RD 1620/2011 dispone que su “cuantía será la que acuerden las partes, debiendo ser suficiente para garantizar, en todo caso, el pago en metálico, al menos, de la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual”. Esta nueva regulación puede suponer una mejora notable para muchos trabajadores, especialmente para aquellos que tengan un sueldo mensual igual al Salario Mínimo Interprofesional, ya que, en este caso, tendrán que percibir dos pagas completas equivalentes a 30 días<sup>2</sup>.

Finalmente, el artículo 8.6 del RD 1620/2011 exige novedosamente, en línea con el artículo 29.1 ET, la documentación del abono del salario “mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo, en la forma acordada entre las partes o, en su defecto, conforme a lo señalado en el artículo 29.1 ET”. Esto es, haciendo referencia a la fecha, lugar y forma del pago del salario. Aunque, en todo caso, el Ministerio de Trabajo y Economía Social debe proporcionar al empleador modelos de recibos de salarios de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Tercera del RD 1620/2011.

## **2.4. Tiempo de trabajo**

Respecto del tiempo de trabajo, se mantiene la regulación anterior y la jornada máxima semanal de carácter ordinario sigue fijada en 40 horas, sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes. Sin embargo, con el RD 1640/2011 se incorpora una novedad consistente en que el horario ha de ser fijado por acuerdo entre las partes, frente a la regulación precedente, en el que el horario se establecía por voluntad del empleador.

El límite de las cuarenta horas semanales se computa al margen de los denominados tiempos de presencia. Estos constituyen una vía de efectiva dilación de la jornada de trabajo y pueden considerarse periodos de puesta a disposición del trabajador en los que no desarrolla trabajo efectivo, puesto

---

<sup>2</sup> LLANO SÁNCHEZ, M: “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, cit, pág. 13.

que, si así fuera pasarían a computarse dentro de la jornada máxima y, si se ha alcanzado su límite máximo, se considerarían horas extraordinarias<sup>3</sup>.

El RD 1620/2011 establece unas pautas básicas relativas al régimen jurídico de los tiempos de presencia. Así, el artículo 9.2 indica que deben ser objeto de retribución o compensación en los términos acordados por las partes. Y, en todo caso, salvo que se acuerde su compensación con periodos equivalentes de descanso retribuido, las horas de presencia no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes y se retribuirán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias. Este límite de veinte horas semanales de promedio es el mismo que el artículo 8.3 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, señala para determinar la duración de los tiempos de presencia en el sector de transportes y en el trabajo en el mar, y su aplicación puede dar lugar a jornadas abusivas por la indeterminación legal y convencional de los supuestos concretos conceptuados como tiempo de presencia<sup>4</sup>.

Respecto de las horas extraordinarias, su régimen es el establecido en la normativa común. Esto es, en el artículo 35 ET, salvo lo previsto en su apartado 5. Y así:

- Tienen la consideración de horas extraordinarias las horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo.
- Con base en lo que se haya podido establecer en el convenio colectivo que resulte de aplicación y, en su defecto, en el contrato individual, podrá optarse entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso puede ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido, teniendo en cuenta que, en ausencia de pacto, se presume que las horas extraordinarias realizadas se compensan con descanso, dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.
- Salvo excepciones, el número de horas extraordinarias no pueden ser superior a 80 al año.
- La prestación de trabajo en horas extraordinarias es siempre voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo.

La regulación que efectúa el artículo 9.4 del RD 1620/2011 del régimen de descansos es más favorable que el que anteriormente establecía el RD 1424/1985. El descanso entre jornadas ahora es el previsto en el artículo 34.3 ET. Pasa de diez

---

<sup>3</sup> MIÑARRO YANINI, M: “la nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (y II)”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012, pág. 4.

<sup>4</sup> LLANO SÁNCHEZ, M: “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, cit, pág. 18.

a doce horas, y si el trabajador es interno de ocho a diez horas y el resto hasta las doce horas se compensa en periodos de hasta cuatro semanas.

El artículo 9.4 también establece el descanso dentro de la jornada de trabajo. En este sentido dispone que “el empleado de hogar interno dispondrá, al menos, de dos horas diarias para las comidas principales y ese tiempo no se computará como de trabajo”, lo que supone que no se tiene en cuenta a efectos de jornada máxima ni es retribuido.

El disfrute del descanso semanal se armoniza con el régimen común. El artículo 9.5 del RD 1620/2011 lo fija en “treinta y seis horas consecutivas que comprenderán, como regla general, la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo”. Con ello se mejora la regulación precedente que, pese a establecer las mismas horas de descanso semanal, preveía un régimen más flexible. Sin embargo, esta flexibilidad se elimina al establecer un régimen rígido de disfrute, puesto que ni siquiera contempla la posibilidad prevista en el artículo 37.1 ET de acumular el descanso semanal en periodos de hasta catorce días.

Asimismo, el artículo 9.6 del RD 1620/2011 dispone que “el trabajador tendrá derecho al disfrute de las fiestas y permisos previstos en el artículo 37 ET”. A saber: a) las fiestas laborales, que no pueden exceder de 14 al año, de las cuales dos serán locales; b) los permisos retribuidos reflejados en el apartado 3 del artículo 37 ET; c) la ausencia del trabajo por una hora en caso de lactancia de un hijo menor de 9 meses; d) en el supuesto de cuidado directo de algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, se tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella, y c) si la trabajadora es víctima de violencia de género tiene derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo.

Con respecto al periodo de vacaciones, el artículo 9.7 del RD 1620/2011 establece que “será de treinta días naturales, que podrán fraccionarse en dos o más periodos, si bien alguno de ellos será, como mínimo, de quince días naturales consecutivos”. La duración es la misma que recoge con carácter general el artículo 38 ET. No obstante, en algunos aspectos esta regulación es más completa que la que establecía el RD 1424/1985. Esta última no especificaba quién debía determinar el periodo de disfrute, lo que, en la práctica, llevaba a que fuera el empleador quien fijara las fechas y, a falta de acuerdo, determinara su eventual fraccionamiento. Frente a esta situación la norma de 2011 señala que “en defecto de pacto, quince días podrán fijarse por el empleador, de acuerdo con las necesidades familiares, y el resto se elegirá libremente por el empleado. En este caso, las fechas deberán ser conocidas con dos meses de antelación al inicio de su disfrute”.

Asimismo, también se reconoce el derecho del empleado a elegir el lugar donde pasa sus vacaciones, de tal manera que no se le puede exigir que resida en el domicilio familiar o que se desplace al lugar de vacaciones del empleador o de parte de su familia. Con ello se incide en la absoluta libertad del empleado durante el periodo de vacaciones.

Por último, en el artículo 9.8 del RD 1620/2011 se establecen disposiciones especiales en relación con las personas empleadas que sean menores de 18 años. Aplicando a tal efecto los límites del ET en materia de tiempo de trabajo para tales supuestos, entre los que se encuentran:

- a) Sólo pueden realizarse 8 horas diarias de trabajo efectivo, con una pausa de 30 minutos para las jornadas superiores a 4 horas y media.
- b) No cabe la realización de horas extraordinarias ni trabajar en periodo nocturno.
- c) El descanso mínimo entre jornadas es, como mínimo, de 12 horas.
- d) El descanso semanal ha de ser, al menos, de 2 días consecutivos.

## **2.5. Conservación del contrato del empleado de hogar**

El artículo 10.1 del RD 1620/2011 regula la subrogación contractual por cambio de la persona del empleador que se caracteriza porque sólo procede “previo acuerdo de las partes”, esto es, entre el empleado y el nuevo titular del hogar familiar. Se presume la conservación del contrato de trabajo cuando el empleado de hogar continúe prestando servicios al menos durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad de este o la del hogar familiar. No obstante, el cambio en la titularidad del hogar familiar no supone la subrogación automática del contrato, salvo que previamente las partes hubieran manifestado su voluntad al respecto.

En el apartado 2 del artículo 10 si se introducen cambios respecto de la norma de 1985. En él se hace referencia al traslado del hogar familiar a una localidad distinta, y como en el apartado anterior se establece que sólo será posible si existe previo acuerdo de las partes, presumiéndose la conservación del contrato de trabajo cuando se continuase prestando servicios durante siete días en el nuevo domicilio.

El traslado también puede tener carácter temporal. De ser así, el artículo 10.2 del RD 1620/2011 establece que puede acordarse la suspensión del contrato. Esta causa coincidiría con la que recoge el artículo 45 ET que hace referencia al mutuo acuerdo de las partes. Y por ello, para que el empleado del hogar se reincorporase nuevamente a su puesto de trabajo, se estará a lo que previamente hayan acordado las partes.

Asimismo, “si el empleador optase por el desistimiento de la relación laboral, deberá comunicárselo por escrito al trabajador, resultando de aplica-



ción en lo demás lo dispuesto en el artículo 11.3. Si fuera el trabajador el que optase por la no continuidad de la relación laboral, deberá comunicar su decisión al empleador y tendrá derecho a la indemnización prevista en el párrafo tercero del artículo 11.3”. De este modo, si es el empleador quien decide no continuar la relación de trabajo, debe comunicarlo por escrito al empleado, poniendo simultáneamente a su disposición la indemnización correspondiente al desistimiento, que asciende a doce días de salario por año de servicio con el máximo de seis mensualidades. Por el contrario, si es el empleador quien opta por la ruptura del contrato, habrá de comunicarlo al empleado, sin que en este caso se exija forma escrita reconociéndosele igualmente derecho a percibir la indemnización señalada.

Finalmente, en el supuesto de suspensión del contrato de trabajo doméstico por incapacidad temporal del empleado de hogar, debido a enfermedad o accidente, si realiza su prestación laboral como interno tiene derecho a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días, salvo que por prescripción facultativa se recomiende su hospitalización. Tras la finalización de este periodo sin que el trabajador se haya curado, decae su derecho a continuar viviendo en el lugar de trabajo. Esta situación no significa la extinción automática del contrato, por lo que éste se mantendrá en suspenso mientras dure la incapacidad temporal. No obstante, esta obligación por parte del empresario queda en entredicho cuando entra en juego el libre desistimiento. Y es que, el empleador puede extinguir el contrato de trabajo doméstico, aunque el empleado esté en situación de incapacidad temporal si decae la confianza de las partes.

## 2.6. Extinción del contrato

Con carácter general, el contrato de trabajo se extingue por las causas señaladas en el art. 49 ET, excluyendo, por su incompatibilidad con la naturaleza de este contrato, las causas de extinción por fuerza mayor, despido colectivo y despido por causas objetivas. Una exclusión lógica pues las propias características de la relación laboral de empleados de hogar descartan la posibilidad de efectuar este tipo de despidos; y ello porque el empresario en la relación laboral especial es realmente un empleador en términos estrictamente laborales, referido a la persona por cuya cuenta trabajan uno o más trabajadores por cuenta ajena, pero no es empresario en sentido económico, o persona que media en el mercado de bienes y servicios realizando una actividad de tipo económico, ni dispone de una organización productiva<sup>5</sup>.

Desde esta perspectiva, al margen del número de trabajadores que presen servicios para un mismo empresario en virtud de esta relación laboral de

---

<sup>5</sup> MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.; PALOMINO SAURINA, P: “La relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar”, en VVAA: *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 152.

carácter especial, difícilmente podrían justificarse la concurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo. Lo mismo cabe decir del despido por causas objetivas fundado en los motivos de funcionamiento de la empresa antes señalados. En cuanto al resto de causas de despido objetivo, podrían dar lugar al desistimiento del empleador.

Además, la relación laboral especial se puede extinguir por una de las siguientes causas:

- a) Disminución de los ingresos de la unidad familiar o incrementos de sus gastos por circunstancia sobrevenida.
- b) Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescindiera de la persona trabajadora del hogar.
- c) El comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

Si se produce alguna de estas causas el empleador debe comunicar al empleado del hogar la extinción del contrato poniendo a su disposición una indemnización equivalente a doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades. Y si la prestación de servicios hubiera superado el año de duración, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique a la persona trabajadora la decisión de extinción, sea como mínimo de veinte días. En los demás supuestos el preaviso será de siete días. No obstante, el empleador puede sustituir el preaviso por una indemnización en metálico equivalente a los salarios de dicho periodo.

Además, como recogía el artículo 10.2 del RD 1424/1985 y en línea con el artículo 53.2 ET, se mantiene el derecho de la persona empleada a una licencia retribuida de seis horas a la semana, con el fin de buscar un nuevo empleo. Un aspecto que la norma limita a los empleados que presten servicios a jornada completa, con lo que se excluye a los que realicen jornadas inferiores.

De incumplirse los requisitos relativos a la forma escrita de la comunicación de extinción o a la puesta a disposición de la indemnización, se presume que la persona empleadora opta por la aplicación del régimen extintivo del despido regulado en el Estatuto de los Trabajadores.

Finalmente, se establece una previsión común al desistimiento y al despido, al señalar que en estos casos “la decisión extintiva no podrá llevarse a cabo respecto de la empleada o empleado interno entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente, salvo que la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza”. Esta exigencia, heredada de la norma precedente, tiene por objeto evitar el desamparo del

empleado interno, que podría no tener otro lugar donde alojarse<sup>6</sup>, respetando su derecho a la residencia.

### 3. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

En el año 2011 la protección social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar sufrió una profunda transformación impulsada por la Disposición Adicional 39ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, ya a partir del 1 de enero de 2012, el Régimen especial de empleados de hogar pasó a ser considerado un Sistema Especial del Régimen General de la Seguridad Social. Una medida que se ajusta al proceso de simplificación y homogeneización llevado a cabo por el sistema de Seguridad Social y que trae consigo la eliminación de varios regímenes especiales como el Agrario y el del Hogar Familiar<sup>7</sup>.

Es destacable que ese mismo año, se aprobaron en el seno de la OIT el Convenio nº 189, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos y la Recomendación 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, que no han sido ratificados por España, pero que ya recogían la necesidad de que “los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente”. Un aspecto al que también hace referencia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022, al determinar que no es compatible con el ordenamiento de la Unión Europea cualquier norma que facilite que unos trabajadores estén en desventaja con respecto a otros a no ser por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por sexo, ya que ello, estaría en contra a lo establecido en la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Por ello, el RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, recoge como objetivo en su Preámbulo que pretende equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de este colectivo a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, descartando aquellas diferencias que no solo no corresponden a razones justificadas, sino que además los sitúan en una situación de desventaja que pueden resultar discriminatorias.

Para lograrlo, el RD- Ley 16/2022, de 6 de septiembre, recoge entre otras medidas, la posibilidad de que las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar tengan acceso a la protección por desempleo, tanto contributivo

---

<sup>6</sup> MIÑARRO YANINI, M: “La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (y II), cit, pág. 14.

<sup>7</sup> GARCÍA TESTAL, E: “La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España”, *Revista de Derecho Social*, nº 79, 2017, pág. 94.

como no contributivo, si bien con ciertas especialidades con respecto al cálculo de las bases y tipos de cotización aplicables.

Así, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales a partir del año 2024, conforme a lo establecido en el artículo 147 LGSS, estarán constituidas por la remuneración total que con carácter mensual tenga derecho a recibir el trabajador, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, lo que incluiría cualquier concepto o complemento que cobre el trabajador excepto los recogidos expresamente en el artículo 147.2 LGSS, como son: las asignaciones para gasto de locomoción del trabajador o las correspondientes a indemnizaciones por fallecimiento, traslados, suspensiones y despidos.

Para la contingencia de desempleo, las bases de cotización serán las correspondientes a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional como indica el artículo 19.3 LGSS, que incluye a todos los regímenes de Seguridad Social.

Con respecto a los tipos de cotización aplicables, la Disposición Transitoria Decimosexta LGSS, establece que:

1º - Para la cotización por contingencias comunes, el tipo de cotización y su distribución entre empleador y empleado, será la que se establezca en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, para el Régimen General de la Seguridad Social.

2º - Para la cotización por contingencias profesionales, sobre la base de cotización que corresponda, se aplicará el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas establecidas legalmente, siendo la cuota resultante a cargo exclusivo del empleador.

3º - Para la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial se aplicarán los tipos de cotización y su distribución que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

### **3.1. Actos de encuadramiento y cotización**

Como señala el RD-Ley 16/2022, el titular del hogar es el responsable de las obligaciones en materia de encuadramiento y cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. De tal manera que, a partir del 1 de enero de 2023 ya no se permite que los empleados del hogar que presten servicios durante menos de sesenta horas mensuales por empleador soliciten directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, si así lo habían acordado con sus empleadores, tal y como permitía el RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial de Empleados de Hogar Familiar.

Por ello, las personas empleadoras deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, los datos necesarios para el cálculo y el pago de

las cuotas de la Seguridad Social, así como la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social por la que optan tal y como recoge la disposición adicional segunda del RD-Ley 16/2022.

No obstante, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá efectuar de oficio los actos de inscripción, afiliación, alta o baja, aunque ello conlleva la pertinente responsabilidad administrativa de los obligados por falta de cumplimiento de los actos de encuadramiento.

### **3.2. Beneficios en la cotización**

Para paliar el desempleo existente en esta actividad laboral, la Disposición Adicional Primera del RD-Ley 16/2022 recoge una serie de beneficios para las personas que tengan contratada o contraten bajo cualquier modalidad contractual a una persona trabajadora al servicio del hogar y le den de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Así, tendrán derecho:

- A una reducción del 20 por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la seguridad social por contingencias comunes correspondientes al Sistema Especial para Empleados de Hogar
- A una bonificación del 80 por ciento en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial.

Asimismo, como alternativa a la reducción anteriormente señalada, las personas empleadoras que den de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a una persona trabajadora al servicio del hogar tendrán derecho durante toda la situación de alta en dicho régimen, a una bonificación del 45 por ciento o del 30 por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

Es al Servicio Público de Empleo Estatal a quien corresponde el control de los requisitos y condiciones establecidos para la aplicación de estas bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la vigilancia de su cumplimiento.

Y para evitar posibles fraudes, estas bonificaciones solo serán aplicables respecto de una única persona empleada de hogar en el Régimen General de la Seguridad Social por cada persona empleadora y si hubiese más de una persona empleada, la bonificación será aplicable únicamente respecto de aquella que figure en alta en primer lugar.

La Disposición Adicional Primera también reconoce deducciones en la cotización a los empleados de hogar pero tan solo en dos supuestos: si tiene un grado de discapacidad previsto en el artículo 2.2 de la Ley 43/2006, o si la persona empleada de hogar desempleada, ha suscrito un contrato de interinidad para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento recogidos en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de

reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

### 3.3. La situación legal de desempleo

Para tener derecho a la prestación por desempleo en el nivel contributivo, el artículo 266 LGSS señala una serie de requisitos.

- Estar afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilado al alta
- Tener cubierto el periodo mínimo de cotización a que se refiere el artículo 269.1 dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar
- Encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del acuerdo de actividad a que se refiere el artículo 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.
- No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada.
- Estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente.

Sin embargo, no se considerará que existe situación legal de desempleo, si,

- el trabajador cesa voluntariamente en el trabajo, salvo lo previsto en el apartado 1.a) 5.º.
- no acredita su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, a través del acuerdo de actividad.
- es declarado improcedente o nulo el despido por sentencia firme y comunicada por el empleador la fecha de reincorporación al trabajo, no se ejerce tal derecho por parte del trabajador o no se hiciere uso, en su caso, de las acciones previstas en el artículo 279 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- no ha solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente.

La duración de la prestación de desempleo, como recoge el artículo 266 LGSS, estará en función de los periodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Pero en el caso de que la persona trabajadora trabaje para

varios empleadores a tiempo parcial y pierda sólo alguno de estos empleos, se tendrán en cuenta los periodos de cotización de los trabajos en los que haya perdido el empleo de forma temporal o definitiva o se haya reducido la jornada<sup>8</sup>.

Para determinar la cuantía de la prestación por desempleo se tiene en cuenta la media de la base de cotización de los últimos 180 días que se han cotizado a la Seguridad Social sin tener en cuenta las horas extraordinarias. Así:

- Durante los primeros 180 días la persona trabajadora cobrará de paro el 70% de la base reguladora.
- A partir del día 181 y hasta un máximo de dos años, cobrarán el 60% de la base reguladora

Sin embargo, existen unos límites máximos y mínimos que se aplican sobre la cuantía de la prestación que se calculan tomando como base el IPREM y el número de hijos a cargo de la persona trabajadora empleada de hogar.

En el caso, de que la persona trabajadora lleve a cabo varias actividades a tiempo parcial para dos o más empleadores y pierda una de ellas, la base reguladora de la prestación será el promedio de las bases por las que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días, y las cuantías máximas y mínimas se determinarán conforme al IPREM en función de las horas trabajadas en los distintos trabajos.

### **3.4. El subsidio por desempleo**

Finalizada la prestación por desempleo, la persona empleada del hogar puede acceder al subsidio por desempleo si carece de rentas de cualquier naturaleza cuyo importe exceda del 75% del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias y tomando en consideración la suma de las rentas de la unidad familiar y, además, continúa inscrita como demandante de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada, ni haberse negado a participar, salvo causa justificada en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales.

La cuantía del subsidio por desempleo será igual al 80% del IPREM mensual vigente en cada momento. Y si el desempleo se produce por la pérdida de un trabajo a tiempo parcial, dicha cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas. En el caso de las personas trabajadoras empleadas de hogar que hayan simultaneado varios trabajos a tiempo parcial es posible que si por uno de ellos cobran el subsidio por desempleo puedan seguir compaginando éste con los restantes trabajos a tiempo parcial siempre

---

<sup>8</sup> GARCÍA TESTAL, E: “La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España”, cit, pág. 107.

que se respete el límite de rentas requerido para ello, esto es, el 75% del salario mínimo interprofesional<sup>9</sup>.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Durante años la situación de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar no ha sido la más deseable debido a múltiples factores entre los que podemos destacar: el lugar dónde se presta el servicio, la regulación de sus condiciones de trabajo o la escasa cobertura que les prestaba la Seguridad Social.

Y es que, se trata de una actividad con unas características muy definidas ya que en la mayor parte de los casos se lleva a cabo por mujeres que trabajan a tiempo parcial y en muchas ocasiones en la economía sumergida. Ello trae consigo que los salarios sean muy bajos, en la mayoría de los casos por debajo del salario mínimo interprofesional, lo que repercute en las cotizaciones.

Por ello, la aprobación del RDL 16/2022 supone un punto de inflexión que mejora las condiciones de trabajo y la protección de este colectivo de trabajadores. Aunque también hay que tener en cuenta que si bien supone un paso importante para erradicar las situaciones de discriminación con respecto al resto de trabajadores asalariados, las nuevas imposiciones a la persona empleadora como la generación de nuevas obligaciones de encuadramiento o cotización o la restricción de las bonificaciones a una única persona empleada pueden desincentivar la contratación de este colectivo de trabajadores al considerarse que quién los contrata tiene una capacidad económica que no siempre posee.

En todo caso, la configuración de la prestación por desempleo como una medida de política pasiva de empleo, asegura unos ingresos mínimos de subsistencia a los trabajadores desempleados, sacando a las personas empleadas del hogar de la pobreza y, por lo tanto, en muchos casos, de la economía sumergida. Aunque para lograr una mayor equiparación con el resto de trabajadores por cuenta ajena sería necesario un mayor desarrollo de la negociación colectiva en este sector, que fomente la participación de este colectivo de trabajadores en organizaciones sindicales y asociaciones al igual que sería necesario incentivar agrupaciones de personas empleadoras lo que garantizaría el desarrollo profesional de los empleados del hogar y una mayor calidad de sus servicios y de la protección de las personas que conforman este colectivo de trabajadores.

---

<sup>9</sup> GARCÍA TESTAL, E: “La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España”, cit, pág. 109.



**Panel D**

LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO ASISTENCIAL  
Y OTRAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO



ACCESO AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO DE LAS EMPLEADAS DE  
HOGAR TRAS EL REAL DECRETO-LEY 16/2022,  
DE 6 DE SEPTIEMBRE

LAURA CASANOVA MARTÍN  
*Investigadora predoctoral*  
*Universidad de La Laguna*  
*lcasanov@ull.edu.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SITUACIÓN DE “DESAMPARO SOCIAL” DE LAS EMPLEADAS DE HOGAR: SENTENCIA 1754/2022, DE 16 DE MARZO, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA. 3. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL TRABAJO DOMÉSTICO TRAS EL REAL DECRETO-LEY 16/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 41 de nuestra Carta Magna recoge como principio rector de la política social y económica (Título I, Capítulo 3º) la garantía de asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. No obstante, acorde con la doctrina, debe hacerse una interpretación abierta e integradora del citado precepto, conforme al “canon hermenéutico” de apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos impuesto por los arts. 10.2 y 96 CE<sup>1</sup>, entendiendo que el art. 41CE va más allá y reconoce un derecho constitucional a todos los trabajadores en el que, además, la protección por desempleo ocupa un lugar central en el ámbito de la protección social.

Aun así, hasta la reciente entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, las empleadas del hogar han estado expresamente excluidas de la protección por desempleo *ex art. 251.d* del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y, por ende, del acceso a las ayudas asistenciales supeditadas al agotamiento de la prestación por desempleo, como los subsidios por desempleo del art. 274 LGSS o la Renta Activa de Inserción.

Esta exclusión expresa vino de la mano de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que también integró el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General a través del establecimiento de un sistema especial (DA 39ª). En esta misma Disposición Adicional 39ª se recogía un mandato al Gobierno para que reformara la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012,

---

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea (Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-389/20)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 29 (2021): 13-23, p. 20; y MONEREO PÉREZ, J. L., et al. *Manual de Seguridad Social*. 18ª edición. Madrid: Tecnos, 2022, p. 61.

influido, sin duda, por la adopción en junio de 2011 del Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, núm. 189 (C189), por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>2</sup>. La modificación de la relación laboral especial se hizo a través del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que trató de acercar la regulación de la relación laboral especial del empleo doméstico al marco jurídico general del Estatuto de los Trabajadores, pero manteniendo una serie de excepciones (como la exclusión de la protección por desempleo), fundadas en las “peculiaridades” del empleo doméstico<sup>3</sup>.

Resulta paradójico que el C189 impulsara esta reforma, que mejoró considerablemente la situación de las empleadas domésticas (al menos sobre el papel), pero que no se ratificara por nuestro país hasta este año<sup>4</sup>. Mas cuando este importante avance se vio impulsado casi en su totalidad por la STJUE (Sala Tercera), de 24 de febrero de 2022, en el asunto C-389/2022, que declaraba que el art. 251.d) LGSS era contrario a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1968, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y constituía un caso de discriminación indirecta por razón de género<sup>5</sup>.

Sólo cuando nuestro ordenamiento quedó en evidencia ante el Alto Tribunal, se procedió a reformar nuevamente la relación laboral especial (RD-L 16/2022, de 6 de septiembre), ajustándola, ahora sí, a las previsiones básicas contenidas en el C189, entre las que destaca su artículo 14: todo Miembro “deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social”.

Con todo esto en mente, conviene recordar que las mujeres de entre 50 y 54 años son el grupo más numeroso entre las personas desempleadas de larga duración<sup>6</sup>. Por ello y dada la feminización del sector del trabajo doméstico y la precarización de sus condiciones laborales, es fundamental resaltar la

<sup>2</sup> Cfr. GRAU PINEDA, C. “El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”. *Documentación Laboral*, vol. I, nº 116 (2019): 57-70.

<sup>3</sup> AYALA DEL PINO, C. “La reciente ratificación del Convenio 189 de la OIT por España”. *Revista de Derecho YACHAQ*, nº 14 (2022): 293-309, pp. 303 y ss.

<sup>4</sup> Aunque los trámites nacionales previos a la ratificación se iniciaron en junio de 2022, se depositó el instrumento de ratificación en la sede de la OIT en Ginebra el 28 de febrero de 2023, por lo que el C189 entrará en vigor para nuestro país el 29 de febrero de 2024.

<sup>5</sup> SALAS PORRAS, M. “La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como motor de las reformas legislativas: prestación por desempleo y servicio doméstico”. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. VII, nº 2 (2022): 122-145, p. 123.

<sup>6</sup> Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa (4 cuatrimestre 2022), “Parados por tiempo de búsqueda de empleo, sexo y grupo de edad”. Según estos datos, la franja de edad de 50-54 años es la más numerosas entre las personas paradas que llevan más de 2 años buscando empleo y, aproximadamente, un 61,2% son mujeres. Datos disponibles en este enlace.

importancia que tiene la protección por desempleo para este colectivo, tanto a nivel contributivo como asistencial. Me centraré aquí en este último y en las previamente esbozadas dificultades de acceso de las empleadas de hogar al subsidio por desempleo, con especial atención al de personas mayores de 52 años (art. 274.4 LGSS). Esta cuestión ha sido ya objeto de controversia judicial, resuelta por la Sala de lo Social (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la Sentencia 1754/2022, de 16 de marzo.

## 2. LA SITUACIÓN DE “DESAMPARO SOCIAL” DE LAS EMPLEADAS DE HOGAR: SENTENCIA 1754/2022, DE 16 DE MARZO, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Como ya se ha adelantado, la STJUE de 24 de febrero (asunto C-389/20) declaró que el art. 251.d) LGSS se oponía al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, en la medida en que situaba a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, sin estar justificado por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

A esta conclusión llega el TJUE tras el análisis de los factores objetivos y de política social alegados por el Gobierno español y por la Tesorería General de la Seguridad Social (lucha contra el trabajo sumergido, el fraude y la protección del empleo en el sector del trabajo doméstico), así como la valoración –negativa– de si los medios elegidos (la exclusión del colectivo de empleadas de hogar del acceso a la protección por desempleo) responden a una finalidad legítima y son adecuados y necesarios para lograr estos objetivos. Así, se posiciona en línea con lo planteado por el Abogado General, el Sr. Maciej Szpunar, en sus Conclusiones Generales presentadas el 30 de septiembre de 2021. Este último también lleva a cabo un riguroso juicio de proporcionalidad de la disposición controvertida (idoneidad y necesidad), concluyendo que no respondía verdaderamente a lograr estos objetivos y que no se aplicaba de manera coherente y sistemática (párr. 99)<sup>7</sup>.

Pues bien, en lo que aquí nos interesa, tanto el Abogado General, como la Sala Tercera del TJUE, asimilan e incorporan a su fundamentación jurídica la situación de “desamparo social” alegada por la demandante en el litigio principal y que reproduzco a continuación:

Dado que la situación de los empleados de hogar que han perdido su empleo no está asimilada a la de los trabajadores en situación de alta en la seguridad social, la exclusión de la protección contra el desempleo implica asimismo la imposibilidad para dichos empleados de acceder a cualquier otra prestación o subsidio supeditados a la extinción del derecho a las

---

<sup>7</sup> Se recomienda encarecidamente la lectura de las referidas Conclusiones Generales, por su exhaustividad y la acertada aplicación de una perspectiva de género transversal. Disponibles en este enlace.

prestaciones por desempleo. De este modo, el artículo 251, letra d), de la LGSS coloca a dichos trabajadores en una situación de desamparo social que se traduce no sólo, directamente, en la imposibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, sino también, indirectamente, en la de acceder a las demás ayudas sociales (párr. 17 STJUE de 24 de febrero).

Esta situación de desamparo social es una consecuencia lógica de la articulación de la protección por desempleo en nuestro sistema de la Seguridad Social (SS), que no cuenta con un nivel asistencial puro y autónomo con una función compensatoria que atienda a situaciones reales de necesidad (carencia de rentas), sino más bien uno subordinado o supletorio al nivel contributivo. Estos niveles se organizan entre sí como “vasos comunicantes” y la cobertura asistencial se extiende sólo a quienes hayan agotado la prestación contributiva, o bien que, habiendo cotizado, no reúnan el período mínimo de carencia y los requisitos exigidos —ya de por sí bastantes restrictivos— para el nivel contributivo<sup>8</sup>. Por tanto, la exclusión de la cotización por desempleo implicaba también, indirectamente y *a priori*, la imposibilidad para las empleadas de hogar de acceder a este nivel asistencial de protección por desempleo.

Sentado lo anterior y previo al planteamiento de la cuestión que nos ocupa, recordemos que las sentencias del TJUE que resuelven cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE) son interpretativas y tienen efectos declarativos (párr. 41 STJUE, de 10 de marzo de 2022, asunto C-177/20). Por tanto, como regla general, los efectos de estas sentencias serán *ex tunc*, porque indican el sentido en que deberían haberse interpretado y aplicado las normas controvertidas desde su entrada en vigor (párr. 60 y ss. STJUE de 17 de marzo de 2021, asunto C-585/19; y párr. 58 y 59, STJUE de 26 de octubre de 2021, asunto C-109/20). Ello no obsta que, excepcionalmente, el TJUE pueda limitar expresamente estos efectos en aplicación del principio general de seguridad jurídica, cuando exista un riesgo de trastornos graves y haya buena fe por parte de los círculos interesados (*ibidem*), cosa que no ha ocurrido en la STJUE de 24 de febrero (asunto C-389/20).

También es fundamental el principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea (DUE), ya asentado en nuestro ordenamiento (art. 4 bis LOPJ), que establece que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a aplicar el DUE de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. Pero esta obligación va más allá, ya que, en su calidad de autoridades de los Estados miembros y dentro de las competencias que le son propias, están también sujetos al deber de contribuir activamente a lograr el objetivo previsto en las Directivas (en este caso la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978) y, consecuentemente, de incorporar la finalidad y el espíritu de las mismas como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de conformidad con las reglas del art. 3.º del Código Civil (FJ 3º, STS 112/2018, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2018).

---

<sup>8</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., et al. *Manual...*, pp. 415 y 450.



La Sentencia 1754/2022, de 16 de marzo, de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Cataluña (STSJ 1754/2022, de 16 de marzo) que titula este apartado se sitúa en línea con todo lo planteado hasta este punto. Los pronunciamientos judiciales en materia de seguridad social vinculados con el colectivo de empleadas del hogar son escasos, posiblemente debido a la elevada presencia que tiene este sector en la economía informal y a la desinformación generalizada entre las trabajadoras.

En este caso, la parte actora presenta demanda en materia de prestaciones por desempleo, tras verse desestimada su solicitud de subsidio para mayores de 52 años. Agotó su prestación por desempleo en 1993, fecha en la que aún no había cumplido los 52 años. En el momento en el que cumple dicha edad (2008), no acreditaba la carencia específica exigida, ni había estado inscrita ininterrumpidamente como demandante de empleo. Desde el 29 de abril hasta el 6 de agosto de 2019, estuvo prestando servicios y en situación de alta en el régimen especial de empleados del hogar (3 meses y 7 días). En fecha 20 de agosto de 2019 solicita el subsidio para mayores de 52 años, siendo denegado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) el 25 de octubre de 2019.

En primera instancia, se confirma la resolución del SPEE, entendiendo la juzgadora *a quo* que resulta inaplicable lo previsto en el art. 274.4 LGSS porque, requiriéndose que se haya cotizado por desempleo, en los últimos dos contratos en el sistema especial de empleados del hogar del régimen general la actora no cotizó por desempleo, siendo ésta la causa de denegación del subsidio (FJ 1 STSJ 1754/2022, de 16 de marzo). Entiende, en definitiva, que no resulta injusto ni improcedente la resolución, ya que, habiendo prestado servicios durante más de 90 días bajo dicho sistema especial, sin cotizar por la contingencia de desempleo, no puede ahora pretender la actora acogerse a la protección por desempleo (*ibidem*).

En aras de aportar algo de contexto normativo, conviene señalar que el subsidio para mayores de 52 años se introdujo en la LGSS por el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad en la jornada de trabajo, que entró en vigor el 13 de marzo de 2019 y modificó el art. 274.4 LGSS. Se amplió la cobertura, ya que hasta ese momento el subsidio era para personas mayores de 55 años.

Este subsidio, también denominado “subsidio de prejubilación”, está específicamente previsto para las personas trabajadoras de edad madura que se enfrentan con mayores dificultades de reinserción laboral y tienden a verse en una situación de desempleo de larga duración. Y es que durante el tiempo de percepción del mismo se cotiza por jubilación a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable, siendo la base de cotización el 125% del tipo mínimo de cotización vigente en cada momento (art. 280.1 LGSS). Además, el subsidio puede extenderse hasta que se alcance la edad de jubilación (art. 277.3 LGSS), motivo por el que tiende a denominarse subsidio de prejubilación y a verse como un “periodo-puente” hasta la jubilación.

Para acceder a este subsidio se exigen unos requisitos generales, aplicables a las distintas situaciones protegidas, y unos requisitos específicos. Los primeros son: inscripción como demandante de empleo durante 1 mes; no haber rechazado oferta de empleo adecuada, ni haberse negado a participar en acciones de política activa de empleo; y carecer de rentas mensuales, de cualquier naturaleza, superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Los segundos son: ser desempleado mayor de 52 años, haber cotizado un mínimo de 6 años por la contingencia de desempleo a lo largo de su vida laboral (carencia específica), cumplir con todos los requisitos (salvo la edad) para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación (art. 274.4 LGSS).

Volviendo al litigio comentado, la parte actora plantea en su recurso de duplicación ante el TSJ que es mayor de 52 años, no tiene responsabilidades familiares, ha cotizado por desempleo durante su vida laboral por período superior a 6 años y acredita todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación, por lo que el motivo de denegación del subsidio no puede ser admitido y, además, resulta discriminatorio al tratarse el empleo doméstico de un “sector desprotegido”.

La Sala comienza aclarando que, de conformidad con el principio *legit regit factum*, el hecho causante del subsidio es la presentación de la solicitud por el interesado (20 de agosto de 2019), por lo que resulta plenamente aplicable a este supuesto el art. 274.4 LGSS modificado tras el RD-L 8/2019, de 8 de marzo. Señala que, si bien la citada norma no modificó el ámbito subjetivo de acceso a la prestación en favor del colectivo de empleadas domésticas, tampoco fueron previamente implementadas por el legislador las medidas contempladas en la Disposición Adicional 2ª del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, sobre la “Evaluación del impacto, régimen de extinción del contrato y protección por desempleo”, donde el legislador reconocía la inexistencia de la protección por desempleo para este sector (FJ 4, STJUE 1754/2022, de 16 de marzo). Se fija, entonces, el objeto del proceso en determinar si la denegación del subsidio resulta discriminatoria y, por ende, contraria a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, trayendo a colación la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20) en los términos expuestos al inicio de este apartado.

Se hace referencia también a la STJUE (Sala Octava) de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña sobre la denegación de la pensión anticipada voluntaria a una empleada de hogar y entiende que no existe discriminación indirecta por razón de sexo, al existir motivos objetivos para la exigencia de que la pensión resultante de la jubilación anticipada supere los valores mínimos (art. 208.1.c LGSS) en aras del mantenimiento y la sostenibilidad del sistema de la SS español. No obstante lo anterior, la Sala advierte que el litigio actual “responde a un contexto jurídico-fáctico diverso al entonces examinado, pues aun coincidiendo el colectivo afectado (Empleadas del Hogar) son diferentes las prestaciones a examinar (jubilación anticipada y desempleo) y, por ende,

la normativa a aplicar en cada uno de ambos supuestos desde una también divergente base probatoria al tomar en consideración el TJUE los datos estadísticos aportados a aquel primer proceso y no haber siquiera referido el INSS en el ahora examinado [...] la ausencia de un trato discriminatorio sobre el colectivo afectado por la litis” (FJ 7, STSJ 1754/2022, de 16 de marzo).

Y es que, si bien corresponde al órgano jurisdiccional nacional valorar, en base a los datos objetivos presentados, si la disposición controvertida es adecuada para lograr el objetivo invocado y si se aplica de forma coherente y sistemática (el colectivo al que se excluye se distingue de manera pertinente de otros colectivos no excluidos); en este caso, el SPEE no aportó justificación alguna ni datos estadísticos que la pudieran respaldar. Por ello, concluye la Sala aplicando la STJUE de 24 de febrero (asunto C-389/20), estimando el recurso y declarando el derecho de la actora a percibir el subsidio para mayores de 52 años a fecha de su solicitud.

Ciertamente, se trata de un caso en el que la parte actora cumplía con todos los requisitos exigidos por el art. 274 LGSS y cuya exclusión vino determinada exclusivamente por la ausencia de cotización por desempleo en la relación laboral inmediatamente anterior a la solicitud del subsidio, que, además, se extinguió por despido y no por desistimiento, dando pie a la situación legal de desempleo. De concurrir otras circunstancias adicionales, tales como la insuficiente cotización por desempleo a lo largo de la vida laboral o la ausencia de la situación legal de desempleo (extinción del contrato por desistimiento), el pronunciamiento del TSJ podría haber sido diferente, persistiendo la situación de desamparo social por causas no imputables a la trabajadora (imposibilidad de cotizar por desempleo).

### 3. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN EL TRABAJO DOMÉSTICO TRAS EL REAL DECRETO-LEY 16/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE

El Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio el hogar, suprime el artículo 251 d) LGSS, que excluía a este colectivo de la cotización por desempleo. Esta medida ha sido una reivindicación histórica por parte de las trabajadoras de hogar, pasando ahora a ser obligatoria la cotización por desempleo a partir del 1 de octubre de 2022 (DT 2ª RDL 16/2022).

También se incorpora un nuevo apartado octavo al art. 267.1.a) LGSS, en el que se establece como situación legal de desempleo la derivada de la extinción del contrato de trabajo justificada por alguna de las causas previstas en el art. 11.2 RD 1620/2011, de 14 de noviembre: disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida, la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar o el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

Sumado a lo anterior, con fecha 2 de febrero de 2023, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) emitió un criterio de gestión (núm. 1/2023) en el que se establece que, para las prestaciones causadas desde el 9 de septiembre de 2022 (fecha de entrada en vigor del RD-L 16/2022), se considerará situación asimilada a la de alta, en las mismas condiciones que para el resto de trabajadores, la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo (art. 36.1.1 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social). Esto supone que se considerará situación asimilada a la de alta los supuestos de paro involuntario en los que el cese en el trabajo no se haya producido por causa imputable a la voluntad libre del trabajador, siempre que exista demanda de empleo actualizada o renovada y que se acredite el “*animus laborandi*” desde el cese del último empleo y el hecho causante de la prestación.

Así las cosas, estos cambios normativos abren el camino para que las empleadas de hogar en situación de paro involuntario cumplan con los presupuestos generales de acceso a las prestaciones de la SS<sup>9</sup>, en este caso las de desempleo, independientemente del momento en el que tuvieran lugar las circunstancias a las que se ha hecho referencia previamente, pero sólo para las prestaciones causadas desde el 09/09/2022. No tienen, por tanto, efectos retroactivos, ni se contempla régimen transitorio o figura alguna de cotización ficticia que permita tomar en consideración el trabajo realizado con anterioridad a esa fecha a efectos de generar la prestación por desempleo o, al menos, permitir el acceso a los subsidios por desempleo del art. 274 LGSS, que requieren el agotamiento de la prestación por desempleo (art. 274.1 LGSS), una cotización mínima de entre 3 y 6 meses (art. 274.3 LGSS) o de al menos 6 años a lo largo de toda la vida laboral (art. 274.4 LGSS).

Estas dificultades de acceso se extienden también a la Renta Activa de Inserción (RAI), regulada por Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. Entre los requisitos se exige haber extinguido la prestación por des-

---

<sup>9</sup> No procede entrar aquí a estudiar el régimen de extinción de la relación laboral especial del empleo doméstico, pero sí cabe destacar que es uno de los ámbitos más conflictivos y en el que se han introducido importantes cambios de la mano del RD-L 16/2022, de 6 de septiembre, como la supresión de la extinción del contrato por el libre desistimiento del empleador y la introducción de causas tasadas en las que debe basarse esta extinción (art. 11.2 RD-L 16/2022). Precisamente esta cuestión es la que ha permitido sentar unos presupuestos básicos sobre los que articular la protección por desempleo para este colectivo, ya que hasta este momento la extinción del contrato por causas no imputables a las trabajadoras domésticas (desistimiento) no estaba asimilada a la situación de alta en la SS.

empleo y/o el subsidio por desempleo (salvo por sanción) y no tener derecho a la protección por dicha contingencia (art. 2.1.c RD 1369/2006).

Por supuesto, esta problemática se plantea específicamente en relación con las empleadas de hogar desempleadas de larga duración, que pueden llegar a tener mayores dificultades para encontrar empleo y que serían las principales beneficiarias de los subsidios anteriormente citados. Las trabajadoras domésticas en activo tendrán derecho a la prestación por desempleo desde que cubran el periodo de carencia mínimo de 360 días (arts. 266 y 269 LGSS) y, desde ese momento (o antes si se trata del subsidio del art. 274.3 LGSS), podrán acceder a los demás subsidios en igualdad de condiciones que el resto de personas trabajadoras.

El RD-L 16/2022, de 6 de septiembre olvida, por tanto, la situación de las desempleadas de larga duración que se han dedicado, exclusivamente o mayoritariamente, al empleo doméstico durante su vida laboral, relegándolas a recurrir a la vía judicial para el reconocimiento del derecho a los subsidios en aplicación de la STJUE de 24 de febrero, o a solicitar el Ingreso Mínimo Vital (IMV), como única alternativa (estatal), al tratarse de una renta de subsistencia universal<sup>10</sup> (sin opción de cotizar a efectos del cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, como sí sucede con el ‘subsidio de prejubilación’). En estos casos, se daría una situación de acceso formal a la protección por desempleo, pero no de acceso efectivo, dada la imposibilidad (por causa ajena a la voluntad de las trabajadoras) de cumplir con los requisitos exigidos para acceder al sistema de protección<sup>11</sup>.

En cuanto a la posibilidad de introducir una medida transitoria que permitiera abordar esta situación, podría plantearse establecer un periodo de cotización ficticio específico para las empleadas de hogar dadas de alta con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, con miras exclusivamente a garantizarles el acceso a los subsidios por desempleo. No cabe duda de que esta opción provocaría un inmediato rechazo escudado en los principios contributivo y de sostenibilidad financiera del sistema de SS, más cuando existe la opción del IMV como medida representativa del principio de solidaridad y universalidad. Sin embargo, se trata de un colectivo feminizado y precarizado, desprotegido socialmente y que se ve afectado de manera desproporcionada por la brecha de las pensiones por las frecuentes lagunas de cotización. Por ello, aplicando una perspectiva de género transversal y el mandato del art. 41 CE, esta situación debería abordarse de manera integral.

Recientemente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) ha establecido, aplicando una interpretación teleológica y sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género, que los periodos de cotización ficticia por parto (art. 235 LGSS) deben ser también tenidos en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia específica del subsidio para mayores de 52 años (art. 274.4 LGSS). En su STS 2549/2022, de 23

---

<sup>10</sup> Cfr. BARCELÓN COBEDO, S. “Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital como eje de la tutela”. *Labos* 1, n° 3 (2020): 172-183.

<sup>11</sup> SALAS PORRAS, M. “La jurisprudencia del Tribunal...”, p. 126.

de junio, la Sala entiende que, aunque el art. 235 LGSS establezca expresamente que estos periodos ficticios de cotización se reconocen sólo a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente; la incuestionable vinculación entre la jubilación y el subsidio para mayores de 52 años lleva a la conclusión de que resultaría paradójico tener en cuenta estos periodos de cotización ficticios para una pensión futura, pero no para la prestación inmediata (FJ 6, STS 2549/2022).

Aunque esta interesante sentencia verse sobre los periodos de cotización ficticia del art. 235 LGSS, podrían extraerse razonamientos clave que fundamentarían la adopción de medidas similares, aunque específicas, para paliar la situación de discriminación indirecta en el acceso a los subsidios de desempleo por parte de este colectivo de trabajadoras, persistente tras la reciente reforma.

Se perdió la oportunidad de abordar esta situación de desamparo social a través del subsidio extraordinario por desempleo, reconocido a las trabajadoras de hogar durante la pandemia a través del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, ya que durante su percepción no se efectuó cotización a la SS alguna<sup>12</sup>. Fue un subsidio meramente asistencial, con importantes limitaciones en la práctica y con un diseño caracterizado por su austeridad<sup>13</sup>, insuficiente en muchos casos y que, sumado a todo lo que se ha ido viendo a lo largo de este texto, llevó a muchas trabajadoras domésticas a una situación de exclusión social o en riesgo de estarlo a corto plazo por la falta de alternativas<sup>14</sup>.

Por último, cabe llamar la atención sobre otra consecuencia indirecta de la exclusión de los subsidios por desempleo, como es la ausencia de las políticas activas de empleo que éstos llevan aparejadas ex art. 47 de la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (art. 41 de la antigua Ley de Empleo de 2015). No debe olvidarse que nuestro ordenamiento jurídico adopta un concepto de “pleno empleo”, en el que no sólo se trata de proteger a las personas trabajadoras ante las situaciones de desempleo, sino de adoptar medidas de activación, formación y retorno al trabajo en aras de alcanzar el objetivo de trabajo decente, la justicia social y la sostenibilidad social y laboral.

#### 4. CONCLUSIONES

El acceso a la protección por desempleo es una demanda y una reivindicación histórica por parte del colectivo de trabajadoras de hogar. Y es que se trata de uno de los ejes principales de nuestro sistema de la SS, recogándose expre-

---

<sup>12</sup> Así se contempló en el artículo 13 de la Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, al no preverse expresamente en el RD-L 11/2020, de 31 de marzo, y además estar excluido el colectivo de la cotización por desempleo. La resolución está disponible en este enlace.

<sup>13</sup> ROMERAL HERNÁNDEZ, J. “Trabajo doméstico y protección social frente a contingencias derivadas del trabajo”. *E-Revista Internacional de la Protección Social* 5, nº 2 (2020): 115-145, p. 143.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ COPE, M.L. “Empleo digno y de calidad: ¿Utopía en el trabajo doméstico?” *Lex Social, Revista de Derechos Sociales* 11, nº 2 (2021): 594-627, p. 609.

samente en este sentido en el art. 41 CE. La exclusión de este colectivo, conformado mayoritariamente por mujeres (en gran medida, migrantes) no estaba justificada y resultaba discriminatoria, como así ha sido declarado finalmente por el TJUE en su sentencia de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20).

Sin embargo, si bien la consecuencia directa era la imposibilidad de cotizar por desempleo y de acceder a la prestación correspondiente; también se producían otras consecuencias indirectas, como la exclusión, a su vez, del nivel asistencial de la protección por desempleo, esto es, los subsidios recogidos en el art. 274 LGSS, y de las políticas activas de empleo que estos subsidios llevan aparejadas. Estas circunstancias se denunciaron en sede judicial ante el TJUE, argumentando que abocaban a las empleadas de hogar a una situación de “desamparo social”.

El razonamiento adoptado por el TJUE para considerar que el precepto controvertido era contrario a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, fue rápidamente acogido y aplicado, como no podía ser de otra manera, por los tribunales españoles. Una de estas sentencias es la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1754/2022, de 16 de marzo, que versa específicamente sobre el acceso de una empleada de hogar al subsidio para mayores de 52 años (art. 274.4 LGSS). La Sala concluye declarando el derecho de la recurrente al referido subsidio, sobre la base de esta situación de desamparo social generada por el precepto declarado discriminatorio. Ahora bien, es cierto que la trabajadora cumplía con todos los requisitos exigidos y que, de darse otras circunstancias, como la insuficiencia de cotizaciones por desempleo (carencia exigida de 6 años para el subsidio para mayores de 52 años), el pronunciamiento podría haber sido diferente en aras del principio contributivo y de sostenibilidad del sistema de SS.

Con el RD-L 16/2022, de 6 de septiembre, se suprime el art. 251.d) LGSS, incluyendo a las trabajadoras domésticas en la protección por desempleo y estableciendo que la cotización por desempleo pasa a ser obligatoria a partir del 1 de octubre de 2022. Aunque esta norma debe considerarse un hito esencial para la dignificación y lucha contra la precariedad de este sector de actividad, es cierto que se olvida de las empleadas de hogar de edad madura actualmente en paro, a quienes no se les tiene en cuenta el trabajo realizado con anterioridad a esta fecha. No se contempla ninguna medida transitoria, ni periodo de cotización ficticio específico. Y esto es fundamental en relación con el acceso al subsidio para mayores de 52 años, o “subsidio de prejubilación”, cuya naturaleza y el impacto positivo en este colectivo vulnerable y precarizado no se puede obviar, dado que durante la percepción del subsidio se cotiza por jubilación a efectos del cálculo de la cuantía. Estas mujeres se verán obligadas a acudir a los tribunales para que se les reconozca este derecho en aplicación de la STJUE de 24 de febrero, argumentando verse en una situación de desamparo social como consecuencia de una norma declarada discriminatoria (sin garantía alguna y con lo que ello implica: largos periodos de espera en situación de necesidad, de carencia de rentas y vulnerabilidad); o bien a solicitar el Ingreso Mínimo Vital, como renta mínima de subsistencia

estatal puramente asistencial, o cualquier otro subsidio autonómico similar, renunciando a la cotización por jubilación.

Es evidente la colisión de principios que se produce ante esta situación tan específica, ya que estas trabajadoras efectivamente no han cotizado por desempleo (principio contributivo y de sostenibilidad financiera), pero por imposición legal de una norma declarada discriminatoria y no por voluntad propia (principio de solidaridad). Aun así, aplicando una perspectiva de género transversal y el principio de interpretación conforme al DUE (Directiva 79/7/CEE), no sería descabellado plantear la posibilidad de introducir un acotado periodo de cotización ficticia similar al regulado en el art. 235 LGSS (por parto), que, además, ha sido recientemente interpretado de manera amplia por el TS a efectos de tenerlo en cuenta para el cumplimiento de la carencia específica exigida para acceder al subsidio para mayores de 52 años.

En definitiva, y sin restarle valor a los importantes y recientes avances normativos para equiparar los derechos de las trabajadoras de hogar a lo de las demás personas trabajadoras por cuenta ajena; no debe olvidarse que el objetivo último es, o debería ser, lograr un trabajo decente y sostenible para este colectivo, en todas sus vertientes, teniendo siempre presente una perspectiva de género transversal e integral.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA DEL PINO, C. “La reciente ratificación del Convenio 189 de la OIT por España”. *Revista de Derecho YACHAQ*, nº 14 (2022): 293-309.
- BARCELÓN COBEDO, S. “Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital como eje de la tutela”. *Labos* 1, nº 3 (2020): 172-183
- BENITO BENÍTEZ, M. A. “El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico”. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 5 (2022): 13-22.
- GRAU PINEDA, C. “El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”. *Documentación Laboral*, vol. I, nº 116 (2019): 57-70.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea (Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-389/20)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 29 (2021): 13-23.
- MONEREO PÉREZ, J. L., et al. *Manual de Seguridad Social*. 18ª edición. Madrid: Tecnos, 2022.
- QUINTERO LIMA, M. G. “¿Discriminatoria? Regulación de la relación laboral especial de trabajo doméstico”. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 5 (2022): 329-356.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. “Empleo digno y de calidad: ¿Utopía en el trabajo doméstico? *Lex Social, Revista de Derechos Sociales* 11, nº 2 (2021): 594-627.



- ROMERAL HERNÁNDEZ, J. “Trabajo doméstico y protección social frente a contingencias derivadas del trabajo”. *E- Revista Internacional de la Protección Social* 5, nº 2 (2020): 115-145.
- SALAS PORRAS, M. “La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como motor de las reformas legislativas: prestación por desempleo y servicio doméstico”. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. VII, nº 2 (2022): 122-145.



SUBSIDIO Y RENTA AGRARIA TRAS  
EL INGRESO MÍNIMO VITAL: UN FUTURO INCIERTO

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

*Catedrático de Universidad*

*Universidad de Extremadura*

*javier.hierro@yahoo.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN: MECANISMOS DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESEMPLEO PROPIOS Y ESPECÍFICOS EN EL SECTOR AGRARIO. 2. UNA INTENCIONALIDAD LIMITADA. 3. ANTECEDENTES SOCIALES Y RESPUESTAS NORMATIVAS. 3.1. Subsidio agrario. 3.2. Renta agraria. 3.3. Ingreso mínimo vital. 4. REQUISITOS Y REGLAS BÁSICAS: MARCO EXPOSITIVO (SÍNTESIS). 5. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS: BREVIARIO. 6. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN: MECANISMOS DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESEMPLEO PROPIOS Y ESPECÍFICOS EN EL SECTOR AGRARIO

Desde comienzos de los años 80, y han transcurrido ya cuatro décadas, las personas de carácter eventual empleadas en el sector agrario de determinados territorios (las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura) merecen una protección singularizada y propia ante las situaciones de inactividad que les individualiza respecto de las reglas estandarizadas establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social para dar cobertura frente a la contingencia del desempleo (subsidio agrario)<sup>1</sup>.

Ese particular modelo (no exento de continuos ajustes en su trayectoria)<sup>2</sup> fue objeto de una modificación que bien ha de adjetivarse cuando menos como relevante y de calado, si no de trascendente, a comienzos del nuevo milenio. Entonces (bienio 2002-2003), frente a los retoques parciales que una y otra vez se sucedían en las disposiciones reglamentarias con el anhelo nunca logrado de mitigar el fraude existente en el percibo del subsidio agrario, las líneas de actuación marcaron unos derroteros muy distintos y hasta el momento insospechados (ajenas e inmunes hasta la fecha a las tradicionales críticas que le acompañaban). Así, aquellas se sucedieron como sigue.

1. Se fijó la extinción postergada y extendida en el tiempo, en otros términos, una transitoriedad sin concreción temporal de finalización, del régimen existente (subsidio agrario)<sup>3</sup>.
2. Se establecieron unas reglas próximas al modelo general de cobertura frente al desempleo con acceso a la protección contributiva (y en

---

<sup>1</sup> Cfr. Real Decreto 3237/1983, de 28 de diciembre, por el que se establece un subsidio de desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en sustitución del sistema de empleo comunitario.

<sup>2</sup> Cfr. Reales Decretos 2298/1984, de 26 de diciembre; 2405/1985, de 27 de diciembre; 2697/1986, de 30 de diciembre; 1610/1087, de 23 de diciembre; 1585/1988, de 29 de diciembre; 1387/1990, de 8 de noviembre; 273/1995, de 24 de febrero; 5/1997, de 10 de enero y 73/2000, de 21 de enero.

<sup>3</sup> Cfr. artículo 3 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

exclusiva a esta) conforme a los inveterados postulados de homogeneización que han de regir entre los distintos regímenes del sistema (y tantas veces olvidada) aplicables al conjunto de las personas empleadas por cuenta ajena, en todo el territorio nacional<sup>4</sup>.

3. A resultas de lo anterior, se reguló un nuevo mecanismo de cobertura (limitado otra vez a aquellos territorios con una mayor presencia del colectivo agrario y sistemas de producción tradicionales -Andalucía y Extremadura-) con el propósito de combinar con mayor eficacia y eficiencia las políticas pasivas con las políticas activas de empleo (renta agraria)<sup>5</sup>.

Pese al tiempo transcurrido (cuatro o dos décadas, respectivamente, mucho en todo caso) y la transformación constante y destacada de los modelos de producción en el sector agrario, la tradicional temporalidad y estacionalidad vinculada a la generación y obtención de la materia prima, acompañada de la menor capacidad contributiva de las empresas agrarias con las que hacer frente a las cargas sociales generales han servido una y otra vez como argumentario válido para reafirmar esa necesidad de una atención singularizada con relación al colectivo de personas ocupadas en las faenas del campo (agrícola, forestal y pecuario)<sup>6</sup>. Ello ha llevado a que en la actualidad aún convivan esos diferentes instrumentos de los que se da cuenta (subsidio y renta agraria y protección por desempleo contributivo asimilado al Régimen General de la Seguridad Social con limitaciones respecto al asistencial) sin que en nada contribuyera a su racionalización y simplificación la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General (Ley 28/2011, de 22 de septiembre)<sup>7</sup>.

No constituyen objeto de atención en esta colaboración ese conjunto de prácticas de protección frente al desempleo de las personas que desarrollan la actividad agraria con carácter eventual, esto es, el bloque genérico, sino solo aquellas medidas que están revestidas de un marcado carácter asistencial

<sup>4</sup> Cfr. artículo 4 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

Una crítica al mismo puede leerse en GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO: “La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo”, *RL*, núm. 4 (2003), especial monográfico: *La reforma de la protección de desempleo en la L 45/2002*, p. 65, quien señala que “las ventajas del sistema contributivo están en proporción directa con las oportunidades reales de empleo de los trabajadores de que se trate. Respecto de un colectivo con problemas de formación, o con formación de base escasa, cuyas oportunidades de empleo son, a su vez, reducidas; y a los que se exige, sin duda, el éxodo y la emigración para desempeñar un trabajo fuera del medio rural [...], extender si más el sistema del desempleo contributivo es una forma segura de garantizar la falta de tutela”.

<sup>5</sup> Cfr. Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.

<sup>6</sup> Circunstancias que se ven acompañadas por importantes elementos sociales que serán tratados *infra*.

<sup>7</sup> Con lo que ha de reiterarse que se pervierte en su esencia la integración efectuada, por cuanto el régimen protector no es coincidente.

(aunque incompleto o parcial). El subsidio y la renta agraria y su cuestionable encaje con el ingreso mínimo vital centran el estudio.

## 2. UNA INTENCIONALIDAD LIMITADA

A medio camino entre un régimen asistencial y contributivo (con amplias reglas flexibilizadoras que disimulan de manera sobresaliente este segundo en beneficio del primero –reducción del número de jornadas reales cotizadas para el acceso a la prestación ante circunstancias climatológicas adversas o elementos que distorsionen el mercado agrario –recientemente, entre otros muchos ejemplos, puede citarse la guerra a las puertas de Europa–)<sup>8</sup> esas prestaciones específicas de las que se ha dado cuenta (subsidio y renta agraria) de nuevo pueden plantearse en el candelero.

Es posible cuestionarse en la actualidad la legitimación de estos mecanismos de protección frente al desempleo en el sector agrario (dado su cada vez menor valor contributivo e importante carga asistencial) tras la aprobación del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (norma derogada) y la vigencia hoy de la regulación contenida en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre.

Esta es, en definitiva, la finalidad de la presente colaboración, ofrecer una respuesta sobre si ahora, tras la aprobación y desarrollo de una nueva prestación no contributiva del sistema de la Seguridad Social con vocación generalista, es lógica y oportuna la convivencia y concurrencia de esta con modelos prestacionales con una importante carga asistencial o si, por el contrario, aquellos están llamados a desaparecer incorporándose el colectivo de personas beneficiarias a las que alberga el ingreso mínimo vital en un futuro mediato.

Recuérdese que expresamente se establece en la E. de M. de la ley 19/2021, de 20 de diciembre, que “la puesta en marcha del ingreso mínimo vital exigirá también una progresiva reordenación del conjunto de ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con los de esta nueva política.

---

<sup>8</sup> Obsérvese cómo recientemente el número de jornadas reales cotizadas necesarias para el acceso a la prestación referenciada ha sido minorado. El artículo 3 del Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación; igual precepto de la Ley 8/2020, de 16 de diciembre, de idéntica nomenclatura, así como del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía rebajan a un mínimo de 20 jornadas reales las necesarias para lucrar la prestación. Por su parte, el artículo 24 del Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del “Plan + seguridad para tu energía (+SE)”, así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía reduce ese número a 10 jornadas reales cotizadas en los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo.

En otros términos, el exiguo carácter contributivo que pudiera concurrir en esa regulación se convierte en algo puramente anecdótico o testimonial, con un valor residual y sin calado.

La progresiva reorganización de las prestaciones no contributivas que deberá abordarse en los próximos años [prosigue la norma legal] permitirá una focalización en colectivos particularmente vulnerables que contribuya a una mayor redistribución de la renta y la riqueza en nuestro país”.

Objetivo genérico este establecido en la parte expositiva de la norma legal que posteriormente ha sido incorporado al componente 22, “Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión” del *Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia del Reino de España*<sup>9</sup>. En concreto, es su reforma 5 la que alude expresamente a la mejora del sistema “de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado”. Para lo que arguye que “las prestaciones no contributivas y asistenciales presentan un alto nivel de fragmentación en nuestro país que, en muchos casos, las vuelve ineficientes”, siendo necesaria, continúa la propuesta realizada, “una progresiva reorganización del conjunto de prestaciones estatales de naturaleza no contributiva para hacer el sistema más eficiente”<sup>10</sup>.

Sin embargo, y aunque las pautas pudieran parecer claras (de aglutinar prestaciones), nada se menciona sobre el particular que ahora atañe en la Orden ISM/1055/2022, de 31 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba el Plan para la reordenación y simplificación del sistema de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado<sup>11</sup>. Es más, de manera palpable y meridiana este centra su atención en las prestaciones monetarias de la AGE de naturaleza no contributiva (pueden calificarse de “puras”)<sup>12</sup> sujetas a la comprobación de recursos y a las prestaciones universales que tienen incidencia en las personas desfavorecidas y deja de lado (quién sabe si para una mejor ocasión) las prestaciones de carácter semi-contributivo (entre las cuales se incluyen el subsidio y la renta agraria)<sup>13</sup>.

En consecuencia, estas singulares prestaciones frente al desempleo del personal eventual agrario de Andalucía y Extremadura (junto a otros sub-

<sup>9</sup> Cfr. [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).

<sup>10</sup> Con una visión de conjunto sobre este proceso integrador, cfr. ÁLVAREZ CUESTA, H., *Protección social frente a la pobreza*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2023.

<sup>11</sup> Con el que se da cumplimiento al hito 319 del *Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia del Reino de España* relativo al Componente 22, reforma 5 (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/hacienda/Documents/2021/101121-CountersignedESFirstCopy.pdf>).

<sup>12</sup> En consonancia con el preámbulo de la Ley 19/2021, de 19 de diciembre, que solo alude a estas.

<sup>13</sup> El cuadro prestacional de Garantías de Ingresos Mínimos en España a nivel estatal, autonómico, local y de entidades del tercer sector puede consultarse en la Figura 1 de la Orden ISM/1055/2022, de 31 de octubre.

El esquema de las prestaciones semi-contributivas, además de las señaladas, es generoso con los subsidios por desempleo, extraordinario por desempleo, Renta Activa de Inserción, complemento de mínimos y pensiones SOVI.



sidios por desempleo) quedarán fuera de la proyectada legislación de reorganización y simplificación del sistema de prestaciones económicas no contributivas, en tanto que este, se insiste, limitará su ámbito de acción en exclusiva a las prestaciones económicas no contributivas<sup>14</sup>.

Y ello, al contrario de lo que pudiera pensarse, de que en el mismo se asevere que para la consecución de los objetivos del mencionado Plan sea preciso.

- a. Desarrollar y ampliar el ingreso mínimo vital para convertirlo en la prestación base y general del sistema de garantía de ingresos mínimos.
- b. Simplificar las ayudas actuales entorno a él para lo que será necesario evaluar los parámetros que garanticen la equidad<sup>15</sup>.

La complejidad de esta reordenación, así como su utilidad es manifiesta y necesaria. Aunque se orienta, se antoja, en un plano limitado y cicatero. Tal vez se haya querido acometer una actuación parcial para en una fase posterior avanzar y perseverar en el proceso. En una primera ocasión, las prestaciones no contributivas<sup>16</sup>. Posteriormente, quizá, las semi-contributivas.

Es, al menos, cuestionable que en el diseño (y futura ejecución) del Plan del que ahora se da cuenta se carezca de la suficiente ambición para integrar en el mismo las prestaciones que adjetiva de semi-contributivas, en la medida que todas ellas se encuadran e identifican dentro del bloque del Sistema de Garantías de Ingresos Mínimos<sup>17</sup>. Recuérdese que en el preámbulo de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, se alude a la “reordenación del conjunto de ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con los de esta nueva política”<sup>18</sup>, donde a buen seguro pudiera confluír.

Si discutible es lo anterior, mayor grado de controversia suscita que en

---

<sup>14</sup> El hito 320 del *Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia del Reino de España* relativo al Componente 22, reforma 5 (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/hacienda/Documents/2021/101121-CountersignedESFirstCopy.pdf>) tiene como fin reorganizar y simplificar el sistema de prestaciones económicas no contributivas, marcando como objetivo de la reforma “incluir en el instrumento de cobertura constituido en torno al régimen de ingreso mínimo (IMV) las principales prestaciones no contributivas proporcionadas por la Administración General del Estado, para reorganizar y simplificar el sistema de prestaciones económicas no contributivas en consonancia con los objetivos del Plan para la reordenación y simplificación del sistema de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado”.

Este debe cumplirse antes del cuarto trimestre del año 2023.

<sup>15</sup> A lo que se une el establecimiento de una gobernanza más eficiente entre los distintos órganos gestores, que requerirá de un sistema de información ágil, con la información y la toma de decisiones con datos como eje del diseño de prestaciones.

<sup>16</sup> Advértase que el cronograma del Plan del que se da cuenta diseña un período de ejecución que se extiende desde 2023 hasta 2030, con un despliegue escalonado.

<sup>17</sup> Recuérdese que el ingreso mínimo vital está llamado a constituirse en la prestación base y general del sistema de garantía de ingresos mínimos.

<sup>18</sup> Si bien es cierto que posteriormente matiza y concreta sobre las prestaciones no contributivas.

este primer paquete reformador no se hayan incluido las prestaciones semi-contributivas<sup>19</sup>, en lo que interesa, de protección por desempleo de las personas que con carácter eventual desarrollan la actividad agraria. Y ello, por dos cuestiones básicas. La primera de ellas, como se ha apuntado, las exigencias de cotización previa para el lucro de estas prestaciones una y otra vez se han visto flexibilizadas (reducidas), con una carga reciente de solo diez jornadas reales cotizadas, por lo que ha de aseverarse que prima notablemente su carácter asistencial sobre el contributivo<sup>20</sup>. La segunda, donde resulta mucho más evidente ese carácter asistencial preferente, que en el supuesto del subsidio agrario para mayores de cincuenta y dos años no se requiere de cotización previa en los meses anteriores a su disfrute para continuar lucrando el subsidio durante todo el año natural (por el contrario, se contempla la exigencia de haber sido beneficiario del subsidio agrario durante un número de años..., en definitiva, una contribución previa al sistema que lo distancia de manera destacada del período de carencia y de la duración del disfrute de la prestación vinculada a las prestaciones contributivas)<sup>21</sup>.

Llegados a este punto, y con carácter previo al estudio sintético del régimen jurídico de cada una de las prestaciones que servirá de base para contrastar las diferencias y similitudes existentes entre ellas en aras de esa posible (y proyectada en lo deseable) absorción o integración bajo el paraguas del ingreso mínimo vital, se entiende adecuado realizar una aproximación sobre los antecedentes sociales de cada una de ellas. Su objetivo no es otro que identificar cuáles son los fines que concurren en las mismas para emparejar los elementos comunes (el sustrato mollar) y enlazar los criterios hermenéuticos por los que han de regirse en la propuesta que se realiza. En esencia, de manifestar los fines a los que intentan dar respuesta y su concurrencia.

### 3. ANTECEDENTES SOCIALES Y RESPUESTAS NORMATIVAS

#### 3.1. Subsidio agrario

Como se ha apuntado *supra*, el subsidio agrario data de comienzos de la década de los ochenta. En aquel momento histórico España atravesada una compleja crisis energética con una importante deriva sobre el empleo. La caída de la ocupación lastrada por aquella afectó principalmente a la industria, nada menos que 700.000 personas ocupadas dejaron de estarlo en este sector. Sin embargo, sus efectos cual vasos comunicantes irradiaron (aunque

<sup>19</sup> Se adopta la nomenclatura empleada en el Plan para la reordenación y simplificación del sistema de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado.

<sup>20</sup> Sobre el carácter contributivo de la renta agraria, cfr. OJEDA AVILÉS, ANTONIO: "La renta agraria para los trabajadores eventuales del régimen agrario", en Vv. Aa.: *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, MERCEDES y CRUZ VILLALÓN, JESÚS, Dir.), Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003, pp. 174 y ss.

<sup>21</sup> De ahí su carácter mixto, asistencial/contributivo, aunque con una carga preponderante del carácter asistencial.

con menor intensidad) a la construcción (con 300.000 personas que engrosaron las listas de desempleo) y a la agricultura, que se perpetuó en la inercia arrancada años atrás de expulsar del campo mano de obra. En aquellos años, el número de personas ocupadas en el sector primario descendió en 500.000 personas, “una parte de ellas se dirigió a los improbables mercados de trabajo urbanos y la otra a la jubilación, reflejando la envejecida estructura de la población rural<sup>22</sup>.”

Es en esta realidad socio-económica en la que su sustenta el subsidio agrario. Desempleo agrario e imposibilidad de absorción de la mano de obra excedente por el resto de los sectores productivos inmersos, con mayor intensidad si cabe, en una importante reconversión, principalmente industrial. De ahí que, como acertadamente señala el profesor Ojeda Avilés, el subsidio agrario sea fruto de su tiempo, de su contexto histórico, emanando en un escenario que además se acompaña de otras razones poderosas, ninguna de ellas achacable a la persona ocupada en las faenas agrarias de Andalucía y Extremadura.

- A) Las reconversiones industriales y la crisis de empleo ejercen en aquel momento como fuerzas tractoras “de enormes recursos del Estado para subvenir al desempleo y la prejubilación de los afectados en los altos hornos, las minas, los astilleros, las empresas textiles, canalizando una soberbia financiación estatal [...]. Las Leyes de Reconversiones Industriales de 1982 y 1984 dieron rango legal al decidido apoyo del Estado a las industrias, que se remontaba a los años sesenta y setenta”. A su rubefo, aquellas dan carta de naturaleza y legitimidad a la implantación del subsidio agrario en el bien pretendido de otorgar “un trato de equivalencia con las ayudas a los trabajadores de la industria, si bien de menor cuantía”.
- B) Además, sobre la empresa agraria pesa el marchamo de su menor capacidad contributiva, lo que desaconseja la imposición de la misma cotización que a las empresas del Régimen General.
- C) Y, por último, el sistema de distribución de la tierra imperante en los territorios de Andalucía y Extremadura, en las que el latifundismo impera<sup>23</sup>.

En otros términos, quizá excesivamente simplistas pero que contribuyen a visualizar la finalidad última de esta prestación, se fija un modelo de ayudas públicas que persigue el mantenimiento de esa población inactiva sin posibilidad de ocupación en el sector de origen (el agrario) y tampoco en el externo

---

<sup>22</sup> Cfr. SERRANO SANZ, JOSÉ MARÍA: “Crisis económica y transición política”, *Ayer*, núm. 15 (1994), p. 158.

<sup>23</sup> Cfr. OJEDA AVILÉS, ANTONIO: “Aspectos constitucionales del subsidio de desempleo para eventuales agrícolas”, *RGDTySS*, núm. 1 (2003), pp. 7-8, nota núm. 18 y “Legislación laboral y de protección social del sector agrario en perspectiva histórica: la enseñanza a extraer”, en Vv. Aa.: *Reformas socio-laborales en el sector agrario: seguimiento de su impacto y propuestas para la continuación del proceso*, (Arias Domínguez, Ángel, Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters&Civitas, 2013, pp. 63-64.

mediante el recurso a la emigración urbana o internacional garantizando un régimen mínimo de subsistencia. La contributividad vinculada al número de jornadas reales cotizadas, pese a estar presente, es extremadamente limitada<sup>24</sup>, actuando primariamente como garantía de rentas.

### 3.2. Renta agraria

La reordenación de la protección por desempleo de las personas que con carácter eventual desarrollan la actividad agraria operada por las reformas normativas del año 2002 tuvo una importante contestación política y social, constituyendo el punto de mayor desencuentro entre los sindicatos más representativos y el Gobierno<sup>25</sup>. Su cuestionamiento se construye sobre la situación de desprotección en la que quedan las personas eventuales agrarias de Andalucía y Extremadura ante la imposibilidad de cumplir las exigencias establecidas para lucrar el desempleo contributivo creado por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre y el veto al subsidio agrario dado el singular contexto en el que se desarrolla el trabajo agrario (reconversión agraria, excedentes de mano de obra...).

Ello dio origen a que en el período posterior representantes gubernamentales y agentes sociales trabajaran intensamente en la búsqueda de nuevas fórmulas y reformas que lograran traer, de nuevo, la paz social al medio rural andaluz y extremeño. Los objetivos fijados en este proceder pueden concretarse, de manera sumaria, como sigue.

- A) Lo conveniente y prioritario de no retornar al modelo del subsidio agrario, cargado de vicios y corruptelas<sup>26</sup>.
- B) Sustituir la cultura de la ayuda por la de la inserción laboral, el paso de políticas pasivas a políticas activas de empleo.
- C) Cubrir la situación de desprotección generada.

Al cumplimiento de tales fines responde el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, que no trata de ampliar el programa de “renta activa de inser-

<sup>24</sup> Lo que puede además vincularse con el cómputo de las actividades realizadas en el antiguo PER....

<sup>25</sup> Cfr. SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica”, en Vv. Aa.: *Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas de 2002 (Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, p. 34, nota núm. 33.

<sup>26</sup> No se puede entender la renta agraria como intento de reinstauración, encubierta o indirecta, del subsidio de desempleo agrario, en tanto que ello iría en contra de lo establecido por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de limitar el acceso de nuevos beneficiarios al subsidio agrario.

Sin embargo, para LÓPEZ GANDÍA, JUAN: *La protección por desempleo de los trabajadores del Régimen Especial Agrario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 82-83, la renta agraria “de inserción” consiste en una reforma de la reforma del subsidio de desempleo agrario mediante una prestación que va más allá de la renta común de inserción, “aunque no suponga, al menos aparentemente, pero casi, una vuelta atrás total a la situación anterior al «Decretazo», esto es una «restitución de un derecho», que afecta a todos aquellos trabajadores eventuales agrarios que no han podido acceder ya al mismo”.

ción” a las personas eventuales agrarias andaluces y extremeñas, sino de crear para ellas una prestación nueva y distinta, a través de una fórmula híbrida y original, en la que predominan elementos asistenciales y de ayuda a la inserción laboral<sup>27</sup>. Y en la que además se refleja indirectamente (por contradictorio que pueda parecer en tanto que el abandono de los pueblos era un objetivo no expreso de la reforma del año 2002 para allegar mano de obra poca cualificada al sector de la construcción pujante en aquel momento en otros territorios)<sup>28</sup> un compromiso contra la despoblación rural (se insiste, falso o al menos desvirtuado o tergiversado)<sup>29</sup> y la fijación, en última instancia, de un sistema de garantía de rentas para un colectivo marcado por la inactividad, en términos paralelos a como lo había venido siendo (y continúa en la actualidad) en subsidio agrario con una carga contributiva significativamente menor.

### 3.3. Ingreso mínimo vital

En un contexto ordinario del marco de las relaciones laborales y de protección social a comienzos del año 2020 se produjo la comparecencia del señor ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (Escrivá Belmonte)<sup>30</sup> en la Comisión que acumula estas competencias junto con las de Trabajo y Economía Social para informar sobre las líneas generales de la política de su departamento en la XIV Legislatura<sup>31</sup>. Con una semana de diferencia, el 5 de marzo de 2020, tuvo lugar la participación del señor ministro, a petición propia, en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo para informar sobre las prioridades del Gobierno para la presente legislatura en la materia que le es propia<sup>32</sup>.

En lo que interesa al presente trabajo, entre las distintas actuaciones propuestas con carácter prioritario para el Gobierno de la Nación en la Le-

---

<sup>27</sup> Sobre su valor contributivo, cfr. OJEDA AVILÉS, ANTONIO: “La renta agraria para los trabajadores eventuales del régimen agrario”, en Vv. Aa.: *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, cit., pp. 174 y ss., dada la exigencia de cotización de un número mínimo de jornadas y de estar al corriente en el pago de las cuotas durante los doce meses previos.

Como “subsidio activo esencialmente no contributivo”, MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 89.

<sup>28</sup> Se ha sostenido en trabajos previos que la reforma sobre el desempleo puesta en marcha en el año 2002 implica para el colectivo ocupado en el sector agrario no solo una movilidad sectorial y profesional para poder lucrar las prestaciones, sino también una movilidad geográfica que conlleva la emigración del campo a la ciudad, de unas regiones a otras, que vacía los pueblos y alarga su agonía.

<sup>29</sup> En tanto que con fecha de caducidad, por cuanto en sí misma encierra elementos que empujan al abandono de la actividad agraria insertando al colectivo en actividades de otros sectores.

<sup>30</sup> A petición propia y a petición de los grupos parlamentarios Ciudadanos, Popular en el Congreso, Republicano, VOX y Plural.

<sup>31</sup> Cfr. *DS -Congreso de los Diputados-*, núm. 52, de 27 de febrero de 2020, pp. 2 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. *DS -Congreso de los Diputados-*, núm. 51, de 5 de marzo de 2020, pp. 2 y ss.

gislatura que entonces arrancaba su andadura el señor Escrivá incidió en la búsqueda del mayor consenso posible para la implementación del ingreso mínimo vital<sup>33</sup>, que no dudó en tildarla como “probablemente la política más importante del Gobierno de España durante esta Legislatura”<sup>34</sup>.

Su encaje en un entramado normativo enredoso, que habría de convivir con diecisiete instrumentos heterogéneos existentes en las distintas comunidades autónomas<sup>35</sup>, exigía solventar con carácter previo cuestiones de orden competencial y aspectos de coordinación sobre las personas beneficiarias para evitar innecesarias reiteraciones y equívocos en los destinatarios (por exceso o por defecto).

Sin embargo, la planificación marcada y anhelada que exigía de estudio, de diseño, de ordenación, de encaje, de búsqueda de consensos y beneplácitos entre las distintas fuerzas políticas, agentes sociales, representantes autonómicos y locales, de desbroce de cuestiones no sencillas de resolver..., es decir, de un tiempo moderado y razonable para instaurar algo nuevo, complejo y completo, amoldado y ajustado a lo existente, pronto se vio truncada.

La situación de vulnerabilidad generada en unos casos y aumentada en otros en numerosos colectivos a causa de la pandemia de la COVID-19 provocó que surgieran demandas de regulación urgente de esta prestación<sup>36</sup>. Así se recoge de manera expresa en la E. de M. del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo (y hoy en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre).

Con esta disposición legal se intenta cumplir simultáneamente dos objetivos. Por un lado, redistribuir renta. El ingreso mínimo vital se diseña para la erradicación de la pobreza extrema atendiendo a aquellos hogares con una situación de mayor vulnerabilidad. Por otro lado, romper inercias. Es imperiosa la necesidad de integrar en la sociedad a estas clases desfavorecidas siendo el mejor instrumento para ello el reingreso en el sistema educativo o la incorporación al mercado de trabajo, por lo que la prestación se acompaña

---

<sup>33</sup> Los otros grandes acuerdos de Legislatura que debían ser alcanzados, concretaba el señor ministro, giraban en torno a la reforma del sistema público de pensiones y la migración.

Cfr. *DS -Congreso de los Diputados-*, núm. 52, cit., p. 3.

<sup>34</sup> Cfr. *DS -Congreso de los Diputados-*, núm. 52, cit., p. 6.

<sup>35</sup> Con la participación de la Administración General del Estado, con atribuciones en prestaciones no contributivas (en distintos campos); los programas de rentas mínimas regulados por las Comunidades Autónomas e incluso el régimen de ayudas que, en última instancia, las corporaciones locales ponen en marcha para ayudar a las personas en riesgo de exclusión social o vulnerables es el escenario en el que debe integrarse la nueva prestación de la Seguridad Social.

<sup>36</sup> Cfr. Intervenciones de los señores Rufián Romero (Grupo Republicano) y Rodríguez Rodríguez (Grupo de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común) en la comparecencia del señor ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (Escrivá Belmonte) para informar sobre la situación y medidas adoptadas ante el COVID-19 desde dicho ministerio. A propuesta del Gobierno y a petición de los Grupos Parlamentarios Republicano y Popular en el Congreso, cfr. *DS -Congreso de los Diputados-*, núm. 56, de 15 de abril de 2020, pp. 16-17, respectivamente.

de itinerarios de inclusión laboral y social que hagan que su situación en la sociedad sea más plena<sup>37</sup>.

De ahí su carácter como mecanismo de garantía de ingresos de ámbito nacional, configurándose como prestación económica de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

En definitiva, en los tres mecanismos de los que se da cuenta, frutos de su tiempo, con independencia de que su naturaleza sea semi-contributiva, mayoritariamente no contributiva o asistencial, concurre una nota básica, actúan como instrumentos de garantía de ingresos mínimos desde el campo de la Seguridad Social. Ello permite sostener la posible integración de aquellos en el ingreso mínimo vital.

#### 4. REQUISITOS Y REGLAS BÁSICAS: MARCO EXPOSITIVO (SÍNTESIS)

No es voluntad ahora de realizar (dadas las limitaciones espaciales de la presente colaboración) una exégesis exhaustiva de las exigencias requeridas para lucrar cada una de las prestaciones de las que se da cuenta y de sus rasgos definidores. Sin embargo, se entiende oportuno presentar, de modo esquemático, cuáles son aquellas y estos y el testeo concurrente con las demás.

Así, las pautas maestras para ser beneficiaria del subsidio agrario ordinario se concretan como sigue:

- a. Realizar con carácter eventual (contrato de duración determinada o de fijeza discontinua) la actividad agraria por cuenta ajena.
- b. Inclusión en el Sistema Especial Agrario de la Seguridad Social.
- c. Encontrarse en situación de desempleo.
- d. Carecer de rentas en los términos establecidos<sup>38</sup>.
- e. Tener su domicilio en el ámbito geográfico delimitado, esto es, de Andalucía o Extremadura.
- f. Estar en alta o en situación asimilada.

---

<sup>37</sup> Tal y como se ocupaba de explicar el señor Escrivá Belmonte en la comparecencia, a petición propia, para informar sobre la gestión del ingreso mínimo vital; a petición del Grupo Parlamentario VOX para informar sobre la crisis del COVID-19 en el ámbito de sus competencias y a petición del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso para explicar el proyecto de renta mínima (cfr. *DS -Congreso de los Diputados-*, núm. 97, de 8 de junio de 2020, pp. 2 y ss.).

<sup>38</sup> Con carácter general, carecer, en el momento de la solicitud y durante la percepción del subsidio agrario, de rentas de cualquier naturaleza que, en cómputo anual, superen la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, excluidas las pagas extraordinarias.

Se establecen reglas específicas en caso de convivencia....

- g. Tener cubierto un mínimo de treinta y cinco jornadas reales cotizadas en los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo<sup>39</sup>.
- h. No haber cumplido la edad mínima para acceder a la pensión contributiva de jubilación.
- i. Haber percibido el subsidio en alguno de los 3 años anteriores a la fecha de su solicitud.
- j. Suscribir el compromiso de actividad.

La cuantía de la prestación se establece en el 80% del IPREM vigente en cada momento<sup>40</sup>; y su duración se condiciona a cuestiones de edad y de responsabilidades familiares, yendo desde los 120 a los 360 días.

En el caso del subsidio agrario especial para mayores de 52 años estas exigencias se concretan en (además de todos los anteriores excepto la cotización previa en los doce meses naturales inmediatamente anteriores).

- a. Haber cotizado al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social como eventual del campo por cuenta ajena y ser beneficiaria del subsidio ininterrumpidamente durante los últimos cinco años (con importantes reglas flexibilizadoras).
- b. Acreditar que se reúne el período de cotización necesario para el reconocimiento de cualquier tipo de pensión contributiva por jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

La cuantía se corresponde con el subsidio ordinario y se extiende a lo largo de los 365 días, siendo renovado el derecho al mismo cada doce meses sin exigencia de cotización por jornadas reales.

Para el supuesto de la renta agraria, los requisitos concuerdan en buen número con los mencionados (en tanto que remite expresamente al articulado reglamentario precedente).

- a. Realizar por cuenta ajena trabajo agrario con carácter eventual (por tiempo determinado o de fijeza discontinua).
- b. Estar incluido en el Sistema Especial Agrario de la Seguridad Social.
- c. Encontrarse en situación de desempleo.
- d. Inscripción como demandante de empleo.
- e. Tener el domicilio en el ámbito geográfico de Andalucía o Extremadura.

<sup>39</sup> Exigencia, como se ha reiterado, frecuentemente reducida.

<sup>40</sup> De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.2.d) del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía.

Para el año 2023: 480 euros/mes.



- f. Estar en alta o situación asimilada al alta.
- g. No tener derecho al subsidio agrario.
- h. Haber residido y estar empadronado un mínimo de 10 años en el ámbito geográfico protegido.
- i. Tener cubierto en el Sistema Especial en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo un mínimo de 35 jornadas reales cotizadas<sup>41</sup>.
- j. Se condiciona la permanencia en el Sistema Especial Agrario a exigencias de edad o de haber sido beneficiaria con anterioridad.
- k. Carecer de rentas<sup>42</sup>.
- l. Suscripción del compromiso de actividad.

La cuantía de esta prestación se fija según el número de jornadas reales trabajadas acreditadas para acceder al derecho a la renta, estableciéndose una escala progresiva (desde el 80 al 107%) sobre el IPREM vigente en cada momento<sup>43</sup>. Su duración, también se hace depender de dos variantes: la edad de la persona beneficiaria y la tenencia o no de responsabilidades familiares, con una horquilla que oscila entre los 120 y los 300 días.

Por último, y con relación al ingreso mínimo vital, los elementos estándar se perfilan así:

- a. Personas beneficiarias, en términos generales, las integrantes de una unidad de convivencia; las de al menos veintitrés años y menores de 65 años que no se integren en una unidad de convivencia o las que temporalmente sean usuarias de una prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o socio-sanitario<sup>44</sup>.
- b. Tener residencia legal y efectiva en España durante un plazo determinado.
- c. Encontrarse en situación de vulnerabilidad económica, con referencia a la cuantía mensual de la renta garantizada<sup>45</sup>.
- d. Constitución previa de la unidad de convivencia, en su caso.

---

<sup>41</sup> Con las mismas reglas flexibilizadoras que el subsidio agrario.

<sup>42</sup> En iguales términos que para el subsidio agrario.

<sup>43</sup> Cfr. artículo 3.2.e) del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio.

<sup>44</sup> Cfr. artículos 4 y 7 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre.

<sup>45</sup> En concordancia con el artículo 11 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, “concorre este requisito cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de miembros de la unidad de convivencia, correspondientes al ejercicio anterior, en los términos establecidos en el artículo 20, sea inferior, al menos en 10 euros, a la cuantía mensual de la renta garantizada con esta prestación que corresponda en función de la modalidad y del número de miembros de la unidad de convivencia en los términos del artículo 13”.

La cuantía de esta prestación no contributiva se determina de acuerdo a la diferencia entre el conjunto de todas las rentas e ingresos de la persona beneficiaria o de los miembros que componen la unidad de convivencia del ejercicio anterior y la cuantía de la renta garantizada<sup>46</sup>, extendiéndose su percepción mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión y se cumplan los requisitos y obligaciones previstos por la disposición legal.

## 5. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS: BREVIARIO

Del panorama descrito puede aseverarse que, de inicio, este conjunto de prestaciones coincide en sus finalidades, en tanto que garantías de salarios mínimos, en sus distintas fórmulas y con sus matices. Elemento básico y esencial para su reconocimiento se presenta, por tanto, en todas ellas la situación de carencia de recursos económicos suficientes o vulnerabilidad económica, como quiera calificarse. Entran en juego, no obstante, reglas diferenciadoras sobre el cómputo de determinadas rentas, exención de otras..., pero en esencia, queda claro el fin perseguido, la asistencialidad<sup>47</sup>.

En las prestaciones por desempleo de las personas eventuales agrarias de Andalucía y Extremadura se fijan una serie de exigencias propias y adicionales (estar en situación de desempleo, cotización mínima previa, inclusión en el Sistema Especial Agrario...) acorde al momento de su nacimiento y su encuadre como mecanismo de cobertura ante situaciones de inactividad.

No obstante, se entiende que tales diferencias son perfectamente salvable y reconducibles ante una posible inclusión del colectivo en el bloque del ingreso mínimo vital.

La dudas se derivan, sin embargo, de los efectos numéricos, cuantitativos, que ello pudiera implicar. En el año 2022 fueron 164.632 las personas beneficiarias de las prestaciones semi-contributivas en el sector agrario (87.690 subsidio y 76.942 renta agraria)<sup>48</sup> que, como contrapartida, están incluidas en el Sistema Especial, se encuentran al corriente de sus obligaciones de co-

<sup>46</sup> Que para una persona beneficiaria individual asciende al 100% del importe anual de las pensiones no contributivas fijadas anualmente en la LPGE, dividido por doce (para el año 2023 es de 484,61 euros/mes). Aplicándose coeficientes multiplicadores en los supuestos de formar parte de una unidad de convivencia, de tener un grado de discapacidad reconocido....

<sup>47</sup> Cfr. OJEDA AVILÉS, ANTONIO: "La renta agraria para los trabajadores eventuales del régimen agrario", en Vv. Aa.: *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, cit., pp. 174 y ss., para quien "la prueba de necesidad no es determinante, pudiendo ser, como ocurre aquí, un límite más para dosificar el gasto financiero aplicado a esta cobertura, sin por ello comprometer su ulterior naturaleza jurídica".

En el bloque de prestaciones de carácter asistencial se engloba en las estadísticas oficiales del Ministerio de Trabajo y Economía Social, cfr. MITES: *Resumen últimos datos (actualización continua)*, p. 5 (<https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/index.htm>).

<sup>48</sup> Cfr. SEPE: *Prestaciones por desempleo asistenciales para trabajadores eventuales agrarios de Andalucía y Extremadura. Subsidio agrario. Renta agraria. Resumen de datos de*

tización y acreditan un determinado (limitado) períodos de cotización y que perciben una prestación económica para un espacio temporal determinado. El traslado de este bloque hacia el ingreso mínimo vital con cuantías cercanas pero con duración indeterminada mientras se cumplan las exigencias establecidas (y las mayores dificultades de aplicación de las medidas de acompañamiento de esta prestación no contributiva) quizá justifiquen por el momento el mantenimiento de la situación actual.

## 6. CONCLUSIONES

Como señalaba el profesor Martín Valverde, “en una situación de empleo en la que la población laboral de la agricultura no tiene posibilidades de utilizar la propia fuerza de trabajo en los otros sectores económicos, la protección de estas situaciones de desempleo adquiere una dimensión nueva, convirtiéndose en una manifestación insoslayable del deber del ‘Estado Social’ de procurar un mínimo vital a todos los ciudadanos”<sup>49</sup>.

Y es ahí, en este plano, en el que han de situarse tanto el subsidio agrario como la renta agraria (aun cuando esta en su configuración se aleje en parte de aquellos parámetros básicos). Como rentas de subsistencia ante la falta real de oportunidades de incorporación al mercado de trabajo y herramientas de garantía de un ingreso mínimo (a la que se unen todos los insumos propios de la vertebración del territorio, la fijación de la población en los entornos rurales, la conservación del medio ambiente y la garantía de la producción de bienes y servicios de primera necesidad...)<sup>50</sup>.

Sin embargo, tanto el encuadre con el que nacieron, apegadas al modelo del sistema de protección por desempleo; como las fuentes de financiación, hacen que se sitúen algo distanciadas de las mismas, pese al carácter marcadamente asistencial y de políticas generales del Estado en el que habrían de situarse las mismas<sup>51</sup>.

---

noviembre/2022, p. 13 (<https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/estadisticas-prestaciones/prestaciones.html>).

<sup>49</sup> Cfr. Martín Valverde, Antonio: “Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural”, *Temas Laborales*, núm. 2 (1985), p. 29.

<sup>50</sup> Cfr. Romero Coronado, Juan: “El Sistema Especial Agrario. Régimen jurídico”, en Vv. Aa.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, (Monereo Pérez, José Luis, y Rodríguez Iniesta, Guillermo, Dirs., y Maldonado Molina, Juan Antonio y de Val Tena, Ángel L., Coords.), Murcia, Ediciones Laborum, T. II, 2017, pp. 602, para quien el subsidio agrario además de paliar una situación concreta de necesidad, “lo manifiestamente predominante es minimizar las situaciones de riesgo proclives a la generación de una situación de conflictividad social que de no prevenirse por la vía del ordenamiento jurídico social solo podría ser encauzada mediante la utilización de medidas de carácter represivo”.

<sup>51</sup> Sobre el papel que la protección social en su conjunto desarrolla en la promoción de la sostenibilidad y su inclusión en la economía rural configurándose como transferencias sociales que suponen un medio para impulsar la economía rural local, cfr. Romero Coronado, Juan: “Configuración y régimen jurídico de la protección social agraria”, en Vv. Aa.: *Protección social de los trabajadores del campo en el estado social autonómico: aspectos laborales y de Seguridad*

Pero no puede alejarse en el horizonte su verdadera finalidad. Evidente esta de manera significativa en el subsidio especial para personas mayores de cincuenta y dos años donde la ausencia de exigencias previas de jornadas reales trabajadas y su duración extendida durante los trescientos sesenta y cinco días del año, renovable año tras año hasta la edad de jubilación, muestran un claro ejemplo de cómo estas han venido actuando en realidad como mecanismo de rentas mínimas más que propulsores de acceso al empleo. Con una clara disfunción con relación a las políticas activas de empleo (en buena parte corregidas por la renta agraria, aunque sin perder su esencia asistencial).

Así las cosas, las regulaciones presentes están llamadas a confluír. El colectivo de personas beneficiarias, las exigencias de vulnerabilidad económica... convergen en buena parte en las distintas prestaciones. Los tiempos que marquen las disponibilidades presupuestarias serán otros.

PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN CASO  
DE ERTE RED ALTERNATIVA AL DESEMPLEO

ELENA CASTRO SURÍS

*Doctoranda de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<sup>1</sup>*

*Universidad de Vigo*

*elena.castro.suris@uvigo.es*

---

<sup>1</sup> Beneficiaria de un contrato de personal investigador predoctoral en formación en la Universidad de Vigo.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA COBERTURA SOCIAL APLICABLE AL MECANISMO RED. 2.1. Características y finalidad del subsidio. 2.2. Diferencias de tratamiento con respecto a otras modalidades: fuerza mayor y ETOP. 2.3. El supuesto de los trabajadores autónomo. 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN. 3.1. Similitudes con la prestación por desempleo. 4. INSERCIÓN EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 4.1. Incompatibilidades. 4.2. Sinergias y orden de prelación. 4.3. ¿Es posible aplicar supletoriamente la normativa de desempleo?. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el mercado de trabajo español ha contado con tendencias de destrucción de empleo como mecanismo de salvaguarda de la economía nacional en tiempos de crisis<sup>2</sup>. Empero, la probada eficacia de los ERTes durante la situación de urgencia sanitaria de 2020, invitó a los agentes sociales a sopesar su *rol* como piedra angular en procesos temporales de ajuste de plantilla. Especialmente, teniendo en cuenta la favorable experiencia de sistemas análogos europeos, entre los que se encuentra el modelo de *Kurzarbeit* alemán<sup>3</sup>.

Así, tras un período de reflexión y por acuerdo tripartito de las partes sociales, se promovió la tan esperada como necesaria *reforma laboral* de 2021. Disposición normativa elaborada en la línea de lo dispuesto por el Componente 23 *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* aprobado por el Gobierno<sup>4</sup>.

Las modificaciones de mayor calado se introdujeron en el articulado referente a los ERTes, al igual que en en las medidas paralelas de fomento de la contratación indefinida. En concreto, al margen de ciertos cambios realizados en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores –ERTes por causas de fuerza mayor y ETOP–, se incorporó un nuevo mecanismo con vocación de permanencia, el ERTE RED del art. 47 *bis* ET. El artículo comienza determinando la *finalidad* del ERTE RED, *quién* cuenta con legitimación activa para ponerlo en marcha y *qué consecuencias* acarrea.

“Artículo 47 bis. Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo: El Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo es un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permitirá a las empresas la

---

<sup>2</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ºET, Nº14, 2022, p.55.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La fascinación de los modelos o el Kurzarbeit a la española” en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. & MERCADER UGUINA, J. R., *La Reforma Laboral 2010, aspectos prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp.181-206.

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO P.G. & TARELLO G., “Mecanismo Red de flexibilización interna y garantía de estabilización del empleo”, *Temas Laborales*, nº161, 2022, p.318.

*solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo”.*

Asimismo, el párrafo primero del referido artículo precisa la existencia de dos modalidades diferenciadas de ERTE RED, a la vez que acompaña a cada una de ellas con una limitación temporal específica.

*“a) Cíclica, cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año.*

*b) Sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una”.*

Con todo, se debe tener presente que en cada relación laboral existen dos fuentes de derechos y obligaciones, dos caras de la misma moneda: la relación estrictamente contractual como *persona trabajadora* y la vinculación al Sistema de Seguridad Social<sup>5</sup>. De esta manera, y si cabe en cierto paralelismo con el paradigma de la *flexiseguridad europea*<sup>6</sup>, se hace necesario abordar el estudio de la protección proporcionada por la Seguridad Social frente a situaciones de ERTE RED.

En este sentido, el artículo 47.5.b) *bis* ET establece que: *“las personas trabajadoras cubiertas por un Mecanismo RED se beneficiarán de las medidas en materia de protección social previstas en la disposición adicional cuadragésima primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral”*

De conformidad con lo anterior, la disposición adicional 41ª del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [LGSS] expresa: *“cuando, conforme a lo establecido en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por acuerdo del Consejo de Ministros, se active el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, y las empresas afectadas obtengan autorización de la autoridad laboral para su aplicación, podrán reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo de las personas trabajadoras, y estas acceder a la prestación regulada en esta disposición, en los términos y condiciones establecidos en la misma”.*

<sup>5</sup> APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad Social en la Constitución”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) & MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social de Constitución Española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, pp.787-791.

<sup>6</sup> Con la salvedad de tratarse, ulteriormente, de un mecanismo de *adaptación* de la mano de un alto intervencionismo estatal y no de flexibilidad *per se*. // LUJÁN DE FRIAS, F., “Los ERTE y el Mecanismo RED en la Reforma Laboral de 2021”, *Estudios Latinoa.*, n.º13, 2022, p53.



A tenor de lo expuesto, el presente artículo buscará estudiar las garantías sociales en supuestos de reducción de jornada o suspensión de contratos materializadas por medio del mecanismo ERTE RED, con especial énfasis en la naturaleza jurídica de la prestación asociada, en la normativa aplicable a la misma y, en suma, en el que debería ser el constantemente presente *leitmotiv* del Derecho del Trabajo (y, parcialmente, de la Seguridad Social): la protección del trabajador como *sujeto de derecho*<sup>7</sup>.

## 2. LA COBERTURA SOCIAL APLICABLE AL MECANISMO RED

### 2.1. Características y finalidad del subsidio

Tras la sucinta mención a la Disposición 41<sup>a</sup> LGSS realizada en el epígrafe anterior, cabe profundizar ahora al respecto de la cobertura social aplicable al mecanismo RED. A estos efectos, se analizarán los primordiales *elementos configuradores* de las prestaciones facilitadas por el Sistema de Seguridad Social nacional.

En primer lugar, el requisito de *cotización previa*. El trabajador que se vea inmerso en un expediente de regulación de empleo amparado por el artículo 47 *bis* ET, no necesitará acreditar ningún tipo de cotización previa para contar con los beneficios sociales expuestos. En 2020, la temporalidad y la precariedad de gran calado instaurada en el mercado de trabajo limitaban la posibilidad de vincular las prestaciones por desempleo –de ERTEs ETOP y por fuerza mayor– a cotizaciones previas (art. 269 LGSS)<sup>8</sup>. Este rasgo se ha mantenido para acceder a beneficios sociales derivados de un ERTE RED.

Para comprender el porqué de la ausencia de una exigencia de cotización previa –y del posible acierto de esta decisión– debe prestarse especial consideración a la propia configuración histórica del mercado de trabajo español. El mercado laboral del país cuenta, tras periodos de expansión económica, con grandes excedentes de cotizaciones vinculadas al desempleo<sup>9</sup>. Esta afirmación no debería de suponer, de antemano, un factor relevante para el desarrollo de la protección social adscrita al ERTE RED. En especial, al no ser la misma –*prima facie*– una prestación por desempleo. Sin embargo, aquí entra en juego un elemento clave: la financiación del Mecanismo RED.

El artículo 47 *bis* ET prescribe que la prestación se nutrirá de un fondo sin personalidad jurídica vinculado al Ministerio de Trabajo y Economía Social. El mismo estará constituido por los excedentes de los ingresos que provengan

<sup>7</sup> MARTÍN VILLAVEVERDE, A., *Derecho del trabajo y mercado de trabajo: Evolución y reforma del ordenamiento laboral* (1976-2019), Tecnos, Madrid, 2021, pp.406-407.

<sup>8</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, pp.106-107.

<sup>9</sup> De forma orientativa, la Ley 31/2022, de PGE, destina de cara a 2023 un crédito para la partida de desempleo que asciende a una suma total 21.278.019,88 euros.

de prestaciones por desempleo –tanto en su nivel contributivo como asistencial–, por las aportaciones derivadas de financiación europea destinadas a este fin, por las cuantías que se indiquen específicamente en los Presupuestos Generales del Estado [PGE], y por los rendimientos del propio fondo. Hay que hacer notar que esto no excluye la existencia de una *cuasi prelación de créditos*. De hecho, cabría esperar que el excedente derivado del desempleo sea la fuente prioritaria<sup>10</sup> (o única, en tanto en cuanto pueda hacer frente de forma autónoma a las necesidades del mismo).

Se podría afirmar, en suma, que el Fondo RED es –en atención a su origen– un «fondo de desempleo» a la imagen de los Fondos de Pensiones recogidos en la LGSS. No obstante, persiste la cuestión de si el Fondo, tal y como se encuentra tipificado en la versión actual del Estatuto de los Trabajadores, es una fuente idónea para la situación que busca «contener»<sup>11</sup>. La respuesta a la pregunta parece ser afirmativa. Esta fuente de financiación se inspira no solo en modelos europeos como el *Kurzarbeit* alemán, que cuentan con altos niveles de inversión pública, sino, sin ir más lejos, en la propia reforma del ET de 2010.

En España, tras la crisis internacional de 2008, se puso en marcha una gran cantidad de ERTes<sup>12</sup>. Una vez concluida la etapa de suspensión individual de cada prestación laboral, no hubo, en muchos casos, reincorporación al puesto de trabajo. Esto supuso que la mayoría de los trabajadores hubiesen ya “consumido” sus prestaciones por desempleo durante la vigencia del mecanismo de ajuste.

El sistema, entonces, incorporó mediante el Real Decreto-ley 10/2010 un sistema de *reposición de prestaciones*<sup>13</sup>. *A grosso modo*, se trataba de no entender por consumidas las prestaciones anteriormente disfrutadas. De esta manera, se permitía volver a recurrir al desempleo generado con anterioridad. El Fondo RED estaría asumiendo, en la actualidad, una función similar a la que jugó la reposición de prestaciones por desempleo en 2010. Esto supone un reconocimiento implícito del riesgo que entrañan estos procedimientos si no dan resultados en el corto plazo (con independencia de fijar un límite temporal en el art. 47 *bis* ET). Con todo, tal y como está configurado el novedoso

<sup>10</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ºET, Nº14, 2022, p.109-110.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La fascinación de los modelos o el *Kurzarbeit* a la española” en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. & MERCADER UGUINA, J. R., *La Reforma Laboral 2010, aspectos prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp.181-182.

<sup>12</sup> LUJÁN DE FRÍAS, F. “Los ERTes y el Mecanismo RED en la Reforma Laboral de 2021”, *Estudios Latinoa.*, nº13, 2022, p.53.

<sup>13</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La suspensión del contrato y la reducción de jornada al amparo del art. 47 ET” en MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. & TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A (Dirs/Coords.), *La Reforma Laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011, pp.292-293

Fondo RED en la actualidad, se presenta como un mecanismo *integrador*<sup>14</sup>. Al no encontrarse vinculada la reposición de prestaciones a cotizaciones previas, se evitan diferenciaciones entre el régimen contributivo y asistencial. Este cambio posibilita la recualificación o recolocación en el mercado de un mayor número de trabajadores.

Debe añadirse sobre el asunto de las cotizaciones, que la disposición 41ª LGSS aborda el supuesto del período de ocupación cotizado a efectos del desempleo. En concreto, la disposición pone en práctica la *técnica del paréntesis*<sup>15</sup>: “*el tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado, a los efectos de lo previsto en el artículo 269.1. No obstante, el periodo de seis años a que se refiere dicho precepto se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación*”.

Al hilo de lo expuesto, conviene ahora hacer referencia a la *cuantía* de la prestación adscrita al Mecanismo RED. A la luz del apartado tercero de la disposición 41ª de la LGSS, la base reguladora del subsidio por ERTE RED se alcanza de manera semejante a la prestación por desempleo, i.e. excluyendo las horas extraordinarias. Esta decisión continua siendo razonable, puesto que si un trabajador se ve involucrado en un ERTE RED, previsible, progresivo, es esperable que no realice horas extraordinarias en la empresa. A mayores, promover el aumento de la cuantía de prestaciones sociales en función de las horas extraordinarias realizadas podría fomentar desigualdades injustificadas entre personas trabajadoras.

Del mismo modo, optar por esta alternativa promovería una cultura de realización de “horas extra” que, por antonomasia, son extraordinarias. Una vez calculada la referida base reguladora, se le aplicará un 70% inalterable durante el período de aplicación de la medida. Hay que hacer notar, asimismo, que en todo caso existe un límite máximo a la cuantía mensual a percibir por el trabajador: 225% del indicador público de rentas de efectos múltiples [IPREM] vigente en el momento del nacimiento, más una sexta parte.

En tercer lugar, con respecto a la *duración de la prestación*, ésta será aplicable en tanto en cuanto se mantenga en vigor el ERTE RED. El art. 47 *bis* ET establece unos límites temporales claros a la duración de cada modalidad de ERTE RED: un año en caso de ERTE RED cíclico y un año con dos prórrogas de seis meses cada una en caso de ERTE RED sectorial. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que es altamente probable que una verdadera reestructuración de mercado o reconversión sectorial se demore en el tiempo<sup>16</sup>. Así, una

<sup>14</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ºET, Nº14, 2022, p.109.

<sup>15</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, p.120.

<sup>16</sup> Cuanto menos, en «situaciones críticas» ex CABEZA PEREIRO, J., “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ºET, Nº14, 2022, p.97.

vez concluido el periodo durante el cual el trabajador puede beneficiarse por la inversión pública adscrita al ERTE RED, volverá a la situación temporalmente breve de «paro friccional»<sup>17</sup>. Por ello, serán necesarios mecanismos de protección complementarios a la cobertura social otorgada por el Fondo RED.

En cuarto lugar, la (*in*)compatibilidad con la realización de otros empleos. Mientras dure el ERTE RED, no será posible la realización de otro trabajo a tiempo completo. No obstante, sí será posible prestar servicios por cuenta ajena a tiempo parcial. El motivo que subyace a esta habilitación no es otro que fomentar la recualificación (*upskill*) o, en su caso, la recolocación (*outplacement*) de los trabajadores afectados por las medidas. Sin perjuicio, en todo caso, de que un porcentaje de los mismos retorne a su puesto habitual<sup>18</sup>. Es conveniente resaltar que no se reducirá el subsidio social vinculado al ERTE RED.

No obstante, sí que se debe poner de manifiesto la existencia de una, si cabe, inseguridad jurídica para los trabajadores. En los supuestos de reducción de jornada, el límite de referencia de la reducción es, *ex art. 47 bis*, el que dure el ERTE. En ningún caso se exige al empresario que en la solicitud de aplicación del Mecanismo RED delimite el comienzo y fin de la futura –reducción de– jornada diaria. Esto dificulta, a todas luces, la búsqueda de un nuevo empleo a tiempo parcial.

Como quinto y último factor a tener en cuenta, la necesidad de aportar un *plan de recualificación*. La disposición adicional 25ª ET recoge que: “*se priorizará el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, (...) aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa*”. Aquí trasluce la verdadera intención –o, si cabe, predicción– de la reforma de 2021, optar por un *outplacement preventivo*<sup>19</sup>. Aun con los avances que supone para la transición hacia empleos cualificados, el empresario es el encargado de seleccionar el ámbito en el que debe recualificarse el trabajador. Esto se encuentra lejos de promover una decisión individual de la trayectoria profesional.

## 2.2. Diferencias de tratamiento con respecto a otras modalidades: fuerza mayor y ETOP

Una vez introducida la prestación social vinculada a ERTEs RED, no es extraño acudir a términos comparativos para cerciorarse de que la mencio-

<sup>17</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. & FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales” en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) & MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social de Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p.911

<sup>18</sup> *Supra* 15, p.120.

<sup>19</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ªET, N°14, 2022, p. 86.

nada protección es, en efecto, adecuada para los trabajadores afectados por el mismo. En la presente, se tomarán como puntos de referencia los ERTes ETOP y por fuerza mayor. A efectos expositivos, se estudiarán las diferencias de tratamiento de las distintas fases en las que se articulan los ERTes: fase de acceso a la prestación, de percepción y de conclusión de la misma.

En primer lugar, en materia de acceso a la prestación. El ERTE que cuenta con un mayor grado de intervención pública es el ERTE RED<sup>20</sup>. Por primera vez, la reforma laboral proveniente del RD-L 32/2021 incorpora la necesidad de una activación previa del mecanismo. Tal vez, esta decisión se base en la dimensión de la causa. Asimismo, esta atribución de competencias al Estado encuentra su justificación en la complicada naturaleza del Fondo RED, el cual cuenta, ulteriormente, con un fin redistributivo. La redistribución de la renta es una cuestión estatal y ajena a las competencias de dirección del empresario *ex art. 20 y 20 bis ET*.

Una vez activado el mecanismo, habrá que probar el perjuicio para la empresa como persona jurídica individual. Este requisito que ha sido abiertamente criticado, puesto que si existe una coyuntura general de gran impacto, se presume que afectará a todas las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación del ERTE RED. Así, únicamente supone un requisito de gestión adicional, con mayores trabas para las PYMEs.

Continuando con la función pública en los mecanismos ERTes, los expedientes de fuerza mayor al amparo del 47.5 ET sí requieren una autorización por parte de la autoridad laboral, previo informe por parte de la inspección de trabajo. Por su parte, los ERTes ETOP únicamente deberán notificar su comienzo a la mencionada autoridad. Tal y como esta configurado el sistema, la necesidad de que se dé un acto público –previo a la puesta en marcha de un ERTE por el empresario– depende de la exigencia o no de acreditar un período de cotización anterior. Finalmente ha de matizarse que, en el caso del ERTE RED, será la empresa la que deberá formular la solicitud en representación de las personas trabajadoras. Probablemente se haya incorporado por su extensión a un gran número de trabajadores, sin entenderse entonces la diferencia con el supuesto de fuerza mayor *factum principis* del 47.6 ET.

En segundo lugar, cabe hacer referencia a la fase de percepción de la prestación. Existe una notoria diferencia entre la cuantía asociada al ERTE RED y la recogida para el resto de modalidades. La decisión de asociar una mayor cuantía al ERTE RED se apoya –*ex ante*– en su amplitud macroeconómica.

Sobre ello, el ET no interpone límites temporales prefijados en caso de ERTes ETOP y de fuerza mayor, cosa que sí hace en caso de ERTE RED. Esto pone en cuestión el argumento de la “mayor durabilidad” del segundo. El Mecanismo RED es previsible mientras que el ERTE por fuerza mayor del

---

<sup>20</sup> *Ibid*, p.92.

art. 47.6 ET está dotado de una imprevisibilidad<sup>21</sup>. Por ende, se cuenta con dificultades a la hora de argumentar la hiperprotección de los ERTE RED o, de contrario, la falta de la misma en el resto de ERTEs (cuanto menos, *factum principis*). Debe anotarse asimismo que, a la vista de la DA<sup>a</sup> 44 LGSS, resulta cuestionable la diferencia de bonificación de los ERTEs ETOP (20%) y por fuerza mayor del 47.5 ET (90%).

Para concluir, es preciso hacer una breve referencia a la *fase final*. Una vez terminado el periodo de suspensión o reducción de jornada, caben tres alternativas comunes a los diferentes tipos de ERTE: o bien se da un comienzo de prestación efectiva, o bien se continua en suspensión o bien se procede al despido.

### 2.3. El supuesto de los trabajadores autónomos

A raíz de la situación de pandemia y tras la entrada en vigor del RD-L 32/2021, se promulgó el Real Decreto-ley 13/2022 *por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad*, con efectos a fecha 1 de enero de 2023. Esta nueva normativa introduce dos disposiciones adicionales concatenadas –la 48<sup>a</sup> LGSS y la 49<sup>a</sup> LGSS– correspondientes a la modalidad cíclica y sectorial del ERTE RED, respectivamente.

En lo que incumbe a la modalidad cíclica de la DA 48<sup>a</sup> LGSS, los trabajadores autónomos individuales –una vez activado el mecanismo RED por el Consejo de Ministros– no precisarán recabar autorización por la autoridad laboral para percibir la prestación. Esto pone de manifiesto la posibilidad de prescindir de autorización al existir otros mecanismos de control de acceso a la prestación.

Con todo, es notorio que la misma DA prescribe que el trabajador autónomo no podrá realizar ninguna actividad ni por cuenta propia ni ajena durante la percepción del subsidio social, ni siquiera a tiempo parcial. Puede ser que se haya incluido con vistas a que el trabajador autónomo se centre, única y exclusivamente, en recualificarse. O, tal vez, se deba a la dificultad de controlar que verdaderamente que el trabajador está realizando actividades a tiempo parcial y no completo. Lo que no se entiende, es la incompatibilidad con la prestación de servicios por cuenta ajena a tiempo parcial. La modalidad cíclica del ERTE REDD no implica que la recualificación no deba ser una prioridad del mecanismo, de ser posible.

La DA 48<sup>a</sup> procede a continuación a hacer una distinción entre trabajado-

---

<sup>21</sup> Sin embargo, el precepto no lo recoge explícitamente, por lo que cabrían actuaciones de la administración más o menos intermitentes, de conformidad con CABEZA PEREIRO, J., “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2<sup>o</sup>ET, N<sup>o</sup>14, 2022, p.64.

res autónomos que trabajen conjuntamente con trabajadores asalariados y sin ellos. Dentro de los elementos comunes a ambas, se encuentra, por un lado, el requisito de que haya tenido lugar, en los dos trimestres anteriores, una reducción de los ingresos del 75%. Sobre ello, es necesario que éstos no alcancen la cuantía del salario mínimo o de la base por la que viniera cotizando, si fuera menor. En el supuesto de contar con trabajadores asalariados, se añade la exigencia de que el 75% de la plantilla se vea afectada. Los requisitos son, en suma, mucho más estrictos que los existentes para la constatación de causas ETOP del art. 51 ET.

Por ello, solo los trabajadores que se vean en una situación de estricta necesidad, accederán voluntariamente a ella. Más concretamente, solo aquellos que cuenten con una previsión de permanecer durante un largo tiempo en desempleo y con expectativas de permanecer bien en el mismo puesto bien de recualificarse. Es de mucha importancia la anotación de “*con expectativas de permanecer (...)*” ya que, la propia DA 48<sup>a</sup> indica, al igual que en el caso de el art. 47 bis ET que: “*el trabajador autónomo con trabajadores por cuenta ajena percceptor de esta prestación deberá incorporarse a la actividad cuando se acuerde el levantamiento de las medidas adoptada en el mecanismo RED, y mantenerse en el desarrollo de la actividad al menos seis meses consecutivos*”.

Es problemática la exigencia de devolución de las percepciones en el supuesto de trabajadores autónomos puesto que, en más de una ocasión, responden con su patrimonio personal. Situación que no se da en relación con las personas jurídicas, en tanto en cuanto lleven una gestión adecuada de la misma.

Por su parte, en lo respectivo a la modalidad sectorial recogida en la DA 49<sup>a</sup> LGSS, deben resaltarse dos cuestiones. Por un lado, sí que se exige un periodo mínimo de cotización, 12 meses. Se torna paradójico exigir una cotización previa en caso de fuerza mayor y no por motivos ETOP. Con todo, ha quedado dilucidado que la prestación para autónomos vinculada a un ERTE ETOP es muy limitada, casi extraordinaria.

En lo que se refiere a trabajadores autónomos asociados, con o sin trabajadores asalariados, la regulación es semejante –*mutatis mutandis*– a la anteriormente mencionada para ERTEs cíclicos, si bien exige la presentación de un plan de recualificación ante la autoridad laboral.

Por último, hay que hacer una breve mención a los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Éstos podrán acogerse a la modalidad cíclica o sectorial siempre que la empresa de la que dependen haya puesto en marcha un mecanismo amparado por el artículo 47 bis. El trabajador deberá acreditar una reducción del 50% de los ingresos durante dos trimestres fiscales. Asimismo, deberá probar que los rendimientos netos de su actividad no superan el SMI o la base por la que cotizase el trabajador. En ningún caso podrá desarrollar otro trabajo. En el supuesto de prestaciones vinculadas a ERTEs RED por fuerza mayor, la persona trabajadora deberá estar incluida en el plan de recualificación propuesto por la empresa.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN

#### 3.1. Similitudes con la prestación por desempleo

La naturaleza jurídica de la protección social adscrita al Mecanismo RED no es de fácil determinación. Esta cuestión no es baladí, puesto que de entenderse que la prestación RED coincide con otra protección anteriormente regulada, se aplicarán las disposiciones normativas y la jurisprudencia relativa a aquella.

De entrada, la garantía social del ERTE RED cuenta con un objeto semejante a la protección por desempleo: promover la contención de períodos de no ocupación<sup>22</sup>. Así, para poder analizar si la prestación asociada al Mecanismo RED «es» o no prestación por desempleo, deberá atenderse a sus similitudes. A efectos expositivos, se analizarán los paralelismos de cada elemento configurador de ambas prestaciones:

En primer lugar, el requisito de la cotización previa. Si bien es cierto que, en líneas generales, la prestación por desempleo requiere un período de ocupación previa cotizada –cosa que no sucede, por el contrario, con la prestación RED–, no es un requisito absoluto<sup>23</sup>. En el ordenamiento actual, la prestación por desempleo asociada a ERTES en casos de fuerza mayor es accesible sin períodos de cotización anteriores. Por ello, no puede tomarse como un factor definitorio de la prestación. Sobre todo, si se tiene en cuenta que existe, en todo caso, un subsidio por desempleo asistencial.

En segundo lugar, la financiación de la prestación. Como se expuso, la protección social asociada a un ERTE RED tiene como fuente el denominado Fondo RED. Éste está conformado, primordialmente, por el excedente de los créditos destinados a prestaciones por desempleo en épocas de bonanza económica<sup>24</sup>, tanto en su modalidad contributiva como asistencial. De nuevo, se encuentra una similitud con la prestación por desempleo. Si bien es cierto que el Fondo RED recurre a fuentes adicionales –e.g. partidas recogidas en el PGE o fondos europeos, entre otros– no es ésta una situación ajena a la que vivió la prestación por desempleo en ciclos recesivos<sup>25</sup>. Tal vez, el Fondo RED constituya en esta ocasión, verdaderamente, un fondo de desempleo.

En tercer lugar, la cuantía. Si bien es cierto que, cuantitativamente hablando, el subsidio del artículo 47 bis ET es superior, ambos cuentan con la misma base reguladora y tratan situaciones de hecho semejantes. Adicionalmente, tanto una como otra son prestaciones incompatibles con el desarrollo de otro

<sup>22</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, p.118.

<sup>23</sup> CABEZA PEREIRO, J., en “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ºET, Nº14, 2022, pp. 91-92.

<sup>24</sup> *Supra* 22, p.118.

<sup>25</sup> *Supra* 23, p.110.



trabajo a tiempo completo, ya sea por cuenta propia o ajena. Asimismo, las dos prestaciones permiten la realización de un trabajo a tiempo parcial, con la salvedad de que en el desempleo “ordinario” conlleva una reducción proporcional de la cuantía correspondiente al tiempo de ocupación efectiva. Esta diferenciación viene de la mano de la “vocación recualificadora” del ERTE RED. Sin embargo, el tratamiento de compatibilidades, *stricto sensu*, es análogo.

Finalmente, el método de concesión. A pesar de que el Mecanismo ERTE RED cuenta con un alto grado de intervencionismo público, no es esto, en esencia, ajeno al procedimiento del ERTE por fuerza mayor del 47.6 ET o *factum principis*<sup>26</sup>.

### 3.2. ¿Es protección por desempleo?

Para poder tomar una decisión sobre este asunto, debe apelarse a la configuración constitucional del sistema de Seguridad Social. De conformidad con el artículo 41 de la Constitución Española de 1978 [CE]: “*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”.

Del articulado de la norma fundamental se deriva que, ineludiblemente, toda protección conferida a los ciudadanos por parte de la Seguridad Social debe basarse en una *situación de necesidad*<sup>27</sup>. Así, si es posible identificar una situación de necesidad específica y una finalidad semejante i.e. paliar la situación o revertirla, se estará hablando de la misma prestación.

Con respecto a la situación de necesidad específica, pese a la existencia de situaciones «pluricontingenciales»<sup>28</sup> el desempleo se encuentra ligado a una contingencia temporal *de facto*: la ausencia de ocupación efectiva. Esta ausencia de empleo puede materializarse por medio de reducciones o suspensiones de jornada, de conformidad con el artículo 267 LGSS. Igualmente, el ERTE RED está vinculado a una contingencia igualmente transitoria que se manifiesta por medio de una suspensión o reducción de jornada. En todos los casos existe una situación exógena<sup>29</sup>—aun siendo controvertido el supuesto de las causas ETOP— que se prolongará durante un tiempo determinado. Ambas lidian, en esencia, con el concepto de paro friccional.

<sup>26</sup> CABEZA PEREIRO, J., en “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ºET, Nº14, 2022, p.100.

<sup>27</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. & FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales” en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) & MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social de Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 918-919.

<sup>28</sup> *Ibid*, p.952.

<sup>29</sup> *Supra* 26, p.91.

El argumento principal en oposición a esta teoría es la propia concepción de la “friccionalidad”. Este no debe superar un umbral de tiempo determinado, en concreto, el máximo de dos años que establece la LGSS. Sin embargo, en ningún caso los ERTE RED superan el máximo de dos años y, de considerarse ambos tipos de “desempleo” como complementarios, nada impediría reconcebir la predecible duración del paro friccional. Especialmente, si se tiene en cuenta que se está apostando en la reforma por la consolidación de relaciones laborales de larga duración.

Por otro lado, en lo respectivo a la finalidad, ambas prestaciones buscan tanto favorecer la vuelta a la ocupación efectiva como proporcionar «una tasa de sustitución próxima a la renta en activo»<sup>30</sup>. En ninguno de los casos se establece una obligatoriedad de retorno al mismo puesto de trabajo. La única diferencia notable es que en el caso de los ERTE RED se ponen paralelamente en marcha planes de recualificación. Empero, la posibilidad de reincorporarse al mercado laboral en un trabajo diferente no cambia la naturaleza jurídica de la prestación. En conclusión, no se encuentra una razón de peso para calificar a la prestación RED como un subsidio diferente del desempleo *stricto sensu*.

#### 4. INSERCIÓN EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

##### 4.1. Incompatibilidades

La DA 41<sup>a</sup> LGSS en su apartado primero dispone que la prestación RED: “*será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo, con la prestación por cese de actividad y con la renta activa de inserción, regulada por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.*”

*Asimismo, es incompatible con la obtención de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo en el que se aplica el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo*”. Sobre ello, genera dudas el final del referido apartado que continúa de la siguiente manera: “*las personas trabajadoras no podrán percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo*”.

Texto que debe de ser contrastado con su epígrafe tercero: “*en caso de que la relación laboral sea a tiempo parcial, la cuantía máxima contemplada en el párrafo anterior se determinará teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo a que se refiere el apartado 3*”<sup>31</sup>. Así,

<sup>30</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. & FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales” en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) & MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social de Constitución Española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, p.949.

<sup>31</sup> Incompatibilidad criticada anteriormente por CABEZA PEREIRO, J. en “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma

una persona trabajadora a tiempo parcial solo podrá recibir un subsidio en caso de verse expuesta a dos suspensiones totales de jornada. Finalmente, hay que apuntar que es dudoso si –excepcionalmente– una persona trabajadora a tiempo parcial que se encuentre bajo el efecto de dos suspensiones podría acceder a la prestación por desempleo parcial o no.

## **4.2. Sinergias y orden de prelación**

Tras lo expuesto en el apartado previo, queda patente que las interrelaciones entre las diferentes prestaciones de la Seguridad Social son de difícil esclarecimiento. Por este motivo, se hará una breve referencia a las mismas. En concreto, se focalizará la atención en las siguientes prestaciones: RED, por desempleo, renta activa de inserción y renta por cese de actividad.

En lo relativo a los trabajadores por cuenta ajena, tras la activación de un ERTE RED lo usual es optar por la prestación asociada a este mecanismo. El principal motivo de este hecho no es otro la vinculación de la prestación a la existencia de una medida en vigor de suspensión o reducción de jornada. Mientras dure el expediente, no se tendrá acceso a otra prestación. Sin perjuicio, en todo caso, de poder prestar el trabajador servicios por cuenta ajena.

Una vez se ponga fin al ERTE RED, se plantea la posibilidad de que la empresa deba de acudir a un ERTE ETOP o por fuerza mayor. De darse la situación, entraría en juego la prestación por desempleo “ordinaria” en su faceta contributiva. Una vez consumida la prestación por desempleo contributiva –con una duración máxima de dos años–, se tendrá derecho a un subsidio por desempleo, de carácter asistencial.

La cuantía, no obstante, es notoriamente inferior al estar conformada por el 80% del IPREM, con cadencia mensual. La duración máxima del mismo son 21 meses en el caso de tener responsabilidades familiares y haber cotizado más de 6 meses. De lo contrario, podrá durar entre tres y seis meses, en función del período de cotización acreditado. Finalmente, de no encontrar empleo –de conformidad con la DA 27<sup>a</sup> de la LGSS– existe la posibilidad de acceder al subsidio extraordinario por desempleo. Con todo, a la luz de su apartado tercero, no será compatible con la suspensión del contrato y durará únicamente 180 días.

Si se es mayor de 45 años, una vez concluido el subsidio asistencial por desempleo podrá accederse a la Renta Activa de Inserción, con una renovación máxima de tres veces –años alternos– y una duración de 11 meses. En este caso, se tendrá en cuenta a efectos de beneficiarse de la prestación, el régimen económico familiar. Paralelamente, si se es mayor de 52 años, se tiene derecho a percibir el subsidio por desempleo para personas trabajadoras mayores de 52 años. La duración será hasta que la persona alcance la edad ordinaria de jubilación.

En el supuesto de los trabajadores por cuenta propia, la compatibilidad entre prestaciones se torna un poco más compleja. Tras beneficiarse un ERTE RED, la persona trabajadora –de conformidad con la DA 48ª LGSS– deberá mantenerse en activo durante seis meses o, de lo contrario, deberá reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas. Igualmente, su apartado cuatro enuncia que será incompatible la percepción de “*la prestación para la sostenibilidad de la actividad*” con: “*con la percepción de una prestación de desempleo, de mecanismo RED, de cese de actividad, con la renta activa de inserción regulada por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, o con cualquier otra prestación del sistema de Seguridad Social, distinta de las anteriores, salvo que fueran compatibles con el trabajo*”. Así, se deberá elegir entre percibir la cuantía asociada al ERTE RED o la prestación por cese de actividad. Por lo demás, el régimen es ciertamente semejante al de trabajadores por cuenta ajena.

#### 4.3. ¿Es posible aplicar supletoriamente la normativa de desempleo?

La no aplicación del articulado en materia de desempleo al Mecanismo ERTE RED supondría una inseguridad jurídica para las personas trabajadoras amparadas por el mismo. En especial, teniendo en cuenta la exhaustividad de la doctrina jurisprudencial preexistente en nuestro ordenamiento, así como la vigencia del RGSS.

De esta manera, se considere o no prestación por desempleo la prestación recogida en la DA 41ª LGSS y vinculada a Mecanismos RED, cabe la posibilidad de aplicar supletoriamente la normativa de desempleo. El artículo 47.5.a *bis* hace una remisión *in totum* al art.47.7.e) ET<sup>32</sup>: “*serán normas comunes aplicables a las dos modalidades del Mecanismo RED, las siguientes: las previsiones recogidas en el artículo 47.4 y 7*”. De suerte que el artículo 47.7.e) ET establece que: “*la prestación a percibir por las personas trabajadoras se regirá por lo establecido en el artículo 267 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo*”. Es decir, *prima facie*, nada impide aplicar supletoriamente la normativa vinculada al desempleo (arts. 267 y ss LGSS).

#### 4. CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado, puede concluirse prudentemente que el ERTE RED, pese a requerir una gran inversión pública, supone un gran avance para el sistema de relaciones laborales español. Especialmente, al ser un mecanismo «sensible» al contexto político y socio-económico en el que se encuadra.

---

<sup>32</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2º ET, Nº14, 2022, p.103-104.

Los expedientes RED son una medida –con vocación de permanencia– cuyo objeto es evitar que situaciones coyunturales se transformen en estructurales. Este objetivo del ERTE RED –y, por ende, de la reforma de 2021– contribuirá a la contención de la alta tasa de paro estructural con la que cuenta España.

Con todo, uno de los mayores retos al que tendrá que hacer frente el ERTE RED es al límite temporal impuesto por la normativa laboral. Es llamativo que la duración de las prestaciones asociadas a métodos del calado de un ERTE RED cuenten con un período de aplicación *a priori* más estricto –aunque *de facto* similar– a la prestación por desempleo. Así, es esperable que se den posibles deficiencias técnicas en la aplicación del mencionado mecanismo y que se tenga que acudir a prórrogas por medio de Real Decreto-ley.

Sobre ello, indicar que, a lo largo del estudio, no se ha podido encontrar una razón de peso para considerar al subsidio para la sostenibilidad en el empleo como una prestación diferente a la de desempleo. Empero, se podría aplicar –*a priori*– la normativa relativa a la segunda de manera subsidiaria, gracias a la remisión que lleva a cabo el artículo 47.5 ET al 47.7. *bis* ET *in totum*.

Asimismo, no se debe olvidar que, pese a la adición de los ERTE RED como una medida de adaptación puesta a disposición de las empresas, ésta no cuenta con un carácter preferente ni relega el despido a un método de *ultima ratio*. Aunque pueda entenderse como ideal el recurso prioritario al ERTE RED, la decisión final entra dentro del poder de dirección del empresario a la luz de la reforma del 2021.

Estas afirmaciones deberán ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar la naturaleza jurídica de la prestación pero, sin duda, se trata de un mecanismo racional, necesario y que justifica la inversión de fondos públicos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad Social en la Constitución”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) & MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social de Constitución Española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003.
- CABEZA PEREIRO, J., “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 155, 2020
- CABEZA PEREIRO, J., “La metamorfosis de los mecanismos de suspensión del contrato y reducción temporal de jornada en la reforma laboral de 2021”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ºET, Nº14, 2022.
- CABEZA, PEREIRO, J., “La suspensión del contrato y la reducción de jornada al amparo del art. 47 ET” en MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. & TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A (Dirs/Coords.), *La Reforma Laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011, pp.292-293.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*.

- CAVAS MARTÍNEZ, F. & FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales” en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) & MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social de Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- DE LA VILLA GIL, L.E., “El modelo constitucional de protección social”, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) & MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social de Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La fascinación de los modelos o el Kurzarbeit a la española” en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. & MERCADER UGUINA, J. R., *La Reforma Laboral 2010, aspectos prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GORELLI, J.; “El proceso de reformas de la negociación colectiva en España”, *Derecho PUCP*, N°68, 2012.
- LUJÁN DE FRÍAS, F. “Los ERTE y el Mecanismo RED en la Reforma Laboral de 2021”, *Estudios Latinoa.*, n°13, 2022.
- MARTÍN VILLAVARDE, A.; *Derecho del trabajo y mercado de trabajo: Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Tecnos, Madrid, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G. & TARELLO, G., “Mecanismo Red de flexibilización interna y garantía de estabilización del empleo”, *Temas Laborales*, n°161, 2022.

RENTAS DE GARANTÍAS DE INGRESOS:  
ÚLTIMA RED DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL  
PARA LA INCLUSIÓN EN LOS MERCADOS DE TRABAJO<sup>1</sup>

ENEAS ISPIZUA DORNA

*Profesora adjunta*

*Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea*

*enea.ispizua@ehu.eus*

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial”, Ref. PID2021-122537NB-I00; y en el Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco “Un nuevo modelo de Gobernanza empresarial sostenible en la era de la internacionalización y la digitalización” (ref. IT1630-22).

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO DE RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN. 3. LA LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL DESDE LA UNIÓN EUROPEA. 3.1. Regulación y recomendaciones. 3.2. Modelos de sistemas de rentas mínimas en la Unión Europea. 4. LOS SISTEMAS DE RENTAS MÍNIMAS EN ESPAÑA. 4.1. Competencias en materia de Asistencia Social. 4.2. Distintos modelos de rentas mínimas en España. 4.3. Desde la pionera renta de garantía de ingresos de Euskadi hasta el ingreso mínimo vital. ¿Qué comunidades autónomas mantienen su renta mínima?. 5. REFLEXIONES FINALES.



## 1. INTRODUCCIÓN

Nuestra sociedad está en constante cambio debido a las crisis que se producen. Tras la crisis del año 2008 y la crisis más reciente del 2020 debido a la COVID-19, la sociedad española se caracteriza por el incremento de situaciones de desigualdad. Estas desigualdades tienen su origen en la pérdida de empleos y la precarización de los empleos existentes. A consecuencia de esta situación, las rentas de garantías de ingresos están adquiriendo mayor relevancia, ya que las técnicas de protección clásicas se están mostrando insuficientes. La finalidad más generalizada de estas rentas es doble: por un lado, la función reparadora y por otra, la reinserción profesional.

A pesar de que las Comunidades Autónomas mayoritariamente tenían su renta de garantía de ingresos, ha sido la pandemia y sus efectos los que han incentivado la aprobación del Ingreso Mínimo Vital por parte del Gobierno español. Así, con la aprobación del Real Decreto Ley 20/2020 se aprobó un mecanismo estatal de garantía de ingresos compatible con las distintas rentas básicas de las Comunidades Autónomas.

Asimismo, a nivel europeo, la Comisión recomienda a los Estados miembros que modernicen sus regímenes de renta mínima para cumplir con el compromiso adquirido de reducir la pobreza y la exclusión social en Europa.

En los siguientes apartados, se analizarán el concepto y beneficiarios de las rentas mínimas, así como se estudian los distintos sistemas de rentas mínimas existentes en España, partiendo del sistema pionero que fue la renta de garantía de ingresos que se implantó en el País Vasco. Además, se analizan los tipos de rentas mínimas existentes en otros países vecinos de la Unión Europea.

Para llevar a cabo este texto se ha utilizado la metodología jurídica, esto es, se ha estudiado la normativa jurídica aplicable y las recomendaciones dictadas en esta materia, se han analizado los pronunciamientos doctrinales y los pronunciamientos jurisprudenciales. Finalmente, se han contrastado los datos con las estadísticas sobre la materia.

## 2. CONCEPTO DE RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN

El denominado sistema de garantías de ingresos mínimos se forma por diversos programas caracterizados por su amplitud y complejidad, con el objetivo de apoyar económicamente a las personas que se encuentran en situaciones de necesidad más extremas. Entre estos programas que se han mencionado podemos diferenciar entre<sup>2</sup>.

- Los complementos por mínimos del sistema de Seguridad Social, cuya finalidad es complementar las pensiones contributivas.
- Los subsidios asistenciales por desempleo.
- La renta activa de inserción.
- Las rentas mínimas de inserción con distintos nombres.

Nosotros nos centraremos en las últimas, debido al límite de extensión máxima del trabajo. Las rentas mínimas de inserción se plantean como una “fórmula mágica”, pero por si solas no son la solución a los problemas generados por la desestructuración, la destrucción de empleo y los cambios producidos en la organización debido a la introducción de nuevas tecnologías y robotización<sup>3</sup>.

Conforme al Comité Económico y Social Europeo (CESE), la renta mínima garantizada es una ayuda a los ingresos que no está basada en el pago de cotizaciones sociales y que resulta una última red de seguridad para las personas que no pueden optar por las prestaciones de Seguridad Social. Es el último recurso contra la pobreza<sup>4</sup>.

Según el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, se denominan Rentas Mínimas de Inserción “*a los distintos programas que tienen las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla dirigidos a las personas y familias que carecen de recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas, acompañado además de un proceso de intervención social. En algunos casos estos programas se vinculan además con procesos de inserción laboral*”<sup>5</sup>.

Las rentas mínimas de inserción son una respuesta de varios preceptos legales que recogen el derecho de los ciudadanos a un nivel de vida adecuado. De esta forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), recoge en su artículo 22 que “*toda persona, como miembro de la sociedad,*

<sup>2</sup> CARRILLO MARQUÉZ, Dolores, “El necesario reforzamiento del nivel asistencial de nuestro sistema de protección social”, en. REY PÉREZ, José Luis *et al.*, *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España*, Dykinson, S.L., Madrid, pg.195.

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, José Luis, “La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la “sociedad del riesgo”, *Lex Social*, Vol.10, N°.2, 2020, pg.427.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pg.441.

<sup>5</sup> MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Informe de Rentas Mínimas de Inserción*, disponible en: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/servicios-sociales/rentas-minimas.html> (última consulta: 21-03-2023).

tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”<sup>6</sup>. El mismo texto, su artículo 25 establece el derecho que tienen las personas a un nivel de vida adecuado asegurando a su familia, salud y el bienestar, y haciendo hincapié en los seguros en caso de desempleo.

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 151 reconoce que “*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, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones*”<sup>7</sup>.

En el ámbito interno, siguiendo la misma línea del ámbito internacional, su artículo 41 reconoce que “*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”<sup>8</sup>.

Acorde a estas disposiciones legales, las Comunidades Autónomas han ido desarrollando sus sistemas de rentas mínimas y estableciendo sus requisitos para poder acceder a ellas y de esta manera se caracteriza por ser heterogéneo el sistema. Se trata de un modelo de protección desequilibrado, caracterizado por distintos niveles de cobertura, y no se puede hablar de un sistema de ingresos mínimos para el conjunto de las personas residentes en el territorio<sup>9</sup>. Esta situación lo corroboran las instituciones europeas a través de sus recomendaciones, pero el Gobierno de España también en múltiples estudios y reflexiones dónde ha destacado las carencias del modelo español de garantías de ingresos. Concretamente, en un estudio elaborado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal y denominado “Los programas de

---

<sup>6</sup> NACIONES UNIDAS, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948, artículo 22, disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf) (última consulta: 20-03-2023).

<sup>7</sup> UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, artículo 151, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES> (última consulta: 20-03-2023).

<sup>8</sup> CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, BOE nº 311, 1978, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (última consulta: 20-03-2023).

<sup>9</sup> SANZO GONZÁLEZ, Luis, “La introducción de la renta básica en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2005, 23, nº 2, pg. 127.

rentas mínimas en España”<sup>10</sup>, se ponía de relieve que el sistema de ingresos mínimos está fraccionado y con carácter general ofrecen cuantías bajas. Con este panorama y viendo las consecuencias negativas del COVID-19, el Gobierno de España observa la necesidad de poner en marcha el ingreso mínimo vital. Así, siguiendo el artículo 41 de la Constitución Española, el legislador aprobó la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, con la finalidad de asegurar un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia.

Tanto el ingreso mínimo vital como las rentas de garantías de las Comunidades Autónomas requieren justificar la situación de vulnerabilidad del beneficiario. Sin embargo, algunos autores abogan por fomentar y aprobar una renta básica universal. Esta renta va más allá de las rentas anteriormente citadas, ya que se plantea como una prestación económica de derecho universal, es decir, tendrán acceso a la misma todos los ciudadanos. Respecto a su cuantía, resulta la misma para cada persona y es incondicional, no exigiéndose ninguna contraprestación (no se exige una situación de insuficiencia de rentas o la inexistencia de un mínimo nivel patrimonial). La doctrina que se sitúa a favor de esta renta destaca dos aspectos positivos de esta renta universal: por un lado, se puede acumular a cualquier otro tipo de ingreso y así los beneficiarios seguirán teniendo interés por acceder al trabajo; y, por otro lado, se evitan situaciones de humillación o de diferencia comparando con el resto de sociedad por requerir una demostración de la escasez de recursos<sup>11</sup>.

### 3. LA LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL DESDE LA UNIÓN EUROPEA

#### 3.1. Regulación y recomendaciones

Dentro de los países miembros de la Unión Europea, España cuenta con desigualdades y pobreza y un factor que no beneficia es la débil intervención del Estado en comparación con la mayoría de países del entorno. Debido a esto, han sido las Comunidades Autónomas las que han ido configurando distintos modelos de políticas de rentas mínimas. Como se ha comentado anteriormente, esto hace que muchas situaciones de necesidad queden sin cubrir por el Estado de bienestar. Estas debilidades han sido puestas de manifiesto por la Unión Europea a través de sus regulaciones y recomendaciones.

La Recomendación del Consejo 92/441/CEE, de 24 de junio de 1992, sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes

<sup>10</sup> AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIREF), *Los programas de rentas mínimas en España*, Estudio, disponible en: [https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENDA\\_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf](https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENDA_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf) (última consulta: 22-03-2023).

<sup>11</sup> SANZO GONZÁLEZ, LUIS, “La introducción de la renta básica en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2005, 23, nº 2, pgs.132-134.

en los sistemas de protección social, recogía los principios que deben tenerse en cuenta en el marco de las estrategias políticas nacionales de lucha contra la exclusión social para que ninguna persona residente en la Unión Europea se encuentre sin recursos suficientes y se garantice la dignidad humana<sup>12</sup>.

En 2008, la Comisión de la Unión Europea, a través de su Recomendación 2008/867/CE, de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, instaba a los estados miembros a que reconocieran y aplicaran el derecho de las personas a los recursos y la ayuda social suficientes como parte de un dispositivo global y coherente para combatir la exclusión social<sup>13</sup>. Esta recomendación contenía los principios comunes y una guía basada en tres pilares: una adecuada política de rentas mínimas, un mercado de trabajo inclusivo y el acceso a servicios de calidad<sup>14</sup>.

Dos años más tarde, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución de 20 de octubre de 2010, sobre el papel de la renta mínima en la lucha contra la pobreza y la promoción de una sociedad integradora en Europa, el cual apoyaba el establecimiento de una renta mínima. Asimismo, el 15 de noviembre de 2011, el Parlamento europeo aprobó otra Resolución sobre la plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social. El texto recoge la posibilidad de lanzar una consulta sobre una posible iniciativa legislativa sobre los ingresos mínimos, adecuados y que permitan el desarrollo económico, para posibilitar la prevención de la pobreza entre otras cuestiones<sup>15</sup>. Para responder a esta última Resolución, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Renta mínima e indicadores de pobreza de 10 de diciembre de 2013<sup>16</sup>, subrayó *“la alucinante necesidad de garantizar una renta mínima adecuada en la Unión Europea mediante una Directiva marco dirigida a combatir la pobreza facilitando la inclusión en el mercado de trabajo”*<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Recomendación del Consejo de 24 de junio de 1992, sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992H0441&from=ES> (última consulta: 22-03-2023).

<sup>13</sup> Recomendación de la Comisión de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:307:0011:0014:ES:PDF>; última consulta: 22-03-2023).

<sup>14</sup> DE LA CAL, María Luz, “La garantía de rentas mínimas en el estado español especial. Referencia al caso de la RGI vasca”, *Trabajo, Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, n° 30, 2014, pg. 109.

<sup>15</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social (2011/2052(INI)), disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0495\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0495_ES.html) (última consulta: 22-03-2023).

<sup>16</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Por una Directiva marco europea sobre la renta mínima», disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IE2210&from=RO> (última consulta: 22-03-2023).

<sup>17</sup> DE LA CAL, María Luz, “La garantía de rentas mínimas en el estado español especial. Referencia al caso de la RGI vasca”, *Trabajo, Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, n° 30, 2014, pg.110.

En 2017, el Pilar Europeo de Derechos Sociales recogió veinte principios fundamentales entre los cuales se encontraba en el principio 14 la renta mínima. Así, se recoge que *“ Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re) integración en el mercado laboral ”*<sup>18</sup>. Ese mismo año, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza, pide a todos los Estados miembros que introduzcan regímenes de renta mínima adecuados, acompañados de medidas para favorecer la reincorporación al mercado de trabajo de todas las personas capaces de trabajar.

Respecto a las recomendaciones concretas que ha realizado la Unión Europea al Gobierno español debemos destacar dos de ellas: en primer lugar, en 2018 desde Bruselas se resaltaba que en España *“ los programas de garantía de rentas están marcados por grandes disparidades en las condiciones de acceso y entre regiones, y por la fragmentación de los programas destinados a diferentes grupos de individuos en búsqueda de empleo y gestionados por diferentes administraciones ”*<sup>19</sup>; y en segundo lugar, en 2019 se afirmaba que *“ los sistemas de ingresos mínimos regionales presentan grandes disparidades en las condiciones de acceso, cobertura y suficiencia... como resultado, muchos de los que están en situación de necesidad no reciben apoyo ”*. Por lo tanto, destaca la debilidad del sistema español para poder tomar medidas adecuadas para solucionarlo.

Otra cuestión relacionada con la materia, es la propuesta que se llevó en 2022 a la Unión Europea sobre la implantación de rentas básicas incondicionales en toda la Unión Europea que no fue aprobada.

Finalmente, en 2023 se ha aprobado la Recomendación del Consejo de 30 de enero de 2023, sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa y establece como su objetivo *“ luchar contra la pobreza y la exclusión social promoviendo una ayuda a la renta adecuada, en particular mediante una renta mínima, el acceso efectivo de las personas que carecen de recursos suficientes a servicios esenciales y de capacitación y la promoción de la inserción laboral de aquellas personas que pueden trabajar, de acuerdo con el enfoque de la inclusión activa ”*<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> COMISIÓN EUROPEA, *El pilar Europeo de Derechos Sociales*, disponible en: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es) (última consulta: 22-03-2023).

<sup>19</sup> Recomendación del Consejo de 13 de julio de 2018, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2018 de España, apartado 12, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0910\(08\)&from=LV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0910(08)&from=LV) (última consulta: 22-03-2023).

<sup>20</sup> Recomendación del Consejo de 30 de enero de 2023 sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2023-70008> (última consulta: 22-03-2023).

### 3.2. Modelos de sistemas de rentas mínimas en la Unión Europea

Los países de la Unión Europea, de manera generalizada, cuentan con un sistema de garantía de ingresos dirigidos a las personas que no perciben suficientes ingresos para atender sus necesidades y las de sus familias. Es cierto que no podemos decir que dichas rentas hayan sido capaces de erradicar por completo la pobreza y la exclusión social en Europa, pero sí que han tenido su impacto positivo en la reducción de la pobreza como en la mejora de las condiciones de vida de las familias beneficiarias.

La mayoría de modelos se caracteriza por el condicionamiento de la percepción de las rentas con las medidas de activación hacia el empleo, como constata un informe elaborado por la Red de Inclusión Social sobre los sistemas de rentas mínimas de los Estados miembros de 2009<sup>21</sup>. Sin embargo, hay que destacar que existe una amplísima variedad de opciones.

El ejemplo más representativo de una red de protección integrada es el de Reino Unido, ya que tiene un sistema que es compatible con el empleo y, por lo tanto, se puede percibir teniendo empleo. Esta renta ha querido simplificar e integrar el proceso, unificando varias prestaciones, a través del programa *Universal Credit*. Es una de las principales reformas del sistema de bienestar británico desde 1943 y desde 2013 reúne en un solo programa seis prestaciones a las que se accedía de manera independiente, tales como el subsidio por desempleo, las ayudas de vivienda, los beneficios fiscales y los complementos para familias con pocos ingresos<sup>22</sup>.

En los países del entorno, el sistema que más abunda es el de sistemas de asistencia social dual. Esto es, recogen dos vías de acceso a la última red protectora: por un lado, existe una prestación que cubre con carácter general el riesgo de pobreza de los hogares; y, por otro lado, subsidios específicos que cubren contingencias determinadas. En estos países son compatibles las ayudas con el empleo, siempre y cuando no se supere un determinado nivel de ingresos. El primer sistema de esta categoría fue aprobado en Bélgica en 2002. El denominado Ingreso de Integración Social tiene como finalidad ayudar a las personas sin recursos a integrarse en la sociedad y en el trabajo. Es el Estado el que financia la prestación a través de administraciones locales y se complementa con otras ayudas. En cuanto a los requisitos que se exigen son varios: residencia en el país, justificar la insuficiencia de recursos, estar dispuesto a trabajar... Asimismo, se añade un requisito extra para los ciudadanos de entre 18 y 25 años al exigirles firmar un contrato para un programa individual de integración social para poder poner fin cuanto antes a la percep-

---

<sup>21</sup> DE LA CAL, María Luz, "La garantía de rentas mínimas en el estado español especial. Referencia al caso de la RGI vasca", *Trabajo, Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, n° 30, 2014, pg. 109.

<sup>22</sup> MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Actualidad Internacional Sociolaboral*, n° 171, 2013, pg. 59.

ción de la renta<sup>23</sup>. El segundo país de nuestro entorno que sigue este sistema es Alemania, que en 2005 aprobó un subsidio común para todo el país que se gestiona por parte de las administraciones municipales y oficinas de empleo locales, pero que financia el Gobierno. El subsidio establece unos requisitos a cumplir: se destina a personas mayores de 15 años y menores de 65-67, deben residir o haber trabajado en Alemania, constatar insuficiencia de recursos, agotar la prestación por desempleo y tener capacidad para trabajar. Se trata de una renta mínima que cubre los gastos de alojamientos y calefacción, ayudas para contratar un seguro médico, complementos por número de hijos...<sup>24</sup>. El tercer país que sigue este sistema lo encontramos en Francia, que cuenta desde 2009 con el *Revenu de solidarité active (RSA)* (se aprobó por la Ley 2008-1249, de 1 de diciembre de 2008 y entró en vigor el 1 de junio de 2009, sustituyendo a la *Revenu Minimum d'Insertion* de 1998 y de *l'Allocation de parent isolé*). Cubre, cumpliendo ciertas condiciones, a las personas de 25 o más años y a los de entre 18 y 24 años si son familias monoparentales o acreditan cierta duración de actividad profesional y que tengan nacionalidad francesa o cuenten con permiso de residencia. Esta renta pretende incitar el retorno al trabajo, ya que permite compatibilizar el salario con la renta<sup>25</sup> <sup>26</sup>. Otro país que se engloba en este grupo es Países Bajos, el cual cuenta con la Ley de Participación desde 2015, en el que se establece que toda población residente en su país debe tener un nivel mínimo de ingresos. El objetivo del país es lograr una rápida reinserción al mercado laboral del beneficiario de la renta. Esta ayuda puede ser complementada por otro tipo de ayudas como las destinadas a la vivienda o asistencia sanitaria. Esta ayuda al igual que en Bélgica recoge distintos tipos de familias, es decir, recoge a personas que viven en pareja, que viven solas o personas con hijos a su cargo. Por último, encontramos a Italia que fue el último en aprobar este tipo de renta, ya que hasta el 2019 no entró en vigor la renta de ciudadanía. Los requisitos para acceder a este subsidio resultan más estrictos, ya que se exige ser ciudadano europeo y demostrar que se ha vivido al menos 10 años en Italia y, además, establece límites al patrimonio inmobiliario, financiero y a los ingresos anuales<sup>27</sup>.

Si nos detenemos en los países nórdicos, sus sistemas se basan en el derecho a la ciudadanía. Como bien es sabido, estos países cuentan con una protección social de extensa cobertura y, por tanto, las rentas de garantía de

---

<sup>23</sup> MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, “Conozca los Ingresos Mínimos Vitales que funcionan en nuestros países vecinos”, *La Revista de la Seguridad Social*, 2020, disponible en: <https://revista.seg-social.es/-/conozca-los-ingresos-m%C3%ADnimos-vitales-que-funcionan-en-nuestros-pa%C3%ADses-vecinos> (última consulta: 23-03-2023).

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> DE LA CAL, María Luz, “La garantía de rentas mínimas en el estado español especial. Referencia al caso de la RGI vasca”, *Trabajo, Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, nº 30, 2014, pg.107.

<sup>26</sup> MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, “Conozca los Ingresos Mínimos Vitales que funcionan en nuestros países vecinos”, *La Revista de la Seguridad Social*, 2020, disponible en: <https://revista.seg-social.es/-/conozca-los-ingresos-m%C3%ADnimos-vitales-que-funcionan-en-nuestros-pa%C3%ADses-vecinos> (última consulta: 23-03-2023).

<sup>27</sup> *Ibidem*.



ingresos desempeñan un papel secundario. Por ejemplo, Dinamarca tiene un subsidio estatal de asistencia social destinada a personas que carecen de manera temporal de medios suficientes para cubrir sus necesidades o las de su familia que es compatible con ayudas a la vivienda. Este subsidio va reduciéndose en cuantía cuanto más perdure en el tiempo<sup>28</sup>. Resulta una forma de incentivar la inserción laboral. Por su parte, Finlandia es referente en la renta básica incondicional, ya que a principios de 2017 puso en marcha un proyecto de dos años de duración que consistía en seleccionar a varias personas desempleadas entre los 25 y 58 años para ofrecerles una renta básica universal que consistía en 560 euros y sin tener la obligación de buscar un empleo. Las conclusiones principales a este experimento fueron que se observaron pequeños beneficios en el empleo, y beneficios más grandes en el bienestar mental y estrés. De todas formas, no debemos olvidar que el experimento se ha llevado a cabo en un país europeo que cuenta con un estado de bienestar generoso. Dejando de lado este experimento, Finlandia cuenta con una asistencia de último recurso que garantiza una renta mínima a las personas y a su núcleo familiar en caso de insuficiencia de recursos<sup>29</sup>.

En último lugar, existen países que cuentan con un sistema descentralizado y discrecional, como son Austria y España. Al igual que España, Austria cuenta con una renta de recursos mínimos que su cuantía lo establecen los Länder. Todos ellos son destinados a las unidades familiares que no alcanzan un determinado nivel de ingresos.

Como se ha podido observar, existen diversas rentas mínimas en la Unión Europea y varían considerablemente su adecuación, alcance y eficacia. Por eso, la propuesta de Recomendación del Consejo de 28 de septiembre de 2022, sobre unos ingresos mínimos adecuados que garanticen la inclusión activa presentó orientaciones claras a los Estados miembros para saber cómo deben garantizar que sus sistemas sean eficaces para luchar contra la pobreza y a la vez promocionar la inserción laboral.

## 4. LOS SISTEMAS DE RENTAS MÍNIMAS EN ESPAÑA

### 4.1. Competencias en materia de Asistencia Social

Antes de analizar la distribución competencial en materia de protección social, es evidente el papel tan importante que tienen el nivel asistencial y complementario en la Seguridad Social contributiva que resulta incompleta. Esto es, los niveles contributivos, supletorios y complementarios funcionan como vasos comunicantes. En este sentido, si avanza uno de ellos el otro sufrirá un retroceso. No obstante, esta teoría puede romperse si observamos

---

<sup>28</sup> SANZO GONZÁLEZ, LUIS, “La política de garantía de ingresos en Euskadi”, *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria, Revista de servicios sociales*, nº 53, 2013, pg.19.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

las posibilidades de ahorro y los niveles salariales actuales de los ciudadanos, porque con un salario medio o bajo el deterioro del sistema público de pensiones puede significar la disminución de la protección, aumento de la desigualdad y aumento de la pobreza.

En 1978, año en el que se aprobó la Constitución, el Estado perdió el monopolio legislativo, debido a que se les reconocía facultades legisladoras y reglamentarias a las Asambleas y órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas. A partir de entonces, por lo tanto, “las Comunidades Autónomas pueden asumir la ejecución de la legislación laboral, desarrollar las normas estatales en materia de Seguridad Social y ordenar, como competencia exclusiva, la política de asistencia social”. Esta distribución de competencias se regula en los artículos 148 y 149 de la Constitución Española. El artículo 149 del texto supremo recoge las competencias exclusivas del Estado, mientras que el artículo 148 dispone las competencias de las Comunidades Autónomas. Respecto al tema analizado, nos interesa especialmente el artículo 148, ya que, entre otras cuestiones, menciona que “*Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 20º Asistencia Social*”.

Siguiendo el mandato constitucional, las comunidades autónomas han venido, en el ámbito de sus competencias legislativas, aprobando diferentes prestaciones de garantías de ingresos, ante situaciones extraordinarias. Estas rentas son la última red de protección social y se caracterizan por<sup>30</sup>.

- Estar condicionados al cumplimiento de unos requisitos.
- Tienen una intensidad protectora baja.
- Los programas de inserción son muy variados.
- Descentralización que implica una complejidad a la hora de proponer mejoras. Estamos ante un escenario variado, sin unos estándares mínimos.

Por lo tanto, cada Comunidad Autónoma ejecutando su competencia en dicha materia establece distintas formas de acceso, requisitos exigidos, su duración o su cuantía entre otros, así como la denominación de la renta.

En este reparto de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas, han sido numerosos los conflictos surgidos y resueltos por los Tribunales. Así, uno de los pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo versa sobre un conflicto generado por la gestión del Ingreso Mínimo Vital por parte del Gobierno español. La Sentencia número 158/2021 de 16 de septiembre del Tribunal Supremo, resuelve un conflicto que surge entre el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y el Estado. La Generalitat impugna varios artículos del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se estableció

---

<sup>30</sup> CARRILLO MARQUÉZ, Dolores, “El necesario reforzamiento del nivel asistencial de nuestro sistema de protección social”, en. REY PÉREZ, José Luis *et al.*, *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España*, Dykinson, S.L., Madrid, pg.206.

el ingreso mínimo vital, por vulnerar no solo las competencias ejecutivas de la Seguridad Social que ostentan las instituciones catalanas, sino también por vulnerar sus competencias en materia de asistencia social. Se cuestionan los aspectos de índole procesal como son la solicitud, inicio de tramitación, resolución y control de la prestación, ya que se le asignan dichas funciones al Instituto Nacional de la Seguridad Social. La controversia suscitada de naturaleza competencial lo resuelve el Tribunal Supremo argumentando que *“no cabe duda de que los preceptos impugnados...atribuido al INSS constituyen “legislación básica” de la Seguridad Social y afectan, además, a su “régimen económico”, en la medida en que el reconocimiento del IMV de acuerdo con tales normas y la eventual reclamación de las prestaciones que indebidamente se hayan percibido por los beneficiarios, afectan a la gestión de los recursos económicos y a la administración financiera de aquél Sistema, al conllevar la realización de los correspondiente ingresos y gastos en su caja única”*. Asimismo, recuerda que la competencia asumida por Cataluña en la gestión de las pensiones no contributivas no puede, en ningún caso, comprometer la unidad del sistema y generar desigualdades en la tramitación de los expedientes del Ingreso Mínimo Vital. Finalmente, destaca que *“no hay que olvidar que una interpretación del art.41 CE en el marco del bloque de constitucionalidad permite inferir, junto a la “asistencia social” externa, proporcionada a nivel autonómico, una asistencia social “interna” al sistema de Seguridad Social”*. Por todo esto, el Tribunal Supremo considera que no ha existido vulneración competencial hacia la Generalitat de Cataluña<sup>31</sup>.

## 4.2. Distintos modelos de rentas mínimas en España

Desarrollando la competencia sobre asistencia social que se reconoce en el artículo 148.20 de la Constitución española, todas las comunidades autónomas cuentan con algún programa de renta mínima para proteger a las personas en situación de pobreza o exclusión social. Sin embargo, cada una establece unos requisitos, cuantía y extensión, por lo que nos encontramos ante un sistema muy variado. Uno de los problemas de muchas rentas mínimas ha sido que no reconocían la compatibilidad de percibir dicha renta con el empleo. Las instituciones favorables a este sistema consideraban que la suficiencia de las rentas debería estar ya asegurada por las regulaciones laborales como el Salario Mínimo Interprofesional (SMI). No obstante, esta afirmación resulta arriesgada por encontrarnos en un mercado laboral caracterizado por la precarización, de trabajos esporádicos y temporales, siendo los ingresos en muchas ocasiones inferiores al SMI. Debido a esto, cada vez más programas de rentas mínimas, con ciertos requisitos admiten la compatibilidad con el trabajo<sup>32</sup>. Asimismo, la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm.158/2021, de 16 de septiembre.

<sup>32</sup> ZALAKAIN HERNÁNDEZ, Joseba, “Mecanismos para la prevención de la trampa de la pobreza en los modelos de garantía de rentas”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 39, 2, 2022, pg. 260.

la que se establece el ingreso mínimo vital que quiere funcionar como norma mínima para las Comunidades Autónomas, recoge en su artículo 11.4. que *“con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del ingreso mínimo vital será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan...”*<sup>33</sup>.

Las rentas mínimas se iniciaron a finales de los años ochenta, siendo el País Vasco el primero en aprobarla y la última en adoptarla fue las Islas Baleares en 1995. El desarrollo de cada una de las comunidades autónomas ha sido muy diferente, utilizando nombres muy diversos, requisitos de acceso diferentes y la intensidad de su cobertura también difiere. Dentro de los sistemas, el vasco y el navarro han sido los que mayor cobertura han ofrecido ante las situaciones de necesidad<sup>34</sup>. A pesar de que la mayor parte de sistemas se caracterizan por reproducir el modelo original introducido en el País Vasco, su extensión de protección es menor ya que muchas de ellas optan por la temporalidad y ofrecen un amparo muy limitado a la población necesitada<sup>35</sup>. Tal y como indica algún autor, *“algunos programas autonómicos (en especial, el del País Vasco) sí son programas de renta mínima, mientras que otros encubren bajo esta denominación prestaciones asistenciales escasas, discrecionales y casi testimoniales. Los programas de rentas mínimas...constituyen realmente la última forma de protección a la que podrían acceder muchas familias, una protección cuasi inexistente en buena parte del territorio español”*<sup>36</sup>.

Como se ha comentado anteriormente, las denominaciones de la renta son muy diversas. Cada Comunidad Autónoma precisamente la denomina de una manera. Además del nombre asignado existen diferencias más significativas.

En cuanto a la duración de la renta, existen algunas comunidades autónomas que limitan su duración a 6 meses como Andalucía, Comunidad Valenciana, Galicia y Ceuta; otras lo extienden al año como son las comunidades de Aragón, Baleares, Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia, La Rioja y Melilla; Canarias, Cantabria y Melilla lo alargan hasta los 2 años; y finalmente, existen comunidades autónomas como el País Vasco que lo reconocen de manera indefinida<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-21007> (última consulta: 25-03-2023).

<sup>34</sup> DE LA CAL, María Luz, “La garantía de rentas mínimas en el estado español especial. Referencia al caso de la RGI vasca”, *Trabajo, Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, nº 30, 2014, pg.115-116.

<sup>35</sup> SANZO GONZÁLEZ, Luis, “La política de garantía de ingresos en Euskadi”, *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria, Revista de servicios sociales*, nº 53, 2013, pg.17-18.

<sup>36</sup> ARRIBA, Ana, “La fragmentación de la última red de protección social”, Comité Español para el Bienestar Social (CEBS), 2002.

<sup>37</sup> AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIREF), *Los programas de rentas mínimas en España*, Estudio, disponible en: <https://www.airef.es/>

Respecto a los incentivos al empleo, es importante destacar que el rasgo esencial de los estímulos al empleo es que los beneficiarios de las rentas mínimas puedan conseguir mayores recursos a través del empleo que manteniéndose en la prestación. Tal y como indica Luis Sanzo, *“La política combinada de rentas mínimas y bonificación al empleo no es un objetivo en sí mismo sino una consecuencia de la existencia de bajos salarios que fuerzan a plantear el tratamiento de esta cuestión en el contexto de las rentas mínimas”*<sup>38</sup>. Sin embargo, son muy pocas comunidades autónomas las que recogen incentivos al empleo si comparamos con las que no lo hacen. Así, junto al País Vasco, son Cataluña, Islas Baleares y Galicia las que recogen incentivos y compatibilidades con un trabajo.

Con la intención de finalizar con estas diferencias territoriales el Estado aprobó en 2021 el ingreso mínimo vital incentivada por los efectos de la pandemia. Sin embargo, no parece que vaya a conseguir de momento reducir esas desigualdades, ya que existen comunidades autónomas que han sustituido sus rentas por el ingreso mínimo vital ahorrándose así recursos económicos en esta materia, mientras que otras comunidades autónomas funcionan como complemento al IMV. Esta cuestión de abordará en el siguiente apartado.

#### **4.3. Desde la pionera renta de garantía de ingresos de Euskadi hasta el ingreso mínimo vital. ¿Qué comunidades autónomas mantienen su renta mínima?**

El modelo vasco de garantía de ingresos fue la primera a nivel estatal en aprobar este tipo de renta. De hecho, es coherente con las orientaciones emanadas por las instituciones europeas y son muchos años desde que empezaron los primeros avances. En 1989, el Gobierno Vasco dentro del Plan de Lucha contra la pobreza, desarrolló por el Decreto 39/1989, de 28 de febrero, el Ingreso Mínimo Familiar y a través del Decreto 64/1989, de 21 de marzo, aprobó las Ayudas de Emergencia Social. Un año más tarde, el Parlamento Vasco aprobó la ley 2/1990, de 2 de mayo, de Ingreso Mínimo de Inserción y así se convirtió en la primera Comunidad Autónoma en poner en marcha una renta de este tipo. Posteriormente, en 2008, la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social, se sustentó la Renta de Garantía de Ingresos, la prestación complementaria de vivienda y las ayudas de emergencia social. En 2011, el legislador a través de la Ley 4/2011, de 24 de noviembre, asignó la gestión de la garantía de ingresos a Lanbide-Servicio Vasco de Empleo. Más reciente es la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos y para la inclusión, que aprobó el Gobierno Vasco para dar respuesta a la aprobación del ingreso mínimo vital por parte del Gobierno español.

---

wp-content/uploads/RENTA\_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf (última consulta: 25-03-2023).

<sup>38</sup> SANZO GONZÁLEZ, Luis, “Las rentas mínimas en España”, *VIII. Informe Foessa, Documento de Trabajo*, 6.2., pg. 33.

Después de más de treinta años que se aprobó, se puede decir que se ha convertido en un referente para el resto de Comunidades Autónomas y Estados. Estas rentas de garantía de ingresos protegen a las personas de la pobreza severa y reducen los niveles generales de pobreza y exclusión social en Euskadi. En el siguiente cuadro podemos observar los datos respecto a los expedientes activos que existen en la actualidad (datos de febrero de 2023).

Expedientes activos de RGI		hombre	mujer	Total
Intervalo de edad	16 a 19	18	59	77
	20 a 24	303	472	775
	25 a 29	1.166	1.479	2.645
	30 a 34	1.677	2.267	3.944
	35 a 39	2.133	2.869	5.002
	40 a 44	2.571	3.374	5.945
	45 a 49	2.813	3.403	6.216
	50 a 54	2.800	2.932	5.732
	55 a 59	2.851	2.654	5.505
	60 a 64	2.433	2.408	4.841
65 y más	2.899	6.217	9.116	
Fuera rango	23	286	309	
Nivel formativo en demanda empleo	Hasta obligatorios	13.975	17.674	31.649
	Bachiller	1.561	1.844	3.405
	FP	3.411	4.782	8.193
	Universitarios	877	1.289	2.166
	No consta	1.863	2.831	4.694
Número de miembros en la Unidad de	1 miembro	16.620	15.476	32.096
	2 miembros	2.153	6.784	8.937
	3 miembros	1.235	3.729	4.964
	4 miembros	874	1.570	2.444
	5 o más miembros	805	861	1.666
Modalidad	No aplica			
	Compl. Trabajo	2.666	5.454	8.120
	Básica	19.021	22.966	41.987
Estado Civil	Soltero/a	13.552	12.898	26.450
	Casado o asimilado	3.860	3.214	7.074
	Separado o asimilad	3.933	9.613	13.546
	Viudo/a	338	2.691	3.029
Sexo	No consta			
	Hombre	21.687		21.687
	Mujer		28.420	28.420
<b>TOTAL</b>		<b>21.687</b>	<b>28.420</b>	<b>50.107</b>

Fuente: Lanbide<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Lanbide, Euskal Enplegu Zerbitzua-Servicio Vasco de Empleo, disponible en: <https://www.lanbide.euskadi.eus/estadistica/beneficiarios-de-renta-de-garantia-de-ingresos-por-territorios-historicos-durante-el-2023/y94-estadist/es/> (última consulta: 24-03-2023).

En total son 50.107 los expedientes activos en febrero de 2023 de los que apenas existen diferencias respecto al género, ya que son 21.687 hombres los beneficiarios de esta renta, mientras que las mujeres beneficiarias son 28.420. Respecto a la edad de los beneficiarios, la mayor parte se encuentra en la franja de edad de entre 45 a 49 años y resulta llamativo que la mayor parte de los que adquieren la renta son solteros/as sin cargas familiares. Otro dato destacable es que aun teniendo en cuenta que uno de los objetivos principales de la renta de garantía de ingresos es la reinserción laboral y además resulta compatible con el trabajo, únicamente 8.120 expedientes activos tienen como función complementar el empleo. Por último, como puede resultar lógico, la mayoría de los beneficiarios, concretamente 31.649 personas, únicamente tiene estudios obligatorios cursados, dificultando este nivel de formación el acceso al trabajo.

Tras conocer la trayectoria y situación actual de la renta de garantía de ingresos que tiene la Comunidad Autónoma vasca, ¿qué ocurre con la aprobación del ingreso mínimo vital por parte del Gobierno español y las rentas mínimas que anteriormente tenían las Comunidades Autónomas.

Si nos centramos en el caso concreto de Euskadi, el legislador vasco se encontró con la obligación de replantear y rediseñar el conjunto del sistema de Garantía de Ingresos por dos razones principalmente: por un lado, el Ingreso Mínimo Vital se planteó como una prestación mínima común para todo el Estado para asegurar un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad. Por lo tanto, actúa como una prestación “suelo” sobre el que la Comunidad Autónoma podrá complementar; y, por otro lado, respecto a la gestión del Ingreso Mínimo Vital, la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, establece que en las comunidades autónomas que existen haciendas forales asumirán, en su ámbito territorial, las funciones y servicios correspondientes que se le atribuyen al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Esta última competencia se transfirió el 1 de abril de 2022 a Euskadi. Por lo tanto, con la aprobación de la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, el legislador vasco pretende facilitar una gestión más eficiente, ágil y racional de un sistema que está formado actualmente por una prestación de configuración estatal y otra autonómica, cada una con unos requisitos, obligaciones y criterios de acceso. Teniendo en cuenta que el nivel de vida en Euskadi es superior respecto a otras Comunidades Autónomas, el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos ya ofrecía mayores cantidades para poder garantizar un nivel de vida digno, actuando por tanto de complemento al Ingreso mínimo vital que ofrece el Estado. El Ingreso Mínimo Vital asigna a cada tipo de hogar un umbral personalizado mínimo de renta mensual que varía entre los 462 y los 1015 euros al mes en función del número de personas que convivan con el beneficiario, mientras que en Euskadi la cantidad de la renta de garantía de ingresos va desde los 789,24 euros mensuales a los 1222,46 euros<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Lanbide, Euskal Enplegu Zerbitzua-Servicio Vasco de Empleo, disponible en: <https://www.lanbide.euskadi.eus/rgi/-/informacion/preguntas-frecuentes-sobre-la-rgi3/> (última consulta: 24-03-2023).

En el mismo sentido que Euskadi, existen Comunidades Autónomas como Canarias, Cataluña, Aragón, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Extremadura y Navarra que han complementado el Ingreso Mínimo Vital aumentando sus prestaciones y el número de beneficiarios y ajustando así al nivel de vida. En cambio, otras Comunidades Autónomas como Asturias, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla y León, Galicia, Ceuta y Melilla, La Rioja, Andalucía, Madrid y Murcia, han utilizado la prestación nacional como sustitutiva de su propio programa<sup>41</sup>. Esto es, primero los ciudadanos deberán solicitar el Ingreso Mínimo Vital y en caso de no cumplir los requisitos necesarios para acceder a ella, podrán solicitar las rentas de la propia Comunidad Autónoma. Creo que estas disparidades entre Comunidades Autónomas van en contra de la finalidad del Ingreso Mínimo Vital. Tal y como se ha comentado anteriormente, la aprobación de la prestación estatal tenía como objetivo reducir las diferencias que existían entre distintas Comunidades Autónomas y dar respuesta a las recomendaciones derivadas de las instituciones europeas. Así, el Ingreso Mínimo Vital pretendía funcionar como un “suelo” o mínimo y que las Comunidades Autónomas o bien suplementasen o complementasen dicha prestación. El riesgo es que esta variedad de estrategias puede llevar a un sistema aún más heterogéneo y fragmentado territorialmente.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Ha quedado claro que el objetivo principal de las rentas mínimas es la de ayudar a las familias sin recursos, reducir la pobreza y dar respuesta a las situaciones de vulnerabilidad. Además de ofrecer una ayuda económica, actualmente, la mayoría de los sistemas promueven la integración en el empleo, ofreciendo formaciones específicas para poder incorporarse al trabajo.

Sin embargo, el sistema de rentas mínimas se caracteriza por ser heterogéneo y por la existencia de sistemas muy dispares tanto a nivel europeo como a nivel estatal. Puede resultar lógica la variedad de programas que pueden existir en la Unión Europea, debido a que la protección social de cada país es muy diferente. Hay países que disponen de una seguridad social contributiva y asistencia fuerte, y, por tanto, las rentas mínimas juegan un papel secundario; pero, existen otros Estados miembros que ante una protección pobre de seguridad social contributiva y no contributiva, desarrollan de manera más extensa las rentas mínimas. No obstante, la Unión Europea, a través de sus recomendaciones y directrices ha querido servir como guía para ofrecer unos mínimos en todos los Estados miembros. Además, es de destacar la propuesta de una Directiva marco europea sobre rentas mínimas que garantice con fuerza normativa y vinculante ingresos mínimos adecuados a todas las personas en la Unión Europea.

---

<sup>41</sup> MOSTOLES, Thess, “Más de la mitad de las comunidades autónomas sustituyen su prestación por el Ingreso Mínimo Vital”, *Newtral*, 2021, disponible en: <https://www.newtral.es/comunidades-ingreso-minimo-vital/20210812/> (última consulta: 24-03-2023).



A nivel estatal resulta más incoherente que existan sistemas tan dispares. Como se ha podido comprobar a lo largo del texto, cada comunidad autónoma tiene una renta mínima distinta, con sus propias denominaciones, requisitos, cuantías... Esto hace que existan situaciones muy diversas y que algunas comunidades autónomas ofrezcan mayor protección que otras. Para resolver esa cuestión, el Gobierno aprobó el Ingreso Mínimo Vital en 2021, pero parece que no ha dado sus frutos por ahora. El legislador español pretendía poner fin a las disparidades de rentas que existían en el territorio, pero parece que ha creado nuevas fragmentaciones territoriales. A pesar de que el Ingreso Mínimo Vital quería funcionar como una base o mínimo a mejorar por las Comunidades Autónomas, algunas han aprovechado esta coyuntura para ahorrar recursos económicos en sus sistemas o programas al establecer sustitutivas al ingreso estatal.

Resulta esencial que todos los regímenes de renta mínima vayan acompañados de políticas activas del mercado laboral para ayudar a las personas sin empleo a reincorporarse al mercado de trabajo, además de contar con formaciones para apoyar dicha incorporación. Más aún cuando todavía estamos sufriendo las consecuencias de la crisis del COVID-19 y así lo ha insistido la Organización Internacional de Trabajo en su informe “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2023: el valor del trabajo esencial” recogiendo que se debe mejorar el acceso a la formación para desarrollar competencias y facilitar la progresión profesional.

Más allá de las rentas mínimas, parte de la doctrina está a favor de impulsar una renta universal incondicional que resultaría una garantía contra la exclusión social. Las ventajas serían diversas: compatibilidad con otras actividades e ingresos, ahorro de costes en gestión por ser un trámite simple y sin tener que controlar, se partiría de mayor libertad para poder negociar la aceptación o no de un empleo, mejora en la igualdad de sexo por recibir cada uno su renta y no condicionada a la unidad familiar... No obstante, también se pueden destacar algunas desventajas como la inversión que deben realizar las instituciones públicas, algunos creen que dicha renta desincentivaría la búsqueda de empleo, las dificultades para determinar la cantidad de la renta... A pesar de que en Finlandia fracasó la prueba piloto puesta en marcha, ya veremos lo que nos depara el futuro, pero podría ser el último recurso de una completa protección social en un Estado de Bienestar.



PRESTACIONES POR DESEMPLEO ASISTENCIAL  
Y TRABAJADORES MADUROS: LA DELGADA LÍNEA ENTRE  
LA INSERCIÓN Y LA JUBILACIÓN

JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA  
*Contratado Predoctoral FPU-UCA*  
*Universidad de Cádiz*  
*juanmaria.roldan@uca.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL SISTEMA DE GARANTÍA DE INGRESOS EN ESPAÑA: CONTEXTO JURÍDICO Y SOCIAL. 2.1. La protección social de los trabajadores de edad avanzada. 3. LOS TRABAJADORES MADUROS COMO BENEFICIARIOS ESPECÍFICOS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO ASISTENCIAL. 3.1. Las prestaciones no contributivas y su impacto en la jubilación. 4. LOS INEFICIENTES PLANES DE ACTIVACIÓN DE EMPLEO PARA MAYORES DE 45 AÑOS. 4.1. La limitada capacidad de los Servicios Públicos de Empleo para su ejecución. 5. LA ACEPTACIÓN DE LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES COMO SOLUCIÓN A LA SITUACIÓN DE DESEMPLEO DEL COLECTIVO DE TRABAJADORES MADUROS. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Posiblemente, el principal problema al que se enfrentan los trabajadores maduros tras abandonar su puesto de trabajo, ya sea de forma voluntaria o involuntaria, es su reinserción al mundo laboral. Son innumerables las dificultades y limitaciones que encuentran estos trabajadores cuando intentan reincorporarse nuevamente al mercado laboral, siendo su principal causa el factor de la edad, el cual, se ha instaurado entre la clase empresarial, como un elemento disuasorio a la hora de contratar y de mantener en su empleo a trabajadores mayores de 45 años. Pero aparejada a esta casuística, otra de las cuestiones que conlleva su situación de inactividad, es la disminución de sus expectativas de futuros derechos prestacionales, principalmente, los derivados de su jubilación.

Actualmente, en España hay casi 900.000 trabajadores mayores de 45 años sin empleo, es decir, uno de cada tres desempleados registrados en las oficinas de los Servicios Públicos de Empleo, es un trabajador maduro. Sin embargo, este elevado número de personas mayores sin empleo, no parece tener la repercusión necesaria para las Administraciones, puesto que, a diferencia del desempleo juvenil, cuya tasa también es muy elevada, no recibe razonadamente la debida atención de las autoridades competentes. Asimismo, esta problemática tampoco goza de suficiente visibilidad social, a pesar de la dureza de la situación que afrontan diariamente los desempleados de esta franja de edad<sup>1</sup>, por lo que, podemos señalar que nos encontramos ante el denominado “desempleo oculto”<sup>2</sup>.

Ante este panorama de permanente incertidumbre e inseguridad<sup>3</sup>, los desempleados mayores de 45 años son considerados un colectivo de especial vulnerabilidad, con unas elevadas probabilidades de engrosar la ratio de personas en riesgo de exclusión social con las consecuencias que ello conlleva,

---

<sup>1</sup> AMBER MONTES, D. y DOMINGO SEGOVIA, J. «Desempleo y precariedad laboral en mayores de 45 años desde la voz de los expertos: una luz al final del túnel», *Sociología, Problemas e Prácticas*, N° 84. 2017. pp. 27-41.

<sup>2</sup> Podemos definir desempleo oculto, como la situación y existencia de personas desempleadas que no figuran en el registro oficial de los sistemas nacionales de desempleo, ni en sus estadísticas, debido a la forma en que se construyen los datos o por no cumplir los requisitos

<sup>3</sup> Vid. BECK, U. “*La Sociedad Del Riesgo Social*”. Siglo XXI de España. Madrid. 2002.

puesto que, una característica que los define es el paro de larga duración, el cual, está estrechamente vinculado al desempleo estructural<sup>4</sup>. De hecho, un 61,7% de los parados mayores de 45 años supera el año en esta situación, periodo temporal que aumenta a dos años en el 49% de los casos, lo que se resume en una cronificación del desempleo de este colectivo.

Como se ha referido anteriormente, el colectivo de trabajadores maduros se caracteriza por ser un grupo heterogéneo con un denominador común, la dificultad de su reinserción en el mundo laboral, además, si a esta contrariedad se le adiciona la cercanía con la edad de jubilación, nos encontramos ante un potencial beneficiario de prestaciones asistenciales por desempleo.

Por lo cual, es preciso que los poderes públicos, articulen unas políticas de empleo específicas y efectivas, que garanticen la incorporación de los trabajadores de edad al mercado de trabajo en el menor tiempo posible.

Sin embargo, en la actualidad este paradigma se presupone utópico debido a la casi inexistente reinserción de este colectivo. Por ello, es preciso fomentar e implementar políticas de formación y reciclaje para trabajadores maduros, con el objetivo de incrementar su nivel de cualificación, y con ello, facilitar su reinserción laboral. Pero para poner en marcha estas políticas, es necesario que tanto la Agencia Española de Empleo Estatal, el cual, tiene entre sus funciones la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de Políticas de Empleo, y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, comisionados para la ejecución de los mismos, se involucren de manera funcional y coordinada.

Es por ello, que ante la ineficacia de las actuales políticas activas para desempleados de edad madura y la limitada capacidad de los Servicios Públicos de Empleo, los poderes públicos optan por un elenco de subsidios no contributivos, denominados por una parte de la doctrina como “subsidios para la jubilación”, los cuales, son aceptados en un alto porcentaje del referido colectivo como una solución aceptable a su situación, lo que presupone el remedio más fácil al problema por ambas partes.

## 2. EL SISTEMA DE GARANTÍA DE INGRESOS EN ESPAÑA: CONTEXTO JURÍDICO Y SOCIAL

En la actualidad, el sistema de garantía de ingresos en España está configurado en dos vertientes, por una parte, la proveniente de la protección con-

---

<sup>4</sup> En palabras de HERRADOR BUENDÍA, “*la estrecha relación entre el desempleo estructural y el desempleo de larga duración reside en el hecho de que, a diferencia del desempleo friccional, no se considera que un trabajador se encuentre en situación transitoria entre dos empleos porque éste solo va a disponer de dos opciones de elección: o se enfrenta a un periodo de desempleo de un año o más duración, o cambia, drásticamente, de ocupación. Con lo que, el fenómeno del desempleo de larga duración se convierte así en el tipo de paro que identifica, caracteriza y sobrestima, el desempleo estructural*”.

tributiva, cuyo requisito principal para tener acceso a la misma, es la preceptiva aportación previa de las cotizaciones pertinentes, y como tal, no es objeto de este estudio, y por otra, la protección no contributiva o asistencial, perfeccionada para proteger a los trabajadores que quedan fuera de la prestación contributiva, ya sea, por extinción de su periodo de concesión, por su imposibilidad para trabajar debido a su edad, o por otras posibles causas.

Estas dos actuaciones protectoras, comparten unos rasgos comunes en su finalidad, por un lado, la percepción de prestaciones económicas, las cuales, son de diferente cuantía y duración, y por otro, el fomento de acciones encaminadas a la reinserción al mercado laboral de estos trabajadores. No obstante, la lógica que promueven cada una de estas prestaciones se supeditan al cumplimiento de distintos requisitos, tanto para su acceso, como, a la protección y la cobertura de cada una de ellas.

Otra cuestión reseñable al respecto de este tipo de prestaciones, es la disparidad de niveles de la Administración Pública que participan tanto en la gestión y financiación de las mismas, así como, en su regulación jurídica. De ahí que, las prestaciones provenientes de la Administración General del Estado, comporten la intervención de múltiples organismos como, la Agencia Española de Empleo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, los cuales, gestionan entre otras, las prestaciones no contributivas por desempleo, cuya finalidad primordial es ofrecer protección a los distintos colectivos, entre los que se encuentra, el de los trabajadores de edad que hayan agotado las prestaciones contributivas por desempleo, o no han alcanzado los mínimos de cotización necesarios para acceder a ese nivel de protección. Igualmente, el sistema también reconoce otras prestaciones no contributivas destinadas a proteger la incapacidad de trabajar, como el subsidio de maternidad no contributiva, gestionado y financiado por el INSS, y las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez de la Seguridad Social<sup>5</sup>. Además de estas instituciones, el sistema de garantía de ingresos también es participado por las Comunidades Autónomas, las cuales, tienen la competencia en el desarrollo de las Rentas Mínimas Autonómicas. Dicho subsidio actúa como un mecanismo sustitutorio frente a la insuficiente intervención protectora por parte del Estado, contribuyendo a una mayor prevención de la pobreza en España.

A raíz de esta mescolanza de Instituciones, así como, de la extensa normativa dictada por las mismas, el sistema de garantías se podría calificar como desarticulado en algunos de sus aspectos. Para ejemplificar esta última consideración, podemos indicar que existen al menos diecisiete Programas de Rentas Mínimas en España, uno por cada Comunidad Autónoma, con su propia regulación normativa en cuanto a requisitos, cuantía y extensión temporal. De igual forma, es llamativo que cada Comunidad Autónoma designe

---

<sup>5</sup> Cfr. AYALA CAÑÓN, L. et. al. *El sistema de garantía de ingresos en España: tendencias, resultados y necesidades de reforma*. Resumen ejecutivo. 2016.

a este tipo de prestaciones con una denominación diferente<sup>6</sup>, lo que supone, la creación de una elevada confusión entre los solicitantes de las prestaciones, que en ocasiones no saben a qué subsidio pueden tener derecho, ni a qué Organismo dirigirse para su formalizar la documentación pertinente.

En relación con el plano social del sistema de garantía de ingresos, es comprensible que se halle en constante evolución debido a la aparición de nuevos colectivos que, por sus circunstancias específicas, se manifiestan como acreedores del mismo, lo cual, como hemos hecho referencia anteriormente, ha dado lugar a un corolario de prestaciones con diferentes capacidades protectoras y distintas cuantías económicas. Pero, aun así, existen lagunas en la protección de algunos grupos, debido principalmente a que no son considerados socialmente vulnerables, como ocurre, con el de los trabajadores de edad.

Para situar el actual sistema, entendemos necesario realizar un breve recorrido histórico que nos permita observar la referida transformación en consonancia con los cambios económicos, sociales y demográficos acaecidos en los últimos tiempos. De forma generalizada, este sistema no se desarrolló en España hasta la época de los años 80 del siglo pasado<sup>7</sup>. Hasta ese momento, la mayoría de las prestaciones eran de carácter contributivo, quedando los subsidios asistenciales como un complemento residual en el conjunto de la protección social<sup>8</sup>. Pero, fue el aumento del desempleo que se produjo desde la primera mitad de esta década, al que se unió, un desarrollo tardío de instrumentos del Estado de Bienestar, lo que motivó un crecimiento importante de la protección asistencial.

De igual forma, durante los años 90 se produjo un elevado incremento de demandantes de este tipo de prestaciones promovido por dos circunstancias concretas, por una parte, la publicación de diversa normativa relacionada con

---

<sup>6</sup> Como ejemplo, en Andalucía se denomina Renta Mínima de Inserción Social, en Aragón, Ingreso Aragonés de Inserción, en Asturias, Salario Social Básico, en Canarias, Prestación Canaria de Inserción, en Castilla-La Mancha, Ingreso Mínimo de Solidaridad....

<sup>7</sup> CERDEIRA GUTIÉRREZ, I. Los servicios sociales del franquismo a la Constitución. *Cuadernos de trabajo social*. Nº 0, 1987, p. 142. "El Fondo Nacional de Asistencia Social, el antiguo FONAS, que hasta la modificación de su personalidad financiera por ley 74/1980, de Presupuestos Generales del Estado para 1981, será el bloque de financiación de más peso en la estructuración de los recursos e instituciones sociales del Estado, que por su orientación constituirá un sistema de políticas sociales sustitutorias de las de la Seguridad Social, de hecho se aplicará a la protección de aquellas personas en estado de necesidad que estén excluidas del campo de la Seguridad Social. Concretamente su acción se extenderá a: a) La concesión de prestaciones económicas a ancianos, enfermos o disminuidos desamparados, carentes de medios económicos y no receptores de ninguna otra pensión del Estado, provincia o municipio ni prestación de la Seguridad Social; b) ayudas a la infancia desvalida y a subnormales para completar el coste de estancia en centros públicos o privados".

<sup>8</sup> Este carácter residual, era motivado principalmente por las bajas tasas de desempleo, la primera tasa de paro que estimó la Encuesta de Población Activa (EPA) corresponde a 1964, donde a finales de ese año el desempleo afectaba al 2,1% de la población activa.



las mismas<sup>9</sup>, y por otra, una intensa recesión económica, lo cual, derivó que se alcanzase el máximo nivel histórico hasta ese momento en el desarrollo de esta forma de protección<sup>10</sup>.

No obstante, a partir de la mitad de la citada década, la cifra de demandantes fue disminuyendo progresivamente hasta situarse en torno a los seiscientos mil beneficiarios en el año 2007, una cantidad relativamente moderada en comparación con la cifra actual, la cual, ronda un millón doscientos mil beneficiarios de este tipo de ayudas.

Finalmente, tras esta breve exposición del contexto jurídico y social del sistema de garantías de ingresos, podemos observar que la finalidad de estas prestaciones es dotar de una protección económica mínima que evite situaciones de exclusión, pero debido a la extensa y difusa normativa que lo sustenta, se ha puesto de manifiesto un modelo que precisa una articulación más homogénea que consolide una acción protectora acorde con los cambios sociales, económicos y demográficos del siglo XXI.

## 2.1. La protección social de los trabajadores de edad avanzada

En determinadas ocasiones, es circunstancial especificar una terminología y su significado para aclarar con exactitud alguna cuestión que se pretende identificar, pero en este caso, es preciso delimitar el concepto de trabajadores de edad avanzada, puesto que, es fácilmente comprobable que no hay una definición precisa del mismo<sup>11</sup>. A nuestro entender, podemos afirmar que este grupo de trabajadores se sitúa en el segmento medio de edad de la población, es decir, desde los cuarenta y cinco años en adelante. De igual forma y al margen de esta primera acotación del término, otro rasgo identificativo de este colectivo de trabajadores, es que puede presentar en ocasiones algún déficit profesional, lo cual, hace que en el momento que salen del mercado laboral, su regreso al mismo se vislumbre bastante improbable.

Por estas cuestiones, los trabajadores de edad avanzada que se encuentran en esta situación, se convierten en el eje típico de desigualdad laboral y

---

<sup>9</sup> A este respecto, entraron en vigor la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, así como, el Real Decreto 863/1990, de 6 de julio, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1990.

<sup>10</sup> AYALA CAÑÓN, A. El sistema de garantía de ingresos en España. Una nota a vista de pájaro. *Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinaria para los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Nº. 1, 2019, pp. 179-183.

<sup>11</sup> El concepto de trabajador de edad avanzada, se puede encontrar asociado a diferentes terminologías: trabajadores de edad, trabajadores maduros, trabajadores mayores, trabajadores senior... La propia legislación no ofrece un término genérico para definir a estos trabajadores, sirva como ejemplo, la Recomendación de la OIT nº 162, de 23 de junio de 1980, sobre los trabajadores de edad, la Recomendación nº 122 de 9 de julio de 1964, sobre la política del empleo, donde los considera personas de edad, la Recomendación nº 168 sobre Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo, donde los conceptúa como personas de edad avanzada.

social, transformándose en firmes candidatos a engrosar la ratio de personas en riesgo de exclusión social, con las consecuencias que ello conlleva. Así pues, para algún sector doctrinal este colectivo ha pasado a formar parte de la denominada “generación obsoleta” por las casi inexistentes posibilidades de adaptación e inserción en el mercado laboral, pues uno de los principales problemas de este grupo de trabajadores aparece cuando sufren la pérdida del empleo. En estos casos, son más proclives a caer en el paro de larga duración, que de hecho se cronifica<sup>12</sup>, convirtiéndose en parados perennes sin apenas expectativas, de volver a encontrar un empleo, más allá de servicios puntuales y de poca calidad, y por tanto, acreedores de prestaciones sociales.

Aunque, se haya constatado ampliamente la casuística en torno a las dificultades que deben afrontar los trabajadores de edad a la hora de mantenerse en el empleo, o en el momento de acceder al mismo, es evidente, que el sistema de Seguridad Social se configura como el principal valedor en la cobertura de las necesidades de este colectivo en determinadas circunstancias.

Sin embargo, a nuestro juicio este sistema presenta una serie de lagunas en cuanto a unos precisos grupos a los que va dirigido, en contraposición, a lo estimado por determinados Organismos Públicos, que entienden que la actual estructura cubre de forma amplia todas las vicisitudes que se puedan plantear al respecto. Pero lejos de esta subjetiva valoración, es evidente que encontramos colectivos que debido a sus peculiaridades adolecen de esta capacidad de respuesta por parte de las distintas Administraciones. De forma concreta, los trabajadores de mayor edad que han perdido su trabajo, los cuales, corren la suerte de verse en desamparo si sus condiciones personales no se ajustan a los requisitos normativos necesarios para la obtención de algún tipo de subsidio.

Ante esta cuestión, se plantea el problema de que el desarrollo de la mayoría de los distintos mecanismos protectores de las situaciones de desempleo, no tienen entre sus principales consideraciones el factor edad. De hecho, es inexistente en el nivel contributivo, puesto que los requisitos exigidos para ser beneficiario de la prestación contributiva por desempleo son exactamente iguales para todos los solicitantes, por tanto, un trabajador de edad avanzada no tiene ningún privilegio en cuanto al periodo temporal de concesión, ni tampoco en la cuantía de la prestación que le corresponda, de hecho, la duración de la prestación estará en función únicamente de los periodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo.

En concordancia con lo anterior, el nivel contributivo de desempleo presenta algunos aspectos negativos que pueden afectar a este colectivo. En primer lugar, el hecho de que la duración máxima de la prestación contributiva está fijada en 720 días con independencia del tiempo que se haya cotizado, de la edad del beneficiario y del tiempo que le falte para acceder a la jubilación,

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ QUINTANA, V. El desempleo adulto de larga duración: fenómeno socioeconómico emergente, en MARTÍNEZ QUINTANA, B. y LUCAS MARÍN, A. (Coord.) *La construcción de las organizaciones: la cultura de la empresa*; UNED, Madrid, 2001, pp. 227 y 228.

y en segundo lugar, el cálculo de la cuantía de la prestación contributiva por desempleo acostumbra a suponer una significativa disminución de rentas de los trabajadores maduros que, en no pocas ocasiones, hasta la pérdida del empleo se encontraban entre los trabajadores mejor pagados<sup>13</sup>. En contraposición a lo anterior, podemos resaltar que durante el tiempo que se esté percibiendo este tipo de prestación, se estará cotizando por la contingencia de la jubilación.

En relación con los subsidios asistenciales, debemos señalar, que al igual que ocurre con las prestaciones contributivas, el factor edad es prácticamente intrascendente para su obtención, a excepción del subsidio para mayores de 45 años y el subsidio para mayores de 52 años. En el caso de éste último, la edad opera en dos niveles distintos, por una parte, para ampliar la duración del subsidio y, por otra, servir de enlace hacia la jubilación<sup>14</sup>.

### 3. LOS TRABAJADORES MADUROS COMO BENEFICIARIOS ESPECÍFICOS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO ASISTENCIAL

Como se ha referido con anterioridad, es incuestionable que los trabajadores maduros, en especial, los que superan los cincuenta años de edad, constituyen desde hace décadas uno de los colectivos más vulnerables y castigados dentro de un mercado laboral cada vez más discriminatorio con determinados grupos. Esta situación distintiva provoca que estos trabajadores se vean abocados a un desempleo de larga duración, lo cual, conlleva a dos situaciones bien definidas. Por una parte, la disminución de su nivel de ingresos, y por otro, la dificultad para reintegrarse en el mercado de trabajo. Es en esta situación, cuando el sistema público de protección social debe activar los mecanismos necesarios para cubrir ambas contingencias<sup>15</sup>, y evitar con ello, posibles consecuencias más gravosas como es el riesgo de exclusión social de estas personas.

---

<sup>13</sup> MORENO GENÉ, J. El papel actual de la protección por desempleo como mecanismo de transición de los trabajadores maduros de mayor edad hacia la jubilación. *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, N.º. 25, 2020. p.67.

<sup>14</sup> GALA DURÁN, C., *Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad como vía de transición hacia la jubilación*, Comunicación presentada al XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, mayo de 2015.

<sup>15</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. "Trabajadores de "edad avanzada": empleo y protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, pág. 232. En este sentido, la autora indica que "cuando se produce el cese precoz en la actividad de los trabajadores de edad avanzada antes de la jubilación el mecanismo protector y "reparador" del mismo surge de la acción protectora por desempleo, no de la jubilación. Por ello, considera que la acción protectora por desempleo debe promover la reinserción profesional, lo cual únicamente se consigue si el Sistema de Seguridad Social combina la garantía de ingresos por cese involuntario del empleo con acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión y reinserción profesional a favor de trabajadores desempleados que, por su edad, tienen mayores dificultades de ocupación".

Es por ello, que como salvaguarda de esta posible situación y a la vista de que su reincorporación al mercado laboral debido a la edad, se plantea casi imposible por las insalvables dificultades que se le plantea, entendemos que sería más positivo diferir su reincorporación al mercado de trabajo, o al menos, alternarla con un seguimiento individualizado desde la pérdida de su empleo, que podríamos definir como definitivo, hasta el acceso a la jubilación, procurando garantizar que la pensión que le corresponda llegado el momento no se vea mermada en demasía por el contratiempo de haber perdido su empleo antes de la fecha estipulada. Por este motivo, resultaría infructuoso haber realizado un óptimo acompañamiento, si al final de todo el proceso la cuantía resultante fuera a todas luces insuficiente para satisfacer sus necesidades básicas<sup>16</sup>.

De forma específica, los trabajadores maduros pueden solicitar, siempre que cumplan los requisitos pertinentes, tres prestaciones no contributivas relacionadas con su edad, las cuales, presentan unas determinadas características en cada caso, de ahí, que estimemos oportuno desarrollar cada una de ellas, aunque sea de modo sucinto.

En primer lugar, haremos referencia al subsidio para mayores de 45 años con responsabilidades familiares, el cual, consideramos más oportuno ubicarlo dentro de los subsidios por responsabilidades familiares por su analogía con otras prestaciones que se conceden por dicha contingencia, como puede ser el caso del subsidio por agotamiento de la prestación contributiva con cargas familiares, el cual, puede ser solicitado indistintamente de la edad del peticionario, siendo la única nota diferenciadora la duración de su concesión, puesto que en el caso de mayores de 45 años, este periodo se puede extender hasta los treinta meses, en contraposición, a los 18 meses para las personas que estén por debajo de dicha edad.

En segundo lugar, el subsidio para mayores de 45 años sin responsabilidades familiares, claramente diferenciado del anterior por varias cuestiones, por una parte, porque se prevé como un subsidio específico para trabajadores de edad, y por otra, por su exigua duración establecida en seis meses sin posibilidad de ser prorrogado, lo cual, resulta desproporcionado teniendo en cuenta que en ambos casos, las posibilidades de encontrar un nuevo empleo son las mismas.

Finalmente, el subsidio para mayores de 52 años, el cual, desarrollaremos con profundidad en el epígrafe siguiente por tratarse de la única prestación

---

<sup>16</sup> En este sentido, VICENTE PALACIO, A. “Tránsitos y conexiones entre el empleo y la Seguridad Social: especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años”, *Trabajo*, núm. 30, 2014, pág. 55, indica que “*la cada vez mayor discontinuidad en la prestación de servicios provocada por contratos temporales o por extinciones de los contratos indefinidos, especialmente cuando afecta a los colectivos de mayor edad, está revelando sus graves consecuencias en materia de seguridad social: suspensiones de contratos de trabajo, las reducciones de jornada, el incremento del trabajo a tiempo parcial y temporal, los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o en general, cualquier extinción contractual, incluyendo los despidos improcedentes (...) son todas circunstancias que afectan a los derechos actuales en materia de Seguridad Social pero también, y lo que sin duda es más grave, a las pensiones previstas para afrontar con dignidad las últimas etapas de la vida*”

no contributiva que actúa como plataforma de transición entre la pérdida del empleo y el acceso a la jubilación de estos trabajadores.

### 3.1. Las prestaciones no contributivas y su impacto en la jubilación

Tras realizar una extensa revisión de todo el elenco de prestaciones asistenciales y ayudas extraordinarias que ofrecen tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas<sup>17</sup>, tal como hemos referido con anterioridad, solo advertimos que una de ellas da repuesta a la transición entre la pérdida de empleo y la jubilación, estamos haciendo referencia al denominado subsidio para mayores de 52 años, también llamado por una parte de la doctrina, como subsidio de prejubilación.

En relación con este subsidio, es importante señalar que desde su entrada en vigor en el año 1989<sup>18</sup>, ha sufrido diferentes modificaciones en cuanto a sus requisitos, -especialmente, el de la edad-, los cuales, han variado en función de la situación económica que estuviese atravesando el país en ese momento<sup>19</sup>. Pero, desde la publicación del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, el cual, modificaba el apartado 4 del artículo 274 de la Ley General de la Seguridad Social, se reestablece la edad de 52 años como condición que permite el acceso a este subsidio. Esta nueva modificación, se sustenta en *“la situación de necesidad que viven más de 114.000 personas que no tienen derecho al acceso a la protección contributiva ni asistencial y que, con esta reforma, pasan a estar cubiertas por el sistema de protección por desempleo”*, tal como se recoge en la Exposición de Motivos de la misma.

Con esta declaración, el legislador entiende que es necesario ajustar la formalidad de la edad, para con ello, dar protección a un número mayor de

---

<sup>17</sup> Actualmente existen las siguientes prestaciones no asistenciales: Subsidio por cotización insuficiente. Subsidio por agotamiento de la prestación contributiva, con cargas familiares. Subsidio para mayores de 52 años. Subsidio para emigrantes retornados. Subsidio para liberados. Subsidio por revisión de incapacidad.

<sup>18</sup> Real Decreto-Ley 3/1989 de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social, en su art. 20, por el que se da nueva redacción al art. 13.2 de la Ley 31/1984 de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

<sup>19</sup> En este sentido, Ley 24/1997 de 15 de julio de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, en su ap.1 del art. 4 por el que se da nueva redacción a la letra b) del apartado 1 y 2 del art. 161 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio. Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, en su art. 3, ap. 1, por el que se da nueva redacción a la letra b) del apartado 1 del art. 161 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio. Real Decreto-Ley 8/2010 de 20 de mayo por el que se Adoptan Medidas Extraordinarias para la Reducción del Déficit Público, en su Disposición Derogatoria Única -Derogación Normativa- Uno a, por el que se deroga la Disposición Transitoria cuarta de la Ley General de la Seguridad Social. Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su art. 17.7 por el que se da nueva redacción al núm. 3 del apartado 1 y el número 2 del apartado 3 del art. 215 de la Ley General de la Seguridad Social.

trabajadores vulnerables. De igual forma, flexibiliza determinados criterios que con anterioridad imposibilitaban el acceso a este subsidio, como ocurría al considerar las rentas de la unidad familiar, ya que, aunque el solicitante careciese de rentas de cualquier naturaleza superiores al 75% del Salario Mínimo Interprofesional, podía obtener una resolución negativa a su petición si el cómputo de la suma de todas las rentas de su unidad familiar superaba dicha cantidad<sup>20</sup>, lo cual es especialmente llamativo, puesto que un subsidio que desde su génesis ha sido planificado para favorecer la futura jubilación de una persona trabajadora a título personal e intransferible, contemple la situación económica familiar para su obtención<sup>21</sup>.

Pero al margen de estas peculiaridades que presentaba dicha prestación hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019, las cuales, resultaban negativas, a la par, que incoherentes algunas de ellas para los intereses de los trabajadores de edad, es importante reseñar, que en la actualidad este subsidio de prejubilación confiere una cotización del 125% del tope mínimo de cotización a los perceptores del mismo, lo que supone un beneficio importante en el cálculo de la futura pensión de jubilación<sup>22</sup>. De igual forma, esta norma reinstaura, como sucedía antes de la reforma laboral acaecida en 2012, el derecho al acceso de este subsidio cuando el solicitante cumple la edad de 52 años independientemente de las circunstancias que acompañen a este hecho, en contraposición, a lo estipulado con anterioridad que exigía que debía de hacerse sin solución de continuidad desde el agotamiento de una prestación contributiva, vetando el acceso a quienes cumplieran el requisito de la edad con posterioridad<sup>23</sup>, lo cual, supone una garantía de respuesta por parte del Estado a la precaria situación de este colectivo.

#### 4. LOS INEFICIENTES PLANES DE ACTIVACIÓN DE EMPLEO PARA MAYORES DE 45 AÑOS

Las políticas activas de empleo, enmarcadas dentro de los planes de activación tienen como principal objetivo mejorar la situación en el mercado laboral de los colectivos que quieren acceder o mantenerse en él a través de un aumento de sus capacidades profesionales, en especial, la de aquellos con mayores dificultades para hacerlo<sup>24</sup>. Sin embargo, distintos estudios eviden-

<sup>20</sup> PÉREZ DEL PRADO, D. *Intensidad, duración y tutela de la protección por desempleo. Los efectos económicos de la protección frente al paro*, Tesis Doctoral, Madrid, 2014.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R. *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

<sup>22</sup> Desde el 1 de enero de 2022, la base mínima ha pasado a ser de 1.166,70 euros al mes, por lo que los beneficiarios cotizarán por el 125%, es decir, por una base de 1.458,37 euros al mes.

<sup>23</sup> Vid. FERNÁNDEZ PRATS, C “La regulación del subsidio por desempleo ante la crisis económica: El RDL 20/2012 y el RDL 5/2013”, en ROQUETA BUI, R. (Dir.) y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E. (Coord.): *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>24</sup> ALUJAS RUIZ, J.A. *Políticas activas de mercado de trabajo en España: situación en el contexto europeo*. Consejo Económico y Social. Madrid. 2003.

cian que dichas acciones no producen el efecto esperado en la mayoría de los casos, puesto que, no logran disminuir la tasa de desempleo de los referidos grupos, principalmente, porque no han preparado de forma efectiva a estos trabajadores para acoplarlos en el sector productivo.

Aunque, es cierto que en los últimos años se han adoptado determinadas políticas e incluso se han creado estrategias globales para el empleo de las personas de edad, éstas se han caracterizado en algunas ocasiones por la improvisación y la falta de ideas propias en la adopción de las mismas, ya que, son medidas que se han reflejado en diversas normas con poca conexión entre ellas<sup>25</sup>. De igual forma, estas medidas se caracterizan por su reiteración, de ahí que, la gestión de la colocación, la orientación laboral o las bonificaciones empresariales, son herramientas habituales de estos planes.

A ello debe añadirse que dado que la implementación de dichas políticas supone un coste económico bastante alto, es primordial que las mismas estén sometidas a evaluación continua, puesto que, determinadas acciones que son proyectadas bajo unas perspectivas adecuadas para este colectivo, obtienen en la práctica unos ínfimos resultados por el carácter casi experimental de las mismas. Y prueba de ello, es que el propio legislador admite que: *“A pesar de la importante inversión en este terreno, hasta la fecha las políticas activas de empleo no han sido eficaces para reducir el paro de larga duración y garantizar la inserción y orientación profesional de las personas trabajadoras”*<sup>26</sup>.

Como se ha expresado con anterioridad, una de las herramientas utilizadas en estas políticas, son los incentivos en forma de bonificaciones a las empresas que contraten a trabajadores maduros, lo cual, a nuestro juicio sería más adecuado circunscribirlas dentro de las políticas pasivas, debido al carácter económico y no formativo de las mismas. En este sentido, es necesario señalar que el cuarenta por ciento de los fondos que se destinan a las políticas activas de empleo se asignan para cubrir el coste de dichas bonificaciones, con lo que se demuestra la ineficiencia de estos planes, por cuanto no se conciben para formar a los trabajadores y obtener unas aptitudes acordes a las exigencias del mercado, sino como una solución temporal al caso.

#### **4.1. La limitada capacidad de los Servicios Públicos de Empleo para su ejecución**

Si a la ineficacia de las políticas de empleo, le añadimos la escasa disposición de los Servicios Públicos de Empleo para desarrollarlas, obtenemos el

---

<sup>25</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada. En MORALES ORTEGA, J.M. (Dir.) *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*. Laborum. Murcia.2016.

<sup>26</sup> A este respecto, consúltense el componente 23 sobre Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia de 16 de junio de 2021.

resultado de un colectivo de trabajadores maduros con unas ínfimas posibilidades de reinserción laboral. Ello, es debido principalmente a dos cuestiones estructurales que se vienen produciendo a lo largo del tiempo, por una parte, una elevada tasa de desempleo, y por otra, una evidente insuficiencia de personal en dichos Servicios Públicos, lo cual, deriva en una inevitable saturación del sistema<sup>27</sup>.

Asimismo, estas dos circunstancias hacen que los empleados de los referidos servicios dediquen gran parte de su tiempo a la gestión de las prestaciones económicas por desempleo, en detrimento de la intermediación y orientación laboral. Sin embargo, la falta de eficacia de los Servicios Públicos de Empleo no es sólo un problema de falta de recursos humanos y económicos, sino también de organización y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en lo concerniente a la ejecución de dichas políticas de empleo.

Como consecuencia de lo descrito con anterioridad, los trabajadores de edad son los grandes damnificados de esta pésima situación, puesto que, el tiempo medio de espera de una persona en desempleo desde que se inscribe como demandante hasta que recibe asesoramiento en búsqueda de empleo o una oferta de formación, se sitúa en torno a 10 meses<sup>28</sup>, lo cual, supone en el mejor de los casos, haber consumido parte de la prestación de desempleo sin haber recibido ninguna atención por parte de los Servicios de Empleo<sup>29</sup>.

## 5. LA ACEPTACIÓN DE LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES COMO SOLUCIÓN A LA SITUACIÓN DE DESEMPLEO DEL COLECTIVO DE TRABAJADORES MADUROS

Debido a la baja tasa de éxito de las políticas activas de empleo previstas por parte del legislador, así como, las escasas posibilidades de reinserción que tienen los trabajadores de maduros por distintas cuestiones, se está produciendo un fenómeno de aceptación de distintas prestaciones asistenciales por parte de este colectivo, como una solución aceptable a su situación.

Este posicionamiento el cual, es considerado como un mal menor tanto por el legislador, como por los trabajadores como vía de transición a la jubilación, da como resultado que en demasiadas ocasiones se abandone la idea de volver a trabajar a pesar de que podrían hacerlo durante diez o quince años más, lo cual, da la razón a una parte de la doctrina que afirma que los

---

<sup>27</sup> Resulta paradójico que a pesar del aumento de personal que se ha producido en el sector público, el cual, se sitúa en torno a los 3,52 millones de ocupados, el nivel de satisfacción de los usuarios haya descendido a niveles desconocidos hasta el momento.

<sup>28</sup> A este respecto, vid. JANSEN, M. *El reto de la inserción de los desempleados de larga duración*. Fundación de Estudios de Economía Aplicada. Madrid. 2018.

<sup>29</sup> Según otro informe de la Fundación de Estudios de Economía Aplicada, el 91% de las personas en desempleo no recibe ningún servicio de las oficinas públicas de empleo.



desempleados que cobran algún tipo de subsidio buscan trabajo con menor intensidad que los que no disfrutaban de los mismos.

De igual forma, esta aquiescencia está produciendo unas consecuencias que pueden tener difícil solución a corto plazo. En primer lugar, está favoreciendo que una población relativamente joven<sup>30</sup>, no tenga otra motivación laboral que cumplir con los requisitos para seguir cobrando el subsidio<sup>31</sup>. Asimismo, está fomentando lo que podríamos considerar como un “efecto llamada”, por el considerable aumento de personas que solicitan dichos subsidios<sup>32</sup>, y que prefieren estar cobrando una cantidad fija aunque sea escasa, a reciclarse formativamente y poder acceder a otro empleo, lo cual, en ocasiones da lugar a aceptar trabajos en precario, sin estar dados de alta para complementar económicamente dicho subsidio lo que podríamos conceptuar como empleo de exclusión<sup>33</sup>. Finalmente, otro de los efectos de este incremento de beneficiarios, es que se está elevando el gasto público en prestaciones por desempleo<sup>34</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Es evidente que estamos viviendo una transformación en las relaciones laborales, donde determinado colectivo de trabajadores parece no tener cabida en algunos casos, por su supuesta falta de competencia, y en otros, por el estigma que pesa sobre ellos por razón de su edad. Esta postura de rechazo hacia los trabajadores maduros está derivando en unas elevadas tasas de desempleo que en la mayoría de los casos se cronifica en el tiempo, lo cual, puede dar lugar a situaciones de exclusión social.

Sin embargo, gracias a los sistemas de rentas mínimas, esta predisposición a la exclusión es mucho menor que la que cabría esperar si no existiese este tipo de garantías de rentas. Pero a nuestro juicio, lo que puede ser la salvaguarda de muchas personas, se está convirtiendo en demasiadas ocasiones como una forma de vida al producirse un constante deambular por las distintas prestaciones no contributivas que existen. Pero para transformar esta

---

<sup>30</sup> Aunque estemos hablando de personas que en ámbito laboral se consideren maduras, socialmente, se pueden estimar relativamente jóvenes, puesto que la esperanza de vida en España se sitúa en los 83 años.

<sup>31</sup> Principalmente, renovar la demanda de empleo en la fecha indicada.

<sup>32</sup> A finales del año 2022, recibían esta prestación 266.000 trabajadores, lo que supone un 184% más que hace tres años.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. Medidas de políticas de empleo dirigidas a colectivos específicos en la etapa de ¿recuperación económica?. La inclusión activa como paradigma. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 137, 2017. p.159. La autora, califica este tipo de empleo como aquellos que no nada aportan al bienestar de estas personas y que consumen una parte importante del tiempo y de las energías que bien podrían canalizarse hacia actividades más cualificantes.

<sup>34</sup> Para el año 2023, El Estado destinará un total de 20.901 millones de euros al pago de prestaciones por desempleo, lo que supone, casi el 5% del total del gasto público.

situación, es indispensable reformar diversas cuestiones tanto legislativas, como administrativas.

De ahí que, lo primero que se debería reformular debido a su ineficiencia serían las políticas activas de empleo, las cuales no están ni bien planteadas, ni bien ejecutadas. Por lo que sería necesario diseñar unas políticas activas en consonancia con las exigencias del mercado en cada momento, así como, enfocarlas a los colectivos que más se ajusten a dichas exigencias, no como ocurre en la actualidad, que debido a su reiteración, algunas de ellas se pueden considerar obsoletas. Pero la realidad es bien distinta, parece que el legislador prefiere aumentar el número de subsidios asistenciales antes que replantear el actual sistema de políticas activas, lo que podemos catalogar como una solución a corto plazo, debido principalmente al periodo temporal de concesión de las mismas.

Otra de las cuestiones que debería ser revisada hace referencia al subsidio para mayores de cincuenta y dos años, el cual se ha instaurado entre el colectivo de trabajadores maduros como el eslabón que entrelaza dos circunstancias antagónicas, puesto que, por un extremo recibe una tésitura infausta como es la pérdida del empleo, y por el otro, mitiga dicho infortunio. Ello es debido, a que esta prestación conlleva aparejada la prerrogativa de estar cotizando para la jubilación mientras se percibe. Pero, lo que parece una medida beneficiosa para estos trabajadores, presenta a nuestro juicio una vertiente negativa, la cual, puede dar lugar a que sus beneficiarios se habitúen a una situación casi permanente de desempleo subsidiado, lo que dar lugar a la desmotivación de este colectivo para aceptar un puesto de trabajo.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ALUJAS RUIZ, J.A. *Políticas activas de mercado de trabajo en España: situación en el contexto europeo*. Consejo Económico y Social. Madrid. 2003.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada. En MORALES ORTEGA, J.M. (Dir.) *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*. Laborum. Murcia. 2016.
- AMBER MONTES, D. y DOMINGO SEGOVIA, J. Desempleo y precariedad laboral en mayores de 45 años desde la voz de los expertos: una luz al final del túnel, *Sociología, Problemas e Prácticas*, Nº 84. 2017.
- AYALA CAÑÓN, A. El sistema de garantía de ingresos en España. Una nota a vista de pájaro. *Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinaria para los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Nº. 1, 2019.
- AYALA CAÑÓN, L. et. al. *El sistema de garantía de ingresos en España: tendencias, resultados y necesidades de reforma*. Resumen ejecutivo. 2016.
- BECK, U. *La Sociedad Del Riesgo Social*. Siglo XXI de España. Madrid. 2002.
- CERDEIRA GUTIÉRREZ, I. Los servicios sociales del franquismo a la Constitución. *Cuadernos de trabajo social*. Nº 0, 1987.

- FERNÁNDEZ PRATS, C. La regulación del subsidio por desempleo ante la crisis económica: El RDL 20/2012 y el RDL 5/2013, en ROQUETA BUJ, R. (Dir.) y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E. (Coord.): *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GALA DURÁN, C., *Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad como vía de transición hacia la jubilación*, Comunicación presentada al XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, mayo de 2015.
- HERRADOR BUENDIA, F.M. Aproximación teórica al fenómeno del desempleo: el caso del desempleo de larga duración. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 35, 2002.
- JANSEN, M. *El reto de la inserción de los desempleados de larga duración*. Fundación de Estudios de Economía Aplicada. Madrid. 2018.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R. *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- MARTÍNEZ QUINTANA, V. El desempleo adulto de larga duración: fenómeno socioeconómico emergente, en MARTÍNEZ QUINTANA, B. y LUCAS MARÍN, A. (Coord.) *La construcción de las organizaciones: la cultura de la empresa*; UNED, Madrid, 2001.
- MORENO GENÉ, J. El papel actual de la protección por desempleo como mecanismo de transición de los trabajadores maduros de mayor edad hacia la jubilación. *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, Nº. 25, 2020.
- ORDÓÑEZ CASADO, M. I. El recurso a la protección por desempleo de la Seguridad Social por los trabajadores maduros en caso de pérdida de empleo. *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*. Nº. 37, 2019.
- PÉREZ DEL PRADO, D. *Intensidad, duración y tutela de la protección por desempleo. Los efectos económicos de la protección frente al paro*, Tesis Doctoral, Madrid, 2014.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. Medidas de políticas de empleo dirigidas a colectivos específicos en la etapa de ¿recuperación económica?. La inclusión activa como paradigma. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 137, 2017
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. Trabajadores de “edad avanzada: empleo y protección social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº. 33, 2001.
- VICENTE PALACIO, A.: Tránsitos y conexiones entre el empleo y la Seguridad Social: especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años. *Trabajo*, Nº. 30, 2014.



LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN COMO INSTRUMENTO  
PARA MEJORAR LA INCLUSIÓN DE LAS PCD

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

*PTUN de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Valladolid*

## **SUMARIO**

1. LA RAI Y SU DOBLE FUNCIÓN. ANÁLISIS DE SU UTILIDAD COMO INSTRUMENTO DE INSERCIÓN LABORAL. 2. EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN QUE OFRECE LA RAI. 3. LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ACCIONES DE INSERCIÓN. 4. CONCLUSIONES.

## 1. LA RAI Y SU DOBLE FUNCIÓN. ANÁLISIS DE SU UTILIDAD COMO INSTRUMENTO DE INSERCIÓN LABORAL

Hasta la fecha no se ha realizado un estudio que analice y valore críticamente la red de protección que ofrece la Renta Activa de Inserción a las personas con discapacidad como colectivo necesitado de especial protección y su interrelación con otras acciones residuales de los últimos niveles de atención a los desempleados, como por ejemplo, el SED o mecanismos de protección distintos del desempleo (en el caso de los beneficiarios de pensiones de invalidez no contributiva) que pese a su singularidad permiten el disfrute de estos mecanismos.

La política de empleo siempre ha prestado especial atención a quienes presentan especiales dificultades para el empleo bien sea en su acceso o también en su continuidad o permanencia, así se les ha bautizado últimamente denominándolos *colectivos de atención prioritaria* en la reciente Ley 3/2023, de empleo<sup>1</sup>, aunque conservando en otras ocasiones su clásica designación de colectivos prioritarios. También son llamados colectivos *vulnerables* de atención prioritaria<sup>2</sup>. Con una especial atención a la PCD hasta en dos ocasiones, una para concretar dentro de los discapacitados los que a su vez tienen mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo<sup>3</sup>, otra para el conjunto de PCD dedicándoles un precepto (art. 54 LE) una proyección específica de las adaptaciones necesaria para la plena efectividad de las acciones que realicen los servicios públicos de empleo.

---

<sup>1</sup> Así el art. 3d) Ley 3/2023.

<sup>2</sup> Art. 50 Ley 3/2023, téngase que presente que el precepto hace mención a las personas con discapacidad y también -y por separado- a las personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones Públicas, entre la larga concreción del listado, que, además, refuerza las situaciones de intersectorialidad.

<sup>3</sup> Identificándolas el art. 50.1 *in fine* LE, con mención de las personas con parálisis cerebral, trastorno de la salud mental, discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, siempre que estas personas con discapacidades de corte intelectual tengan la condición de discapacitados, por alcanzar el porcentaje de discapacidad en grado del 33% y cuando se trate de discapacidad física o sensorial cuando su grado ya sea severo, por alcanzar el 65%.

Como es sobradamente conocido entre los diferentes colectivos a los que se dirige la RAI están incluidas las PCD, el percibo de esta, así llamada, renta (terminología quizá diseñada para evitar su confusión con los subsidios por desempleo) se vincula al favorecimiento de la integración laboral, debiendo analizarse si efectivamente se ha conseguido su finalidad primigenia: permitir encontrar un empleo, al incorporar junto a la ayuda económica acciones de inserción laboral<sup>4</sup>, favorecedora de su inserción. La RAI nació como una especial habilitación al ejecutivo para crear esta específica ayuda, para atender a esos desempleados con una doble situación de dificultad, la primera la económica, la segunda, la de integración laboral. Sus destinatarios pueden ser parados de larga duración cuando a la vez tienen una edad madura al exigirse que sean mayores de 45 años, emigrantes retornados, víctimas de distintas violencias (de género, doméstica o sexual) y también las personas con discapacidad<sup>5</sup>. La Renta goza del doble perfil que posee la política de empleo puesto que no se justifica sólo con la protección monetaria mediante el disfrute de la prestación sino que incluye medidas calificables de política activa de empleo, en tanto que no deja de ser un programa específico proyectado a la inclusión laboral de colectivos con dificultades especiales y en particular por el rasgo del desempleo de larga duración, es, sin duda, algo más que una protección frente al desempleo algo más, que una prestación de contenido económico que palía la situación de desempleo de las personas que se integran en la RAI.

Para que un discapacitado pueda acceder al programa se le exige el reconocimiento legal de discapacidad<sup>6</sup>, esto es en un grado de al menos el 33% de discapacidad o superior e, igualmente, ostentar la condición de desempleado y también de larga duración –ya no la edad madura–, al ser este requisito exigible igualmente a la PCD, debiendo estar inscrito en las oficinas de empleo (servicios públicos de empleo autonómicos) durante al menos 12 meses o más. Y se le aplican las reglas comunes para reconocer ese periodo de desempleo ininterrumpido, de manera que si existen periodos de trabajo de 90 días o superiores en el año de referencia anterior (395 días) o salidas al extranjero (en los mismos términos que cualquier prestación por desempleo, esto es, superiores a 15 días con el régimen especial si la salida se realiza a Estados pertenecientes al EEE de hasta 90 días y con una finalidad de búsqueda de empleo o de prestación de servicios u otras acciones de empleo –incluidas las formativas- pero también la cooperación internacional) se corta el periodo.

El modo de acreditar la condición de PCD puede ser un certificado que emite la EG que lo reconoce IMSERSO o su equivalente órgano de las CCAA

---

<sup>4</sup> Compiladas en el art. 7 RD 1369/2006.

<sup>5</sup> Véase el art. 2 RD 1369/2006

<sup>6</sup> Para el reconocimiento del grado se ha actualizado su normativa mediante el RD 888/2022, de 18 de octubre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que sustituye al anterior de Real Decreto 1971/1999 y moderniza los criterios pretendiendo su adaptación a las exigencias de la Convención Internacional de NNUU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.



con competencias transferidas, y asimismo mediante documento que acredita la discapacidad (la tarjeta).

Es necesario un estudio de esta medida en relación con las PCD, de sus requisitos y condicionantes (de acceso y permanencia), al ser precisamente las PCD el colectivo con mayores dificultades constatadas de integración laboral (como reflejan todos los estudios y confirman las estadísticas). Así como parece necesario reflexionar sobre el alcance de haber incluido a los discapacitados dentro de los destinatarios de la RAI (en adelante, RAI) y su verdadera contribución a la finalidad propuesta por esta acción, una vez que podemos decir ya está suficientemente consolidada la renta activa de inserción en nuestro sistema de protección al desempleo, figurando hoy en la DF 8ª LGSS<sup>7</sup>, permaneciendo lo que fue su originaria redacción que la calificó como ayuda específica para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo<sup>8</sup>. Desde su incorporación en el año 2000, mediante programas anuales con renovaciones sucesivas, hasta que se compendió en la normativa de Seguridad Social en 2006 al complejo haz de peldaños frente al desempleo y de integración laboral a la actualidad. En 2006 la RAI sufre un punto de inflexión al reforzarse como medida permanente de protección al desempleo y aparecer su desarrollo reglamentario que perdura hasta nuestros días, a través del RD 1369/2006.

Y, por último, enfrentarse a los problemas que nos ofrece el diseño legal que suponen o pueden suponer trabas para la consecución de la inserción laboral de determinadas PDC mediante esta específica acción protectora por desempleo.

Las obligaciones de la PCD no difieren del resto de perceptores de la RAI desempleados de larga duración, exigiéndosele la acreditación de acciones de búsqueda de empleo (en concreto 3, al menos), dicha búsqueda estrictamente de trabajo que podrá serlo por cuenta propia o por cuenta ajena. Hay un surtido abanico de posibilidades: y en el catálogo de estas acciones desde la inscripción en agencia de colocación, justificación de entrega de CV al menos en 3 empresas, la realización de al menos una entrevista de trabajo, su inscripción en por lo menos 2 portales de empleo (sean públicos o privados), presentar como mínimo una oferta de trabajo que estuviese gestionada bien por servicios públicos de empleo bien por agencias de colocación, la realización de acciones formativas o meramente de recepción de información centrada en el llamado (con cierto esnobismo) autoempleo o (con mayor esnobismo aún) emprendimiento que fuera ofertada por los servicios públicos de empleo. Además, su acreditación puede realizarse mediante certificado de una agencia de colocación, que recogiendo la inscripción de la persona desempleada certifique ha realizado alguna de las acciones descritas. Téngase

---

<sup>7</sup> Inicialmente en la DF 5ª.4 LGSS de 1994.

<sup>8</sup> Con remisión a su desarrollo reglamentario, como mandato al ejecutivo, esto es al vigente RD 1369/2016 que regula el programa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

presente que el concepto de búsqueda activa de empleo aparece doblemente descrito tanto en la Ley de empleo como en la acción protectora por desempleo, en el art. 3 h) de la LE (nueva Ley 3/2023) y art. 299 e) LGSS, en este último caso descrito como una obligación de los beneficiarios de prestaciones, y con consecuencias su incumplimiento (no acreditación) ya que implica una inobservancia del compromiso de actividad regulado en el art. 300 LGSS, del que, por cierto, sólo pueden ver atemperadas sus exigencias las víctimas de violencia de género, sin recoger especialidad alguna para las personas con discapacidad en particular sin atender a los sujetos con determinadas discapacidades (severas, intelectuales, atenciones o tratamientos).

Sin embargo, de esa exigencia si se eximen otros destinatarios como son las víctimas de violencia o los emigrantes retornados. De manera que ya se atisba que el discapacitado se le aplica el régimen ordinario sin particularidades ni prerrogativas, la RAI les hace perceptores posibles en un régimen común. Sin especialidades, ni prerrogativas.

Se presenta un análisis de la RAI desde la óptica de inserción laboral las PCD y su efectividad, por sí sola o en combinación con otras medidas y, en particular, con las incompatibilidades normativas, sin olvidar los pronunciamientos judiciales que se han acercado a esta cuestión.

Probablemente lo mejor sea comenzar con el estudio evolutivo capaz de desgranar algunos casos y las respuestas judiciales, con la identificación de problemas jurídicos y las soluciones brindadas que permitan proponer respuestas específicas para las PCD.

## 2. EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN QUE OFRECE LA RAI

La RAI se diseñó inicialmente como uno de los últimos escalones de protección frente al desempleo, destinado a quienes, o bien, ya habían agotado la prestación contributiva, o bien, no tenían derecho a ellas, pero tampoco a los numerosos subsidios por desempleo atendiendo a las mismas razones, no poder ser perceptores o su agotamiento y no tengan tampoco derecho al percibo de la renta agraria. En su regulación en el RD 1369/2006 se le denomina ayuda para diferenciarla de la prestación por desempleo y de los subsidios o de otras rentas.

Es un derecho subjetivo que no sólo contiene la ayuda en forma de renta al desempleo de los colectivos a los que se dirige, sino que mientras se percibe también supone la obligación de cotizar de igual manera que en los casos de los subsidios por desempleo, cuyos costes son asumidos por el SEPE, con cargo a su presupuesto, tal y como se exige también por la Ley de Empleo.

La cuantía de la prestación es la misma que la de los subsidios por desempleo, el 80% del IPREM. Es una acción asistencial en su vertiente económica que también es subsidiaria, a la vez de otras acciones de protección al desempleo, ya que sus beneficiarios no pueden ser perceptores de otras

prestaciones, subsidios o rentas para desempleados. A las personas con discapacidad se le exigirá, como en casi todas las acciones singulares de empleo y desempleo acreditar su condición de tales. La particularidad de la inclusión de los discapacitados será que no se le exige ser mayor de 45 años, pero sí ser parado de larga duración.

Las obligaciones generales son comunes, por lo tanto, las PCD deben tener y mantener su demanda de empleo mientras perciban la prestación, así como suscribir el correspondiente compromiso de actividad. Si reciben oferta de colocación adecuada las personas perceptoras de la RAI están obligados a su aceptación y deben buscar empleo de una manera activa.

Como toda medida que sea considerada un subsidio o ayuda en la acción protectora al desempleo, y la RAI es equiparable, se exige que se demuestre la necesidad económica para su percepción por el desempleado, esto es la carencia de recursos económicos en el nivel que fija el legislador. Se exige situación de carencia de rentas medida por no alcanzar los ingresos mensuales propios del perceptor de la renta cantidades que superen el 75% smi, regla que es común con todos los subsidios; en caso de convivencia se atenderá pero, siempre después de cumplido el requisito de los ingresos propios a los de la unidad familiar, sumadas las rentas de los integrantes de la misma entre el número de miembros que la componen no debiendo superar el 75% del smi excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

La RAI presenta una limitación de programas en los que se puede estar incluido para cumplir su finalidad, con una limitación de tres veces o derechos anteriores al programa RAI. Esto significa que el programa no se agota en un periodo de 11 meses<sup>9</sup>, sino que se puede reiterar. En un diseño peculiar que, o bien, por sus destinatarios (colectivos con especiales dificultades de integración laboral), o bien, por las dificultades propias del programa para alcanzar sus objetos ya se piensa en la necesidad de reiterarlo cuando se regula.

Ya se ha anticipado que los programas de la RAI son de 11 meses pero en determinados supuestos está prevista su ampliación (en su cuantía) o superposición con el desempeño del trabajo, ninguno de ellos mira a la persona con discapacidad. Se permite lo que se ha denominado como ayuda adicional para las víctimas de violencia que tengan que cambiar de residencia, de ahí que se le llame suplementaria, que alcanza 3 meses en un pago único y puede ser percibida una vez sólo por cada derecho de admisión al programa; también se regula la compatibilidad de su percibo con el trabajo a tiempo completo, sea autónomo o asalariado, que aunque se suspende la prestación se percibe un 25% de su cuantía en un periodo de 180 días (como máximo) y sin que ello suponga una reducción de la renta que quedó pendiente de percibir. Con una clara finalidad de incentivar el paso hacia la integración laboral para que la

---

<sup>9</sup> Su duración se regula en el art. 5 RD 1369/2006. Los meses se computan como de 30 días y se abona la RAI en el mes siguiente al que corresponde el devengo, y como todas las prestaciones por desempleo su pago se efectúa entre los días 10 a 15 del mes.

Renta no suponga lo contrario, un retraimiento para el trabajo. Igualmente, en el supuesto de la colocación a tiempo parcial se posibilita su compatibilidad en este caso se reduce el importe de la RAI que se percibe en la parte proporcional al tiempo trabajado de manera que, asimismo, se incrementa temporalmente su percibo en la medida de tiempo que se haya producido su descuento.

### 3. LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ACCIONES DE INSERCIÓN

La virtualidad de la RAI se encuentra para todos sus destinatarios y, por tanto, también para las PCD en combinar la ayuda, como garantía de ingresos, medida de escaso importe económico –al cotejarse con un subsidio– y por un periodo de tiempo limitado, 11 meses, con las medidas activas de empleo tendentes a la inserción laboral con acciones específicas descritas en la norma, que van desde la formación, perfeccionamiento, orientación laboral, reconversión e inserción. El percibo de la RAI se condiciona a la realización de acciones personalizadas determinadas, lo que le hace valedora de ser una política activa de empleo tendente a la inclusión laboral y social. Ello implicará para la PCD concretas medias e itinerarios adaptados a sus necesidades y situaciones. El disfrute de la RAI, en su acceso para quienes tienen reconocida la discapacidad legal (grado del 33% o superior) no se les exigirá no haber sido beneficiario de la RAI en los 365 días naturales anteriores. No obstante, como ya se ha anotado, se limita a tres derechos, (esto es, tres subsidios o ayudas RAI) incluso aunque no se agoten en su duración máxima cada uno de ellos. Igual que para los restantes perceptores.

Los itinerarios personalizados son una de las posibles acciones de inserción, no la únicas, ya que también habrá gestión de ofertas de colocación e incorporación a planes de empleo o planes formativos concretos. Son las CCAA las encargadas de tramitar el programa mediante las ayudas finalistas que reciben, obligadas a efectuar la correspondiente reserva y afectación de las subvenciones que gestionen para ejecutar este programa.

La finalidad de inserción laboral debe ajustarse a la PCD, que remueva las dificultades para encontrar un empleo y favorecer su real inserción laboral, la propia persona tiene la obligación de realizar actuaciones para su inserción laboral, sin duda merece una especial atención las concretas características de cada persona discapacitada modulando estas exigencias.

Una particularidad se presenta para quienes son beneficiarios de pensiones de invalidez NC, que aun disponiendo de la pensión se les permite acceder a la RAI con una finalidad de inclusión laboral, pero con el compromiso de suspensión de la pensión económica a partir del inicio del devengo de la RAI. Sin duda esta regulación ha generado cierta litigiosidad, visible en los repertorios judiciales.

Otros peldaños más novedosos, que nacen en 2018, como el subsidio extraordinario por desempleo (SED) para quienes carecen de red protectora distinta, contemplada en la DA 27ª LGSS, se dirigen con carácter general e indiscriminado a desempleados por su condición de extinción del subsidio (sin rentas), ser parado de larga duración de al menos 360 días en el periodo de referencia de los 18 meses anteriores a su solicitud, y extinción previa de prestaciones o subsidios, la propia RAI u otros programas especiales que han existido (PRODI, PREPARA); no contiene atención especial a las personas con discapacidad

#### 4. CONCLUSIONES

La lectura reposada del desarrollo reglamentario de la RAI nos lleva a la conclusión de que las personas con discapacidad desempleadas de larga duración fueron incluidas en el Programa y se les contempla como destinatarios y perceptores. Esto es como beneficiarios. Pero ya no se sigue desarrollando una acción concreta o, mejor, específica para lograr la inserción laboral del discapacitado. De ahí que podamos apuntar la pobreza y escasez regulatoria de la medida que sólo incluye al discapacitado como beneficiario de la RAI, pero obvia un desarrollo más acertado y cercano a la realidad de las dificultades de empleo para la inserción laboral de los discapacitados.

Sin embargo, su regulación no aporta especiales particularidades que suponga diferenciación del resto de los beneficiarios. Sí habiéndolas para otros destinatarios, como se ha apuntado, es el caso de las víctimas de distintas violencias (de género, sexual y doméstica).

Las acciones propias de inserción laboral, de política activa de empleo, corresponde ejecutarlas a las CCAA, es, por tanto, en las ejecuciones de los programas autonómicos de empleo donde se observará si efectivamente se concretan las acciones de inserción laboral con la debida atención y adaptación a las personas con discapacidad. Sin duda, en los itinerarios personalizados debe atenderse a las necesidades concretas en atención a la discapacidad, su origen y grado. Sería deseable en el futuro una revisión de acciones de inserción laboral en el desarrollo estatal. Y en la línea que marcan los objetivos de la nueva Ley de empleo o de las exigencias de la normativa internacional y de art. 27 de la Convención Internacional de NNUU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 y de las implicaciones y exigencias que de ello se derivan.



**Panel E**

EL GOBIERNO DEL EMPLEO Y EL DESEMPLEO





LA SITUACIÓN DE LOS “TELETRABAJADORES”  
DE CARÁCTER INTERNACIONAL  
EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA<sup>1</sup>

JULIA DORMIDO ABRIL

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla  
jdormido@us.es*

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo de Investigación SEJ297, Cambios tecnológicos e influencia sobre las relaciones laborales.

## **SUMARIO**

1. EL CONTEXTO NORMATIVO DEL TELETRABAJO INTERNACIONAL. 2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL VISADO Y LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA. 3. LOS DERECHOS LABORALES. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. EL CONTEXTO NORMATIVO DEL TELETRABAJO INTERNACIONAL

El término teletrabajo, como sabemos, adquirió una mayor importancia a partir de la declaración del estado de alarma, motivado por el covid 19 en el año 2020. Éste se refiere al trabajo que se realiza a distancia a través del uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de comunicación. Ahora bien, en el trabajo de investigación que aquí se presenta se pretende estudiar qué ocurre con aquellas personas que realizan una actividad en remoto para una empresa que no se encuentra en España, partiendo de la premisa de que el teletrabajador es extranjero.

El pasado mes de diciembre se publicó la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (en adelante, Ley de Startups), también conocida como Ley de Startups, que busca atraer profesionales altamente cualificados que desarrollen su actividad, por cuenta propia o ajena, mediante herramientas electrónicas. A través de la Disp. Final quinta se modifica la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización (en adelante, LAEI) con la finalidad de regular en esta última el visado y la autorización de los “teletrabajadores” de carácter internacional. La propia exposición de motivos de la Ley de Startups justifica esta previsión del teletrabajo de carácter internacional, debido a que los trabajadores de las empresas emergentes pueden trabajar de manera remota, pues el elemento esencial para que estos desempeñen su actividad es que cuenten con un equipo informático y una conexión a internet de calidad.

De este modo, de conformidad con el art. 74, bis LAEI, el teletrabajo internacional constituye el modo a través del cual una persona, nacional de un país diferente a aquel en el que se encuentra residiendo, ejerce una actividad laboral o profesional para una empresa cuyo domicilio social, igualmente, es diferente al de la residencia. En lo que hace a la delimitación de la figura de este colectivo convendría hacer dos puntualizaciones. La primera, está relacionada con el nombre con el que la norma se refiere a estos trabajadores, en concreto, los denomina teletrabajadores. En tal sentido, tendríamos que señalar que no se corresponde el término con el modo en el que desempeña la actividad este colectivo, debido a que la voluntariedad, tal y como está establecida en el art.

5 LTD, no tiene por qué concurrir necesariamente. En concreto, dicho precepto establece que el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia, sin que pueda ser impuesto por la empresa con motivo de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Con ocasión de lo dispuesto en el art. 74. Bis LAEI, pueden producirse dos situaciones diferentes. La primera, que el trabajador extranjero preste sus servicios o que realice su actividad profesional para una empresa que radique fuera del territorio español, pero en un lugar designado por ésta, tal y como pueden ser los espacios de trabajo compartidos. La segunda, que la actividad laboral o profesional se desarrolle en el lugar establecido por el trabajador, pudiendo ser su domicilio o cualquier otro.

De otro lado, estos trabajadores (teletrabajadores de carácter internacional) no pueden ser considerados nómadas digitales, puesto el concepto de nómada hace referencia a aquella persona que no precisan de la adscripción a un determinado lugar, sino que, por el contrario, puede desplazarse sin ninguna limitación a lo largo y ancho del globo terráqueo en un corto espacio de tiempo. Sin embargo, la finalidad de la autorización de residencia con el fin de teletrabajar a distancia es precisamente, la de “afincarse” en un determinado municipio de España por un periodo más o menos prolongado, que irá desde el año hasta el momento en que lo considere oportuno la persona extranjera. La única condición que se exige a estos “teletrabajadores” es que no resida en el mismo lugar en el que tenga su centro de trabajo la empresa para la que presten servicios o desempeñen una actividad profesional.

En lo que hace a las características de los trabajadores, la norma pretende que estos profesionales cualificados, tal y como se puede leer del art. 74.2 bis LAEI, a quienes se les exige estar en posesión de un título de grado o posgrado universitario, de formación profesional o de escuelas de negocios o, en su caso, que cuenten con una experiencia profesional mínima de tres años. Sin embargo, pese a que en el citado precepto se enumeran estas características como imprescindibles en la persona teletrabajadora internacional, en el artículo siguiente, es decir, en el art. 74. Ter LAEI, estos rasgos identificativos desaparecen. De esta forma, entre los requisitos que se han de acreditar no consta la formación, sino otra serie de cuestiones que se analizarán a continuación. Por tanto, con respecto a esta cuestión podríamos pensar que no constituye un requisito *sine quae non* se otorgará esta autorización.

Para el legislador la substancia de dicha autorización se encuentra en otros aspectos que son los reseñados al inicio. Se trata del ejercicio de una actividad laboral o profesional a distancia para empresas que estén radicadas fuera de España, que será el lugar donde fije su residencia el teletrabajador. A su vez, su trabajo se debe desempeñar exclusivamente a través de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicaciones.

El teletrabajo se puede llevar a cabo tanto por trabajadores por cuenta propia como por trabajadores por cuenta ajena. Esta cuestión ha de interpretarse del art. 74. Bis LAEI, como quiera que el legislador se refiere al ejercicio

de una “actividad laboral” y “actividad profesional” en términos diferentes, como si la primera fuese la que realizan los trabajadores por cuenta ajena, mientras que la segunda es la que desempeñan los trabajadores por cuenta propia. Sin embargo, como apuntamos, la norma no ha aclarado esta cuestión de forma explícita.

En lo que a la realización de la actividad se refiere, cuando se lleva a cabo por cuenta ajena, se deshecha la opción de que preste sus servicios, ni tan siquiera en un número de horas mínimo, para una empresa que esté ubicada en España. Sin embargo, la norma contempla la posibilidad de que los trabajadores autónomos trabajen para una empresa española, si siempre que el porcentaje de dicho trabajo no supere el 20% de su actividad profesional. Sin duda, la literatura del precepto llama la atención, en tanto que el teletrabajador autónomo puede trabajar por cuenta ajena en un porcentaje, pero el teletrabajador por cuenta propia no, ni tan siquiera para una empresa extranjera que tenga un centro de trabajo en España. Aunque, más paradójico aún resulta que se haya dado la consideración de teletrabajador a un autónomo. Tal circunstancia denota el interés por regular en una misma figura a dos trabajadores que se rigen por normas totalmente diferentes, por cuanto que el trabajo autónomo se encuentra excluido del ámbito de aplicación del LETA.

Ahora bien, comoquiera que se trata del establecimiento de condiciones de trabajo muy particulares en la relación jurídica que no estaban contempladas en la legislación con anterioridad, éstas han sido introducidas en la Ley de Emprendedores por medio de la Ley 28/2022, dando paso a múltiples interrogantes. De hecho, la primera cuestión que llama la atención es cómo el legislador español se ha lanzado a incorporar en la norma esta figura cuando aun no contamos con ninguna disposición a nivel europeo que regule el teletrabajo internacional. En este sentido, el mejor de los escenarios en el que nos podríamos encontrar es que la persona que teletrabaje tenga la nacionalidad de alguno de los países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

De otro lado, la norma rescata la idea formulada en la propia Ley de Emprendimiento de atraer el talento a través de la concesión de autorizaciones de residencia y trabajo para los nómadas digitales, produciéndose con ello una especie de atrofia de lo que son y comportan dichos permisos regulados por la LOEXIS y en su reglamento de desarrollo.

En concreto, el art. 74 bis de la Ley de Emprendimiento utiliza indistintamente los términos de “profesionales” y “teletrabajadores”, pese a tratarse de colectivos distintos con regulaciones, a su vez, distintas. Circunstancia que repercute en los derechos de las personas teletrabajadoras con carácter internacional.

En todo caso, para que se pueda solicitar el visado o la autorización de teletrabajo, la persona nacional de un tercer país deberá acreditar la existencia de una actividad real y continuada durante al menos un año con la que el trabajador mantiene una relación laboral o profesional. Lo cierto es que esta letra a del art. 74. Ter LAEI da lugar a confusión, puesto que podría

interpretarse, de un lado, la exigencia de que la empresa cuente con un año de “vida” y, de otro, que la persona trabajadora esté prestando sus servicios o que realice una actividad para la empresa desde hace un año. Para poder decantar por alguna de las dos opciones planteadas, tendríamos que continuar con la lectura del precepto, pues en los apartados c y d se habla de la segunda de las opciones. De tal forma que, si se trata de una relación de trabajo, ésta debe existir, al menos, tres meses antes a la presentación de la solicitud, no pudiendo estar localizada la parte empleadora en España. Si se tratase de un trabajo por cuenta ajena, se debe acreditar la relación mercantil con una o varias empresas que no se encuentre o encuentren en España, también en los tres meses anteriores a la solicitud.

Por otra parte, se ha de dejar constancia de que el trabajo (por cuenta propia o ajena) se puede efectuar en remoto, o lo que es lo mismo, desde un lugar diferente al puesto de trabajo físico o lugar en el que desempeñar la actividad en una empresa.

Por último, tendríamos que plantearnos si este régimen jurídico debería ser aplicable también a la inversa, o lo que es lo mismo, también deberían quedar dentro de la situación que aquí se describe a los extranjeros que se encuentren fuera de España, pero prestando servicios para una empresa que tenga su domicilio social en nuestro país. A nuestro juicio la respuesta debería ser positiva.

## 2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL VISADO Y LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA

La Ley de Startups ha creado un visado y una autorización nuevos, pese a que en una primera aproximación a la figura del teletrabajador de carácter internacional se exija uno u otro documento. Es el art. 74 quater y el art. 75 quinquies los que se encargan del desarrollo de uno y otro permiso. El primero, el visado para el teletrabajo de carácter internacional se expide a los extranjeros no residentes en España cuya intención sea la de residir, sin que sea necesaria la autorización para trabajar, puesto que la empresa no está radicada en el territorio español. La norma resulta un tanto imprecisa en sus términos, nuevamente en este apartado, puesto que se refiere a que el visado constituye un título suficiente para residir y trabajar a distancia, generando una confusión en lo que constituye el objeto de la misma, puesto que esta forma de prestar los servicios debe llevarse a cabo con una empresa extranjera. La duración del visado queda condicionada a la duración de la actividad (laboral o profesional), no pudiendo exceder del año.

Por otra parte, el art. 74 quinquies LAEI se ocupa de la autorización de residencia para el teletrabajo de carácter internacional, la cual se concede a los extranjeros que, o bien se hallen en España de manera regular y que cuenten con otro tipo de autorización, o bien a aquellos que, sin encontrarse en España, obtengan el visado de teletrabajo. Esta autorización, a diferencia del resto

de autorizaciones de residencias con las que contamos en nuestro Derecho de Extranjería, se otorga para un periodo de tres años, pudiendo renovarse para otro periodo de dos.

Sobre la cuestión del visado y de la autorización, conviene destacar que ambas, en lugar de encontrarse reguladas en la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, la LOEXIS, se regula en la Ley de Emprendimiento a través de la modificación efectuada por la Ley de Startups.

Asimismo, llama la atención que la LAEI no exige a los teletrabajadores de carácter internacional la acreditación de los mismos requisitos que a los extranjeros a los que se le otorga una autorización de residencia. En tal sentido, el art. 46 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, Rex) exige al extranjero que acredite que carece de antecedentes penales, que no se encuentra en España de manera irregular, que no figura como rechazable en el espacio territorial de países con los que nuestro país tenga firmado un convenio en tal sentido, que cuenta con medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el periodo de tiempo por el que se desee residir en España, y sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral o profesional, de conformidad con lo dispuesto en esta sección, así como que cuente con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España, entre otras cuestiones. Sin embargo, a estos extranjeros teletrabajadores parece que se les presuponen que cuentan con medios económicos suficientes para no ser una carga para el país en términos de obtener algún tipo de ayuda o subsidio y que cuentan con un seguro.

La acreditación de los citados medios de subsistencia se detalla en el art. 47 Rex, al que en ningún momento se remiten alguno de artículos de la LAEI en los que se regula la autorización de residencia por teletrabajo. Esta ausencia de remisión o de regulación nos lleva a pensar que el extranjero que opte a la obtención de dicho permiso está exento de cumplir con las exigencias habituales, generando de esta forma dos tipos diferentes de movimientos migratorios. De un lado, se situaría un conjunto de la población extranjera que se trasladan a nuestro país con la intención de llevar a cabo una actividad (laboral o profesional) de carácter tradicional y formalizada con una empresa española. De otro, un pequeño colectivo que tiene las mismas pretensiones, con la única diferencia de que el medio a través del cual van a desarrollarse laboral y profesionalmente es a través de las nuevas tecnologías.

### 3. LOS DERECHOS LABORALES

En lo que respecta a la determinación de los derechos laborales que pertenecen a los trabajadores extranjeros tendríamos que señalar que la norma

aplicable es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEXIS), tal y como dispone su art. 1.1. En tal sentido, entre los artículos 3 al 15 LOEXIS encontramos un haz de derechos y libertades que se reconocen a los extranjeros que se encuentren en situación regular en España.

Por tanto, al haber equiparado el legislador en derechos a los extranjeros con los españoles no se produce ninguna diferencia en cuanto a su titularidad y ejercicio. No obstante, convendría hacer una reflexión acerca de cómo interpretar el art. 10 LOEXIS, relativo al derecho al trabajo y a la Seguridad Social, sobre todo en lo que a la segunda de las cuestiones respecta, en tanto que este tipo de teletrabajadores no están solicitando una autorización de residencia y trabajo, sino simplemente de residencia. El citado precepto establece que “los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”, luego podría interpretarse que, pese a no trabajar para una empresa española y, en principio, cotizar en cualquiera de los dos regímenes de la Seguridad Social, podrán acceder al sistema.

Esta afirmación requiere de la siguiente aclaración que se llevará. En primer lugar, se podría organizar la explicación en torno si pueden ser beneficiarios de las prestaciones de la Seguridad Social, en su nivel contributivo y no contributivo. En segundo, la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

Con respecto al primero de los aspectos podríamos partir de lo dispuesto en el art. 7.1 TRLGSS que, a efectos de las prestaciones contributivas, establece que estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional. A continuación del primer apartado del art. 7, se desprende que los extranjeros tan solo deben residir o encontrarse legalmente en España para poder ser beneficiarios de aquellas, siempre que se cumplan algunos de los requisitos que, como sabemos, la norma enumera en los apartados siguientes de los cuales destacamos: el apartado a, relativo a los “*trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 ET, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral*”. El apartado b, que versa sobre los “*trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo*”. Sin duda, la cuestión a destacar de este precepto es que el extranjero ha de ejercer su actividad en territorio nacional en España y eso es justamente lo que ocurre con los teletrabajadores



con carácter internacional que, además de residir de manera regular, desempeñan su actividad laboral o profesional en nuestro país.

En lo que hace a las prestaciones no contributivas, el art. 7.2 TRLGG se pronuncia de forma expresa sobre la inclusión de los extranjeros en dicho campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, equiparándolos a los españoles, como se dijera anteriormente a los españoles, en los términos del art. 10 LOEXIS, así como en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto. Por tanto, ya sea para una u otra modalidad de protección, se deberá prestar atención a dos aspectos concretos. Uno, que no se trate de trabajadores desplazados, puesto que en ese caso no se aplicaría la regla de la prestación de servicios o realización de actividad en España, sino que el trabajador extranjero gozaría de la protección social de su país de origen o aquel que se haya estipulado con la empresa (no española) en el contrato de trabajo, puesto que el traslado del teletrabajador es temporal. Dos, que no se haya celebrado un convenio entre los países, en virtud del cual se determine qué régimen de Seguridad Social es aplicable, siendo éste el del Estado de origen del extranjero (García Muñoz, 2010).

Por otra parte, nos planteamos si la empresa no debería cotizar a la Seguridad Social por el teletrabajador extranjero, en tanto que tal circunstancia es obligatoria desde que da comienzo la actividad y se mantiene hasta tanto la relación no se extinga. Esto sería de aplicación si continuamos con la idea de que los teletrabajadores de carácter internacional se encuentran en el campo de aplicación de la Seguridad Social, debido a que el ejercicio de su actividad se lleva a cabo en el territorio nacional.

Además de lo anterior, tendríamos que plantearnos qué ocurre con los trabajadores extranjeros, que pueden encontrarse en su país de origen (o no), pero que prestan sus servicios para una empresa afincada en España. Dicho en otras palabras, convendría analizar qué ocurre con el fenómeno inverso. En este supuesto de teletrabajadores de carácter nacional en el que la empresa sí que se encuentra en nuestro país las reglas con respecto a la inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social no tiene por qué ser diferente. Si se aplica la regla del art. 7.1 TRLGSS se comprueba que el teletrabajador extranjero que no goza de residencia en España pues la tiene en su país de origen o, incluso, en otro diferente, está prestando sus servicios para una empresa que sí que cuenta con domicilio español. Por ende, deberíamos hacer una traslación de lo expuesto en los párrafos precedentes con respecto a la inclusión del extranjero en las modalidades contributivas y no contributiva. Ahora bien, si los países implicados han celebrado un convenio, habrá que estar a lo dispuesto en el mismo para determinar qué Estado se hará cargo de la protección del teletrabajador.

#### 4. CONCLUSIONES

El tema que se plantea se encuentra actualmente en una fase embrionaria, puesto que la LTD no prevé este tipo de situaciones en su ámbito objetivo.

Por otro lado, la LAEI ha pretendido regular un visado y una autorización de residencia por teletrabajo de carácter internacional sin carecer de competencia para ello, puesto que se trata de una autorización de residencia al uso, con una serie de requisitos especiales y más laxos a los que se pueden exigir para los movimientos migratorios ordinarios.

En nuestra opinión, la incorporación de esta autorización debería haberse efectuado a través de la ley orgánica correspondiente, así como en el reglamento de extranjería que lo desarrolla. De haberse procedido así, el visado y la autorización serían expedidos por las autoridades correspondientes, es decir, por los Ministerios del Interior y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Por otra parte, la redacción de la norma ha dejado abiertos muchos interrogantes, tal y como son si el teletrabajador autónomo puede trabajar en régimen de subordinación para un empresa española, si los teletrabajadores gozan de la protección de la Seguridad Social, además de qué ocurre con el fenómeno inverso de teletrabajadores extranjeros que no cuenten con residencia legal en España por encontrarse en un país diferente, pero, sin embargo, lleven a cabo una actividad para empresas españolas.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA MUÑOZ, M.: La protección social de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular, en *La protección social de los extranjeros en España* / coord. por Santiago González Ortega, 2010.
- SÁNCHEZ RODAS, C.: El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, N° 1, 2021.
- SIERRA BENÍTEZ, E.: La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, ISSN-e 2445-3269, Vol. 6, N° 2, 2021.

LA CONTRATACIÓN LABORAL EN EL VI  
CONVENIO COLECTIVO GENERAL DE LA CONSTRUCCIÓN  
TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2021<sup>1</sup>

FERNANDO ELORZA GUERRERO  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Pablo de Olavide*  
*felogue@upo.es*

---

<sup>1</sup> Estudio realizado en el marco del proyecto I+D UPO-1380994 FEDER-Junta de Andalucía: ‘Bases jurídicas para la mejora de la estabilidad en el empleo de los trabajadores mayores de 45 años’.

## **SUMARIO**

1. EL CONTEXTO: LA REFORMA DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA CONTRATACIÓN LABORAL, Y EN PARTICULAR DEL CONTRATO FIJO DE OBRA, TRAS LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR EL TS Y EL TJUE EN LA MATERIA. 2. LA ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN LABORAL DEL VI CONVENIO COLECTIVO GENERAL DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN A LA REFORMA LABORAL DE 2021. 2.1. El contrato indefinido adscrito a obra. 2.2. El contrato fijo – discontinuo a tiempo parcial para formadores. 2.3. Otras modalidades de contratación laboral 3. CONCLUSIONES.

## 1. EL CONTEXTO: LA REFORMA DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA CONTRATACIÓN LABORAL, Y EN PARTICULAR DEL CONTRATO FIJO DE OBRA, TRAS LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR EL TS Y EL TJUE EN LA MATERIA

La reforma de 2021 será recordada, entre otras decisiones, y desde la perspectiva que aquí interesa, por la intervención legislativa de carácter directo que procedió a modificar el régimen, hasta entonces vigente, que amparaba la regulación convencional del denominado contrato fijo de obra (Art. 2 del Real Decreto-ley 32/2021), que, en cuanto variante específica de la contratación de duración determinada, se había constituido en piedra angular de las relaciones de trabajo en el sector de la construcción, con resultados muy discutibles<sup>2</sup>. El origen de este contrato, como es sabido, es la previsión legislativa de la D.A. 3ª ET, así como la D.A. 3ª de la Ley 32/2006, en cuanto normas que, en su momento, otorgaron a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato por obra o servicio determinado, regulado, con carácter general, como es sabido, en el art. 15 ET, y que en a día de hoy se encuentra regulado en el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción<sup>3</sup>.

En la medida en que el legislador ha tomado la decisión a finales de 2021 de eliminar la figura del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, no debe sorprender excesivamente el que el régimen que ha posibilitado el contrato fijo de obra se haya visto afectado por el Real Decreto-Ley 32/2021. No obstante, ésta es una decisión que, lejos de ser adoptada voluntariamente, vino muy condicionada por la doctrina establecida en su momento, y como se ha señalado antes, tanto por el TJUE, en relación con la adecuación del régimen del contrato fijo de obra, como por el TS, respecto del recurso al contrato por obra o servicio determinado como modalidad contractual de referencia a la hora de articular las contrataciones de servicios.

---

<sup>2</sup> Para una aproximación a la evolución histórica de esta modalidad contractual puede ser de interés la consulta de: CALVO GALLEGOS, F.J., y ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, pp. 184 y ss.

<sup>3</sup> BOE núm. 232, de 26 de septiembre de 2017, pp. 94090 y ss.

En el caso de la primera sentencia (STJUE (Sala Séptima), de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550-19)), el TJUE mostró su rechazo al régimen de los contratos fijos de obra que operaba en el sector de la construcción, al considerar que el mismo no era acorde con las previsiones Cláusula 5.1 a) del Acuerdo Marco sobre contratación de duración determinada (Directiva 1999/70/CE), y en este sentido podía dar lugar a abusos, al posibilitar el encadenamiento sin fin de contratos de trabajo - en el caso objeto de la decisión prejudicial el trabajador de la construcción había encadenado seis contratos temporales de forma consecutiva, entre enero de 1996 y septiembre de 2017, sin posibilidad legal o convencional de alcanzar la condición de fijo de plantilla, pese a que la concatenación de contratos evidenciaba la existencia de necesidades empresariales a cubrir de forma sostenida en el tiempo -<sup>4</sup>. En cuanto a la segunda, el cambio operado en su propia jurisprudencia por la STS de 29 de diciembre de 2020 (Rec. 240/1028), en el sentido de considerar que la decisión de una empresa de externalizar cierta actividad no constituía en sí misma una circunstancia susceptible de ser cubierta por la empresa que asume dicha actividad mediante la celebración de contratos de obra o servicio determinado, con lo que en la práctica el ámbito de utilización de esta modalidad contractual quedó muy reducido<sup>5</sup>, lo cual facilitó la derogación de esta modalidad contractual, tan denostada desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo de los trabajadores.

La cuestión es que, más que una derogación directa de dicha modalidad contractual, lo que ha hecho el legislador es alterar el tenor literal de la D.A. 3ª de la Ley 32/2006 –no así de la D.A. 3ª ET, que permanece en los mismos términos–, sustituyendo el cuerpo de la misma, titulado “Negociación colectiva y calidad en el empleo”, por un nuevo cuerpo normativo que, bajo el epígrafe “Extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción”, establece un novedoso régimen legal sobre las consecuencias e iter procedimental que habrá de seguir en el futuro la extinción de lo que identifica como contratos indefinidos de los trabajadores de la construcción. Se asume, por tanto, implícitamente, que ya no será posible el que la negociación colectiva del sector pueda plantearse continuar apostando por el contrato fijo de obra, como modalidad jurídicamente válida, básicamente porque el fundamento jurídico sobre el que se sustentaba, y que se encontraba en el art. 15 ET, tras la reforma laboral de 2021 ha desaparecido.

<sup>4</sup> Para un análisis en profundidad de la doctrina establecida en esta sentencia, véase, entre otros, DE VAL TENA, A.L., “El contrato temporal fijo de obra en el sector de la construcción: límites al encadenamiento de contratos y sucesión de empresa. Comentario a la STJUE de 24 de junio de 2021(Asunto C-550/19)”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 1, 2021, pp. 143 y ss. Con carácter general, igualmente, ROJO TORRECILLA, E., “Cómo ha impactado la jurisprudencia del TJUE en la reforma de la regulación de la contratación temporal”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Monografía de Temas Laborales, CARL, Sevilla, 2022, p. 75 y ss.

<sup>5</sup> LAHERA FORTEZA, J., “La contratación laboral en el ámbito de las contratas: de la temporalidad al contrato indefinido”, *Revista de Trabajo y Empresa* (monográfico: La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos), 2023, p. 48.

Ahora bien, en el seno de la doctrina española pronto se alzaron voces, con razón, que advirtieron que, pese al aparente carácter drástico de la decisión tomada mediante Real Decreto-ley a finales de 2021, en el sentido de eliminar completamente el contrato de trabajo fijo de obra, lo que finalmente se ha realizado es una reformulación de la legalidad vigente –más aparente que de fondo, como se verá por lo que comentaremos a continuación–, en virtud de la cual, lo que era un contrato de trabajo de carácter temporal –el contrato de trabajo fijo de obra–, pasa a ser en adelante un contrato indefinido –el contrato indefinido adscrito a obra–, incorporando eso sí, a la norma legal, aspectos que integraban el régimen jurídico del contrato de trabajo fijo de obra, contenidos en el art. 24 del VI Convenio colectivo general de la construcción, claro que realizando las correspondientes adaptaciones en atención a la naturaleza indefinida que el nuevo régimen legal ha decidido imprimir al referido contrato<sup>6</sup>.

Adicionalmente, se precisa también por la ley una nueva causa de extinción del referido contrato de trabajo fijo de obra, que es la que se identifica como “por motivos inherentes a la persona trabajadora” –su formulación literal resulta un tanto extraña –, y que, en última instancia constituye la forma en que el legislador asegura una indemnización más alta que la que correspondería con carácter general a este contrato en aplicación de lo establecido en el art. 49 y ss ET– no por casualidad, se garantiza por ley (D.A. 3<sup>a</sup>.6 Ley 32/2006) la indemnización que ya reconocía el vigente art. 24.8 del VI Convenio colectivo general de la construcción<sup>7</sup>–. Esta decisión responde a la conciencia legislativa de que la actividad constructiva con muchísima frecuencia tiene un carácter marcadamente temporal, por mucho que la norma configure el contrato adscrito a obra como indefinido<sup>8</sup>. En última instancia, parece que todo cambia en relación con la contratación laboral en la construcción para no cambiar nada, o siendo más justos, para que cambien pocas cosas, pues como en algún caso ya se ha advertido, conviene no perder de vista que “la

<sup>6</sup> En este sentido, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “En búsqueda de la estabilidad perdida: la reforma de los fijos discontinuos y del contrato “fijo” de obra en el sector de la construcción”, *Almacén de Derecho*, 10 de enero de 2022, y que pueden consultarse en: <https://almacendederecho.org/en-busqueda-de-la-estabilidad-perdida-la-reforma-de-los-fijos-discontinuos-y-del-contrato-fijo-de-obra-en-el-sector-de-la-construccion>

<sup>7</sup> El precepto convencional reconocía el derecho a: “una indemnización por cese del 7 por ciento calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato, y siempre y en todo caso, respetando la cuantía establecida en el citado artículo 49.1 c) del E.T.”

<sup>8</sup> En este mismo sentido, DE VICENTE PALACIO, A., “La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrataciones”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, p. 84.

Como certeramente ha señalado ARAGÓN GÓMEZ, C., “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021, 2022, pp. 55-56, la reforma de la D.A. 3<sup>a</sup> de la Ley 32/2006 genera una diferencia de trato entre los trabajadores indefinidos ordinarios y los que se identifican como trabajadores indefinidos adscritos a obra, cuya razón última parece que puede ser la de “lograr la aquiescencia de la patronal y sindicatos con el fin de “rebautizar” el contrato para que, siendo lo mismo que era, no compute a efectos estadísticos”.

inaplicación del régimen extintivo general convierte en mera decoración el calificativo indefinido conferido al contrato”<sup>9</sup>.

No obstante, y a los efectos que aquí interesan, existe un aspecto donde el nuevo tenor de la D.A. 3ª de la Ley 32/2006 sí resulta novedoso, y es el que tiene que ver con la obligación legal que registran en adelante las empresas de construcción de, a la finalización de la obra en la que presta sus servicios el trabajador de la construcción, realizar a estos trabajadores una propuesta de recolocación, previo desarrollo, de ser preciso, de un proceso de formación. Dicha obligación de recolocación no se contemplaba hasta el momento en el plano legislativo, y tampoco obraba en el ámbito convencional –no lo preveía el mencionado art. 24 del VI Convenio colectivo general de la construcción–.

La forma en que se formula esta obligación legal, con todo, no deja de ser curiosa. Para empezar, porque la propuesta de recolocación se contempla como una suerte de propuesta individualizada que debe formalizarse por escrito mediante una cláusula a anexar al contrato de trabajo (D.A. 3ª.4 Ley 32/2006). En segundo lugar, porque se condiciona la extinción del contrato indefinido adscrito a obra, desde el momento en que la norma legal establece que la misma sólo podrá producirse por motivos inherentes a la persona trabajadora una vez se haya efectuado la referida propuesta de recolocación.

En todo caso, y desde la perspectiva ahora ya de la negociación colectiva, conviene advertir que, en esta ocasión, el legislador ha decidido otorgar a la autonomía colectiva un papel, en principio, de carácter secundario en la configuración del régimen jurídico de esta modalidad contractual. Y referimos que, en principio es así, porque como es sabido la negociación colectiva con carácter general puede entrar a regular cualquier aspecto de las relaciones de trabajo, siempre que ello no sea contrario a la ley, la moral o el orden público, por lo que, en relación con esta modalidad contractual, como respecto de las demás, no deben descartarse futuras intervenciones de la autonomía colectiva en lo que es la fijación de su régimen jurídico –no obstante, en el caso de esta modalidad contractual no puede obviarse que la reforma laboral de 2021 ha operado una intervención directa de carácter regulador que, sin negar una posterior intervención de la autonomía colectiva, condiciona y limita la misma de manera muy significativa, algo que hasta la fecha no había ocurrido–. De hecho, un ejemplo de ello lo encontramos en la propia D.A.3ª.6 de la ley, cuando, al reconocer a los trabajadores el derecho a una indemnización por la extinción de su contrato, que la norma fija, refiere al mismo tiempo que esa será la indemnización, salvo que el “Convenio General del Sector de la Construcción” establezca una indemnización superior –aunque la ley no hubiera realizado esta apreciación, la fijación por la negociación colectiva de indemnizaciones superiores a la prevista por la ley siempre será posible; es más incluso por convenios colectivos que no sean el referido Convenio

---

<sup>9</sup> De VICENTE PALACIO, A., “Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descansa en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!”, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf>, p. 4.



General, por tanto de ámbito inferior–.

No obstante lo indicado, una primera referencia a considerar es la que guarda relación con el ámbito de aplicación del contrato indefinido adscrito a obra, pues el apartado 1 de la D.A.3ª de la Ley 32/2006 establece que, tendrán dicha consideración los contratos que “tengan por objeto tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción”.

En segundo lugar, y tal y como señalábamos antes, el legislador contempla igualmente la intervención de la autonomía colectiva respecto de lo que es la configuración del itinerario formativo que ha de situar al trabajador en mejor disposición para que el proceso de recolocación a que se someterá el mismo, tras la extinción del contrato, pueda culminarse de forma exitosa. En concreto, la D.A. 3ª.2, en su párrafo tercero, dispone que será la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción la que determinará “los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional”.

Por otra parte, y adicionalmente a esta previsión legal, la ley reserva, de nuevo a la negociación colectiva de ámbito estatal –en forma imperativa, por cierto, pues establece que ésta “precisará”–, la función de fijar “los criterios de prioridad o permanencia” que deben operar para el caso de que concurran en varios trabajadores a la vez, en relación con la misma obra, que se encuentren en situación de extinguir el contrato de trabajo por los referidos motivos inherentes a la persona del trabajador. Parece claro, por tanto, que el legislador desea que sea la autonomía colectiva la que gestione la forma en que se ha de ordenar la salida o permanencia de los trabajadores con contrato de trabajo fijo de obra cuando concurran las referidas causas legales para su extinción.

En definitiva, y como habrá comprobado el lector, todas las invocaciones del legislador a la negociación colectiva lo son a la negociación colectiva sectorial. El planteamiento legislativo en este sentido no ha de extrañar, pues, como se ha expuesto ya, éste ha sido tradicionalmente un sector productivo donde la negociación colectiva se ha caracterizado por apostar claramente por el convenio colectivo sectorial de ámbito estatal<sup>10</sup>. De hecho, el propio VI Convenio general del sector de la construcción (art. 12.1 b)) abunda en esa idea, estableciendo un largo listado de materias respecto de las que se explicita “que no podrán ser negociadas en ámbitos inferiores, quedando como

---

<sup>10</sup> Como recientemente se ha señalado (MORALES ORTEGA, J.M., “Estructura y ámbitos convencionales en el sector de la construcción. Un análisis de los distintos productos de la negociación: mecanismos de coordinación”, en CALVO GALLEGO, F.J. (Dir.), *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 200) la afirmación del principio jerarquía en favor del convenio colectivo estatal es un elemento característico de la negociación colectiva de este sector desde hace décadas, y contrasta con la situación que registra dicha negociación en otros países de nuestro entorno, como Francia o Portugal, donde la estructura de la negociación colectiva es más rica, sin un predominio tan claro de la negociación colectiva sectorial nacional.

aspectos reservados de forma exclusiva a la negociación de ámbito estatal”<sup>11</sup>, y entre las que se encuentra precisamente el régimen de la “contratación” – regulado en los arts. 22 a 25 -. De tal manera que la intervención reguladora de la negociación colectiva en ámbitos inferiores, en cuanto “materias específicas de esta concertación colectiva” (art. 12.4), sólo se contempla, en el ámbito provincial o, en su caso, autonómico – se descarta el ámbito de empresa o inferior, cuya operatividad podrá tener lugar, sin embargo, en aquellos casos en que nuestra legislación nacional contempla su aplicación preferente con carácter extraordinario –, y respecto de un número de materias muy concreto, entre las que cabe reseñar, a los efectos que aquí interesan, “el contenido obligacional de los convenios”, pues recuérdese que los compromisos de empleo, por ejemplo, suelen tener esta naturaleza<sup>12</sup>.

## 2. LA ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN LABORAL DEL VI CONVENIO COLECTIVO GENERAL DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN A LA REFORMA LABORAL DE 2021

### 2.1. El contrato indefinido adscrito a obra

Toca en este momento realizar algunas consideraciones sobre la forma en que los firmantes del VI Convenio general del sector de la construcción han acogido la modificación de la Ley 32/2006, y en última instancia han adaptado dicho convenio colectivo al régimen legal que regirá esta modalidad contractual en adelante. Y en este sentido, lo primero que hay que señalar es que la reacción de los negociadores fue pronta, ante la necesidad de despejar los interrogantes que podía plantear la aplicación del convenio colectivo a la vista del nuevo régimen legal.

En efecto, con fecha 18 de marzo de 2022 se aprobó una primera modificación del VI Convenio colectivo general, por la que, atendiendo a la habilitación legal contenida en el art. 2 del Real Decreto-ley, se establecía la regulación convencional *ex novo* del contrato indefinido adscrito a obra, incorporando a tales efectos un nuevo art. 24 bis al citado Convenio colectivo general<sup>13</sup>. El acuerdo colectivo alcanzado se mantiene en el ámbito de lo esperado, a la vista del dictado legal, que en gran medida reproduce, al tiempo que realiza algunas precisiones, que sin duda se demandaban y resultan nece-

<sup>11</sup> Adicionalmente, y para reforzar la competencia exclusiva del convenio estatal sobre la mayoría de las materias que se consideran centrales en la ordenación de las relaciones de trabajo de este sector, el convenio establece en el art. 12.3 que: “De acuerdo con el artículo 84.3 del E.T. las partes firmantes establecen que en el ámbito de una Comunidad Autónoma no podrán negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en el presente Convenio de ámbito estatal”.

<sup>12</sup> No obstante, el referido art. 12.4 prevé que también serán materias propias de este ámbito negocial, “cualesquiera otras materias no reguladas por los convenios de ámbito superior”, así como “cualesquiera otras materias remitidas por los convenios de ámbito superior a los de ámbito inferior”.

<sup>13</sup> BOE núm. 117, de 17 de mayo de 2022, p. 68294 y ss.

sarias para la aplicación del nuevo régimen legal:

- a) Así, y en primer lugar, el convenio precisa qué ha de entenderse por “finalización de las obras y servicios”, precisando que dicha expresión remite a la idea de “terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados por la persona trabajadora”.
- b) En segundo lugar, matiza que la referida extinción del contrato por causas inherentes a la persona trabajadora, no es aplicable a quienes forman parte del “personal de estructura” de las empresas, al igual que tampoco lo es a los trabajadores que están vinculados a la empresas del sector con contratos indefinidos suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2021 –se precisa que en estos casos el régimen extintivo aplicable es el que rige con carácter general en materia de contratación laboral en el ET–.
- c) En tercer lugar, en relación con el proceso de formación que antecede a la propuesta de recolocación que pueda formular la empresa, el acuerdo colectivo precisa que la misma tendrá una duración máxima de veinte horas, se ejecutará conforme a lo previsto en los apartados 1 y 2 del Anexo XII del VI Convenio colectivo general, y se habrá de impartir dentro de la jornada ordinaria cuando las circunstancias organizativas de la empresa lo permitan –por tanto, se trata de formación retribuida, cuestión que la ley no precisaba<sup>14</sup>. Adicionalmente, el acuerdo señala que esta formación ha de adecuarse al puesto, nivel, función y grupo profesional que corresponda al trabajador, identificando como requisito básico de acceso a dicha formación el que la misma resulte necesaria en función, tanto de la propuesta formulada, como que no concurra cualquiera de los motivos de extinción del contrato establecidos en el apartado 5 de la D.A. 3ª de la Ley 32/2006, a saber: i) que el trabajador afectado rechace la recolocación; ii) que la cualificación del trabajador, incluso tras un proceso de formación o recualificación, no resulte adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la misma provincia, o no permite su integración en estas, por existir exceso de trabajadores con la cualificación necesaria para desarrollar sus mismas funciones; iii) que no exista en la provincia en la que esté contratado el trabajador obras de la empresa acordes con su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez

---

<sup>14</sup> Igualmente, el acuerdo colectivo precisa que si la formación por razones organizativas tuviera que efectuarse fuera de la jornada laboral ordinaria, el tiempo empleado en las horas de formación del curso “tendrá la consideración de tiempo de trabajo ordinario”, de forma que el mismo se retribuirá a valor de la hora ordinaria que fije el convenio colectivo aplicable a la empresa, o, en su caso, se compensará por descanso, si bien ello no significa que pueda tener este tiempo la consideración de horas extraordinarias –en todo caso si esto último es así, y el tiempo empleado en formación no es compensado por descanso, entendemos que, en algún momento la jornada de estos trabajadores deberá ser reestructurada para computar este tiempo de formación; no porque el acuerdo colectivo afirme que el tiempo de formación no va a tener la consideración de horas extraordinarias su naturaleza va a mutar–.

analizada su cualificación o posible recualificación.

Por lo que respecta a los referidos motivos de extinción, creemos oportuno realizar las siguientes consideraciones: a) la D.A. 3ª de la Ley 32/2006 establece tras la reforma de 2021 que el proceso de formación “podrá desarrollarse con antelación a la finalización de la obra”, fórmula que el acuerdo colectivo repite, por lo que tan lícito será ejecutar las acciones formativas con anterioridad a la finalización de la obra, como con posterioridad; b) que sea lícita esta fórmula no significa que el planteamiento legal sea el más razonable, pues con ello se abre la puerta a que finalmente las acciones formativas no se puedan ejecutar, cuando se estime que existen suficientes trabajadores para cubrir las funciones demandadas, no vaya a obtener el trabajador, pese a realizar el proceso formativo, una cualificación adecuada a las nuevas obras que tenga en la empresa en la misma provincia, o la empresa no cuente con obras en ella acordes a la cualificación, funciones y nivel del trabajador, lo cual va en contra de las expectativas de recolocación de éste, por ejemplo en otra empresa del sector.

- d) En cuarto lugar, el acuerdo recoge, en línea con la encomienda realizada por la ley, los criterios de prioridad o permanencia a emplear cuando en caso de existir un exceso de personas con la cualificación profesional necesaria para desarrollar las mismas funciones. En concreto, formula dos criterios a utilizar en estos casos, por el siguiente orden: 1º Persona trabajadora con más tiempo de servicio y experiencia en la empresa para el mismo puesto a ocupar en la nueva obra; 2º Persona trabajadora con más tiempo de antigüedad en la empresa. La idea, por tanto, es que, de concurrir varios trabajadores con la cualificación adecuada para ejercer unas determinadas funciones, finalmente las asuma, en primer lugar, el trabajador que lleve más tiempo de servicio, y cuente con más experiencia en el puesto que se ha de cubrir en la empresa; en segundo lugar, a igualdad de méritos en este sentido entre trabajadores, el trabajador más antiguo en dicha empresa.

## 2.2. El contrato fijo - discontinuo a tiempo parcial para formadores

Con fecha 25 de marzo de 2022, se aprobó una segunda modificación del VI Convenio colectivo en el que básicamente se acordaba la incorporación al mismo de un nuevo art. 25 bis, titulado “Contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial parra formadores”<sup>15</sup>. La nueva modalidad contractual, no contemplada explícitamente en la Ley 32/2006, pretende dar respuesta a la necesidad de formadores que el sector va a registrar desde el momento en que la norma legal obliga a la realización de procesos formativos en beneficio de aquellos trabajadores sujetos a un contrato indefinido adscrito a obra que puedan ver

<sup>15</sup> BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2022, p. 64076 y ss.

extinto el mismo. Ocurre, sin embargo, que el acuerdo, como recoge la propia acta del proceso negociador ejecutado para su conformación, nace cuestionado por el enfoque adoptado en el mismo.

En efecto, tal y como indica la referida acta, el sindicato Confederación Intersindical Galega (CIGA) hizo constar en la misma que, a su juicio, la presente modalidad contractual precarizaba las condiciones de los formadores a disposición de la Fundación Laboral de Construcción –en cuanto organismo encargado históricamente en el sector de asumir, entre otras, las tareas formativas de su personal–. La cuestión no es baladí, sobre todo porque, si bien, el art. 16.5 .párrafo 2º ET prevé la posibilidad de que los convenios colectivos de ámbito sectorial puedan acordar la celebración de estos contratos a tiempo parcial, la misma es una opción que constituye una excepción a la regla general –que no es otra que el carácter a tiempo completo de estos contratos, asumido, sin embargo, que los periodos intermitentes de actividad que se dan en el caso de los mismos a lo largo del año determinan que tengan ya de por sí una naturaleza a tiempo parcial–, como por otra parte sugiere la ley cuando refiere que la admisibilidad jurídica de estos contratos estará condicionada a que “las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen”. De hecho, en alguna ocasión se ha señalado que la “figura del fijo discontinuo no puede dar lugar a contratos indefinidos de segunda categoría”<sup>16</sup>, y, sin embargo, este riesgo puede convertirse en realidad cuando se configura el contrato fijo-discontinuo como contrato a tiempo parcial no existiendo una razón objetiva de peso que lo justifique, como puede ser el caso.

Con independencia de este cuestionamiento, sobre la regulación convencional de esta modalidad contractual procede referir en este momento que el convenio colectivo circunscribe su celebración, “única y exclusivamente, para la realización de los trabajos de prestación intermitente que desempeñen los docentes que atiendan las actividades de formación”. Asimismo, el convenio se centra en la regulación de dos aspectos concretos de su régimen convencional, como es, por un lado, la forma en que se efectuará el llamamiento de los trabajadores, para que efectivamente empiecen a trabajar como formadores, y, por otro, la regulación de la conversión de estos contratos en contratos de carácter fijo ordinario –adicionalmente también se incluye una consideración específica en relación a que, en el caso de que el trabajador forme parte de contratatas, subcontratas o concesiones administrativas, el periodo máximo de inactividad será de doce meses–.

En relación con este último, resulta objetable que, si bien el convenio colectivo refiere que la empresa “considerará” en el mismo orden que el llamamiento las solicitudes existentes de conversión del contrato fijo-discontinuo, en contrato fijo ordinario, finalmente la decisión se tomará “a criterio de la empresa”. No parece, por tanto, suficiente con la utilización de los criterios establecidos para ordenar los llamamientos de estos trabajadores –donde se

---

<sup>16</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, MTES, Madrid, 2022, p. 86.

establece en el convenio colectivo que se tendrá en cuenta, en primer lugar, al trabajador con más tiempo de servicio y experiencia en la empresa para el mismo puesto, y, en segundo lugar, al trabajador con más tiempo de antigüedad en la empresa—, dejando por tanto a criterio libre de la empresa quién accederá al codiciado contrato indefinido. Igualmente, y, por último, resulta criticable que, pese a que el art.15.5 párrafo 3º ET establece con carácter general la posibilidad de que el trabajador pueda tener derecho a una cuantía por fin de llamamiento —se estima por tanto que el trabajador ha sido despedido—, si así lo fija el convenio colectivo sectorial, en esta ocasión no se haya considerado oportuno fijar la misma— aspecto, por cierto criticado por el sindicato CIGA en el acta que está en el origen de este acuerdo colectivo—. Esta decisión contrasta con la tomada en el caso del contrato indefinido adscrito a obra, donde patronal y sindicatos sí han estimado oportuno, de conformidad con lo establecido por la D.A. 3ª de la Ley 32/2006 en su versión vigente, fijar una indemnización, del 7% calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato.

### 2.3. Otras modalidades de contratación laboral

En tercer lugar, y por último, el 13 de julio de 2022 se firmó un nuevo acuerdo colectivo, en el que además de renombrar, introducir y modificar varios artículos y disposiciones del VI Convenio colectivo general<sup>17</sup>, se incorporaba al mismo un Anexo que, en adelante, se adicionará a todo contrato de trabajo indefinido adscrito a obra<sup>18</sup>. Pues bien, en relación con este acuerdo colectivo, y a los efectos que aquí interesan en estos momentos, hay que comenzar señalando que el mismo adapta el régimen convencional de la contratación laboral vigente en el sector —contratación de duración determinada, contratación de carácter formativo..., etc.—, con carácter general, al régimen legal establecido tras la reforma laboral de finales de 2021. Ello implica la regulación convencional asimismo del contrato fijo-discontinuo (apartir de ahora regulado en el art. 25 del VI Convenio colectivo general), en cuanto modalidad contractual establecida por el art. 16 ET, y que no ha de confundirse con el contrato indefinido adscrito a obra (regulado en el art. 24 bis del VI Convenio colectivo general) al que no hemos referido antes en el apartado 2.1, al tiempo que también se aborda el régimen de los demás contratos de

<sup>17</sup> En concreto, se renombra el original art. 24 del Convenio como “Disposición transitoria primera. Contrato fijo de obra”, en tanto el art. 25 pasa a ser la “Disposición transitoria segunda. Otras modalidades de contratación. Regulación anterior al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre”. Igualmente, se introduce un nuevo art. 24 “Otras modalidades de contratación”, un nuevo art. 25 “Contrato fijo-discontinuo”, y un Anexo XVI, titulado “Cláusula anexa al contrato de trabajo indefinido adscrito a obra”.

<sup>18</sup> Y que básicamente busca identificar con mayor precisión la causa inherente a la persona trabajadora que determina la extinción del contrato de trabajo indefinido adscrito a obra, así como los términos de la propuesta de recolocación que en su caso se formule.

uso ordinario en el sector –en este caso en el nuevo art. 25 del VI Convenio–, como es el caso del contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, el contrato de puesta a disposición por ETT, o los contratos de formación en alternancia y para la obtención de la práctica profesional.

Con carácter general hay que señalar que este tercer acuerdo no incorpora novedades significativas respecto del régimen convencional ya existente, y en este sentido, puede considerarse que el compromiso alcanzado constituye una apuesta por el mantenimiento del status quo existente en la materia, y ello es así incluso en el caso del contrato de formación en alternancia, donde lo que se hace es básicamente trasladar casi literalmente el régimen legal instaurado tras la reforma laboral de 2021 sin mayores novedades. De tal manera que la única novedad significativa, si acaso, la constituye la incorporación del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional al cuadro de contratos susceptibles de ser usados en este sector<sup>19</sup>, si bien sin realizar en este caso aportaciones que difieran de los establecido por el ET, y particularmente la regulación, también en esta ocasión, ex novo, del contrato fijo-discontinuo, que en adelante se regula en el referido art. 25 del VI Convenio colectivo.

Pues bien, del régimen convencional del contrato fijo-discontinuo queremos destacar en estos momentos tres aspectos: a) en primer lugar una carencia, no precisamente pequeña, y que tiene que ver con los problemas que cara al futuro pueda plantear la correcta apreciación de cuándo corresponde este contrato, y cuándo ha lugar al contrato indefinido adscrito a obra – a nuestro juicio la delimitación de una y otra modalidad contractual es una cuestión que queda muy en el aire analizados los arts. 24 bis y 25 del VI Convenio colectivo -; b) en segundo lugar, a diferencia de las indemnizaciones establecidas por finalización del contrato, que en el caso del contrato indefinido adscrito a obra la ley fijó en el 7% de los conceptos salariales aplicables a los trabajadores, el 4,5 % en el caso del contrato de formación en alternancia, en esta ocasión el acuerdo alcanzado fija la indemnización por fin de llamamiento en el 5,5 % de los referidos conceptos salariales<sup>20</sup>; c) en tercer lugar, atendiendo al dictado del art. 16.5 ET, el acuerdo contempla la creación de “una bolsa

---

<sup>19</sup> La explicación de por qué hasta la fecha el convenio colectivo sectorial no había contemplado esta modalidad contractual posiblemente reside en su escasa utilización en el sector (vid. CALVO GALLEGO, F.J. y ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “Ingreso al trabajo y modalidades contractuales”, en CALVO GALLEGO, F.J. (Dir.), *La negociación colectiva...*, op. cit., p. 303), lo cual no quiere decir que su inclusión entre las modalidades de uso ordinario vaya a suponer una mayor utilización en el futuro.

<sup>20</sup> Adicionalmente, el convenio contempla el derecho de los trabajadores a una cuantía del 1,5% de los conceptos salariales mencionados cuando el contrato se extinga por dimisión del trabajador, indemnización que también corresponde en la misma cuantía cuando el contrato se extinga por mutuo acuerdo de las partes (art. 25.5). No obstante, el art. 25.6 establece expresamente que las cuantías reconocidas por el art. 25.5 del convenio no serán compatibles con las indemnizaciones que pudieran corresponder por la extinción del contrato en los supuestos previstos en los arts. 40, 41 y 50 al 55 ET, por lo que, en su caso, habrá que proceder a la correspondiente compensación.

sectorial de empleo”, que gestionará la Fundación Laboral de la Construcción, y que va a tener un ámbito provincial.

Sobre esta bolsa sectorial de empleo nos permitimos realizar, a su vez, tres apreciaciones: a) si bien la bolsa tiene un carácter provincial, el art. 25.7 del VI Convenio colectivo refiere que la Fundación Laboral asumirá la coordinación de las mismas, lo que abre la puerta a un funcionamiento de carácter más amplio; b) aunque el art. 12 VI Convenio colectivo establece una reserva en favor de la negociación colectiva estatal, por lo que respecta a todo lo que tiene que ver con la contratación y subcontratación, el referido art. 25.7 reconoce, sin embargo, a los convenios colectivos provinciales, capacidad para “desarrollar las normas de funcionamiento de la bolsa y establecer los instrumentos, en todo caso paritarios, de gestión de la misma”; c) el recurso a la bolsa sectorial de trabajadores fijo-discontinuos se contempla como una opción, y no como una obligación, de los empresarios del sector.

### 3. CONCLUSIONES

1. La adaptación realizada por los negociadores del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción al régimen legal de la contratación laboral, tras la reforma laboral de 2021, puede calificarse de continuista de la operación legislativa que, a través de la D.A. 3ª de la Ley 32/2006, ha alumbrado el denominado contrato indefinido adscrito a obra, que en esencia mantiene a los trabajadores de la construcción en condiciones muy similares a las que tenían con el antiguo contrato fijo de obra.
2. Se trata de una adaptación además polémica, tanto por lo que respecta al régimen convencional del contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial para formadores, por tratarse de una modalidad contractual que generará precariedad laboral, como por lo que se refiere al tratamiento del contrato de trabajo fijo-discontinuo, pues en este último caso no se ha deslindado convencionalmente el mismo, de forma suficiente, respecto del contrato indefinido adscrito a obra.
3. Finalmente, el nuevo régimen convencional de la contratación laboral al menos en nuestra opinión, resulta un tanto decepcionante, por lo que se refiere al establecimiento de criterios en relación con la estabilización de los trabajadores con contratos temporales. En efecto, pese al interés legislativo evidenciado por la reforma laboral de 2021, en el sentido de que la negociación colectiva preste mayor atención a las cuestiones relacionadas con la estabilidad en el empleo de los trabajadores sin contrato indefinido, el VI Convenio colectivo continúa eludiendo tratar esta cuestión, siendo la excepción a este planteamiento general el tratamiento superficial realizado de la bolsa de empleo de los trabajadores fijo-discontinuos, el cual, por otra parte, no deja de ser una formulación un tanto pobre, desde el momento en que no se co-



necta con los problemas de estabilidad que pueden tener trabajadores sujetos a otras modalidades de contratación temporal.



RESULTADOS DE LA AUTOEVALUACIÓN DE LA  
TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN *LABORA. SERVICIO  
VALENCIANO DE EMPLEO Y FORMACIÓN*  
SEGÚN LA PLATAFORMA DE TRANSVERSALIDAD  
DEL INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO

SANTIAGO GARCÍA CAMPÁ

*Profesor Contratado Doctor*

*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universitat Jaume I de Castellón*

*gcampa@uji.es*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO COMO CONCEPTO MULTIFACÉTICO. 3. PROPUESTAS INSTITUCIONALES PARA DEFINIR LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO. 4. LA PLATAFORMA PARA LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO DEL INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO. 4.1. Descripción de los componentes y factores de la Plataforma para la transversalidad de género. 4.1.1. *Componente 1. La estrategia de la transversalidad de género.* 4.1.2. *Componente 2. Las dimensiones de la transversalidad de género.* 4.1.3. *Componente 3. Las condiciones de la transversalidad de género.* 4.1.4. *Componente 4. Los métodos y las herramientas de la transversalidad de género.* 4.2. Análisis de los Factores de la Plataforma para la transversalidad de género. 5. HERRAMIENTA PARA LA AUTOEVALUACIÓN DE LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LABORA. 5.1. Estructura, contenido y funcionamiento de la Herramienta para la autoevaluación. 5.2. Procedimiento de alimentación de los datos de la Herramienta de autoevaluación. 5.3. Resultados obtenidos por LABORA en la Herramienta de autoevaluación. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La pregunta a la que esta comunicación pretende responder puede formularse en términos muy sencillos: ¿qué significa integrar la transversalidad de género en un servicio público de empleo?

La respuesta a esta pregunta tiene que afrontar, en primer lugar, el significado de la transversalidad de género. Se trata de un concepto que, a pesar de contar con más de treinta años y ser de uso común en el ámbito político y académico, todavía tiene un significado multifacético si se consultan los principales textos disponibles a nivel internacional, regional y estatal. Resulta necesario, pues, revisar las definiciones más utilizadas procedentes de Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y España, con el objetivo de identificar al menos sus rasgos o caracteres definitorios.

La contestación al interrogante también puede apoyarse, en segundo lugar, en las propuestas o los programas institucionales presentados por los organismos especializados en igualdad de género de la Unión Europea, España y la Comunidad Valenciana, dirigidos a facilitar la integración de la transversalidad de género en la intervención pública. Si con el estudio de la dimensión normativa de la transversalidad puede conocerse qué debería suponer su integración, el estudio de su vertiente práctica permitirá conocer mejor qué supone su integración en la organización, el funcionamiento y la intervención de los servicios públicos de empleo.

Si alguna de las propuestas institucionales para integrar la transversalidad de género que sean examinadas proporciona un conjunto sólido, coherente, completo y bien definido de elementos objetivos capaces de ser utilizados como criterios para evaluar el grado de integración de la transversalidad de género en las instituciones públicas, parece oportuno diseñar con ellos un instrumento o una Herramienta que facilite a los servicios públicos de empleo realizar una autoevaluación basada en su nivel de cumplimiento de los criterios seleccionados. Se trata de una operación que supone un primer paso hacia la construcción de una auditoría de la transversalidad de género en las políticas activas de empleo públicas.

Con base en la Plataforma para la transversalidad de género del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE) –una propuesta prácticamente desconocida en nuestro país–, en este trabajo se presenta los resultados obtenidos por LABORA. Servicio Valenciano de Empleo y Formación en la Herramienta para la autoevaluación de la transversalidad de género. Se trata de un instrumento creado *ad hoc* para conocer si, y en qué medida, LABORA. Servicio Valenciano de Empleo y Formación integra la transversalidad de género en su organización, funcionamiento e intervenciones públicas. Con un diseño muy sencillo y empleando un programa de hojas de cálculo de uso común, la Herramienta ha permitido que LABORA. Servicio Valenciano de Empleo y Formación comprenda los veintinueve criterios de evaluación proporcionados, puntúe su nivel de cumplimiento según una escala numérica de 1 a 4 puntos y describa las evidencias que permiten acreditar dicho cumplimiento. Los resultados obtenidos permiten a LABORA conocer el grado de cumplimiento de cada criterio individualmente, de los criterios agrupados por componentes de la transversalidad y, finalmente, de la transversalidad de género en su conjunto. Estos resultados contribuyen notablemente a identificar las debilidades y fortalezas de la institución a la hora de integrar los Factores y los Componentes de la transversalidad de género, al menos según la Plataforma del Instituto Europeo de la Igualdad de Género, y, en consecuencia, a formular, ejecutar y evaluar medidas para reforzar su integración en las políticas activas de empleo de la Comunidad Valenciana.

La comunicación finaliza con la formulación de las conclusiones más relevantes que pueden realizarse tras reflexionar sobre los resultados obtenidos, la enunciación de las principales limitaciones de la Herramienta y la identificación de los avances más relevantes que aporta tanto en el plano operativo e institucional como en el del conocimiento de la transversalidad de género.

## 2. LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO COMO CONCEPTO MULTIFACÉTICO

Desde la Conferencia Mundial de Pekín en 1995, resulta pacífico afirmar, tanto en el ámbito académico como en el institucional, que la igualdad de mujeres y hombres sólo puede alcanzarse si se integra la transversalidad de género de modo transversal en la organización, el funcionamiento y la actuación de una organización, cualquiera que sea su nivel territorial (internacional, regional, estatal, autonómico o local) o su ámbito de competencias (generales o sectoriales; como, por ejemplo, las políticas activas de empleo). La transversalidad de género constituye, junto con las acciones positivas, una estrategia esencial para hacer efectiva la igualdad de mujeres y hombres (Sevilla Merino, Ventura Franch y García Campá 2007).

En cambio, el significado que debe otorgarse a la transversalidad de género no cuenta con el mismo grado de coincidencia. Se trata de una

cuestión que, junto con las implicaciones teóricas que deja sin resolver, también tiene consecuencias prácticas importantes, pues afecta directamente a la forma de llevar a cabo su integración en las organizaciones y en sus sistemas de gobernanza (Alonso Álvarez 2015, Lombardo 2003, Rey Aramendía 2020).

Si se estudian las propuestas disponibles, se aprecia que, tanto la forma de entender la transversalidad de género, como, sobre todo, de operativizarla, es distinta según el nivel de tutela en que se inscriba (mundial, regional, estatal o local), el grado de desarrollo normativo e institucional de la igualdad de mujeres y hombres (marco constitucional y legal, estructura gubernamental, organismos especializados), la intensidad del compromiso político con la igualdad, los esfuerzos presupuestarios dedicados a las políticas públicas o los recursos técnicos y profesionales disponibles para aplicarlas, entre otros muchos factores (Alfama, Cruells, De la Fuente 2015; Bustelo, Lombardo 2005). Esta apreciación implica que la definición de la transversalidad de género está estrechamente imbricada con el contexto político, institucional y organizativo en la que dicha definición debe materializarse (Alfama 2017). De hecho, las políticas activas de empleo han encabezado la integración de la transversalidad de género desde los años noventa del siglo pasado (Otero-Hermida, Bouzas Lorenzo 2018).

Si se abordan las definiciones más influyentes disponibles sobre la transversalidad (Durán Lalaguna 2007), el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en sus Conclusiones convenidas 1997/2, la entiende al mismo tiempo como un *proceso* y como una *estrategia*, en los siguientes términos<sup>1</sup>:

el proceso de evaluar las implicaciones sobre mujeres y hombres de cualquier acción prevista, incluyendo la legislación, las políticas o los programas, en cualquier ámbito y en todos los niveles. Se trata de una estrategia para conseguir que las experiencias y preocupaciones de las mujeres y de los hombres formen parte integrante del diseño, la aplicación, el seguimiento y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de tal manera que mujeres y hombres se beneficien en condiciones de igualdad, evitando que la desigualdad se perpetúe. El objetivo final es alcanzar la igualdad de género.

El Consejo de Europa, a través de su Grupo de especialistas o personas expertas, definió la transversalidad de género en 1997, prestando especial atención a sus resultados y a los sujetos responsables de su adopción, del siguiente modo<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Suplemento n.º 3 de los Documentos Oficiales de la Asamblea General (A/52/3/Rev.1), Capítulo IV, párrafo 4.

<sup>2</sup> Consejo de Europa. *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de "buenas prácticas"*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS), (versión español e inglés), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999, pp. 26.

la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas

La Unión Europea, por su parte, ha entendido la transversalidad de género como una estrategia complementaria de las acciones positivas, de tal forma que la intervención pública no se reduzca a la ejecución de medidas específicas en favor de las mujeres, sino que movilice explícitamente –con vistas a la igualdad– todas las acciones y políticas generales, teniendo en cuenta activa y visiblemente en el diseño de las mismas sus posibles efectos sobre las situaciones respectivas de los hombres y de las mujeres (“*gender perspective*”)<sup>3</sup>. Para el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, la agencia de la Unión Europea especializada en esta cuestión (en adelante, EIGE)<sup>4</sup>, adoptar la transversalidad de género implica integrar la transversalidad de género en la preparación, el diseño, el seguimiento y la evaluación de las políticas, las medidas de regulación y los programas de gasto, con el objetivo de promover la igualdad entre mujeres y hombres, y luchar contra la discriminación (EIGE 2016).

También la Organización de Estados Americanos (2000) ha abordado la transversalidad de género, que ha definido empleando los mismos términos que el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

La legislación española ha reconocido que la transversalidad de género es un *principio* que debe informar la actuación de todos los poderes públicos. Como consecuencia de esta declaración, las Administraciones Públicas deben integrar activamente este principio en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de las políticas públicas en todos los ámbitos, y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades. Sin embargo, esta regulación no proporciona una definición de la transversalidad y, además, emplea una denominación particular para referirse a ella: la transversalidad del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 15 de la Ley Orgánica 3/2007). Sólo indirectamente puede inferirse el contenido de la transversalidad acudiendo a las herramientas o los instrumentos que la propia Ley Orgánica 3/2007 enuncia tras este reconocimiento: la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los puestos de toma de decisiones, el plan estratégico de igualdad de oportunidades y su informe periódico, los informes de impacto de género, las estadísticas de género y la colaboración entre la Administración del Estado y las Administraciones autonómicas (arts. 16 a 21 de la Ley Orgánica 3/2007).

---

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión Europea: *Incorporating equal opportunities for women and men into all Community Policies and Activities*. COM(96) 67 final, 2012.

<sup>4</sup> El Instituto Europeo de la igualdad de género fue creado por el Reglamento 1922/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006 (Diario Oficial de la Unión Europea L 403/9, de 30 de diciembre).



**FIG. 1. PRINCIPALES DEFINICIONES INTERNACIONALES Y REGIONALES SOBRE LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO E IDENTIFICACIÓN DE SU NATURALEZA**

<b>Organismo</b>	<b>Definición</b>	<b>Naturaleza</b>
Naciones Unidas (1997)	El proceso de evaluar las implicaciones sobre mujeres y hombres de cualquier acción prevista, incluyendo la legislación, las políticas o los programas, en cualquier ámbito y en todos los niveles.	Procedimental Evaluadora
Consejo de Europa (1999)	La organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas.	Procedimental Evaluadora Obtención de resultados Transformadora
Unión Europea (1996, 2016)	Tener en cuenta de forma sistemática las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres y de los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias. Este enfoque global y transversal requiere un esfuerzo de movilización de todas las políticas.	Analítica Sistémica Enfoque
Organización de Estados Americanos (2000)	El proceso de evaluar las implicaciones sobre mujeres y hombres de cualquier acción prevista, incluyendo la legislación, las políticas o los programas, en cualquier ámbito y en todos los niveles.	Procedimental Evaluadora
España (2007)	Las Administraciones Públicas deben integrar activamente este principio en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de las políticas públicas en todos los ámbitos, y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.	Principio informador

Un balance del significado otorgado a la transversalidad en las definiciones recopiladas permite apreciar que se concibe al mismo tiempo como un *proceso*, una *estrategia*, una *evaluación*, unos *resultados* y un *principio*, y que, por encima de todo, no cuenta con un significado lo suficientemente concreto como para que pueda resultar útil a la hora de determinar qué implica su integración para un servicio público de empleo y para la ejecución de las políticas activas de empleo.

### 3. PROPUESTAS INSTITUCIONALES PARA DEFINIR LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

Otra forma de conocer en qué consiste la transversalidad de género abandona el terreno conceptual para prestar más atención a las propuestas institucionales presentadas para facilitar su integración en la intervención pública (Alfama, Alonso Álvarez, 2015). En línea con estas contribuciones, el contenido de esta comunicación se centra en la información pública que efectúan los organismos especializados en materia de igualdad de la Unión Europea (Instituto Europeo de la Igualdad de Género), el Gobierno de España (Instituto de las Mujeres) y, en el caso valenciano, el Consell de la Generalitat Valenciana (Institut de les Dones) en sus páginas web<sup>5</sup>.

El Instituto Europeo de la Igualdad de Género (en adelante, EIGE) ofrece una Plataforma para la transversalidad de género<sup>6</sup> que define la estrategia, explica detenidamente cómo funciona, muestra las dimensiones que comprende, enumera todas las condiciones necesarias para su despliegue, facilita los métodos y las herramientas que implica su aplicación -con instrucciones detalladas para su uso-, y, finalmente ofrece una guía clara, completa y detallada para integrarla tanto en los procesos como en el contenido de la intervención pública. Además, muchos de sus contenidos están ilustrados con buenas prácticas, que ayudan a comprender la aplicación de la Plataforma, y acompañados de Manuales y Guías que facilitan su comprensión y puesta en funcionamiento (EIGE 2016).

La Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de Estados Americanos (2022) ha aprobado recientemente su *Estrategia de transversalidad+ para la igualdad y la transformación*, que aborda parcialmente los preuestos o condiciones materiales para integrarla en los Estados, señala algunos de los métodos disponibles para lograrlo y contiene varias herramientas para la transversalidad, pero no proporciona buenas prácticas ni recursos útiles para facilitar su implementación.

El Instituto de las Mujeres se limita a describir su programa *Mainstreaming de género* y enumerar los cinco objetivos que persigue.

- a) apoyar a la Administración General del Estado en la integración de la transversalidad de género en las políticas que desarrolle;
- b) apoyar al Fondo Social Europeo en la incorporación, seguimiento y evaluación de la transversalidad de género en las actuaciones que lleve a cabo en las diferentes Comunidades Autónomas;

---

<sup>5</sup> EIGE: <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming>; Instituto de las Mujeres: <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/mainstreaming/home.htm>; Institut de les Dones: <https://inclusio.gva.es/es/web/mujer/inici> (última consulta, 31/05/2022).

<sup>6</sup> La Plataforma para la transversalidad de género del EIGE puede consultarse en este enlace: <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming>.

- c) incorporar la igualdad de oportunidades en los proyectos y actuaciones de carácter transnacional;
- d) asesorar y apoyar a la Red Europea de *Mainstreaming de Género*; y
- e) fortalecer el movimiento asociativo de mujeres e impulsar su participación en el desarrollo de la política pública de igualdad.

El Institut de les Dones de la Generalitat Valenciana no ofrece ningún apartado, espacio o recurso específico sobre transversalidad de género, a pesar de que, al mismo tiempo, entre sus contenidos se incluyen herramientas propias de esta estrategia, como las unidades de igualdad, los informes de impacto de género, los presupuestos con transversalidad de género, la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación pública y el uso no sexista del lenguaje<sup>7</sup>.

FIG. 2. COMPARACIÓN DE PROPUESTAS INSTITUCIONALES PARA INTEGRAR LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

Organismo	Producto	Condiciones	Métodos	Herramientas	Buenas prácticas
Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE)	Plataforma para la transversalidad de género	✓	✓	✓	✓
Comisión Interamericana de Mujeres (OEA – CIM, 2022)	Estrategia de transversalidad + para la igualdad y la transformación	--	--	--	X
Instituto de las Mujeres	Programa <i>Mainstreaming de género</i>	X	X	--	X
Institut de les Dones (C. Valenciana)	ND	X	X	--	X

Como resultado de la comparación de estas tres propuestas institucionales sobre la transversalidad de género, no cabe duda que la Plataforma para la transversalidad de género del EIGE constituye la contribución más elaborada, completa, estructurada, consistente y operativa para integrar la transversalidad de género en la organización, el funcionamiento y la inter-

<sup>7</sup> Otros gobiernos autonómicos, en cambio, han realizado propuestas más elaboradas sobre la transversalidad de género, como la Junta de Andalucía (Instituto Andaluz de la Mujer 2003) o el Gobierno Vasco (Emakunde. Instituto Vasco de la Mujer 2007).

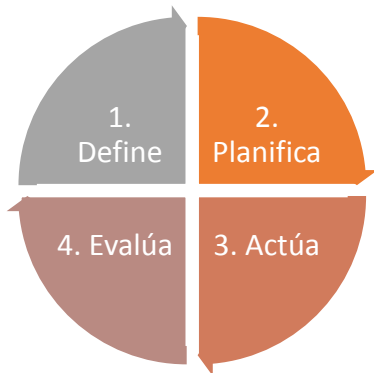
vención de las instituciones públicas. Además, constituye la propuesta que presenta un mayor grado de correspondencia con las contribuciones más elaboradas sobre cómo definir operativamente la transversalidad de género (Alonso Álvarez 2015, 31 ss.).

#### 4. LA PLATAFORMA PARA LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO DEL INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

Desde un punto de vista meramente formal, la Plataforma para la transversalidad de género del EIGE es un apartado de su página web dedicado a divulgar cómo comprende esta agencia de la UE la transversalidad de género. Sin embargo, desde un punto de vista material, la Plataforma para la transversalidad de género del EIGE proporciona al mismo tiempo un *Manual de instrucciones* para integrar la transversalidad de género de modo transversal en la intervención pública y un *Manual de funcionamiento* para que la transversalidad de género opere permanentemente en dicha intervención. La Plataforma del EIGE aporta un *Manual de instrucciones* porque proporciona los componentes y los factores de la transversalidad, los describe suficientemente, ofrece ejemplos de buenas prácticas y, en buena parte de las ocasiones, suministra Manuales, Guías o Cajas de herramientas para ayudar a implantarlos en las organizaciones. Además, la Plataforma también ofrece un *Manual de funcionamiento* de la transversalidad porque, tras haber explicado cómo deben operar singularmente esos componentes y factores, describe su funcionamiento de manera conjunta y permanente mediante el *ciclo de la transversalidad*. De acuerdo con el *ciclo de la transversalidad*, la transversalidad de género debe estar implantada en la definición, planificación, ejecución y evaluación de la intervención pública, tanto en su dimensión interna u organizativa como en su dimensión externa o destinada a la ciudadanía.

Como puede apreciarse, la Plataforma no solo proporciona instrumentos o herramientas para la transversalidad de género, sino que pone un énfasis especial en su interacción y en la importancia de los procesos para que su implantación sea correcta. No en vano, la metodología es uno de los rasgos más característicos que la literatura ha destacado de la transversalidad de género (Alonso Álvarez 2015, 33), hasta el punto de que se la ha descrito como un concepto-método (Dauphin, Sénac-Slawinsky 2008).

FIG. 3. CICLO DE LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO (EIGE) como en su dimensión externa o destinada a la ciudadanía.



#### 4.1. Descripción de los componentes y factores de la Plataforma para la transversalidad de género

La Plataforma para la transversalidad de género del EIGE proporciona cinco componentes que la aplicación integral de esta estrategia implica, de tal forma que, sin uno o varios de estos cinco componentes, o con una aplicación limitada o incompleta de alguno de ellos, la transversalidad solo puede estar integrada de manera deficiente.

Los cinco componentes de la transversalidad de género según el EIGE son la estrategia, las dimensiones, las condiciones, los métodos y las herramientas de trabajo y, finalmente, los resultados. A su vez, los cinco componentes enunciados están formados por un número variable de factores, cuya suma asciende a un total de veintinueve.

En la Figura 4 que se inserta a continuación se muestran los veintinueve factores de la Plataforma para transversalidad clasificados según los cinco componentes en que se integran:



Los Factores que integran cada componente se describen en los siguientes cinco subapartados.

#### *4.1.1. Componente 1. La estrategia de la transversalidad de género*

La estrategia de la transversalidad de género implica dos factores, sin los que dejaría de tratarse de una auténtica estrategia *mainstream* o transversal para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: el compromiso político con la transversalidad y el marco legal apropiado para integrar y aplicar la estrategia.

El servicio público de empleo puede promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres con políticas de distinto tipo sin estos dos factores (igualdad de trato, igualdad de oportunidades, acciones positivas, etc.), o con solo uno de ellos, pero los dos son imprescindibles para llevar a cabo una verdadera integración transversal de la transversalidad de género.

La Plataforma de EIGE también denomina estos dos factores del componente estratégico de la transversalidad “condiciones básicas”, lo que sugiere su carácter fundamental para la viabilidad completa de la estrategia.

#### *4.1.2. Componente 2. Las dimensiones de la transversalidad de género*

La transversalidad de género debe desplegarse en dos dimensiones: la presencia de mujeres y hombres en las políticas del servicio público de empleo y la incorporación de la igualdad de mujeres y hombres en el contenido de las políticas activas de empleo. Se trata de dos factores que deben estar de nuevo presentes en todas las fases por las que la intervención pública atraviesa (definición, planificación, implementación y evaluación).

#### *4.1.3. Componente 3. Las condiciones de la transversalidad de género*

Si reconocer legalmente la transversalidad de género como estrategia y expresar públicamente el compromiso político con ella son dos “condiciones básicas” para integrarla de modo transversal en un servicio público de empleo, no son suficientes para que la transversalidad se despliegue en las dos dimensiones enunciadas: la presencia equilibrada de las mujeres y los hombres y la igualdad efectiva en el contenido de sus políticas y programas.

Para integrar la transversalidad de género de modo transversal el servicio público de empleo también necesita cumplir en mayor o menor medida al menos siete condiciones: disponer de un plan para implementar la transversalidad, contar con estructuras organizativas para realizarlo,

disponer de recursos técnicos, humanos y económicos suficientes para lograrlo, rendir cuentas durante su ejecución, conocer más y mejor la transversalidad de género durante su puesta en práctica, disponer de personal capacitado en transversalidad de género y contar con la implicación de las partes interesadas (*stakeholders*) en la materia.

La enumeración de los factores en este orden no implica que deban adoptarse de manera consecutiva o secuencial pues, como se ha advertido, están mutuamente interrelacionados, de manera que la adopción de cualquiera de ellos favorece la puesta en marcha de otros y, al mismo tiempo, los factores se resienten cuando alguno no está operativo.

#### 4.1.4. *Componente 4. Los métodos y las herramientas de la transversalidad de género*

El cuarto componente de la Plataforma para la transversalidad de género de EIGE contiene los métodos que deben aplicarse y las herramientas que el servicio público de empleo debe emplear para integrar la transversalidad de género de modo transversal. Se trata de un componente especialmente atento al contenido instrumental de la transversalidad de género y cuenta con una naturaleza fundamentalmente operativa. Este componente muestra una relación especialmente estrecha con el *Componente 3. Condiciones de la Plataforma*, pues provee en buena medida el aparatage necesario para cumplir con las condiciones para la transversalidad de género.

El trabajo del servicio público de empleo debe emplear un total de quince métodos y herramientas para que la transversalidad de género esté integrada de modo transversal: el análisis de género, la auditoría de género, la sensibilización, los presupuestos con transversalidad de género, la formación en igualdad, la evaluación, la evaluación del impacto de género, los indicadores de género, el seguimiento, la planificación, las cláusulas sociales de igualdad en la contratación pública, las estadísticas, los datos desagregados por sexo, la consulta a los grupos de interés y la transformación institucional.

Debe advertirse que la Plataforma no clasifica exactamente en dos grupos los quince factores de este Componente, asignando ciertos factores al conjunto de los métodos y el resto al conjunto de las herramientas. Así, por ejemplo, califica el *Factor 13. Auditoría de género* como herramienta y como método de la transversalidad; describe el *Factor 14. Sensibilización* como método y como herramienta al mismo tiempo; explica que el *Factor 15. Presupuestos con transversalidad de género* consiste tanto en una herramienta como en una aproximación o enfoque de la transversalidad; y considera que el *Factor 16. Formación en igualdad* no es tan solo una herramienta más, sino que forma parte de un conjunto más amplio de herramientas, instrumentos y estrategias de la transversalidad.



#### 4.1.5. Componente 5. Los resultados de la transversalidad de género

El quinto y último componente (“Resultados”) muestra los resultados que deben desprenderse con la transversalidad, formulados fundamentalmente en términos de mejora de la calidad en la intervención pública del servicio público de empleo: las políticas están mejor formuladas, el funcionamiento de la institución mejora y sus procesos son más efectivos.

#### 4.2. Análisis de los Factores de la Plataforma para la transversalidad de género

Si se analizan los veintinueve factores de la Plataforma, pueden enunciarse algunas características que ayudan a comprenderlos mejor y elaborar una clasificación según los caracteres que comparten.

- Los factores cuentan con una naturaleza heterogénea, pues comprenden desde el compromiso político o el marco legal hasta la medición de las mejoras en los procesos y los resultados que la institución logra, pasando por los medios materiales que dedica y los métodos que su plantilla emplea. Su naturaleza no es, en consecuencia, homogénea, pues se refieren a una amplia gama de variables directamente relacionadas con todas las facetas de la intervención pública, desde el marco legal vinculante hasta la capacitación del personal responsable de su implementación.
- Los factores son en muchos casos mutuamente dependientes, aunque con un grado de intensidad distinto. Según su grado de dependencia o autonomía respecto del resto de factores, pueden clasificarse en factores primarios (su cumplimiento no depende directamente de otros factores; por ejemplo, el marco normativo de aplicación, que es previo a las dimensiones, las condiciones, los métodos y los resultados, y que no está necesariamente vinculado con el compromiso político) y secundarios (su cumplimiento depende de la implantación de uno o varios de los factores restantes; por ejemplo, la evaluación sensible al género, que depende de la adopción previa del análisis de género y la evaluación como metodologías).
- La manera de demostrar la implantación de cada factores tampoco es uniforme, pues hay factores cuyo cumplimiento puede lograrse mediante una única evidencia (factores simples; por ejemplo, una declaración institucional del compromiso político con la transversalidad) o mediante dos o más evidencias (factores complejos; por ejemplo, la sensibilización en materia de igualdad).

En la Figura 5 que se inserta a continuación, se muestra la clasificación de cada factor según su grado de dependencia con el resto de factores y según la cantidad de evidencias necesarias para demostrar su cumplimiento.

FIG. 5. MATRIZ DE FACTORES SEGÚN SU INTERDEPENDENCIA CON OTROS FACTORES Y LOS MEDIOS PARA EVIDENCIAR SU CUMPLIMIENTO

		Evidencia de su cumplimiento	
		Simple	Complejo
<b>Interdependencia con otros Factores</b>	<b>Dependiente</b>	2, 7, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29	3, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 18
	<b>Independiente</b>	1	

## 5. HERRAMIENTA PARA LA AUTOEVALUACIÓN DE LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LABORA

Todavía no está disponible una herramienta diseñada para evaluar de manera sistemática en qué grado un servicio público de empleo integra la transversalidad de género en su organización, su funcionamiento y sus políticas activas de empleo.

Con el objetivo de proporcionar algún instrumento para avanzar en la construcción de un instrumento de evaluación de este tipo, en esta comunicación se presenta y describe la Herramienta para la autoevaluación de la transversalidad de género, elaborada en el marco de la ejecución de un Convenio de colaboración entre LABORA. Servicio Valenciano de Empleo y Formación, la Universidad Jaume I de Castellón y la Fundación Isonomía (Medio Propio de la Universidad Jaume I), financiado con Fondos de la Unión Europea *NexGenerationEU*.

El Convenio ha tenido por objeto elaborar un Plan para integrar la transversalidad de género en las políticas activas de empleo de la Comunidad Valenciana. En la fase de diagnóstico para la elaboración del Plan resultó necesario realizar una evaluación de la transversalidad de género en *LABORA. Servicio Valenciano de Empleo y Formación*. Pero, en la medida que no se contaba con ninguna herramienta disponible para llevarla a cabo, se diseñó una herramienta *ad hoc* con base en los cinco componentes de la Plataforma para la transversalidad de género del EIGE.

En los apartados siguientes se describe la estructura, el contenido y el funcionamiento de la Herramienta de autoevaluación, así como el procedimiento seguido para alimentar sus datos y los resultados que LABORA ha obtenido con su utilización.

A continuación se inserta la Figura 6, que muestra las pestañas, su denominación y sus contenidos en la Herramienta de autoevaluación de la transversalidad de género.

FIG. 6. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA HERRAMIENTA DE AUTOEVALUACIÓN

<b>Pestañas</b>	<b>Denominación</b>	<b>Contenido</b>
<b>1</b>	Componentes y Factores	Expresa, clasifica y enumera los Componentes y sus Factores
<b>2 a 6</b>	2. Estrategia 3. Dimensiones 4. Condiciones 5. Métodos y Herramientas 6. Resultados	Identifica el componente, Enuncia los Factores Define los Factores Facilita Buenas prácticas Ofrece Puntuación (Doble escala: 1 a 3 / 1 a 4). Pide justificación
<b>7</b>	Resultados	Muestra los resultados obtenidos en cada Componente y Factor
<b>8</b>	Glosario	Define de los conceptos empleados en la Herramienta

### 5.1. Estructura, contenido y funcionamiento de la Herramienta para la autoevaluación

La Herramienta de autoevaluación es un archivo con una hoja de cálculo formado por ocho pestañas con los siguientes contenidos:

- La pestaña 1 del archivo, denominada *Componentes y Factores*, muestra, clasifica y numera los cinco Componentes y los veintinueve Factores de la Plataforma, con el fin de que la institución conozca suficientemente los parámetros que van a ser aplicados para que realice su autoevaluación. Se ha aplicado un color a cada Componente y sus Factores para que su identificación en la Herramienta sea más sencilla.

La Figura 7 que se inserta a continuación muestra el contenido de la pestaña 1.

FIG. 7. CONTENIDO DE LA PESTAÑA 1 DE LA HERRAMIENTA PARA LA AUTOEVALUACIÓN DE LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LABORA

<b>Componente 1</b>			
<b>Estrategia para la transversalidad de género</b>	<b>Factores</b>	1. Compromiso político	2. Marco legal
<b>Componente 2</b>			
<b>Dimensiones</b>	<b>Factores</b>	3. Presencia equilibrada de mujeres y hombres	4. Transversalidad de género en el contenido de las políticas
<b>Componente 3</b>			
<b>Condiciones</b>	<b>Factores</b>	5. Plan de implementación	8. Mecanismos de rendición de cuentas
		6. Estructuras	9. Generación de conocimiento
		7. Recursos	10. Capacitación en materia de igualdad
			11. Participación de las partes interesadas (stakeholders)
<b>Componente 4</b>			
<b>Métodos y herramientas</b>	<b>Factores</b>	12. Análisis de género	18. Evaluación de Impacto de género
		13. Auditoría de género	19. Indicadores de género
		14. Sensibilización	20. Seguimiento
		15. Presupuestos de género	21. Planificación
		16. Formación en igualdad	22. Contratación pública
		17. Evaluación	23. Estadísticas
			24. Datos desagregados por sexo
			25. Consulta a partes interesadas (stakeholders) en materia de igualdad efectiva
			26. Transformación Institucional
<b>Componente 5</b>			
<b>Resultados</b>	<b>Factores</b>	27. Las políticas de la institución están mejor formuladas	29. Los procesos de la institución son más efectivos
		28. El funcionamiento de la institución mejora	

- Las pestañas 2 a 6 de la hoja de cálculo, denominadas según los cinco Componentes de la Plataforma, están dedicadas a facilitar que la institución diagnostique el cumplimiento de los veintinueve Factores de la Plataforma, que se presentan agrupados en los cinco componentes, uno por pestaña. Las pestañas contienen una tabla que identifica el componente que se diagnostica (Fila 1); muestra los factores que lo integran (Columna 2), se ofrece una definición detallada de cada factor para facilitar su comprensión (Columna 3); describe una o varias evidencias, según sean simples o complejas, que permiten acreditar el cumplimiento de cada factor (Columna 4); ofrece una o varias buenas prácticas de cada evidencia que pueden servir de ayuda para comprender exactamente tanto la definición del factor como de las evidencias que permiten acreditar su cumplimiento (Columna 5); suministra una escala de respuesta por factor con cuatro alternativas, de las que solo puede seleccionarse una, según la siguiente puntuación de 1 a 4: (1) no se dispone de ninguna evidencia que justifique el cumplimiento del factor; (2) se dispone de al menos una evidencia del cumplimiento del factor, pero no se ajusta claramente a la descripción del factor o lo hace deficientemente; (3) Se dispone de al menos una evidencia del cumplimiento del factor y se ajusta claramente a su descripción; y (4), en el caso de los factores complejos, se dispone de dos o más evidencias de que el factor se cumple y, además, se ajustan claramente a las definiciones ofrecidas (Columna 6). Tras elegir la alternativa que más se ajusta a la realidad de LABORA, el color de fondo de la celda cambia a verde para apreciar con facilidad las respuestas completadas. La última columna de la tabla habilita un espacio para justificar la alternativa elegida en la columna anterior (Columna 7). Se trata de celdas con texto abierto para justificar la alternativa elegida en cada factor, teniendo en cuenta que el contenido de la justificación debe centrarse en proporcionar recursos en línea que sirvan como evidencia para justificarla, o bien razones, argumentos o referencias a recursos off line que sirvan para justificar la alternativa seleccionada. A medida que se introducen las respuestas las celdas de la pestaña 7, que se describe a continuación, se rellenan de forma automática.

La Figura 8 que se inserta a continuación muestra el contenido de la pestaña 3, dedicada a evaluar el cumplimiento de los factores 3 y 4 del Componente 2 de la Plataforma.



- La pestaña 7 de la hoja de cálculo, denominada *Resultados*, muestra los resultados que la institución alcanza tras alimentar los datos de la Columna 6 en las cinco pestañas anteriores de forma automática. Los resultados están desagregados por factores y agrupados por componentes, de manera que la institución pueda conocer su cumplimiento tanto de los factores individualmente como de los componentes que los integran. La puntuación obtenida en cada componente se muestra con una escala de colores según su distribución en cuatro categorías: deficiente (color rojo), insuficiente (color anaranjado), suficiente (color amarillo) y adecuado (color verde). La puntuación total obtenida se muestra de forma cuantitativa y cualitativa, según su clasificación en los cuatro grupos siguientes: deficiente (29 a 46 puntos), Insuficiente (47 a 63 puntos), Suficiente (64 a 80 puntos) y Adecuada (81 a 97 puntos).

La Figura 9 que se inserta a continuación muestra la escala cuantitativa empleada para calificar la puntuación total obtenida por la institución en la Herramienta para la autoevaluación de la transversalidad, así como la escala cromática aplicada en cada calificación.

FIG. 9. CONTENIDO DE LA PESTAÑA 7 DE LA HERRAMIENTA PARA LA AUTOEVALUACIÓN DE LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO. SELECCIÓN

29 - 46 Deficiente    47 - 63 Insuficiente    64 - 80 Suficiente    81 - 97 Adecuado

La Figura 10 que se inserta a continuación muestra el contenido de la pestaña 7, que informa cuantitativa y cualitativamente a la institución del grado de integración de la transversalidad de género que alcanza según la Herramienta de autoevaluación.

FIG. 10. CONTENIDO DE LA PESTAÑA 7 DE LA HERRAMIENTA PARA LA AUTOEVALUACIÓN DE LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

Categoría	CONTENIDO DE LA PESTAÑA 7 DE LA HERRAMIENTA PARA LA AUTOEVALUACIÓN DE LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO										Resultados							
	Criterios					Ítems												
UNODC	Diversos		Criterios		Ítems													
	1. Compromiso por parte de la institución	2. Mecanismos de gestión	3. Planificación estratégica	4. Recursos humanos	5. Recursos económicos	6. Metodología de trabajo	7. Seguimiento y evaluación	8. Formación	9. Responsabilidad	10. Vinculación	11. Participación	12. Organización	13. Estrategia	14. Datos	15. Documentación	16. Transparencia	17. Seguimiento y evaluación	18. La presencia de la transversalidad
1. Compromiso por parte de la institución	1.1. Compromiso por parte de la institución	1.2. Mecanismos de gestión	1.3. Planificación estratégica	1.4. Recursos humanos	1.5. Recursos económicos	1.6. Metodología de trabajo	1.7. Seguimiento y evaluación	1.8. Formación	1.9. Responsabilidad	1.10. Vinculación	1.11. Participación	1.12. Organización	1.13. Estrategia	1.14. Datos	1.15. Documentación	1.16. Transparencia	1.17. Seguimiento y evaluación	1.18. La presencia de la transversalidad
2. Mecanismos de gestión	2.1. Mecanismos de gestión	2.2. Mecanismos de gestión	2.3. Mecanismos de gestión	2.4. Mecanismos de gestión	2.5. Mecanismos de gestión	2.6. Mecanismos de gestión	2.7. Mecanismos de gestión	2.8. Mecanismos de gestión	2.9. Mecanismos de gestión	2.10. Mecanismos de gestión	2.11. Mecanismos de gestión	2.12. Mecanismos de gestión	2.13. Mecanismos de gestión	2.14. Mecanismos de gestión	2.15. Mecanismos de gestión	2.16. Mecanismos de gestión	2.17. Mecanismos de gestión	2.18. Mecanismos de gestión
3. Planificación estratégica	3.1. Planificación estratégica	3.2. Planificación estratégica	3.3. Planificación estratégica	3.4. Planificación estratégica	3.5. Planificación estratégica	3.6. Planificación estratégica	3.7. Planificación estratégica	3.8. Planificación estratégica	3.9. Planificación estratégica	3.10. Planificación estratégica	3.11. Planificación estratégica	3.12. Planificación estratégica	3.13. Planificación estratégica	3.14. Planificación estratégica	3.15. Planificación estratégica	3.16. Planificación estratégica	3.17. Planificación estratégica	3.18. Planificación estratégica
4. Recursos humanos	4.1. Recursos humanos	4.2. Recursos humanos	4.3. Recursos humanos	4.4. Recursos humanos	4.5. Recursos humanos	4.6. Recursos humanos	4.7. Recursos humanos	4.8. Recursos humanos	4.9. Recursos humanos	4.10. Recursos humanos	4.11. Recursos humanos	4.12. Recursos humanos	4.13. Recursos humanos	4.14. Recursos humanos	4.15. Recursos humanos	4.16. Recursos humanos	4.17. Recursos humanos	4.18. Recursos humanos
5. Recursos económicos	5.1. Recursos económicos	5.2. Recursos económicos	5.3. Recursos económicos	5.4. Recursos económicos	5.5. Recursos económicos	5.6. Recursos económicos	5.7. Recursos económicos	5.8. Recursos económicos	5.9. Recursos económicos	5.10. Recursos económicos	5.11. Recursos económicos	5.12. Recursos económicos	5.13. Recursos económicos	5.14. Recursos económicos	5.15. Recursos económicos	5.16. Recursos económicos	5.17. Recursos económicos	5.18. Recursos económicos
6. Metodología de trabajo	6.1. Metodología de trabajo	6.2. Metodología de trabajo	6.3. Metodología de trabajo	6.4. Metodología de trabajo	6.5. Metodología de trabajo	6.6. Metodología de trabajo	6.7. Metodología de trabajo	6.8. Metodología de trabajo	6.9. Metodología de trabajo	6.10. Metodología de trabajo	6.11. Metodología de trabajo	6.12. Metodología de trabajo	6.13. Metodología de trabajo	6.14. Metodología de trabajo	6.15. Metodología de trabajo	6.16. Metodología de trabajo	6.17. Metodología de trabajo	6.18. Metodología de trabajo
7. Seguimiento y evaluación	7.1. Seguimiento y evaluación	7.2. Seguimiento y evaluación	7.3. Seguimiento y evaluación	7.4. Seguimiento y evaluación	7.5. Seguimiento y evaluación	7.6. Seguimiento y evaluación	7.7. Seguimiento y evaluación	7.8. Seguimiento y evaluación	7.9. Seguimiento y evaluación	7.10. Seguimiento y evaluación	7.11. Seguimiento y evaluación	7.12. Seguimiento y evaluación	7.13. Seguimiento y evaluación	7.14. Seguimiento y evaluación	7.15. Seguimiento y evaluación	7.16. Seguimiento y evaluación	7.17. Seguimiento y evaluación	7.18. Seguimiento y evaluación
8. Formación	8.1. Formación	8.2. Formación	8.3. Formación	8.4. Formación	8.5. Formación	8.6. Formación	8.7. Formación	8.8. Formación	8.9. Formación	8.10. Formación	8.11. Formación	8.12. Formación	8.13. Formación	8.14. Formación	8.15. Formación	8.16. Formación	8.17. Formación	8.18. Formación
9. Responsabilidad	9.1. Responsabilidad	9.2. Responsabilidad	9.3. Responsabilidad	9.4. Responsabilidad	9.5. Responsabilidad	9.6. Responsabilidad	9.7. Responsabilidad	9.8. Responsabilidad	9.9. Responsabilidad	9.10. Responsabilidad	9.11. Responsabilidad	9.12. Responsabilidad	9.13. Responsabilidad	9.14. Responsabilidad	9.15. Responsabilidad	9.16. Responsabilidad	9.17. Responsabilidad	9.18. Responsabilidad
10. Vinculación	10.1. Vinculación	10.2. Vinculación	10.3. Vinculación	10.4. Vinculación	10.5. Vinculación	10.6. Vinculación	10.7. Vinculación	10.8. Vinculación	10.9. Vinculación	10.10. Vinculación	10.11. Vinculación	10.12. Vinculación	10.13. Vinculación	10.14. Vinculación	10.15. Vinculación	10.16. Vinculación	10.17. Vinculación	10.18. Vinculación
11. Participación	11.1. Participación	11.2. Participación	11.3. Participación	11.4. Participación	11.5. Participación	11.6. Participación	11.7. Participación	11.8. Participación	11.9. Participación	11.10. Participación	11.11. Participación	11.12. Participación	11.13. Participación	11.14. Participación	11.15. Participación	11.16. Participación	11.17. Participación	11.18. Participación
12. Organización	12.1. Organización	12.2. Organización	12.3. Organización	12.4. Organización	12.5. Organización	12.6. Organización	12.7. Organización	12.8. Organización	12.9. Organización	12.10. Organización	12.11. Organización	12.12. Organización	12.13. Organización	12.14. Organización	12.15. Organización	12.16. Organización	12.17. Organización	12.18. Organización
13. Estrategia	13.1. Estrategia	13.2. Estrategia	13.3. Estrategia	13.4. Estrategia	13.5. Estrategia	13.6. Estrategia	13.7. Estrategia	13.8. Estrategia	13.9. Estrategia	13.10. Estrategia	13.11. Estrategia	13.12. Estrategia	13.13. Estrategia	13.14. Estrategia	13.15. Estrategia	13.16. Estrategia	13.17. Estrategia	13.18. Estrategia
14. Datos	14.1. Datos	14.2. Datos	14.3. Datos	14.4. Datos	14.5. Datos	14.6. Datos	14.7. Datos	14.8. Datos	14.9. Datos	14.10. Datos	14.11. Datos	14.12. Datos	14.13. Datos	14.14. Datos	14.15. Datos	14.16. Datos	14.17. Datos	14.18. Datos
15. Documentación	15.1. Documentación	15.2. Documentación	15.3. Documentación	15.4. Documentación	15.5. Documentación	15.6. Documentación	15.7. Documentación	15.8. Documentación	15.9. Documentación	15.10. Documentación	15.11. Documentación	15.12. Documentación	15.13. Documentación	15.14. Documentación	15.15. Documentación	15.16. Documentación	15.17. Documentación	15.18. Documentación
16. Transparencia	16.1. Transparencia	16.2. Transparencia	16.3. Transparencia	16.4. Transparencia	16.5. Transparencia	16.6. Transparencia	16.7. Transparencia	16.8. Transparencia	16.9. Transparencia	16.10. Transparencia	16.11. Transparencia	16.12. Transparencia	16.13. Transparencia	16.14. Transparencia	16.15. Transparencia	16.16. Transparencia	16.17. Transparencia	16.18. Transparencia
17. Seguimiento y evaluación	17.1. Seguimiento y evaluación	17.2. Seguimiento y evaluación	17.3. Seguimiento y evaluación	17.4. Seguimiento y evaluación	17.5. Seguimiento y evaluación	17.6. Seguimiento y evaluación	17.7. Seguimiento y evaluación	17.8. Seguimiento y evaluación	17.9. Seguimiento y evaluación	17.10. Seguimiento y evaluación	17.11. Seguimiento y evaluación	17.12. Seguimiento y evaluación	17.13. Seguimiento y evaluación	17.14. Seguimiento y evaluación	17.15. Seguimiento y evaluación	17.16. Seguimiento y evaluación	17.17. Seguimiento y evaluación	17.18. Seguimiento y evaluación
18. La presencia de la transversalidad	18.1. La presencia de la transversalidad	18.2. La presencia de la transversalidad	18.3. La presencia de la transversalidad	18.4. La presencia de la transversalidad	18.5. La presencia de la transversalidad	18.6. La presencia de la transversalidad	18.7. La presencia de la transversalidad	18.8. La presencia de la transversalidad	18.9. La presencia de la transversalidad	18.10. La presencia de la transversalidad	18.11. La presencia de la transversalidad	18.12. La presencia de la transversalidad	18.13. La presencia de la transversalidad	18.14. La presencia de la transversalidad	18.15. La presencia de la transversalidad	18.16. La presencia de la transversalidad	18.17. La presencia de la transversalidad	18.18. La presencia de la transversalidad

Figura 10. Contenido de la Pestaña 7 de la Herramienta para la autoevaluación de la transversalidad de género



- La pestaña 8 de la hoja de cálculo, denominada *Glosario*, contiene un Glosario de los conceptos empleados en el contenido de la Herramienta que proceden de la Plataforma del EIGE, con el fin de que la institución conozca su significado exacto.

## **5.2. Procedimiento de alimentación de los datos de la Herramienta de autoevaluación**

La Herramienta de autoevaluación fue suministrada en mayo de 2022 a LABORA tanto de forma *on line*, mediante un enlace al archivo con la hoja de cálculo disponible en una carpeta compartida en Google Drive a la que el personal de LABORA tenía acceso, como a través de un archivo *off line* con la hoja de cálculo, remitido por correo electrónico.

En el correo electrónico se explicó la estructura, los contenidos y el funcionamiento de la Herramienta de autoevaluación. También se ofreció la posibilidad de celebrar una videoconferencia para instruir en su manejo al personal responsable de su alimentación.

La videoconferencia fue aceptada y se celebró a mediados del mes de junio del mismo año. Su duración fue de sesenta minutos aproximadamente. Su contenido estuvo dedicado a describir la Herramienta de autoevaluación, mostrar un ejemplo de su funcionamiento y resolver las dudas de la persona responsable en LABORA de su alimentación.

El funcionamiento de la Herramienta fue aprendido sin dificultad, pues no resultó necesario ni celebrar reuniones adicionales ni responder ninguna pregunta posterior de LABORA.

La Herramienta de autoevaluación fue entregada una semana más tarde en un archivo con la hoja de cálculo con todos los datos alimentados correctamente, remitido por correo-e.

## **5.3. Resultados obtenidos por LABORA en la Herramienta de autoevaluación**

Los resultados obtenidos por LABORA en cada uno de los componentes de la Herramienta de autoevaluación se muestran en la Figura 11 que se inserta a continuación.

**FIG. 11. RESULTADOS OBTENIDOS POR LABORA EN LA HERRAMIENTA PARA LA AUTOEVALUACIÓN DE LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO**

<b>Componentes</b>	<b>Factores (n)</b>	<b>Puntuación</b>	<b>Resultados</b>
1. Estrategia	2	4/6	Insuficiente
2. Dimensiones	2	4/8	Insuficiente
3. Condiciones	7	14/29	Deficiente
4. Métodos y herramientas	15	33/45	Suficiente
5. Resultados	3	6/9	Suficiente
<b>TOTAL</b>	<b>29</b>	<b>61/97</b>	<b>Insuficiente</b>

LABORA ha obtenido una puntuación total de 61 puntos de los 97 que podía alcanzar, lo que, de acuerdo con los intervalos empleados en la Pestaña 7 –mostrados en la Figura 9 de esta comunicación–, supone una calificación final de Insuficiente. Se trata de un resultado que está a solo tres puntos de pasar al siguiente intervalo de puntuación (64 – 80, Suficiente).

La Herramienta no solo ha permitido conocer el nivel general de integración de la transversalidad de género en LABORA, sino que también ha facilitado apreciar cuál es el nivel de contribución de cada uno de los cinco componentes de la Plataforma para la transversalidad de género del EIGE en el resultado global obtenido por la institución.

- En el *Componente 1. Estrategia*, LABORA ha obtenido una puntuación de 4 puntos sobre un total de 6, lo que supone un cumplimiento Insuficiente de sus dos factores. En ambos Factores LABORA dispone de una evidencia de su cumplimiento, pero que no se ajusta a su descripción o lo hace de manera deficiente
- En el *Componente 2. Dimensiones*, LABORA ha alcanzado una puntuación de 4 de los 8 puntos posibles, lo que de nuevo permite calificar de Insuficiente el cumplimiento de sus dos factores. Debe aclararse que en este caso la puntuación de cada Factor puede ser mayor que en los dos Factores anteriores porque se trata de Factores complejos (ver Figura 5), cuyo cumplimiento puede acreditarse con más de una evidencia, lo que permite alcanzar una puntuación de hasta cuatro puntos en cada uno.
- En el *Componente 3. Condiciones*, LABORA ha tenido 14 puntos de los 29 que podía conseguir, lo que significa que cumple de manera Deficiente con los siete Factores que lo forman. En este Componente no se ha podido aportar ninguna evidencia del cumplimiento de los *Factores 7. Recursos* y *10. Capacitación en materia de igualdad*, mientras que se ha dispuesto de al menos una evidencia del cumplimiento del Factor *5. Plan de implementación* y del Factor *6. Estructuras* que se ajusta claramente a su descripción. De nuevo la puntuación total com-

bina la puntuación de Factores simples y complejos (ver Figura 5), lo que justifica que en algunos de ellos puedan obtenerse cuatro puntos como máximo, mientras que en otros la puntuación máxima sea de tres puntos.

- En el *Componente 4. Métodos y Herramientas*, LABORA ha logrado una puntuación de 33 puntos de los 45 puntos que suponen el máximo en este Componente, lo que permite a la institución cumplir de forma Suficiente con los quince Factores que lo componen. LABORA no ha dispuesto de ninguna evidencia del cumplimiento de los Factores *14. Sensibilización*, *20. Seguimiento*, *21. Planificación* y *22. Planificación institucional*. En cambio, ha proporcionado dos o más evidencias que se corresponden claramente con la descripción de los Factores *13. Auditoría de género*, *16. Formación en igualdad*, *17. Evaluación del impacto de género*, *22. Contratación pública* y *24. Datos desagregados por sexo*. Este componente de nuevo alberga Factores simples y complejos (ver Figura 5), con las consecuencias que ya han sido descritas en relación con la puntuación máxima en cada caso.
- En el *Componente 5. Resultados*, LABORA ha obtenido 6 puntos de los 9 que como máximo pueden alcanzarse en este Componente, de forma que la institución cumple de modo Suficiente con los tres Factores que lo forman. Mientras LABORA aporta evidencia que se corresponde claramente con la descripción del *Factor: 28. El funcionamiento de la institución mejora*, carece de cualquier evidencia de que cumpla con el *Factor 29. Los procesos de la institución son más efectivos*. En este caso se trata de tres Factores simples, razón que explica que el máximo sea de 9 puntos.

Según los resultados obtenidos con la Herramienta para la autoevaluación, LABORA integra la transversalidad de género de modo Deficiente en el *Componente 3. Condiciones* e Insuficiente en el *Componente 1. Estrategia* y el *Componente 2. Dimensiones*. LABORA sólo la integra suficientemente en el *Componente 4. Métodos y Herramientas* y el *Componente 5. Resultados*. Ninguno de los cinco componentes está integrado de manera Adecuada. La apreciable diferencia entre los resultados obtenidos en el *Componente 3. Condiciones* y en el *Componente 4. Métodos y Herramientas* puede sugerir que LABORA no emplea sistemáticamente los métodos y las herramientas de la transversalidad de acuerdo con el *ciclo de la transversalidad*, es decir, en las cuatro fases de definición, planificación, ejecución y evaluación de las políticas activas de empleo de la Comunidad Valenciana.

## 6. CONCLUSIONES

El tiempo transcurrido desde el reconocimiento internacional y europeo de la transversalidad de género como estrategia esencial para hacer efectiva la igualdad de mujeres y hombres, como también desde su reconocimien-

to por la literatura especializada en políticas de igualdad, no ha impedido que siga siendo un concepto multifacético. La transversalidad es entendida al mismo tiempo como un proceso, una estrategia, una evaluación, unos resultados y un principio de actuación. Esta circunstancia se agrava en España porque las propuestas institucionales diseñadas para facilitar su integración en la intervención pública son muy débiles a nivel estatal y, en el caso de la Comunidad Valenciana, inexistentes a nivel autonómico.

Este panorama contrasta con la contribución que ha efectuado el Instituto Europeo de la Igualdad de Género con su Plataforma para la transversalidad de género, prácticamente desconocida en nuestro país. La Plataforma del EIGE proporciona veintinueve factores de distinta naturaleza y complejidad, distribuidos en cinco componentes, cuyo cumplimiento permite a una institución pública integrar la transversalidad de género. Se trata de la aportación institucional disponible más elaborada, completa, estructurada, consistente y práctica para integrar la transversalidad de género en la organización, el funcionamiento y la intervención de los servicios públicos de empleo.

La originalidad de esta comunicación radica en explicar cómo el contenido de la Plataforma para la transversalidad de género del EIGE se ha convertido en una nueva herramienta *ad hoc* para evaluar en qué medida un organismo público como *LABORA. Servicio Valenciano de Empleo y Formación* integra la transversalidad de género. Esta operación se ha llevado a cabo transformando cada Factor en un criterio de evaluación definido con detalle, cuya descripción cuenta con algún ejemplo de buenas prácticas que ayuda a comprenderlo mejor, y cuyo cumplimiento puede acreditarse y justificarse mediante una o varias evidencias, que también se detallan y la entidad puede aportar. La conversión de los Factores en criterios para realizar la autoevaluación ha tenido en cuenta su autonomía o dependencia con respecto al resto de Factores de la Plataforma, así como la simplicidad o complejidad de las evidencias disponibles para justificar su cumplimiento.

La Herramienta de autoevaluación se ha confeccionado empleando una hoja de cálculo, teniendo en cuenta que se trata de un software para el tratamiento de los datos muy extendido, fácil de manejar por cualquier profesional y con un amplio rango de posibilidades para analizar los datos introducidos y visualizar sus resultados, como también para crear una base de datos agregada que permita realizar nuevas investigaciones en el futuro.

Tanto la elección del software como el diseño de la Herramienta de autoevaluación se consideran acertados en la medida que *LABORA* la ha alimentado correctamente con un número muy reducido de acciones: en primer lugar, recibir una descripción general sobre su estructura, contenido y funcionamiento, y, en segundo lugar, asistir a un seminario informativo de apenas una hora de duración.

*LABORA* ha logrado introducir sus datos sin dificultad en los veintinueve criterios de evaluación suministrados mediante el uso de dos escalas: una escala de 1 a 3 puntos según el grado de correspondencia entre la evidencia

proporcionada para acreditar el cumplimiento del Factor y la evidencia seleccionada por LABORA, cuando se trata de Factores simples; y una segunda escala de 1 a 4 puntos para cuantificar esa misma correspondencia, cuando se trata de Factores complejos.

Los resultados que se desprenden tras las puntuaciones efectuadas por LABORA permiten concluir que esta institución pública integra la transversalidad de género de modo Insuficiente [según una escala formada por cuatro categorías (Deficiente, Insuficiente, Suficiente, Adecuada)], al menos si se toma como referencia la Plataforma para la transversalidad de género del EIGE. La puntuación final, 61 puntos sobre 97, se queda a solo tres puntos del siguiente intervalo (64-80), en el que alcanzaría la calificación de Suficiente. Este resultado es coherente con los que proporcionan otros trabajos sobre la transversalidad de género en las políticas públicas en general (Alonso Álvarez 2015, Alfama, Alonso Álvarez 2015) y en las políticas de empleo en particular (Otero-Hermida, Bouzas Lorenzo 2018).

En detalle, la integración de la transversalidad de género es deficiente en el *Componente 3. Condiciones* e insuficiente en el *Componente 1. Estrategia* y el *Componente 2. Dimensiones*. LABORA sólo integra suficientemente el *Componente 4. Métodos y Herramientas* y el *Componente 5. Resultados*. Ninguno de los componentes está implantado de manera Adecuada. Se ha apuntado que la apreciable diferencia entre los resultados obtenidos en el *Componente 3. Condiciones* y en el *Componente 4. Métodos y Herramientas* puede deberse a que LABORA no emplea sistemáticamente los métodos y las herramientas de la transversalidad de acuerdo con el *ciclo de la transversalidad*.

La Herramienta de autoevaluación de la transversalidad de género supone un primer paso hacia la confección de una auditoría de la transversalidad de género en España, pero cuenta todavía con apreciables limitaciones. Las cinco más relevantes que pueden señalarse en este trabajo son las siguientes.

- su diseño *ad hoc*, puesto que la descripción de todos los Factores se ha realizado únicamente pensando en LABORA y no es válida para cualquier organismo público.
- su mecanismo de identificación de las evidencias, pues está basado exclusivamente en las declaraciones justificadas de la institución y no integra ningún mecanismo para su acreditación material.
- la ausencia de un procedimiento suficientemente definido para que la institución aporte y evidencie su información y una tercera parte la compruebe y evalúe.
- el control sobre la dependencia entre los Factores, en la medida que puede penalizar de forma desproporcionada a la institución.
- y, por último, el grado de fiabilidad que alcanza, pues debe ser testada con más organizaciones para lograr que sea más fiable.

Estas limitaciones no impiden que la Herramienta de autoevaluación haya permitido a una institución pública como *LABORA. Servicio Valenciano de Empleo y Formación* haya informado a terceros, tanto de forma cuantitativa como cualitativa, acerca de su grado de integración de la transversalidad de género, al menos según la Plataforma para la transversalidad de género del EIGE.

Con los resultados que se desprenden de los datos introducidos en la Herramienta de autoevaluación, tanto la propia institución como terceras partes pueden conocer, analizar, comparar y evaluar su nivel de implantación de cada uno de los cinco componentes y, dentro de ellos, de cada uno de los veintinueve Factores de la Plataforma. Los resultados obtenidos también permiten que *LABORA* o terceras partes identifiquen mejor las fortalezas y las debilidades que la organización presenta a la hora de integrar la transversalidad de género, detecten con mayor facilidad las oportunidades de mejora y definan con más acierto las prioridades de su intervención.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ALFAMA, EVA (2017): *¿Transformando el Estado? Avances y obstáculos en la implementación del mainstreaming de género. Tesis doctoral*. Disponible en web: [https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2017/hdl\\_10803\\_458542/eaig1de1.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2017/hdl_10803_458542/eaig1de1.pdf) [Consulta: 13 de noviembre de 2022].
- ALFAMA, EVA y ALONSO ÁLVAREZ, ALBA (2015): “Las políticas de género en la Administración Pública: una introducción”, *Revista Vasca de gestión de personas y organizaciones públicas*, 8, pp. 24-41.
- ALFAMA, EVA, CRUELLES, MARTA y DE LA FUENTE, MARÍA (2014): “¿Qué ha cambiado con esta crisis? El *mainstreaming* de género en la encrucijada. *Investigaciones feministas*, 5, pp. 69-95.
- ALONSO ÁLVAREZ, ALBA (2015): *El mainstreaming de género en España. Hacia un compromiso transversal con la igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BUSTELO RUESTA, MARÍA y LOMBARDO, EMANUELA (2005): “Mainstreaming de género y análisis de los diferentes “marcos interpretativos” de las políticas de igualdad en Europa: el proyecto MAGEEQ, *Aequalitas: Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 17, pp. 15-26.
- DAUPHIN, SANDRINE y SÉNAC-SLAWINSKI, RÉJAME (2008): “Gender mainstreaming: analyses des enjeux d’un «concept-méthode»”. Disponible en web: <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01559371v2/document> [Consulta: 13 de noviembre de 2022].
- DURÁN LALAGUNA, PALOMA (2007): *Sobre el género y su tratamiento en las organizaciones internacionales*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias.
- EIGE, European Institute of Gender Equality (2016): *What is gender mainstreaming?* Disponible en web: <https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/mh0216878enn.pdf> [Consulta: 13 de noviembre de 2022].
- EMAKUNDE. INSTITUTO VASCO DE LA MUJER (2007): *Guía para el diseño, la implantación y la evaluación del mainstreaming de género en entidades de empleo y formación*.

- Disponible en web: [https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones\\_guias2/es\\_emakunde/adjuntos/guiakideitu\\_2cast.pdf](https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_guias2/es_emakunde/adjuntos/guiakideitu_2cast.pdf) [Consulta: 13 de noviembre de 2022].
- INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER (2003): Introducción al enfoque integrado o *mainstreaming* de género. Guía básica. Disponible en web: <https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/ugen/system/files/documentos/88.pdf> [Consulta: 13 de noviembre de 2022].
- LOMBARDO, EMANUELA (2003): “El *mainstreaming*: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea”, *Aequalitas: Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 13, pp. 6-11.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2000): Programa Interamericano sobre la promoción de los derechos humanos de la mujer y la equidad e igualdad de género. CIM/RES. 209/98 & AG/RES. 1732 (XXX-O/00).
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS – COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (2022): Estrategia de transversalidad + para la igualdad y la transformación. OAS. Official Records; OEA/Ser.L/II.6.38. Disponible en web: [https://www.oas.org/es/cim/docs/Estrategia\\_transversalidad\\_ESP\\_fn.pdf](https://www.oas.org/es/cim/docs/Estrategia_transversalidad_ESP_fn.pdf) [Consulta: 29 de marzo de 2023].
- OTERO HERMIDA, PAULA y BOUZAS LORENZO, RAMÓN (2018): “El rol del ámbito local en la adopción del *mainstreaming* de género en las políticas de empleo”, *Revista de Estudios Políticos*, 182, pp. 191-224.
- SEVILLA MERINO, JULIA, VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN y GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO (2007): “La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 67, pp. 63-82.
- REY ARAMENTÍA, MATILDE (2020): “Mainstream de género”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 331-341.





LA ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO Y EL CONTROL  
DE LA TEMPORALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO<sup>1</sup>

LAURA M<sup>a</sup> MELIÁN CHINEA

*Profesora Ayudante Doctora. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de La Laguna*

*lmelianc@ull.edu.es*

---

<sup>1</sup> Proyecto de Investigación “Las estrategias de las organizaciones sindicales y el papel de los interlocutores sociales en el proceso de transición justa, cambio climático y respeto del medio ambiente” (Ref. PID2021-124045NB-C32).

## **SUMARIO**

1. LA ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO PARA LA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS GENERAL. 2. LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN Y LAS MEDIDAS DE CONTROL DE LA TEMPORALIDAD EN LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE. 3. EL PAPEL DEL SINDICATO EN LA CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO. 4. REFLEXIONES FINALES..

## 1. LA ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO PARA LA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS GENERAL

Como así declara el primer artículo de la Constitución Española, “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”. Un Estado es social y democrático de Derecho cuando desarrolla una actividad prestacional con el fin de satisfacer los intereses generales de la comunidad. Los intereses generales, que conforman una voluntad general incontrovertible<sup>2</sup>, no son inmutables en el tiempo, ya que responden al modelo socioeconómico del momento. Así, a medida que la sociedad es objeto de transformación surgen nuevas necesidades<sup>3</sup> que son demandadas por la población y estas deben ser atendidas por parte de la Administración Pública de conformidad con los principios de actuación establecidos en el art. 103.1 CE (“*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”).

Para la satisfacción de los intereses generales de la ciudadanía, la Administración debe prestar servicios públicos suficientes. Por este motivo, la consolidación del Estado del bienestar y la asunción de competencias por

---

<sup>2</sup> Véase la obra clásica de ROUSSEAU, J.J.: *El contrato social*, en Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana, Editado por Partido de la Revolución Democrática, Méjico, 2017, pág. 88 y ss.

<sup>3</sup> Por ejemplo, en la actualidad y ante la nueva revolución tecnológica que trae consigo la Industria 4.0, los poderes públicos deben garantizar el acceso a Internet y la participación en el espacio digital de todas las personas, atendiendo a la Carta de Derechos Digitales adoptada por el Gobierno de España y a la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la década digital. Con el fin de atender esta necesidad, la declaración recoge los siguientes compromisos: velar porque todas las personas tengan una identidad digital accesible, voluntaria, segura y fiable; garantizar el acceso y reutilización de la información; facilitar un acceso fluido, seguro e interoperable a servicios públicos para satisfacer eficazmente las necesidades de las personas, en particular los servicios sanitarios y asistenciales. Para mayor información, véase MELIÁN CHINEA, L.M.: “*Análisis crítico de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital: Un nuevo llamamiento al diálogo social*”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 99, 2023.

parte de las Comunidades Autónomas han tenido un notorio impacto en el empleo público. Con el fin de atender las necesidades esenciales de la población se ha intensificado el denominado “proceso de laboralización”<sup>4</sup>, es decir, la incorporación de personas sujetas a un contrato de trabajo en el sector público<sup>5</sup>. Este proceso encuentra su fundamento constitucional en el art. 23.2 y en el 103.3 de la CE, los cuales establecen que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a la función pública bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad<sup>6</sup>. Los principios de mérito y capacidad dotan de contenido al principio de igualdad<sup>7</sup>.

El incremento del personal laboral (como principal acepción del término de laboralización), especialmente en las administraciones públicas locales, ha sido muy significativo atendiendo a la información recogida en los sucesivos boletines estadísticos publicados por el Ministerio de Hacienda y la Función Pública. Según lo recogido en el último informe del año 2022, en el sector público estatal el personal laboral representa un 15,48%, en el sector autonómico representa un 12,86% y en el sector local un 53,69%<sup>8</sup>.

El principal problema de la elevada tasa del personal laboral en el ámbito local es que representa la “cultura de la temporalidad”<sup>9</sup>. Las entidades loca-

<sup>4</sup> Son cuestiones distintas la admisión en las Administraciones Públicas de personal en régimen laboral y la privatización, pero no es menos cierto que el aumento en términos cuantitativos del personal laboral en el sector público sea una consecuencia directa de esta última, MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000, pág. 3.

<sup>5</sup> La laboralización en el sector público cuenta con varias acepciones. No sólo se refiere al incremento de trabajadores sujetos al régimen laboral. Este proceso “*va más allá de la opción por el vínculo a través del cual se incorporan a las Administraciones públicas las personas a su servicio: afecta, en efecto, al mismo sistema estructurador de la función pública, a su régimen jurídico, a las instituciones laborales, a las fuentes de regulación y a los instrumentos de autodefensa de quienes están sometidos a un régimen estatutario*”, en RIVERO LAMAS, J.: “*El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites*”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 2, 1996, pág. 13.

<sup>6</sup> Tal y como ya manifestó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, la Constitución reconoce el régimen dual del empleo público, pues “el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública está regulado en el art. 103.3 de la Norma fundamental y no en el 35”.

<sup>7</sup> “*Los principios de mérito y capacidad son los únicos parámetros que dotan de contenido al principio de igualdad en el acceso a la función pública, y así el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que el principio de igualdad se rompe cuando se tienen en cuenta otros valores en el acceso a la función pública distintos de los anteriores*”, GARCÍA GARCÍA, M.J.: “*Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público*”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.15, 2008, pág. 133.

<sup>8</sup> El “Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas” tiene como objetivo presentar la información que facilite el conocimiento de los efectivos al servicio de las distintas Administraciones Públicas. Comenzó a publicarse en 1990, tiene carácter semestral y es elaborado por el Registro Central de Personal (RCP). Para mayor información y con el objetivo de conocer con mayor detalle las diferentes tipologías de entidades que integran las Administraciones Públicas: <https://funcionpublica.hacienda.gob.es/funcion-publica/rcp/boletin.html>

<sup>9</sup> “*El nivel de tolerancia con la contratación temporal fraudulenta es tan elevado que, de algún modo, ha conseguido alterar la “brijuila” de lo (legalmente) correcto, “blanqueando” de forma persistente el comportamiento de los empleadores a pesar de su evidente desvío*

les (mayoritariamente los Ayuntamientos) han recurrido al encadenamiento abusivo de contratos temporales. Debido a que los Tribunales han tenido que atender múltiples demandas sobre contratación fraudulenta, estos optaron por la creación de una figura jurisprudencial denominada “trabajador indefinido no fijo”<sup>10</sup> que, lejos de solventar el problema, perpetúa la inseguridad jurídica de la persona trabajadora respecto a su puesto de trabajo. El propio TJUE en su Sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario contra JN (asunto C-726/19) asimila la figura del “indefinido no fijo” a un contrato de duración determinada. Esto se debe a que el trabajador ocupa por un tiempo una plaza que será objeto de oferta pública de empleo, debiendo superar un proceso selectivo con todas las garantías y bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad para mantener dicha plaza en régimen de personal laboral fijo.

Ante este escenario, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado y la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado comenzaron un macroproceso de estabilización en las administraciones públicas. Ahora bien, con la aprobación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, el legislador ha dado un paso más al frente al incorporar medidas extraordinarias para atajar la excesiva temporalidad y cumplir con las reiteradas indicaciones de la Unión Europea<sup>11</sup>. A través de esta ley se pretende mejorar la gestión del empleo que exige la aplicación de políticas coherentes y racionales de dotación de efectivos de carácter permanente, así como cumplir con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia<sup>12</sup> y, específicamente con el componente 11 del mismo que versa sobre la “Modernización de las Administraciones Públicas”<sup>13</sup>.

---

respecto del mandato normativo”, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral en las administraciones públicas tras las reformas de 2021”, *Revista de derecho social*, núm. 97, 2022, pág. 41.

<sup>10</sup> La figura del “trabajador indefinido no fijo”, de creación jurisprudencial, ha sido analizada especialmente por la STS de 20 de enero de 1998 (rec. 317/1997), cuyo pronunciamiento recoge que “el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas”

<sup>11</sup> “La doctrina que ha fijado el TJUE en esta materia dispone que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin”, SEMPERE NAVARRO, A.: “Interinidad por vacante de larga duración (Caso IMIDRA)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021.

<sup>12</sup> ROQUETA BUI, R.: “Los procesos de estabilización de empleo temporal en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”, *Azterlanak Estudios*, núm. 21, pág. 10.

<sup>13</sup> España presentó su Plan de Recuperación el 30 de abril y fue aprobado el 16 de junio por la Comisión Europea. En el componente 11 se recoge el objetivo de la “Reducción de la temporalidad de los empleados públicos y mejora de su formación”. El Plan de Recuperación español

La correcta aplicación de la normativa vigente permite reducir la temporalidad mediante la convocatoria de procesos de estabilización más eficaces, los cuales no sólo protegen el modelo de función pública configurado por la norma suprema del ordenamiento jurídico español, sino que garantizan la actividad prestacional propia de un Estado del Bienestar en los términos del art. 103 CE.

La estabilización del empleo público constituye un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para atender a un doble interés general: por un lado, los intereses de las personas trabajadoras que demandan unas condiciones laborales justas y equitativas, especialmente en aquellas entidades cuya actividad debe ser ejemplificadora para el sector privado; y, en segundo lugar, los intereses de la ciudadanía que reclaman servicios públicos de calidad, cuya eficacia está directamente relacionada con un trabajo estable.

## 2. LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN Y LAS MEDIDAS DE CONTROL DE LA TEMPORALIDAD EN LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

A través del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado y de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado, se inicia el camino hacia la estabilización del empleo en el sector público. Tales normativas establecen dos modalidades procedimentales para la reducción de la temporalidad en función del tiempo de la relación laboral.

Por un lado, la *estabilización* de plazas con independencia de que estas hayan estado ocupadas por una o más personas de forma consecutiva en el tiempo. El artículo 19. Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado y el artículo 19. Uno 9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado recogieron el proceso de estabilización de plazas para aquellas que hubieran sido ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2016 o al 31 de diciembre de 2017.

Por otro lado, la *consolidación* del empleo. A diferencia de la anterior modalidad, esta no sólo tiene en cuenta la temporalidad de las plazas, sino

---

se aprobó en el marco del Reglamento 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia que dispone en su art. 17.3 lo siguiente: “*Los planes de recuperación y resiliencia serán coherentes con los retos y prioridades específicos de cada país, determinados en el marco del Semestre Europeo, así como con los determinados en la recomendación más reciente del Consejo sobre la política económica de la zona del euro para los Estados miembros cuya moneda es el euro*”. Además, “*la liberación de los fondos en el marco del Mecanismo depende del cumplimiento satisfactorio por parte de los Estados miembros de los hitos y objetivos pertinentes que figuren en los planes de recuperación y resiliencia cuya evaluación debe haber recibido la aprobación del Consejo*”.

las funciones públicas que ha desarrollado la persona trabajadora. Por tanto, en estos supuestos debe cumplirse un doble requisito fruto de la interpretación de la disposición transitoria cuarta del EBEP. Esta disposición recoge la potestad administrativa de convocar procesos de consolidación respecto a plazas que estén dotadas presupuestariamente y se encuentren desempeñadas interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. A través de esta modalidad se favorece la posición de los empleados temporales que ocupan los puestos en el momento de la convocatoria<sup>14</sup>.

Ambas modalidades procedimentales tienen como objetivo la reducción de la temporalidad en el empleo público. Ahora bien, por lo expuesto, los procesos de consolidación parecen tener una mayor trascendencia que los procesos de estabilización, pues no sólo dotan de efectivos de carácter permanente en la Administración, sino también corrigen la precariedad laboral de aquellas personas trabajadoras que han ocupado una plaza o un puesto de naturaleza estructural de forma temporal. Se trata de una diferencia muy sutil. De hecho, con la salvedad del EBEP, el legislador ha englobado los procesos selectivos para la reducción de la temporalidad bajo el término de estabilización.

A pesar de que tanto las leyes de Presupuestos Generales del Estado de 2017 y 2018 como el EBEP comenzaron la reducción de la temporalidad en el sector público, el contexto actual requiere de medidas adicionales para la mejora de la gestión del empleo. En este sentido, ha sido determinante la aprobación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad<sup>15</sup>. Esta ley incorpora diversas novedades con el objetivo general de que la tasa de cobertura temporal se sitúe por debajo del 8% de las plazas estructurales, actuando en tres dimensiones: la adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, la articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el fraude en la temporalidad y, por último, la potenciación de una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos.

El art. 2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, regula los procesos de estabilización del empleo temporal para aquellas personas que han tenido

---

<sup>14</sup> Esta interpretación es defendida por ROQUETAS BUI, R.: *“Los procesos de estabilización de empleo temporal en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”*, *Azterlanak Estudios*, núm. 21, pág. 10. La autora defiende una interpretación literal y finalista de la norma (disposición transitoria cuarta del EBEP) que consiste en la *“convocatoria especial o extraordinaria para cubrir plazas de carácter estructural y dotadas presupuestariamente que estuvieran ocupadas por personal interino o temporal con anterioridad a 1 de enero de 2005 y, obviamente, que siguieran ocupadas por ese mismo personal interino o temporal en el momento de dicha convocatoria especial”*.

<sup>15</sup> El apartado III del Preámbulo recoge que esta Ley pretende *“con pleno respeto a la normativa presupuestaria, reforzar el carácter temporal de la figura del personal interino; aclarar los procedimientos de acceso a la condición de personal interino; objetivar las causas de cese de este personal e implantar un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos que, además, permita clarificar cualquier vacío o duda interpretativa que la actual regulación haya podido generar”*.

vínculos laborales o funcionariales con el sector público, incluyendo tanto la Administración territorial como a la Administración instrumental<sup>16</sup>. Estos procesos de estabilización se caracterizan por las siguientes notas.

- La obligatoriedad del proceso. De conformidad con el primer párrafo del art. 2.1 de la Ley 20/2021, “*se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal*”. Este precepto parece recoger una posibilidad o facultad a favor de las administraciones públicas para convocar plazas de naturaleza estructural “*que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020*”. Sin embargo, seguir la interpretación literal de este precepto concreto se opone, desde luego, al objetivo general de la norma. Para cumplir con el mandato previsto en el art. 2.3 de la Ley (“*la tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales*”) es imprescindible reconocer la obligación legal de articular los procesos de estabilización. Estos procesos deberán garantizar los principios de libre concurrencia, igualdad, capacidad y publicidad. El sistema de selección preferente es el concurso-oposición con la finalidad de valorar en la fase de concurso la experiencia laboral.

- El carácter prescriptivo de los ámbitos temporales. El art. 2.2 de la Ley recoge los límites temporales de las ofertas de empleo público y su ejecución. Así, en primer lugar, las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización previstos en la normativa deben aprobarse y publicarse en los diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022. En segundo lugar, la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2022. En tercer lugar, la resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024. La norma no contempla las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las reglas temporales. Sin embargo, para tales supuestos se podría interponer un recurso por inactividad material de la Administración, dando lugar a la correspondiente responsabilidad patrimonial<sup>17</sup>.
- El derecho a una compensación económica. En virtud del art. 2.6 de la Ley, cuando el personal laboral esté en activo como tal y no supere el proceso selectivo de estabilización tendrá derecho a recibir una com-

<sup>16</sup> La estabilización se extiende a entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles, consorcios, fundaciones, entre otras. RAMOS QUINTANA, M.: “*Procesos de estabilización en el empleo público: ruptura de la ley 20/2021 con la temporalidad abusiva del personal laboral y el funcionario interino*”, *Trabajo y Derecho*, núm. 90, 2022.

<sup>17</sup> BOLTAINA BOSH, X.: *Los procesos selectivos de estabilización del empleo público temporal. Comentarios a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de reducción de la temporalidad y normas de desarrollo*, Bomarzo, Albacete, pág. 67.



pensación económica. La compensación económica consiste en “*la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año*”. Este derecho nace desde el momento en el cual se produzca el cese efectivo. El personal laboral no tendrá derecho a tal compensación cuando no participe en el proceso selectivo de estabilización.

Para garantizar la eficacia de los procesos de estabilización y, en términos generales, la reducción de la temporalidad del personal laboral en el empleo público, la Ley 20/2021 recoge en su art. 1 medidas dirigidas al control del cumplimiento de la norma. La reforma introduce la disposición adicional decimoséptima del EBEP que establece una serie de consecuencias jurídicas. Así, la contratación temporal al margen de la ley dará lugar a la exigencia de responsabilidades de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. Además de la sanción económica, se declarará la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado en fraude de ley y se producirá el cese de las funciones del personal. El cese efectivo dará lugar al derecho del personal laboral temporal a recibir una compensación económica<sup>18</sup>, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Además, esta indemnización sería incluso compatible con la que se puede generar en los casos de no superar los procesos de estabilización.

El art. 1 de la Ley 20/2021 incorpora las medidas efectivas y disuasorias para erradicar la contratación temporal fraudulenta, cuyos efectos se pueden sintetizar en declarar la nulidad del contrato, sancionar a la Administración Pública por incumplimiento y en indemnizar a la persona que ha prestado sus servicios. Debido a que la norma contempla expresamente las consecuencias jurídicas de la contratación irregular en el sector público, cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿desaparece la figura de creación jurisprudencial del trabajador “indefinido no fijo”?

Depende de las características del contrato, puesto que la disposición transitoria segunda de la Ley 20/2021 establece que las previsiones contenidas en el artículo 1 son de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor. Así, el primer requisito es de naturaleza temporal, ya que los Tribunales sólo podrían aplicar las medidas de control señaladas cuando la relación laboral se

---

<sup>18</sup> Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

produzca después del día 30 de diciembre de 2021<sup>19</sup>. Otro requisito que recoge dicho precepto es el carácter laboral de la relación. En otros términos, el contrato firmado a partir de la entrada en vigor de la norma debe conllevar la prestación de un servicio con las notas de libertad, voluntariedad, ajenidad y dependencia<sup>20</sup>. Según la interpretación literal de este precepto, las medidas de control no podrían ser extensibles a otros supuestos de contratación fraudulenta que tengan su origen en un contrato administrativo o en un contrato de colaboración social, pudiendo volver a recurrir a la figura del indefinido no fijo<sup>21</sup>. Para lograr una mayor seguridad jurídica y eficacia de la norma el legislador debería haber enfatizado que las irregularidades derivan de la prestación y no de la contratación.

En términos generales, debido a que las consecuencias jurídicas de la contratación temporal fraudulenta se encuentran expresamente recogidas en la norma, es evidente que la figura del “indefinido no fijo” representaría una solución residual para aquellos casos en los que no se cumplan las previsiones del art. 1 de la Ley. Con la desaparición del trabajador “indefinido no fijo”, la normativa se ajusta a la jurisprudencia rectificadora por el TJUE en su Sentencia de 3 de junio de 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario contra JN (asunto IMIDRA, C-726/19) que defiende que la mera prolongación del contrato resulta incompatible con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

<sup>19</sup> La STSJ de las Islas Baleares núm. 54/2023, de 27 de enero (rec. 769/2020), se pronuncia sobre un supuesto de abuso del empleo público de duración determinada que comenzó en el año 2009. En este supuesto, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, no puede ser aplicable por razones temporales, pero resulta llamativo que el Tribunal considere la trascendencia de la citada reforma por incluir medidas “pro futuro” y rechace la doctrina jurisprudencial de la figura del personal indefinido no fijo como solución a la irregularidad administrativa. El FJ3 de la Sentencia se apoya concretamente en la STJUE de 19 de marzo de 2020 en los asuntos acumulados C-103/18 y C429/18 que declara que “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada”.

<sup>20</sup> Como así señala la STS de 14 octubre 2008 (rec. 614/2007) “Nos encontramos ante una contratación formalmente administrativa pero de naturaleza laboral, y por lo tanto ante una relación laboral para el conocimiento de cuyas vicisitudes es competente el orden jurisdiccional social de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto, concurren a juicio de la Sala las notas que configuran la relación laboral-artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues al margen de los contratos suscritos, los demandantes han estado desarrollando una verdadera prestación de servicios, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, consistentes en la actividad constante y habitual de ésta, la cual les proveía de todos los medios necesarios para su realización”.

<sup>21</sup> A modo de ejemplo, en la STSJ de Andalucía núm. 2819/2017 de 21 diciembre (rec. 1587/2017) se declaró la laboralidad de la prestación de servicios y por tanto la conversión en contrato por tiempo indefinido por realizar actividades permanentes de la Administración ejercidas por medio de empresa instrumental, TRAGSATEC. Por otro lado, la STSJ de Madrid núm. 1150/2017 de 15 de noviembre de 2017 (rec. 533/2017) confirmó la sentencia de instancia que había estimado parcialmente la demanda formulada por una trabajadora desempleada que realizaba trabajos de colaboración social en la Abogacía del Estado, reconociendo a la actora el carácter indefinido no fijo a tiempo parcial.

### 3. EL PAPEL DEL SINDICATO EN LA CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

La disposición adicional novena de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, establece que la Administración de las Comunidades Autónomas, Entidades forales y locales, desarrollarán los procesos de estabilización y adoptarán, de conformidad con lo previsto en la normativa vigente, acuerdos con las organizaciones sindicales para lograr el objetivo de la reducción de la temporalidad. En el marco de la citada Ley y del EBEP, el sindicato, a través de la negociación colectiva, tiene un papel relevante en la materialización de la estabilización respondiendo a un principio de equilibrio entre los intereses de las personas trabajadoras que han sido contratadas de forma fraudulenta y el interés de la Administración en convocar procesos selectivos que cumplan con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad<sup>22</sup>.

En los procesos de estabilización, el art. 2 de la Ley 20/2021 reconoce a las organizaciones sindicales ciertas funciones o competencias de regulación siempre y cuando se garantice el cumplimiento de los principios que rigen el acceso al empleo público. Concretamente, el apartado cuarto establece la posibilidad de tomar acuerdos en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y entidades locales con el objetivo de articular medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas. A pesar de que la ley dispone que el sistema de selección preferente sea el concurso-oposición con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total y en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia, es posible que la Administración y las organizaciones sindicales acuerden el tipo de sistema selectivo a través de la negociación. A modo de ejemplo, el Consejo de Gobierno de Canarias autorizó los acuerdos alcanzados entre la Administración y las organizaciones sindicales sobre las bases generales que han de regir los procesos de selección para la estabilización de 3.499 plazas de empleo público en la Administración General de la Comunidad Autónoma de Canarias. En el pacto relativo al personal laboral se establece que la selección se realizará por el sistema de concurso de méritos<sup>23</sup>.

Respecto a las medidas de control, cuando se incumple la normativa de reducción de la temporalidad el art. 1 de la Ley 20/2021 y la consecuente disposición adicional decimoséptima del EBEP establecen expresamente la aplicación de tres consecuencias: declaración de nulidad del contrato, san-

---

<sup>22</sup> RAMOS QUINTANA, M.: *“Procesos de estabilización en el empleo público: ruptura de la ley 20/2021 con la temporalidad abusiva del personal laboral y el funcionario interino”*, *Trabajo y Derecho*, núm. 90, 2022.

<sup>23</sup> Estos acuerdos se adoptaron en la Mesa Sectorial de Negociación del Personal Funcionario de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Canarias y de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del Personal Laboral amparadas por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. Para mayor información: <https://www3.gobiernodecanarias.org/noticias/gobierno-y-sindicatos-acuerdan-las-bases-para-los-procesos-de-estabilizacion-tras-cerca-de-40-horas-de-negociacion/>

ción a la Administración Pública y compensación económica a la persona trabajadora. Entre estas consecuencias jurídicas, merece especial atención en este supuesto el derecho a una indemnización. El legislador dispone que “*el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica*”. La norma no impide que las organizaciones sindicales puedan pactar por la vía negociación colectiva cuantías económicas más elevadas. De hecho, sería una medida disuasoria para futuros incumplimientos irregulares y ejemplificadora para el sector privado.

Finalmente, el papel del sindicato es especialmente relevante en los procesos de “consolidación” del empleo público, ya que van más allá de la estabilización al constituir un instrumento jurídico de afianzamiento organizativo<sup>24</sup>. A través de estos procesos públicos de selección, los cuales deben cumplir con los principios y las garantías constitucionales, no sólo se erradica la temporalidad del empleo público, sino también la precariedad laboral. Como así dispone la STC 107/2003, de 2 de junio “*La finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un periodo más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas, ni por tanto lo será tampoco la previsión de valorar en la fase de concurso los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado. La valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública*”.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

A través de la estabilización se satisface un doble interés general: por un lado, los intereses de las personas trabajadoras que demandan unas condiciones laborales justas y equitativas, especialmente en aquellas entidades cuya actividad debe ser ejemplificadora para el sector privado; y, en segundo lugar,

---

<sup>24</sup> Es cierto que ambos procesos tienen como finalidad la dotación de efectivos con carácter permanente en la Administración. Ahora bien, como se ya se explicó en el primer epígrafe, la estabilización está relacionada con regularizar plazas y la consolidación con regularizar puestos ocupados por personas con contratos temporales en fraude de ley. “*La consolidación, proceso jurídico-organizativo que tiene como objeto estabilizar el vínculo jurídico-laboral del empleado público con la entidad pública contratante, mediante unas pruebas selectivas en las que se debe contabilizar, adecuada y proporcionalmente, el tiempo prestado en el puesto desempeñado en aquella*”, PEÑA MOLINA, M.: “*La consolidación como cauce diferencial con el acceso al empleo público. El supuesto de la Administración local*”, *Revista de Derecho Local*, Lefebvre, 2019.

los intereses de la ciudadanía que reclaman servicios públicos de calidad, cuya eficacia está directamente relacionada con un trabajo estable. Los poderes públicos tienen el deber de articular procesos de estabilización del empleo que respeten los principios constitucionales de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad.

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad, incorpora medidas extraordinarias relacionadas con los procesos de estabilización y con las medidas de control. El art. 2 de la Ley reconoce la obligatoriedad del proceso, el carácter prescriptivo de los ámbitos temporales y el derecho a una compensación económica para la persona trabajadora en caso de no superar el proceso selectivo. El art. 1 establece los efectos de la contratación fraudulenta, pudiendo sintetizarse en tres: la declaración de nulidad del contrato; la indemnización económica de la persona trabajadora y; la sanción a la Administración Pública correspondiente.

La regulación expresa de las consecuencias jurídicas conllevaría la desaparición de la figura jurisprudencial del trabajador “indefinido no fijo” cuando se cumplan las previsiones del art. 1 de la Ley 20/2021. Ahora bien, para lograr una mayor seguridad jurídica y evitar problemas de interpretación en la aplicación de la norma, el legislador debería haber acentuado que las irregularidades derivan de la prestación del servicio por cuenta ajena y no de la contratación.

Para finalizar, el papel del sindicato es especialmente relevante en la consolidación del empleo como instrumento que va más allá de la estabilización de plazas. La consolidación constituye un instrumento jurídico de afianzamiento organizativo en beneficio de la persona que desempeña un puesto. A través de la negociación colectiva y en el marco de la normativa específica de cada Administración, las organizaciones sindicales pueden articular procesos selectivos más garantistas para las personas trabajadoras que han venido prestando servicios de forma temporal y abusiva, así como pactar indemnizaciones más altas cuando no logren superar los procesos selectivos, ya que han sufrido la precariedad laboral en una Administración Pública cuya función debe ser ejemplificadora.



LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO DE LAS TRABAJADORAS  
VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL: ¿UN CONJUNTO  
DE DERECHOS EFÍMEROS?

BELÉN MORANT TORÁN

*Doctoranda en Derecho, Ciencias Políticas y Criminología  
Universidad de Valencia  
Bemoto3@alumni.uv.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022. a. Ámbito objetivo: actos que constituyen una forma de violencia sexual. b. Ámbito subjetivo: sujetos amparados. 3. ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL: REQUISITOS Y MECANISMOS HABILITADOS AL EFECTO. 4. RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN: MEDIDAS ARTICULADAS EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.



## 1. INTRODUCCIÓN

La publicación, el pasado 7 de septiembre en el Boletín Oficial del Estado<sup>1</sup>, de La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, más conocida como la “*ley del solo sí es sí*” cuya entrada en vigor se produjo a los 30 días de su publicación, no ha estado exenta de polémica.

La ley nació con el objetivo de garantizar y proteger de forma integral el derecho a la libertad sexual, así como erradicar cualquier tipo de violencia sexual impulsando, para ello, la puesta en marcha de políticas efectivas que afronten esta cuestión desde una perspectiva global, tal como se refleja en su artículo 1.

Atendiendo a la finalidad de la norma, ello requería poner el foco de atención sobre 3 ejes vertebradores. Por un lado, el desarrollo de políticas destinadas a la sensibilización y prevención de este tipo de conductas en todos los ámbitos en que estas pueden desarrollarse, poniendo especial énfasis sobre aquellos ámbitos y colectivos más vulnerables, por cuanto se encuentran más afectados por las diferentes formas de violencia sexual. Por otro lado, la elaboración de mecanismos que permitan la eficaz detección de estos actos o conductas, para que se produzca la consecuente activación de las medidas de acción protectoras de las víctimas de violencia sexual. Y, finalmente, la sanción de los sujetos perpetradores de estas conductas junto con medias reparatoras en favor de la víctima, con motivo de las consecuencias y el daño que pudieran derivarse. Todo ello, en coordinación de las administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, para dar así cumplimiento a lo establecido en el artículo 9.2 de la Constitución Española.

Con todo ello, para garantizar el efectivo cumplimiento del objetivo y finalidad que perseguía, en ella se establecen un conjunto de salvaguardas que abarcan distintos ámbitos de la vida y, como no podía ser de otra forma, el

---

<sup>1</sup> Su publicación en el BOE tuvo lugar el 7 de septiembre de 2022, aunque advertidos errores en ella y tras efectuar las oportunas rectificaciones, se incluyó la corrección en fecha de 5 de octubre de 2022.

ámbito de las relaciones laborales no se encuentra extramuros. En este sentido, la LO 10/2022 establece la posibilidad de acceder a las trabajadoras víctimas de violencia sexual a un conjunto de derechos para hacer efectiva su protección en el ámbito laboral, equiparando así su protección a la que venían disfrutando otros colectivos en el ámbito de su relación laboral.

El análisis de estos derechos junto con su regulación constituye el objeto del presente estudio, así como la valoración de la adecuación de las medidas establecidas a las necesidades de las víctimas de violencia sexual y, la controversia generada en torno a la reciente aprobación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, como consecuencia de la incertidumbre que ha sembrado en cuanto a la vigencia de estas medidas.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022

El ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, cuya regulación encontramos en el apartado 3º de su articulado, desarrolla el conjunto de actos o conductas que constituyen formas de violencia sexual, tipificando algunos de ellos, así como los sujetos que quedan amparados por la presente. La determinación y el esclarecimiento del concepto “violencia sexual” del que la presente ley hace acopio, así como las personas o grupo de personas al que dirige su protección, se configura clave, en la medida que articula los derechos que serán examinados más adelante y su necesaria acreditación.

### a. **Ámbito objetivo: actos que constituyen una forma de violencia sexual**

Empezando por su ámbito objetivo (art 3.1), nos encontramos ante una ley que atiende a todos aquellos actos que tengan una naturaleza sexual y, carezcan del necesario consentimiento de todas las partes intervinientes, o bien, interfieran en la vida sexual de los individuos salvaguardados, condicionando su libre desarrollo. Dado que no hace distinción alguna en función del ámbito en el que hayan tenido lugar estas conductas, quedan comprendidas los actos de violencia sexual que se hayan perpetrado tanto en el ámbito público como privado.

En términos más específicos, quedan incorporados como constituyentes de una forma de violencia sexual aquellos actos pertenecientes a la categoría denominada “*feminicidio sexual*”, esto es, homicidio de mujeres y niñas vinculado a las conductas consideradas como delitos sexuales según lo previsto en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Entre las que encontramos la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual.

Además, como novedad incorpora bajo su ámbito de aplicación aquellas conductas que, respondiendo al concepto de violencia sexual protegido, pudie-

ran sucederse en el ámbito digital, ya fuese a través de la difusión de estos actos, la producción de material pornográfico no consentido y la pornografía infantil en todo caso, extorsión sexual realizada a través de las nuevas tecnologías, etc.

## **b. Ámbito subjetivo: sujetos amparados**

Por lo que al ámbito subjetivo respecta (artículos 3.2, 3.3 y 3.4), la presente ley ampara a las mujeres y a los menores de edad -niñas y niños- que hayan sido víctimas de los actos de violencia sexual anteriormente descritos, siempre que estos se hayan producido en territorio español.

A los efectos que aquí nos ocupan, no será determinante la nacionalidad, o bien, la situación administrativa en la que se encuentre la víctima de esta violencia sexual en el momento en que estas hayan tenido lugar, ni en un momento posterior. De forma que, podrán acceder a la protección que este texto normativo otorga, los españoles o nacionales de cualquier Estado miembro de la Unión Europea y, quienes no siéndolo, bien residan de forma habitual en España o, en su Estado de procedencia se reconozcan ayudas similares para los españoles que se encuentren en su territorio<sup>2</sup>.

Si bien es cierto que, como ya se ha comentado, la ley menciona de forma expresa que estas conductas han de haber tenido lugar en España, quedarán bajo la tutela legal de la presente, las víctimas de violencia sexual que, teniendo nacionalidad española, hayan sido objeto de estas conductas encontrándose en territorio extranjero. En este último supuesto, las víctimas recibirán, en todo caso, asistencia de Las Embajadas y Oficinas Consulares de España en el exterior (art 51), con independencia de la competencia de la jurisdicción española para conocer del asunto<sup>3</sup>.

Con todo ello, la protección que otorga la presente ley a las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual se encontrará en conexión con las previsiones reguladas en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, a la que pretende complementar reforzando la protección concedida a este colectivo.

Así las cosas, en cumplimiento del derecho fundamental de toda persona al libre desarrollo de su personalidad y a la dignidad humana, que encuentra desarrollo en el artículo 10.1 de la Constitución Española, se resalta la necesidad de tomar especialmente en cuenta, en el marco de la legislación vigente, a la comisión de estos actos contra menores y las personas con capacidad jurídica modificada por la especial vulnerabilidad en la que se sitúan frente a estas violencias.

---

<sup>2</sup> Artículo 2.1 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en su redacción actual conforme a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

<sup>3</sup> En estos casos, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

### 3. ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL: REQUISITOS Y MECANISMOS HABILITADOS AL EFECTO

Para que las situaciones de violencia sexual den lugar al reconocimiento de los derechos sociales establecidos en la LO 10/2022, es condición indispensable su acreditación por parte de las víctimas, ya que el acceso a estos derechos no es automático, sino que requiere de su constatación mediante los medios establecidos en la ley.

En este sentido, la acreditación de las situaciones de violencia sexual, según la redacción del artículo 2 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, se podrá producir mediante sentencia condenatoria por un delito de violencia sexual, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima. Así como a través de los mecanismos habilitados en el artículo 23 LO 1/2004 o, en el artículo 37 LO 10/2022, entre los que se incluyen, informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de un acto constitutivo de violencia sexual<sup>4</sup>, informe de los servicios sociales o de acogida destinados a las víctimas de violencia sexual del organismo público competente, entre otros.

Para aquellos casos en que los actos de violencia sexual se hayan perpetrado en el marco de la relación laboral de la víctima, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en desarrollo de su actuación inspectora podrán expedir documento acreditativo de su condición. Y, en definitiva, la acreditación podrá ser llevada a cabo por otros medios distintos de los que se ha hecho alusión, siempre y cuando se encuentren previstos en las disposiciones normativas de carácter sectorial que se encarguen de dar regulación al acceso de cada uno de los derechos y recursos que la presente LO 10/2022 establece en favor de estas víctimas.

Mención aparte merecen los supuestos en los que la víctima es menor de edad, donde además de los mecanismos habilitados anteriormente expuestos, se suma la posibilidad de acreditar su condición a través de los documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial competente expedidos.

---

<sup>4</sup> Debido a que la finalidad de esta medida es proteger a la víctima en el transcurso de tiempo que media entre el conocimiento por el Fiscal de la existencia de un presunto acto de violencia sexual y la concesión de la orden de protección, la denegación de la orden de protección tiene como consecuencia la ineficacia acreditativa del Informe de la Fiscalía. Circular 6/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer visto en E. García Testal, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, p. 16.

#### 4. RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN: MEDIDAS ARTICULADAS EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN LABORAL DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL

Habiendo acreditado la condición de víctima de violencia sexual a través de alguno de los mecanismos habilitados al efecto, la LO 10/2022 regulaba todo un catálogo de medidas de protección en favor de la víctima que abarcaba distintos ámbitos de la vida y, entre ellos, no podía faltar el ámbito de trabajo. De forma que, aquellas trabajadoras que hubiesen sido víctimas de violencia sexual podrían acceder a un conjunto de derechos regulados para hacer efectiva su protección.

El régimen jurídico de protección en el ámbito laboral de las trabajadoras por cuenta ajena víctimas de violencia sexual lo encontramos en los artículos 38 y 39 de la norma<sup>5</sup>, correspondiéndose a los derechos laborales y de seguridad social establecidos en su favor. Estos derechos se concretan en la DA 14<sup>a</sup>, y DA 16<sup>a</sup> de la LO 10/2022 que introducen una serie de modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de la Seguridad Social. El alcance de las medidas reguladas en favor de estas trabajadoras en la LO 10/2022 se centra en diferentes escenarios: el ámbito de la relación de trabajo, el sistema de la Seguridad Social y la inserción laboral de la víctima.

En relación con el ámbito de la relación laboral y el sistema de la Seguridad Social, se desarrollarán de forma conjunta por cuanto se encuentran estrechamente unidos en cuanto a las medidas que puede barajar la trabajadora víctima de violencia sexual para hacer efectiva su protección.

Por un lado, se establece la **justificación y retribución de las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo** (art 38.4 LO 10/2022) que pudiera ocasionar la trabajadora víctima de violencia sexual. Ahora bien, no estamos hablando de cualquier ausencia o falta de puntualidad de la trabajadora, sino que nos referimos únicamente a aquellas que guarden relación con su situación física o psicología y, como consecuencia de la violencia sexual sufrida. Únicamente en estos supuestos serán consideradas justificadas, aunque para ello será necesario que la trabajadora lo comunique a la empresa en el menor espacio de tiempo, por cuanto es condición *sine qua non* para que opere la garantía regulada.

Adicionalmente, incorpora una novedad especialmente importante respecto a su retribución, siendo que, siempre y cuando los servicios sociales o de salud a los que se dirija la víctima determinen la vinculación entre la ausencia o falta producida al trabajo por parte de la trabajadora con la necesidad de su atención como consecuencia de su condición de víctima de violencia sexual, estas serán retribuidas. Esto constituía una diferencia muy importan-

---

<sup>5</sup> A su vez, en este articulado se regula la protección de las trabajadoras por cuenta propia, aunque no vayan a ser objeto de este estudio, como tampoco lo serán las funcionarias públicas, cuyo régimen jurídico encontramos en el artículo 40 LO 10/2022 y en su DA 15<sup>a</sup>.

te, respecto a lo que se venía estableciendo para las trabajadoras víctimas de violencia de género, que únicamente veían retribuidas las ausencias o faltas de puntualidad que causasen, cuando así viniese establecido en el Convenio Colectivo de aplicación o, se hubiese pactado de forma individual con la empresa<sup>6</sup>.

La **reducción o reordenación de su tiempo de trabajo** (art 38.1 LO 10/2022 y art 37.8 ET) es otra de las medidas que puede hacer uso la víctima de violencia sexual para compatibilizar el trabajo con su situación<sup>7</sup>. La reducción de la jornada de trabajo, esto es, la posibilidad de realizar una jornada con un número inferior de horas, aunque eso sí, pudiendo la empresa reducir proporcionalmente su salario. Si bien es cierto, la ventaja aquí radica en que esta reducción de salario no le afectará en el cálculo de una futura indemnización por extinción del contrato o cálculo de la prestación por desempleo a la que pudiera generar derecho.

En cuanto al derecho a la reordenación del tiempo de trabajo, podrá materializarse a través de la adaptación del horario, aplicación de un horario flexible e incluso mediante la utilización de la fórmula del trabajo a distancia, ya sea total o parcialmente. Al respecto, se hace necesario destacar, que el uso de este derecho viene condicionado a la utilización de fórmulas flexibles de ordenación del tiempo de trabajo en la empresa, o bien, que se trate de una medida prevista en la negociación colectiva. Siendo que no estemos ante ninguna de las dos situaciones descritas, el ejercicio de este derecho podría no hacerse efectivo en su práctica, por cuanto la empresa está en facultad para denegar la solicitud de la trabajadora a ejercerlo<sup>8</sup>.

Seguidamente, encontramos el derecho a la **movilidad geográfica** (art 38.1 LO 10/2022 y art 40.4 ET) como medida destinada a permitir el alejamiento físico de su agresor y, por tanto, su efectiva protección<sup>9</sup>. El ejercicio de este derecho supone la posibilidad de cambiar de centro de trabajo, ello implique o no cambio del lugar de residencia y, ya sea dentro de la misma localidad o de una distinta. Se establece de esta forma un derecho preferente a ocupar una vacante en cualquiera de los centros de trabajo de la empresa cuando las funciones a desempeñar en el puesto de trabajo sean del mismo grupo profesional o equivalente. Además, la empresa se encontrará obligada

---

<sup>6</sup> Para mayor ahondamiento en esta cuestión pueden consultarse E. García Testal, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, cit., p. 38. Lousada Arochena, “Aspectos laborales y seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Revista del poder judicial*, 88, 2009, pp. 270-280.

<sup>7</sup> De forma más detallada en C. Gala Durán, “Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2005, p. 485.

<sup>8</sup> C. GALA DURÁN, “Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas”, cit., p. 486.

<sup>9</sup> J. I. GARCÍA NINET, “Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección integral contra la violencia de género (II)”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 170, 2005, p. 7.

a comunicar a la trabajadora la existencia actual de vacantes en otros centros de trabajo, así como las que se produzcan en un momento posterior.

Debe resaltarse en este punto, varias novedades que han quedado introducidas por la LO 10/2022 y, que se relacionan con la duración del ejercicio de este derecho, así como con las opciones de que dispone la trabajadora transcurrido este periodo máximo establecido. Por un lado, amplía la duración inicial que podía tener esta medida y, es que mientras que anteriormente se configuraba como un periodo inicial de 6 meses, este pasó a ser de entre 6 y 12 meses, durante los cuales existía una reserva del puesto de trabajo de origen de la trabajadora. Por otro lado, entre las opciones que se configuraban transcurrido este periodo máximo de tiempo, añade la posibilidad de que la trabajadora pudiese optar por extinguir su relación contractual, con derecho a indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio.

Mientras que el conjunto de derechos anteriormente enunciados tiene como finalidad proteger el vínculo laboral de la trabajadora, permitiendo para ello, la compatibilización de la condición de víctima de violencia sexual con el desempeño de su relación laboral, las medidas que se detallan en las siguientes líneas, persiguen un objetivo distinto. Estas se configuran como herramientas para la protección de la trabajadora que se ve en la necesidad de abandonar su relación laboral, ya sea temporal o indefinidamente.

Para el primero de los supuestos, contábamos con el derecho a la **suspensión de la relación laboral** (art 38.1 LO 10 /2022, art 45.1.n) ET, art 48.8 ET y art 165.5 LGSS, art 267.1.b.2º LGSS). De esta forma, quedó establecida como causa de suspensión de la relación laboral la decisión de la trabajadora que se ve obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de su situación de víctima de violencia sexual siendo así que, esta suspensión lleva aparejada la reserva del puesto de trabajo. Del mismo modo, el tiempo de disfrute de la suspensión del contrato se considerará periodo de cotización efectivo, así como que la trabajadora se encuentra en situación legal de desempleo. En cuanto a su duración inicial esta no podrá exceder de los 6 meses, aunque judicialmente se podrá prorrogar por periodos de 3 meses hasta un total de 18 meses.

La LO 10/2022 no introduce variación alguna en el contenido de este derecho respecto a como se venía regulando para las trabajadoras víctimas de violencia de género, por lo que su ejercicio presenta los mismos puntos conflictivos que ya habían sido señalado para este otro colectivo en numerosas ocasiones<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Véase al respecto L. Mella Méndez, “La suspensión por violencia de género del contrato de la trabajadora por cuenta ajena: algunos puntos críticos”, en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2010, p. 422. A. Garrigues Giménez, “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, 11, 2009. M. T. Velasco Portero; P. Menendez Sebastian, “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, *Estudios financieros*.

Finalmente, para aquellos casos en los que la trabajadora se ve obligada a abandonar su relación contractual, por devenir incompatible con su situación, se regula el derecho a la **extinción del contrato de trabajo** (art 38.1 LO 10/2022, art 37.8 ET, art 267.1.a.5º LGSS, art 53.4.b) ET y art 55.5.b) ET) con una serie de garantías que tienen en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en que se sitúan estas víctimas. Entra a formar parte del conjunto de supuestos extintivos del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador el de la trabajadora víctima de violencia sexual como medida última para garantizar su protección y derecho a la asistencia social. En este sentido, dado que la extinción de la relación laboral tiene carácter causal, esto es, se encuentra motivada por las circunstancias en las que se encuentra la trabajadora víctima de violencia sexual, se considerará que la trabajadora se encuentra en situación legal de desempleo. Adicionalmente, se ha protegido a la trabajadora frente a la extinción que pudiera producirse por voluntad del empresario, ya fuere mediante el despido objetivo o disciplinario, siendo que en ambos casos el despido será declarado nulo<sup>11</sup>. Ahora bien, esta garantía no opera automáticamente, sino que se condiciona al hecho que la trabajadora víctima de violencia sexual hubiese ejercitado alguno de los derechos que la LO 10/2022 le confiere, por cuanto el objetivo de esta previsión es evitar que puedan ser castigadas por ello mediante la extinción de su contrato de trabajo<sup>12</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La publicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual para las víctimas de violencias sexual supuso la introducción de cambios estructurales que afectaban a distintas ramas de la sociedad, entre las que se encontraba el derecho del trabajo y las relaciones laborales. Siendo así que, con las modificaciones que operaba sobre otros cuerpos legales como el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de Seguridad Social o el Estatuto Básico del Empleado Público, extendían la protección de la que ya gozaban otros colectivos, como es el caso de las víctimas de violencia de género o de terrorismo, a mujeres que acreditasen ser víctimas de violencia sexual.

Además, regulaba nuevos derechos en el articulado de medidas que venían siendo utilizadas por estos otros colectivos y, realizaba algunas mejoras

---

*Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos. Recursos humanos*, 271, 2005, p. 13.

<sup>11</sup> A. V. Sempere Navarro, “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia género, discapacitados, jubilados forzosos)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, 14, 2008.

<sup>12</sup> Ello no obsta a que no habiendo ejercido ninguno de estos derechos su despido pueda ser declarado igualmente nulo, de converger en este unas determinadas circunstancias. Véase al respecto B. Morant Torán; E. García Testal, *La protección frente a la extinción de la relación laboral de la trabajadora víctima de violencia de género*, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, 86, 2022.



en otros con el objetivo de mejorar la protección en el ámbito laboral de estos colectivos. Sin embargo, desechaba la oportunidad que le había sido brindada para paliar algunos de los conflictos y problemáticas que habían sido evidenciados con en el ejercicio de estos derechos por otros colectivos.

Mención especial merece, la atención dedicada a los casos de violencia sexual contra menores, por el elevado nivel de vulnerabilidad en el que se encuentra este colectivo frente a estos actos o conductas. Y, específicamente a la violencia sexual que pudieran comentarse en el ámbito digital (difusión a través de medios tecnológicos de actos de violencia sexual, pornografía no consentida y extorsión sexual, etc.), con lo que conseguía así reforzar las previsiones reguladas en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, a la que pretende complementar reforzando la protección concedida a este colectivo.

Ahora bien, si por algo ha destacado la LO 10/2022, además de por la enorme polémica que la ha acompañado desde su publicación, ha sido la breve vigencia que esta equiparación de las víctimas de violencia sexual, en cuanto a derechos en el ámbito de su relación laboral se refiere, ha tenido. Todo ello debido a la reciente publicación 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 atendiendo al contenido de su disposición adicional 14<sup>a</sup> hace desaparecer a las víctimas de violencia sexual de los artículos que habían sido modificados del Estatuto de los Trabajadores – arts. 37.8, 40.4, 40.5, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) y 55.5.b)-, dejándolos, en consecuencia, con la redacción previa existente a la entrada en vigor de la controvertida “*ley del solo si es si*”.

Habida cuenta que nada se dice en el preámbulo de la Ley 4/2023 que venga a explicar las razones que motivan esta decisión, todo parece apuntar a que se trata de una carencia en la coordinación de ambos textos legales, ya que parece bastante improbable que esta fuese la intención perseguida por el legislador. Ello se justifica en que, mientras que los artículos del Estatuto de los Trabajadores han vuelto a su redacción original, mantienen su vigencia, algunas de las reglas de protección social que fueron introducidas por la LO 10/2022, en las que se presumen la presencia de medidas específicas en el ámbito de las relaciones laborales de las víctimas de violencia sexual. Esto es fácilmente apreciable en los artículos 165.5, 207.1 y 267 LGSS sobre la suspensión del contrato y el tratamiento específico de la extinción de la relación laboral por voluntad de la víctima de violencia sexual, respectivamente.

Con todo ello, esta situación de incertidumbre podría llegar a plantear futuros problemas interpretativos generales, respecto a la tutela de aquellas trabajadoras que sean víctimas de violencia sexual en un momento posterior a la entrada en vigor de la Ley 4/2023, aunque todo parece apuntar, por aplicación del imperativo del artículo 2.2 del Código Civil, que este conflicto se resolverá en favor de la regulación contenida en la Ley 4/2023, por cuanto se trata de la ley posterior. Lo que nos lleva a concluir que la protección

otorgada a las víctimas de violencia sexual ha desaparecido, planteando, en consecuencia, un problema interpretativo específico para aquellos casos en los que la víctima ya hubiese hecho uso, durante su periodo de vigencia, de alguno de los derechos en el ámbito laboral que le habían sido reconocidos.

Más allá de esta cuestión interpretativa, podríamos entrar en el debate sobre la coherencia que implicaba la equiparación de la totalidad de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género a las víctimas de violencia sexual, en atención a las circunstancias y características concretas de cada uno de estos colectivos. Así, mientras que algunos de estos derechos encuentran acomodo en características específicas comunes entre ambas situaciones, otros carecen de esta vinculación como es el caso del derecho a la movilidad geográfica que, en el caso de las víctimas de violencia de género se justifica con el objetivo de proteger a la víctima mediante el alejamiento físico del agresor con el que mantiene una relación sentimental, pero no parece que tenga mayor transcendencia esta medida para las víctimas de violencia sexual. Idéntica situación podría sucederse en sentido opuesto, esto es, la no atención a la concreta situación de la víctima de violencia sexual y sus particulares necesidades produciendo en consecuencia una carencia en la protección de su relación laboral por no ajustarse las medidas planteadas a sus concretas circunstancias.

Finalmente, aprovechar la ocasión para plantear la idoneidad que los Planes de Igualdad, así como los protocolos de acoso pueden tener en la regulación y consecución de derechos en el ámbito laboral, tanto como para el colectivo de víctimas de violencia sexual, como para otros distintos a los que se ha hecho alusión. En la medida que permiten un mayor ajuste o adaptación entre las necesidades de estas trabajadoras, y las características organizativas de la empresa, se configuran actualmente como un instrumento clave para alcanzar un mayor grado de idoneidad en el disfrute de estos derechos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- GALA DURÁN, C., “Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2005.
- GARCÍA NINET, J. I., “Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección integral contra la violencia de género (II)”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 170, 2005.
- GARCÍA TESTAL, E., *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, n.º 11, 2009.

- MELLA MÉNDEZ, L., “La suspensión por violencia de género del contrato de la trabajadora por cuenta ajena: algunos puntos críticos”, en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2010.
- MORANT TORÁN, B.; GARCÍA TESTAL, E., “La protección frente a la extinción de la relación laboral de la trabajadora víctima de violencia de género”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 86, 2022.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia género, discapacitados, jubilados forzosos)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, n.º 14, 2008.
- VELASCO PORTERO, M. T.; MENENDEZ SEBASTIAN, P., “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos. Recursos humanos*, n.º 271, 2005.



EL DERECHO AL TRABAJO Y LAS POLÍTICAS  
DE EMPLEO: UNA REVISIÓN A LA LUZ DE LAS REFORMAS  
(Y TRANSFORMACIONES) LABORALES

GRATIELA-FLORENTINA MORARU  
*Profesora Ayudante Doctora*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*  
*Gratiela.Moraru@uclm.es*

## **SUMARIO**

1. LAS RELACIONES DE TRABAJO Y LAS POLÍTICAS DE EMPLEO ANTE LAS TRANSFORMACIONES SOCIOECONÓMICAS Y TECNOLÓGICAS. 2. UN DILEMA CONSTITUCIONAL: LA RELACIÓN ENTRE EL *DERECHO* AL TRABAJO Y LA *POLÍTICA* DE EMPLEO. 3. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL SEÑALADA EN LA LEY DE EMPLEO. 4. MERCADO DE TRABAJO Y DERECHO AL TRABAJO: LA NECESIDAD DE UNA REDIFINICIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO. 5. CONCLUSIONES.

## 1. LAS RELACIONES DE TRABAJO Y LAS POLÍTICAS DE EMPLEO ANTE LAS TRANSFORMACIONES SOCIOECONÓMICAS Y TECNOLÓGICAS

La virtualidad del derecho al trabajo consagrado en art. 35.1 CE ha oscilado estas últimas dos décadas contrayendo sus límites al son de las diferentes políticas y procesos de reforma impulsados tanto desde la Unión Europea como desde nuestro ordenamiento jurídico. Sumergidos aún en la pugna por la devolución de aquellos derechos que permiten hablar de una ciudadanía social, los estragos de la crisis sanitaria y las ominosas consecuencias de la guerra de Ucrania impiden la total devolución de los derechos individuales y colectivos arrebatados principalmente por la reforma laboral de 2012<sup>1</sup>. Una sucinta aproximación a los principales hitos reformadores con directa proyección en el ejercicio efectivo del derecho al trabajo y, por ende, en las políticas de empleo resulta de inaplazable abordaje en este estudio.

La sucesión de crisis de diversa tipología a lo largo de estas últimas décadas ha influido decisivamente en la regulación jurídica del trabajo. Desde la crisis económica iniciada en 2008 y hasta la actual crisis originada por la guerra de Ucrania, las modificaciones normativas se han proyectado con contundencia tanto sobre el derecho al trabajo como sobre las políticas de empleo. Existe una conexión y causalidad inequívocas entre las transformaciones legislativas acaecidas en materia de Derecho del Trabajo en las crisis que se han sucedido en estos últimos decenios. El impasse económico y la crisis de la deuda soberana en Europa han determinado la adopción de una legislación desfavorable y restrictiva para los derechos de las personas trabajadoras<sup>2</sup>. La nota característica de la reforma laboral de 2012 radica en su espíritu rupturista y el alejamiento del carácter de las anteriores en la medida en que se aleja de cualquier resquicio posible de equilibrio entre las partes in-

---

<sup>1</sup> BAYLOS GRAU, A., “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013, p. 19 y ss.

<sup>2</sup> BAYLOS GRAU, A., “Crisis, modelo europeo y reforma laboral”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14, 2010, pp. 109 y ss.

volucradas en la relación de trabajo<sup>3</sup>. Para evitar la destrucción de empleo, la reforma laboral de 2012 prevé generar empleo a través de la conjugación de la reducción de las garantías sobre el empleo desconstitucionalizándose así el derecho al trabajo, la intensificación de la utilización unilateral del trabajo por la empresa y la reducción de costes salariales e indemnizatorios. Se trata de una reforma que ha redundado en la degradación de los derechos de las personas trabajadoras contemplándose el trabajo sin derechos como el más competitivo en el mercado de trabajo<sup>4</sup>.

En una férrea contradicción con la coyuntura anterior, la legislación dictada al unísono de la emergencia sanitaria ha abogado por la conformación de un “escudo social” orientado a la protección del derecho al trabajo. Se trata de un importante cambio de paradigma que se ha traducido en una oportunidad de transformación del modelo de adopción y ordenación de los mecanismos de tutela de los derechos de las personas trabajadoras.

La lucha por la recuperación de la ciudadanía social menguada por las políticas de austeridad se ha desenvuelto hasta 2019, año en el que se produce el inicio de la reversibilidad de la reforma laboral de 2012, en un escenario de limitación de los contenidos esenciales de los derechos individuales y colectivos de las personas trabajadoras. El apuntalamiento de la libertad de empresa junto con el debilitamiento del papel de la negociación colectiva en 2012 ha ensalzando las decisiones asimétricas empresariales en las relaciones de trabajo, hecho que se ha traducido en una menor democracia en la empresa. La democracia no se limita a la puntual participación ciudadana en los procesos electorales, sino que hace imperar un conjunto de derechos subjetivos o prestaciones públicas conectadas al trabajo, al empleo, a la educación o a la vivienda<sup>5</sup>. La exigibilidad de los derechos sociales se vuelve más acusada en un momento histórico de degradación de las condiciones materiales de existencia de la ciudadanía. Sin embargo, la evolución histórica de los derechos sociales muestra que el reconocimiento de los mismos nunca fue el resultado de una evolución armónica, sino que su consecución derivó de la abolición de privilegios y del traspaso de poder y recursos de unos sectores sociales a otros<sup>6</sup>.

En conexión con todo ello, el respeto de la democracia y la implícita observancia de las formas y procedimientos de producción democrática encuen-

<sup>3</sup> APARICIO TOVAR, J. A., “Demolición del Derecho del Trabajo. La reforma laboral de 2012”, *Jueces para la democracia*, nº 75, 2012, p. 14 y ss. Respecto al derecho al trabajo y efecto de la reforma laboral de 2012 sobre el empleo, señala acertadamente el prof. Aparicio que “De lo que se trata, no es de crear empleo, sino imponer un nuevo modo de estar en sociedad que se aleja del europeo posterior a la segunda guerra mundial para acercarse a los asiáticos o norteamericano”.

<sup>4</sup> BAYLOS GRAU, A., “La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la Ley 3/2012” en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 14.

<sup>5</sup> BAYLOS GRAU, A., “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral”, *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013, p. 19.

<sup>6</sup> PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 36.



tran reflejo en todas las cartas constitucionales<sup>7</sup>. Tanto los derechos sociales como sus garantías encuentran históricamente expresión y reconocimiento en las constituciones y en el “cartismo” europeo retratado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, etc. En este sentido, el “modelo social europeo” ejerce distintos efectos en cada uno de los Estados Miembros que lo componen y la idea de “modelo social europeo” promueve la trascendencia de un mínimo inquebrantable, consecuencia de los movimientos obreros y sus conquistas. El paradigma europeo muestra el desafío del desempleo desmesurado y su corrección influye en la democracia y en la esencia de la ciudadanía<sup>8</sup>. No hay que olvidar que la escisión del débil equilibrio entre los derechos sociales y las libertades económicas en favor de estas últimas retratan la fractura del impulso ético implícito en el momento constituyente de la Unión Europea en favor de la paz y la integración social a los que el desarrollo económico debía quedar supeditado<sup>9</sup>. Este Pilar Social Europeo está integrado por veinte principios y uno de ellos versa precisamente sobre el “apoyo activo para el empleo”<sup>10</sup>. También hay que apuntar la formulación de la Estrategia Europea para el Empleo 2020, cuya principal nota característica radica en la configuración de un elenco de objetivos que implicaban un nexo más directo entre el plano económico y el social<sup>11</sup>.

Instancias internacionales como la OIT también han conferido espacio y reconocimiento a los derechos alcanzados históricamente a través de instrumentos como las declaraciones universales de derechos<sup>12</sup>. Entre los textos adoptados en la 110ª Conferencia Internacional de la OIT, se recogen expresamente las patologías del mercado de trabajo: “persisten retos de larga data en el mercado de trabajo tanto en materia de cantidad como de calidad

---

<sup>7</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 69.

<sup>8</sup> ROMAGNOLI, U., “Globalización y derecho del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 5, 1999, p. 15.

<sup>9</sup> APARICIO TOVAR, J., “Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, *Revista de Derecho Social*, nº 79, 2017, p. 250.

<sup>10</sup> El cuarto principio del Pilar Social Europeo contempla lo siguiente: “*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. Los jóvenes tienen derecho a educación continua, una formación como aprendices, un periodo de prácticas o una oferta de empleo de buena calidad en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar los estudios. Las personas desempleadas tienen derecho a recibir una ayuda personalizada, continuada y adecuada. Los desempleados de larga duración tienen derecho a una evaluación individual detallada a más tardar a los dieciocho meses de desempleo*”.

<sup>11</sup> CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, A., “Los presupuestos de la Estrategia Europea para el empleo 2020” en CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, A., *La Estrategia Europea 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, p. 23.

<sup>12</sup> BAYLOS GRAU, A., “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral”, op. cit., p. 20.

del empleo [...]”<sup>13</sup>. Hay que señalar que la Asamblea General de Naciones Unidas, a través de la Agenda 2030, en el objetivo de desarrollo sostenible número 8 titulado “Trabajo decente y crecimiento económico”, aborda la trascendental cuestión del trabajo y economía persiguiendo reducir la tasa de desempleo, entre otros propósitos.

Pese a las anteriores iniciativas, las encrucijadas económicas y la globalización de las empresas han estrechado el poder de los estados provocando la traslación a nivel global de un importante peso decisional con repercusiones sobre los ciclos vitales de la ciudadanía. Unido a lo anterior, estos últimos años asistimos a emergencias globales con relevantes efectos para el género humano, coyunturas que sacan a la luz las cada vez más acusadas desigualdades en las condiciones de vida de las personas<sup>14</sup>. El detrimento de la soberanía de los Estados, la crisis de representatividad de los partidos políticos, las disputas de intereses y la imposición de los poderes económicos han contribuido a un proceso deconstituyente con importantes consecuencias sobre el Estado Social, la reducción de los servicios sociales, la precariedad del trabajo, el desempleo, la reducción de los salarios y las pensiones. En definitiva, se trata de un proceso deconstituyente que ha supuesto una restricción de los derechos de las personas trabajadoras<sup>15</sup>.

El actual debate sobre el futuro del trabajo va unido a su ordenación normativa requiriéndose la recuperación y consolidación del contrato social, así como de sus vértices fundamentales: trabajo y ciudadanía. La excepcionalidad económica, la intervención sobre las políticas sociales y la prevalencia de las políticas de austeridad han permitido constatar su fracaso ante una crisis sanitaria sin precedentes. Los acontecimientos sanitarios y sociales, así como el infrenable avance tecnológico, han determinado un cambio de rumbo en la regulación normativa a todos los niveles. La emergencia sanitaria ha puesto contra las cuerdas el modelo anterior que devaluaba el sistema democrático de los Estados-Nación y la degradación directa de los derechos sociales por unas medidas financieras salvajes<sup>16</sup>.

Las repercusiones laborales de la digitalización se proyectan sobre nuevos modelos de negocios en torno a las plataformas digitales. Estos nuevos modelos de empresa abogan por formas de organización del trabajo externalizadas y, junto con la incontenible digitalización, conducen a fenómenos de “desestandarización” de las relaciones de trabajo<sup>17</sup>. El siglo XXI trae con-

<sup>13</sup> [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_848673.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848673.pdf), consultado el 13 de marzo de 2023.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta, Madrid, 2022, p. 17 y ss.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014, p. 136.

<sup>16</sup> BAYLOS GRAU, A., “El futuro de las normas del trabajo que queremos” en Conferencia Nacional Tripartita, OIT, *El futuro del trabajo que queremos*, Madrid, 2017, pp. 492-493.

<sup>17</sup> BAYLOS GRAU, A., “Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época”, *Revista de Derecho Social*, nº 86, 2019, p. 22.

siguiente, por tanto, transformaciones de índole muy variada, transformaciones que se proyectan sobre la capacidad del Derecho del Trabajo de garantizar unas condiciones dignas para las personas trabajadoras. La diversificación, la precarización y la eclosión de nuevas formas de empleo atípico requieren un modelo normativo diferente<sup>18</sup>.

## 2. UN DILEMA CONSTITUCIONAL: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO AL TRABAJO Y LA POLÍTICA DE EMPLEO

Las medidas estructurales adoptadas por la Ley 35/2010 y 3/2012, orientadas a la “reforma del mercado de trabajo”, han incidido tanto en la específica ordenación normativa de origen legal como en un elenco de derechos de reconocimiento constitucional<sup>19</sup>. Partiendo de este bloque normativo reformador con vocación de atravesar el haz de derechos constitucionales que construyen el modelo democrático de relaciones laborales, en 2021 se produce la adopción del 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 transformación del mercado de trabajo como un instrumento normativo orientado a reprender la temporalidad desmesurada de nuestras relaciones de trabajo y a garantizar la estabilidad en el empleo a través de la reformulación de los tipos contractuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico. La reforma de 2021 se completa con otros importantes instrumentos normativos, entre los que, una mención especial se merece la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y 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. Este cambio de rumbo normativo influye decisivamente en la conexión del derecho al trabajo con las políticas de empleo, motivo por el que las siguientes líneas vendrán condicionadas por el sentido de estas dos reformas laborales.

Las prescripciones consagradas en el art. 35.1 constituyen un fundamental punto de referencia dado que el legislador, en el marco del primer apartado del art. 35 CE, reconoce el derecho al trabajo de todos los españoles. Se trata de un precepto que encierra varias figuras relativamente autónomas: estamos ante un precepto que aglutina estratos diferentes que no han de confundirse dado que eso volvería aún más problemática la operación delimitadora de su naturaleza específica. En este sentido, la inmensa mayoría de los estudios sobre el art. 35.1 CE convienen en la necesaria conexión que ha de trazarse con el art. 40 CE<sup>20</sup>.

Voces doctrinales muy sobresalientes constatan que el derecho al trabajo es uno de los grandes desconocidos por la jurisprudencia constitucional, que

---

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Todos eran mis hijos: el Derecho del Trabajo y las nuevas formas de empleo”, *Derecho y Sociedad*, nº 53, p. 185.

<sup>19</sup> BAYLOS GRAU, A., “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral”, op. cit., p. 26.

<sup>20</sup> SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 80-81.

se basa en delimitaciones simplemente dispersas y periféricas<sup>21</sup>. Este mismo sector de la doctrina insiste en que el derecho al trabajo no ha de situarse en una posición periférica, sino que ha de impregnar y de integrar la fundamentación de los fallos judiciales. No se trata de hacer imperar una interpretación judicial de la legalidad que lleva a “*la máxima irradiación de los contenidos constitucionales*”<sup>22</sup>, sino que la argumentación jurídica pondere la presencia del derecho y, dándose varias teorías interpretativas posibles, la escogida se adecue a la efectividad del derecho<sup>23</sup>.

Pero, no sólo los órganos judiciales están llamados a considerar la presencia de este derecho en su labor interpretativa. Conectado con lo anterior, se les impone a los poderes públicos el deber de promover “*las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de una renta regional y personal más equitativa en el marco de una política de estabilidad económica*” poniéndose énfasis en que “*de manera especial realizarán una política orientada al empleo*” (art. 40.1 CE). Este mandato está integrado, tal y como tempranamente ha afirmado el Tribunal Constitucional<sup>24</sup>, en el derecho al trabajo (art. 35 CE)<sup>25</sup>. No obstante, el derecho al trabajo *ex art. 35.1 CE* en su estricta literalidad resulta de difícil cumplimiento para los poderes públicos. El escollo en la satisfacción del derecho de toda la ciudadanía a obtener de los poderes públicos un puesto de trabajo es el resultado de su observancia desde la óptica de otras libertades y, especialmente, de la libertad de empresa, que reconduce al espacio privado una parte considerable del derecho disponible confiando al empresario un poder de decisión desmesurado en la contratación laboral. Este escollo ha dado lugar a una labor interpretativa constitucional<sup>26</sup> que reafirma que el ejercicio y satisfacción del

<sup>21</sup> A modo ilustrativo, los grandes hitos interpretativos serían: la STC 83/1984, relativa a la regulación de una determinada profesión; la SSTC108/1986, 99/1987 y 178/1989, que abordan la cuestión referida a que el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE no es de aplicación “automática” a los funcionarios públicos.

<sup>22</sup> SSTC 169/1997 y 198/2000.

<sup>23</sup> Representando ese sector de la doctrina, CASAS BAAMONDE, M. E., “Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales” en SEMPERE NAVARRO, A. (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2002, pp. 1521-1522.

<sup>24</sup> En la STC 22/1981 apunta el intérprete de la Constitución que la “garantía del pleno empleo constituye el núcleo del derecho del trabajo”.

<sup>25</sup> APARICIO TOVAR, J., “La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010” en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 18.

<sup>26</sup> La icónica STC 22/1981 señala el Tribunal Constitucional que “*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 e los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además 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*”.

derecho al trabajo, a través de la obtención de un empleo, sólo puede alcanzarse trascendiendo lo individual, desde una perspectiva social que asume el Estado a través de sus órganos<sup>27</sup>.

Los confines del derecho al trabajo se han visto transmutados por los cambios normativos impulsados en la crisis de 2007-2008. Así, las reformas laborales de 2010 y 2012 pivotan en torno a la configuración de la contratación, la extinción de la relación de trabajo y la disposición de fórmulas sobre la ordenación y el fomento de empleo mediante la regulación de políticas activas de empleo. La revisión de las políticas de empleo efectuada por las reformas referidas se ha conjugado con las orientaciones de las políticas de flexiseguridad que abogaron por la asimetría entre lo económico y lo social en la Unión Europea. Los textos de la Unión Europea del año 2010<sup>28</sup> reiteraban la necesidad de “modernizar los mercados laborales y promover el empleo de calidad” a través de mercados más abiertos y flexibilidad contractual<sup>29</sup>, pero lejos de alcanzar ese objetivo del empleo de calidad, en España han primado las fórmulas de contratación temporal, el abaratamiento del despido y la preferencia del convenio colectivo de empresa sobre el sectorial. La flexibilidad laboral ha adquirido prominencia en la regulación de las relaciones de trabajo en sucesivas reformas, cuyo elemento común ha sido la inaplazable revisión de un Derecho al Trabajo obsoleto. Las incesantes transformaciones de mercado de trabajo han sido el pretexto de una reforma permanente del Derecho del Trabajo que ha arraigado la flexibilidad laboral como objeto mismo de la relación de trabajo<sup>30</sup>. Las reformas estructurales abogan por una nueva corriente de pensamiento que confluye con el discurso de ensalzamiento de emprendimiento y la de “deconstrucción” del trabajo como valor político democrático<sup>31</sup>.

Rompiendo con el espíritu de las citadas reformas, el RD-ley 32/2021 supone la materialización del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Unión Europea relativo a “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”. En sintonía con lo anterior, la recién promulgada Ley de Empleo consagra entre sus objetivos específicos “el impulso prioritario de la contratación y el mantenimiento del empleo estable y de calidad de las personas y colectivos considerados vulnerables o de baja empleabilidad”.

<sup>27</sup> PÉREZ REY, J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004, p. 42.

<sup>28</sup> Un buen ejemplo son la Recomendación del Consejo de 13 de julio de 2010, sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estados Miembros y de la Unión (2010/410/UE) y la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados Miembros (2010/707/UE).

<sup>29</sup> NAVARRO NIETO, F. y COSTA REYES, A., “Reformas laborales y políticas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, nº 60, 2012, p. 14.

<sup>30</sup> TRILLO PÁRRAGA, F., “Flexibilidad y tiempo de trabajo: consolidación normativa de un modelo (im)productivo antisocial” en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/3020 de Reforma Laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 249.

<sup>31</sup> La idea reflejada, así como el entrecomillado pertenecen a BAYLOS GRAU, A., “Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época”, op. cit., p. 22

Los tipos contractuales promovidos por las reformas de 2010 y 2012 rompían el nexo directo entre política de empleo y el contrato por tiempo indefinido suponiendo una vuelta a la fragmentación de contratos de trabajo subvencionados en los que subyacía la prevalencia del empleo precario como vía recomendada de inserción. Muy a pesar del espíritu austero de las reformas de 2010 y 2012 y sus consecuencias, el pleno empleo ha de constituir el propósito de todas las políticas económicas. El mandato de los poderes públicos consistente en la consecución del pleno empleo encuentra formulación y reafirmación en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social y el Convenio nº122 de la OIT, textos ratificados por España. Los invocados instrumentos normativos no reproducen un derecho subjetivo individual a un puesto de trabajo, pero si consagran un mandato a los poderes públicos fijando una dirección a seguir. Las políticas económicas promovidas a partir de 2007 y 2008 contravinieron este mandato dado que el pleno empleo “*es un principio jurídico vinculante*” en todo caso. Las diferentes opciones de política económica no pueden restringir el carácter vinculante del art. 40.1 CE. Las políticas de superación de crisis han de ser cotejadas con los valores constitucionales dado que sobre estos se edifica el orden de convivencia política, además de informar todo el ordenamiento jurídico. Los valores constitucionales pueden erigirse en auténticos límites a las políticas o normas de la Unión Europea sin poder orillar su observancia so pretexto de la cesión de soberanía a la Unión<sup>32</sup>.

El pleno empleo se eleva así en una premisa indispensable del derecho al trabajo, aunque, respecto al derecho al trabajo, se conforma como una herramienta revestida de una naturaleza instrumental. Derecho al trabajo y pleno empleo actúan a escalas distintas dado que, mientras el pleno empleo parece predicarse respecto de una coyuntura de la sociedad en su totalidad, el derecho al trabajo se predica en relación a una postura concreta del individuo respecto del desarrollo de actividades laborales. A pesar de que ambos derechos descansan en parecidos instrumentos para su realización, el derecho al trabajo requiere un específico soporte con el propósito de impedir que determinados individuos o grupos no puedan ejercerlo, incluso en situaciones de pleno empleo<sup>33</sup>.

El pleno empleo puede delimitarse como el principal propósito de la política de empleo. En este sentido, la definición de finalidades suele requerir para su operatividad y para la delimitación de su alcance, la propuesta de un conjunto de objetivos más específicos, que desgrane los elementos que la integran, y que vayan perfilando las fases sucesivas de su materialización y puesta en práctica. Los objetivos pueden fijarse de una manera general señalando solo las líneas de actuación a seguir, pero sin previsión de resultados<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> APARICIO TOVAR, J., “La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010”, op. cit., p. 19.

<sup>33</sup> SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, op. cit., p. 81.

<sup>34</sup> MARTIN VALVERDE, A., “La política de empleo: caracterización general y relaciones con el derecho al trabajo”, *Documentación laboral*, nº 9, 1983, p. 66.

En una crisis de empleo de la envergadura y cariz de la que se inició en 2007-2008, lo natural habría sido que el objetivo del incremento del nivel de empleo ocupara un lugar central en aquellos instrumentos normativos que lejos de los eslóganes que recogían en sus títulos provocaron una caída histórica de la tasa de ocupación. Prueba de lo anterior son las tipologías contractuales en materia de políticas de empleo. La preferencia del cauce contractual responde a un doble objetivo: por un lado, se impulsa un contrato temporal descausalizado que despoja de contenido los límites a la contratación temporal, muy a pesar de que los mismos siguieran en las correspondientes disposiciones y, por otro lado, el motivo por el que el legislador aboga por esta vertiente contractual del empleo se encuentra en no afectar situaciones laborales en curso, aunque luego se modifica el régimen de las indemnizaciones por despido de los contratos en ese momento vigentes. La reforma laboral de 2012 se decanta por el uso de los modelos contractuales como medida de política de empleo contribuyendo a la fragmentación y dualización del mercado de trabajo y perpetuando distintas categorías de personas trabajadoras<sup>35</sup>.

### 3. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL SEÑALADA EN LA LEY DE EMPLEO

En el derecho español, actualmente, la ley que fija los fundamentos para la reordenación jurídica y el desarrollo institucional de las políticas públicas dirigidas a la realización y alcance del objetivo constitucional del pleno empleo es la Ley 3/2023. La adopción de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo ha de ser conjugada con las necesidades de un momento histórico marcado por la pandemia por COVID-19. Las numerosas y variadas secuelas provocadas por la crisis sanitaria han impuesto la urgente concepción de un elenco de medidas para impulsar la convergencia, la resiliencia y la transformación de la Unión Europea. Los denominados Fondos Next Generation persiguen la ejecución de reformas estructurales en los años próximos que se sustancien en cambios normativos e inversiones, que permitan la transformación del modelo productivo. Todo lo anterior persigue la recuperación económica tras la pandemia, así como una transformación orientada a la superación de posibles crisis futuras. Dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Componente 23 se encuentra enmarcado en el área política VIII “*Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo*”. En el contexto de las reformas e inversiones planteadas en el Componente 23, se integra la Reforma 5 “*Modernización de políticas activas de empleo*”, necesidad a la que responde la Ley 3/2023, de 28 de febrero. Sin embargo, poco antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, el legislador daba a conocer el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero. Ambos hitos legislativos

---

<sup>35</sup> PÉREZ REY, J., “Un nuevo contrato estrella: la modalidad contractual de apoyo a los emprendedores” en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 73-75.

contribuyen a la actual delimitación de la dimensión constitucional de las políticas de empleo.

Decíamos en líneas anteriores que el art. 40.1 CE, recoge una prescripción imperativa consistente en promover las condiciones favorables para el progreso social y económico haciendo especial énfasis en el dictamen de una política orientada al pleno empleo<sup>36</sup>. El Real Decreto-ley 1/2023 conecta los incentivos a la contratación con el mandato contenido en el art. 40.1 CE señalando el legislador que el objetivo de pleno empleo ha sido dotado de contenido a través de un extenso y profundo elenco normativo e institucional que, bajo el *nomen* de “política de empleo”, ha englobado no solo las políticas activas de empleo y el fomento de empleo, sino también la ordenación sustantiva de la normativa laboral. Además, la Exposición de Motivos de este Real Decreto-Ley apunta las consecuencias perniciosas que la regulación de las condiciones de trabajo a través de las reformas ha tenido. La promoción de los tipos contractuales temporales como instrumentos de fomento de empleo no ha sido un acierto en la política de fomento de empleo. Al margen de realizar esta diagnosis, el RD-ley traza unos objetivos generales y específicos respecto del contenido de la regulación de los incentivos. Por lo que se refiere a los propósitos de índole general, el legislador confiere centralidad a la promoción de la contratación de las personas desempleadas enfatizando a aquellas que sean más vulnerables, a la contribución, a la creación, mantenimiento y mejora de la calidad de empleo, la promoción profesional de las personas ocupadas, el fomento del trabajo autónomo y, por último, la creación de empleo en el marco de la economía social.

Dando contenido al postulado constitucional recogido en el art. 40.1 CE, la Ley 3/2023 recoge de manera sistemática su objetivo y finalidad (art. 1), así como los objetivos de la política de empleo (art. 4). Los diferentes títulos que integran su contenido reflejan un abordaje integral del empleo partiendo de un título en el que se confiere tratamiento a la política de empleo con carácter general y siguiendo con la configuración de la Agencia Española de Empleo, las políticas activas de empleo, servicios garantizados, compromisos y cartera de servicios y, por último, la financiación.

La indiscutible relación entre el art. 35 CE y el art 40 CE se hace patente en la Ley 3/2023 dado que la misma conforma el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad como un derecho y un deber de la ciudadanía demandante de empleo en 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*”. En este sentido, el art. 35 de la Ley 3/2023 configura el derecho al “*mantenimiento y mejora de la empleabilidad*” como un derecho-deber derivado de la art. 35 CE. La consagración de este derecho conduce a la necesidad del análisis teleológico del mismo. La misma norma, en su primer precepto, delimita su finalidad orientándose a la fijación del ámbito de reglamentación

---

<sup>36</sup> SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, op. cit., p. 81.



de las políticas públicas de empleo y a la regulación del listado de estructuras, recursos, servicios y programas que componen el Sistema Nacional de Empleo. Al margen de la anterior finalidad, el art. 1 de la ley compendia sus objetivos disponiendo los siguientes: promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de 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.

La definición de la “empleabilidad” viene trazada en el art. 34 que la delimita 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”. Se trata de un precepto legal orientado a la consolidación y consecución de un equilibrio concomitante entre las competencias de las personas y las demandas del mercado de trabajo.

Los medios de instrumentación para alcanzar la empleabilidad de las personas trabajadoras aparecen retratados en el Capítulo II de la Ley 3/2023 y van orientados a la creación de herramientas de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad de las personas basadas en evidencias estadísticas y la necesaria existencia de las tasas de empleabilidad, intermediación y cobertura, elaboradas en el seno del Sistema Nacional de Empleo y del Diálogo Social.

#### 4. MERCADO DE TRABAJO Y DERECHO AL TRABAJO: LA NECESIDAD DE UNA REDIFINICIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

El repertorio normativo que sustancia el Derecho del Trabajo se justifica desde el alcance de un nivel admisible y óptimo de empleo, lo cual comprende la orientación al empleo del Derecho del Trabajo y la hegemonía de las políticas públicas de empleo sobre los artifices de creación del derecho del trabajo que estructuran la dimensión pública y colectiva, así como la expresión del empleo como la resultante del mercado de trabajo que posibilita calibrar la eficacia y la validez de las normas laborales<sup>37</sup>. Sin embargo, la proliferación de nuevas formas de trabajo, atípico, informal, segmentado y fragmentado, constituyen una nueva realidad dominante, que requiere de la atención de la norma legal. Estas nuevas formas de trabajo determinan la existencia

---

<sup>37</sup> BAYLOS GRAU, A., “Creación de empleo, mercado de trabajo y derecho del trabajo: el caso español”, *Derecho y Sociedad*, nº 30, 2007, p. 28 y ss.

de colectivos de personas trabajadoras que sufren importantes prejuicios en el mercado de trabajo. La precariedad está íntimamente relacionada con las nuevas formas de producción y con los modelos organizativos predominantes en la empresa. La panoplia de reformas legislativas a las que se ha hecho referencia a lo largo de estas páginas ha contribuido a la precarización de las personas trabajadoras y a la segmentación del mercado de trabajo<sup>38</sup>.

El fundamental propósito de la regulación jurídica del mercado de trabajo es el pleno empleo y la obtención por parte de las personas trabajadoras de condiciones mínimas satisfactorias de empleo y trabajo. La adquisición y disposición de una fuerza de trabajo debidamente cualificada y de buen rendimiento constituye uno de los objetivos constitucionales de la ordenación del mercado de trabajo. Al mismo tiempo, junto a las finalidades económicas y económicas-sociales, la Constitución establece propósitos exclusivamente sociales para la regulación del mercado de trabajo. Algunas concretas condiciones mínimas de trabajo se contemplan como derecho de “*todos los españoles*” en el ya referido art. 35 CE y a la conformación de esta regulación equitativa de condiciones de empleo y trabajo se refiere, como ya se ha señalado, el art. 40 CE<sup>39</sup>. Frente a estos mandatos constitucionales, la realidad muestra una tendencia al alza del empleo ocasional, ocasionalidad que se ha convertido en una particularidad predominante en los mercados de trabajo en los países en desarrollo incrementando su protagonismo en los países industrializados. Las nuevas formas de empleo a las que nos hemos referido están vinculadas con la inseguridad y la redefinición de las políticas de empleo ha de realizarse teniendo presente la necesidad de la seguridad en el empleo, unos ingresos mínimos, el control tan limitado de los horarios y la desprotección que implican<sup>40</sup>.

La evolución normativa anterior a la crisis sanitaria ha tenido unas consecuencias adversas sobre la caracterización del mercado de trabajo fundamentalmente por las diversas formas jurídicas de empleo y la tipología contractual. La diversificación referida constituye el resultado de las políticas flexibilizadoras y ha impulsado la compartimentación del mercado de trabajo dando lugar a la precarización del mismo<sup>41</sup>. Frente a lo anterior, la Ley 3/2023 trata de responder a esa necesidad de redefinición de las políticas de empleo impulsando el desarrollo de un nuevo marco de políticas de empleo. La redefinición realizada por la Ley 3/2023 busca adaptar el nuevo contex-

<sup>38</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La fuerza de trabajo y su segmentación como como condicionante de la regulación jurídica” en MONEREO PÉREZ, J. L. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*, Junta de Andalucía, 2016, p. 153 y ss.

<sup>39</sup> MARTÍN VALVERDE, A., “La regulación jurídica del mercado de trabajo: noción y manifestaciones” en MONEREO PÉREZ, J. L. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo*, Junta de Andalucía, 2016, p. 32 y ss.

<sup>40</sup> NIETO, J., “Tendencias laborales y futuro del trabajo”, *Gaceta Sindical*, n.º 29, 2017, pp. 37-39.

<sup>41</sup> JEAMMAUD, A., “Mercado de trabajo y derecho del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 39, 2007, p. 9 y ss.

to normativo de las políticas de empleo al paradigma territorial poniendo énfasis en la elaboración del perfil de la persona usuaria de los servicios de empleo y de su itinerario personalizado. Se trata de diseñar una cartera de servicios, que debe ayudar a las personas demandantes de empleo, contribuir a esa búsqueda empleo y que, además, sea un trabajo decente en los términos de la OIT. El contenido de esta ley es profundo, pero se puede observar cómo, desde el Título I, se define la política de empleo y la colocación adecuada con preferencia por la contratación indefinida. La nueva Ley de Empleo redefine las políticas de empleo a través del amplio desarrollo de sus objetivos confiando especial importancia a las medidas preventivas y reactivas en caso de pérdida del empleo<sup>42</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La intransigencia financiera que ha caracterizado la sucesión de crisis de 2010-2012 ha impulsado una conformación de las relaciones de trabajo basada en políticas económicas con directas consecuencias sobre los derechos de las personas trabajadoras. La reforma laboral de 2012 promovió la conversión de la contratación temporal como forma de empleo prácticamente exclusiva contraviniendo el mandato del art. 40 CE consistente en la realización de una política orientada al empleo. La excepcionalidad que ha justificado la adopción de la referida reforma ha servido de pretexto para la postergación de los principios y derechos constitucionalmente reconocidos en los arts. 35 y 40 CE. Los reales decretos dictados al calor de las políticas de austeridad, lejos de promover la política de empleo a la contratación indefinida, han fomentado formas contractuales temporales y precarias. A partir de 2019, asistimos a un cambio de paradigma en la producción de las normas y su orientación. La reforma laboral de 2021 corrige la temporalidad en la contratación y junto con la Ley 3/2023 devuelve el sentido de las políticas de empleo.

---

<sup>42</sup> ROJO TORRECILLA, E., “Apuntes sobre la nueva Ley de Empleo. Cambios sobre el RDLeg. 3/2015 de 23 de octubre”, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/02/apuntes-sobre-la-nueva-ley-de-empleo.html>, consultado el 24 de marzo de 2023.



# NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GOBERNANZA DEL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL EMPLEO<sup>1</sup>

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

*Profesora Titular de Universidad*

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Sevilla*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “*La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial*” (PID2021-122537NB-I00), Plan Estatal 2021-2023, Ministerio de Ciencia e Innovación.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. POLÍTICA PÚBLICA DE EMPLEO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA GOBERNANZA DEL EMPLEO. 3. IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL EMPLEO. 4. LA NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE DIGITALIZACIÓN. 5. LA OPORTUNIDAD DE UN ACUERDO MARCO ESTATAL SOBRE EMPLEO Y DIGITALIZACIÓN. 6. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

La implantación de la digitalización en el ámbito del trabajo es a día de hoy todavía muy desigual y parcial, pero se constata el impacto que ya está teniendo sobre el empleo en los ámbitos y territorios donde su implementación está más avanzada. Frente a esta nueva realidad, también se constata que tanto a nivel nacional como europeo las acciones públicas están teniendo una importante expansión en la intervención sobre la digitalización, en múltiples aspectos de las relaciones económicas y de trabajo, que pueden afectar al empleo, las condiciones de trabajo y otros aspectos de las relaciones de trabajo. En cambio, se produce un desfase importante respecto de la intervención negociada en ese ámbito, que por ahora aborda algunos aspectos muy puntuales de la digitalización del trabajo. De manera que el tratamiento negociado está siendo muy desigual según los sectores de actividad, territorios y tipos de empresas.

Entendemos que la negociación colectiva debe intervenir de una manera más organizada, e ir más allá en las funciones que hasta ahora ha desempeñado, afrontando una perspectiva más innovadora, y aprovechando su potencial en la gestión de la transformación digital de la empresa. Esta aportación tiene por objetivo argumentar sobre la necesidad de alcanzar un acuerdo marco estatal en materia de digitalización y empleo, que no sólo sirva para dar acogida y cumplimiento a las directrices establecidas en el Acuerdo marco europeo sobre digitalización (2020), sino también para superar la inercia de la tradicional relación de complementariedad y de complementariedad existente entre ley y convenio colectivo, que lleva a una intervención de la negociación colectiva a partir de la existencia de un previo marco normativo sobre una determinada materia.

Para ello se analiza, en líneas generales, el papel que asume la norma pública –nacional y europea– en la política de empleo, desde la perspectiva de la digitalización de la empresa y el empleo, y el espacio que en este ámbito normativo se reconoce a la negociación colectiva, para poder constatar las funciones que la misma desempeña dentro de ese marco. Para articular la propuesta, se analizan algunos aspectos que consideramos esenciales en relación al impacto de la digitalización en el empleo. Más allá del recurso

a estadísticas, no del todo certeras en esta materia, ponemos en relación el grado de digitalización de las empresas españolas con la importancia de la selección de una determinada tecnología u otra en los procesos productivos, porque de ello dependerá el desplazamiento y sustitución del trabajo humano, o su integración y interrelación con la nueva tecnología. A partir de ahí, se propone una nueva forma de afrontar la negociación colectiva, tanto respecto de nuevos contenidos, como de su relación con la norma laboral.

## 2. POLÍTICA PÚBLICA DE EMPLEO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA GOBERNANZA DEL EMPLEO

La norma laboral interviene en un amplio campo de la política de empleo; no es la única, pues hay otras intervenciones normativas que influyen en el empleo y, por tanto, se despliegan otras políticas públicas que, sin abordar directamente el empleo, lo contemplan entre sus objetivos, como son las políticas económicas, fiscales, de formación, de vivienda, de educación, etc. Específicamente, sobre los poderes públicos recae el mandato constitucional de llevar a cabo una política orientada al pleno empleo, y garantizar la formación y readaptación profesionales (art. 40 CE)<sup>2</sup>, mandatos que se erigen como principios rectores de la política social y económica. Igualmente deben promover las condiciones favorables para el progreso social y económico (art. 40.1 CE), así como subordinar toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE). Respecto de las personas, nuestra norma suprema reconoce a los españoles el deber y el derecho a trabajar (art. 35.1 CE).

En coherencia con estos mandatos, la norma pública han desarrollado desde el inicio de nuestro sistema democrático una política de empleo dirigida a ordenar lo que se denomina “mercado de trabajo”, diseñando a estos efectos un sistema nacional de empleo, sus estructuras, recursos y programas, que permitan el desarrollo de las políticas de empleo. Esta particular política se centra en tres grandes binomios: la oferta de trabajo y el fomento del empleo; la demanda de empleo y la reducción del desempleo; y, el encuentro de la oferta y la demanda, mediante la intermediación en el mercado de trabajo.

Desde entonces, se han sucedido diversas normas que ha fijado el marco general regulativo en materia de empleo<sup>3</sup>, hasta llegar a la recientemente aprobada Ley 3/2023, de 28 de febrero de Empleo<sup>4</sup>, mediante la que se promueve y desarrolla la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo, con el fin de “contribuir a la creación de empleo y reducción del desempleo, mejorar la empleabilidad, reducir las brechas estructurales de gé-

---

<sup>2</sup> Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 (BOE 29 diciembre).

<sup>3</sup> Que se inició con la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo; la Ley 56/20023, de 16 de diciembre de Empleo, que pasaría después al texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por mediante el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 octubre.

<sup>4</sup> BOE de 1 de marzo 2023.



nero e impulsar la cohesión social y territorial” (art. 1)<sup>5</sup>. Sin que nos podamos detener en la nueva Ley de Empleo<sup>6</sup>, si haremos dos breves consideraciones en relación con la materia objeto de este trabajo: La primera, relativa a la gobernanza del sistema nacional de empleo. A la vista de la importancia de las estrategias económicas, de empleo, o de digitalización, tanto nacionales como europeas, llama la atención la escasa innovación por parte de la nueva Ley de Empleo en materia de participación de los interlocutores sociales en la gobernanza del empleo, que sigue una línea continuista con la anterior ley de empleo. Más allá de la colaboración con los servicios públicos en la implementación de las políticas activas de empleo, y de la participación institucional en el órgano consultivo y tripartito, es una oportunidad perdida el que una nueva ley de empleo que nace en la era del reto de una doble transición a una sociedad verde y digital, no contemple una mayor involucración y participación de los interlocutores sociales y el diálogo social en el diseño de las políticas de empleo, participación que permitiría una valiosa conexión entre la transformación digital del tejido productivo y el empleo, la anticipación a los cambios, y la prevención de efectos negativos sobre el empleo. Si, como se afirma por la norma, la política de empleo se orienta 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, resulta extraño que en ello no participen directamente los interlocutores sociales. Para *Guy Rider*<sup>7</sup>, en relación al Informe *Building Trust in a Changing World of Work*<sup>8</sup>, “... un diálogo social reforzado puede favorecer el crecimiento económico y mercados laborales más inclusivos, mejores resultados socioeconómicos y un mayor bienestar para los trabajadores, mejorar el rendimiento de las empresas y restaurar la confianza en los gobiernos”.

La segunda consideración sobre la nueva Ley de Empleo es la relativa a los objetivos de las políticas activas de empleo que fija (Título III): impulsar la creación de empleo y mejorar las posibilidades de acceso a un empleo dig-

---

<sup>5</sup> La norma, con entrada en vigor el 2 de marzo de 2023, es el resultado del compromiso asumido por el Gobierno de España en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cuyo Componente 23: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo, tiene como objetivo impulsar, en el marco del diálogo social, la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales; el citado C23 contempla entre las reformas propuestas la “Modernización de políticas activas de empleo” (R5).

<sup>6</sup> Vid. el comentario sobre la nueva Ley de Empleo realizado por ALFONSO MELLADO, L. C. (2023): “La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz?”, Brief 21/2023 de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consultable en: <https://www.aedtss.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/>.

<sup>7</sup> Director General de la OIT hasta octubre de 2022.

<sup>8</sup> OIT y OCDE, en colaboración con el Global Deal, (2018): “Generar confianza en un mundo laboral cambiante. El Pacto Mundial por el Trabajo Decente e Informe emblemático de crecimiento inclusivo 2018”. Según la OIT, El objetivo consiste en desarrollar y aprovechar el potencial del diálogo social y las relaciones laborales sólidas como instrumentos para promover el trabajo decente y la calidad del trabajo en línea con el Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 sobre Trabajo Decente y Crecimiento Económico, y por lo tanto fomentar una mayor igualdad y un Crecimiento más Inclusivo en línea con el Objetivo de Desarrollo Sostenible 10 sobre Reducción de las Desigualdades.

no. La Ley desarrolla ampliamente el segundo objetivo mediante el derecho a la formación y la empleabilidad, lo que resulta de notable importancia. En cuanto al objetivo de impulso a la creación de empleo, como ya hacía la anterior ley de empleo, lo incluye como eje de actuación dentro de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, y del Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno: 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. La vigente Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024<sup>9</sup>, si bien contiene un amplio y sólido conjunto de medidas a desarrollar en el periodo de referencia, por lo que hace a la creación de empleo, es un objetivo que se confía a la transformación económica, como consecuencia de un nuevo modelo de producción y consumo, basado en la transformación ecológica y digital. Pero ese resultado puede no ser así, si no se participa en ese proceso de transformación, tanto por parte de los poderes públicos como parte de los interlocutores sociales. Y, sin embargo, esa participación no se contempla.

*Desde la perspectiva europea el planteamiento es parecido*<sup>10</sup>. Como es sabido, la política de empleo comunitaria objeto de coordinación por la UE, es objetivo común de todos los estados miembros de la UE desde el Tratado de Amsterdam (1997). Así lo establece el Título X dedicado al Empleo, del Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE)<sup>11</sup>. Desde entonces, ha sido un objetivo continuado de esa política de empleo comunitaria la consecución del pleno empleo, entre otros, así como la calidad en el empleo. Sin embargo, tras la crisis económica y financiera mundial de 2008, y posterior pandemia de 2020, el empleo parece haber pasado a ser un objetivo indirecto, que se hace derivar de la consecución de una fuerte economía europea, a modo de planteamientos pretéritos de la comunidad económica europea.

Desde esta perspectiva, el documento aprobado por el Consejo Europeo “*Una nueva Agenda Estratégica 2019-2024 de la UE*” establece que “La competitividad, la prosperidad y el empleo en Europa, así como su papel en la escena internacional, dependen de una base económica fuerte”<sup>12</sup>. En este ámbito, el Consejo Europeo se centra, entre otros, en “todos los aspectos de la revolución digital y la inteligencia artificial, tales como infraestructura, conectividad, servicios, datos, regulación e inversión”, porque como se afirma

<sup>9</sup> Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024.

<sup>10</sup> Como acertadamente afirma CABEZA PEREIRO, J. (2023): “El diálogo social europeo a examen”, Grupo de trabajo *Nuevo Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI*, Net21.org.: “Ya son demasiados años en los que no cabe sino concluir que, verdaderamente, las organizaciones sindicales y empresariales han estado muy lejos de ser las verdaderas arquitectas de las políticas sociales de la Unión Europea. Como deberían serlo”.

<sup>11</sup> Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE de 30 de octubre de 2010, C 83/47, art. 145. TFUE.

<sup>12</sup> *European Council: A new Strategic Agenda 2019-2024* (junio 2019), p. 4. Consultable en: <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf>.

en el documento “durante los próximos años, la transformación digital se seguirá acelerando y tendrá repercusiones de gran alcance. Debemos garantizar que Europa sea soberana desde el punto de vista digital y obtenga la parte del beneficio que le corresponde en esta evolución”. Pero llama la atención la ausencia total de referencia al empleo, siendo éste uno de los aspectos más afectados por la digitalización de la economía. El empleo y su futuro se confía a una base económica fuerte que permita el desarrollo de Europa, pero no aparece como tal entre las prioridades para el periodo de referencia. En lo social, la Agenda recoge entre sus prioridades aplicar el pilar europeo de derechos sociales en los Estados miembros y en la UE, destacando el riesgo de exclusión que suponen las desigualdades, que afecta a los jóvenes en particular, y hacer más para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, así como los derechos y la igualdad de oportunidades para todos. De nuevo se omite cualquier referencia al empleo.

Por su parte, el *Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales*<sup>13</sup>, propone entre los objetivos a alcanzar en Europa para 2030, comunes para la Comisión Europea y los Estados miembros, crear “más y mejores empleos” y afirma que a medida que se pasa de la crisis a la recuperación “es necesario un mayor apoyo con miras de futuro para la creación de empleo de calidad, a fin de construir un camino sostenible hacia el objetivo de empleo del 78 % para 2030”. A estos efectos, el Plan considera fundamental facilitar la transición profesional hacia los sectores ecológico y digital, así como nuevas soluciones estratégicas, que deben incluir un conjunto coherente de políticas activas del mercado de trabajo, como el trabajo temporal y los incentivos a la transición, políticas en materia de capacidades, mejores servicios de empleo, apoyo al aprendizaje profesional y el emprendimiento o planes de reinserción laboral diseñados para apoyar a los trabajadores en riesgo de desempleo. Entre estas medidas, el Plan prioriza la inversión en capacidades necesarias en los sectores emergentes para ofrecer perspectivas reales de empleo a los trabajadores en riesgo de despido, o que ya están desempleados.

Para la consecución de estos objetivos, y a fin de apoyar una recuperación capaz de generar puestos de trabajo en los Estados miembros tras la crisis de la COVID-19, la Comisión presentó la *Recomendación 2021/402, de 4 de marzo de 2021, sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la Covid-19 (EASE)*<sup>14</sup>, donde se afirma que los cambios de patrones de

---

<sup>13</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, Bruselas, 4.3.2021, COM (2021) 102 final.

<sup>14</sup> DOUE L 80/1, de 8 de marzo 2021, que contempla la financiación de las medidas previstas en dicha Recomendación, disponibles a escala de la Unión procedente de los Fondos Estructurales, en particular el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), del Fondo de Transición Justa, el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG), la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-EU), la Reserva de Adaptación al Brexit y el Instrumento de Apoyo Técnico, para diseñar y ejecutar las medidas EASE.

consumo provocados por la crisis y la doble transición ecológica y digital transformarán nuestras economías, y “es posible que la recuperación de algunos sectores tarde un tiempo en llegar, si es que se produce”. La Comisión espera que para 2050 la transición a una economía más verde cree hasta dos millones de puestos de trabajo adicionales en toda la UE, pero a corto plazo puede producir un aumento del desempleo

Pero el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales también destaca especialmente la importancia del papel del diálogo social, la información, la consulta y la participación de los trabajadores y de sus representantes a diferentes niveles (especialmente el nivel empresarial y sectorial) en la configuración de las transiciones económicas y el fomento de la innovación en el lugar de trabajo, en concreto con vistas a la doble transición en curso y los cambios en el mundo laboral. Un llamamiento sin mayores concreciones.

*Lo expuesto nos lleva a plantearnos el papel de la negociación colectiva nacional en materia de empleo y, en particular en la gestión o gobierno del impacto de la digitalización en el empleo. Y es que, en consonancia con las normas nacionales y europeas sobre el empleo, esa gestión o gobierno del empleo por la negociación colectiva en buena medida está centrada en los procesos de flexibilidad interna y externa, previstos en la norma laboral para las situaciones de dificultad de las empresas. Una negociación colectiva ésta, muy compelida al acuerdo, porque sin él la medida de flexibilidad queda a la decisión unilateral y plena por la empresa.*

Además de la citada función de gestión de la crisis, tradicionalmente los espacios que la norma laboral ha reservado a la negociación colectiva en materia de empleo han sido en aspectos muy concretos de la relación laboral, usando la tradicional relación de complementariedad entre ley y convenio colectivo, para la adaptación de ciertos aspectos legales a los diferentes sectores de actividad. Indicaremos algunos ejemplos, sin ánimo de exhaustividad: la posibilidad de ampliación de la duración de ciertos contratos temporales, u otros aspectos de la contratación relacionados por ejemplo con los criterios de conversión de temporal en indefinido; tasa máxima de temporalidad en relación con el volumen de plantilla con contrato indefinido; criterios de preferencia entre personas en la contratación temporal (art. 15.8 ET). También en materia de duración de la jornada por encima de la ordinaria, esto es, la necesidad de pacto para la realización de horas extraordinarias, ya sea individual o fijado en convenio colectivo (art. 35.4 ET). O la posibilidad de pactar en convenio colectivo la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, conocida tradicionalmente como jubilación forzosa, materia que ha ido siendo objeto de cambios normativos en varias ocasiones, o incluso no permitidas durante algún tiempo, vinculadas a compromisos de empleo por parte de las empresas afectadas por el convenio colectivo (D.A. 10ª ET). Cabe hacer mención también la remisión a la negociación colectiva para pactar medidas de acción positivas, como reservas y preferencias, para el acceso de las mujeres a todas las profesiones (art. 17 ET).

Muchas de estas cláusulas persiguen, por tanto, o bien un aumento de la contratación indefinida, o el reparto del empleo, o bien el mantenimiento del empleo mediante compromisos pactados en el convenio colectivo, incluidos los supuestos de sucesión de contratos<sup>15</sup>.

Pero cabe plantearse una intervención de la negociación colectiva, o más ampliamente del diálogo social, más allá de la gestión de las medidas empresariales de flexibilidad, y más allá de su relación de complementariedad con la norma pública en materia de acceso al empleo, contratación y extinción del contrato. Nos referimos a una intervención la negociación colectiva más novedosa, y también más democrática, en la gestión del empleo desde la perspectiva del impacto de la digitalización, sobre todo a la vista de los compromisos asumidos en el Acuerdo marco europeo sobre digitalización, de junio de 2020, firmado por los interlocutores sociales europeos, que abordamos *infra* (apdo.5). Ya dejamos apuntada a este respecto nuestra respuesta positiva, es decir, no sólo es posible, sino además necesario, por las razones que desarrollamos más adelante.

### 3. IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL EMPLEO

Desde múltiples ámbitos normativos, económicos y sociales, nacionales y europeos, es ya una reiterada afirmación la de que los sistemas de relaciones laborales en general se están viendo afectados por las grandes transformaciones derivadas de la digitalización de la economía, y sin embargo su concreto alcance cualitativo y cuantitativo no resulta nada pacífico<sup>16</sup>. Se algo que se afirma en todos los nuevos documentos y medidas que aprueban tanto el Gobierno nacional como las instituciones europeas, e internacionales como la OIT. Así mismo, numerosos estudios analizan desde diferentes perspectivas ese impacto, y el dilema más amplio sobre si la expansión de la digitalización y robotización provocará desaparición del trabajo o no<sup>17</sup>. Como acerta-

---

<sup>15</sup> Vid. el estudio sobre este tipo de cláusulas en materia de empleo, llevado a cabo en AAVV (2022): *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, Observatorio de la Negociación Colectiva, Fundación 1º de Mayo, C. Alfonso Mellado et alii (coords.), ediciones Cinca, Madrid, pp. 17 y ss.

<sup>16</sup> En este sentido CRUZ VILLALÓN, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, AAVV: *Monográfico sobre el impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones sobre las relaciones laborales*, Cruz Villalón (Dir.), *Revista Temas Laborales* 138/2017, pp 14 y ss. Sepúlveda Gómez, M. (2021): “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”, *Revista Temas Laborales* 158/2021, pp. 221 y ss.

<sup>17</sup> Vid. sobre este debate el interesante estudio realizado por VIGO SERRALVO, F. (2019): “Recusaciones a la hipótesis de un mundo sin trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 7, número 4, octubre-diciembre de 2019 pp. 249 y ss., quien pone en duda que “que el futuro sea un mundo sin trabajo, quizás precisamente por ello, porque no hay indicios sólidos de que tal futuro vaya a materializarse, con mayor razón, no deba desatenderse todas estas cuestiones relativas a la forma en la que se presta el trabajo y el valor social que el mismo adquiere”, p. 273.

damente se afirma, la digitalización de la economía es “*un proceso social en construcción*, cuya extensión y posibles impactos en las diferentes esferas de la vida laboral permanecen todavía en buena medida por explorar<sup>18</sup>. Además, si todavía se está analizando el impacto de la industria 4.0, que incorpora a la economía la robótica, la automatización, la inteligencia artificial y el análisis de grandes datos, su propia capacidad de innovación y rápida evolución está dando ya lugar a la que se denomina la industria 5.0, que supone una vuelta al toque humano para personalizar en masa productos y servicios. Es una industria que pone al ser humano en el centro del trabajo, ayudado por robots colaborativos en aquellas tareas repetitivas, peligrosas, o sucias (“*Three D’s*” – *dull, dangerous and dirty Jobs*), que no necesitan la intervención humana<sup>19</sup>.

No pretendemos abordar estas grandes cuestiones, por sobrepasar el objetivo de este trabajo, y porque a día de hoy es todavía difícil predecir el impacto real que tendrá sobre el empleo un cambio de paradigma que se enmarca dentro de estrategias geopolíticas en una competición entre potencias económicas por la soberanía digital<sup>20</sup>. En efecto, lo que se denomina como una nueva revolución industrial es la transición hacia un nuevo paradigma técnico-económico, basado en las tecnologías de la información y las redes, el desarrollo de la economía basada en el conocimiento, el cambio en la provisión de necesidades colectivas y una reconfiguración de las relaciones sociales. Un nuevo paradigma donde la materia prima es la información. Es el paso de un capitalismo industrial a un capitalismo digital, que ya en pleno siglo XXI incorpora la inteligencia artificial<sup>21</sup>, pero que no sólo supone cambios tecnológicos, sino también una transformación fundamental de nuestra sociedad<sup>22</sup>.

Desde hace décadas se viene afirmando que la plena implantación de la robotización y la inteligencia artificial producirán un desempleo tecnológico masivo, “que ha cobrado un nuevo impulso en la primera década del presente siglo gracias a la repercusión mediática de discursos que alertan sobre las consecuencias disruptivas de la digitalización en términos de desempleo masivo”<sup>23</sup>. Sin embargo, más recientemente hay otros estudios que afirman que el impacto numérico de las tecnologías innovadoras en el empleo aunque es

<sup>18</sup> ROCHA SÁNCHEZ, F. (2017): “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de adaptación”, en *Futuro del Trabajo: Trabajo decente para todos*, núm. 3, 2017, p. 2.

<sup>19</sup> ØSTERGAARD, E. H., fundador de Universal Robots, indica los rasgos de la industria 5.0 en *Welcome to industry 5.0. The “human touch” revolution is now under way*, consultable en: [https://info.universal-robots.com/hubfs/Enablers/White%20papers/Welcome%20to%20Industry%205.0\\_Esben%20%C3%98stergaard.pdf?submissionGuid=00c4d11f-80f2-4683-a12a-e821221793e3](https://info.universal-robots.com/hubfs/Enablers/White%20papers/Welcome%20to%20Industry%205.0_Esben%20%C3%98stergaard.pdf?submissionGuid=00c4d11f-80f2-4683-a12a-e821221793e3).

<sup>20</sup> SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2022): 2. “Derecho del Trabajo, inteligencia artificial y robótica”, en AAVV, *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, F. Llano Alonso (Dir.), editorial Laborum, Murcia, 2022, pp. 359-380.

<sup>21</sup> BRAÑA PINO, F. J. (2020): “Cuarta revolución industrial, automatización y digitalización: una visión desde la periferia de la Unión Europea en tiempos de pandemia”, *Nueva Época*, 4/2020.

<sup>22</sup> WIDUCKEL, W. y ASCHENBRENNER, D. (2020): “Digital, transformativ, innovativ – Agenda für die Zukunftsfähigkeit Bayerns“, Managerkreis der Friedrich-Ebert-Stiftung Friedrich Ebert Stiftung, <http://library.fes.de/pdf-files/managerkreis/16910.pdf>.

<sup>23</sup> ROCHA SÁNCHEZ, F. (2022). “El (emergente) papel del diálogo social en la gobernanza de la dimensión laboral de la digitalización”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 368.

difícil de evaluar, lo más probable es que sea menos severo de lo que se discute a menudo, ya que la mayoría de esas nuevas e innovadoras tecnologías analizadas muestran cierto potencial tanto para la creación de puestos de trabajo (en particular, puestos de trabajo más cualificados relacionados con el manejo de datos, la ciencia y el análisis) como para la pérdida de puestos de trabajo (en particular, puestos de trabajo caracterizados por un alto nivel de tareas rutinarias automatizables)<sup>24</sup>. En todo caso, aun sin tener certeza sobre su alcance actual y sobre todo futuro, lo que resulta evidente es la progresiva automatización y digitalización de tareas y ocupaciones en todos los sectores de actividad.

Es por tanto una cuestión controvertida, ya que incluso con el manejo de estadísticas sobre empleo y desempleo, no se puede tener la seguridad sobre la causa y concausas que han podido provocar la pérdida de empleos, dada la posible influencia de otros factores y cambios. Incluso en sectores con alto grado de digitalización, las cifras de pérdidas de empleo varían según territorios en función de las estrategias y políticas seguidas.

En otros casos, hay estudios que afirman que la digitalización en muchos casos no ocupa al completo el puesto de trabajo haciéndolo desaparecer, sino que afecta a tareas concretas del mismo, modificando los contenidos del puesto de trabajo, y las cualificaciones exigidas, por lo que para poder conocer, explicar o intervenir en los procesos de digitalización y abordar sus efectos sobre el empleo, es imprescindible no analizar las realidades organizativas de las empresas desde ese enfoque basado en las ocupaciones, sino desde una observación de los puestos de trabajo efectivos y de sus tareas, desde la observación “micro” de las interacciones entre el factor/trabajo humano y las unidades concretas de la tecnología o dispositivo de la Industria 4.0<sup>25</sup>.

En esta tesitura, cobra especial importancia en el proceso de digitalización de las empresas la participación mediante la negociación colectiva y el conocimiento de los interlocutores sociales de la situación real de los sectores económicos y de las empresas en un determinado territorio.

#### 4. LA NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE DIGITALIZACIÓN

En cumplimiento del *Programa de trabajo de los interlocutores sociales europeos para 2019-2021*<sup>26</sup>, en junio de 2020, los interlocutores sociales europeos alcanzaron el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, de carác-

---

<sup>24</sup> EUROFOUND (2020), *Game-changing technologies: Transforming production and employment in Europe*, Publications. Office of the European Union, Luxembourg. [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef19047en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19047en.pdf)

<sup>25</sup> LAHERA SÁNCHEZ, A. (2021): “Digitalización y robotización del trabajo del futuro: ¿demasiadas grandes esperanzas? Una propuesta para la evaluación empírica de la calidad del trabajo digitalizado”, *Panorama Social*, N.º 34 (diciembre 2021), p. 13.

<sup>26</sup> <https://www.etuc.org/en/publication/european-social-dialogue-work-programme-2019-2021>

ter autónomo, con cuya firma evidencian su interés por no quedar al margen de la construcción de nuevas reglas que permitan la adaptación del marco regulador de las relaciones laborales al proceso de digitalización del trabajo<sup>27</sup>.

El Acuerdo establece el plazo de tres años desde su firma para su implementación, es decir, en junio de 2023, sin embargo, en España no tenemos constancia de que se haya hecho una recepción del mismo en un acuerdo interprofesional, a la fecha de entrega de este trabajo, que permita adaptar los criterios y especificaciones del Acuerdo marco europeo a la situación y nivel de digitalización del tejido empresarial español. Se constata, por el contrario, que se empiezan a introducir en algunos convenios colectivos de forma aislada, aspectos parciales de la digitalización del trabajo<sup>28</sup>, tales como la desconexión digital, la formación, el uso de dispositivos digitales para el control del trabajo, formación, derechos de información y consulta de la representación de las personas trabajadoras, etc, pero sin que obedezcan a un previo diseño estratégico de cómo incorporar a la negociación colectiva los aspectos del trabajo a los que se refiere el Acuerdo marco europeo, todo ello sin restar importancia al esfuerzo de estos ciertos avances desde la negociación colectiva. Y ello a pesar de que, de forma temprana, el Comité Económico y Social Europeo pidiera a la Comisión europea, a los Estados miembros y a los interlocutores sociales que promoviesen la aplicación rápida y adecuada del Acuerdo europeo, afirmando que “el ritmo del cambio tecnológico en el mundo del trabajo y sus nuevas formas se está acelerando y es necesario garantizar que las normas y las prácticas se adapten a las nuevas circunstancias del futuro”<sup>29</sup>.

En materia de empleo, el Acuerdo incluye el compromiso de fomento de las estrategias de transformación digital que apoyan el empleo, para conseguir entre otros el objetivo de proporcionar las condiciones para una transformación digital de las empresas que conduzca a la creación de empleo, incluido el compromiso de los empleadores de introducir la tecnología de manera que beneficie al mismo tiempo al empleo, la productividad y el contenido de la prestación de servicio y a la mejora de las condiciones de trabajo. Para los firmantes europeos, uno de los objetivos de las estrategias de transformación digital es evitar la pérdida de puestos de trabajo y crear nuevas oportunidades, entre otras cosas, mediante el estudio del rediseño de los puestos de trabajo, siendo fundamental que la tecnología digital se introduzca en consulta oportuna con los trabajadores y sus representantes, en el marco de los sistemas de

<sup>27</sup> Desarrollo un estudio detallado del citado Acuerdo en mi trabajo: “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”, Revista Temas Laborales 158/2021, pp. 213-244.

<sup>28</sup> Para un estudio específico sobre los derechos digitales en la negociación colectiva, vid. AAVV (2022): *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, Observatorio de la Negociación Colectiva, Fundación 1º de Mayo, C. Alfonso Mellado et alii (coords.), ediciones Cinca, Madrid, pp. 363 y ss (Bloque 3, coordinado por A. MERINO SEGOVIA).

<sup>29</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar» (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia portuguesa), (2021/C 220/01), DOUE de 9 de junio 2021.



relaciones laborales, para generar confianza en el proceso.

Entendemos que supone un avance importante el que exista un marco desde la propia negociación colectiva europea, que marque las directrices a seguir en todos los niveles de negociación en la transformación digital del trabajo, que permita garantizar los derechos de los trabajadores, en especial, los derechos fundamentales, y que aporte fórmulas para el mantenimiento, transición y creación de empleos. Pero este marco no puede quedar en una mera declaración programática. Transcurridos ya casi los 3 años de plazo para su cumplimiento por las organizaciones sindicales y patronales asociadas a los interlocutores sociales europeos firmantes del Acuerdo, resulta de todo punto necesaria su implementación para evitar una transformación digital que sólo obedezca a los intereses de quienes la implantan, sin una participación democrática de quienes pueden sufrir sus consecuencias negativas, lo que además no sería coherente con la intención de los firmantes del Acuerdo europeo. En este sentido, nos parece acertada la afirmación de que el proceso de transformación digital “requiere la articulación de una estrategia integral para la transición justa a la economía digital, que favorezca la creación de empleo decente, y contribuya en paralelo a prevenir y mitigar los riesgos de segmentación y exclusión social entre la población”<sup>30</sup>.

## 5. LA OPORTUNIDAD DE UN ACUERDO MARCO ESTATAL SOBRE EMPLEO Y DIGITALIZACIÓN

Hemos argumentado a lo largo de este trabajo sobre la necesidad de que, en paralelo a las políticas públicas de empleo, nacional y europea, la negociación colectiva y más ampliamente el diálogo social, tenga necesariamente presencia y participación en la gestión del empleo en el proceso de transformación digital del tejido productivo.

En este sentido, interesa destacar la importancia del momento en el que se encuentra la transformación digital en España que, junto con otros grandes cambios que están sucediendo en paralelo –como la transición ecológica y la recuperación de la crisis sanitaria–, requieren centrar el foco en la gestión o gobierno de sus posibles efectos sobre la pérdida de empleos a corto y medio plazo, dado que la posible creación de nuevos puestos de trabajo y nuevas profesiones motivadas por tal cambio es probable que se produzca a más largo plazo. Entendemos que el desarrollo de este proceso de transformación, en una fase que podríamos calificar de despegue y expansión de la digitalización en España, es un momento crucial para la toma de decisiones sobre el empleo, su mantenimiento o su pérdida, así como para la adopción de medidas alternativas –como pueden ser la recolocación, o recualificación de trabajadores, cambios de funciones, movilidad, etc.–. Es un momento clave

---

<sup>30</sup> ROCHA SÁNCHEZ, F. (2017): “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de adaptación”, en *Futuro del Trabajo: Trabajo decente para todos*, núm. 3, 2017, p. 2 y 10.

para la intervención de la negociación colectiva, no sólo en los procesos de flexibilidad interna y externa en la empresa, sino en los momentos en los que la empresa decide o necesita transformar su proceso productivo o de servicios con la implementación de tecnologías de nueva generación, que van a afectar al empleo y al trabajo.

La anterior afirmación cobra más sentido si tenemos en cuenta los estudios que afirman que “los procesos de digitalización pueden estar diseñados organizativamente para implantar una automatización de integración (*augmentation*), en la que el factor humano colabore, aprovechando sus conocimientos empíricos y tácitos de los procesos (es decir, su conocimiento productivo basado en la experiencia), con la IA, complementándola, para mejorar la productividad continuamente”. Se constata, por lo tanto, que la implementación de una digitalización que sustituya el trabajo humano o que lo integre “dependerá de las decisiones organizativas de quienes diseñan las características de esa tecnología y de las gerencias que las implantan: en concreto, del *estilo tecnológico* con el que interpreten las tecnologías digitales, bien desde un objetivo de sustitución, bien desde un objetivo de integración, o incluso desde la aplicación de ambos objetivos en fases distintas del proceso productivo de una misma organización”<sup>31</sup>.

Esto significa que el momento de la elección de la tecnología a implantar en el proceso productivo es un momento crucial, del que dependerá si esa transformación ocupará y desplazará el trabajo humano o, por el contrario, será colaborativa e inclusiva, manteniendo una interacción entre la tecnología y el trabajo humano.

Como hemos afirmado *supra*, España se encuentra en un momento incipiente de la digitalización de la producción y los servicios, pero con gran potencial de expansión por el impulso público que está recibiendo a nivel nacional y europeo<sup>32</sup>. De manera que es un momento idóneo para la adopción de un acuerdo estatal sobre empleo y digitalización en el que se fijen unas directrices generales dirigidas a ámbitos inferiores de negociación, sectoriales y de empresa. Ello permitiría una estrategia consensuada *ex ante*, sobre la intervención de la representación de los trabajadores, tal como se expresa en el Acuerdo marco europeo. Un modelo de negociación basado en un proceso circular dinámico, que pueda participar en todas las fases del proceso de transformación digital, incluido el análisis previo del impacto que puede tener en el trabajo una determinada tecnología digital antes de que sea incorporada<sup>33</sup>, así como evaluar si dicha digitalización beneficia a ambas partes,

<sup>31</sup> LAHERA SÁNCHEZ, A. (2021): “Digitalización y robotización del trabajo del futuro: ¿demasiadas grandes esperanzas? Una propuesta para la evaluación empírica de la calidad del trabajo digitalizado”, *Panorama Social*, N.º 34 (diciembre 2021), p.13.

<sup>32</sup> Sobre el grado de digitalización de las empresas españolas, vid. SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2022): “Derecho del Trabajo, inteligencia artificial y robótica”, *cit.*, pp. 362 y ss.

<sup>33</sup> SÁEZ LARA, C. (2021): “Inteligencia artificial en la empresa y negociación colectiva, en AAVV *Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital*, J. M. Gómez (Dir.), Bomarzo, Albacete, p. 26, ilustra sobre una experiencia convencional en el sector del transporte

cuáles son los riesgos de la misma, y qué medidas deben ser objeto de pacto, así como su evaluación y revisión posterior.

Un acuerdo estatal en tal sentido, permitirá lograr cierta homogeneidad en los diferentes niveles negociales y sectores en cuanto a las materias a tratar en la negociación, pero además permitirá no sólo la negociación de las condiciones de trabajo una vez implantadas en la empresa nuevas tecnologías digitales, sino también su negociación antes de su implementación, evaluando las distintas posibilidades existentes y consensuando la idoneidad y el mayor beneficio para ambas partes, pudiéndose después pactar medidas para minimizar sus riesgos para el trabajo, así como estrategias digitales que establezcan objetivos para la empresa en el futuro.

## 6. CONCLUSIONES

Ha sido el hilo conductor de este trabajo la necesidad de una participación real, democrática e innovadora por parte de la negociación colectiva en la gobernanza o gestión de los efectos de la digitalización sobre el empleo. A día de hoy, y pese a los innumerables reconocimientos por parte de las normas del valor y la importancia de la participación de los interlocutores sociales en las políticas de empleo, tanto a nivel nacional como europeo, la realidad es otra bien distinta a la hora de que dichas normas reconozcan intervenciones concretas de los interlocutores sociales, continuista, como ha venido siendo tradicionalmente, esto es: de participación institucional en organismos públicos tripartitos con funciones meramente consultivas que, pese a tener gran valor, entendemos que no es suficiente en la nueva era de la empresa digital en el marco de un nuevo paradigma técnico-económico. Consideramos de igual modo que, siendo también de gran importancia la participación y consulta de los representantes de los trabajadores en la gestión de las medidas de flexibilidad laboral por motivos empresariales, ha llegado el momento de avanzar en las funciones de la negociación colectiva hacia otros espacios por ahora algo huérfanos de participación negociada. Me refiero a la necesidad de intervenir, de pactar *ex ante* sobre cualquier medida de cambio digital que pueda afectar al empleo o a las condiciones de trabajo. En este sentido se han comprometido los interlocutores sociales europeos con la firma del Acuerdo marco europeo sobre Digitalización.

Lo anterior requiere afrontar una perspectiva más innovadora de la negociación colectiva y su potencial en la gestión de la transformación digital de la empresa. Entendemos que se debería romper la inercia de la tradicional relación de complementariedad y de complementariedad existente entre ley y convenio colectivo, que lleva a una intervención de la negociación colectiva a partir de la existencia de un previo marco normativo sobre una determinada materia. De nuevo se debe avanzar, de modo que, sin merma de las tradicionales formas de relación entre ambos tipos de normas, los negociadores en

---

en EEUU, que establece el deber de la empresa de revisar con el sindicato cualquier cambio tecnológico antes de su implementación.

todos los niveles sean conscientes de la necesidad de pactar sobre aspectos del empleo y el trabajo que tienen que ver con la digitalización de la empresa, sin quedar relegados a la espera de una norma pública que expresamente concrete los espacios que deja a la negociación –más con la finalidad de la adaptación sectorial de la norma pública, que por razones de participación democrática en las relaciones de trabajo–.

Se puede argumentar que la situación económica en plena deriva inflacionista, en un marco de elevadas tensiones políticas derivadas de una guerra en los límites de la Unión Europea, y estando aún vigente un proceso de recuperación de la economía por los efectos de la crisis sanitaria por pandemia padecida a nivel mundial, no es el momento más adecuado para que la negociación colectiva tome este renovado impulso. Baste como ejemplo recordar la falta de renovación del IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, con vigencia 2018-2020. Y, sin embargo, pese a este mismo escenario, la transformación digital no sólo no se ha detenido, sino que está experimentando una importante expansión en cuanto a su implantación en toda la sociedad, y también por tanto en el ámbito productivo y de servicios, a la par que también se expande el marco regulatorio de este fenómeno, tanto a nivel nacional como europeo. En este sentido, no cabe obviar que buena parte del marco regulatorio público sobre la digitalización se produce fuera del ámbito de las normas laborales, por lo que podría no contener suficientes instrumentos garantes de los derechos sociales y laborales<sup>34</sup>.

Cabe destacar finalmente que, en materia de empleo, como en otros aspectos laborales, la norma pública y la norma negociada son necesarias, tanto en tiempos ordinarios como como en tiempos de emergencia. Buena prueba de ello ha sido la legislación laboral excepcional aprobada durante la pandemia para evitar la pérdida de miles de empleos mediante el mecanismo de suspensión temporal de empleo por crisis sanitaria, fruto del diálogo social<sup>35</sup>. Y, en particular, en el empleo en relación con la digitalización requiere, entre otras, una importante coordinación entre ambas, así como el diálogo social permanente, y el fortalecimiento de la negociación colectiva en un marco normativo más democrático de las

---

<sup>34</sup> Para ARAGÜEZ VALENZUELA, L. (2019): *Relación laboral digitalizada: Colaboración y control en un contexto tecnológico*, Aranzadi, Estudios, Cizur Menor (Navarra), pp. 29 y ss, el análisis de ese marco regulatorio debería realizarse desde un enfoque amplio de justicia social y de derechos para evitar las desigualdades materiales entre las personas trabajadoras.

<sup>35</sup> Tal como afirman CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., (2020): “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria del coronavirus COVID-19”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales, Monográfico*, Nº 4, p. 325, el Derecho del Trabajo ha demostrado su condición de instrumento estratégico indispensable para poder afrontar la magnitud de la problemática laboral, social y económica generada por la situación de emergencia sanitaria y, sobre todo, por sus efectos en la vida social, económica y laboral.

relaciones laborales<sup>36</sup>.

Desde estas sintéticas y modestas conclusiones querría evocar una significativa afirmación —y convicción— de nuestro querido colega, el Prof. Fernando Valdés Dal-Ré (DEP), que permanece y cobra actualidad pese a que la manifestara hace ya algo más de una década, en relación al modelo de negociación colectiva en España, afirmando que “*El sistema (de negociación colectiva) se encuentra inmerso, ya desde hace años, en un proceso de cambio extenso e intenso. Por lo pronto, es un proceso y no, aún, una realidad acabada (...) es un modelo en construcción o, tal vez, en revisión en el que los elementos de continuidad dialogan o pugnan con los de transformación*”<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Vicente Peralta, M. C. Y Rocha Sánchez, F. (2020): “El papel de la negociación colectiva en la forja de una «normalidad mejor»”, *Trabajo y Derecho* 12/2020.

<sup>37</sup> VALDÉS DAL RÉ, F. (2000): “El sistema español de negociación colectiva, entre la continuidad y el cambio”, *Revista de Relaciones Laborales*, Nº 8, Sección Editorial, Quincena del 15 al 30 Abr. 2011, Año 27, pág. 93, tomo 1.



LOS MECANISMOS DE ADAPTACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL  
EMPLEO Y SU IMPACTO EN LAS PERSONAS TRABAJADORAS DE  
MAYOR EDAD

MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidade de Vigo  
belendocampo@uvigo.es*

## **SUMARIO**

1. LAS PERSONAS TRABAJADORAS DE MÁS EDAD COMO COLECTIVO VULNERABLE Y OBJETO DE DISCRIMINACIÓN. 1.1. La empleabilidad y los colectivos de atención prioritaria en la vigente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. 1.2. Los prejuicios *edadistas* del colectivo de trabajadores maduros como germen de comportamientos discriminatorios. 2. LA PROYECCIÓN DE LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EMPRESARIAL SOBRE LOS TRABAJADORES MADUROS: PROBLEMAS Y SOLUCIONES. 2.1. La preservación y pervivencia del empleo a través de una adecuada gestión del cambio. 2.2. Los mecanismos de flexibilidad interna empresarial y la edad madura de las personas trabajadoras. 3. CONCLUSIÓN.



## 1. LAS PERSONAS TRABAJADORAS DE MÁS EDAD COMO COLECTIVO VULNERABLE Y OBJETO DE DISCRIMINACIÓN

### 1.1. La empleabilidad y los colectivos de atención prioritaria en la vigente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo

La recientemente aprobada Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo<sup>1</sup>, en su art. 50, incluye entre los colectivos de “atención prioritaria para la política de empleo” a los “mayores de cuarenta y cinco años” habida cuenta sus especiales dificultades “para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad”. En esta condición, el colectivo será objeto de “programas específicos” destinados al fomento de su empleo, con el objeto de promover una atención específica hacia sus integrantes en lo que atañe a la “planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo”, cuya adopción corresponde a los poderes públicos competentes –Estado y Comunidades Autónomas– de acuerdo con los preceptos constitucionales y estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea y en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo<sup>2</sup>. La condición de colectivo prioritario determinará, además, el establecimiento de objetivos cuantitativos y cualitativos con perspectiva de género, que deberán establecerse simultáneamente a su identificación<sup>3</sup>.

Naturalmente que el grupo de personas mayores de cuarenta y cinco años no conforma en exclusiva el único colectivo de atención prioritaria para la política de empleo en la Ley 3/2023, lo cual no es ninguna novedad. La existencia de grupos de trabajadores con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo, fue, desde siempre, objeto de especial atención por el legislador. Ya la Ley de Empleo del año 1980 había considerado la posibilidad de regular programas destinados a fomentar el empleo de los

---

<sup>1</sup> BOE de 1 de marzo de 2023.

<sup>2</sup> En el párrafo primero del art. 50.1 de la Ley 3/2023 están perfectamente descritos todos estos objetivos.

<sup>3</sup> La inclusión de la perspectiva de género en los objetivos cualitativos y cuantitativos de los colectivos prioritarios de la política de empleo está prevista en el párrafo segundo del art. 50.2 de la Ley 3/2023.

trabajadores con dificultades de inserción en el mercado de trabajo, entre los que se incluían a los “trabajadores mayores de cuarenta y cinco años”<sup>4</sup>. Unos años más tarde y ya en el ámbito europeo, con ocasión del lanzamiento de la Estrategia Europea de Empleo aprobada en el año 1997 en la Cumbre de Luxemburgo, se promovió la integración de las personas desfavorecidas en el mercado de trabajo a través de la adopción de una serie de medidas tendentes a su beneficio, favoreciendo su inserción social y evitando toda forma de discriminación. Los colectivos destinatarios eran los jóvenes, los discapacitados, las mujeres, los inmigrantes y los parados de larga duración. Retomando el plano interno, no hay que olvidar que la ahora derogada Ley de Empleo de 2015<sup>5</sup>, que refundía la de 2003<sup>6</sup>, también contenía un precepto, el art. 30, sobre “colectivos prioritarios” que debían ser objetivo de medidas de fomento de su empleo por tratarse de grupos con “especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo”. Los destinatarios eran los jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, las mujeres, los parados de larga duración, personas con responsabilidades familiares, con discapacidad o en situación de exclusión social, inmigrantes, y, también, los mayores de 45 años.

Al margen de ciertos detalles, como puede ser la amplitud mayor o menor de los destinatarios y su sistematización, quizás, lo más relevante, es que en la actual Ley de Empleo de 2023 el concepto fundamental sobre el que se identifican los colectivos de atención prioritaria para las políticas de empleo es el de *empleabilidad*. Y ello es así porque la empleabilidad conforma el tópico sobre el que se construyen las políticas activas de empleo en la vigente disposición. Como se apunta en su Exposición de Motivos, la empleabilidad se erige en uno de sus elementos nucleares, en cuanto concepto “transversal e integrador” que aglutina “las 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”. A partir de esta definición, incluida, también, en su art. 34, la empleabilidad, tanto su mantenimiento como su mejora, se reconoce, además, “como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios de empleo”, nada menos que en desarrollo del art. 35 CE. Así lo determina expresamente el art. 35 de la Ley 3/2023, que asigna la responsabilidad de su cumplimiento al Sistema Nacional de Empleo. A tal fin, deberán estar destinadas todas las actuaciones de las entidades y organismos públicos y privados que lo integran, y no solo

---

<sup>4</sup> Art. 10 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo. Los otros colectivos considerados en dicho precepto eran: “los jóvenes demandantes de primer empleo, trabajadores perceptores de las prestaciones de desempleo, mujeres con responsabilidades familiares (...) y minusválidos”.

<sup>5</sup> Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, derogada en la actualidad por la disposición derogatoria única de la Ley 3/2023, de 28 de febrero.

<sup>6</sup> Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

en cuanto a las demandas de empleo, sino también, en lo que se refiere a las políticas de protección frente al desempleo, que servirán a la misma orientación. Para garantizar la efectividad de dicho derecho-deber y fomentar la proactividad de las personas demandantes de servicios de empleo, la Ley 3/2023, en sus arts. 36 y ss, prevé la creación de una serie de herramientas de apoyo a la toma de decisiones, entre ellas, ciertas evidencias estadísticas y cuantitativas, tales como, las tasas de empleabilidad, intermediación y cobertura. La finalidad de su consideración es, por un lado, ofrecer apoyo y fiabilidad a la labor de orientación hacia las personas en cuanto a su situación real ante el mercado de trabajo, y, por otro, identificar las personas o colectivos que están encontrando mayores dificultades para acceder al empleo. En todo caso, a la utilización de las mencionadas herramientas, se unirá la valoración de la actitud de las personas, habida cuenta el desarrollo efectivo de aquellas acciones de empleabilidad recomendadas. Finalmente, y con objeto de difundir buenas prácticas, contrastada objetivamente la utilidad para el empleo o la progresión profesional de determinadas acciones de empleabilidad desarrolladas en los distintos ámbitos territoriales del Sistema Nacional de Empleo o en otros Estados del EEE, estas integrarán el catálogo de instrumentos de empleabilidad. En cualquier caso, la mejora de las habilidades de comunicación oral y escrita, así como de manejo útil de herramientas digitales y tecnológicas se configuran por esta ley como competencias básicas para la empleabilidad. Y 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. En síntesis, se puede afirmar que la empleabilidad es la capacidad de encontrar y mantener un trabajo decente, progresar profesionalmente en él y ser capaz de adaptarse a las evolución tecnológica y condiciones del mercado de trabajo.

## **1.2. Los prejuicios *edadistas* del colectivo de trabajadores maduros como germen de comportamientos discriminatorio**

Retomando la situación del grupo de personas mayores de cuarenta y cinco años, su catalogación como “colectivo prioritario de las políticas de empleo” lo es, según el art. 52 de la Ley 3/2023, en la medida en que “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”. Sin apuntar expresamente las razones, la confluencia de la edad —más de cuarenta y cinco años— junto con la falta de empleo o el riesgo de perderlo, ha llevado al legislador a la consideración de este grupo de personas como “colectivo vulnerable”, y de ahí la necesidad de ser objeto de “atención prioritaria” en esta materia. Así lo determina el párrafo segundo del art. 50.1 de la Ley 3/2023. En fin, la vulnerabilidad de este grupo y por lo tanto su consideración como colectivo prioritario de las políticas de empleo no puede predicarse, en general, para todas las personas que superen esta franja de edad, sino tan solo para aquellos en los que además de la edad, su situación

de empleo atraviese por un estado crítico, bien sea por inexistente, bien sea por estar en un contexto próximo a perderlo por alguna de las razones que se expondrán en este trabajo. Con la vista puesta en la ansiada empleabilidad, elemento nuclear de la Ley 3/2023, son otros muchos los colectivos de personas que la nueva norma también califica de “vulnerables” y por lo tanto objeto de “atención prioritaria” en materia de empleo. Es más, si se compara con la Ley de 2015, las novedades son muchas, aunque en algunos supuestos sean solo producto de la consideración de ciertos matices y realización de ajustes, que han de valorarse muy positivamente toda vez que precisan la extensión de ciertos grupos faltos de concreción. Así sucedía cuando la Ley de 2015 se refería a las personas con discapacidad o personas en situación de exclusión social, entre otros. Las concreciones y especificaciones realizadas por la Ley de 2023 son muy positivas resultando un listado mucho más clarificador y acorde con la realidad presente en nuestra sociedad. En definitiva, entre los grupos novedosos destacan los siguientes: personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales<sup>7</sup>.

Edad y vulnerabilidad son dos tópicos que pocas veces discurren por caminos separados y ello porque casi todas las etapas de la vida por las que atraviesan las personas, en su faceta social o pública, conllevan aparejados una serie de prejuicios o estereotipos que las “encasillan”<sup>8</sup> como titulares de un determinado y concreto comportamiento, actitud o disponibilidad para hacer o no hacer algo, lo que, aunque a veces provoca sentimientos positivos, la mayor parte de las veces genera rechazo o sentimientos negativos. Es más, el propio significado gramatical del término *prejuicio* se vincula con un juicio o idea, “por lo general desfavorable (...) acerca de algo que se conoce mal”<sup>9</sup>. No sucede lo mismo con el de *estereotipo*, cuyo elemento esencial es

---

<sup>7</sup> Véase el listado completo de colectivos con todas sus especificaciones en el art. 50.1 de la Ley 3/2023.

<sup>8</sup> El término “encasillar” es utilizado para esta situación por CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B., “Capítulo I. Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Informe elaborado por la Fundación HelpAge Internacional España, Barcelona, 2022, p. 26.

<sup>9</sup> Diccionario RAE.

su condición “inmutable”<sup>10</sup>. En lo que se refiere a la edad, ese sentimiento negativo lo es, a veces, porque se considera que esa persona no ha alcanzado la mínima que se exige para la realización de una actividad. En otras, porque aún alcanzándola se la tilda de demasiado joven, lo que, automáticamente, se conecta con la falta de experiencia y madurez. En el lado contrario, se sitúa la persona que ha superado los años que se consideran apropiados para llevar a cabo determinada encomienda o función considerando la que presenta como excesiva y, por lo tanto, inadecuada. En síntesis, el denominador común de todas estas situaciones, y otras más que podrían aquí citarse, es la edad inapropiada de la persona de que se trate en base a los “prejuicios edadistas”<sup>11</sup> existentes en la sociedad, lo que las coloca en la situación de vulnerabilidad antes aludida, en parte, porque van a ser destinatarias de comportamientos discriminatorios.

Aunque de aparición normativa bastante tardía, en la actualidad, la discriminación por edad ya goza de cierto reconocimiento en algunas de las disposiciones normativas internacionales y europeas vigentes, así como en nuestro ordenamiento jurídico interno. En el ámbito europeo, hay que referir, sin duda, la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, donde se contempla, además, la prohibición de discriminación por religión o convicciones, por discapacidad y por orientación sexual. Como es sabido, la aprobación de esa Directiva se hizo aprovechando los conceptos utilizados para la tutela de la igualdad por origen racial o étnico de la recién aprobada en ese momento Directiva 2000/43, de 29 de junio, y ambas a su vez en desarrollo del contenido del vigente art. 19 del TFUE –antiguo art. 13 TCE<sup>12</sup>–, tras su modificación en Ámsterdam. En el plano internacional, aunque no existe ningún convenio universal sobre la materia, sí existen varios instrumentos programáticos emanados de Naciones Unidas y Organización Internacional del Trabajo. De ellos, el más destacado son los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, aprobados por su Asamblea General en el año 1991<sup>13</sup>. Considerados el germen de un posterior convenio universal sobre la materia, al igual que ha sucedido con la raza o con el sexo, la esperada norma sigue sin aprobarse. En el contexto europeo hay que hacer referencia, además, a la Carta Social Europea revisada del año 1996, pues, aunque con un enfoque mejorable desde la perspectiva de la no discriminación, contempla el derecho a una adecuada protección social de las

<sup>10</sup> Diccionario RAE.

<sup>11</sup> Cfr. CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F. y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 197.

<sup>12</sup> Que dispone lo siguiente: “sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

<sup>13</sup> Resolución núm. 46/1991.

personas de edad avanzada, lo que, junto con el reconocimiento de derechos de las personas jóvenes, ha supuesto un avance importante a nivel de textos de derechos humanos. En el plano interno, hasta el año pasado, la prohibición de discriminación por edad se contemplaba, única y exclusivamente, en la norma de transposición de la Directiva 2000/78, la tan criticada, por irrelevante, Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Sin embargo, desde el año 2022, la prohibición de discriminación por razón de la edad, se encuentra regulada, al igual que otras discriminaciones, en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Más allá de que la edad aparece expresamente reconocida en su art. 2.1 como causa prohibida de diferencias de trato por discriminatorias, su art. 3, al precisar su ámbito objetivo de aplicación, menciona, en primer lugar, el “empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia” en cuanto comprende “el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo”. A continuación, refiere como segundo ámbito de aplicación todo lo que atañe al “acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público”. A diferencia de otras causas de discriminación que afectan a grupos de personas unidas por una característica determinada y que gozan de reconocimiento normativo desde mucho antes –por ejemplo, el sexo–, el hecho de que todas las personas, si alcanzan –si alcanzamos– todas las etapas de la vida, estarán –estaremos– en alguno de los grupos discriminados, ha podido ser la causa del reconocimiento normativo tardío de la edad como causa de discriminación. Como muestra interna bastante significativa de esta relegación basta observar el listado de causas prohibidas de discriminación previsto en el art. 14 CE, en el que no está incluida la edad.

La vulnerabilidad resultante de comportamientos discriminatorios por razón de la edad de las personas –bien sea por poca, bien sea por mucha– y que las acompaña permanentemente en sus relaciones sociales tiene su plasmación, como no, en su vida laboral. De hecho, no se dice nada nuevo si se afirma que la población activa más joven tiene más dificultades que otros grupos para su inserción definitiva en el mercado de trabajo<sup>14</sup>. Más allá de esta falta de estabilidad, lo que en sí es un problema, tampoco es una novedad recordar aquí que sus condiciones laborales, del tipo que sean –salario, jornada, promoción profesional, funciones...–, son peores que las que pueden disfrutar otros trabajadores. Sabido es también que los jóvenes tienen mayores posibilidades que otros de ser despedidos cuando la empresa pasa por etapas difíciles<sup>15</sup>. Los prejuicios que provocan esos resultados son, entre otros, una

<sup>14</sup> De hecho, CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B. destacan la “sobrerrepresentación de estas franjas de edad en los empleos atípicos, sobre todo –aunque no únicamente– en los contratos temporales y a tiempo parcial”, cfr. “Capítulo I. Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores...*, op. cit., p. 32.

<sup>15</sup> Muy interesantes al respecto son las reflexiones vertidas por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Condiciones laborales de los trabajadores jóvenes: precariedad, pobreza y nuevas formas de

supuesta falta de fiabilidad, menor formación, pero, sobre todo, menor experiencia, menor compromiso con la empresa y, en general, menor estabilidad personal<sup>16</sup>. En lo que atañe al otro colectivo, al de los trabajadores de más edad, los prejuicios se asocian en general a todo lo que conlleva la pérdida de facultades mentales y físicas y la pérdida del disfrute de los placeres de la vida<sup>17</sup>. A partir de esa realidad, de esta forma prejuizada, al colectivo de mayores se le suponen unos conocimientos desfasados y no actualizados a la vez que sin competencias digitales, y también una menor adaptación al cambio y a adquirir nuevas competencias y habilidades. A esto se añade, además, la creencia de que las personas trabajadoras a lo largo de su vida laboral han ido adquiriendo determinados vicios en su forma de trabajar, más allá de que a partir de cierta edad, se asume que el trabajo pasa a ocupar una posición subalterna o de segundo orden que incide negativamente en la productividad y en el rendimiento en el puesto desempeñado<sup>18</sup>. Todas estas circunstancias provocan que el colectivo de personas trabajadoras de más edad sean objetivo prioritario de reestructuraciones empresariales, con difícil retorno al mercado de trabajo. A veces, enmascaradas en falsas decisiones libres y voluntarias, resultantes, incluso, de conductas constitutivas de acoso, y en los casos más graves, de violencia en el trabajo. En el desempeño de sus tareas laborales, se constata, además, que el colectivo de trabajadores maduros tiene más dificultades que otros grupos para acceder a la formación, lo que redundará muy negativamente en su promoción profesional. También, no pocas veces, sufren un peculiar deterioro de su salud física, por su falta de consideración como grupo de especial sensibilidad en la propia normativa de prevención de riesgos laborales. Sus condiciones retributivas también sufren ciertos efectos negativos, por ejemplo, los derivados de la supresión o absorción de ciertos complementos, entre otros, la antigüedad y los que compensan la especial penosidad o gravosidad de determinados puestos. Sí es cierto que la supresión de algunos de estos complementos responde al cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación por razón de género, en especial, el de antigüedad. Pero, no es menos cierto, que en cuanto provocan un impacto adverso en el colectivo de personas trabajadoras que supere una edad determinada, su supresión deberá ser sometida al correspondiente juicio de ponderación y proporcionalidad<sup>19</sup>. Todas estas cuestiones serán analizadas a continuación,

---

empleo”, en AA.VV., *Edad, discriminación y derechos* (Coords. CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, B. y FLORES GIMÉNEZ), Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 231 ss.

<sup>16</sup> Todos estos prejuicios en CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B., “Capítulo I. Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>17</sup> Así lo resume CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F. y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Igualdad y diversidad...*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>18</sup> Sobre los estereotipos ligados al colectivo de trabajadores de más edad, véase MERINO SEGOVIA, A., “Capítulo IV. Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores...*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>19</sup> Algunas de estas discriminaciones son apuntadas por CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B., “Capítulo I. Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbi-

desde la óptica del derecho antidiscriminatorio, pero sin perder de vista el contexto de estímulo y favorecimiento a los mecanismos de flexibilidad interna empresarial que caracteriza a la normativa laboral en la actualidad, en particular, en lo que atañe a las herramientas de adaptación y mantenimiento del empleo.

## 2. LA PROYECCIÓN DE LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EMPRESARIAL SOBRE LOS TRABAJADORES MADUROS: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

### 2.1. La preservación y pervivencia del empleo a través de una adecuada gestión del cambio

Bajo la realidad dibujada en el epígrafe anterior corresponde a continuación proyectar y por lo tanto analizar la afectación –positiva o negativa– de los mecanismos de flexibilidad interna empresarial sobre los trabajadores que hayan alcanzado determinada edad. El Derecho del Trabajo contempla distintas herramientas destinadas a la adaptación de las condiciones de trabajo y al mantenimiento de la contratación de sus trabajadores. La prolongación en el tiempo de los contratos de trabajo –tracto sucesivo–, justifica, casi obliga, a la existencia de tales herramientas calificadas de flexibilidad interna empresarial, por oposición a la flexibilidad externa. Según el sentido de la respectiva disposición normativa que avale la ordenación de cada una de ellas, el poder empresarial para la adaptación del modo de prestación de servicios de sus trabajadores será, según los casos, de mayor o menor amplitud, pudiendo llegar a justificar en muchos casos modificaciones relevantes de las funciones de los trabajadores, su lugar de trabajo, la cuantía de la remuneración, incluso, llegado el caso, la extinción de la relación laboral de prestación de servicios. Como sustento de tales facultades empresariales se sitúan las distintas reformas normativas resultantes de las crisis de los últimos años –señaladamente, la financiera de 2008<sup>20</sup> y la sanitaria de 2020<sup>21</sup>– sin olvidar, por supuesto,

---

to laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores...*, *op. cit.*, p. 26 ss.

<sup>20</sup> Tras la crisis del 2008, hay que mencionar el RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, sustituido después por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Y dos años más tarde, hay que referir la aprobación del criticado RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, sustituido unos meses después por la no menos denostada Ley 3/2012, de 6 de julio.

<sup>21</sup> Desde la perspectiva legal, el punto de inicio de toda esa ordenación de urgencia fue marcado por la aprobación del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. A partir de ahí, entre las muchas y variadas normas en materia laboral, el que puso en marcha el sistema de los ERTES, tal y como se gestionaron en ese momento fue el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que incluyó medidas dirigidas a dar apoyo a las familias, y a los trabajadores y autónomos que vean minorados sus ingresos, aportar a las empresas liquidez y flexibilidad para preservar el empleo y reforzar la lucha contra la enfermedad.



los efectos en toda esta materia de la globalización y la digitalización en las relaciones laborales.

Toda esta realidad ha hecho de la gestión del cambio laboral un elemento fundamental para la preservación y pervivencia del empleo. La gestión del cambio inspira claramente el régimen de la suspensión contractual o reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción –ERTEs–, aunque costó considerarla así hasta la crisis sanitaria de 2020, en la que se reveló como alternativa a la extinción masiva de los contratos de trabajo. El éxito de la experiencia de los ERTEs justificó su fortalecimiento y reordenación en la reforma operada por RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, incluyéndose una nueva modalidad, el “mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo”, que, aunque mejorable, presenta retos muy notables. La finalidad de la reforma, como pone de manifiesto su preámbulo, es corregir de forma decidida la “temporalidad excesiva” existente en nuestro mercado de trabajo, evitando esa “rutina tan perniciosa que provoca que en cada crisis se destruya sistemáticamente el empleo”. Por tal motivo asume que su sentido “camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos”. Por otra parte, su contenido trata de descargar de la práctica, en particular, de la negociación colectiva, instrumentos que no funcionan para poder así recuperar los derechos laborales y sustentar un modelo de relaciones laborales más justo y eficaz. Ahora bien, la reforma busca también el “impulso a las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones”. Es más, continúa señalando expresamente el preámbulo que “la recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones” son las principales aportaciones que buscan transformar el mercado de trabajo para que pueda “dejar definitivamente atrás sus anomalías, asegurando la calidad del empleo y el dinamismo de nuestro tejido productivo”. Es evidente que el fortalecimiento de los ERTEs –art. 47 del ET– y el nuevo mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo –art. 47 bis del ET–, sin olvidar la nueva ordenación del contrato fijo-discontinuo, conforman los mecanismos más representativos de la ansiada flexibilidad interna. A las virtudes de tales pretensiones, la reforma presenta un elemento diferenciador con las anteriores, que permite concebir una mayor esperanza en su estabilidad y en la consecución de los efectos pretendidos, y es que ha sido avalada por el diálogo social, tras un largo proceso de negociación. En concreto, fue acordada por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, esto es, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, dando así lugar a la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con el respaldo del diálogo social.

Por último, no hay que olvidar que la “flexibilidad y la estabilización del empleo” conforman una de las líneas integrantes de las propuestas de reforma contenidas en el Componente 23, “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo” del Plan de Recuperación, Trans-

formación y Resiliencia de 2021 del Gobierno de España<sup>22</sup>, que se autocalifica como “un paquete equilibrado y coherente de reformas estructurales”. En concreto, tales ideales se incluyen en su propuesta de reforma número 6 a lo que se añade la necesidad de “recualificación de trabajadores en transición”.

## 2.2. Los mecanismos de flexibilidad interna empresarial y la edad madura de las personas trabajadoras

Al igual que cualquier otra condición susceptible de ser objeto de comportamientos discriminatorios, la edad de los trabajadores ha de ser tenida en cuenta en el momento de organizar, estructurar y determinar las condiciones de trabajo, tanto físicas como organizativas, que van a regir el modo en el que se van a desarrollar las relaciones laborales en cualquier empresa, lo que debe incluir, también, los mecanismos de adaptación y mantenimiento del empleo. Sin embargo, no parece que esto suceda siempre así, por lo menos en lo que se refiere a los trabajadores maduros, en parte, porque más allá del derecho discriminatorio, son muchas las carencias existentes en la normativa vigente –en todos los niveles– sobre la especial situación de vulnerabilidad de este colectivo, al contrario, de lo que sucede, por ejemplo, con los trabajadores jóvenes<sup>23</sup>. Que las personas que superen determinada edad –45, 55 años, o por la que se haya optado en cada momento– han sido tradicionalmente considerados colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, ya ha sido puesto de manifiesto con anterioridad<sup>24</sup>. Sobre este grupo de personas, los de más edad, tampoco hay que olvidar los mecanismos jurídicos que desde siempre han tendido a facilitar su salida definitiva del mercado de trabajo por jubilación, aunque cada vez sean menos en pro del envejecimiento activo de este grupo de población<sup>25</sup>. Sin embargo, nada se prevé normativamente para que las empresas los tengan en consideración, habida cuenta su especial situación de vulnerabilidad, en los procesos de adaptación de las condiciones de trabajo de su personal a las circunstancias externas, lo mismo en los mecanismos de mantenimiento y conservación del empleo, con los efectos

---

<sup>22</sup> Adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021 y valorado positivamente con posterioridad por las instituciones europeas. En un primer momento, el 16 de junio de 2021, por la Comisión Europea, y posteriormente, el 13 de julio de 2021, a través del Consejo ECOFIN.

<sup>23</sup> Repárese en toda la normativa internacional e interna sobre protección de los menores y jóvenes en el trabajo, inexistente cuando se trata de trabajadores maduros.

<sup>24</sup> *Vid. supra*.

<sup>25</sup> Como muestra significativa, entre otras, del endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión de jubilación antes de la edad ordinaria, hay que referir la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Recientemente ha sido aprobada otra reforma de pensiones, que refuerza la contributividad del sistema de pensiones. Se trata del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

que toda esta situación, habida cuenta los estereotipos y prejuicios que les rodean, les supone para ser objeto de discriminación. A ello se van a dedicar las páginas que siguen a continuación, no tanto para resolver la problemática, sino para plantearla y hacerla visible, con la idea de poder profundizar en un posterior trabajo, pues quizás debamos reconocer que las personas maduras son las grandes olvidadas de los mecanismos normativos de adaptación y fomento del empleo.

La exposición de esta problemática parece que debe comenzar con la precariedad que en un porcentaje importante puede predicarse de ciertos empleos que ocupan las personas que superan determinada edad tras permanecer inactivas durante cierto tiempo, precariedad en parte provocada por la flexibilidad que existe en la normativa reguladora del mercado de trabajo. Obviamente, no se está criticando dicha flexibilidad, sino sus efectos adversos en el colectivo de cierta edad al no ser tenidas en cuenta sus especiales circunstancias que lo hacen diferente del resto de los trabajadores. En este caso, el dato diferenciador es la especial virulencia con la que el desempleo de larga duración les afecta. Ello hace que cuando se presenta la posibilidad de una eventual ocupación, al margen de que existe cierto riesgo de quedar enmarcada en el contexto de la economía informal, es muy posible que la persona de cierta edad necesitada de un empleo sea destinataria de condiciones laborales precarias, tales como, jornada a tiempo parcial, contratos de muy corta duración, trabajo a distancia, salarios ínfimos y prestación de servicios a través de contrataciones o subcontrataciones. Ni que decir tiene que la baja remuneración de estos trabajos supone menores cotizaciones, por lo tanto, en un futuro, menores prestaciones<sup>26</sup>. Como se verá a continuación, esa misma precarización va a afectar negativamente a la adecuación de otras condiciones laborales de este personal, tales como, la formación, la participación y sus condiciones de seguridad y salud.

En lo que se refiere a la retribución de los trabajos desempeñados por el grupo de trabajadores de más edad, al margen de la problemática específica antes aludida de su escasa cuantía en las actividades más precarias, existe otro problema resultante de su falta de consideración a la hora de la aplicación de las reglas y normas laborales, pues se hace sin distinguir según sea el destinatario, o cuando se distingue lo es en aplicación del principio de igualdad para compensar a un segmento determinado y que no es el de los trabajadores maduros, que vuelven a mostrarse aquí como los grandes olvidados de la normativa laboral. Repárese por un momento en esas prácticas de la negociación colectiva o decisiones unilaterales de los empresarios que para compensar la discriminación retributiva que padece el colectivo femenino suprimen o absorben determinados complementos económicos reconocidos en

---

<sup>26</sup> La precariedad de los empleos de las personas maduras como resultado de su condición de desempleados de larga duración es puesta de manifiesto, vg., por MERINO SEGOVIA, A., "Capítulo IV. Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo", en *La discriminación de las personas mayores...*, op. cit., p. 105.

sus entidades, que si bien cumplen con la finalidad buscada, la supresión de la discriminación salarial por razón de género, pueden impactar de forma adversa en el colectivo de personas maduras. La muestra paradigmática de esta situación es la supresión del complemento de antigüedad. El reconocimiento y retribución de otros complementos retributivos tradicionales –penosidad, nocturnidad, los que premian el esfuerzo físico y todos aquellos que valoran y reconocen la cantidad de trabajo–, además de repercutir negativamente sobre el colectivo femenino, también lo hacen sobre el de trabajadores maduros, sin embargo, no parece que preocupe tanto esta realidad como la de la igualdad por razón de sexo. Desde luego, cualquier análisis que se haga al respecto debe someterse al correspondiente juicio de justificación, adecuación y proporcionalidad<sup>27</sup>.

Uno de los más efectos más perniciosos de los estereotipos y prejuicios sociales que se proyectan sobre el colectivo de personas de más edad, es su exclusión, por las razones que se verán a continuación, de los planes formativos de las empresas, con todas las consecuencias derivadas de tal realidad. La principal, los obstáculos y limitaciones a su promoción profesional. Pero también y más grave aún, una eventual obsolescencia de las aptitudes de la persona trabajadora madura y, por lo tanto, su candidatura a ser despedida de forma justificada por su empresario. Si la formación permanente de las personas trabajadoras ha sido siempre una necesidad incontestable por parte de las empresas, más lo es, si cabe, en el contexto actual, en particular, por el avance de las nuevas tecnologías y la digitalización, pero, sobre todo, por la celeridad de los cambios y avances que se producen en todos los ámbitos. De nuevo aparece aquí la necesaria flexibilidad interna de las empresas para poder ajustarse a los cambios a través de la adaptación de su personal y así poder mantener el empleo. Sin embargo, en el panorama actual, la formación de los trabajadores maduros nos presenta otra realidad justificada en su teórica falta de aptitudes, falta de disponibilidad al cambio, menor capacidad para la absorción de las nuevas ideas y falta de ganas de renovarse. Y esa realidad, tal y como se refleja en todos los documentos consultados, es su apartación y exclusión de los proyectos formativos de las empresas. Los prejuicios antes relacionados, junto con una presunta racionalidad económica, lleva a las empresas a ser poco proclives a invertir en acciones formativas para los trabajadores mayores, y, de existir, en facilitarles el acceso a las mismas. De fondo subyace la idea de gasto inútil por insuficiente retorno en la entidad, precisamente por la “elevada” edad de los destinatarios y por falta de habilidad para adaptarse a la novedades tecnológicas y digitales. Una eventual discriminación por razón de edad está excluida de ese comportamiento toda vez que existe la idea de que la formación se ofrece solo o mayoritariamente

---

<sup>27</sup> Sobre las condiciones retributivas, en particular, todo lo relativo a los complementos salariales y la edad madura de las personas trabajadoras, véase CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B., “Capítulo I. Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores...*, op. cit., p. 30.

a las personas trabajadores jóvenes, porque la requieren por ser de reciente ingreso, lo que no le sucede a las más veteranas por tener un conocimiento cabal de su trabajo. Obviamente esta idea no tiene en cuenta la evolución de la realidad en el tiempo. Y lo que es peor, ofrecer una formación generalizada sin distinguir las necesidades pedagógicas de estas personas pueden llevar al fracaso, por lo tanto, a su autoexclusión, y asunción de su incapacidad para evolucionar y mejorar<sup>28</sup>.

La falta de formación que actualice las competencias y habilidades de los trabajadores de más edad y, por lo tanto, la dificultad, en ocasiones, de responder a las demandas y necesidades de la empresa, genera, no pocas veces, frustración, desilusión, apatía, sentimiento de inferioridad, en general, vulnerabilidad del colectivo y en consecuencia una especial receptividad a ser destinatario de conductas constitutivas de acoso, por mucho que la doctrina judicial y la negociación colectiva no den muestras de su existencia, al centrarse, fundamentalmente, en el acoso sexual y acoso por razón de sexo. Sin embargo, el acoso por razón de edad de los trabajadores maduros existe y en su manifestación más grave puede llegar a producir la extinción del contrato de trabajo en el marco de expedientes de regulación de empleo llevados a cabo en las empresas, eso sí, normalmente, bajo la apariencia de una decisión libre y voluntaria del afectado que se acoge a la extinción de su relación contractual. Pero es que el trabajador “opta” por esa decisión al no poder o no querer responder a las medidas de flexibilidad interna para la adaptación y mantenimiento de su contrato, a veces por no tener la capacidad, pero otras por ser desproporcionadas a sus aptitudes y expectativas. Como es fácil imaginar, esto sucede cuando el trabajador es destinatario de un cambio de puesto de trabajo o cambio de funciones de carácter extraordinario, una movilidad geográfica que le altera su vida personal, etc.

La mención anterior al acoso por razón de edad, en cuanto riesgo laboral que puede afectar a la salud de los trabajadores de más edad, hace que se traiga aquí a colación en este ámbito sus condiciones de seguridad y salud laboral. Al respecto, es una evidencia que la tendencia a alargar la vida laboral de las personas trabajadoras hace que el proceso natural de envejecimiento quede ineludiblemente conectado con el desempeño de su vida profesional, tanto a nivel físico, psíquico como emocional y que ello deba ser tenido en cuenta en la gestión preventiva de la empresa. Sin embargo, vuelve a suceder que la omisión del legislador en esta materia es evidente, pues al contrario de lo que acontece con otros colectivos –de nuevo hay que volver a citar aquí al de jóvenes, sin dejar atrás, por supuesto, el de las mujeres embarazadas o tras parto reciente–, el de las personas trabajadoras maduras no se tienen en cuenta, a no ser que los consideremos especialmente sensibles, de acuerdo con la

---

<sup>28</sup> Sobre todas estas cuestiones, véase CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B., “Capítulo I. Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, y MERINO SEGOVIA, A., “Capítulo IV. Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores...*, op. cit., p. 30 y 105, respectivamente.

normativa de prevención de riesgos laborales. En todo caso, el precepto y su alcance es insuficiente para todas las patologías que rodean a gran parte de las personas cuando alcanzan determinada edad. Tampoco nada se prevé sobre los riesgos psicosociales y su afectación a este colectivo, sin duda, enfrentado en su trabajo a una tecnología y digitalización novedosa que no siempre es fácil de asumir.

### 3. CONCLUSIÓN

Con la presente comunicación no se pretende solucionar el impacto –normalmente adverso– que muchas veces conlleva la aplicación de los diversos mecanismos al servicio de la adaptación y mantenimiento del empleo sobre el colectivo de trabajadores de más edad o de edad madura. La finalidad es mucho más modesta, pues lo único que se busca es visibilizar estos eventuales perjuicios, para llamar la atención sobre su existencia, pues debe lograrse alguna solución factible. Los motivos son varios. Pero, el fundamental, sin duda, la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, en este caso, por razón de edad, que, aunque de reconocimiento tardío –a diferencia de otras causas de discriminación–, en la actualidad ya cuenta con una regulación normativa significativa. No se olvide, tampoco, que la recientemente aprobada Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, considera a los trabajadores de cierta edad “colectivos de atención prioritaria para la política de empleo”. Pero es que, además, dejar que perdure la situación descrita sobre este colectivo se opone a las tendencias sociales vigentes en la actualidad, que frente al envejecimiento de la población optan por la prolongación de la vida laboral y, por lo tanto, el alargamiento de la edad de jubilación, y todo ello en un contexto productivo caracterizado por la transformación digital y la transición hacia una economía sostenible, justa, inclusiva y competitiva. Quizás, la iniciación del semestre de presidencia española del Consejo europeo, que comienza el 1 de julio de 2023, sea un buen momento para enarbolar alguna iniciativa que considere laboralmente, en atención a sus peculiaridades, a este colectivo de trabajadores tan necesario, importante y numeroso de la vieja Europa.

LA CONFIGURACIÓN DEL EMPLEO EN LA LEY 3/2023: ¿UNA  
REESTRUCTURACIÓN PARA SUPERAR LAS DEFICIENCIAS DEL  
MERCADO DE TRABAJO O SIMPLE CONTINUISMO?\*

ESTHER GUERRERO VIZUETE

*Lectora Serra Húnter*

*Universitat Rovira i Virgili*

*esther.guerrero@urv.cat*

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación de la Universitat Rovira i Virgili "Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad" reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

## **SUMARIO**

1. EMPLEO DIGNO, DE CALIDAD Y SOSTENIBLE: LOS EJES DE LA LEY 3/2023 DE 28 DE FEBRERO. 2. EL (NECESARIO) DESLINDE COMPETENCIAL EN EL ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO. 3. LA MODERNIZACIÓN DEL MERCADO LABORAL: ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS CENTRALES DE LA REFORMA NORMATIVA. 3.1. La reordenación del Servicio Público de Empleo Estatal y el mantenimiento de la colaboración público-privada. 3.2. El ¿nuevo? papel del desempleado en su proceso de activación. 3.3. La atención singularizada mediante el itinerario personalizado y la tutorización. 3.4. Los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo. 3.5. La digitalización de la gobernanza y la evaluación de las políticas de empleo. 4. CONCLUSIONES.



## 1. EMPLEO DIGNO, DE CALIDAD Y SOSTENIBLE: LOS EJES DE LA LEY 3/2023 DE 28 DE FEBRERO

La nueva Ley de Empleo reitera como idea-fuerza la modernización de las políticas de empleo. El fin al que se dirige no es otro que dotar al sistema de herramientas adecuadas que mejoren la empleabilidad de las personas demandantes de empleo, tratando de superar las mismas deficiencias (elevado desempleo, alta tasa de temporalidad, déficit de cualificación, activación del desempleado...) y proponiéndose actuar sobre los mismos ámbitos (coordinación, eficacia y eficiencia de la intermediación, empleabilidad...) que la normativa precedente, si bien sus objetivos van acompañados de unas connotaciones que no se mencionaban en ella. En este sentido, se alude a la calidad del empleo como criterio clave en la evaluación y monitorización de las políticas activas de empleo<sup>1</sup>; al nivel de vida digno de la persona demandante de empleo durante su proceso de búsqueda de empleo; al incremento de las oportunidades de acceso a un empleo asalariado o autónomo digno o a la empleabilidad, como concepto transversal, reforzando las posibilidades de conservación de un trabajo decente.

En definitiva, el objetivo es conseguir un trabajo de calidad, estable, digno y que garantice un nivel adecuado de bienestar económico, términos sobre los que la norma no delimita un concepto<sup>2</sup> lo cual dificultará la posterior y necesaria evaluación sobre su grado de cumplimiento.

---

<sup>1</sup> La Ley 56/2003 aludía en su artículo 1º entre los fines de la política de empleo a la calidad en el empleo en el sentido “de mejora cualitativa del capital humano o fuerza de trabajo aplicada a los procesos productivos; de mejora, dicho en otras palabras, de la productividad o eficiencia del factor trabajo”. MARTÍN VALVERDE, Antonio: “La naturaleza, los objetivos y el régimen jurídico de la política de empleo” en *Comentarios a la Ley de Empleo*, Valdés Dal Ré y Sobrino González (directores), La Ley, 2012, p.12.

<sup>2</sup> Cuestión que puede llegar a no ser fácil dado que, como apunta Cruz Villalón, “trabajo de calidad, trabajo digno y trabajo decente son términos es los que es difícil marcar las diferencias entre unos y otros”. CRUZ VILLALÓN, Jesús: “La centralidad del trabajo digno en un nuevo modelo social”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm.4, 2019, p. 243.

Estas referencias al trabajo digno suponen la traslación a nuestra normativa de la expresión trabajo decente considerando como tal aquel trabajo productivo en el que se protegen los derechos, se generan unos ingresos justos y está revestido de una protección social adecuada. Desde esta perspectiva, la utilización por la Ley de los adjetivos “calidad”, “estable”, “digno” acompañando al término “empleo” no es baladí, pretendiéndose con ello incidir en las condiciones en las que se ha de desarrollar el trabajo. Incluso, uno de los instrumentos de coordinación de la política de empleo, el Plan Anual de Empleo, modifica su terminología siendo ahora “Plan anual para el Fomento del Empleo digno”.

El conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas que conforman la política de empleo no solo se dirigirá a promover el acceso a un empleo digno y de calidad, sino que además deberá ser sostenible a lo largo del tiempo. La noción de sostenibilidad es utilizada por la norma para establecer como uno de los fines de la formación en el trabajo “la mejora de las competencias profesionales de las personas trabajadoras, especialmente las competencias digitales y de sostenibilidad que inciden en su desarrollo profesional y personal” (art. 33). Una persona es competente cuando es capaz de actuar y resolver los problemas a los que se enfrenta como ciudadano y como profesional a lo largo de su vida. Las competencias de sostenibilidad le permiten aprender para cambiar adaptándose a su entorno. Se reitera así un aspecto de la política de empleo ya presente en anteriores textos como es la necesidad de una formación continua, si bien, y por primera vez, se recoge en el articulado de la Ley de Empleo<sup>3</sup> como un fin propio de la formación en el trabajo para aumentar la empleabilidad.

En definitiva, esta reorientación de la política de empleo que se proyecta impulsa cambios importantes tanto en su estructura organizativa como en lo que respecta a la gestión y la necesaria coordinación, dibujando un esquema de funcionamiento pretendidamente más ágil y eficiente con el que dar respuesta a las necesidades de nuestro mercado de trabajo.

## 2. EL (NECESARIO) DESLINDE COMPETENCIAL EN EL ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

La gestión de las políticas de empleo requiere de una adecuada gobernanza, entendida ésta como “una forma de gestión específica basada en el establecimiento de una red de cooperación en diferentes niveles entre las institu-

---

<sup>3</sup> La inclusión del artículo 33 referido al Sistema de formación en el trabajo fue cuestionada en el trámite parlamentario considerándose una incoherencia técnica el introducir en la Ley de Empleo los fines de la formación en el trabajo, quedando remitidos los principios, objetivos y regulación a una ordenación específica que también estaba siendo elaborada. Véase al respecto las enmiendas núm. 63, núm.221, núm. 332 o núm. 358. Enmiendas al articulado del Proyecto de Ley de Empleo. BOCG núm. 112-4, de 16 de noviembre de 2022.

ciones, organizaciones, órganos y empresas<sup>74</sup>. La Ley de Empleo de 2003 fue muy parca a la hora de delimitar su marco competencial. De forma sucinta atribuía al gobierno, a través del Ministerio de Trabajo, la coordinación de la política de empleo y la gestión y control de las prestaciones por desempleo. A las Comunidades Autónomas (CCAA) les confería el desarrollo de la política de empleo, la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas transferidos mientras que la dimensión local de la política de empleo quedaba, en cierta medida, relegada a un papel secundario.

La actual redacción modifica sensiblemente su contenido regulando de forma separada, por un lado, la reserva competencial del Estado y por otro las competencias autonómicas y locales en materia de empleo. Con relación al ámbito de competencia estatal, llama la atención que el término ahora utilizado es el de “planificación” (art. 6) en lugar del de “coordinación”. Gramaticalmente no es lo mismo planificar que coordinar, de ahí que en el trámite parlamentario este cambio de terminología fuese visto como una vuelta al centralismo en la asunción de las competencias en materia de empleo<sup>5</sup>.

A salvo de la terminología empleada, la redacción actual deja patente que a) la política de empleo se planificará por el gobierno de acuerdo con la Estrategia Europea de Empleo; b) se mantiene la referencia a la potestad legislativa y reglamentaria del gobierno si bien se advierte de la posible afectación de las competencias de varios ministerios (no solo el de interior) en la regulación de los mismos ámbitos que se mencionaban en la norma anterior y c) la gestión y control de las prestaciones por desempleo continúan siendo una competencia exclusiva del gobierno a través del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Este último párrafo del art. 6 fue objeto de diversas enmiendas, no recogidas finalmente en el cuerpo normativo, dirigidas a introducir una excepción que contemplase una posible transferencia de la gestión y control de las prestaciones por desempleo a las CCAA. En su justificación se argumentaba que las CCAA han creado prestaciones no contributivas vinculadas a la activación laboral de sus beneficiarios, por lo que se deberían reconocer en la Ley de Empleo determinando que serán las CCAA que lo soliciten quienes coordinen su gestión, así como la gestión de las prestaciones por desempleo.

A continuación, el art. 7 recoge de forma conjunta la dimensión autonómica y local de la política de empleo señalando que, en su modelo de diseño y de gestión, deberá tenerse en cuenta las necesidades tanto del territorio autonómico y local como de las personas y entidades usuarias de los servicios de empleo. Es significativo el papel asignado a las Corporaciones Locales, reconociéndoles una singularidad institucional en la puesta en marcha y de-

---

<sup>4</sup> MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> Nieves: “La gobernanza de las relaciones de trabajo” en *El futuro del trabajo. Cien años de la OIT*, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, p. 237.

<sup>5</sup> Véase al respecto el contenido de la enmienda núm. 58 y la núm. 141.BOCG de 16 de noviembre de 2022.

sarrollo de las políticas de empleo, evitando el efecto distorsionador que, en ocasiones, había tenido la dimensión local<sup>6</sup>.

Respecto de las CCAA, el actual texto normativo transcribe el contenido del anterior, señalando como competencias transferidas el desarrollo de la política de empleo, el fomento del empleo, la ejecución de la legislación laboral y la ejecución de los programas y medidas que les hayan sido transferidos. Junto a ellas se hace mención expresa a su competencia en el desarrollo de los programas comunes que se establezcan y al diseño y desarrollo de programas propios adaptados a sus características territoriales, en línea con la competencia que tienen reconocidas para el fomento del desarrollo económico de su territorio dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional. Con esta elaboración de programas que atiendan a su realidad territorial, se avanza hacia una mejor delimitación de la política de empleo en el ámbito autonómico.

En las relaciones Estado-CCAA no han sido infrecuentes los conflictos relativos al reparto competencial en materia de empleo. En la actual redacción también se entreven problemáticas futuras al haberse reclamado durante la tramitación parlamentaria la supresión del art. 22 h), al entenderse que no ha quedado delimitada la competencia y el crédito asignado a la futura Agencia Española de Empleo para la realización de servicios y programas de activación para el empleo, ya que la Administración competente en materia de gestión de políticas activas de empleo son las CCAA. Asimismo, se ha reclamado un mejor deslinde competencial entre los diferentes niveles de las Administraciones Públicas con el fin de evitar que la Agencia Española de Empleo pueda continuar actuando en la gestión de las políticas activas de empleo en paralelo a las CCAA como venía haciendo el SEPE.

Por último, es con relación al papel que corresponde a las Corporaciones Locales donde se aprecia una mayor novedad, al reconocerse su singularidad institucional en la puesta en marcha y desarrollo de las políticas de empleo sobre la base del principio de cooperación y de la articulación de convenios con otras Administraciones, siendo de especial relevancia el desarrollo de la dimensión local de la política de empleo. Se reitera la participación de las entidades locales en el proceso de concertación territorial

---

<sup>6</sup> Esto sucedía cuando “las Corporaciones locales establecen e incluso financian con recursos propios sus programas de empleo, en algunos casos al margen de cualquier colaboración del Sistema Nacional de Empleo y de los Servicios Públicos de Empleo, con un discutible amparo legal, advertida la falta de competencia municipal sobre semejante materia”. GARCÍA QUIÑONES, Juan C.: “Políticas activas de empleo durante la crisis económica”, ed. Reus, Madrid, 2015, p. 105. En el mismo sentido, LANDA ZAPIRAIN advierte que “no es de recibo utilizar la referencia al interés local para justificar el desarrollo de una política económica local favorecedora del empleo, en paralelo a las verdaderas competencias en materia de política económica, y de fomento del empleo— que de acuerdo con la CE solo corresponden a las CCAA”. LANDA ZAPIRAIN, Juan P.: La ejecución de la política de empleo, su dimensión territorial y la Estrategia Europea del Empleo” en *Comentarios a la Ley de Empleo*, Valdés Dal-Ré y Sobrino González (directores), La ley, Madrid, 2012.

de las políticas activas de empleo mediante su representación en los órganos de participación institucional que cada CCAA decida en el ejercicio de su competencia, siendo los servicios públicos de empleo autonómicos los encargados de trasladar la dimensión territorial de las políticas activas de empleo y de determinar la representación de las entidades locales en los mismos. (art. 7.3).

En definitiva, se establece un modelo de gobernanza en el que se refuerza el ámbito autonómico y local y que requerirá, en un sistema descentralizado como es el nuestro, de adecuados cauces de colaboración y coordinación entre administraciones. Una necesidad recurrente como puede apreciarse en las distintas normas que, con anterioridad a la actual regulación, trataron de reformar con distinto alcance las políticas activas de empleo. Sirva de ejemplo el Real Decreto-Ley 3/2011 de 18 de febrero, en cuya exposición de motivos se indicaba que “ha de procurarse un mejor encaje entre la competencia normativa sobre políticas activas de empleo, que corresponde al Estado, con la de ejecución, que corresponde a las Comunidades Autónomas [...]”. Para conseguirlo, se recurrirá a los mismos instrumentos de coordinación ya utilizados (Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, Plan Anual de Fomento del Empleo Digno y Sistema público integrado de Información de los servicios empleo) reiterándose sus ejes de actuación, su composición y funcionamiento. La mayor amplitud del articulado que regula el Plan de Fomento del Empleo Digno (antes Plan Anual de Política de Empleo) no se utiliza para corregir gran parte de las deficiencias que se le han atribuido como instrumento de coordinación, entre ellas, acoger un conjunto de datos cuantitativos sobre los servicios y acciones a realizar que nada “aportan al debate político sobre el empleo”<sup>7</sup>. Mayor novedad se introduce con relación al Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo (SISPE) al que se le encomienda el registro de las ofertas y demandas de empleo registradas en las agencias de colocación colaboradoras, incluyendo a las Agencias privadas de colocación entre las entidades que “necesariamente” se integrarán en él.

### 3. LA MODERNIZACIÓN DEL MERCADO LABORAL: ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS CENTRALES DE LA REFORMA NORMATIVA

El Comité Económico y Social (CES) fue especialmente crítico en sus observaciones al anteproyecto de Ley de Empleo al advertir su escasa ambición en el sentido de “centrarse fundamentalmente en las políticas activas de empleo y las instituciones que las gestionan, pero sin poner en funciona-

---

<sup>7</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “Disfunciones y retos del sistema nacional de empleo” en *Políticas de Empleo*, Cabeza Pereiro y Fernández Prol (Coordinadores), Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 32.

miento herramientas igualmente necesarias y más adaptadas a las necesidades”<sup>8</sup>. En cierto modo, estamos ante un Ley que pone el foco de atención en la gestión de los servicios públicos de empleo y en la empleabilidad de las personas, ocupadas y desempleadas, y para ello redefine las estructuras que directamente coadyuvarán a lograr ese objetivo. Consecuentemente, se dispone que el Sistema Nacional de Empleo (SNE) será el encargado de velar por el mantenimiento y mejora de la empleabilidad de todas las personas demandantes de los servicios públicos de empleo incidiendo sobre su organización, reorientando la naturaleza jurídica del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y potenciando el papel que corresponde a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos (SPEA) en cuanto intermediarios laborales.

### **3.1. La reordenación del Servicio Público de Empleo Estatal y el mantenimiento de la colaboración público-privada**

La Ley 3/2023 transforma el SEPE en una agencia estatal<sup>9</sup> por ser su marco regulatorio “el óptimo para abordar los desafíos a afrontar en materia organizativa, tecnológica y de gestión”. Un cambio de naturaleza jurídica que ha sido criticado desde algunas instancias<sup>10</sup>.

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. Se avanza que su actuación quedará sometida a un control interno, por parte de la Intervención General de la Administración del Estado, y a un control externo por parte del Tribunal de Cuentas. Un cambio con el que dudamos que se alcance una mejor gestión, aunque como indica ALFONSO MELLADO, “lo anterior no garantiza un mejor funcionamiento, pero puede ser determinante para que se consiga”<sup>11</sup>.

La Agencia Española de Empleo estará adscrita al Ministerio de Trabajo y Economía Social y asumirá competencias ya existentes junto con otras de nuevo cuño. Su estructura organizativa será tripartita y paritaria y como área especializada de la Agencia se prevé la creación de una Oficina de Análisis del Empleo destinada, entre otras funciones, a la investigación, estudio y asesoramiento en las materias relativas a las políticas de empleo. Quizá el

<sup>8</sup> Dictamen 6/2022, sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo, sesión ordinaria del Pleno de 25 de mayo de 2022. p. 10.

<sup>9</sup> Una transformación criticada durante la tramitación parlamentaria al considerarse que ese cambio favorece la compartimentación de la Administración Pública (enmienda núm. 54) y la atribución de las funciones de los servicios públicos de empleo a un entramado institucional de tamaño desproporcionado (enmienda núm. 2). BOCG de 16 de noviembre de 2022.

<sup>10</sup> GARCÍA DÍAZ, Miguel Ángel: “Algunos comentarios sobre el proyecto de Ley de Empleo”, Apuntes 2022/30, noviembre 2022, Fundación de Estudios de Economía Aplicada. Disponible en fedea.es.

<sup>11</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: “La nueva Ley de empleo: una ley necesaria y ¿eficaz?”, BRIEF ADTSS, 8 de marzo de 2023.

buen número de órganos con competencias para analizar, asesorar o elaborar documentos analíticos o programáticos sea uno de los rasgos que deberían resaltarse de la nueva Ley. Lo cual no tiene por qué traducirse en una mejor gestión, dado que esa “espiral creciente de documentos” a generar “pueden nublar la percepción de la realidad y confundir entre plasmar por escrito unas orientaciones e incidir directamente en ella”<sup>12</sup>.

En el desempeño de sus competencias, tanto la Agencia Española de Empleo como los SPEA dispondrán de “los recursos humanos necesarios para una prestación eficaz y eficiente de los servicios [...]” (art. 29)<sup>13</sup>. Precisamente el deficiente funcionamiento de los SPEA, con una escasa tasa de éxito en la colocación laboral<sup>14</sup> es el recurrente talón de Aquiles de la política de intermediación. De ahí que la reforma laboral de 2010, primero, y la de 2012, después, abriesen este ámbito a la colaboración público-privada hasta límites hasta entonces desconocidos, habilitando la intervención de las agencias privadas con ánimo de lucro pero preservando la centralidad de los servicios públicos de empleo para evitar la sustitución de la iniciativa pública por la privada<sup>15</sup>.

La nueva regulación mantiene la intervención de entidades privadas en la intermediación si bien su ámbito de actuación resulta ampliado, ya que, junto a las agencias privadas de colocación, las entidades colaboradoras o promotoras de programas aprobados por los SPE podrán realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción laboral no teniendo, en este caso, que constituirse en agencias de colocación (art. 41).

Asimismo, se les obliga a actuar con transparencia, debiendo informar a los organismos autonómicos de empleo o a la Agencia Española de Empleo según los casos, del desarrollo de su actividad. Un deber de información que tendrá carácter anual e incluirá, como mínimo, una memoria en la que se describirán las actividades desarrolladas en el ámbito de las políticas activas de empleo debiendo contener datos numéricos y cualitativos concretos. El RD 1796/2010 por el que se regulan las agencias de colocación señalaba que esa obligación de información iba referida a los indicadores de eficacia contenidos en su DA 1ª y a su actividad económica como agencia de colocación. Habrá que esperar a un posterior desarrollo reglamentario para conocer qué datos concretos se consideran “cualitativos” a estos efectos.

---

<sup>12</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “Disfunciones y retos del sistema nacional de empleo”, ob. cit. p. 27.

<sup>13</sup> Una previsión que no es nueva, habiendo sido reiterada en normas anteriores. Sirva de ejemplo la DA 4ª del Real Decreto Ley 1/2011 de 11 de febrero.

<sup>14</sup> Véase al respecto las sucesivas Encuestas de Población Activa (EPA). En línea con años precedentes, en 2021 solo el 2% de los asalariados obtuvo su empleo con la intermediación de una oficina pública de empleo.

<sup>15</sup> La centralidad de los servicios públicos de empleo quedó asegurada al exigírseles una autorización administrativa (posteriormente sustituida por una declaración responsable) para el desarrollo de su actividad, junto con su configuración como entidades colaboradoras vinculada a la suscripción de un convenio de colaboración con los SPEA y, en todo caso, por su sometimiento al control e inspección por parte de éstos.

### 3.2. El ¿nuevo? papel del desempleado en su proceso de activación

La empleabilidad es la idea-fuerza que preside el cambio normativo definida como el conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que permitan a las personas aprovechar todo su potencial para encontrar y mantener un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a los cambios que se produzcan en el mercado de trabajo.

Debe destacarse, en primer término, su configuración como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios de empleo; esto es, se ostenta un derecho a acceder a una organización de servicios, procedimientos o medios establecidos por los poderes públicos para facilitarles un empleo<sup>16</sup> y al mismo tiempo se establece como un deber, responsabilizando 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. Una vertiente peligrosa de la empleabilidad que redirige la situación de desempleo “al ámbito de lo individual”<sup>17</sup>.

El instrumento básico para conseguir ese objetivo se articulará en torno a un catálogo de “instrumentos eficaces de empleabilidad” sin que la Ley señale cuáles serán. Tan solo apunta que su utilidad debe haber sido “debidamente contrastada a través de datos objetivos cuantitativos y cualitativos” (art. 37). Sobre la base de su contenido, se propondrán las acciones<sup>18</sup> que debe realizar cada persona en función del perfil individualizado al que tiene derecho como demandante de servicios de empleo. La indefinición preside este elemento clave para la inserción o mantenimiento laboral, al indicarse que el desarrollo de ese catálogo corresponderá al SISPE en coordinación con los sistemas nacionales de empleo de los Estados Miembros.

El objetivo de mejora de la empleabilidad se articulará a través de una serie de servicios garantizados (art. 56) entre los que figuran, en primer lugar, la elaboración de un perfil individualizado que facilite el ulterior diseño de un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado a la persona demandante de los servicios de empleo. La evaluación que permitirá elaborar el perfil individualizado se realizará en el plazo más breve posible desde la solicitud al servicio de orientación profesional sin que la norma se aventure a fijar un límite temporal más concreto.

<sup>16</sup> MONEREO PÉREZ, José L.: “La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral”, Bomarzo, 2011, p. 18

<sup>17</sup> Desde esta perspectiva de la empleabilidad puede decirse que se produce “una especie de transferencia de la responsabilidad de la contratación y del despido a la persona que trabaja, como algunas voces han venido denunciando”. RAMOS QUINTANA, Margarita I.: “Empleabilidad: una crítica al concepto desde el Derecho del Trabajo”, Trabajo y Derecho, núm. 97, 2023, p. 1.

<sup>18</sup> Las únicas acciones mencionadas en la norma se refieren a la mejora de las competencias básicas en comunicación oral y escrita y en aptitudes de manejo y aprovechamiento de las herramientas digitales y tecnológicas (art. 38).



El perfilado del desempleado tiene como objetivo principal disponer de la información necesaria para que se le puedan dirigir aquellas ofertas más acordes a sus competencias, formación y experiencia. Una de las carencias del actual sistema de intermediación laboral es el desconocimiento por parte de los SPE de la multiplicidad de ofertas de empleo existentes. Para corregir esta situación se instará a las empresas, personas y entidades empleadoras a comunicar las vacantes con las que cuenten como requisito de acceso a la información y asesoramiento sobre las modalidades de contratación y las medidas de apoyo a las mismas. Se pretende así tener un conocimiento directo de las ofertas disponibles asumiendo los SPE un papel más activo y eficiente en la intermediación laboral. No es nada nuevo ya que las empresas, en mayor o menor medida, ya efectuaban esta comunicación. De hecho, uno de los principales problemas prácticos que se plantean es que las empresas utilizan diversos canales para publicitar sus ofertas (SPE, Agencias de Colocación, redes sociales, anuncios en prensa etc.) por lo que también sería conveniente que se estableciera la obligación de informar al SPE sobre su cobertura. Estamos, no obstante, ante lo que la propia ley señala como un “compromiso” sin que se prevea sanción alguna ante su incumplimiento.

En segundo lugar, las personas demandantes de servicios de empleo tienen garantizado un servicio consistente en la tutorización individual, el asesoramiento continuado y la atención personalizada durante las transiciones laborales. Esta tutorización prestará atención a las necesidades específicas de las distintas etapas vitales, en particular aquellas que producen un mayor alejamiento del mercado laboral como la maternidad y el cuidado de personas mayores o dependientes no indicando la norma qué necesidades se consideraran específicas en las distintas etapas vitales. Una omisión que dificultará la evaluación de la tutorización facilitada.

La tutorización permitirá identificar a la persona que acompañará a la demandante de los servicios de empleo en la ejecución de su itinerario personalizado con el fin de facilitar su activación y mejorar su empleabilidad. La norma señala una serie de obligaciones que recaen sobre la persona tutora configurando un servicio que trata de establecer las pautas necesarias para impulsar un verdadero acompañamiento en la cualificación o recualificación de las personas desempleadas. Tampoco fija la norma con qué periodicidad se procederá a la actualización de la información, indicándose tan solo que la revisión se realizará a raíz del seguimiento de las actuaciones que la persona usuaria vaya llevando a cabo en ejecución de su itinerario y sin que se prevea ninguna consecuencia en caso de incumplimiento por parte de la persona encargada de la tutorización<sup>19</sup> debiendo reconducirse la posible responsabilidad fuera del ámbito laboral.

---

<sup>19</sup> Esta situación fue objeto de pronunciamiento por el Tribunal Administrativo de París en su sentencia de 11 de septiembre de 2012. En ella se resolvía la reclamación formulada por un demandante de empleo que consideró que no estaba suficientemente acompañado por el servicio público de empleo. El demandante sostenía que la falta de seguimiento de su situación, la ausencia de respuestas a sus demandas y el abandono en la actualización de su proyecto personalizado de empleo le privaban de la posibilidad de acceder efectivamente a un empleo. El Tribunal

A pesar de la redacción legal, nada nuevo se introduce en este ámbito. La Ley de Empleo de 2003 ya contenía una previsión relativa al enfoque personalizado de los servicios, de ahí que los SPEA directamente a través de los técnicos de empleo o por medio de las Unidades de Orientación profesional han venido realizando esa labor de perfilado socio-profesional a partir de la entrevista inicial que se realizaba a la persona desempleada. Del mismo modo, se reitera que corresponde a los órganos del SNE la coordinación y cooperación del SEPE y de los SPEA, procurando la vinculación entre las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo para alcanzar los objetivos de protección social y reincorporación laboral. A ello se une la colaboración público-privada que también ha penetrado en este ámbito<sup>20</sup> y son diversas las CCAA que han celebrado y tienen vigentes contratos con agencias de colocación para la realización de estas acciones de diagnóstico de la situación inicial y de acompañamiento de las personas desempleadas hasta su inserción efectiva<sup>21</sup>.

Llama la atención la previsión contenida en el art. 23 RD 818/2021 de 28 de septiembre en la que se establece que “cuando el servicio público de empleo competente recurra a la colaboración público-privada para la gestión de acciones de prospección empresarial e intermediación laboral, cada inserción laboral conseguida en el marco de este programa 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”. Una previsión que distorsionará el registro de los datos para su posterior evaluación.

### 3.3. La atención singularizada mediante el itinerario personalizado y la tutorización

El proceso de evaluación culminará en un itinerario personalizado en el que se detallarán las acciones formativas que sean adecuadas para mejorar sus competencias y cualificación o para proveerle de una formación continuada y actualizada que le permita adaptarse a los cambios del sistema productivo. Asimismo, contendrá las distintas alternativas laborales o de emprendimiento a las que pueda acceder en función de su perfil profesional e identificará las acciones de búsqueda activa de empleo que estará obligada a

---

condenó a la oficina de empleo como deudor de una obligación de medios por no acompañar al demandante de empleo.

<sup>20</sup> La Ley 3/2023 sigue la tendencia de su predecesora y dispone en su art. 61.1 que los servicios que integran la cartera común del SNE serán prestados por los servicios públicos de empleo directamente o a través de aquellas entidades públicas o privadas colaboradoras.

<sup>21</sup> El Servicio Andaluz de Empleo ha puesto en marcha una experiencia piloto de colaboración pública-privada a través de Agencias de Colocación hasta febrero de 2025 por el que se ofrecen a las personas desempleadas que lo soliciten: atención individual con una duración mínima de 60 minutos; diagnóstico y evaluación del perfil competencial incluyendo el diseño del itinerario personalizado de inserción; oferta de empleo adecuada; orientación y formación.

realizar (art. 56.c). Aquí reside una de las diferencias de la nueva regulación. Si en la anterior redacción, la necesidad del itinerario individual y personalizado era decidido por el SPE (art. 20.1) pudiendo considerar que no procedía su realización, ahora su elaboración pasa a tener un carácter obligatorio para este órgano.

A diferencia de lo dispuesto en la fase de evaluación inicial en la que no se señala un plazo de realización concreto, el itinerario individualizado deberá ser entregado a la persona demandante de servicios de empleo en el plazo máximo de 1 mes a contar desde la elaboración de su perfil y se adaptará a los cambios que se produzcan en su empleabilidad como consecuencia de la realización de las actividades previstas en el mismo. Se configura como un derecho de la persona usuaria, y, por tanto, estamos ante una obligación de hacer que asume el SPE sin que, de nuevo, se haya incluido previsión alguna en caso de un eventual incumplimiento motivada, quizá, por la vaguedad con la que la norma se refiere a los recursos humanos necesarios para una prestación eficaz y eficiente de los servicios<sup>22</sup>.

La elaboración del itinerario personalizado exigirá la suscripción de un acuerdo de actividad entre el SPE y la persona usuaria en virtud del cual el primero se compromete a proporcionar los servicios y actividades contenidos en el itinerario así como al seguimiento y acompañamiento por el tutor/a; para la persona usuaria, la suscripción de este acuerdo conlleva la asunción de una serie de compromisos dirigidos a mejorar su empleabilidad, particularmente mediante la realización de acciones de formación y/o acreditación de experiencia laboral o formación no formal dirigidas a mejorar sus competencias y cualificación profesional. Asimismo, deberá mantener una actitud activa para mejorar su empleabilidad. Se considerará que la persona usuaria cumple con este compromiso cuando realice las actividades indicadas en el itinerario o desarrolle otras por propia iniciativa. Su cumplimiento, en la forma que se determine reglamentariamente, acreditará la búsqueda activa de empleo.

Tratándose de solicitantes o beneficiarios de prestaciones o subsidios la condición de persona demandante de servicios de empleo es requisito necesario y obligatorio para el disfrute de las mismas debiendo cumplir con las obligaciones derivadas del acuerdo de actividad anteriormente mencionadas. Más allá del cambio de terminología (acuerdo de actividad vs acuerdo personal de empleo o compromiso de actividad) la realidad es que se imponen las mismas obligaciones a las personas destinatarias.

La suscripción del acuerdo de actividad ya sea de forma voluntaria u obligatoria, implicará el compromiso de aceptar una colocación adecuada. Es en este punto donde la Ley 3/2023 introduce cambios significativos. En primer término, se considerará adecuada la colocación en la profesión demandada

---

<sup>22</sup> El art. 29 simplemente señala que la dotación de las plantillas de los servicios públicos de empleo se realiza “dentro de los términos permitidos por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado”.

por la persona trabajadora de acuerdo con su formación, experiencia previa o intereses laborales. En segundo lugar, será adecuada la colocación que corresponda con su profesión habitual<sup>23</sup>, o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. La novedad introducida por la norma es que, en estos dos casos, la oferta deberá implicar un salario equivalente al establecido en el sector en el que ofrezca el puesto de trabajo.

Deja de considerarse adecuada la colocación que coincida con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a 3 meses. Se evita con ello la perpetuación de prestaciones no coincidentes con los intereses laborales o formativos de la persona y que obedecían a la necesidad vital de desempeñar una actividad retribuida. Se suprime, asimismo, la potestad discrecional que se le atribuía a la Administración en base a la cual, transcurrido un año como receptor de prestaciones, se consideraría adecuada cualquier colocación que a juicio del SPE pudiera ser desempeñada por la persona trabajadora. Se deshabilita, de este modo, una intervención administrativa muy criticada por vulnerar el principio de tipicidad de las conductas infractoras ante un eventual rechazo de la colocación unilateralmente decidida por el SPE.

En todos los casos, la colocación que se ofrezca deberá ser indefinida y con un salario que, en ningún caso, será inferior al SMI.

En el supuesto de suscripción voluntaria del acuerdo de actividad, es decir, sin ser solicitante o beneficiario de prestaciones o subsidios, se introduce un tercer elemento que permite identificar como adecuada una colocación: la que sea convenida dentro del itinerario de inserción admitiéndose tanto la colocación temporal como la colocación a tiempo parcial. Y solamente en este supuesto, se considerará adecuada la colocación que se ofrezca en una localidad que no sea la de residencia de la persona trabajadora. Se introduce así una importante rigidez en los criterios que permitirán calificar como adecuada una oferta de colocación según se haya suscrito de forma voluntaria o no el compromiso de actividad. Para los primeros se admiten como adecuadas condiciones de trabajo más precarias (oferta de contrato temporal, a tiempo parcial y en localidad distinta) que para quienes son beneficiarios o solicitantes de prestaciones o subsidios, ya que para este colectivo solo serán admisibles ofertas indefinidas y con una retribución como mínimo igual al SMI. Quizá debería el legislador haber tratado de igual forma a todos los demandantes de servicios de empleo, pudiendo ser también “adecuada” para los receptores de prestaciones y subsidios la colocación temporal y a tiempo parcial. Máxime si tenemos en cuenta que se prevé en la norma la articulación de programas de fomento del empleo

---

<sup>23</sup> La doctrina ha apuntado que se debería considerar como profesión habitual aquella en la que la persona trabajadora “se ha formado profesionalmente y ha elegido como forma de incorporarse al mercado de trabajo y obtener su medio fundamental de vida”. MELLA MÉNDEZ, L.: “El compromiso de actividad del desempleado”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, p. 102.

que permitan la compatibilización de tales prestaciones con el trabajo por cuenta propia o ajena (art. 49.1).

### **3.4. Los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo**

Siendo el empleo el principal factor de socialización, la Ley 3/2023 presta especial atención a aquellas personas que tienen especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo. El primer elemento que destacar es la ampliación de los sujetos que pasan a ser considerados como tales. Junto a los ya existentes se introducen otros colectivos que deben ser también objeto de una atención prioritaria por parte de la Agencia Española de Empleo y de los SPEA.

El elenco de nuevos colectivos prioritarios es ciertamente amplio, si bien, la mayoría de ellos no suponen más que una concreción de los ya contemplados por la norma precedente. Tal es el caso de las personas gitanas o pertenecientes a otros grupos étnicos, personas afectadas por drogodependencias u otras adicciones integrados anteriormente en el colectivo de personas en situación de exclusión social; o personas adultas con menores de 16 años o mayores dependientes a cargo integradas en el colectivo de personas con responsabilidades familiares.

Por primera vez se incluye a las personas LGTBI, en particular a personas trans, entre los destinatarios de una atención específica. La orientación sexual y la expresión de género que asume una persona es un factor de exclusión del mercado de trabajo o cuando menos un obstáculo a su integración<sup>24</sup>. Con el fin de corregir esta situación se contienen en la Ley 4/2023 de 28 de febrero una serie de previsiones tendentes a garantizar la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI si bien el acceso a determinadas acciones positivas en materia de empleo requiere de la previa constatación de la situación personal. Así se requiere del oportuno certificado en el que conste el grado de discapacidad; la condición de ser víctima de violencia de género o tener la condición de persona beneficiaria de protección internacional, entre otras. ¿Y con relación a las personas trans?

Este es el principal problema que se plantea con relación al colectivo LGTBI. La Ley de Empleo dispone que reglamentariamente se concretará, cuando sea preciso, la forma de identificar la pertenencia a tales colectivos. La matización referida a la necesidad de acreditación “cuando sea preciso” irá referida a aquellos supuestos en los que no exista una apariencia de identidad de género, como pudiera ser la condición de persona bisexual. Estamos ante una previsión controvertida desde el momento en el que esta exigencia afecta a la esfera privada de las personas sin que ningún documento pueda recoger la orientación sexual.

---

<sup>24</sup> La tasa de paro entre las personas trans es tres veces superior al de la población. Estudio exploratorio sobre la inserción sociolaboral de las personas trans. Ministerio de Igualdad, abril 2022, pp.67-68. Disponible en [www.igualdad.gob.es](http://www.igualdad.gob.es)

La STC 67/2022 de 2 de junio<sup>25</sup> establece que el derecho a la propia imagen integra también “el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con [...] el comportamiento, la voz o la estética”, por lo que la simple apariencia en el modo de vestir de la persona cuando se pueda considerar una forma de expresión de género es indicio suficiente para la inversión de la carga de la prueba en un proceso por discriminación. De ahí que, a pesar de la exigencia de acreditación requerida a otros colectivos, respecto del colectivo trans, en caso de ser visible su condición, bastará su apariencia física para acreditar por sí misma la pertenencia al mismo. En los demás casos, la simple y voluntaria manifestación de la persona interesada debería ser suficiente a estos efectos, si bien cuando no exista esa apariencia física nos moveremos en un ámbito en el que se espera una actuación de buena fe por parte de las personas interesadas.

Con relación a todos los colectivos enumerados, y teniendo en cuenta sus especiales características, se diseñarán itinerarios individuales y personalizados de empleo y cuando sea necesario, los SPE se coordinarán con los servicios sociales para prestarles una mejor atención.

### **3.5. La digitalización de la gobernanza y la evaluación de las políticas de empleo**

La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) señaló en su estudio sobre las políticas de empleo que era necesario mejorar los sistemas de información, al ser dispersos y estar más orientados a la gestión administrativa que al análisis<sup>26</sup>. Esta deficiencia trata de ser corregida reiterando a lo largo de su articulado la importancia de la información como base para el desarrollo de una adecuada gobernanza. Con este propósito, el instrumento fundamental será el SISPE que deberá garantizar a la Agencia Española de Empleo y a los SPEA el acceso y tratamiento masivo de datos con el fin de realizar el perfilado de las personas usuarias, el seguimiento, evaluación de resultados de las políticas activas de empleo y la gestión de los servicios garantizados a la ciudadanía.

La información contenida en el SISPE será la base para la toma de decisiones que estarán fundadas en el análisis de los datos y las evidencias estadísticas sirviendo, asimismo, de base para la elaboración de recomendaciones.

La gestión eficaz y eficiente de las políticas de empleo, la obtención de niveles de empleo óptimos y, en definitiva, la mejora de la empleabilidad y la competitividad de nuestro mercado de trabajo requiere de una necesaria eva-

---

<sup>25</sup> Rec. 6375/2019. En esta sentencia el Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez sobre la discriminación por razón de identidad de género y la prueba de la discriminación alegada en el ámbito de las relaciones laborales.

<sup>26</sup> Evaluación del gasto público 2018. Estudio Programa Políticas de Empleo. Disponible en airef.es, p. 16.

luación que potencie las buenas prácticas. De hecho, la necesidad de llevarla a cabo ha estado presente en los diferentes instrumentos desde hace años. Sin embargo, la obtención de información sobre el grado de cumplimiento de los objetivos previstos no ha sido una tarea ni fácil ni trasparente. Sirva como ejemplo la resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 1 de marzo de 2016 en la que se obligaba al SEPE a proporcionar al solicitante la información reclamada relativa al grado de cumplimiento por cada CCAA de los objetivos fijados en el PAPE al tratarse de una información relevante para la rendición de cuentas y el conocimiento de la toma de decisiones públicas. El SEPE se negaba a facilitarla alegando que se trataba de una información auxiliar contenida en un informe interno que permitía aplicar la causa de inadmisión del art. 18.1.b de la Ley de Transparencia.

La prioridad en la evaluación de las políticas de empleo será cuantificar el retorno social y económico de las inversiones realizadas en este ámbito, así como valorar la eficacia de las medidas de protección a las personas y a las empresas y su impacto en el mantenimiento del empleo. En esta evaluación jugará un importante papel el Plan Anual de Fomento del Empleo Digno ya que recogerá los indicadores que se utilizarán para conocer y evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos, sirviendo esta información para proceder al reparto de los fondos de empleo. Y volvemos al punto de partida. Como se expuso anteriormente, el Plan Anual es un instrumento más cuantitativo que cualitativo en el que “ningún lector del documento podrá conocer las buenas prácticas que puedan haber puesto en marcha las distintas Administraciones autonómicas”<sup>27</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La Ley 3/2023 nace con una vocación reformadora de la política de empleo apoyándose, sin embargo, en los mismos pilares ya establecidos por su predecesora. No cabe duda de que es necesario una reforma en este ámbito tomando como punto de referencia una mayor eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos, materiales y humanos, que redunde en una mayor inserción laboral. Sin embargo, pese a que apunta a la superación de las deficiencias, marca una senda continuista respecto de lo hecho hasta ahora.

Desde la perspectiva de la persona demandante de servicios, los instrumentos en los que se apoya la norma para favorecer e impulsar sus transiciones profesionales no son nuevos, aunque el establecimiento de derechos subjetivos que pueden ser jurídicamente exigibles es un aspecto a destacar junto a la figura del tutor/a que debe acompañarle en ese proceso de integración laboral evitando la despersonalización y su dilución en un simple regis-

---

<sup>27</sup> “Nada absolutamente se encuentra en relación con el análisis y recomendación de las mismas (se refiere el autor a las buenas prácticas) o de *per review* entre dos CCAA”. CABEZA PEREIRO, J.: “Disfunciones y retos del Sistema Nacional de Empleo”, ob. cit. p. 32.

tro numérico. Sin embargo, no se definen en la norma los recursos humanos con los que se prestará ese servicio por lo que se corre el riesgo de seguir desplazando esta función hacia la colaboración privada. En este sentido, sería deseable una mayor dosis de concreción por parte de las normas que desarrollen esta ley.

Desde la perspectiva de la gobernanza, lo más destacable es la transformación del SEPE en agencia estatal, la ampliación de la actuación de los SPE en el ámbito de la intermediación laboral y el establecimiento de las bases para una actuación más eficiente. El tiempo dirá si estos cambios realmente contribuyen al fin para el que se adoptaron.

Pos último, una llamada de atención a la profusión de órganos a nivel estatal y en muchos casos también autonómicos, encargados de planificar, proporcionar o analizar los datos que permitan reformular las acciones y programas de empleo que se pongan en práctica. Estamos ante un entramado de fuentes de información tan diverso que puede llegar a ser un sistema poco ágil, dificultando el principal objetivo de esta ley cuál es la elaboración de una política activa de empleo que realmente favorezca la empleabilidad de las personas, la creación de empleo, la reducción del desempleo al tiempo que impulsa la cohesión social y territorial.



**Panel F**

LAS REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL PREVISTAS  
EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN  
Y RESILIENCIA



LA NUEVA GARANTÍA DE SUFICIENCIA DE LAS PENSIONES  
PÚBLICAS ESTABLECIDA LA SEGUNDA FASE DE LA REFORMA  
DE PENSIONES (RDL 2/2023, DE 16 DE MARZO):  
UNA EVALUACIÓN DEL MANDATO CONSTITUCIONAL  
DE SUFICIENCIA (ART. 41 CE)

ENRIQUE MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ

*Profesor asociado Dr. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad Complutense de Madrid, miembro de la delegación de CCOO  
en la Mesa de diálogo social para la reforma de pensiones  
e.martinserrano@ucm.es*

## SUMARIO

RESUMEN. 1. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PENSIONES PÚBLICAS: EL EQUILIBRIO ENTRE PENSIONES SUFICIENTES, ADECUADAS Y SOSTENIBLES. 1.1. La garantía constitucional de Suficiencia (art. 41 CE). 2. MODELOS SOCIO-ECONÓMICOS DE MEDICIÓN DE SUFICIENCIA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS. 2.1. Riesgo de pobreza severa y relativa. 2.2. Ingresos por unidad de consumo. 2.3. Escalas de equivalencia. 2.3.1. *Escala OCDE o escala de Oxford*. 2.3.2. *Escala de la OCDE modificada*. 2.3.3. *Escala utilizada en el Ingreso Mínimo Vital*. 2.3.4. *Escala utilizada en las Pensiones No Contributivas*. 2.3.5. *Escala utilizada en las Pensiones mínimas contributivas*. 3. GARANTÍA DE SUFICIENCIA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS ESTABLECIDA EN EL RDL 2/2023. 4. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El modelo constitucional de pensiones se articula alrededor de la consecución equilibrada de prestaciones suficientes (art. 41 CE) y adecuadas (art. 50 CE) que, además, deben garantizarse en un marco sostenibilidad financiera que las haga posibles.

Precisamente el Plan de recuperación, transformación y resiliencia, puesto en marcha por el Gobierno de España en el marco de los nuevos instrumentos de financiación de Next Generation de la Unión Europea, en su Componente 30, dedicado a garantizar la “sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”, contempla de forma expresa que el objetivo y justificación de dicha reforma es que “el sistema de pensiones recobrará su naturaleza de elemento central de nuestro estado de bienestar mediante la derogación del Índice de Revalorización de las Pensiones y del Factor de Sostenibilidad, garantizando el poder adquisitivo de las pensiones y asegurando su suficiencia”. Sin embargo, tal reforma se ha llevado a cabo en dos fases y si bien en la primera de ellas (instrumentada a través de la *Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*), efectivamente abordó las principales reformas comprometidas en el citado Componente 30, no ha sido hasta la segunda fase (instrumentada a través del *Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones*), cuando se ha establecido legalmente una nueva garantía de suficiencia de las pensiones mínimas contributivas y las pensiones no contributivas.

El objetivo de la comunicación es el de presentar, en el marco de este modelo constitucional de pensiones públicas, una evaluación jurídico-social del alcance material que ha desplegado hasta ahora la garantía constitucional de suficiencia, fundamentalmente a través del complemento a mínimos de las pensiones contributivas y las pensiones no contributivas. Y, partiendo de ello, evaluar la reforma aprobada en el RDL 2/2013, de 16 de marzo, en sentido de determinar su alcance en relación a la consecución de los objetivos establecidos en el mandato constitucional.

En una primera fase se presenta un análisis jurídico del sistema de garantía de ingresos mínimos de las pensiones públicas conectado con los distintos modelos socio-económicos en los que cabría concretar la garantía material de suficiencia de las prestaciones.

En una segunda fase se procede a la evaluación del resultado material que ha desplegado dicho modelo, señalando sus fortalezas y debilidades.

A partir de dicha evaluación se presenta, en una tercera fase, la reforma por la que se ha aprobado en el RDL 2/2023, de 16 de marzo, la nueva garantía de suficiencia de las pensiones mínimas y las pensiones no contributivas.

## 1. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PENSIONES PÚBLICAS: EL EQUILIBRIO ENTRE PENSIONES SUFICIENTES, ADECUADAS Y SOSTENIBLES

La Constitución española (CE) de 1978 se ubica en la línea reformista que tras la Segunda Guerra Mundial impuso la centralidad de los sistemas públicos de Seguridad Social en la definición de los Estados Sociales modernos<sup>1</sup>. De este modo el modelo constitucional de pensión definido en el art. 41 CE, establece que *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*; y junto al que habría de referenciar el art. 50 CE por el que se establece que *“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad ”*

Este marco general conformado por los artículos 41 y 50 CE<sup>2</sup>, a su vez, debe ser interpretado imperativamente con arreglo al artículo 10.2 CE en relación con los artículos 93 a 96 de la propia Constitución y conectado, por tanto, con el art. 12 de la Carta Social Europea (revisada)<sup>3</sup>; lo que configura a la

<sup>1</sup> En relación al debate científico relativo a la conformación del Estado Social y su constitucionalización a partir de 1946, vid: SCHUMPTER, J. A. Capitalismo, Socialismo y Democracia. Aguilar Ediciones, México-Madrid-Buenos Aires, 1952; RUBIO LORENTE, F. “Europa y Estado Social”. Conferencia pronunciada en la Fundación Juan March, en Madrid, el 2 de diciembre de 1993, minutos 20 a 22 en: [www.march.es/conferencias/anteriores/voz.aspx?p1=22177&l=1](http://www.march.es/conferencias/anteriores/voz.aspx?p1=22177&l=1); BOURIDEU, P. Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992). Anagrama, Barcelona, 2014, p. 497; MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E. El Principio de Cooperación como solución del Estado Autnómico. Una propuesta para la reforma (constitucional, o no) del sistema público de protección social en España. Editorial Comares, Granada, 2018, pp: 1-7

<sup>2</sup> Para un análisis exhaustivo de la institución de Seguridad Social vid: ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA. Instituciones de Seguridad Social. Decimoquinta edición. Civitas, Madrid, 1997. pp: 19-53

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis, Murcia, Laborum, 2021

Seguridad Social como un derecho dotado de un contenido esencial que actúa como límite al desarrollo legal ordinario de las previsiones constitucionales<sup>4</sup>.

A su vez, la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional en orden a interpretar el conjunto del bloque constitucional<sup>5</sup> del que hablamos ha ido perfilando progresivamente la definición exacta de nuestro modelo constitucional de pensiones posibilitando una interpretación igualmente equilibrado entre los principios de adecuación/contributividad<sup>6</sup> y suficiencia/solidaridad.

En este marco la recomendación 15 del Pacto de Toledo llama al establecimiento de forma estructural de un indicador objetivo de referencia para marcar la evolución futura de las cuantías de las diversas modalidades con complemento de mínimos a fin de preservar el objetivo de suficiencia y de reducción de la pobreza.

Directamente conectada con la anterior recomendación, el Plan de recuperación, transformación y resiliencia, puesto en marcha por el Gobierno de España en el marco de los nuevos instrumentos de financiación de Next Generation de la Unión Europea, en su Componente 30, dedicado a garantizar la “sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de

---

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)”, en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dir.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental”, en RTSS. CEF, núm. 429 (2018). Y, en una perspectiva de conjunto sobre la Seguridad Social como derecho constitucional garantizado, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1995, págs. 194 y ss.

<sup>5</sup> Para un estudio sistemático de la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, vid: VALDUEZA BLANCO, M.D. *La Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional (1981-2020)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social”, en VV.AA, SEMPERE NAVARRO, A.V (DIR) y MARTÍN JIMÉNEZ, R (COORD): *EL modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dir.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M Y GONZÁLEZ ORTEGA, S: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en VV.AA, II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, PRADOS DE REYES, F.J (Coord), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

<sup>6</sup> Para un análisis pormenorizado del alcance material de adecuación/contributividad de las pensiones públicas en el marco del modelo constitucional, vid: MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, ENRIQUE “¿Es inevitable la presencia de las pensiones privadas como complementarias de las públicas? Evaluación jurídico-social del modelo constitucional de pensiones en España y su alcance práctico en relación a la reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, respecto de la pensión de jubilación” en VVAA *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Editocial Laborum, Murcia, 2022 pp: 467-498.

Toledo”, contempla de forma expresa que el objetivo y justificación de dicha reforma es que “el sistema de pensiones recobrará su naturaleza de elemento central de nuestro estado de bienestar mediante la derogación del Índice de Revalorización de las Pensiones y del Factor de Sostenibilidad, garantizando el poder adquisitivo de las pensiones y asegurando su suficiencia”<sup>7</sup>. Sin embargo, tal reforma se ha llevado a cabo en dos fases y si bien en la primera de ellas (instrumentada a través de la *Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*), efectivamente abordó las principales reformas comprometidas en el citado Componente 30, no ha sido hasta la segunda fase (instrumentada a través del *Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones*), cuando se ha establecido legalmente una nueva garantía de suficiencia de las pensiones mínimas contributivas y las pensiones no contributivas.

### 1.1. La garantía constitucional de Suficiencia (art. 41 CE)

El principio que el concepto de “suficiencia” de las prestaciones (art. 41 CE) ha de ser entendido en relación al principio de solidaridad. Esto es, la garantía pública de que las situaciones de necesidad debidamente acreditadas de personas que no han cotizado, o lo han hecho de forma insuficiente, han de verse protegidas por el sistema de Seguridad Social.

Cabría ordenar nuestro análisis a este respecto alrededor de dos debates. De un lado, la mecánica de garantía de pensiones mínimas con la que el sistema da respuesta al mandato del art. 41 CE y, de otro lado, respecto de las cuantías establecidas en relación a la propia suficiencia de dichas prestaciones.

En relación a la mecánica de la acción protectora, en este caso referida a las pensiones, nuestro sistema de Seguridad Social está articulado en dos niveles de protección: contributivo y asistencial; en el primero se reconocen prestaciones que tienen como objeto sustituir rentas del trabajo y en el segundo garantizar un mínimo vital ante situaciones de necesidad cuando las personas no han podido acceder al nivel contributivo<sup>8</sup>.

En ambos niveles despliega el mandato constitucional la obligación de garantizar prestaciones suficientes<sup>9</sup>. En el caso del nivel contributivo, me-

<sup>7</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA. Plan de recuperación, transformación y resiliencia. pg.30 disponible en: [https://www.lamocloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan\\_Recuperacion\\_%20Transformacion\\_%20Resiliencia.pdf](https://www.lamocloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf)

<sup>8</sup> ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA. Instituciones de Seguridad Social. Decimoquinta edición. op. cit. pp: 31-33

<sup>9</sup> TORTUERO PLAZA, J.L. “La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del sistema en clave continuista”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 44, 2003, pp. 33-50.



dian­te el reconocimiento de un complemento para pensiones inferiores a la mínima que alcanza a todas las clases y modalidades de pensión (art. 59 LGSS); y en el caso del nivel asistencial, mediante pensiones no contributivas para las que se establecen las modalidades de jubilación e invalidez (arts. 363 a 372 LGSS)

Aunque ambos instrumentos comparten rasgos comunes, sin embargo, la concreción del nivel de suficiencia en cada una de ellos se realiza en una suerte de “doble escalón” atendien­do al modelo de Seguridad Social de inspiración *beveriana*<sup>10</sup> que hemos constitucionalizado. De modo que se garantiza un estándar de suficiencia en el conjunto de prestaciones del sistema, pero, al mismo tiempo, establecien­do un plus de protección que reconoce el esfuerzo contributivo cuando se ha producido.

Dentro de los elementos comunes a ambos niveles de protección, destaca el requisito de encontrarse en situación de necesidad. A la postre este elemento es el nuclear para el acceso a esta dimensión de protección y se acredita cuando la persona beneficiaria carece de ingresos o éstos son inferiores a un límite determinado.

También resulta similar la duración de la prestación, que en ambos niveles se mantiene en tanto que la persona beneficiaria sigue acreditando la mencionada situación de necesidad.

Es común la cuantía máxima establecida para proteger las situaciones de necesidad vinculadas a las pensiones, que se sitúa en la cuantía general de la pensión no contributiva (484,61 €/mes en 2023). Sin embargo, en el caso del complemento por mínimos de las pensiones contributivas la protección se concreta en una prestación diferencial que, con el límite señalado, complementa la prestación contributiva a la que se ha generado derecho hasta alcanzar la cuantía de la pensión mínima que en cada caso establece cada año la Ley de Presupuestos Generales del Estado (en el caso de la pensión de jubilación para los mayores de 65 años se establece, según los casos, entre 743 €/mes y 966 €/mes en 2023)<sup>11</sup>. Mientras que en el caso de las pensiones no contributivas se reconocen por su importe nominal con carácter general.

También resulta diferente la concreción de los límites de ingresos que se han de acreditar en cada nivel de protección. El límite exigido es así más alto en el caso de las prestaciones contributivas y, por tanto, más exigentes en el caso de las prestaciones asociadas al nivel asistencial<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. William Henry Beveridge (1879-1963). La construcción de los modernos sistemas de seguridad social. *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, N.º. 4, 2015, págs. 279-305

<sup>11</sup> La Ley de Presupuestos Generales del Estado establece anualmente las cuantías de pensiones mínimas atendien­do generalmente a las diferentes clases de pensión, la edad de las personas beneficiarias y las cargas familiares que acreditan en cada caso.

<sup>12</sup> El límite de ingresos exigido para acceder a las pensiones no contributivas se establece en el importe anual de la propia prestación: 6.784,54 € anuales en 2023. En el caso del exigido para acceder a los complementos a mínimos, el importe máximo depende de la situación fami-

Así las cosas, el alcance de los instrumentos de suficiencia establecidos en el sistema de pensiones son comparativamente más altos en el caso del nivel contributivo, en una relación de personas beneficiarias de 4 a 1 con respecto a las prestaciones asistenciales; principalmente como causa de que es muy minoritario el segmento de población que queda excluido de carreras de cotización suficientes para generar prestaciones contributivas.

Las personas que son titulares de una pensión no contributivas son 0,4 millones (febrero 2023) y el presupuesto previsto para financiarlas es de 3.002 millones de euros<sup>13</sup>.

Por su parte, como muestra el cuadro siguiente, las pensiones contributivas que tienen reconocido un complemento a mínimos es de 2,1 millones (febrero 2023) a los que se dedica un presupuesto de 7.075 millones de euros. Ello significa que el 21,7% de las pensiones en vigor precisan de complementos a mínimos; una proporción que se reduce ligeramente en el caso de la pensión de jubilación y que, sin embargo, sí encuentra diferencias relevantes atendiendo al régimen de cotización en el que se han generado como consecuencia de las diferencias de esfuerzo contributivo que hemos comentado en el apartado anterior. Los complementos se hacen así más necesarios en las prestaciones originadas en el Régimen de autónomos que en el Régimen General.

CUADRO 1  
PENSIONES MÍNIMAS (TOTAL SISTEMA, AMBOS SEXOS)  
A 1 DE FEBRERO 2023

RÉGIMEN	TOTAL PENSIONES		JUBILACIÓN	
	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje
Total Sistema	2.170.455	21,69%	1.259.774	19,91%
Fuente: Seguridad Social				

La necesidad de complementos a mínimos se reduce en el caso de las nuevas altas de pensión, aunque en 2021 continuaban siendo necesarios en el 16,5% del total de nuevas altas de pensiones y en el 12,7% de las de jubilación<sup>14</sup>.

liar: en el caso de beneficiarios sin cónyuge a cargo se sitúa en 8.614 € anuales, en el caso de beneficiarios con cónyuge a cargo en 10.048 € anuales.

<sup>13</sup> Puede consultarse un resumen de las partidas presupuestarias previstas para la financiación de cada una de estas prestaciones en: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Proyecto de Presupuestos ejercicio 2023. Información complementaria. Síntesis de cifras y datos. Tomo II. pg. 17

<sup>14</sup> Dato hasta julio de 2022, vid: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Informe Económico-financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para el ejercicio 2023. Tomo III. op. cit. pg. 265

Cabría también señalar el relevante impacto que estos complementos despliegan en relación a la reducción de la brecha de género que se produce en el mercado de trabajo. Este complemento se ha constituido como un elemento estratégico a la hora de garantizar prestaciones suficientes hasta el punto de que han sido varias las prestaciones las que sucesivamente se han orientado a completar por esta vía las cuantías de las pensiones ocasionadas por mujeres. En concreto se han implementado el *Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social*, vigente entre 2016 y 2021, que fue posteriormente reformulado en el actualmente en vigor *Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género* (ambos regulados sucesivamente en el art. 60 LGSS). Dichos complementos se reconocen actualmente a algo más de 1,2 millones de mujeres pensionistas y se destina a su financiación alrededor de 1.000 millones de euros anuales.

Aunque hemos señalado los principales instrumentos que utiliza el entramado institucional y jurídico del sistema de pensiones para garantizar la suficiencia de las pensiones, cabría también traer a colación muchos otros mecanismos que contribuyen a ello de forma indirecta. Cabe destacar entre todos ellos los relacionados con la fórmula de cálculo de las prestaciones y singularmente el procedimiento de integración de lagunas (art. 248.2 LGSS) que permite complementar las carreras de cotización más precarias de las personas que acceden a la jubilación. Baste con señalar que los Presupuestos Generales del Estado atribuyen a este mecanismo un coste anual de 468 millones de euros como consecuencia directa de la complementación “solidaria” que el sistema de las carreras de cotización discontinuas que acceden a la jubilación.

Por último, también debemos señalar aquí que la revalorización de pensiones ligada al mantenimiento del poder de compra de las prestaciones cumple una función estrechamente ligada al principio de suficiencia. De no existir una fórmula que garantizase de forma automática el mantenimiento del poder de compra de las pensiones, quedaría comprometida gravemente la propia dimensión de suficiencia del sistema y su preservación quedaría en manos de la coyuntura política que prevaleciese en cada momento. La fórmula de revalorización de pensiones ligada a la inflación funciona así como un instrumento de estabilidad institucional que contribuye a preservar el principio de suficiencia establecido en el art. 41 CE.

A la vista de todo lo anterior, resulta evidente el esfuerzo que despliega el sistema público de pensiones en orden a garantizar un nivel de suficiencia en las prestaciones. Sin embargo, son habituales las críticas que señalan que, aun a pesar de todo ello, son muchas las pensiones contributivas de cuantías de cuantía muy baja.

En el gráfico 1 se presenta el perfil de cuantías que presenta la pensión de jubilación. Como hemos señalado, 1,2 millones de estas pensiones tienen reconocido complementos a mínimos. Estas personas jubiladas tienen pensiones en el rango en el que oscilan las pensiones mínimas de jubilación se sitúa entre los 693 y los 966 €/mes, según la edad y las situaciones de convivencia de los titulares.

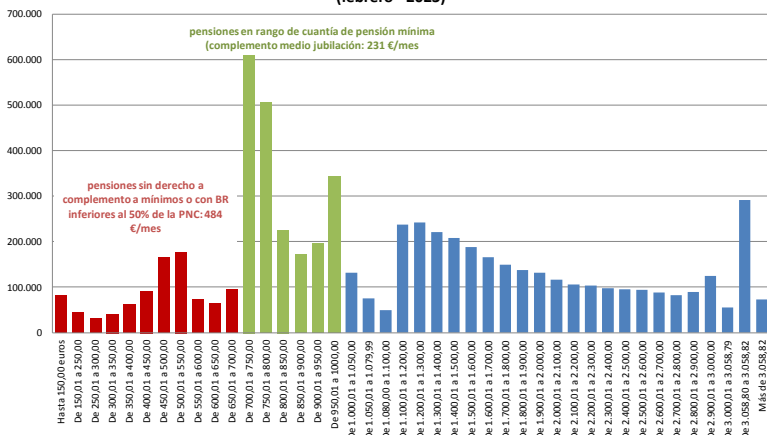
Sin embargo, hay también en torno a 1 millón de pensiones<sup>15</sup> de cuantía inferior a la pensión mínima (693 €/mes), siendo este dato uno de los que más se utilizan para señalar la insuficiencia de la protección que ofrece el sistema público de pensiones. Sin embargo, quienes utilizan este argumento hacen un análisis incompleto del mismo y olvidan que dentro de este grupo conviven, al menos, tres perfiles de pensionistas distintos.

De un lado, quienes han generado carreras de cotización escasas en duración y/o salarios que, por tanto, han dado lugar a prestaciones contributivas de bajas cuantías, pero que no se encuentran en una situación de necesidad (esto es, tienen otros ingresos adicionales) por lo que no pueden acceder al complemento a mínimos.

Un segundo grupo de personas que son beneficiarias de varias pensiones públicas (la situación más habitual es quienes compatibilizan pensión de viudedad y jubilación) que, sumadas, no dan lugar al acceso a los complementos. De modo que lo que muestra la estadística puede ser incluso la diferencia entre la cuantía de la pensión preexistente y la pensión máxima (art. 57 LGSS).

Aunque los anteriores grupos con toda probabilidad excederá con mucho esta cifra, lo que es seguro es que se encuentran en alguno de las situaciones anteriores los casi 400.000 pensionistas que tienen reconocida una pensión igual o inferior a 484,61 €/mes<sup>16</sup>, por lo que no cabe aquí criticar la escasez de sus prestaciones. Se trata en todo caso de casi la mitad de las pensiones que se suelen denunciar como excesivamente bajas.

GRÁFICO 1  
(febrero - 2023)



Fuente: elaboración propia, datos Seguridad Social

<sup>15</sup> En concreto, 925.436 pensiones en el mes de febrero de 2023.

<sup>16</sup> En las pensiones de cuantía más baja, el mero reconocimiento de un complemento a mínimos generaría una pensión de una cuantía, al menos, 1 céntimo más de la cuantía máxima de dicho complemento (421,40 €/mes).

Un tercer grupo, sin embargo, está conformado por personas que han tenido carreras de cotización precarias por las que han generado prestaciones bajas que, sumadas al complemento, no han sido capaces de alcanzar la cuantía de la pensión mínima. Esta situación se produce en los casos en los que la cuantía de la prestación contributiva es inferior a unos 259 €/mes, lo que equivale, aproximadamente, a la mitad de la cuantía máxima del complemento a mínimos; en cuantías de pensión contributiva superior a esta cifra la suma del complemento sitúa la pensión final en el rango de las pensiones mínimas.

En nuestra opinión, en este caso sí convendría ahondar en el análisis de esta situación y proponer medidas con las que, manteniendo el “doble escalón” de protección que hemos definido antes, no se desdibujen ni los incentivos a la cotización ni los mecanismos de reconocimiento de este esfuerzo contributivo, pero que sean también capaces de garantizar niveles de suficiencia para todas las personas trabajadoras que se encuentran en situación de necesidad.

Precisamente esta reflexión nos lleva a plantear el segundo debate con el que abríamos este apartado: ¿las cuantías mínimas de pensión realmente garantizan la suficiencia de las prestaciones?

Para responder a esta pregunta es necesario encontrar un indicador adecuado y suficientemente sólido. Cabe así utilizar como primera aproximación la identificación que tradicionalmente se hace entre “suficiencia” y “riesgo de pobreza”.

## 2. MODELOS SOCIO-ECONÓMICOS DE MEDICIÓN DE SUFICIENCIA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS

Partiendo de la identificación que hemos establecido entre “suficiencia y “riesgo de pobreza”, cabe precisar un modelo de garantía de suficiencia de las pensiones públicas para cuya definición es preciso establecer una serie de conceptos metodológicos previos:

### 2.1. Riesgo de pobreza severa y relativa

Si bien somos conscientes de la dificultad que entraña la medición de estas referencias, habida cuenta de las dispares metodologías posibles<sup>17</sup>, existe, no obstante, un consenso relativamente alto alrededor del indicador AROPE<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Entre otras, vid: INE. La pobreza y su medición Presentación de diversos métodos de obtención de medidas de pobreza. Instituto Nacional de Estadística, Madrid (sin fechar), disponible en: <https://www.ine.es/daco/daco42/sociales/pobreza.pdf>

<sup>18</sup> Mide la población en riesgo de pobreza y/o exclusión, su denominación corresponde a las siglas en inglés de este concepto: AROPE (At Risk of Poverty and/or Exclusion).

a la hora de instituirse como referencia internacional<sup>19</sup>. Este indicador sitúa el riesgo de pobreza relativa en las personas que perciben ingresos inferiores al 60% de la mediana de ingresos de una sociedad dada. No existe, sin embargo, el mismo grado de consenso a la hora de establecer el umbral de riesgo de pobreza severa, que, según los países y las metodologías, oscila entre el 20% y el 40% de la renta mediana.

Tomando como referencia la estadística oficial que ofrece el Instituto Nacional de Estadística (INE) a través de la Encuesta de Condiciones de Vida (ECV), según el último dato publicado (correspondiente a ingresos del año 2020)<sup>20</sup>, el umbral de riesgo de pobreza relativa en España para ese ejercicio (correspondiente al 60% de la mediana de renta) se situó en ingresos inferiores a 9.535€ anuales (794,6 €/mes). Por su parte, en lo relativo al umbral de riesgo de pobreza severa, y tomando como referencia la que utiliza la Red de lucha contra la pobreza en Europa (EAPN, en sus siglas en inglés)<sup>21</sup>, que se sitúa en la referencia más alta, cabe establecerla en el 40% de la renta mediana: 4.767 € anuales (397,3 €/mes).

## 2.2. Ingresos por unidad de consumo

Puesto que las situaciones de pobreza afectan a personas consideradas individualmente, pero éstas pueden a su vez convivir en el marco de un hogar o unidad de convivencia con otras personas (que, a su vez, pueden tener o no ingresos), se hace necesario establecer un indicador capaz de integrar los efectos de ambas dimensiones.

Cabría en este sentido adjudicar a todas las personas que integran un hogar/unidad de convivencia un reparto aritmético de la totalidad de ingresos que depende del ingreso total del hogar, conformando así un indicador de “ingresos per cápita” (calculado dividiendo el ingreso total del hogar entre el número de miembros)

Sin embargo, la estadística oficial de la Unión Europea opta por un indicador alternativo denominado “ingreso por unidad de consumo” o “ingre-

---

<sup>19</sup> Es habitual la utilización de este indicador en las estadísticas de la Unión Europea y sus países miembros en los que su diseño metodológico está incluso ligado a los nuevos objetivos de la Estrategia Europa 2030. Sin embargo, otras instituciones internacionales miden la tasa de pobreza de forma diferente, por ejemplo, la OCDE lo hace como la proporción del número de personas (en un grupo de edad determinado) cuyos ingresos están por debajo de la referencia que supone la mitad del ingreso familiar promedio de la población total, vid. OECD. Poverty rate indicators, disponible on line en: <https://data.oecd.org/inequality/poverty-rate.htm>

<sup>20</sup> Vid: Encuesta de Condiciones de Vida 2021 (datos ingresos 2020) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), cuyo resumen ejecutivo está disponible en: [https://www.ine.es/prensa/ecv\\_2021.pdf](https://www.ine.es/prensa/ecv_2021.pdf)

<sup>21</sup> EAPN. El estado de la pobreza en España 2021. Avance de resultados junio 2022. pg.4 disponible en:

[https://www.eapn.es/estadodopobreza/ARCHIVO/documentos/Informe\\_AROPE\\_2022-el-estado-de-la-pobreza-avance-resultados-junio-2022.pdf](https://www.eapn.es/estadodopobreza/ARCHIVO/documentos/Informe_AROPE_2022-el-estado-de-la-pobreza-avance-resultados-junio-2022.pdf)

so equivalente<sup>7</sup>. Este ingreso por unidad de consumo es el ingreso total del hogar dividido entre el número de unidades de consumo que conforman el hogar/unidad de convivencia.

La preferencia por el ingreso por unidad de consumo frente al ingreso per cápita se debe a que el primero tiene en cuenta otros factores tales como las economías de escala y la existencia de unidades de consumo equivalentes en el hogar/unidad de convivencia.

### **2.3. Escalas de equivalencia**

Conectado con el anterior punto, el objetivo de las escalas de equivalencia es determinar qué parte del ingreso del hogar corresponde a cada uno de sus miembros, con el fin de calcular un ingreso medio por individuo de forma más coherente.

Las escalas de equivalencia tratan de reflejar la realidad de los hogares, basándose en la existencia de economías de escala y de unidades de consumo equivalentes.

La existencia de las llamadas economías de escala en los hogares implica que el aumento del número de miembros de un hogar no tiene porque ir acompañado del mismo aumento proporcional de ingresos para conservar el mismo bienestar (por compartirse los gastos del hogar, vivienda, electrodomésticos etc.). Las teorías de unidades de consumo equivalentes en los hogares sostienen principalmente que las pautas de consumo de los niños son diferentes a las de los adultos y que esta diferencia debe reflejarse en el número de unidades de consumo del hogar.

Las unidades de consumo se calculan utilizando lo que se llama una escala de equivalencia. Existen múltiples opciones para la elección de las escalas de equivalencia. En todas ellas el número de unidades de consumo en un hogar se calcula como la suma del peso que se adjudica a cada miembro que la conforma, siendo las más utilizadas los siguientes métodos:

#### *2.3.1. Escala OCDE o escala de Oxford*

La Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE) suele utilizar la conocida también como escala Oxford. Los pesos se adjudican de la siguiente forma:

- Primer adulto: 1
- Segundo adulto y siguientes: 0,7
- Menores de 14 años: 0,5

Es decir, el número de unidades de consumo se calcula de la siguiente forma:

$$\text{N}^\circ \text{ de unidades de consumo} = 1 + (a-1) \times 0,7 + b \times 0,5$$

(a es el número de adultos y b es el número de menores)

### 2.3.2. Escala de la OCDE modificada

Eurostat suele utilizar una versión modificada de la escala OCDE. En este caso los pesos se asignan de la siguiente forma:

- Primer adulto: 1
- Segundo adulto y siguientes: 0,5
- Menores de 14 años: 0,3

Es decir, el número de unidades de consumo se calcula así:

$\text{N}^\circ \text{ de unidades de consumo} = 1 + (a-1) \times 0,5 + b \times 0,3$  en donde a es el número de adultos y b es el número de menores.

### 2.3.3. Escala utilizada en el Ingreso Mínimo Vital

Algunas prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social han optado por establecer escalas propias. Así, por ejemplo, en el caso del Ingreso Mínimo Vital, se utiliza la siguiente escala:

- Primer adulto: 1
- Segundo adulto y siguientes: 0,30
- Primer menor: 0,52
- Segundo menor y siguientes: 0,30
- Adicionalmente, utiliza un criterio límite de 1,20 para las unidades de convivencia más numerosas.

En el siguiente cuadro puede apreciarse la aplicación práctica de dicha escala.



## CUADRO 2

**Escala de equivalencia utilizada en las cuantías del IMV-2023**

Renta garantizada IMV en función de la composición de la UC(€/mes)		Adultos			
		1	2	3	4 ó más
Menores	0	565,38	734,99	904,61	1.074,22
	1	859,38	904,61	1.074,22	1.243,83
	2	1.028,99	1.074,22	1.243,83	1.243,83
	3 ó más	1.198,60	1.243,83	1.243,83	1.243,83

Escala de equivalencia utilizada IMV		Adultos			
		1	2	3	4 ó más
Menores	0	1,00	1,30	1,60	1,90
	1	1,52	1,60	1,90	2,20
	2	1,82	1,90	2,20	2,20
	3 ó más	2,12	2,20	2,20	2,20

*2.3.4. Escala utilizada en las Pensiones No Contributivas*

En el caso de las pensiones no contributivas, cuando concurren en una misma unidad de convivencia dos o más personas beneficiarias, la cuantía de cada una de las pensiones se calcula de forma que a la cuantía anual de la pensión no contributiva establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se le sumará el 70% de esa misma cuantía, tantas veces como número de beneficiarios menos uno existan en la unidad económica. El resultado se dividirá entre el número de beneficiarios con derecho a pensión, obteniéndose la cuantía individual de cada beneficiario.

La escala podría definirse así:

- Primera persona beneficiaria: 1
- Si concurren dos o más personas beneficiarias: 0,7 (en todas las pensiones)
- En caso de complemento de 75% discapacidad: 0,5<sup>22</sup>

La regla que define las situaciones de concurrencia de pensionistas responde a la siguiente fórmula.

<sup>22</sup> El complemento adicional por discapacidad de 75% o superior no se deduce en caso de pensionistas concurrentes.

$$C_n = [C + 0,7 C(m-1)] / n$$

donde  $C_n$ : es la cuantía individual de la pensión,  $C$ : la cuantía anual de la pensión,  $m$ : el número de personas beneficiarias

En el siguiente cuadro puede apreciarse la aplicación práctica de dicha escala.

CUADRO 3

**Escala de equivalencia utilizada en las Pensiones no contributivas 2023**

Pensiones no contributivas (€/mes)		Escala de equivalencia: considerando 1 = PNC jubilación
	un beneficiario/a	
Invalidez y jubilación	484,61	1,0
Cuantía PNC si 2 beneficiarios	339,23	0,7
Complemento invalidez 75% discapacidad	242,31	0,5
Pensión íntegra incrementada complemento 75% discap.	726,92	1,5

Fuente: elaboración propia, datos pensiones mínimas Seguridad Social

### 2.3.5. Escala utilizada en las Pensiones mínimas contributivas

Finalmente, la escala de equivalencia utilizada para la determinación de las pensiones mínimas contributivas puede establecerse a partir de la pensión de jubilación para mayores de 65 años en unidades económicas unipersonales.

En este caso, la complejidad que se deriva del amplio catálogo de modalidades en el que se establecen hasta 17 referencias diferentes, parece ser la causa por la que se ha establecido un modelo casuístico, en el que el legislador ha ido estableciendo la relación que debe entenderse entre las distintas clases y modalidades de pensión.

Cabría en todo caso destacar, en relación al menos a la jubilación de mayores de 65 años, un esquema mínimo definido así:

- Primera persona beneficiaria en unidad económica unipersonal: 1
- Pensionistas con cónyuge a cargo: 1,23
- Pensionistas con edad (60-64 años) inferior a la edad ordinaria de jubilación: entre 0,94 y 1,16 en función de si se tienen o no cónyuge a cargo.

En el cuadro siguiente puede apreciarse en su integridad la escala de equivalencia establecida actualmente respecto del modelo de pensiones mínimas contributivas.

## CUADRO 4

**Escala de equivalencia utilizada en las Pensiones mínimas de jubilación (2023)**

<b>Pensiones Seguridad Social contributivas de jubilación</b>	<b>Escala de equivalencia pensiones mínimas contributivas, donde 1 = Jubilación unipersonal menor 65 años</b>		
	<b>Con cónyuge a cargo</b>	<b>Unidad económica unipersonal</b>	<b>Con cónyuge no a cargo</b>
<b>JUBILACION</b>			
Edad >= 65 años	1,23	1,00	0,95
Edad < 65 años	1,16	0,94	0,88

Fuente: elaboración propia, datos pensiones mínimas Seguridad Social

### 3. GARANTÍA DE SUFICIENCIA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS ESTABLECIDA EN EL RDL 2/2023

El acuerdo de diálogo social que ha dado lugar a la segunda fase de la reforma del sistema de pensiones, finalmente suscrito el 15 de marzo de 2023 por el Ministerio de Seguridad Social y las organizaciones sindicales Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores, incluye una garantía de suficiencia de las pensiones públicas ligada al riesgo de pobreza.

En concreto, en lo relativo a las pensiones mínima contributivas, la reforma se positiviza a través de una nueva Disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) mediante la que se establece un modelo de garantía de suficiencia que cabría sintetizar en 5 elementos:

- 1) El nuevo modelo de garantía de suficiencia de las pensiones públicas se ordena a partir de las referencias principales de la pensión de jubilación de mayores de 65 años con cónyuge a cargo (que actúa como referencia superior) y la pensión no contributiva (que actúa como referencia inferior), actuando así como los extremos de las horquillas de referencia sobre las que se establece el resto de pensiones mínimas.
- 2) La cuantía mínima de la pensión de jubilación contributiva para un titular mayor de 65 años con cónyuge a cargo, una vez revalorizada según lo dispuesto en el artículo 58.2 LGSS, y que servirá de cuantía de referencia, no podrá ser inferior al umbral de la pobreza calculado para un hogar compuesto por dos adultos.

Para la determinación de dicho umbral de la pobreza se multiplicará por 1,5 el umbral de la pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos concretados para España en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de Vida del Instituto Nacional de Estadística, actualizada hasta el año correspondiente de acuerdo con el crecimiento medio interanual de esa renta en los últimos ocho años.

Se establece así la utilización de la escala OCDE-modificada (1,5), por ser la más garantista de entre las referencias internacionales que cabe utilizar.

- 3) Por su parte, respecto de Las pensiones no contributivas, la garantía de suficiencia se establece también una vez revalorizadas conforme al artículo 62 LGSS, si bien con la referencia establecida en el 75% del umbral de la pobreza de un hogar unipersonal.

El establecimiento de esta referencia supone que el umbral de riesgo de pobreza severa que cabe atribuir al nivel de protección asistencial se establezca en el 45% de la renta mediana<sup>23</sup>. Con lo que se supera incluso las referencias más progresistas utilizadas habitualmente<sup>24</sup>.

- 4) La disposición prevé que esta garantía de suficiencia entre progresivamente en vigor en un periodo transitorio entre 2024 y 2027. Se establece así que en 2024 la garantía integre el 20% de la diferencia entre la cuantía de la respectiva pensión una vez revalorizada y el correspondiente valor asociado al umbral de riesgo de pobreza actualizado; en 2025 la garantía integrará el 30% de esta diferencia; en 2026 absorberá el 50% de la diferencia; y en 2027 la garantía operará sobre el 100% de la correspondiente referencia del umbral de riesgo de pobreza.
- 5) Se establece, adicionalmente, que las pensiones con cónyuge a cargo de jubilación e incapacidad permanente cuyos titulares tengan entre 60 y 64 años se equiparán desde el año 2024 a la cuantía de la correspondiente modalidad prevista para los beneficiarios con 65 o más años. De manera que se corrige así en esta modalidad de pensión la brecha de protección que presentaban quienes accedían a la pensión antes de la edad ordinaria hasta que alcanzan dicha edad.
- 6) Por último, durante el periodo transitorio de implantación de la garantía (2024-2027), el resto de pensiones mínimas, una vez revalorizadas, se incrementarán adicionalmente cada año y en el mismo periodo en un porcentaje equivalente al 50% de la garantía de suficiencia que se aplique a las pensiones que sirven de referencia principal en este modelo (pensiones de jubilación de mayores de 65 años con cónyuge a cargo y pensiones no contributivas).

La aplicación material de este modelo, atendiendo a las previsiones de inflación previstas por el Banco de España<sup>25</sup> para los próximos ejercicios y considerando constante la evolución que ha registrado el indicador de renta

---

<sup>23</sup> Resultado de aplicar la garantía del 75% respecto del valor que supone la referencia del 60% de la renta mediana (75% de 60% = 45%)

<sup>24</sup> Recordemos, por ejemplo, que EAPN establece el umbral de riesgo de pobreza severa en el 40% de la renta mediana.

<sup>25</sup> Vid: GAVILÁN, A. Proyecciones macroeconómicas de España 2022-2025. Banco de España, (diciembre 2022). pg. 10 accesible en: <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/>

mediana que sirve para determinar el umbral de pobreza relativa en el modelo establecido<sup>26</sup>, sitúa la evolución de la pensión mínima de jubilación y la pensión no contributiva en las siguientes cuantías:

CUADRO 5

Escala de equivalencia utilizada en las Pensiones mínimas de jubilación

Nueva Garantía de suficiencia

Pensiones Seguridad Social contributivas de jubilación	Cuantías en vigor 2023 (€/mes)			Cuantías proyectadas 2027 (€/mes)		
	Con cónyuge a cargo	Unidad económica unipersonal	Con cónyuge no a cargo	Con cónyuge a cargo	Unidad económica unipersonal	Con cónyuge no a cargo
<b>JUBILACION</b>						
Edad >= 65 años	966,20	783,10	743,30	1.179,36	920,08	873,34
Edad < 65 años	905,90	732,60	692,50	1.179,36	860,75	813,66

Pensiones Seguridad Social contributivas de jubilación	Escala de equivalencia 2023			Escala de equivalencia 2027		
	Con cónyuge a cargo	Unidad económica unipersonal	Con cónyuge no a cargo	Con cónyuge a cargo	Unidad económica unipersonal	Con cónyuge no a cargo
<b>JUBILACION</b>						
Edad >= 65 años	1,23	1,00	0,95	1,50	1,17	1,11
Edad < 65 años	1,16	0,94	0,88	1,50	1,09	1,03

Fuente: elaboración propia, a partir de datos previsión inflación Banco de España y evolución prevista Renta mediana INE.

CUADRO 6

Escala de equivalencia utilizada en las Pensiones No Contributivas

Nueva Garantía de suficiencia

Pensiones No contributivas	Cuantías en vigor 2023 (€/mes)			Cuantías proyectadas 2027 (€/mes)		
	Un beneficiario/a	Dos beneficiarios/as misma unidad convivencia	Pensión íntegra complemento 75% discapacidad	Un beneficiario/a	Dos beneficiarios/as misma unidad convivencia	Pensión íntegra complemento 75% discapacidad
Un beneficiario/a PNC	484,61	339,23	726,92	589,68	412,78	884,52

Pensiones No contributivas	Escala de equivalencia respecto Umbral pobreza relativa 2023			Escala de equivalencia respecto Umbral pobreza relativa 2027		
	Un beneficiario/a	Dos beneficiarios/as misma unidad convivencia	Pensión íntegra complemento 75% discapacidad	Un beneficiario/a	Dos beneficiarios/as misma unidad convivencia	Pensión íntegra complemento 75% discapacidad
Un beneficiario/a PNC	0,67	0,47	1,00	0,75	0,52	1,12

Fuente: elaboración propia, a partir de datos previsión inflación Banco de España y evolución prevista Renta mediana INE.

De tal modo que el nuevo modelo de Garantía de suficiencia de las pensiones públicas no sólo garantiza el establecimiento de un umbral mínimo de renta ligado al riesgo de pobreza relativa en los niveles de equivalencia más altos que existen en el contexto internacional tanto para las referencias que sirven de techo y suelo al esquema general de pensiones públicas, sino incluso un nivel superior en las modalidades intermedias de pensión.

No obstante, hemos de llamar la atención sobre el hecho de que tal nivel de protección en las modalidades intermedias de naturaleza contributiva (no así en el caso de las pensiones no contributivas) queda condicionado a la pervivencia en el tiempo de la actual equivalencia entre pensiones mínimas,

<sup>26</sup> La evolución promedio de este indicador en los 8 últimos ejercicios es de 2,07%.

ya que la misma sólo se garantiza normativamente en el periodo 2024-2027, y a partir de esta fecha su mantenimiento queda a criterio del legislador. En nuestra opinión, hubiese sido conveniente el establecimiento de una garantía normativa expresa en este sentido.

En cualquier caso, queda patente que el nuevo modelo de garantía de suficiencia de pensiones públicas viene a resolver de forma clara el mandato constitucional establecido en el art. 41 CE, en la recomendación 15 del Pacto de Toledo y en el comprismo adquirido en el Componente 30 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA. Instituciones de Seguridad Social. Decimoquinta edición. Civitas, Madrid, 1997.
- BOURIDEU, P. Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992). Anagrama, Barcelona, 2014, p. 497.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Plan de recuperación, transformación y re<sup>o</sup>siliencia. pg.30
- GAVILÁN, A. Proyecciones macroeconómicas de España 2022-2025. Banco de España, (diciembre 2022). pg. 1.
- INE. La pobreza y su medición Presentación de diversos métodos de obtención de medidas de pobreza. Instituto Nacional de Estadística, Madrid (sin fechar), disponible en: <https://www.ine.es/daco/daco42/sociales/pobreza.pdf>
- INE. Encuesta de Condiciones de Vida 2021 (datos ingresos 2020) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), cuyo resumen ejecutivo está disponible en: [https://www.ine.es/prensa/ecv\\_2021.pdf](https://www.ine.es/prensa/ecv_2021.pdf)
- EAPN. El estado de la pobreza en España 2021. Avance de resultados junio 2022. pg..
- MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E. El Principio de Cooperación como solución del Estado Autónómico. Una propuesta para la reforma (constitucional, o no) del sistema público de protección social en España. Editorial Comares, Granada, 2018
- MARTIN-SERRANO JIMÉNEZ, ENRIQUE “¿Es inevitable la presencia de las pensiones privadas como complementarias de las públicas? Evaluación jurídico-social del modelo constitucional de pensiones en España y su alcance práctico en relación a la reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, respecto de la pensión de jubilación” en VVAA La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Editicial Laborum, Murcia, 2022 pp: 467-498
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Proyecto de Presupuestos ejercicio 2023. Información complementaria. Síntesis de cifras y datos. Tomo II.
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Informe Económico-financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para el ejercicio 2023. Tomo III.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, Murcia, Laborum, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)”, en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental”, en RTSS. CEF, núm. 429 (2018).
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1995.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 199.
- MONEREO PÉREZ, J.L. William Henry Beveridge (1879-1963). *La construcción de los modernos sistemas de seguridad social*. *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, Nº. 4, 2015, págs. 279-305
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y GONZÁLEZ ORTEGA, S: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en VV.AA, II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, PRADOS DE REYES, F.J (Coord), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.
- RUBIO LLORENTE, F. “Europa y Estado Social”. Conferencia pronunciada en la Fundación Juan March, en Madrid, el 2 de diciembre de 1993, minutos 20 a 22 en: [www.march.es/conferencias/antiores/voz.aspx?p1=22177&l=1](http://www.march.es/conferencias/antiores/voz.aspx?p1=22177&l=1).
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y AGUILERA IZQUIERDO, R: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social”, en VV.AA, SEMPERE NAVARRO, A.V (DIR) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (COORD): *EL modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 200.
- SCHUMPTER, J. A. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Aguilar Ediciones, México-Madrid-Buenos Aires, 1952.
- TORTUERO PLAZA, J.L. “La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del sistema en clave continuista”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 44, 2003, pp. 33-50.
- VALDUEZA BLANCO, M.D. *La Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional (1981-2020)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021





POLÍTICAS DE EMPLEO Y PERSONAS DE EDAD AVANZADA:  
MEDIDAS PARA FAVORECER SU PERMANENCIA  
EN EL MERCADO DE TRABAJO

JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA

*Profesor Contratado Doctor*

*Universidad de La Laguna*

*jrodrigl@ull.edu.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. INCENTIVOS ECONÓMICOS A LA CONTRATACIÓN O AL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA. 2.1. Bonificaciones para impulsar su contratación laboral indefinida. 2.2. La reducción en la cotización en casos de incapacidad temporal. 2.3. La exención de cotizar a partir de la edad ordinaria de jubilación. 2.4. Los nuevos complementos económicos de la jubilación demorada. Una medida sin perspectiva de género. 3. LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN CON LOS INGRESOS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL: LA JUBILACIÓN ACTIVA. 4. LA JUBILACIÓN FORZOSA POR VÍA CONVENCIONAL: INSTRUMENTO PARA EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO Y PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La digitalización laboral unida a los procesos de reestructuración empresarial ha traído consigo la expulsión del mercado de trabajo de las personas maduras o de edad avanzada<sup>1</sup>, desaprovechándose así el denominado talento sénior<sup>2</sup>. Si, además, tenemos en cuenta que los procesos demográficos de los últimos años se han caracterizado por la baja tasa de natalidad y el envejecimiento de la población, la consecuencia inmediata ha sido el incremento del gasto de la Seguridad Social en forma de pensiones contributivas de jubilación.

El Plan Anual de Política de Empleo para el año 2022 tenía entre sus objetivos la mejora de la inserción laboral de las personas mayores de 55 años. Este límite de edad se rebaja hasta los 45 años por La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo<sup>3</sup>, para su calificación como colectivo vulnerable de atención prioritaria<sup>4</sup>; edad relevante en el mercado de trabajo español si tenemos en cuenta que la media de la población trabajadora supera los 40 años<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Tales trabajadores son los primeros a los que se les ofrece la salida voluntaria de la empresa, eso sí, con unas condiciones económicas atractivas, lo cual hace pensar sobre cuál es el valor del trabajo para la empresa y cuáles son las condiciones laborales cuando tantos trabajadores se adhieren voluntariamente a los planes de bajas incentivadas, como así lo apunta ROJO TORRECILLA, E., “Luces y sombras del mercado laboral. El futuro del trabajo”, ponencia presentada en el Encuentro interterritorial para el impulso y la cooperación de los pactos y acuerdos territoriales de empleo en la Comunidad Valenciana, Burjassot, 22 de noviembre de 2018.

<sup>2</sup> PUYOL, R., “El talento sénior: una oportunidad desaprovechada”, *Diario La Ley*, núm. 10206, 2023.

<sup>3</sup> BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023. La Ley de Empleo ha sido calificada como necesaria y socialmente deseable, *vid.* ALFONSO MELLADO, C. L., “La nueva Ley de Empleo: una ley necesaria y ¿eficaz?”, *Brief de la AEDTSS*, 2023, p. 3/6, disponible en <https://www.aedtss.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/> (consultado el 8 de marzo de 2023).

<sup>4</sup> Como señala CRISTÓBAL RONCERO, R., “Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo”, *Brief de la AEDTSS*, 2023, p. 3/7, disponible en <https://www.aedtss.com/colectivos-de-atencion-prioritaria-de-la-politica-de-empleo/> (consultado el 8 de marzo de 2023), su calificación como colectivo de atención prioritaria se justifica por sus dificultades para mejorar su empleabilidad, requiriéndose no solo una readaptación profesional en sus competencias sino también un acompañamiento en los procesos de transformación y adaptación digital y ecológica.

<sup>5</sup> ROJO TORRECILLA, E., “Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: estudio de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 6, 2023, p. 41.

Para el logro del incremento de su tasa de empleo se han previsto diversos incentivos económicos, tanto para la empresa como para la persona trabajadora. En concreto, desde el prisma empresarial, se han contemplado las siguientes medidas: en primer lugar, una bonificación de cuotas cuando se suscribe un contrato indefinido con una persona demandante de empleo de edad igual o superior a los 45 años; en segundo lugar, una reducción en la cotización cuando la persona trabajadora tenga más de 62 años y se encuentre en situación de incapacidad temporal, evitando de este modo que la enfermedad sea el desencadenante de la extinción contractual; y, en tercer lugar, flexibilizando los presupuestos para la aplicación de la exención de cotizar una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación. Por el lado de la persona trabajadora, se ha intervenido en la jubilación demorada, al contemplar nuevos complementos económicos.

Tales medidas se complementan con las previstas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera<sup>6</sup> (en adelante, Ley 21/2021), que ha tenido entre sus objetivos la alineación de la edad efectiva de jubilación con la ordinaria, un reto común para los Estados miembros de la Unión Europea<sup>7</sup>. Para ello, la Ley 21/2021 restringe el acceso a la jubilación activa, y limita la habilitación a los convenios colectivos para prever cláusulas con edades de jubilación forzosa si bien, en este último caso, con una novedosa regulación excepcional con perspectiva de género.

La presente comunicación analizará las reformas legales enunciadas planteando propuestas de mejora y valorando su adecuación a los fines pretendidos, esto es, la empleabilidad y continuidad en el mercado de trabajo de las personas de edad avanzada.

## 2. INCENTIVOS ECONÓMICOS A LA CONTRATACIÓN O AL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA

### 2.1. Bonificaciones para impulsar su contratación laboral indefinida

El recurso a la técnica de las bonificaciones constituye una valiosa herramienta de política de empleo en favor de determinados colectivos con dificultades para acceder o mantenerse en el mercado de trabajo. El Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incen-

---

<sup>6</sup> BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

<sup>7</sup> La Decisión del Consejo de la Unión Europea de 21 de noviembre de 2022 (DOUE núm. 304, de 24 de noviembre de 2022), contiene las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, y detalla que las reformas de las pensiones deben apoyarse en “medidas que amplíen la vida laboral, tales como el aumento de la edad efectiva de jubilación —en particular facilitando la participación de las personas mayores en el mercado laboral—, y han de enmarcarse en estrategias de envejecimiento activo”.

tivos a la contratación laboral<sup>8</sup>, ha pretendido no solo simplificar el sistema de incentivos sino también impulsar la contratación indefinida de colectivos vulnerables. A tal fin, la norma dedica su artículo 4 para definir a los sujetos destinatarios, entre otros, a los definidos en la Ley de Empleo como colectivos de atención prioritaria.

Así, para incentivar la contratación indefinida de personas desempleadas con 45 o más años, el artículo 21 del citado Real Decreto-ley prevé que las empresas podrán beneficiarse de una bonificación de 128 euros al mes si se reúnen una serie de requisitos: en primer lugar, la contratación indefinida de una persona desempleada de larga duración, entendiéndose por tal a quien así lo hubiera estado al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores; y, en segundo lugar, que la relación laboral se mantenga durante al menos tres años. Dándose estas premisas, la entidad empleadora podrá aplicarse la bonificación por un período de tres años.

Además, el Real Decreto-ley presta especial atención a aquellas personas que no solo tienen dificultades de empleabilidad por su edad sino también por su limitación en la capacidad para trabajar. De este modo, si el contrato se celebra con una persona mayor de 55 años que, habiendo sido declarada afecta a una incapacidad permanente, se reincorpora a su empresa pero en otra categoría profesional, la entidad empleadora podrá beneficiarse de una bonificación por importe de 138 euros al mes durante dos años si se dan las siguientes condiciones: en primer lugar, la celebración de un contrato indefinido; en segundo lugar, que la relación laboral se prolongue al menos durante el período de aplicación de la bonificación; y, en tercer lugar, que “la readmisión no responda a un derecho de las personas trabajadoras a reincorporarse al puesto de trabajo”. Así pues, el supuesto en el que piensa la norma es el de aquellas personas cuyo contrato de trabajo se vio extinguido como consecuencia de la declaración de una incapacidad permanente y tras un proceso de revisión del grado se declara la plena capacidad laboral o el tránsito a una incapacidad permanente de inferior grado.

No cabe duda de que el trabajo constituye un elemento de integración social del ser humano<sup>9</sup> y el legislador es consciente de las dificultades de estos demandantes de empleo, tanto por su edad como por su alejamiento del mercado de trabajo. Por ello, se incentiva especialmente su contratación por la última empresa para la que prestaron servicios, puesto que la relación de confianza entre las dos partes ya está creada y la persona trabajadora, aun teniendo que pasar por un proceso de adaptación, estará familiarizada con los procedimientos internos. De todos modos, si la contratación la realizara una empresa distinta esta también podrá aplicarse la misma bonificación.

---

<sup>8</sup> BOE núm. 9, de 11 de enero de 2023.

<sup>9</sup> No obstante, no lo es tanto cuando la remuneración no es suficiente, como viene ocurriendo, D'ONGHIA, M., “Salario mínimo e reddito di cittadinanza”, ponencia impartida en el acto de entrega del Premio Giorgio Guezzi, Bolonia, 21 de marzo de 2023.

Con todo, sorprende que el legislador se refiera a la reincorporación en otra categoría profesional. Téngase en cuenta que si se ha declarado la plena capacidad laboral de la persona es porque puede realizar cualquier trabajo, y el legislador incorpora así una limitación innecesaria. Por otro lado, si el proceso de revisión da lugar al reconocimiento de un grado inferior, la reincorporación podría tener lugar en la misma profesión que se venía ejerciendo en el momento de la declaración de la incapacidad permanente, piénsese en el tránsito a una incapacidad permanente parcial. En todo caso, el término profesión, que es el empleado por el artículo 194 de la LGSS al referirse a los grados de la incapacidad permanente, resulta más adecuado que el de categoría profesional, ya superado en el Estatuto de los Trabajadores.

Pese a este último aspecto, merece favorable acogida el incentivo regulado, no solo por el colectivo al que se dirige, sino también por el período de tiempo en que resulta aplicable, así como por el recurso a la técnica de la bonificación y no de la reducción, como se recomienda en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020 ya que, de este modo, el coste no será soportado por el presupuesto de la Seguridad Social.

## 2.2. La reducción en la cotización en casos de incapacidad temporal

La permanencia en el mercado de trabajo de las personas de edad avanzada puede implicar no solo un mayor número de procesos de incapacidad temporal sino también de duración superior. Esta circunstancia trae consigo un aumento de los costes de Seguridad Social para la empresa ya que en los procesos derivados de enfermedad común o accidente no laboral la prestación económica es abonada por el empresario entre el cuarto y el decimoquinto día de la baja médica, además del mantenimiento de la obligación de cotizar.

El legislador es consciente de esta circunstancia, motivo por el cual reforma el artículo 144.4 de la LGSS para introducir un segundo párrafo en virtud del cual se tendrá derecho a “una reducción del 75% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de aquellos trabajadores que hubieran cumplido la edad de 62 años”<sup>10</sup>.

La medida desplegó sus efectos económicos a partir del 1 de enero de 2022, si bien se implantó de forma efectiva el 18 de febrero del mismo año, tal y como se expone en el Boletín de Noticias Red de la TGSS del mes de marzo de 2022, en el que igualmente se detalla que el cálculo se realizará de

---

<sup>10</sup> La forma de determinar la cuota a ingresar se prevé en la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022 (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2022). Igual previsión contiene la orden de cotización para el ejercicio 2023 (BOE núm. 26, de 31 de enero de 2023).

manera automática y que “en aquellos supuestos en los que la liquidación se hubiera confirmado sin la aplicación de esta reducción, podrá solicitarse... la devolución de ingresos pertinente”<sup>11</sup>. No obstante, hubiera sido deseable que esa devolución se hubiera llevado a cabo de oficio.

Para la aplicación de reducciones y bonificaciones el sistema viene exigiendo con carácter general que la empresa se encuentre “al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social en relación al ingreso por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como respecto de cualquier otro recurso de la Seguridad Social”, como así se deduce del artículo 20.1 de la LGSS según la redacción dada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2022. Ahora bien, el artículo 144.4 de la LGSS detalla que a las reducciones de cuotas a las que se refiere “no les resultará de aplicación lo establecido en el artículo 20.1”, por lo que cualquier empresa podrá beneficiarse de la reducción del 75% en los procesos de incapacidad temporal de sus trabajadores de edad avanzada aun cuando no se encuentre al día en el pago de sus obligaciones de Seguridad Social. Se trata de una medida claramente excepcional que persigue que la prolongación de la vida laboral de las personas trabajadoras no se vea impedida por aspectos relativos a la relación entre la empresa y la TGSS.

En cualquier caso, debe ponerse en tela de juicio el recurso a la técnica de la reducción, por ir en contra de lo recomendado en la última revisión del Pacto de Toledo, puesto que será financiada con cargo a los presupuestos de la Seguridad Social.

### **2.3. La exención de cotizar a partir de la edad ordinaria de jubilación**

La repercusión de los costes de Seguridad Social en las decisiones empresariales de contratación ha dado lugar a que el legislador preste atención al artículo 152 de la LGSS, el cual tiene por objeto la exención de cotizar por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal, así como por cuotas de recaudación conjunta, una vez alcanzada la edad de la jubilación<sup>12</sup>. Ahora bien, para beneficiarse de la misma, la norma venía exigiendo que la persona trabajadora tuviera un contrato indefinido, exigencia que suprime la Ley 21/2021, por lo que ahora abarca todas las modalidades contractuales.

Además, para evitar perjuicios en la futura pensión, se prevé en el apartado cuarto del artículo 152 de la LGSS que los períodos en los que resulte de aplicación la exención serán computados como cotizados a los efectos de

---

<sup>11</sup> Disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/5300/7855/68c288d9-9ec6-48db-8c2a-11e4f142a146> (consultado el 9 de marzo de 2023), indicándose que la implementación de la medida para el sistema especial de empleados de hogar tendría lugar a partir del mes de abril de 2022.

<sup>12</sup> Las órdenes de cotización para los ejercicios 2022 y 2023 han concretado que en estos supuestos el tipo de cotización por incapacidad temporal derivada de contingencias ascenderá a 1,55%, correspondiendo el 1,30% a la empresa y el 0,25% a la persona trabajadora.

acceso y determinación de la cuantía de las prestaciones, si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.4. Este último precepto determina que las bases de cotización correspondientes a las mensualidades con exención de cotizaciones “no podrán ser superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior en el porcentaje de variación media conocida del Índice de Precios de Consumo en el último año indicado más dos puntos porcentuales”. El artículo 161.4 de la LGSS no se ha visto reformado y el efecto en la cuantía de la pensión es lo que finalmente determinará el carácter incentivador o no del artículo 152 de la LGSS para prolongar la vida activa una vez cumplida la edad de jubilación. En última instancia, se verán perjudicados quienes tengan bases de cotización altas y favorecidos quienes las tengan de menor cuantía<sup>13</sup>.

#### **2.4. Los nuevos complementos económicos de la jubilación demorada. Una medida sin perspectiva de género**

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social<sup>14</sup>, introdujo en la LGSS la posibilidad de aplicar a la base reguladora de la pensión de jubilación un tipo de cotización adicional entre un 2% y un 4% por cada año trabajado a partir del cumplimiento de la edad ordinaria de retiro. Esta medida, que pretendía incentivar el mantenimiento de las personas trabajadoras de edad avanzada en el mercado laboral, no tuvo los efectos deseados. Así se deduce de los datos estadísticos publicados por el INSS, ya que para el año 2021 el porcentaje de altas iniciales por jubilación demorada fue de un 4,8% respecto del total de pensiones solicitadas, porcentaje que apenas ha experimentado variación desde el año 2014<sup>15</sup>.

Con el objetivo de incrementar este porcentaje, la Ley 21/2021 aborda la jubilación demorada contemplando nuevos incentivos. Ahora, por cada año que se retrase el acceso a la pensión, la persona beneficiaria podrá acogerse a uno de estos tres complementos: en primer lugar, la aplicación de un tipo de cotización adicional de un 4%; en segundo lugar, el abono de una indemnización a tanto alzado, que se determina por aplicación de una fórmula matemática y varía en función de la carrera de cotización, en concreto, si es superior o no a 44 años y medio; y, por último, un complemento de naturaleza híbrida, que combina el porcentaje adicional y la indemnización, el cual ha sido objeto de desarrollo reglamentario<sup>16</sup>. La opción por una u otra deberá comunicarse en el momento inicial de acceso a la pensión, es decir, con la presentación de la solicitud,

---

<sup>13</sup> CANO GALÁN, Y., “La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2022, versión digital (BIB 2022/552).

<sup>14</sup> BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

<sup>15</sup> Disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Estadisticas/Presupuestos/Estudios/Estadisticas/EST23/EST44> (consultado el 22 de marzo de 2023).

<sup>16</sup> Vid. Real Decreto 371/2023, de 16 de mayo (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 2023).



y sin posibilidad de modificarse con posterioridad, por lo que cobra especial importancia que cada solicitante se asesore adecuadamente ante los diversos escenarios que pueden plantearse. Si no hay elección, la norma ha previsto que se aplique por defecto el porcentaje adicional del 4%. En todo caso, mientras no se regule la fórmula mixta y ante la incertidumbre de la esperanza de vida, todo apunta a que sea el complemento en forma de prestación a tanto alzado el que finalmente tenga una mayor acogida, si bien no debe obviarse su impacto fiscal.

En suma, la cuantía de las prestaciones se ha empleado como incentivo al empleo, con una finalidad añadida, la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones<sup>17</sup>. Una reforma legal que ha conseguido el objetivo pretendido si valoramos los datos publicados por el INSS para el año 2022, al comprobar que el número de altas iniciales por jubilación demorada alcanzó el 5,4% del total de pensiones de jubilación, lo que implica seis puntos porcentuales más que el año anterior. No obstante, la medida se ha previsto sin perspectiva de género, al hacerse depender la cuantía de la pensión únicamente del tiempo cotizado, por lo que no se va a favorecer a las mujeres que, por lo general, presentan carreras de cotización más cortas e inestables<sup>18</sup>. La información publicada por la entidad gestora pone de manifiesto que la edad media de acceso a la jubilación demorada para las mujeres fue de 68,6 años en los años 2021 y 2022, superior a la de los hombres, que en el año 2021 ascendió a 68,5 años y en el año siguiente incluso disminuyó a 68,4 años. Por su parte, la cuantía media de la pensión por jubilación demorada se situó en 1.300,57 euros para el año 2021, 1.109,22 euros para las mujeres y 1.437,76 euros para los hombres; mientras que en el año 2022 el importe medio ascendió a 1.388,67 euros, 1.246,32 euros de promedio para las mujeres y 1.487,47 euros para los hombres.

A partir de lo anterior se concluye que las mujeres beneficiarias de esta modalidad de la jubilación acceden a la pensión con una edad superior a la de los hombres para obtener una prestación de cuantía inferior a la media. Así pues, la brecha de género en las pensiones es manifiesta en esta modalidad de la jubilación, habiéndose desaprovechado la oportunidad para aplicar a modo de acción positiva un tipo de cotización y una indemnización a tanto alzado de mayor cuantía.

Esta ausencia de perspectiva de género se ha tratado de paliar mediante el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de

---

<sup>17</sup> PÉREZ DEL PRADO, D., “La compatibilidad de las prestaciones y el trabajo como incentivo al empleo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 4, 2022, p. 18.

<sup>18</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “El impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyuvar a superar la segregación ocupacional por razón de género”, *Brief de la AEDTSS*, 2022, disponible en <https://www.aedts.com/el-impacto-de-genero-en-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-especial-referencia-a-las-clausulas-de-jubilacion-forzosa-para-coadyuvar-a-superar-la-segregacion-ocupacional-por-razones-de-genero/> (consultado el 18 de marzo de 2023).

pensiones<sup>19</sup>, al regular una serie de medidas para reducir la brecha de género en las pensiones. Así, se mejora el mecanismo de integración de lagunas en la pensión de jubilación de las mujeres, considerando un mayor número de meses como cotizados. Asimismo, se han modificado los artículos 247 y 248 de la LGSS con la finalidad de equiparar “el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados”, tal y como se indica en la Exposición de Motivos, beneficiando especialmente a las mujeres por ser el colectivo que mayoritariamente suscribe tales contratos. Igualmente, se reforman las prestaciones contributivas por cuidado de familiares para considerar como período cotizado la totalidad del tiempo del que se disfrute la excedencia, es decir, el máximo de los tres años en lugar de uno, como venía ocurriendo con la prestación familiar contributiva por cuidado de menores, ya que la diferencia en el tratamiento jurídico de ambas prestaciones no encontraba justificación alguna y había sido denunciado por la doctrina<sup>20</sup>; e igualmente se eleva a tres años la prestación familiar por reducción de jornada para el cuidado de menores. Merece una favorable acogida la adopción de estas medidas con carácter estructural y ya no con naturaleza temporal, como ocurre con el complemento para la reducción de la brecha de género, el cual también ha sido objeto del Real Decreto-ley para prever que su revalorización será en los mismos términos que las pensiones contributivas y que será objeto de un incremento adicional del 10% en el período 2024-2025<sup>21</sup>. Y, en fin, siendo consciente el legislador de lagunas en sus medidas para afrontar la brecha de género, es por lo que la disposición adicional trigésimo séptima de la LGSS contiene una llamada a los interlocutores sociales para que las colmen, al prever en su apartado segundo que “en el marco del diálogo social, se podrán fijar con carácter temporal otras medidas de acción positiva para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres”, por lo que la jubilación demorada deberá ser necesariamente uno de los puntos a abordar.

### 3. LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN CON LOS INGRESOS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL: LA JUBILACIÓN ACTIVA

La tradicional regla de incompatibilidad de la pensión con los ingresos del trabajo ha venido contemplando una serie de excepciones con la finalidad de que los beneficiarios sigan contribuyendo al sostenimiento del sistema. Así, el artículo 214 de la LGSS ha venido regulando la jubilación activa, que implica la

<sup>19</sup> BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2023.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

<sup>21</sup> Una medida que ha sido valorada como excesiva, además de enmascarar la realidad y del coste que supondrá para el sistema, BALLESTER PASTOR, I., “El Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo: primeras impresiones de la esperada segunda fase de reforma de las pensiones”, *Brief de la AEDTSS*, 2023, disponible en <https://www.aedtss.com/el-rd-ley-2-2023-de-16-de-marzo-primeras-impresiones-de-la-esperada-segunda-fase-de-reforma-de-las-pensiones/> (consultado el 26 de marzo de 2023).

posibilidad de compatibilizar la pensión contributiva con un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o a tiempo parcial, o con una actividad por cuenta propia a tiempo completo<sup>22</sup>. Además, en el caso de la compatibilidad con un trabajo asalariado el porcentaje a aplicar a la base reguladora será el 50%; mientras que si lo fuera con un trabajo por cuenta propia se aplicará el 100% si se tiene contratado al menos a un empleado<sup>23</sup>, con la finalidad de que la jubilación de las personas autónomas no conlleve la pérdida de empleos. De hecho, son mayormente los trabajadores por cuenta propia quienes hacen uso de la jubilación activa, por cuanto sus pensiones son de inferior cuantía a las que perciben quienes han estado de alta en el Régimen General, en concreto en el año 2021 la pensión media en el RETA ascendió a 813,82 euros y en 2022 a 873,02 euros<sup>24</sup>.

La Ley 21/2021 ha modificado ahora los requisitos de acceso para exigir que tenga lugar al menos un año después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, por lo que se endurecen los presupuestos habilitantes. En la práctica, se acogerán a la jubilación activa fundamentalmente quienes tengan bases de cotización reducidas<sup>25</sup>, ya que en caso contrario la modificación es claramente desincentivadora<sup>26</sup>, favoreciendo más bien la opción por la jubilación demorada<sup>27</sup> al crear en el envejecimiento activo un espacio de selección restringido<sup>28</sup>. Además, se incorpora la incompatibilidad de la jubilación demorada con el envejecimiento activo, para evitar que ese año de espera sirva para generar el complemento de la primera y poder acceder a los beneficios de lo segundo.

Por lo demás, se mantiene la exigencia de que el porcentaje aplicable a la base reguladora sea equivalente al 100%<sup>29</sup>, al cual solo acceden quienes tengan largas carreras de cotización, en concreto para el año 2023 quienes hayan cotizado al menos 36 años y medio, pretendiendo así que la decisión de jubilarse activamente no dependa de la futura pensión, y perjudicando nuevamente a las mu-

---

<sup>22</sup> Así se deduce de la literalidad de la norma, si bien en opinión de CANO GALÁN, Y., *op. cit.*, versión digital, también podría compatibilizarse con un trabajo por cuenta propia a tiempo parcial.

<sup>23</sup> Este requisito solo se cumple si la contratación la realiza una persona física incluida en el campo de aplicación del RETA, y no los trabajadores autónomos societarios, STS de 23 de julio de 2021.

<sup>24</sup> Disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestos/Estudios/Estadisticas/EST23/EST44> (consultado el 22 de marzo de 2023).

<sup>25</sup> RAMOS QUINTANA, M. I., “Reforma de la Seguridad Social y digitalización”, ponencia presentada en el XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicada en AAVV, *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 141.

<sup>26</sup> CANO GALÁN, Y., *op. cit.*, versión digital.

<sup>27</sup> LÓPEZ INSUA, B. M., “Impulsando un nuevo modelo de “envejecimiento activo”: trabajo-pensión versus jubilación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 4, 2022, p. 48.

<sup>28</sup> TORTUERO PLAZA, J. L., “La fotografía de la vida activa/pensionable después de la edad de jubilación. La jubilación demorada”, ponencia presentada en el VI Congreso internacional y XIX Congreso nacional de la AESSS, publicada en AAVV, *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Laborum, Murcia, 2021, p. 277.

<sup>29</sup> No es posible alcanzar dicho 100% mediante cotizaciones realizadas durante la propia jubilación activa, STS de 30 de mayo de 2017.

jes, cuestión que igualmente deberá ser tratada en el seno del diálogo social.

Por último, la Ley 21/2021 ha suprimido la doble exigencia para la empresa, prevista en el antiguo apartado sexto del artículo 214 de la LGSS, consistente, por un lado, en el mantenimiento del empleo existente antes de la incorporación de la persona jubilada activamente; y, por otro lado, en la ausencia de despidos improcedentes en los seis meses anteriores al inicio de la jubilación activa de trabajadores del mismo grupo profesional. Esta previsión pretendía que el acceso a la jubilación no implicara la pérdida del empleo de una persona de menor de edad, pero con las novedades introducidas en materia cotización comentadas en el epígrafe anterior se logra tal objetivo, por cuanto el coste empresarial se ve reducido.

#### 4. LA JUBILACIÓN FORZOSA POR VÍA CONVENCIONAL: INSTRUMENTO PARA EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO Y PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

La Ley 21/2021 también ha abordado la disposición adicional décima del ET, la cual habilita a los interlocutores sociales para pactar cláusulas convencionales que contengan edades de jubilación obligatoria. Se trata de una institución que ha experimentado una compleja evolución legal y jurisprudencial, en la cual están presentes dos intereses de carácter individual y dos de índole colectiva<sup>30</sup>: en primer lugar, el derecho al trabajo; en segundo lugar, el interés del empleador en gestionar su plantilla; en tercer lugar, el interés colectivo de combatir el desempleo; y, en cuarto lugar, el ahorro en prestaciones y el mantenimiento en cotizaciones.

Pues bien, ahora la norma estructura esta categoría jurídica en un supuesto general y uno excepcional, si bien resulta de aplicación únicamente para aquellos convenios colectivos pactados a partir de la entrada en vigor de la ley, pudiendo los suscritos con anterioridad mantener la redacción de sus cláusulas con el límite temporal de los tres años posteriores a la finalización de la vigencia inicial pactada.

En cuanto a la jubilación forzosa general, se mantiene la exigencia de que la persona beneficiaria tenga derecho al 100% de la base reguladora, con la finalidad de no ocasionarle perjuicio económico alguno. Por lo demás, la nueva redacción contiene dos novedades a destacar. En primer lugar, la exigencia de que la persona cuyo contrato se ve extinguido tenga una edad igual o superior a los 68 años por lo que, si tomamos como referencia la edad de los 67 años, que a partir del año 2027 será la edad ordinaria de jubilación para la mayor parte de la población, el legislador aplica el mismo criterio que con la jubilación activa, es decir, la exigencia de permanencia en el mercado de trabajo un año más. Una restricción que supondrá, en la práctica, impedir

---

<sup>30</sup> SALA FRANCO T., “Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada”, *Información Laboral*, núm. 8, 2018, p. 14.

a las empresas extinguir los contratos de los trabajadores de edad avanzada, consiguiendo así acercar la edad efectiva de jubilación a la ordinaria<sup>31</sup>.

Por su parte, la segunda novedad del supuesto general viene referida a la vinculación de la extinción contractual con políticas de relevo generacional. Al respecto, la disposición adicional décima del ET venía enumerando algunos de los objetivos de política de empleo que debían alcanzarse, en concreto, “la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en contratos indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otros dirigidos a favorecer la calidad del empleo”. El análisis de la práctica negocial ponía en evidencia que, con carácter general, no se solía concretar la medida de fomento del empleo a adoptar<sup>32</sup> y, por tanto, no se aseguraba que la salida del mercado laboral vía jubilación forzosa diera lugar automáticamente y de manera inmediata a la contratación de una persona joven desempleada o en busca de su primer empleo<sup>33</sup>. Por ese motivo, ahora se especifica que “la medida deberá vincularse... al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora”. Así pues, la jubilación forzosa no podrá conllevar la amortización del puesto de la persona trabajadora jubilada. De este modo, la norma deja claro que las cláusulas de jubilación forzosa constituyen una política de empleo eficaz para afrontar la situación de paro de la población más joven. Todo ello en consonancia con la Ley de Empleo, que define como colectivo vulnerable de atención prioritaria a quienes no alcancen los 30 años o sean beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, y especialmente si tienen baja cualificación.

Pero la principal modificación de la norma se encuentra en la previsión de un supuesto de jubilación forzosa excepcional, en virtud del cual, en las cláusulas convencionales “podrá” fijarse una edad inferior a la prevista en el supuesto general y con el límite de la ordinaria “cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20% de las personas ocupadas en las mismas”. De esta manera, se incluye una medida de acción positiva con el objetivo de favorecer el empleo de las mujeres en sectores masculinizados<sup>34</sup>, si bien se contempla en términos

---

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., “La revisión de las jubilaciones anticipadas”, ponencia presentada en el VI Congreso internacional y XIX Congreso nacional de la AESSS, publicada en AAVV, *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Laborum, Murcia, 2021, p. 571.

<sup>32</sup> TOMÁS JIMÉNEZ, N., “La jubilación forzosa en la negociación colectiva. Un análisis práctico”, *Tribuna Social*, núm. 215, 2008, p. 54.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la Seguridad Social y la negociación colectiva”, comunicación presentada en el III Congreso internacional y XVI Congreso nacional de la AESSS, publicada en AAVV, *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Tomo I, Laborum, Murcia, 2019, p. 251.

<sup>34</sup> Las actividades económicas que se toman como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición están definidas por los códigos de la CNAE que se hayan incluido en

potestativos por lo que su introducción en el convenio colectivo se hace depender de la habilidad y sensibilidad que muestren los sujetos negociadores<sup>35</sup>. No obstante, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación<sup>36</sup>, ha previsto en su artículo 10.3, bajo la rúbrica “negociación colectiva”, que “la representación legal de los trabajadores y la propia empresa velarán por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa por las causas previstas en esta ley y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos”, por lo que se salva el carácter facultativo de la disposición adicional décima del ET al depositar en ambos interlocutores sociales un deber de vigilancia en materia de medidas de acción positiva. Por lo demás, se debe tener derecho al 100% de la base reguladora, la extinción contractual se debe vincular a la contratación indefinida y a tiempo completo de al menos una mujer, y se debe comunicar con carácter previo a la representación de los trabajadores. Esta última exigencia se debería haber contemplado no solo para el supuesto excepcional sino también para el general, reforma que se propone a modo de *lege ferenda*, por cuanto los convenios colectivos deben contener medidas de control y seguimiento del cumplimiento y efectividad de los compromisos de empleo adquiridos<sup>37</sup> en todo caso y no solo cuando se pretende favorecer el empleo de la mujer. Un ejemplo de buenas prácticas en este sentido lo encontramos en algún convenio colectivo, al prever que “de las jubilaciones obligatorias que se lleven a cabo deberá informarse a la representación legal de las personas trabajadoras”<sup>38</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Las reformas legales planteadas atienden a los nuevos escenarios que plantea la realidad social, económica y tecnológica en nuestro mercado de trabajo para las personas de edad avanzada. Así, se trata de dar respuesta a estos cambios bajo la categoría de colectivo de atención prioritaria de las políticas de empleo.

Para la debida tutela del derecho al trabajo de los demandantes de empleo de larga duración con una edad superior a los 45 años, se prevé la aplicación de una bonificación durante un período de tres años si son contratados de manera indefinida. Si el demandante de empleo superara los 55 años y además hubiera recuperado su capacidad laboral tras estar afecto a una incapacidad permanente o se le hubiera reconocido un grado inferior, la bonificación será

---

el ámbito del convenio aplicable al realizar su inscripción en el REGCON. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

<sup>35</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, *brief de la AEDTSS*.

<sup>36</sup> BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

<sup>37</sup> TOMÁS JIMÉNEZ, N., *op. cit.*, p. 58.

<sup>38</sup> Art. 14.9 del convenio colectivo de la industria química (BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021).

de un importe superior si bien limitada a un período de dos años, siempre que el contrato de trabajo sea también de duración indefinida. Téngase en cuenta que en este último caso hay una limitación añadida, y es que la contratación debe ser en una categoría profesional distinta a la que se desempeñaba cuando se declaró la incapacidad permanente. Con todo, merece favorable acogida la previsión de estas bonificaciones, que incentivarán la contratación del talento sénior, evitando así su exclusión social.

Pero no cabe duda de que prolongar la vida activa de las personas de edad avanzada conlleva el riesgo de un mayor número de procesos de incapacidad temporal por enfermedad común. Por ello, se prevé una reducción en las cuotas del 75% si el beneficiario de la prestación supera los 62 años. Y, además, de manera excepcional, las empresas podrán aplicarse esta reducción aun no estando al corriente en el pago de sus obligaciones con la Seguridad Social, con el fin último de posponer el mayor tiempo posible el abono de la pensión.

De igual interés es la exención de cotizar una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación, respecto de la cual ya no se exige que el asalariado esté contratado de manera indefinida, flexibilizándose el requisito de la modalidad contractual exigida. Tal período computará como cotizado para la futura pensión, si bien con una regla de cálculo que perjudica a quienes tengan bases de cotización altas.

Pero los incentivos económicos no solo se han orientado para favorecer las decisiones empresariales de contratación o mantenimiento del empleo, sino también las de la propia persona trabajadora. Así, se prevén nuevos complementos en la jubilación demorada, de modo que ya no solo será posible la aplicación de un tipo de cotización adicional sino también el abono de una prestación a tanto alzado o el acceso a una fórmula mixta que se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario. Tras más de un año desde la entrada en vigor de la Ley 21/2021, se comprueba el efecto positivo de esta reforma. No obstante, la ausencia de la perspectiva de género en su regulación favorece la brecha de género en las pensiones, delegándose en los interlocutores sociales la adopción de medidas en este sentido.

Por último, con el mismo objetivo de favorecer la permanencia en el mercado de trabajo, se desincentiva el acogimiento a la jubilación activa, al exigirse que solo se podrá acceder una vez transcurrido un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria. Una previsión similar se prevé para la jubilación forzosa convencional, que se cuantifica en los 68 años, si bien con un novedoso supuesto excepcional con perspectiva de género en el que la edad podrá rebajarse hasta la ordinaria para incentivar el empleo de las mujeres en sectores masculinizados.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C. L., “La nueva Ley de Empleo: una ley necesaria y ¿eficaz?”, *Brief de la AEDTSS*, 2023.

- BALLESTER PASTOR, I., “El Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo: primeras impresiones de la esperada segunda fase de reforma de las pensiones”, *Brief de la AEDTSS*, 2023.
- CANO GALÁN, Y., “La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2022.
- CRISTÓBAL RONCERO, R., “Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo”, *Brief de la AEDTSS*, 2023.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., “La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la Seguridad Social y la negociación colectiva”, comunicación presentada en el III Congreso internacional y XVI Congreso nacional de la AESSS, publicada en AAVV, *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Tomo I, Laborum, Murcia, 2019, pp. 237-252.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., “La revisión de las jubilaciones anticipadas”, ponencia presentada en el VI Congreso internacional y XIX Congreso nacional de la AESSS, publicada en AAVV, *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 559-616.
- LÓPEZ INSUA, B. M., “Impulsando un nuevo modelo de “envejecimiento activo”: trabajo-pensión versus jubilación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 4, 2022, pp. 28-59.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “La compatibilidad de las prestaciones y el trabajo como incentivo al empleo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 4, 2022, pp. 5-27.
- PUYOL, R., “El talento sénior: una oportunidad desaprovechada”, *Diario La Ley*, núm. 10206, 2023.
- RAMOS QUINTANA, M. I., “Reforma de la Seguridad Social y digitalización”, ponencia presentada en el XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicada en AAVV, *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, pp. 121-155.
- RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- ROJO TORRECILLA, E., “Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: estudio de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 6, 2023, pp. 14-45.
- SALA FRANCO T., “Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada”, *Información Laboral*, núm. 8, 2018, pp. 21-39.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “El impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyuvar a superar la segregación ocupacional por razón de género”, *Brief de la AEDTSS*, 2022.
- TORTUERO PLAZA, J. L., “La fotografía de la vida activa/pensionable después de la edad de jubilación. La jubilación demorada”, ponencia presentada en el VI Congreso internacional y XIX Congreso nacional de la AESSS, publicada en AAVV,



*La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 265-286.

TOMÁS JIMÉNEZ, N., “La jubilación forzosa en la negociación colectiva. Un análisis práctico”, *Tribuna Social*, núm. 215, 2008, pp. 52-59.



LA ASISTENCIA PERSONAL EN ESPAÑA:  
UN MODELO ASISTENCIAL INSUFICIENTE  
EN LO CUANTITATIVO Y EN LO CUALITATIVO

JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY  
*Investigador posdoctoral (programa Margarita Salas)*  
*Universidad de Málaga*  
*ruedamonroy@uma.es*

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ASISTENCIA PERSONAL Y SU INCARDINACIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. 2.1. Una aproximación a la figura de la asistencia personal. 2.2. La asistencia personal como prestación dirigida a paliar una situación objetiva de necesidad: su incardinación en el Sistema de Seguridad Social. 3. PRINCIPALES FALLAS DEL SISTEMA ESPAÑOL: VACÍOS EN LA INSTITUCIONALIDAD. 3.1. La regulación de asistencia personal en la Ley de Protección de la Autonomía Personal. 3.2. Los ámbitos de actuación. 3.3. Los aspectos cuantitativos: el *quantum* y la extensión. 3.4. Unas reformas esperadas y necesarias. 4. UNA RÁPIDA MIRADA A OTROS MODELOS DE FINANCIACIÓN. 5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la discapacidad, ante barreras sociales que impiden una participación plena y efectiva en la sociedad, surgen los apoyos, que pueden ser tanto materiales como humanos y que permiten afrontar los estados de dependencia, así como alcanzar mayores cotas de autonomía personal, posibilitando que las personas dependientes ejerzan plenamente sus derechos de ciudadanía.

El punto de partida de este estudio es la noción de discapacidad que jurídicamente consolida la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*<sup>1</sup> (CIDPD, en adelante) y sus efectos sobre la protección social que el Estado ha de proporcionar a las personas con discapacidad. Concretamente se centran las miras en el papel de nuestro Estado –Social– en la provisión de un apoyo concreto que se advierte fundamental en el nuevo paradigma conceptual y en el tratamiento de la discapacidad que la CIDPD incorpora para la consecución de la efectividad de los derechos del colectivo: la asistencia personal. Sin el desarrollo de esta figura resulta imposible el cumplimiento de los objetivos básicos que la CIDPD promulga y hasta el momento no se han dado los pasos necesarios en nuestro país para su cumplimiento<sup>2</sup>. Ocurre, sin embargo, que estamos en un momento extraordinario para ello ya que nos situamos en una encrucijada de reformas normativas que invita a que se inicie el camino hacia un futuro presidido por la igualdad de oportunidades.

Mucho tiene que decir a este respecto el reciente *Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* (ALPAP, en adelante), al que se aludirá en este estudio pero, además, se encuentra en ciernes,

---

<sup>1</sup> Este tratado de derechos humanos fue ratificado por España en fecha 23 de noviembre de 2007 junto a su Protocolo Facultativo, sin reservas ni declaración interpretativa alguna. El 3 de mayo de 2008 entró en vigor en nuestro país. Estamos vinculados a este instrumento por una doble vía tras su ratificación por la UE el 26 de noviembre de 2009 (*Decisión del Consejo [2010/48/CE], DOUE 27-1-2010, Serie L 23/35*).

<sup>2</sup> Véase *in extenso*, VERDUGO ALONSO, M.A. y JENARO RIO, C.: *ANED 2018-19 – Living independently and being included in the community – country report (Spain)*, ANED, 2019.

desde principios de año, el *Anteproyecto de Ley de condiciones básicas para la igualdad en el acceso y disfrute de los servicios sociales* que también muestra preocupación por esta cuestión que nos ocupa. Todo este conjunto de reformas están íntimamente relacionadas con el componente 22 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que se vino a denominar “Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión” y que, precisamente, presenta como sus dos primeras reformas el “reforzar la atención a la dependencia y promover el cambio de modelo de apoyos y cuidados de larga duración” (C22.R1) y “modernizar los servicios sociales públicos y dotarlos de un nuevo marco normativo” (C22.R2). Especial relevancia tiene en este sentido el Plan de Choque en Dependencia 2021-2023 aprobado con fecha 18 de enero de 2021 por el Gobierno, interlocutores sociales y las comunidades autónomas, en el que se acuerda por parte del Consejo Territorial de Servicios Sociales y para la Autonomía y la Atención a la Dependencia (punto 9) la regulación de la figura del Asistente Personal de la que se admite que “es una prestación poco desarrollada”. En cualquier caso, el compromiso ya ha sido incumplido, y ello puesto que en el citado documento se marca como plazo el año 2021.

Otro hito que afecta a la materia que nos atañe es la ratificación por España el pasado 29 de abril de 2021 de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 que establece, además del derecho a los beneficios de los servicios sociales (artículo 14) y el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30), el derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad (artículo 15), cuestiones que conectan este instrumento con la asistencia personal.

Se propone en el presente estudio una revisión de la situación actual de la asistencia personal en España desde un punto de vista jurídico. En este sentido, se analizará su marco jurídico vigente, se efectuará un diagnóstico de la situación real o la efectividad de este derecho y se comprobará sucintamente –con base en otros estudios– la dinámica de este apoyo en países de nuestro entorno. Todo ello teniendo en consideración las reformas legislativas que sobre la materia se debaten en la actualidad.

## 2. LA ASISTENCIA PERSONAL Y SU INCARDINACIÓN EN EL SISTEMA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

### 2.1. Una aproximación a la figura de la asistencia personal

Las últimas décadas del pasado siglo fueron trascendentales en el avance de la conceptualización y el tratamiento de la discapacidad gracias al auspicio de los movimientos sociales que nacieron y se desarrollaron por miembros del colectivo. Se considera de los más relevantes a estos efectos el *Independent Living Movement* (Movimiento de Vida Independiente) que surge en Estados

Unidos a partir de las vivencias de Edward Verne Roberts<sup>3</sup>, estudiante de la Universidad de Berkeley (California). En 1962 Roberts, usuario de silla de ruedas, decide matricularse en la citada universidad a sabiendas de su falta de accesibilidad universal, lo que le obligó a ubicarse en el hospital de la institución universitaria y a dedicar las cuantías de las ayudas que obtenía de fondos federales para el estudio en la contratación de –lo que hoy conocemos como– asistentes personales<sup>4</sup>, salvando así las barreras que se encontraba diariamente<sup>5</sup>. Diez años más tarde, en 1972, Roberts, junto a otras personas con discapacidad, fundaron en Berkeley el *Center for Independent Living* (Centro de Vida Independiente), extendiendo el modelo de defensa de derechos y servicios (cuidados, reparación de sillas de ruedas y organización en la defensa de intereses) más allá del ámbito universitario, alcanzando, a la postre, a todos los EEUU<sup>6</sup>.

Casi medio siglo más tarde esta figura que surge de la experiencia vital de Roberts se contempla en el instrumento jurídico más importante en materia de discapacidad hasta la fecha: la CDPD de 2006. Y lo hace en un precepto, el 19, que reconoce el “derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad”, comprometiéndose los Estados partes, en virtud de la letra b) del citado artículo a que “las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta”. Pese a que no encontramos en la CDPD ninguna definición de la figura, se puede afirmar que la propia Convención la cataloga como un apoyo que facilita la existencia y la inclusión en la comunidad de la persona con discapacidad, lo que no es nada desdeñable.

Podríamos precisar a partir de este primer acercamiento a su configuración jurídica que la asistencia personal no solo es un apoyo humano que

---

<sup>3</sup> Vid. PALACIOS RIZZO, A. y ROMAÑACH CABRERO, J.: *El modelo de la diversidad. La Bio-ética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas-AIES, Madrid, 2006, p. 52.

<sup>4</sup> *Ibidem* y PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008, pp. 109 y ss. En el mismo sentido, ARROYO MÉNDEZ, J. y CRUZ GONZÁLEZ, E.: “Bloque I. La asistencia personal”, en AA. VV. ORTEGA ALONSO, E. (coord.), *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015, p. 13.

<sup>5</sup> La discapacidad queda definida en la CDPD (art. 1) como una interacción causal entre diferencias orgánicas y/o funcionales a largo plazo (“deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”) y barreras sociales, que impide una participación plena en la sociedad en igualdad.

<sup>6</sup> MARTÍNEZ, K.: “El movimiento de vida independiente en Estados Unidos”, en AA. VV. GARCÍA ALONSO, J. V. (Coord.), *El movimiento de vida independiente: Experiencias internacionales*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003, pp. 140 y 142. En Europa, unos años después, se comenzaba a reivindicar que la discapacidad era una imposición de la sociedad. Concretamente en Gran Bretaña, la *Union of Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS), el movimiento social precursor del cambio en el continente, estableció un primer principio fundamental muy claro y transgresor: “la discapacidad es una situación, causada por las condiciones sociales”. Vid. UPIAS: *Fundamental Principles of Disability*, UPIAS/Disability Alliance, Londres, 1976, p. 3.

permite la inclusión en la comunidad (dimensión colectiva) sino que además tiene la virtualidad de dotar a la persona con discapacidad del control que le permita decidir sobre la forma en la que quiere plantear y desarrollar su vida (dimensión individual). Y, en este sentido, se ha definido la figura del asistente personal por la doctrina como la ejercida por aquella persona “que ayuda a otra a desarrollar su vida. Es decir, es quien realiza o ayuda a realizar las tareas de la vida diaria a otra persona que, por su situación, bien sea por una diversidad funcional o por otros motivos, no puede ejecutarlas por sí misma”<sup>7</sup>. La asistencia personal se convierte, en palabras de Rafael de Asís, en una “prolongación de la propia persona”<sup>8</sup>.

Volviendo al derecho positivo, en nuestro ordenamiento encontramos definida la asistencia personal en el artículo 2.7 de la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* (en adelante LPAP), en el siguiente sentido: “(..) servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal”. En palabras del Comité, órgano de garantías de la CIDDP<sup>9</sup>, en su Observación General nº 5 de 2017 que interpreta el artículo 19 CIDDP sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad: “la asistencia personal se refiere al apoyo humano dirigido por el interesado o el usuario que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente”<sup>10</sup>. Como fácilmente se aprecia, esta figura difiere de otras más tradicionales asociadas con los cuidados y se presenta como un medio o herramienta para alcanzar la vida independiente, lo que no impide –más bien alienta– que se relacione con las actividades cotidianas<sup>11</sup>. Pero, en este sentido, la función principal del asistente personal es el apoyo al proyecto vital de la persona usuaria, lo que va “más allá de otro tipo de necesidades primarias que pueden ser cubiertas o no por otros actores, como son los cuidadores familiares, servicios de ayuda a domicilio, etc.”<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> ARNAU RIPOLLÉS, M.S.; RODRÍGUEZ-PICAVEA MANTILLA, A.; y ROMAÑACH CABRERO, J.: *Asistencia personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad) en España*, Foro de Vida Independiente, 2007, p. 5.

<sup>8</sup> DE ASÍS ROIG, R.: “Apoyo y asistencia personal”, *Ivs Fvgit*, n. 22, 2019, p. 16.

<sup>9</sup> El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad es creado *ad hoc* por la CIDDP en su artículo 34 como órgano garante específico del cumplimiento de lo dispuesto en ella para los países firmantes de su Protocolo Facultativo.

<sup>10</sup> Punto 16.d de la referida Observación General nº 5 de 2017 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

<sup>11</sup> DE ASÍS ROIG, R.: *Apoyo... op. cit.* p. 18.

<sup>12</sup> CARBONELL APARICI, G. J.: *La figura del asistente personal en el movimiento de vida independiente: la experiencia en la Comunidad Valenciana*, tesis doctoral, UNED, 2018, p. 209.



## 2.2. La asistencia personal como prestación dirigida a paliar una situación objetiva de necesidad: su incardinación en el Sistema de Seguridad Social

La cuestión que nos atañe evidencia una situación de necesidad social provocada, desde la perspectiva de la discapacidad, por un factor social<sup>13</sup>, en esencia, la existencia de una serie de barreras creadas, fomentadas y estructuradas por y en la sociedad. Y, ante esta situación, se requiere la implementación de mecanismos distintos a los tradicionales, además de revocar todas esas barreras y obstáculos que se presentan al colectivo según el mandato constitucional expreso a los poderes públicos *ex* artículo 9.2 CE. La discapacidad es distinta a la dependencia, pero, como se comprueba, están íntimamente relacionadas, como también lo está con la vejez, en la medida en que, en la mayoría de los casos, ambas –discapacidad y vejez– requerirán de la asistencia, la atención o el apoyo de una tercera persona para la realización de las actividades básicas de la vida diaria.

Nuestro Sistema de protección social tiene una clara vocación expansiva (universalista) superando, con la llegada de la Constitución, su cariz contributivo para atender otros estados de necesidad o situaciones de infortunio alejados de la noción de riesgo o contingencia propias del seguro. En virtud de su artículo 41 CE corresponde al Estado sufragar tales estados de necesidad sin olvidar, eso sí, la distribución competencial que entre los distintos poderes públicos la Carta Magna realiza. El artículo 41 CE permite incluir dentro de él a la dependencia al relacionar “régimen de Seguridad Social” con “situaciones de necesidad”<sup>14</sup> lo que determina la obligación del Estado en la atención de estas situaciones<sup>15</sup>. En palabras del propio Tribunal Constitucional “una interpretación del art. 41 CE en el marco del bloque de constitucionalidad, permite inferir la existencia de una asistencia social «interna» al sistema de Seguridad Social y otra «externa» de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas<sup>16</sup>”.

Al socaire, además, de los artículos 1, 43 y 49 CE, se ha instaurado en nuestro país un sistema de la dependencia externo –en lo orgánico– al sistema

---

<sup>13</sup> El profesor Monereo Pérez distingue dos factores estructurales que configuran la dependencia como situación de necesidad: “un factor biológico, consistente en el aumento de la esperanza de vida, aumentando las enfermedades que causan dependencia; y un factor social”. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, *Documentación Administrativa*, n. 276-277, 2007, p. 570. Téngase de nuevo presente la definición de discapacidad que contempla la CIDPD en su artículo primero, que relaciona unos déficits de salud a largo plazo con unas barreras sociales.

<sup>14</sup> Véase en este sentido la STC 103/1983, de 22 de noviembre [RTC 1983\103]. En palabras del profesor Monereo Pérez: “La dependencia es un tipo de situación de necesidad (más que de riesgo) muy distinta a los riesgos que atendían los clásicos seguros sociales obligatorios y la Seguridad Social construida sobre sus hombros”. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., *El Modelo... op. cit.* p. 569.

<sup>15</sup> Según la STC 65/1987, de 21 de mayo [RTC 1987\65], esto “supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias”.

<sup>16</sup> STC 239/2002, de 11 diciembre [RTC 2002\239].

institucional de Seguridad Social que se encuadraría en el concepto amplio de protección social, aunque, “desde el punto de vista conceptual (dogmática jurídica) es Seguridad Social<sup>17</sup>”. El modelo de protección a la dependencia que se diseña no es estrictamente ni Estatal (Seguridad Social) ni autonómico (asistencia social), por lo que se vio necesitado de un mecanismo organizativo propio, en distintos niveles<sup>18</sup>. Y, en este sentido, pese a que la necesidad social que se protege (dependencia) queda cubierta –en principio– en régimen de universalidad, la misma no es suficiente en relación con la asistencia personal, entendida esta como un derecho subjetivo de las personas con discapacidad destinado al ejercicio efectivo de sus derechos de ciudadanía. Se quiere decir que, la asistencia personal no solo ha de ser un derecho básico, sino que exclusivamente con su reconocimiento se le concederá al individuo un estatus suficiente que permita el disfrute del resto de derechos, tanto sociales como civiles y políticos, como a continuación se pretende justificar.

Un buen punto de partida para destacar la relevancia de la asistencia personal en este contexto es la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2022 (Caso Jivan contra Rumanía) [TEDH\2022\18] en la que se condena a Rumania por violación del artículo 8 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales*, hecho en Roma en 1954, en su vertiente al respeto de la vida privada por la falta de provisión a un ciudadano de asistencia personal. En efecto, pese a la evaluación médica y social de la situación de aquel ciudadano y la constatación de que no podía atender sus necesidades básicas por sí solo, le fue acreditada una discapacidad en “grado medio” y, en su virtud, denegada la asistencia personal que solicitaba puesto que para ella se exigía una discapacidad reconocida como “grave”. El Tribunal, tras hacer un repaso de la normativa aplicable, destacándose al respecto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>19</sup> y la CIDPD, consideró infringido el Convenio Europeo por el impacto que la denegación de la asistencia personal tuvo en el disfrute de su derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 del precitado instrumento. Se condenó al Estado Rumano al pago de ocho mil euros en concepto de daños y perjuicios al hijo del demandante, quien había fallecido en el transcurso del proceso.

Como venimos reiterando y ahora se comprueba tanto del relato fáctico como del derecho aplicado en la litis comentada, la figura del asistente personal tiene la potencialidad de hacer posible y efectivos el resto de derechos. Lo que nos lleva a afirmar, como en el caso expuesto, que su denegación, cuando concurra la situación de necesidad descrita, implica, a su vez, la exclusión del ejercicio de otros derechos.

<sup>17</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *El Modelo... op. cit.* p. 577.

<sup>18</sup> Lo propio se puede extraer del capítulo primero del título primero de la LPAP, arts. 6 y ss.

<sup>19</sup> De la que se ha de destacar su artículo 26 que reconoce “el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

Esta cuestión nos lleva a que volvamos a destacar o a reivindicar la relevancia de la asistencia personal, puesto que la misma es mucho más crucial con el respeto de la vida humana de quien la precisa que otras figuras análogas si nos atenemos a las funciones que realiza y a la fórmula de la prestación de los servicios, de la que posteriormente se dará cuenta. Los espacios de autonomía que la persona con discapacidad adquiere a través de la figura conlleva que esta –en palabras de Comité en la Observación citada– “no se vea privada de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida y sus actividades cotidianas”, o lo que es lo mismo, el poder escoger “dónde vivimos y con quién, qué comemos, si nos gusta dormir hasta tarde o acostarnos a altas horas de la noche, si preferimos quedarnos en casa o salir, si nos gusta poner mantel y velas en la mesa, tener animales domésticos o escuchar música”. Y, es que, tal y como manifiesta este órgano, “tales acciones y decisiones nos hacen ser quienes somos”, aspecto que liga definitivamente y con solidez la asistencia personal con el libre desarrollo de la personalidad del individuo, principio que –dicho sea de paso– se encuentran entre los “objetivos últimos” de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho<sup>20</sup>. El alcance de este derecho es tal que ha de considerarse básico, sin que pueda quedar al albur de cada Administración su reconocimiento.

Como ya se ha dicho, nuestro sistema de dependencia engloba sus infinitas situaciones en el mismo cuerpo institucional, que pretende responder a todas ellas. Posteriormente se focalizará sobre la contemplación de la figura en esta normativa, baste ahora con señalar que del régimen constitucional de competencias se podría sostener la exclusividad del Estado en la regulación de la figura ateniéndonos a su especificidad y relevancia, todo ello en virtud del artículo 149.1.1 CE que reclama dicha competencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

### 3. PRINCIPALES FALLAS DEL SISTEMA ESPAÑOL: VACÍOS EN LA INSTITUCIONALIDAD

#### 3.1. La regulación de asistencia personal en la Ley de Protección de la Autonomía Personal

Podemos afirmar que en la actualidad la única regulación legal de la figura de la asistencia personal en nuestro país se encuentra en la LPAP, que la contempla como prestación económica. Tras la definición de la asistencia personal en el precitado artículo 2.7, las siguientes menciones a la misma se

---

<sup>20</sup> Nos referimos al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el art. 10.2 CE. *Vid.* CAMPOY CERVERA, I.: “La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978”, en AA. VV. CAMPOY CERVERA, I. y PALACIOS RIZZO, A., (coords.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 156.

efectúan para configurar una prestación económica. Así, el artículo 19 LPAP (titulado “prestación económica de asistencia personal”) expresa lo siguiente.

*“la prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación”.*

No existe otra contribución normativa reseñable en la citada Ley respecto a la figura. Las distintas Comunidades Autónomas, haciendo uso de sus competencias en la materia, han perfilado de una forma u otra la figura, configurando la fórmula jurídica concreta de la prestación del servicio, ampliando el ámbito de actuación de la misma, limitando la edad para ser beneficiario, imponiendo algún tipo de formación obligatoria, etc. Con todo, a tenor de la contemplación expresa de la figura de la asistencia personal en la CIDPD y la importancia que de ella se desprende, se defiende de esta parte que la asistencia personal no es en exclusiva la que se ofrece por nuestro sistema como prestación económica al amparo de la LPAP, ni que tampoco ha de estar reservada únicamente a situaciones de dependencia administrativamente declaradas, sino que será asistencia personal todo apoyo humano que se preste a una persona con discapacidad que guarde las notas definitorias de la figura que quedan contempladas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General nº 5 de 2017. Y es precisamente esta cuestión la que demanda una regulación legal de la asistencia personal que sea precisa en cuanto a los contornos de la figura y sus particularidades, así como que la misma se contenga fuera de la LPAP, todo ello sin perjuicio de que esta la contemple como prestación (de servicio o económica) del Sistema y regule los condicionantes para su financiación.

### **3.2. Lo ámbitos de actuación**

De acuerdo con lo que venimos expresando, la asistencia personal es determinante en el proyecto de vida de la persona con discapacidad que la precisa, puesto que lo facilita y lo canaliza. Y, en este sentido, como no puede ser de otra forma, el derecho a la asistencia personal no puede quedar limitado o circunscrito a ningún ámbito concreto de la vida de la persona con discapacidad. Lo propio se desprende del artículo 19 CIDPD que genéricamente alude al objetivo de “facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad”, lo que hace predicable una interpretación amplia en la adopción y provisión de este tipo de medidas. Desde luego que, si se incluye un derecho general al apoyo que posibilita la vida independiente, no parece acertado excluirlo de algún ámbito de participación

social. En efecto, resultaría oportuno, en garantía de los derechos de las personas con discapacidad, que el apoyo humano se extendiera al ámbito de la vida privada en sentido estricto (nos referimos al ámbito domiciliario, familiar, etc.), pero también al laboral, al educativo, al judicial, e incluso, al sexual<sup>21</sup>. Téngase presente que, como ha destacado el propio Comité en la Observación general que venimos reiterando, el artículo 19 “es una de las disposiciones de mayor alcance y más interdisciplinar de la Convención, y debe considerarse esencial para la plena aplicación de ese instrumento”. Entendemos que ello es así puesto que –como también venimos reintentando– se le podría asignar la cualidad de medio o vehículo para el cumplimiento de sus objetivos básicos, así como para el respeto del catálogo de derechos que en ella se recogen.

En contra de la restricción puede esgrimirse la categorización de las potenciales áreas de actuación del asistente que ha elaborado la doctrina<sup>22</sup>:

1. Tareas personales, relacionadas con la persona, como el aseo, vestirse, ayuda a comer o a necesidades fisiológicas.
2. Tareas del hogar.
3. Tareas de acompañamiento, dentro o fuera del domicilio.
4. Tareas de conducción.
5. Tareas de comunicación, como la de interpretación de lenguajes de signos.
6. Tareas de coordinación, referidas a la planificación diaria de actividades y toma de decisiones.
7. Tareas excepcionales, derivadas de situaciones imprevistas, como por ejemplo acudir a urgencias médicas.
8. Tareas especiales, relacionadas con la sexualidad<sup>23</sup>.

Empero, a tenor del artículo 19 LPAP en lo que respecta a la prestación económica de asistencia personal, expresamente se indica su contribución para la contratación que facilite el “acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”<sup>24</sup>. Sin duda se puede acoger este pasaje como una limitación injustificada que deja fuera esferas tan relevantes para una inclusión total y verdadera en la comunidad como –entre otras– el ocio o la cultura<sup>25</sup>. No

---

<sup>21</sup> Véase sobre este particular DE ASÍS ROIG, R.: “¿Es la asistencia sexual un derecho?”, *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 5, núm. 2, 2017, pp. 7-18 y ARNAU RIPOLLÉS, M.S.: “El Modelo de Asistencia Sexual como Derecho Humano al auto-erotismo y el acceso al propio cuerpo: un nuevo desafío para la plena implementación de la Filosofía de Vida Independiente”, *Intersticios: Revista sociológica de pensamiento crítico*, vol. 11, núm. 1, 2017, pp. 19-37.

<sup>22</sup> Véase en este sentido ARNAU RIPOLLÉS, M.S. *et al.*, *Asistencia personal... op. cit.* p. 7.

<sup>23</sup> Referidas al acompañamiento o a la ayuda en la preparación, excluyendo los propios actos sexuales.

<sup>24</sup> En este sentido VERDUGO ALONSO, M.A. y JENARO RÍO, C.: *ANED 2018-19 op. cit.* p. 9.

<sup>25</sup> Sobre este particular DE ASÍS, ROIG, R. Y PALACIOS RIZZO, A.: *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 84.

obstante, en el ejercicio por parte de las comunidades autónomas de sus competencias sobre la materia, estas han venido contemplando en su normativa propia otros ámbitos de la vida que la LPAP ignora.

### 3.3. Los aspectos cuantitativos: el *quantum* y la extensión

Expuesta ya la trascendencia de la asistencia personal en el desarrollo de una vida plena de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, hemos de aludir ahora –en íntima relación con ello– a su financiación. Corresponde al estado su provisión de acuerdo con los compromisos adquiridos en la CIDPD, lo que supone, según el Comité encargado de su interpretación que deba proporcionarse una financiación “sobre la base de criterios personalizados y tener en cuenta las normas de derechos humanos para un empleo digno” a lo que añade que la misma “debe estar controlada por la persona con discapacidad y serle asignada a ella para que pague cualquier asistencia que necesite”. Entendemos que el apoyo proporcionado por el Estado –en estos casos mediante prestación– ha de ser en su conjunto suficiente para cumplir con sus objetivos.

Esta cuestión que se acaba de expresar queda en entredicho si observamos la regulación de los *quantums* máximos de prestación a los que pueden acceder los beneficiarios. La disposición transitoria décima del *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*, establece unas cuantías que van desde los 300 a los 715'07 euros<sup>26</sup>, dependiendo del grado de dependencia reconocido, por lo que parece imposible que la persona usuaria pueda satisfacer todos los costes que supondría la contratación de asistencia personal, que si se realiza en régimen de laboralidad debería incluir, además del salario, las cotizaciones a la seguridad social y las posibles indemnizaciones previstas por la expiración del tiempo convenido en el contrato de trabajo.

Por otro lado, la extensión de la prestación tampoco parece ser suficiente, lo que se asevera de la siguiente gráfica realizada a partir de los datos del IMSERSO:

---

<sup>26</sup> Quienes antes de la entrada en vigor de dicha norma (15 de julio de 2012) tuviesen reconocidos grado y nivel de dependencia recibirán las cuantías reconocidas en el Real Decreto 570/2011, de 20 de abril.



(Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos mensuales del IMSERSO)  
 (Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos mensuales del IMSERSO).

Como se comprueba, la asistencia personal es la prestación contemplada en la LPAP menos concedida a las personas reconocidas con algún grado de dependencia. A fecha 31 de diciembre de 2022 había 9.047 prestaciones de asistencia personal reconocidas en España, lo que supone un 0,52% del total de las reconocidas en el sistema público.

Si nos centramos en el reparto de estas nueve mil prestaciones a lo largo y ancho de nuestra geografía se aprecian diferencias sustanciales y sustanciosas. Y es que, de ellas, el 70,8%, es decir 6.404, han sido concedidas en el País Vasco, Comunidad a la que sigue Castilla y León con 2.018 prestaciones. En el resto de comunidades la concesión de esta prestación es residual<sup>27</sup>, aunque se evidencia cierto crecimiento si nos atenemos a los datos de años anteriores. Crecimiento, eso sí, aún insuficiente para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos de las personas dependientes<sup>28</sup>. Se puede afirmar, por tanto, que dependiendo de la comunidad en que estas personas residan se tendrá alguna –más o menos– o ninguna posibilidad de acceder a este apoyo básico<sup>29</sup>, lo que consideramos una discriminación geográfica en la provisión de la asistencia personal incompatible con las disposiciones de nuestra Carta Magna a las que venimos aludiendo. Todo ello, derivado de la distribución competencial y la consideración de esta materia como “asistencia social”,

<sup>27</sup> Siguen a estas comunidades Valencia (263), Galicia (108), Madrid (88), Cataluña (85), Navarra (31), Castilla la Mancha (21), Asturias (13), Andalucía (12) y Murcia (4).

<sup>28</sup> Sobre todo, porque se da la circunstancia de que los mayores crecimientos en el reconocimiento de la prestación se producen en las comunidades en las que está más implantada la figura (País Vasco y Castilla y León) y las que, por ende, efectúan una apuesta decidida por la misma.

<sup>29</sup> Nos referimos a acceso financiado por parte del Estado. Componente característico de la figura según la Observación nº 5 del Comité (p. 16.d.i).

lo que ha posibilitado que las distintas CCAA, ejerciendo sus importantes competencias sobre la materia, contemplen regulaciones específicas sobre aspectos tan distintos como el régimen de compatibilidades, la necesidad de copago, la cuantía mínima de la prestación, los límites de edad (mínimos y máximo para el acceso a la prestación), la exigencia o no de formación del asistente personal, etc<sup>30</sup>. Estas diferencias son injustificables a tenor del analizado 149.1.1<sup>a</sup> CE pero también del 139.1 CE que garantiza que “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”. No existe ni igualdad de derechos ni igualdad de condiciones en su ejercicio pese a que este es el objeto declarado de la LPAP según establece su artículo 1.1.

### 3.4. Unas reformas esperadas y necesarias

Como ya se ha dicho, estamos en un momento crucial para revertir la drástica situación en la que nos encontramos en relación con la asistencia personal y que apenas se acaba de analizar. Y parece que con el mentado ALPAP se le quiere dotar a la figura de un enfoque jurídico más respetuoso con los Derechos Humanos<sup>31</sup>. En ese sentido, ya en su exposición de motivos se hace referencia a la intención de diseñar un sistema acorde “a las circunstancias, preferencias y voluntad de cada persona en situación de dependencia en el diseño, planificación y seguimiento de sus intervenciones, de forma que se preste una atención centrada en la persona”.

La principal novedad que presenta este anteproyecto es que contempla la asistencia personal no únicamente como prestación sino también como servicio. Para ello, además del aumento del catálogo de servicios del artículo 15.1 con la inclusión de la figura que nos ocupa en él (letra f), se pretende mantener la prestación económica, lo que queda habilitado en el artículo 14.5 LPAP propuesto, que quedaría con la siguiente redacción: “Las personas en situación de dependencia podrán recibir el servicio de asistencia personal a través de una prestación económica en los términos del artículo 19”. Consecuentemente, la Sección Tercera (servicios) del Capítulo 2 (prestaciones y catálogo) se incrementaría en un precepto, el 21 bis (“servicio de asistencia personal”)<sup>32</sup>, al que se remite el artículo 19 (“prestación económica de asistencia personal”) que indicaría la posibilidad de la prestación económica para atender a sus fines.

Pero el cambio de miras sobre la figura pretende ir más allá y “reconceptualizar las definiciones del servicio de asistencia personal”. En este sentido,

<sup>30</sup> Un cuadro comparativo de las distintas regulaciones autonómicas en <https://www.asistenciapersonal.org/saad/RK=2/RS=HFIODJCDq5zVlkxALXyOCF6Th3k->.

<sup>31</sup> Entre las propuestas recibidas de entidades en la consulta pública previa al Anteproyecto de Ley de condiciones básicas para la igualdad en el acceso y disfrute de los servicios sociales se recoge el “Considerar la asistencia personal como una tipología de servicio social básico” (p. 86).

<sup>32</sup> Quedaría ordenada normativamente la asistencia personal como el primer servicio del catálogo, aspecto simbólico pero digno de celebrar.



el núcleo de la regulación de la asistencia personal se concentraría, en caso de la aprobación definitiva, en el artículo 21 bis<sup>33</sup>, que contempla las siguientes novedades:

- La finalidad torna de la “promoción de la autonomía” a la “*promoción de la vida independiente*”, lo que parece un cambio sin demasiada trascendencia ya que, en este ámbito, la promoción de la vida independiente se consigue mediante el fomento de la autonomía personal.
- Se prevé la necesidad de un *plan personal de apoyos* en el que se concrete las actividades, las cuales ya no son solo *básicas* sino también *instrumentales*, que permitan un desarrollo de una vida más autónoma, lo que se tiene que acordar en función de las necesidades y las preferencias personales.
- Se omite concreción alguna sobre los ámbitos de actuación del asistente personal por lo que hemos de entender que la misma se podría concertar para cualquiera de los ámbitos de la vida que promocióne la vida independiente, quedando únicamente supeditado al señalado plan personal de apoyos.

Pero esta nueva filosofía que parece querer marcar el ALPAP también es patente en otros aspectos que se pretenden reformar. Baste señalar aquí la nueva configuración de la que se dota al Programa Individual de Atención (art. 29) imponiéndose la elección de la persona dependiente sobre las distintas alternativas y reforzándose la necesidad de que la modalidad de intervención se prevea de acuerdo con la “voluntad y preferencias de la persona beneficiaria”. Los márgenes para la Administración en la concesión del servicio parecen *a priori* estrecharse en favor de las preferencias de la persona con dependencia.

Caben extraer de estas propuestas de reformas valiosas consideraciones. Ante un diseño de la acción protectora escalonado como es el que prevé la LPAP, que otorga cobertura mediante prestaciones con distinta naturaleza (de servicios y prestaciones económicas)<sup>34</sup> aunque con un mismo destino, que es doble, a saber: “la promoción de la autonomía personal” y “atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria”, la asistencia personal adquiere un indudable protagonismo. De ser una prestación económica subsidiaria según la configuración de la que se dota la actual LPAP y, por ende, con un marcado carácter excepcional (lo que también se asevera de los datos ana-

---

<sup>33</sup> El tenor literal del precepto propuesto es el siguiente: “El servicio de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la vida independiente de las personas en situación de dependencia en cualquiera de sus grados, sobre la base de un plan personal de apoyos en el que se concreten las actividades, básicas e instrumentales, que le permitan desarrollar una vida más autónoma, en función de sus necesidades y preferencias personales. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones específicas de acceso a este servicio”.

<sup>34</sup> Son prioritarias las prestaciones de servicios ex art. 14.2.

lizados) al quedar supeditada a la imposibilidad de atención al dependiente mediante los servicios previstos *ex* artículo 15<sup>35</sup> y a la prestación económica vinculada a los mismos en el artículo 17, se convierte en un servicio principal. La inclusión dentro del catálogo de servicios del artículo 15 es una apuesta decidida por la figura y le otorga carácter prioritario. Y este particular obligaría en situaciones normales a que el sistema público asumiera con carácter general la prestación directa del servicio, aunque desde un plano objetivo se atisban en la actualidad déficits importantes en consideración de los recursos humanos y materiales disponibles para ofrecerlo con unos estándares mínimos de calidad. De excluirse tal posibilidad, lo que compete en atención a las circunstancias de cada caso a los equipos multiprofesionales responsables del PIA, la asistencia personal se podría proporcionar a través de servicios concertados privados (debidamente acreditados) o reconocerlo “a través de prestación económica” (art. 19). Estaríamos entonces ante una prestación pecuniaria con análoga naturaleza a las contempladas en el artículo 17, aunque sin que compartan regulación ya que la relación de subsidiariedad entre servicio y prestación de asistencia personal se darían entre los artículos 15 y 19. Este doble canal que parece que se habilitará es loable, aunque –reiteramos– se duda de la posibilidad objetiva del Estado de prestar con sus medios estos servicios en la actualidad. En cualquier caso, a diferencia de las prestaciones que se contemplan en el artículo 17, no se precisará que el servicio se adquiera por empresas o entidades acreditadas para la atención a la dependencia (art. 14.3). Se continuará aceptando, por ende, las contrataciones directas o a través de proveedores.

Estas cuestiones que han sido abordadas en este apartado tendrán su trascendencia en otros aspectos del servicio de asistencia personal. Baste con señalar únicamente los cambios que se producirán en los parámetros que medirán la participación del beneficiario en la prestación. El artículo 33 LPAP, del que no se propone modificación alguna, fija en su apartado primero que para los servicios se tendrán en cuenta el tipo, el coste y la capacidad económica, mientras que para las prestaciones solo se observará la capacidad económica. Esta diferenciación, que ha sido tachada de “contradictoria” toda vez que finalmente unas y otras van destinadas a la adquisición de un servicio<sup>36</sup>, será ahora de gran relevancia en la asistencia personal que, cuando se preste mediante servicio, precisará del conocido copago. Con todo, habrá de esperarse en caso de aprobación a un hipotético desarrollo reglamentario, al cual se refiere en varios pasajes la propuesta, para conocer así las características específicas que apenas se delimitan en la norma legal, la regulación del régimen de financiación, etc. No obstante, no podemos confiar mucho en el mentado desarrollo puesto que incomprensiblemente aún se espera lo propio de la norma del año 2006.

---

<sup>35</sup> MONEREO PEREZ, J.L., *et al*: *Manual de derecho de la dependencia*, Tecnos 2ª edición, Madrid, 2014, pp. 197 y 198.

<sup>36</sup> *Ibidem*. pp. 203 y 204.

#### 4. UNA RÁPIDA MIRADA A OTROS MODELOS DE FINANCIACIÓN

Si bien el órgano de garantías de la CIDPD interpreta a la luz de la misma la exigencia de la financiación y la autogestión del servicio, lo cierto es que ni en el propio instrumento normativo ni en su Observación general nº 5 se impone o precisa un modelo específico de gestión de este apoyo, por lo que es defendible la libertad del cada Estado en su configuración jurídica.

Algunos estudios han distinguido entre dos categorías de gestión de la asistencia personal: los dirigidos por el proveedor y los dirigidos por el usuario<sup>37</sup>. Solo estos últimos serían respetuosos con el espíritu de la CIDPD y la filosofía de vida independiente, pudiéndose diferenciar tres subcategorías: (1) la persona dependiente gestiona el servicio y asume las tareas y responsabilidades administrativas<sup>38</sup>; (2) un ente o una agencia gestiona la administración del servicio y el usuario lo controla y (3) el modelo cooperativo, en el que los propios usuarios crean una agencia que dirigen para la provisión del servicio.

No se va a entrar en este estudio a analizar cada una de estas posibilidades, para lo que nos remitimos al trabajo referenciado, pero sí conviene mencionar que se observa como en cada uno de estos modelos se reproducen los problemas evidenciados en el sistema español. En efecto, Nally *et al.* sitúa a España entre los países con legislación propia sobre asistencia personal con pago directo que permite elegir al proveedor sin criterio de edad en su provisión (aunque este último aspecto suele ser limitado por parte de las distintas CCAA) pero, como hemos visto, ello no impide que estemos ante un derecho inefectivo pese a la proyección de universalidad que le otorga la CIDPD. Concretamente, en su estudio también se pone de manifiesto la discriminación geográfica en distintitos países<sup>39</sup>, lo que aconsejaría una prestación a nivel nacional y no local o autonómica<sup>40</sup>. En relación con la descentralización, además de las diferencias geográficas en la prestación, se unen problemas relativos a su exportación, siendo esta, la movilidad de la prestación entre regiones, un derecho básico que habría de tener el usuario de la ayuda<sup>41</sup>.

Pero también se han puesto de manifiesto problemas más graves en los últimos tiempos, como la disminución del gasto por parte de los Estados en

---

<sup>37</sup> Véase en especial el análisis bibliográfico en cuanto a la configuración de la figura en 40 de países efectuado por NALLY, D., MOORE, S. y GOWRAN, R.J.: "How governments manage personal assistance schemes in response to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Scoping Review", *Disability & Society*, vol. 37, n.10, 2022, p. 1729.

<sup>38</sup> En Suiza y Bulgaria necesariamente las personas dependientes han de ser las empleadoras del asistente personal. *Vid.* ENIL: *Personal Assistance Services in Europe 2015*, European Network on Independent Living, Bruselas, 2015.

<sup>39</sup> NALLY, D. *et al.* *How governments... op. cit.* p. 1739. Lo propio se pone de manifiesto en el Anteproyecto de Ley de condiciones básicas para la igualdad en el acceso y disfrute de los servicios sociales en el que se alude a "diferencias no justificables".

<sup>40</sup> GRABY, S. y HOMAYOUN R., "The Crisis of Local Authority Funding and Its Implications for Independent Living for Disabled People in the United Kingdom", *Disability & Society*, vol. 34, n. 2.

<sup>41</sup> MLADENOV, T., "What is Good Personal Assistance Made of? Results of a European Survey." *Disability & Society*, vol. 35 n. 1, 2020.

asistencia personal<sup>42</sup>, aspecto que explícitamente proscribire el Comité en la Observación que venimos analizando.

El estudio de Nally *et al.* concluye que no existe evidencia bibliográfica de que un país proporcione AP de acuerdo con el artículo 19 CIDPD<sup>43</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Se cierra el presente estudio con las breves conclusiones que siguen, una por cada uno de los epígrafes, las cuales serán, en su caso, desarrolladas, en la exposición oral de la comunicación:

PRIMERA. Que la asistencia personal posibilita la efectividad de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.

SEGUNDA. Que dado su carácter básico el Estado ha de garantizar unos mínimos uniformes en todo el territorio nacional.

TERCERA. Que, en la actualidad, en nuestro país este derecho no tiene amparo alguno en la esfera de la institucionalidad y en la práctica es insuficiente. Las reformas en ciernes pueden ser una buena oportunidad para un cambio de rumbo.

CUARTA. Que los problemas detectados se reproducen en la mayoría de países de nuestro entorno.

---

<sup>42</sup> NALLY, D. *et al.*: *How governments...* *op. cit.* p. 1739, que menciona entre ellos a Dinamarca, Países Bajos, Suecia o Reino Unido. Aunque también se ha producido en España en el año 2012. Véase nota al pie n° 27.

<sup>43</sup> *Ibidem.* p. 1757.

EL DEBER DE COMPROBACIÓN Y LA EVENTUAL EXONERACIÓN  
DEL ART. 42 ET TRAS LA RECIENTE JURISPRUDENCIA  
DE LA SALA TERCERA DEL TS<sup>1</sup>

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ  
*Personal investigador en formación – FPU*  
*Universidad de Córdoba*  
*josemaria.ruz@uco.es*

---

<sup>1</sup> Grupo de investigación SEJ-117, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba.

## SUMARIO

1. SEGURIDAD SOCIAL Y SUBCONTRATACIÓN EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA. 2. PRINCIPALES DUDAS INTERPRETATIVAS SOBRE EL MECANISMO. 2.1. Finalidad del mecanismo. 2.2. Deber de comprobación. 2.2.1. *Prohibición, deber o facultad.* 2.2.2. *Momento de solicitud y su posible periodicidad.* 2.2.3. *Contenido y alcance de la comprobación.* 2.3. Eventual exoneración. 2.3.1. *Supuesto que acciona la exoneración.* 2.3.2. *Responsabilidad objeto de exoneración.* 3. JURISPRUDENCIA RECIENTE AL RESPECTO. 3.1. Finalidad del mecanismo. 3.2. Deber de comprobación. 3.3. Eventual exoneración. 3.3.1. *Supuesto que acciona la exoneración.* 3.3.2. *Responsabilidad objeto de exoneración.* 4. REFLEXIONES FINALES.

## 1. SEGURIDAD SOCIAL Y SUBCONTRATACIÓN EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

La principal reforma del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de Seguridad Social gira en torno a la sostenibilidad del sistema de pensiones, reflejado en el componente 30, política palanca X. No obstante, tras la lectura integral del Plan es posible concluir que la Seguridad Social adquiere un papel transversal, con protagonismo en distintos ámbitos de actuación. Entre otros, el Componente 11, política palanca IV, sobre modernización de las Administraciones públicas, en el que se alude expresamente a la digitalización de la Seguridad Social o el componente 23, política palanca VIII, sobre el mercado de trabajo, donde se proponen reformas respecto al nivel asistencial del desempleo (reforma 10), la digitalización del SEPE (reforma 11) y al régimen de contratación y subcontratación (reforma 9).

En otro orden de cosas, con carácter general, distinguir entre instituciones de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social es una tarea relativamente simple. Sin embargo, ciertos preceptos aúnan ambos planos, imbricando reglas de Derecho del Trabajo propiamente dicho y de Seguridad Social. Un claro ejemplo de ello es el art. 42 ET sobre contrata y subcontrata que, desde su redacción de 1980 e incluso en experiencias legislativas anteriores, ha regulado aspectos de Seguridad Social. Por esta razón la doctrina ha denominado el art. 42 ET como una “regla bifronte”<sup>2</sup>. Concretamente, el mecanismo de comprobación y eventual exoneración del art. 42.1 *in fine* ET ha sido calificado, a pesar de su ubicación, como un mandato normativo de Seguridad Social<sup>3</sup>.

Sobre la base de lo anterior, el hecho de que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia incluya entre sus objetivos la modernización del régimen de subcontratación invita a cuestionar el actual sistema en su

---

<sup>2</sup> MONTÓYA MELGAR, A., Aguilera Izquierdo, R. “Sobre el régimen jurídico laboral de contrata y subcontratas (un apunte con la última doctrina de los tribunales del orden social)”, *Revista doctrinal Aranzadi social*, núm. 5, 1999, pp. 1041-1052. (BIB 1999/1614),.

<sup>3</sup> MONTÓYA MEDINA, D. *Trabajo en contrata y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 256.

conjunto, admitiendo que el nuevo art. 42.6 ET, introducido por el RD-ley 32/2021, no supone una completa actualización del marco legal de la subcontratación. Teniendo en cuenta el carácter transversal de la Seguridad Social en el citado Plan, cabe plantear si la regulación de Seguridad Social en materia de subcontratación requiere ser reformada.

Entre los numerosos aspectos que requieren ser revisados, el presente trabajo versará sobre el deber de comprobación y el complejo sistema de exoneración recogidos en el art. 42.1 *in fine* ET. La confusa redacción del Estatuto de 1980 y las escasas reformas al respecto han propiciado la aparición de una serie de complejas dudas interpretativas que llegan hasta nuestros días a la luz de la STS-CA 3-2-2021 (rec. 2584/2019). La presente investigación pretende sistematizar dichas incógnitas hermenéuticas, así como las principales propuestas doctrinales y jurisprudenciales, prestando especial atención a la jurisprudencia más reciente.

## 2. PRINCIPALES DUDAS INTERPRETATIVAS SOBRE EL MECANISMO

Desde el origen de la regulación sobre contratas y subcontratas, o incluso antes, la doctrina puso de manifiesto las dificultades interpretativas relativas al mecanismo objeto de estudio<sup>4</sup>. Entre otras razones, dicha diversidad doctrinal podría deberse a la una parca redacción normativa sumada a una sorprendente escasez de resoluciones judiciales. Paradójicamente, sí existe consenso doctrinal respecto a la necesidad de reforma<sup>5</sup>, lo que produce cierta zozobra al observar que ninguna de las reformas del art. 42 ET han modificado sustancialmente dicha institución<sup>6</sup>.

A continuación, se pretender sintetizar los principales problemas interpretativos derivados de este mecanismo, así como las diferentes soluciones aportadas por la doctrina.

<sup>4</sup> Sobre el RD 3677/1970, RODRÍGUEZ PIÑERO, pp. 43-44.; Sobre el art. 42 ET en su versión original, Martínez Emperador, R. *El Estatuto de los trabajadores y la responsabilidad empresarial en el caso de subcontratas de obras o servicios*, Instituto de estudios sociales, Madrid, 1980, p. 29 y ss.

<sup>5</sup> Entre otros, CALVO GALLEGU, F.J. “La regulación española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 56, 2000, p. 76; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Una propuesta interpretativa sobre la responsabilidad en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas (apartados 1º y 2º del art. 42 ET)”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2016, p. 1059.

<sup>6</sup> SEMPERE NAVARRO emplea el término “zozobra” frente a la acción del legislador en la reforma de 2001 dado que se introduce una novedad referente al mecanismo de comprobación, pero obvia las numerosas cuestiones problemáticas señaladas por la doctrina. Sempere Navarro, A. “El artículo 42 ET: una visión panorámica”, *Documentación laboral*, núm. 68, 2003, p. 35. Lo mismo ocurre con la reforma de 2006, como señala Soriano Cortés, D. *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Mergablum, Sevilla, 2007, p. 377 y, añadimos nosotros, con la reforma de 2021.



## 2.1. Finalidad del mecanismo

En efecto, la práctica totalidad de la doctrina iuslaboralista ha coincidido en calificar el mecanismo de comprobación como una medida tendente a sanear el mercado de contrata y subcontrata<sup>7</sup>. El deber de comprobar la existencia de deudas, la posibilidad de conocer dicha información y la posible exoneración de responsabilidad permitiría reducir la participación de empresas de dudosa solvencia<sup>8</sup>. En estrecha relación con lo anterior, la expulsión del mercado de este tipo de entidades reduciría la competencia desleal en el mismo, evitando una posición de ventaja sustentada en incumplimiento, en este caso, de obligaciones con la Seguridad Social<sup>9</sup>.

## 2.2. Deber de comparación

### 2.2.1. Prohibición, deber o facultad

Desde 1980, siguiendo la fórmula empleada en las normas previas, el art. 42 ET impone un deber al sujeto contratante, en concreto, el deber de comprobar que el contratista esté al corriente de las cuotas de Seguridad Social. Con carácter inicial, cabe plantearse si dicho mandato impone un deber en sentido estricto o si, por el contrario, establece una facultad a disposición del sujeto comitente. En los primeros comentarios al respecto se puso de manifiesto la existencia de un deber jurídico-administrativo cuyo incumplimiento sería oportunamente sancionado<sup>10</sup>. Más aún, el deber de realizar la comprobación llegó a ser calificado como instrumental al “deber más sustantivo de no celebrar contrata con contratistas morosas o insolventes”, cuyo incumplimiento supone el surgimiento de la correspondiente responsabilidad administrativa<sup>11</sup>. Desde el ámbito doctrinal se han aportado

---

<sup>7</sup> GARCÍA MURCIA, J. “El trabajo en contrata y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores”, *Revista de política social*, núm. 130, 1981, p. 31. Martín Valverde, A. “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios” en Borrajo Dacruz, F. (dir.) *El Estatuto de los trabajadores*. Tomo VIII: Artículos 39 a 44, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1988, p. 252.

<sup>8</sup> No obstante, ha de tenerse en cuenta que, como en su día subrayó Cruz Villalón, este loable objetivo puede “puede instrumentarse a través de variados mecanismos”; extremo que ha de ser tenido en cuenta a la hora de obtener una lectura correcta del texto legal. Vid. Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontrata”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1992, p. 159.

<sup>9</sup> Cfr. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R. “El carácter débil de las certificaciones emitidas por la seguridad social”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2016. (BIB 2016/797)

<sup>10</sup> Sobre el art. 4 del Decreto 3677/1970, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. “La regulación protectora... op. cit. p. 44; en la misma dirección sobre el art. 42.1 ET, García Murcia, J. “El trabajo en contrata... op. cit. p. 38.

<sup>11</sup> Esta fue la postura defendida en MARTÍN VALVERDE, A. “Responsabilidad empresarial... op. cit. p. 254. A diferencia de los autores anteriores, que no identificaban la concreta infracción administrativa, según este autor, el incumplimiento de dicho deber principal supondría una in-

argumentos en contra de la existencia de ambos deberes, tanto el instrumental como el sustantivo<sup>12</sup>.

En adición a la objeción sobre la existencia de una prohibición de contratar, se ha llegado a cuestionar si el deber de comprobación, pese a su dicción literal, puede ser entendido como un deber en sentido estricto. Ello descansa en la ausencia de responsabilidad anudada al incumplimiento de dicho deber. Tanto el texto estatutario como la LISOS no albergan una norma que establezca la potencial responsabilidad derivada del incumplimiento<sup>13</sup>. Por esa razón, la doctrina ha llegado a calificar el mandato del art. 42.1 *in fine* ET como una facultad o potestad, más que como un deber<sup>14</sup>.

### 2.2.2. *Momento de solicitud y su posible periodicidad*

Las cuestiones temporales relativas al instrumento a examen, a pesar de su apariencia formal, suscitan importantes debates sustantivos. Por ende, ha de examinarse, por un lado, el momento de realizar la solicitud y, por otro lado, la posible periodicidad de la misma, sin olvidar las dudas relativas al cómputo de plazos.

Respecto al momento de realizar la solicitud, las interpretaciones propuestas por la doctrina abarcan la totalidad de posibilidades. Por un lado, se ha defendido que la solicitud ha de cursarse con anterioridad a la celebración de la contrata<sup>15</sup>. Por otro lado, se ha sostenido que el deber de comprobación ha de ser llevado a cabo una vez originada la contrata<sup>16</sup>. Asimismo, se ha afirmado que la comprobación puede realizarse tanto antes como después del perfeccionamiento de la contrata<sup>17</sup>.

La vinculación entre el aspecto temporal y la posible exoneración desencadena relevantes incógnitas. Una de las principales objeciones al mecanis-

---

fracción del art. 57.4 ET de la época: "Son infracciones laborales de los empresarios las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo".

<sup>12</sup> A modo de muestra, Martínez Emperador, R. *El Estatuto de los trabajadores...* op. cit., p. 29 y ss.

<sup>13</sup> Se realizó una exhaustiva indagación de dicha responsabilidad en la LISOS en CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva..." op. cit. p. 160, nota 157. Si trasladamos tal análisis a la actual versión de la LISOS, la conclusión es idéntica.

<sup>14</sup> Con el paso del tiempo, esta corriente doctrinal se ha convertido en mayoritaria. Entre otros, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva..." op. cit. p. 160; García Piqueras, M. *El régimen jurídico de las responsabilidades...* op. cit. p. 36, facultad; García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. "El carácter débil de las certificaciones..." op. cit.

<sup>15</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial..." op. cit. p. 247 SEMPERE NAVARRO, A. "El artículo 42 ET..." op. cit. p. 33; Sagardoy de Simón, I., Godino Reyes, M. *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, CISS, Valencia, 1998, p. 60.

<sup>16</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas..." op. cit. p. 33. Este autor hace hincapié en la pertinencia de posibilitar el desistimiento a través de mecanismos privados tales como el precontrato o una cláusula contractual al efecto.

<sup>17</sup> Entre otros, Cruz Villalón, J. "Descentralización productiva..." op. cit. p. 157. La STSJ Cataluña 29-4-1995 (A.L. 1563) mantiene expresamente esta opción.

mo de exoneración es su pretensión *ad futurum*. En efecto, la comprobación de deudas con anterioridad o al inicio de la contrata permitiría la eventual exoneración de deudas de carácter posterior, no existiendo una relación entre lo certificado y lo exonerado. Incluso cuando la comprobación se realice una vez iniciada la contrata, la exoneración se extendería sobre deudas no devengadas. Ello descansa sobre una “presunción iuris tantum de no morosidad *ad futurum*”<sup>18</sup>, en otros términos, quien ha cumplido en el pasado, también lo hará en el futuro<sup>19</sup>. Esta situación ha sido objeto de recurrentes críticas por parte de la doctrina<sup>20</sup>.

Como respuesta a la anterior paradoja, algunos autores abogan por el carácter periódico de la solicitud<sup>21</sup>. Si esta se reitera periódicamente, sí podría existir una concordancia entre el período comprobado y la responsabilidad exonerada. Admitiendo que la norma no apunta expresamente en esta dirección, pero que tampoco la prohíbe, se han destacado ciertas ventajas vinculadas con la finalidad profiláctica del mecanismo<sup>22</sup>, además de salvar el escollo de la falta de concordancia entre la información comprobada y la deuda exonerada.

### 2.2.3. Contenido y alcance de la comprobación

Otro aspecto que suscita dudas es el referido a las obligaciones objeto de comprobación. Hasta este punto, se ha hecho alusión a la existencia de deudas con la Seguridad Social, en sentido amplio. No obstante, el texto estatutario se refiere expresamente a una tipología de deudas, en concreto, las cuotas. Estas últimas constituyen la principal, pero no la única, fuente de financiación de la Seguridad Social. Además de las cuotas, es posible identificar otros recursos de la Seguridad Social tales como sanciones por infracciones; recargos sobre prestaciones en materia de seguridad y salud; recargos e intereses, entre otros<sup>23</sup>. Siguiendo el tenor literal del precepto, en su mayoría, la doctrina ha sostenido que la comprobación deberá versar sobre las cuotas de

<sup>18</sup> MONTOTOY MEDINA, D. *Trabajo en contratas...* op. cit. p. 273

<sup>19</sup> En estos términos, SAGARDOY DE SIMÓN, I., GODINO REYES, M. *Contrata y subcontrata...* op. cit. p. 62.

<sup>20</sup> Tanto entre los estudios clásicos GARCÍA MURCIA, J. “El trabajo en contratas... op. cit. p. 36 como en análisis más recientes, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. p. 1005, dónde se ha llegado a calificar como “incentivo absolutamente perverso”.

<sup>21</sup> Entre otros; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. “Intrahistoria de un Proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones Laborales*, tomo 1, 1990; MARTÍN VALVERDE, A. “Garantías por cambio de empresario” en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) *Comentarios al ET*, Comares, Granada, 1998, pp. 526 y ss.; MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Fundación Confemetal, Madrid, 1998, p. 51.

<sup>22</sup> En tal sentido, MARTÍN VALVERDE, A. “Garantías por cambio de empresario... op. cit. p. 527.

<sup>23</sup> En tal sentido, véase el art. 1 RGRSS.

la Seguridad Social<sup>24</sup>, extendiéndose a lo sumo a conceptos de recaudación conjunta y recargos vinculados a lo anterior<sup>25</sup>.

En estrecha relación con lo anterior, podría cuestionarse si las deudas, o mejor dicho cuotas, objeto de comprobación se circunscriben a los trabajadores destinados a la contrata o la totalidad de la plantilla del empresario contratista. En su mayoría, la doctrina apunta en esta última dirección<sup>26</sup>.

Al margen de las anteriores dudas técnico-jurídicas, es necesario subrayar el posible conflicto entre el mecanismo del art. 42 ET y el derecho a la intimidad del empresario contratista cuya información es puesta a disposición del solicitante. Conviene cuestionar si, en función del alcance de la certificación, tal derecho fundamental, que ostenta la máxima protección constitucional, podría verse infringido. Como consecuencia de la ambigüedad legal, el alcance del certificado podría ir desde la mera constatación de existencia de deudas hasta la identificación de la cuantía, naturaleza y devengo, entre otros aspectos de interés. Desde los primeros estudios del art. 42 ET se planteó la importancia de respetar el derecho a la intimidad del sujeto contratista<sup>27</sup>. Para una parte de nuestra doctrina, esta problemática se encuentra estrechamente vinculada al momento de solicitud y más concretamente a si este es anterior o posterior al inicio de contrata. Como se ha defendido por algunos autores, si la solicitud es coetánea o posterior a la contrata, la existencia de un título jurídico entre ambos sujetos podría justificar un mayor alcance de la solicitud<sup>28</sup>.

## 2.3. Eventual exoneración

### 2.3.1. Supuesto que acciona la exoneración

El primer supuesto de exoneración deriva de la ausencia de respuesta por parte de la TGSS durante el transcurso del plazo de 30 días improrrogables. En consecuencia, el carácter extemporáneo del certificado desplegará los mismos efectos que la no emisión del mismo.

La verdadera cuestión reside en determinar si el anterior supuesto es el único susceptible de desplegar efectos liberatorios. Desde un acercamiento

<sup>24</sup> Entre otros, SORIANO CORTÉS, D. *Las contratas en el Derecho...* op. cit. p. 387.

<sup>25</sup> Al respecto, LLANO SÁNCHEZ, M. *Responsabilidad empresarial en las contratas y sub-contratas*, La Ley, Madrid, 1999, p. 197.

<sup>26</sup> Vid. MONTOYA MEDINA, D. *Trabajo en contratas...* op. cit. p. 263.

<sup>27</sup> El primer comentario al respecto se localiza en MARTÍNEZ EMPERADOR, R. *El Estatuto de los trabajadores...* op. cit. p. 17.

<sup>28</sup> Por esta razón, GARCÍA MURCIA ha defendido que la solicitud de comprobación ha de ser posterior a la celebración de la contrata. En este supuesto, el certificado ha de ser "lo más completo posible". GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas..." op. cit. p. 34. Para Llano Sánchez, quien sostiene que la certificación puede ser cursada antes o después del inicio de la contrata, si la solicitud es previa, debe limitarse a la mera existencia de deuda mientras que, si es posterior, el contenido podrá ser más detallado. LLANO SÁNCHEZ, M. *Responsabilidad empresarial...* op. cit. p. 198.

literal, la exoneración de responsabilidad únicamente sería posible ante la inexistencia de respuesta por parte de la TGSS en el plazo señalado. Con carácter minoritario, desde la doctrina se ha considerado que esta solución “no sería irrazonable”<sup>29</sup>. No obstante, la mayor parte del iuslaboralismo español ha sostenido una lectura amplia, admitiendo que la certificación negativa, junto a la ausencia de respuesta, permitiría accionar la exoneración<sup>30</sup>. Ahora bien, como se analizará en su debido momento, la jurisprudencia reciente ha señalado un nuevo supuesto de exoneración: la certificación negativa inexacta.

### 2.3.2. Responsabilidad objeto de exoneración

Uno de los principales interrogantes relativos al mecanismo de comprobación es la determinación de la responsabilidad objeto de eventual exoneración. El texto estatutario omite su identificación al hacer referencia, con carácter genérico, a la “responsabilidad de la empresa solicitante”. En esta línea, desde los primeros estudios al respecto, se han planteado tres posibles soluciones, esto es, tres responsabilidades susceptibles de ser exoneradas.

Una primera lectura consideró que el art. 42.1 *in fine* ET permite exonerar una responsabilidad de naturaleza administrativa. Según esta interpretación, en estrecha relación con la distinción entre deber y facultad analizada *supra*, ante el incumplimiento de una hipotética obligación de no contratar con empresas deudoras, la empresa comitente debería responder a una responsabilidad administrativa. El mecanismo de comprobación permitiría exonerar dicha responsabilidad<sup>31</sup>. En coherencia con lo anotado anteriormente, la existencia de responsabilidad administrativa requiere inexorablemente una tipificación de la infracción; extremo que no es deducible ni del actual ET ni de la LISOS<sup>32</sup>.

Una segunda interpretación, con mayor apoyo doctrinal, consideraba que el mecanismo en cuestión permitía exonerar una responsabilidad específica sobre deudas anteriores a la contrata. De ese modo, en adición a la responsabilidad solidaria impuesta por el segundo apartado del art. 42 ET, del primer apartado se derivaría una responsabilidad sobre deudas anteriores a

---

<sup>29</sup> Véase con detenimiento, CAMPS RUIZ, L. M. “La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias” en A.A.V.V. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 254.

<sup>30</sup> Entre otros, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. *El Estatuto de los trabajadores...* op. cit. p. 29 y ss. GARCÍA MURCIA, J. “La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: propuestas de cambio”, *Documentación laboral*, núm. 68, 2003, p. 141. p. 388; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R. “El carácter débil de las certificaciones...” op. cit.

<sup>31</sup> Esta tesis fue sostenida en Martín Valverde, A. “Responsabilidad empresarial...” op. cit. p. 254. A pesar de la trascendencia doctrinal de esta postura, el propio autor, aunque implícitamente, cambio su postura, admitiendo que la responsabilidad objeto de exoneración se identificaba con aquella dimanante del art. 42.2 ET, opción que será examinada con posterioridad. Martín Valverde, A. “Garantías por cambio de empresario...” op. cit. pp. 5276 y ss.

<sup>32</sup> Reiteramos, CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva...” op. cit. p. 160.

la contrata, objeto de la posible exoneración planteada<sup>33</sup>. A pesar de las críticas apuntadas desde la doctrina, algunos pronunciamientos judiciales que apuntan en esta dirección<sup>34</sup>. En adición, cabría preguntarse si la mencionada responsabilidad sobre deudas anteriores es de carácter solidario o subsidiario. Con carácter mayoritario, se ha abogado por su carácter subsidiario, en línea con la exigencia de determinación expresa de toda responsabilidad solidaria del art. 1.137 CC<sup>35</sup>. En contraposición, aún de forma minoritaria, se ha defendido el carácter solidario de tal responsabilidad, primero, por omisión a una cautela legal y, segundo, por analogía del art. 42.2 ET<sup>36</sup>.

Finalmente, la tercera solución, con un amplio apoyo doctrinal, y en parte jurisprudencial<sup>37</sup>, vincula la responsabilidad objeto de exoneración con la derivada del art. 42.2 ET, es decir, la responsabilidad solidaria durante la vigencia de la contrata<sup>38</sup>. Entre otras razones, tal interpretación descansa en el estrecho vínculo entre ambos apartados, sustentado en el apéndice con el que comienza el segundo de ellos “salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social”.

No obstante, las dudas interpretativas no se agotan al admitir que la responsabilidad objeto de exoneración podría ser la impuesta por el art. 42.2 ET. Resulta necesario acotar el alcance tanto objetivo como temporal de tal exoneración.

Respecto al alcance objetivo de la exoneración, en primer lugar, cabe cuestionar si se limita a las cuotas, verdadero objeto de la solicitud de comprobación según la interpretación mayoritaria, o ha de extenderse a las demás deudas de Seguridad Social. En línea con la segunda opción, la mayoría de la doctrina ha sostenido que la exoneración abarca tanto cotizaciones como prestaciones, incluidos recargos y demás recursos vinculados a las anteriores<sup>39</sup>. En segundo lugar, resultaría lógico al menos preguntarse si la exoneración se circunscribe a las deudas de Seguridad Social o alcanza la totalidad de

<sup>33</sup> Esta solución ha sido apoyada por GARCÍA MURCIA, J. “El trabajo en contratas... op. cit. pp. 37-38. Sin embargo, este último autor, a pesar de ser de los primeros, sino el primero en defender tal tesis, con posterioridad cambia su postura, admitiendo la responsabilidad de carácter solidario. GARCÍA MURCIA, J. “La dispersa regulación de las contratas... op. cit. p. 141. Recientemente, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. pp. 1055-1056.

<sup>34</sup> STS-CA 28-10-1996 (rec. 777/1991) “se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata”; STS 22-12-2000 (rec. 4069/1999: “indudablemente al período anterior”.

<sup>35</sup> A modo de muestra, GARCÍA MURCIA, J. “El trabajo en contratas... op. cit. pp. 37-38.

<sup>36</sup> Montoya Melgar, A., Aguilera Izquierdo, R. “Sobre el régimen jurídico laboral... op. cit.

<sup>37</sup> Desde el ámbito judicial, STS-CA 6-7-2005 (rec. 451/2004) mencionada en García-Perrote Escartín, I.; MERCADER UGUINA, J. R. “El carácter débil de las certificaciones... op. cit.

<sup>38</sup> Entre muchos otros, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. *El Estatuto de los trabajadores...* op. cit. p. 26 y ss.; CALVO GALLEGOS, F.J. “La regulación española... op. cit. p.75.

<sup>39</sup> Entre otros, CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 161. Sin embargo, ha existido cierta confrontación respecto a la exoneración de las mejoras. En sentido positivo, Sagardoy de Simón, I., GODINO REYES, M. *Contrata y subcontrata...* op. cit. pp. 61-62. Admite expresamente la inclusión de las mejoras. También Montoya Medina, 283. En sentido negativo, Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. p. 1056.

deudas impuestas solidariamente por el art. 42.2 ET, en otras palabras, si las deudas salariales también son objeto de exoneración. La gran parte de la doctrina ha limitado la exoneración a las deudas de Seguridad Social, excluyendo tanto las salariales como las derivadas del ámbito preventivo<sup>40</sup>.

Respecto al alcance temporal de la exoneración, el art. 42.2 circunscribe la importación de responsabilidad solidaria a las deudas originadas durante la vigencia de la contrata. Las incertidumbres surgen a la hora conferir a tal exoneración carácter indefinido o temporal. Este interrogante está íntimamente vinculado a la periodicidad de la solicitud dado que la admisión del carácter temporal de la exoneración implica la necesidad o pertinencia de realizar la comprobación con carácter periódico y viceversa. Sin ánimo de reiterar lo anteriormente expuesto, desde la doctrina se han aportado argumentaciones en ambas direcciones. De un lado, la exoneración contaría con duración indefinida, más concretamente, durante la vigencia de la contrata, por lo que solo es necesario realizar la solicitud una vez<sup>41</sup>. Surgiría así la paradoja antes mencionada sobre la presunción *iuris tantum* de no morosidad *ad futurum*. Para solventar esta dicotomía entre comprobación de deudas pasadas y exoneración de deudas futuras, de otro lado, se ha defendido que la exoneración tiene una vigencia limitada en el tiempo, lo que hace necesario la reiteración periódica de la comprobación. De ese modo, sí existiría una concordancia temporal entre deudas comprobadas y exoneradas.

### 3. JURISPRUDENCIA RECIENTE AL RESPECTO

A pesar de la redacción parca y ambigua del mecanismo de comprobación del art. 42.1 *in fine* ET, la jurisprudencia dictada al respecto podría ser calificada como escasa. Máxime si se compara con la abundante litigiosidad judicial derivada de otros elementos del art. 42 ET, como el concepto de propia actividad, la identificación del negocio base o la distinción entre contratas válidas y fraudulentas.

Teniendo en cuenta el paradigma descrito, la sentencia objeto de examen, la STS-CA 3-2-2021, adquiere especial relevancia. Además de por la escasez jurisprudencial, la fundamentación de la sentencia cuenta con un alto valor hermenéutico dado que aborda expresamente algunas de las principales incógnitas sistematizadas en el apartado anterior. A pesar de esta particular situación, desde la doctrina no se ha prestado especial a la resolución objeto de análisis<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva... op. cit. p. 162. CAMPS RUIZ, L. M. “La obligación empresarial de comprobar... op. cit. p. 251. LLANO SÁNCHEZ, M. *Responsabilidad empresarial...* op. cit. p. 203.

<sup>41</sup> SAGARDOY DE SIMÓN, I., GODINO REYES, M. *Contrata y subcontrata...* op. cit. p. 61.

<sup>42</sup> Salvo error en la búsqueda, es posible localizar dos entradas de blogs: Camps Ruiz, L.M. “En torno a las consecuencias de la comprobación por el empresario principal de la situación de sus contratistas respecto del pago de las cuotas de la Seguridad Social” en El Foro de Labos,

En concordancia con el *petitum* de las partes, la fundamentación jurídica de la sentencia gira en torno a la eventual exoneración introducida por el art. 42.1 *in fine* ET. Según la Sala tercera, la cuestión que presenta interés casacional es, por un lado, el efecto liberatorio de los certificados por descubiertos y, por otro lado, el alcance de dicha exoneración. A nivel metodológico, se pretende entablar un diálogo entre el cuerpo doctrinal descrito previamente y el contenido de sentencia, en aras de evaluar el verdadero impacto y alcance de las soluciones aportadas por la Sala tercera y, al mismo tiempo, advertir aquellos aspectos que carecen de respuesta jurisprudencial reciente.

### 3.1. Finalidad del mecanismo

Tras transcribir los arts. 42.1 y 2, la fundamentación de la sentencia comienza con un acercamiento teleológico de la cuestión. Según el Tribunal, el citado precepto introduce una garantía frente al uso abusivo de la subcontratación. Dicha garantía tiene como propósito “la efectividad de la obligación de ingresar los recursos necesarios para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social”. El presente objetivo fundamentaría la imposición de un “supuesto legal de solidaridad pasiva” y, a su vez, el deber de comprobar que la parte contratista no mantiene deudas con la Seguridad Social. De ese modo, el TS parece identificar una finalidad recaudatoria en el mecanismo de comprobación. Recuérdese que la mayoría de la doctrina centraba su atención en la finalidad profiláctica, vinculada al saneamiento del mercado de las contrataciones y subcontratas. El tribunal, si bien no omite tal extremo, sí parece otorgarle menor importancia. La sentencia alude a la “finalidad disuasoria de la norma”, pero no al principio de la argumentación en el apartado referido al propio sentido del precepto, sino tangencialmente en relación con un aspecto particular sobre las deudas anteriores a la contrata.

### 3.2. Deber de comprobación

La sentencia objeto de estudio no aborda expresamente el debate relativo a la verdadera naturaleza jurídica del mecanismo de comprobación, esto es, si se trata de un deber o una facultad. Como ha advertido la doctrina que ha co-

---

<https://www.elforodelabos.es/2021/05/en-torno-a-las-consecuencias-de-la-comprobacion-por-el-empresario-principal-de-la-situacion-de-sus-contratistas-respecto-del-pago-de-las-cuotas-de-la-seguridad-social/> (última consulta 25/03/2023).y Beltrán de Heredia Ruiz, I. “¿De qué exonera la certificación negativa del art. 42 ET? (a propósito de la STS\C-A 03/02/21)” en el blog del autor <https://ignasibeltran.com/2021/03/17/de-que-exonera-la-certificacion-negativa-del-art-42-et-a-proposito-de-la-stsc-a-03-02-21/> (última consulta 28/03/2023). dónde se recuerda la fundamentación explicada en Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Una propuesta interpretativa... op. cit. A su vez, se han publicado dos artículos en revistas científicas; Barceló Fernández, J. Alcance liberatorio de los certificados negativos emitidos por la TGSS. Comentario a la sentencia del tribunal supremo 124/2021, de 3 de febrero”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59, 2021 y más recientemente Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit.



mentado la resolución, de la fundamentación del Tribunal es posible advertir que el mecanismo de comprobación ha de ser entendido como una facultad, más que como un deber en sentido propio<sup>43</sup>.

De igual modo, las cuestiones temporales no son objeto de litigio. La sentencia no se refiere expresamente ni al momento de realizar la solicitud ni al carácter periódico de la misma. No obstante, atendiendo al supuesto de hecho origen del litigio, entre contratante y contratista, o técnicamente, entre contratista y subcontratista, se acordó por vía negociada que la certificación sería cursada en el momento inicial de la contrata, así como a principios de cada mes durante la vigencia de la relación contractual.

Finalmente, la sentencia sí se detiene en el contenido de los certificados emitidos por la TGSS. No obstante, no se refiere a las incógnitas descritas en el apartado anterior, entre otros, tipología de deudas con las Seguridad Social recogidas en tal certificación (cuotas o demás obligaciones) o alcance de las mismas, en relación con el derecho a la intimidad del sujeto contratista. Por su parte, la sentencia introduce una novedosa disyuntiva, apenas advertida por la doctrina, concretamente, si la certificación debe reflejar deudas en sentido estricto o reclamaciones de tales deudas. Para comenzar, siguiendo los hechos probados, las certificaciones emitidas por la TGSS no certifican la inexistencia de deudas devengadas a favor de la Seguridad Social, sino la ausencia de reclamación sobre las mismas. A su vez, en tales certificados se explicita que la expedición de los mismos “no originará derechos ni expectativas de derecho a favor del solicitante o de terceros”<sup>44</sup>. El TS ratifica tal redacción, así como sus consecuencias jurídicas; extremo que, por su vinculación con los efectos liberatorios, será examinado con posterioridad.

### 3.3. Eventual exoneración

Como se ha advertido con anterioridad, el objeto del recurso de casación versa sobre aspectos relativos a la posible exoneración establecida por el art. 42.1 *in fine* ET. A continuación, en paralelo a la revisión doctrinal previa, se examinará el supuesto de hecho que acciona la exoneración, así como la responsabilidad susceptible de ser objeto de tal consecuencia.

#### 3.3.1. Supuesto que acciona la exoneración

Si bien la mayoría de la doctrina reconoció, junto a la ausencia de respuesta en plazo, los efectos liberatorios del certificado negativo, nuestro Alto

---

<sup>43</sup> En esta dirección, CAMPS RUIZ, L.M. “En torno a las consecuencias de la comprobación... op. cit. ; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit. p. 112.

<sup>44</sup> F.J. 1º, 1, 3º.

Tribunal concluye que tal resultado no es susceptible de accionar la exoneración prevista. En la resolución se emplea la locución “sólo quedará exonerado”, lo que permitiría afirmar que la ausencia de certificado constituye el único supuesto liberatorio. Esta solución se sustenta en la limitada información recogida en los certificados. Según la sentencia, los certificados constatan la ausencia de reclamación formal de deudas, lo que no implica la inexistencia de las mismas. De ese modo, los certificados adquieren una “eficacia limitada informativa, no liberatoria”. Para defender tal interpretación, el Tribunal se cita varios pronunciamientos dictados años antes por la propia Sala tercera: STS-CA 21-7-2015 (rec. 3561/2013) y STS 24-10-2018. No obstante, desde la doctrina se ha criticado duramente la traslación de tal fundamentación a un supuesto de hecho distinto. La distinta regulación legal, de acuerdo con la sentencia de apelación impugnada, permitiría cuestionar dicha interpretación analógica<sup>45</sup>.

Ello nos lleva a una cuestión de mayor alcance planteada de igual modo por la doctrina. Cabe preguntarse si la TGSS, mediante la expedición de certificados de tan limitado contenido y, por extensión, limitada efectividad, cumple con el deber legal impuesto por la norma estatutaria<sup>46</sup>. Desde un escueto acercamiento técnico, como cualquier acreedor, la Seguridad Social debe tener conocimiento de las deudas a su favor. En el caso de que tal contabilización no exista, por el buen funcionamiento de su propio sistema de financiación, es inexorable que se produzca una modificación en tal dirección. En el supuesto de que las deudas a su favor sí estén contabilizadas, resulta ilógico que dicha información no aparezca en los certificados, optando por constatar la existencia reclamaciones, opción que no es plenamente fidedigna con la realidad.

Volviendo a los supuestos de exoneración, el Tribunal plantea un nuevo supuesto de exoneración, la emisión de certificados inexactamente negativos, es decir, la emisión de un certificado negativo cuando en realidad sí existan impagos<sup>47</sup>. El fundamento de esta posibilidad reside, no en la mera actuación negligente de la Administración, sino en la falta de información del solicitante. En palabras del Tribunal, la certificación erróneamente negativa desembocaría en “una información inexacta que produciría en el empresario principal un efecto análogo a la falta de información”<sup>48</sup>.

Resulta cuanto menos llamativo que el propio Tribunal reconozca que la emisión de certificados inexactamente negativos podría derivarse de “la forma de gestionar la reclamación de sus deudas”<sup>49</sup>. En efecto, la certificación

---

<sup>45</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit. pp. 111-112.

<sup>46</sup> Según PÉREZ de los la mencionada operativa no cumpliría con la norma estatutaria. PÉREZ de los COBOS ORIHUEL, F. “Sobre la minimización jurisprudencial... op. cit. p. 112.

<sup>47</sup> El error en los certificados no constituye un aspecto estudiado por la doctrina. Aun así, es posible encontrar alguna referencia que defiende que la posible capacidad liberatoria del certificado negativo no se verá afectada por su expedición por error.

<sup>48</sup> F.J. 3º, 6, 4º.

<sup>49</sup> F.J. 3º, 6, 12º.

de reclamaciones constituye una operativa que desde un principio no ofrece una imagen fiel de la existencia de descubiertos con la TGSS, claro mandato del art. 42 ET. De hecho, como se ha advertido en el relato fáctico del caso, la empresa contratista originó deudas durante un período en el que la TGSS emitió certificados negativos. En este punto, cabe plantear si, en lugar de ratificar una operativa imprecisa, introduciendo un específico supuesto de exoneración sobre la base de una inexactitud, no sería más acertado requerir a la TGSS a mejorar su sistema de certificación, aumentando la información y transparencia en el mercado de las contrata. La sentencia objeto de estudio, sobre la base de los pronunciamientos de 2015, se limita a señalar que “es criticable, por equívoco, que bajo el nombre de “certificado”, la TGSS emita documentos que explícitamente advierten de que no dan fe de los datos en ellos reflejados”<sup>50</sup>. Resulta paradójico que, admitido tal extremo, la sentencia siga ratificando la operativa de la TGSS.

### 3.3.2. Responsabilidad objeto de exoneración

La segunda cuestión objeto de interés casacional concuerda con uno de los principales debates doctrinales. Como se ha sistematizado anteriormente, desde la doctrina se teorizó acerca de tres posibles responsabilidades susceptibles de exoneración. La primera de estas hipótesis, responsabilidad administrativa por incumplimiento del contratante, no es tenida en cuenta en el presente litigio. De ese modo, la disyuntiva pivota en torno a la admisión de responsabilidad por deudas anteriores o coetáneas a la contrata.

El Tribunal afirma que el empresario principal no responde por deudas anteriores a la contrata, en virtud de una lectura literal, teleológica y sistemática de la norma. Por ende, la responsabilidad solidaria del empresario contratante, susceptible de posible exoneración, se circunscribe a las deudas devengadas durante la contrata<sup>51</sup>.

## 4. REFLEXIONES FINALES

En estos momentos conclusivos, podría cuestionarse si el mencionado mecanismo, introducido en un contexto socioeconómico manifiestamente distinto al presente, sigue siendo necesario. A nuestro parecer, ante la constatación de abusos en materia de subcontratación, el establecimiento de un específico deber *in contrahendo* o *in vigilando* con rango legal podría producir resultados positivos<sup>52</sup>. Coincidimos con la mayoría de la doctrina en que un

<sup>50</sup> F.J. 3º, 7, 2.

<sup>51</sup> F.J. 3º, 5.

<sup>52</sup> Desde un principio, RODRÍGUEZ PIÑERO se refirió a un deber *in contrahendo*. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. “La regulación protectora del trabajo... op. cit. p. 44. Más recientemente, Mercader Uguina y García-Perrote Escartín aluden, por su parte, a un deber *in vigilando*.

deber de comprobación anudado a una eventual exoneración podría impulsar el saneamiento del mercado de contratas y subcontratas, reduciendo la competencia desleal derivada de incumplimientos, lo cual redundaría a su vez en la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, no basta con la simple introducción de un mecanismo de comprobación en la normativa. Es necesario que la regulación, tanto legal como en su caso reglamentaria, sea redactada de forma clara desde el punto de vista técnico-jurídico y que, al mismo tiempo, despliegue los efectos necesarios para alcanzar los fines perseguidos.

La sistematización planteada en las páginas anteriores permite advertir la multitud de problemas interpretativos derivados del mecanismo de comprobación del art. 42 ET así como la heterogeneidad de las soluciones planteadas. Este complejo paradigma podría mermar tanto la efectividad como la eficacia de la norma laboral<sup>53</sup>. Respectivamente, de un lado, la existencia de numerosas y complejas incógnitas exegéticas podría, de un lado, favorecer el incumplimiento de la norma, incluso sin llegar a ser sancionado como tal y, de otro lado, comprometer la consecución de los fines u objetivos previstos legalmente. En adición a lo anterior, un marco legal como el descrito podría mermar la seguridad jurídica de los operadores que intervienen en cualquier subcontratación tanto empresarios como trabajadores, sin obviar la Seguridad Social.

Ante tal situación, la ausencia de desarrollo reglamentario, a pesar del mandato expreso del art. 42 ET introducido hace más de veinte años, podría resultar alarmante. Si bien tal reglamento permitiría solventar ciertas dudas de carácter procedimental, parte de las incógnitas deben ser abordadas desde una norma con rango de Ley, entre otras razones, por la necesidad de ponderar los legítimos, y a veces contrapuestos, intereses en juego.

El estudio de la jurisprudencia reciente confirma la necesidad de una reforma del marco legal. En concordancia con el principio de congruencia, el pronunciamiento no desarrolla un estudio completo e integral de la institución en liza, sino que, como es lógico, aborda las cuestiones controvertidas por las partes. Respecto a la responsabilidad objeto de exoneración, la sentencia es categórica al descartar la responsabilidad por deudas anteriores a la contrata. Resulta a su vez determinante la ausencia de cualquier alusión a la responsabilidad administrativa. En definitiva, la sentencia resuelve explícitamente un problema clásico en la materia, la responsabilidad objeto de exoneración, en este caso, la responsabilidad solidaria por deudas nacidas durante la contrata derivada del art. 42.2 ET.

Por su parte, la principal innovación planteada por la resolución, relativa al supuesto que permite la exoneración, debe recibir una visión crítica. De un

---

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R. "El carácter débil de las certificaciones..." op. cit.

<sup>53</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo", *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 132, 2016, pp. 105-108.

lado, el hecho de descartar la certificación negativa (correcta) como causa de exoneración, a pesar de contradecir la doctrina mayoritaria, ha de ser considerada una solución plenamente legal, en atención a una lectura estrictamente gramatical del precepto. Sin embargo, resulta curioso que, al mismo tiempo, se sostenga una lectura teleológica para confirmar los efectos liberatorios del certificado negativo inexacto. Si bien la fundamentación sobre la falta de información sería formalmente lógica, constituye un motivo de crítica. Nuestro Alto tribunal, a pesar de reconocer abiertamente la inexactitud de los certificados emitidos por la TGSS, ratifica dicha operativa, así como los efectos derivados de la misma. De esa forma, se está permitiendo que los empresarios intervinientes en los procesos de subcontratación no obtengan una información verídica que les permita, precisamente, tomar decisiones dirigidas a sanear el mercado de las contrataciones y subcontratas.

Sobre la base de todo lo anterior, existen razones suficientes para advertir la necesidad de reformar, en general, la regulación sobre Seguridad Social en materia de subcontratación y, en particular, el mecanismo de comprobación y eventual exoneración. Esta propuesta tiene pleno encaje en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, concretamente en la reforma 9, componente 23, política palanca VIII: “Modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales”. A su vez, en línea con las reflexiones introductorias, la Seguridad Social cuenta con una presencia transversal en varios apartados del Plan. Finalmente, como se ha comprobado a lo largo de estas páginas, el mecanismo de comprobación se encuentra especialmente vinculado al fraude fiscal, en este caso, fraude a la Seguridad Social, por lo que conviene tener en cuenta el componente 27, política palanca X: “Medidas y actuaciones de prevención y lucha contra el fraude fiscal”.

Finalmente, el estudio de la jurisprudencia reciente ha introducido una nueva preocupación en la materia: la inexactitud de los certificados emitidos por la TGSS. En esta línea, el citado Plan podría adquirir un claro protagonismo dado que la modernización de las AAPP constituye una de sus principales líneas de actuación. Concretamente, el Plan destina un 6,2% de la cuantía total para inversiones, 4.315 M €, a la modernización de las AAPP. En este contexto, convendría actualizar el sistema de certificación de la TGSS, lo que mejoraría tanto la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social como el funcionamiento del mercado de contrataciones y subcontratas, con evidentes beneficios para todos los sujetos implicados en procesos de subcontratación.



INCENTIVOS A LA JUBILACIÓN ACTIVA EN SECTORES  
SENSIBLES. EL CASO DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS  
DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

ANDRÉS URBANO MEDINA  
*Doctorando en CC. JJ y Sociales*  
*Universidad de Málaga*  
*andresurbano@asesoriajaurbano.com*

## **SUMARIO**

1. RESEÑA DE LA HISTORIA DE LA JUBILACIÓN ACTIVA EN ESPAÑA. 2. EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA JUBILACIÓN DEMORADA. 2.1. Requisitos de acceso. 2.2. CUESTIONES A TENER EN CUENTA DURANTE EL MANTENIMIENTO DE LA SITUACIÓN. 2.3. LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL MARCO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA Y LAS REFORMAS DE LAS PENSIONES DE 2021. 3. LA JUBILACIÓN DE PROFESIONALES SANITARIOS EN ESPAÑA. UN PROBLEMA PARA EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. 4. LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL MARCO DEL SECTOR SANITARIO PÚBLICO. 5. VALORACIÓN DE LA MEDIDA Y CONCLUSIONES.



La vida se divide en tres etapas: la pasada, la presente y la futura. De estas tres, la que vivimos en el presente es la más corta; la que viene es dudosa, y la que hemos vivido, cierta.

Lucio Anneo Séneca. *De la brevedad de la vida*.

**RESUMEN:** Dentro del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno de España a la Comisión Europea, en la Reforma numerada como C30.R2-A, se incluye como objetivo la “alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas”.

Resulta patente que, paralelamente a los problemas que el aluvión de jubilaciones va a provocar al Sistema de Seguridad Social en nuestro país en los próximos años, se está desarrollando otro problema, el deficitario número de facultativos del Sistema Público de Salud a todos los niveles, lo cual lleva a que uno de los pilares de la Seguridad Social, la asistencia sanitaria, se tambalee.

Tras la aprobación del Plan, se han dado algunos pasos para paliar estos efectos adversos, como son la aprobación, el pasado 28 de diciembre de 2022, de una modalidad de jubilación dirigida a facultativos de atención primaria y pediatría del Servicio Público de Salud que permite compatibilizar el trabajo con la percepción de una parte de la jubilación. Esta modalidad tiene dos objetivos, de un lado, evitar el abandono masivo de médicos de atención primaria que se prevé en unos pocos años, y de otro, recortar el gasto en unas pensiones de jubilación que, normalmente, alcanzan la pensión máxima.

La presente comunicación pretenderá hacer en primer lugar un recorrido histórico de la demora en las pensiones de jubilación, para pasar después a estudiar el fenómeno de la jubilación en el sector sanitario, estudiando sus particularidades jurídicas en su régimen, así como las importantes consecuencias que tienen para el Sistema de la Seguridad Social, para después observar qué

medidas se están llevando a cabo en el marco de las reformas auspiciadas por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, además de añadir las propuestas que puedan ser oportunas tras una reflexión pormenorizada de la cuestión.

**ABSTRACT:** Within Component 30 of the Recovery, Transformation and Resilience Plan presented by the Government of Spain to the European Commission, in the Reform numbered C30.R2-A, the objective is to “align the effective retirement age with the legal retirement through incentives for delayed retirement and adjusting the distorting elements in the regulation of early retirement”.

It is clear that, parallel to the problems that the flood of retirements will cause to the Social Security System in our country in the coming years, another problem is developing, the deficit number of doctors in the Public Health System at all levels, which leads to one of the pillars of Social Security, health care, faltering.

After the approval of the Plan, some steps have been taken to alleviate these adverse effects, such as the approval, on December 28, 2022, of a retirement modality aimed at primary care and pediatric physicians of the Public Health Service that allows reconcile work with the perception of a part of retirement. This modality has two objectives, on the one hand, to avoid the massive abandonment of primary care doctors that is expected in a few years, and on the other, to cut spending on retirement pensions that normally reach the maximum pension.

This communication will first attempt to make a historical overview of the delay in retirement pensions, to then go on to study the phenomenon of retirement in the health sector, studying its legal particularities in its regime, as well as the important consequences it has for the Social Security System, to then observe what measures are being carried out within the framework of the reforms sponsored by the Recovery, Transformation and Resilience Plan, in addition to adding the proposals that may be appropriate after a detailed reflection of the question.

## 1. RESEÑA DE LA HISTORIA DE LA JUBILACIÓN ACTIVA EN ESPAÑA

Tradicionalmente, la regulación de la pensión de jubilación en nuestro país parte de dos premisas básicas que chocan diametralmente con fórmulas de transición gradual hacia la situación de jubilación, siendo estas, la inexistencia de muchas opciones de compatibilización de estas pensiones con el trabajo, y la norma general que impone la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo retribuido.

Así, la Ley de Seguridad Social de 1966<sup>1</sup> establecía, en su artículo 156.2 que “el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se determinen”. Desarrollo este realizado mediante la Orden de 18 de enero de 1967 que señalaba en el artículo 16.1 que la pensión de vejez era incompatible “con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, previstos en los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social”.

Esta incompatibilidad con el trabajo era con el percibo de la pensión, no con el trabajo en sí llegada la edad legal, por lo que el trabajador podía comunicar la prestación de servicios previamente al inicio, suspendiendo la pensión y reanudándola, vía artículo 16.2 de la Orden, en el momento en el que cesara en el trabajo, añadiendo las cotizaciones generadas a su pensión de jubilación en caso de que la mejorasen.

En esta primera fase, tendremos dos excepciones a esta incompatibilidad. La primera de ellas la recogida en el artículo 52.2 del Decreto 37772/1972, de 23 de diciembre, que aprobó el Reglamento General del Régimen Especial Agrario, sobre la compatibilidad de la pensión de vejez con actividades agrícolas marginales, y la contenida en el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, sobre normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, para la compatibilización de la jubilación con las funciones inherentes a la titularidad del negocio.

Cuando se publique el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, encontraremos que la incompatibilidad del cobro de la pensión de jubilación con el trabajo se mantiene, concretamente en el apartado 2 de su artículo 156. Será con el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, de regulación de la jubilación parcial donde encontraremos la primera compatibilidad de la pensión con el trabajo a tiempo parcial. A partir del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la incompatibilidad general del artículo 165 convivirá con la regulación de la jubilación parcial del artículo 166.

La tendencia flexibilizadora se mantendrá continuará de esta manera en el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de una jubilación gradual y flexible.

Esto genera, desde nuestro punto de vista, dos problemas, el primero, el pase de la persona trabajadora de trabajar (presumiblemente a tiempo completo), a no trabajar ninguna sin solución de continuidad, y de otro, que no en todos los casos la tasa de sustitución de la renta percibida por el trabajo con

---

<sup>1</sup> Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el texto articulado de la Ley 193/1967, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

respecto a la pensión de jubilación que se percibirá en adelante es suficiente como para no causar un grave perjuicio económico al nuevo pensionista.

Es claro y patente, llegados a este punto, reconocer que el concepto clásico de jubilación, el histórico, según el cual cumplida cierta edad, la persona se encuentra imposibilitada físicamente para el trabajo, no se adapta a la realidad actual, en la cual los trabajos intelectuales han ganado importancia con respecto a los físicos y hay un aumento de la esperanza de vida sin precedentes.

Esta realidad no es desconocida por las fuerzas políticas<sup>2</sup> y ya en el año 2011 el Congreso de los Diputados aprobó en la Comisión del Pacto de Toledo una recomendación<sup>3</sup> en la que la Comisión cree que es:

... prioritario remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria, en contra de sus deseos y capacidades. No debe establecerse un límite de edad para el trabajo en un régimen de libertades individuales y de derechos fundamentales. (...) La importancia que tiene prolongar la presencia activa de las personas en el mercado de trabajo y, por tanto, el retrasar la edad efectiva de jubilación para garantizar el futuro del sistema de pensiones, en un contexto de creciente aumento de la esperanza de vida, de disminución de la población en edad activa e incremento del número de pensionistas, es fundamental”.

El Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo recogerá el guante de la recomendación del Pacto de Toledo, señalando en el apartado II de la exposición de motivos:

La recomendación número 12 del mencionado Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo incluía referencias expresar a tres elementos que todavía deben ser abordados para asegurar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y el impulso efectivo del envejecimiento activo. Por un lado, es necesario conceder mayor relevancia a la carrera de cotización del trabajador para favorecer la aproximación de la edad real de jubilación a la edad legal de acceso a la jubilación. Por otro, la jubilación anticipada debería reservarse a aquellos trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización. Finalmente, debe facilitarse la coexistencia de salario y pensión.

Por otra parte, la cuestión del envejecimiento activo debe abordarse de forma integral, ya que la transición entre vida activa y jubilación implica tanto a la política de Seguridad Social, como a las políticas de empleo. Por ello, el presente real decreto-ley incorpora también entre sus objetivos la lucha contra la discriminación por razón de la edad en el mercado de

---

<sup>2</sup> Puede consultarse el Informe sobre la compatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación y la realización de una actividad de octubre de 2012 en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-208.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-208.PDF).

<sup>3</sup> Recomendación 12 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, BOCG, serie D, 31-1-2011, núm. 513.

trabajo, así como la racionalización del sistema de prestaciones por desempleo para reforzar su vinculación con sus objetivos originales.

El presente real decreto-ley aborda estas cuestiones a través de medidas en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, y la compatibilidad entre vida activa y pensión, la lucha contra el fraude, y las políticas de empleo. Estas medidas permiten satisfacer las Recomendaciones del Consejo de la UE de 10 de julio de 2012 en el ámbito de la sostenibilidad del sistema de pensiones y el impulso del envejecimiento activo.

Así, en este Real Decreto-ley, en sus artículos del 1 al 4 encontraremos una primera y decidida regulación de la compatibilidad entre pensión y trabajo por cuenta propia o ajena con el objetivo de favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de los trabajadores maduros, posibilidad esta que se mantiene el artículo 214 de la Ley General de la Seguridad Social actual.

Aunque, a pesar de esto, hay que señalar que el artículo 213 de la Ley General de la Seguridad Social, en su apartado 1, mantiene de forma inequívoca el principio general de incompatibilidad entre trabajo y pensión.

## 2. EL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA JUBILACIÓN DEMORADA

### 2.1. REQUISITOS DE ACCESO

Pongamos ahora el foco de atención sobre la normativa básica reguladora de la jubilación activa o demorada, que se encuentra en los artículos 213 y 214 de la Ley General de la Seguridad Social.

En primer lugar, vía apartado 1 del artículo 214 deberá accederse a la pensión al menos un año después de haber cumplido la edad de jubilación legal, por mor del artículo 205.1.a), no siendo admisibles las jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación. Desde el 1 de enero de 2022, el hecho causante de la jubilación activa solo podrá producirse transcurrido ese período de espera de un año, independientemente si durante ese tiempo se trabaja o no. Es decir, que, a elección de la persona beneficiaria, se podrá, o bien dejar transcurrir un año sin actividad, bien prolongar su vida laboral un año por encima de su edad ordinaria de jubilación<sup>4</sup>. No podrán computarse para este cálculo de la edad las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran corresponderle a la persona beneficiaria<sup>5</sup>.

En segundo lugar (apartado b del mismo precepto), el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación deberá ser del cien por

---

<sup>4</sup> INSS Criterio de Gestión 2/2022 10-1-2022.

<sup>5</sup> TSJ País Vasco (Social), sec. 1ª, S 15-03-2016, nº 523/2016, rec. 301/2016.

cien. El trabajo compatible puede ser por cuenta ajena a tiempo completo o parcial, y también por cuenta propia. Es decir, que durante el período que transcurre entre el año 2023 y el año 2026 deberá acreditar la persona beneficiaria 36 años y 6 meses de cotización. A estos efectos, no podrán entenderse aplicables al cómputo para alcanzar el cien por cien de la base reguladora las cotizaciones realizadas durante la jubilación activa<sup>6</sup>.

Sobre estos requisitos, podemos señalar que ese cien por cien aplicable deberá tenerse desde la fecha del hecho causante, es decir, no se tendrán en cuenta los trabajos posteriores para alcanzarlo y eliminar los coeficientes reductores por anticipo en el acceso a la pensión de jubilación<sup>7</sup>.

Por último, aun siendo evidente, desarrollar un trabajo a tiempo completo o tiempo parcial sin límite de ingresos sin más restricciones que las previstas para el desempeño de puestos de trabajo en el sector público (apartados 2 y 4 del artículo 213 LGSS) y altos cargos de la Administración (artículo 214 apartado 7 de la Ley General de la Seguridad Social).

## **2.2. Cuestiones a tener en cuenta durante el mantenimiento de la situación**

En primer lugar, la persona beneficiaria tendrá derecho a percibir el cincuenta por ciento de la pensión de jubilación que le correspondiera, sin que influya en ello la jornada, completa o parcial, que realice. Se le considerará a la persona beneficiaria pensionista a todos los efectos legales que procedan.

En cuanto a la revalorización de la pensión de jubilación, esta se hará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. Una vez hecho esto, se reducirá la revalorización en un cincuenta por ciento al igual que con la cuantía de la pensión de jubilación.

No será posible la percepción por parte de la persona beneficiaria de complementos por mínimos en la pensión de jubilación, con independencia de los rendimientos obtenidos por el trabajo compatible.

Vía artículo 153 de la Ley General de la Seguridad Social las personas beneficiarias de la jubilación activa deberán cotizar a la Seguridad Social por Incapacidad Temporal y contingencias profesionales y, además de ello, una cotización especial de solidaridad del nueve por ciento que no será computable en ningún caso para el cálculo y generación de prestaciones. Si el trabajo realizado es por cuenta ajena se reparte dicha cuota de solidaridad entre el siete por ciento para el empresario y el dos por ciento para la persona beneficiaria. Para el cálculo de la base de cotización a la que se le aplica esta cuota

---

<sup>6</sup> TS 30-5-17, EDJ 11599.

<sup>7</sup> A este respecto existen varios criterios del INSS, RJ 31/2014, de 04/03/2014 y RJ 112/2014, de 27/02/2015. Además, la Sala Cuarta se pronunció igualmente en este sentido en STS 30/05/2017 (RJ 2017, 3012).

especial de solidaridad se tendrá en cuenta, vía artículo 214 de la Ley General de la Seguridad Social, la base de cotización por contingencias comunes.

Así, la persona beneficiaria únicamente podrá ser perceptora del subsidio por incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia generadora, y las prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, derivadas en ambos casos de contingencias profesionales. Es necesario tener en cuenta que, en caso de que la incapacidad temporal sea por contingencias comunes y, por tanto, sea exigible período de carencia para su percepción, deberá acreditarse con las cotizaciones efectuadas desde el inicio de la situación de jubilación activa.

No será compatible la jubilación activa con la percepción del complemento económico por demora en la edad de jubilación<sup>8</sup>. El Instituto Nacional de la Seguridad Social<sup>9</sup> entiende que si la persona beneficiaria opta por el porcentaje adicional, este puede suspenderse durante la compatibilidad con la jubilación activa, pero si se optó por el complemento a tanto alzada, esto imposibilita a la persona beneficiaria para acceder a la jubilación activa.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de treinta de marzo de dos mil diecisiete<sup>10</sup>, admitió que la persona jubilada parcialmente de forma anticipada, una vez cumplida la edad ordinaria y los restantes requisitos exigidos, pudiese acceder a la jubilación activa, compatibilizando el trabajo con el cincuenta por ciento de la pensión. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de fecha siete de octubre de dos mil quince denegó el acceso a la condición de jubilado activo a un beneficiario que había accedido a la pensión anticipadamente de forma completa y que suspendió su derecho mientras trabajaba, entendiéndolo que la jubilación activa únicamente se reserva para aquellos que inician su condición de jubilados al alcanzar la edad ordinaria de jubilación<sup>11</sup>.

### **2.3. LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL MARCO DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA Y LAS REFORMAS DE LAS PENSIONES DE 2021**

En el Componente 30<sup>12</sup> del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia podemos leer el siguiente párrafo que contiene, en esencia, el núcleo de las causas de las dificultades por las que va a atravesar, en un futuro próximo, el sistema de pensiones:

La maduración del sistema de pensiones comporta un crecimiento del gasto en las próximas décadas como consecuencia, fundamentalmente,

---

<sup>8</sup> Artículo 210, apartados 1. 4º y 2 de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>9</sup> INSS Criterio de Gestión 2/2022 10-1-2022.

<sup>10</sup> TSJ Asturias (Social), sec. 1ª, S 30-03-2017, nº 851/2017, rec. 211/2017.

<sup>11</sup> TSJ Madrid (Social), sec. 4ª, S 07-10-2015, nº 684/2015, rec. 252/2015.

<sup>12</sup> Accesible en <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf>.

de la jubilación de la generación del baby boom. A pesar de las sucesivas reformas, el sistema precisa de una reforma que amortigüe de manera eficiente y efectiva la evolución del gasto y refuerce sus fuentes de financiación, de manera que ese aumento del gasto de las pensiones resulte asumible en el horizonte de mediados de la década de los cuarenta, momento en el que por razones demográficas (la citada jubilación de los baby boomers) la presión sobre el sistema será mayor. De esta forma se ha de hacer compatible el mantenimiento del poder adquisitivo de los actuales pensionistas con la garantía de unas pensiones adecuadas y suficientes para los jóvenes en el futuro preservando así el equilibrio intergeneracional.

Sigue en los siguientes términos de manera más específica sobre nuestro tema de estudio:

Igualmente, se ha de modificar la configuración de los incentivos de demora de la jubilación a partir de una valoración de los existentes que permita identificar los elementos que los hagan más efectivos a la hora de conseguir reducir la diferencia entre la edad legal y la edad efectiva de jubilación, operando tanto en su grado de conocimiento por la población, en su diseño, y en las variables institucionales que dificultan su ejercicio. Además, se establecerán beneficios para las empresas que mantengan a estos trabajadores mayores y se fomentará su capacitación permanente para mejorar su empleabilidad.

Pese a ello, en el Preámbulo de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones únicamente menciona.

Por lo que a la jubilación activa se refiere, en coherencia con todo lo anterior, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

### 3. LA JUBILACIÓN DE PROFESIONALES SANITARIOS EN ESPAÑA. UN PROBLEMA PARA EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

En los próximos diez años se jubilarán más de 70.000 médicos en España<sup>13</sup>, lo que supone un reto para la sostenibilidad del sistema sanitario. Algunos factores que explican esta situación son:

- El envejecimiento de la población médica, que ha pasado de tener un 10% de profesionales con más de 55 años en 2000 a un 41% en 2018.

---

<sup>13</sup> Informe elaborado por el Sindicato Médico Andaluz. Accesible en <https://www.smandaluz.com/uploads/documentos/d3a766d702aedffad6d3f28027f09d41.pdf>.



- La falta de planificación de recursos humanos y de plazas MIR, que impide reponer las jubilaciones con suficientes médicos especialistas.
- Las condiciones laborales precarias y el desgaste profesional que sufren muchos médicos, especialmente en Atención Primaria y en el medio rural.
- La existencia de diferentes normativas autonómicas sobre la jubilación forzosa o voluntaria de los médicos, que generan desigualdades y dificultades para la gestión.

Los datos son claros en sus propios términos, de los 283.811 médicos colegiados a treinta y uno de diciembre de dos mil veintiuno, el 20,5% tenía menos de treinta y cinco años (58.191), entre treinta y cinco y cuarenta y cuatro años sumaban el 17,9% (50.773), entre cuarenta y cinco y cincuenta y cuatro años el 16,7% (47.474), de cincuenta y cinco a sesenta y cuatro años el 23,1% (65.571) y de sesenta y cinco en adelante el 22,7% (61.802).

Se estima que, restando el total de 236.461 médicos activos a los 156.438 colegiados menores de cincuenta y cinco años, el resultado aproximado es de 80.000 médicos activos mayores de cincuenta y cinco años, que supone el 33,8% de los médicos totales en activo.

Centro de Estudios SMA Sindicato Médico de Granada		Evolución médicos colegiados desde 2009 a 2021															
		Año 2009		Año 2011		Año 2013		Año 2015		Año 2017		Año 2019		Año 2020		Año 2021	
Médicos	%	Médicos	%	Médicos	%	Médicos	%	Médicos	%	Médicos	%	Médicos	%	Médicos	%	Médicos	%
<b>Médicos colegiados</b>	<b>219.031</b>	<b>100</b>	<b>226.424</b>	<b>100</b>	<b>232.816</b>	<b>100</b>	<b>242.840</b>	<b>100</b>	<b>253.796</b>	<b>100</b>	<b>267.995</b>	<b>100</b>	<b>276.191</b>	<b>100</b>	<b>283.811</b>	<b>100</b>	
<b>Menores 35 años</b>	40.013	18,3	41.077	18,1	40.937	17,6	41.498	17,1	45.997	18,1	51.436	19,2	54.376	19,7	58.191	20,5	
<b>De 35 a 44 años</b>	46.251	21,1	45.601	20,1	44.969	19,3	45.642	18,8	47.041	18,5	48.708	18,2	49.920	18,1	50.773	17,9	
<b>De 45 a 54 años</b>	70.992	32,4	65.692	29,0	58.430	25,1	49.852	20,5	48.761	19,2	47.717	17,8	47.389	17,2	47.474	16,7	
<b>De 55 a 64 años</b>	39.198	17,9	48.458	21,4	59.044	25,4	70.490	29,0	70.916	27,9	69.541	25,9	67.667	24,5	65.571	23,1	
<b>De 65 a 69 años</b>	8.295	3,8	10.124	4,5	12.113	5,2	14.840	6,1	18.183	7,2	23.687	8,8	27.223	9,9	29.885	10,5	
<b>De 70 años y más</b>	14.270	6,5	15.471	6,8	17.320	7,4	20.517	8,4	22.898	9,0	26.906	10,0	29.616	10,7	31.937	11,3	
<b>De 65 años y más</b>	22.565	10,3	25.595	11,3	29.433	12,6	35.357	14,6	41.081	16,2	50.599	18,9	56.839	20,6	61.802	21,8	
<b>Menores de 65 años</b>	196.454	89,7	200.828	88,7	203.380	87,4	207.482	85,4	212.715	83,8	217.402	81,1	219.352	79,4	222.009	78,2	
<b>Médicos Jubilados</b>	16.889	8,6	19.368	8,6	23.354	10,0	27.403	11,3	32.719	12,9	40.178	15,0	43.786	15,9	47.350	16,7	
<b>Médicos en Activo</b>	202.118	91,4	207.042	91,4	209.460	90,0	215.437	88,7	221.077	87,1	227.817	85,0	232.405	84,1	236.461	83,3	
<b>Activos de 55 y más (*)</b>	44.862	20,5	54.672	24,1	65.124	28,0	78.445	32,3	79.278	31,2	79.956	29,8	80.720	29,2	80.023	28,2	

Fuente: www.ine.es (e) Vicente Matas Centro de Estudios del Sindicato Médico Granada (\*) **Dato estimado:** Total activos menos colegiados menores de 55 años

Diferencias 2020/2021	Total	% incre.
<b>Colegiados</b>	7.620	2,8
<b>Activos</b>	4.056	1,7
<b>Jubilados</b>	3.564	8,1
<b>Distribución edad colegiados</b>		
<b>Menores 35 años</b>	3.815	7,0
<b>De 35 a 44 años</b>	853	1,7
<b>De 45 a 54 años</b>	85	0,2
<b>De 55 a 64 años</b>	-2.096	-3,1
<b>De 65 a 69 años</b>	2.642	9,7
<b>De 70 y más años</b>	2.321	7,8
<b>De 65 y más años</b>	4.963	8,7
<b>De 55 a 69 años</b>	546	0,6
<b>Jubilados</b>	3.564	8,1
<b>Menores de 65 años</b>	2.657	1,2
<b>Activos</b>	4.056	1,7
<b>Activos de 55 y más (*)</b>	-697	-0,9

Diferencias 2017/2021	Total	% Incre.
<b>Colegiados</b>	30.015	11,8
<b>Activos</b>	15.384	7,0
<b>Jubilados</b>	14.631	44,7
<b>Distribución edad colegiados</b>		
<b>Menores 35 años</b>	12.194	26,5
<b>De 35 a 44 años</b>	3.732	7,9
<b>De 45 a 54 años</b>	-1.287	-2,6
<b>De 55 a 64 años</b>	-5.345	-7,5
<b>De 65 a 69 años</b>	11.682	64,2
<b>De 70 y más años</b>	9.039	39,5
<b>De 65 y más años</b>	20.721	50,4
<b>De 55 a 69 años</b>	6.337	7,1
<b>Jubilados</b>	14.631	44,7
<b>Menores de 65 años</b>	9.294	4,4
<b>Activos</b>	15.384	7,0
<b>Activos de 55 y más (*)</b>	745	0,9

Diferencias 2009/2021	Total	% Incre.
<b>Colegiados</b>	64.780	29,6
<b>Activos</b>	34.343	17,0
<b>Jubilados</b>	30.461	180,4
<b>Distribución edad colegiados</b>		
<b>Menores 35 años</b>	18.178	45,4
<b>De 35 a 44 años</b>	4.522	9,8
<b>De 45 a 54 años</b>	-23.518	-33,1
<b>De 55 a 64 años</b>	26.373	67,3
<b>De 65 a 69 años</b>	21.570	260,0
<b>De 70 y más años</b>	17.667	123,8
<b>De 65 y más años</b>	39.237	173,9
<b>De 55 a 69 años</b>	47.943	100,9
<b>Jubilados</b>	30.461	180,4
<b>Menores de 65 años</b>	25.555	13,0
<b>Activos</b>	34.343	17,0
<b>Activos de 55 y más (*)</b>	35.161	78,4

Fuente: www.ine.es (e) Vicente Matas Centro de Estudios del Sindicato Médico Granada (\*) **Dato estimado:** Total activos menos colegiados menores de 55 años y % sobre activos. **Jubilación:** Muy variable desde un mínimo de 60 a 63 años hasta un máximo de 67 a 70 años según vinculación laboral.

Esto, en esencia, quiere decir que, a una media de siete mil u ocho mil médicos por año se jubilarán esos ochenta mil médicos en los próximos diez o doce años.

Según los datos arrojados por la Encuesta OMC-CESM sobre la Profesión Médica de diciembre de 2019<sup>14</sup>, el 32,6% de los médicos encuestados estaría dispuesto a prolongar su vida laboral más allá de su edad ordinaria de jubilación. Esto nos indica que estos profesionales sanitarios tienen una alta adherencia a medidas de prolongación de la vida activa.

#### 4. LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL MARCO DEL SECTOR SANITARIO PÚBLICO

Con el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, pese a lo específico de su título, incluyó una disposición de especial importancia para la jubilación activa para los profesionales médicos del Sistema Nacional de Salud que podía pasar desapercibida a priori. En la Exposición de Motivos de la norma de urgencia, en su apartado IX, se decía lo siguiente:

El presente real decreto-ley incorpora también otras medidas urgentes para cubrir algunas lagunas que están teniendo un impacto muy negativo desde el punto de vista económico o social.

Dada la acuciante escasez de facultativos en el Sistema Nacional de Salud, resulta urgente implementar medidas que faciliten o contribuyan a paliar su falta. Con este objetivo, en materia de Seguridad Social, se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para permitir la actividad de los profesionales jubilados y contribuir así a paliar la falta de facultativos de atención primaria, médicos de familia o pediatras en el Sistema Nacional de Salud.

En su artículo 83, se establecía la modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, introduciendo una disposición transitoria trigésima quinta. Esta disposición transitoria establece que, en los tres años siguientes a su entrada en vigor, los facultativos de atención primaria, tanto médicos de familia como pediatras con adscripción al Sistema Nacional de Salud en la condición de personal funcionario o estatutario, podrá continuar desempeñando sus funciones durante la prórroga en el servicio activo, percibiendo simultáneamente el setenta y cinco por ciento de la pensión de jubilación que resulte de su reconocimiento inicial, aplicándosele si procede el límite máximo de pensión pública.

Igualmente, tienen posibilidad de acceder a esta modalidad de jubilación

---

<sup>14</sup> Accesible en <https://www.cgcom.es/publicaciones/encuesta-sobre-la-situacion-de-la-profesion-medica-en-espana-6a-oleada>.

activa mejorada los facultativos de atención primaria que ya hubieran accedido a la pensión de jubilación, siempre y cuando hubieran accedido a esta a partir del uno de enero de dos mil veintidós o disfrutasen de otra modalidad de compatibilidad de jubilación y trabajo, en concreto, aquellas adoptadas al amparo del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Se establecen igualmente unos requisitos para acceder a la jubilación activa mejorada:

- La persona trabajadora deberá haber cumplido la edad legal de jubilación conforme a lo establecido en el artículo 205.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social.
- La persona trabajadora deberá serlo a tiempo completo o, como mínimo, del cincuenta por ciento de una persona trabajadora a tiempo completo comparable.
- Si reúne los requisitos, la persona beneficiaria cobrará complementos para pensiones inferiores a la mínima.
- Es compatible con la percepción de la pensión de jubilación la percepción a su vez de complementos por demora de la pensión de jubilación.
- Si es cierto que no podrá acogerse a esta modalidad aquel facultativo que simultanee su trabajo en el Sistema Nacional de Salud con alta en Régimen General o Autónomos.

En relación con la protección por Incapacidad Temporal estos facultativos estarán cubiertos tanto por contingencias profesionales como comunes, sin exigirse período de carencia para acceder al subsidio derivado de enfermedad común. Además, una vez finalice el trabajo compatible de esta modalidad de jubilación activa mejorada las cotizaciones generadas podrán ser adicionadas a efectos de modificar el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión a la base reguladora, no siendo posible modificar esta última.

Igualmente, estas cotizaciones podrán disminuir o suprimir el coeficiente reductor, en el caso en que se viniese aplicando por haberse accedido a la jubilación en su modalidad de anticipada.

## **5. VALORACIÓN DE LA MEDIDA Y CONCLUSIONES**

Es indudable que la jubilación masiva de profesionales médicos supone un reto más añadido al problema de la oleada de jubilaciones provocada por la llegada a la edad legal de las personas pertenecientes al conocido como

baby boom. La magnitud de dicho problema ha sido, en los últimos tiempos, elevada en el debate político a la categoría de cuestión social, por la urgencia de establecer medidas que palien el efecto devastador que dicha oleada va a provocar en el sistema nacional de pensiones.

Sin embargo, donde el legislador pone el foco ahora con esta medida es en otro de los pilares de la Seguridad Social, esto es, la asistencia sanitaria. Así, se utiliza una institución, la de la jubilación activa, como una herramienta de Política del Derecho, entrando en juego las pensiones públicas como mecanismo para evitar la jubilación masiva de facultativos, es decir, como indemnización pública para fomentar la continuidad de la vida activa de estos profesionales sanitarios.

Pese a su efecto limitado (médicos de atención primaria y pediatras en centros de salud), creemos que es importante observar esta medida desde la perspectiva de que puede convertirse en una herramienta recurrente para evitar la salida de profesionales de distintos sectores estratégicos.

LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES PARA EL AÑO 2023  
Y LA ALINEACIÓN DE LA EDAD EFECTIVA DE JUBILACIÓN  
CON LA EDAD LEGAL DE JUBILACIÓN<sup>1</sup>

ELISABET ERRANDONEA ULAZIA

*Profesora Titular de Universidad*

*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, UPV-EHU*

*elisabet.errandonea@ehu.eus*

---

<sup>1</sup> Esta comunicación ha sido llevada a cabo con cargo al proyecto de investigación financiado por el MCIU-Proyectos de investigación no orientada titulado “El régimen jurídico del *Transition Law* y su impacto sobre los derechos laborales de los trabajadores en mares y océanos”, (ref. PID2021-124045NB-C31). IP Olga Fotinopulos Basurko, y del grupo de investigación UPV-EHU con referencia GIU21/014, “El Derecho transnacional del trabajo y del transporte”, IP Olga Fotinopulos Basurko.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NUEVA NORMA SOBRE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES Y LA REVALORIZACIÓN PARA EL AÑO 2023. 3. LA REFORMA DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA VOLUNTARIA. 4. EL PORCENTAJE DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES ANUNCIADO PARA EL AÑO 2023 Y EL AUMENTO DE LAS ALTAS DE JUBILACIÓN EN DICIEMBRE DE 2022-.

## 1. INTRODUCCIÓN

El plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia elaborado por el Gobierno de España dedica su componente 30 a la “Sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del pacto de Toledo”. Este componente 30 aborda el reto de la reforma de las pensiones, orientada a asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo, mantener el poder adquisitivo, preservando su adecuación y suficiencia en la protección frente a la pobreza, y garantizando la equidad intergeneracional. Dicho objetivo general de preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones, se aborda mediante otros objetivos más concretos que van a marcar las principales líneas de actuación del Gobierno de España en esta materia.

Del conjunto de reformas que se recogen en este componente 30 voy a referirme a dos: la dedicada al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (Código C30.R2-A) y la dedicada a la alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación (Código C30.R2-B). Respecto al primero de ellos, el plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia refleja el propósito de recuperar una fórmula de revalorización de las pensiones vinculada a la evolución de la inflación con el fin de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, aspecto este que se considera clave para generar certidumbre a los pensionistas y reforzar la confianza en el sistema. Respecto al segundo de ellos, refleja el propósito de profundizar los ajustes paramétricos dirigidos a alinear la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación. Considera necesario amortiguar el incremento del gasto derivado de la jubilación de los *baby boomers* y del alargamiento de la esperanza de vida, para lo cual, plantea como primera actuación, impulsar la elevación de la edad efectiva de jubilación a través de incentivos voluntarios para acercarla a la edad legal. De forma más concreta, considera preciso realizar cambios en el sistema de coeficientes reductores de la jubilación anticipada para eliminar distorsiones, incluyendo su carácter regresivo, y racionalizar el recurso a esta modalidad de jubilación, haciendo que los desincentivos de la jubilación anticipada sean más eficaces para acercar la edad real de jubilación a la edad legal.

Es sobre estas dos reformas concretas sobre las que vamos a tratar en este trabajo, y, que, si bien persiguen objetivos diferentes y actúan sobre normas distintas, el resultado de aplicar el nuevo precepto sobre revalorización de pensiones desde enero del año 2023, ha interferido sobre el objetivo perseguido en la reforma de la normativa sobre jubilación anticipada voluntaria; de tal forma, que los datos sobre nuevas altas de jubilación de diciembre de 2022 han reflejado un significativo aumento de dichas altas. Dicho aumento en las altas de jubilación puede explicarse, en cierta medida, porque trabajadores con la posibilidad de acceder a dicha jubilación anticipada voluntaria han visto en la elevada tasa de revalorización de pensiones anunciada, una forma de compensar los coeficientes reductores de la pensión establecidos para las jubilaciones anticipadas voluntarias, en incluso, en algunos casos, ha podido resultar que la pensión obtenida era mayor al adelantar la jubilación a diciembre de 2022.

## 2. LA NUEVA NORMA SOBRE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES Y LA REVALORIZACIÓN PARA EL AÑO 2023

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones abordó, nuevamente, la reforma del artículo 58 de la Ley General de la Seguridad Social, así como el artículo 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado sobre revalorización de pensiones, al mismo tiempo que revisó los coeficientes reductores aplicables en materia de jubilación anticipada voluntaria, con el fin de promover la jubilación a edades más próximas a la edad legal de jubilación y favorecer carreras de cotización más largas, entre otras numerosas medidas.

Los nuevos artículos 58 TRLGSS y 27 TRLCPE suponen la derogación del anterior índice de revalorización y su sustitución por una revalorización en base al “porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior”. Esta modificación se produce en consonancia con la recomendación 2 del Pacto de Toledo recogida en el *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, que fue aprobado con fecha de 19 de noviembre de 2020 por el Pleno del Congreso de los Diputados. Bajo el título de *Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones*, dicha recomendación consiste en que “la revalorización anual de las pensiones en base al IPC real se presenta como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones”. Como ya ha señalado la doctrina<sup>2</sup>, dicha modificación no supone una vuelta al anterior sistema de revalorización de pensiones que se concretaba en el IPC previsto,

---

<sup>2</sup> ERRANDONEA ULAZIA, Elisabet: “El nuevo índice de revalorización de pensiones contributivas introducido por la Ley 21/2021 y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 32, 2022.



sino que utiliza un IPC real, es decir, el IPC registrado de un periodo ya pasado; en concreto se trata de una nueva forma de cuantificar el IPC: se concreta en el IPC medio, el cual se obtiene de la media de las doce tasas mensuales de inflación de los doce meses naturales anteriores.

Dicha modificación trae consigo un incremento del gasto en pensiones frente al anterior índice de revalorización que regulaba la Ley General de la Seguridad Social, que las mantenía prácticamente cuasi-congeladas; a la vez que, tal y como se propone el Gobierno de España, tiene como objeto ofrecer “certidumbre a los pensionistas y al conjunto de la sociedad sobre el compromiso inquebrantable de los poderes públicos con el sistema”<sup>3</sup>.

El nuevo índice de revalorización aprobado en diciembre de 2021 dio lugar a una revalorización del 2,5 por ciento, para las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2022 y no concurrentes con otras<sup>4</sup>, al mismo tiempo que estableció un incremento del 3 por ciento para las pensiones no contributivas de vejez e invalidez<sup>5</sup>. En dicha cifra de 2,5 por ciento influyó el inusual incremento de los precios registrado a finales del año 2021. Dicho encarecimiento de los precios derivado de las consecuencias económicas de la pandemia tuvo su continuación a comienzos del año 2022. A ello se añadió el nuevo escenario surgido a partir de la invasión de Ucrania por parte de Rusia, que también ha tenido consecuencias en el terreno económico, que han contribuido a un elevado encarecimiento de los precios. Esa evolución al alza en los precios del año 2022 se midió en un incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual del IPC de los doce meses previos a diciembre de 2022 del 8,5 por ciento, cifra ésta muy superior a la registrada en los años anteriores<sup>6</sup>.

### 3. LA REFORMA DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA VOLUNTARIA

El segundo objetivo del componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia al que nos vamos a referir es el de la alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación. Tampoco se trata de un objetivo novedoso para el sistema de seguridad social, sino que vuelve

---

<sup>3</sup> Preámbulo de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

<sup>4</sup> Artículo 4 del Real Decreto 65/2022, de 25 de enero que regula la actualización de las pensiones del sistema de seguridad social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022.

<sup>5</sup> Disposición conforme al artículo 45.Uno de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022.

<sup>6</sup> En los años anteriores, las pensiones mínimas fueron revalorizadas en los siguientes porcentajes: año 2015, 0,25 por ciento; año 2016, 0,25 por ciento; año 2017, 0,25 por ciento; año 2018, 3,1 por ciento; año 2019, 3 por ciento; año 2020, 2,5 por ciento; año 2021, 0,9 por ciento; año 2022, 3 por ciento. *Informe económico-financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 2023*, pág. 244.

a plantear nuevos pasos en una dirección ya emprendida años atrás. Las reformas adoptadas en este sentido son también reguladas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. De acuerdo con el texto de la recomendación 12 del Pacto de Toledo se busca “acercar la edad efectiva de jubilación a la edad ordinaria legalmente establecida, lo que pasa por revisar el acceso a la jubilación anticipada, de manera que los coeficientes reductores sean equitativos y fomentar la prolongación de la vida laboral”.

El apartado que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia dedica a este objetivo hace referencia a la importancia de mejorar y de hacer un uso extensivo de los instrumentos ya vigentes desde la reforma de 2011 y que ya han empezado a mostrar resultados positivos, como son el aumento real de la edad de jubilación, así como el descenso de las jubilaciones anticipadas<sup>7</sup> y el aumento de la tasa de empleo de los trabajadores. Junto a ello señala el margen de mejora existente, que supone un potencial impacto positivo para la reforma llevada a cabo por la Ley 21/2021, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

En este sentido, dicha ley revisa los coeficientes reductores aplicables a la jubilación anticipada voluntaria con el fin de promover la jubilación a edades más próximas a la edad legal y de favorecer las carreras de cotización más largas. Así, el nuevo precepto incluye un cuadro que establece reducciones aplicables a la pensión dependiendo del número de meses en que se adelanta dicha jubilación, a la vez que gradúa dichos porcentajes penalizadores en función del número de años de cotización acreditados por la persona beneficiaria<sup>8</sup>. Como resultado de este nuevo modo de aplicar las reducciones de pensión por adelantar voluntariamente la edad de jubilación, las personas que más meses adelanten su edad de jubilación sufrirán una mayor penalización en comparación con la situación anterior, modificación esta que se explica porque el 75,52 por ciento de quienes en ese momento optaban por jubilarse voluntariamente lo hacían a los 63 años<sup>9</sup>, es decir, con la edad mínima que la ley exige para poder acceder a esta modalidad de jubilación. De esta forma, la reforma busca incidir en la decisión de aquellas personas que cumplen los

---

<sup>7</sup> El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia sitúa el porcentaje de jubilaciones anticipadas del año 2016 en un 44,6 por ciento; las del año 2019 en el 40,1 por ciento y las del año 2020 en el 38,9 por ciento. Mientras que la jubilación no anticipada se cifra en el 55,4 por ciento en 2016; en el 59,9 por ciento en 2019 y en el 61,1 por ciento en 2020. Pág. 16 del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

<sup>8</sup> Los periodos de cotización que distingue son: menos de 38 años y 6 meses, igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses, igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses, e igual o superior a 44 años y 6 meses (artículo 208.2 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones).

<sup>9</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: “La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 30, 2020, pág. 67.

requisitos para poder acceder a la jubilación voluntaria desde el primero momento en que la norma lo permite, incrementando la penalización aplicable, para así disuadirlos de esta opción y con ello procurar que retrasen el momento de cesar en su actividad y de solicitar su pensión de jubilación.

A esta modificación se añade otra más específica dirigida a las personas cuya base reguladora resultante para el cálculo de la pensión de jubilación supere el límite regulado por el artículo 57 de la Ley General de Seguridad Social<sup>10</sup>. De acuerdo con el nuevo precepto, en dichas situaciones los coeficientes reductores de la pensión que han de aplicarse por la edad en el momento del hecho causante se aplicarán sobre el límite máximo de la cuantía de las pensiones y no sobre la base reguladora correspondiente. Con ello se evita la más leve penalización que se aplicaba a las pensiones de estas personas según la normativa anterior. Así se pretende lograr una mayor equidad entre las personas a quienes se aplican estos coeficientes reductores de la pensión de jubilación<sup>11</sup>.

Este precepto viene a introducir un sustancial cambio respecto de la regulación anterior, si bien su entrada en vigor se retrasa hasta enero de 2024 y su aplicación será gradual tal y como establece la disposición transitoria trigésima cuarta de la Ley General de la Seguridad social introducida por la Ley 21/2021 de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras materias de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

Bajo el título de *Aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad de jubilación según lo previsto en el artículo 210.3 cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones* dicha disposición adicional establece un plazo de diez años para que los coeficientes reductores de estas pensiones se equiparen a los previstos en el artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social. Esta disposición transitoria, además, solo resultará de aplicación de tal manera que la pensión reconocida no resulte inferior a la que habría correspondido con la aplicación de las normas vigentes en 2021. A esto hay que añadir que la normativa anterior a la entrada en vigor de esta disposición adicional trigésima cuarta se mantiene en vigor para algunas situaciones determinadas<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> De acuerdo con el nuevo apartado 3 del artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social: “Cuando para determinar la cuantía de una pensión de jubilación anticipada por voluntad del interesado prevista en el artículo 208 hubieran de aplicarse coeficientes reductores por edad en el momento del hecho causante, aquellos se aplicarán sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por meses de cotización.

<sup>11</sup> No obstante, en el supuesto de que la base reguladora de la pensión calculada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 resultase superior al límite de la cuantía inicial de las pensiones, establecido en el artículo 57, los coeficientes reductores por edad se aplicarán sobre el indicado límite”.

<sup>12</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy: “La reforma de la pensión de jubilación: una nueva vuelta de tuerca”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 97, 2023, pág. 4.

<sup>12</sup> De acuerdo con la disposición trigésima cuarta de la Ley General de la Seguridad Social la norma anterior se mantiene en vigor “siempre que la extinción del contrato que da derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada cumpla alguna de las siguientes condiciones:

#### 4. EL PORCENTAJE DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES ANUNCIADO PARA EL AÑO 2023 Y EL AUMENTO DE LAS ALTAS DE JUBILACIÓN EN DICIEMBRE DE 2022-

De acuerdo con el nuevo índice de revalorización de pensiones regulado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, la revalorización de pensiones para el año 2023 habría de realizarse al comienzo de dicho año y en el porcentaje equivalente al valor medio de la variación interanual del IPC de los doce meses anteriores a diciembre de 2022, es decir, de diciembre de 2021 hasta noviembre de 2022. Así lo recoge la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, que recoge en su capítulo IV los criterios de revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para este año. En consonancia con ello, el Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023, que desarrolla y ejecuta las previsiones de la LPGE para 2023, establece en su artículo 3 que las pensiones de incapacidad permanente, jubilación, viudedad, orfandad y en favor de familiares del sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva causadas con anterioridad al 1 de enero de 2023 y no concurrentes con otras, se revalorizarán en un 8,5%.

Se trata de una cifra que marca una histórica subida en la cuantía de las pensiones basada en el dato del IPC medio de los doce meses anteriores registrado en noviembre de 2022 y que fue anunciada y difundida a finales del año 2022.

Esta cifra histórica en el incremento de las pensiones de seguridad social conocido en diciembre de 2022 es uno de los factores que influyó en el extraordinario aumento de solicitudes de jubilación registrada en diciembre de 2022 al provocar un “efecto llamada” sobre aquellos trabajadores que tenían la posibilidad de adelantar el momento de su jubilación a diciembre de 2022. Las cifras que reflejan el número de altas en las pensiones de jubilación en diciembre del año 2023 son, con diferencia, significativamente más elevadas que las registradas en el mismo mes de los años anteriores. Así, las altas iniciales en las pensiones de jubilación entre diciembre de 2022 y diciembre de 2010 fueron:

- 
- a) Que la extinción se haya producido antes de 1 de enero de 2022, siempre que con posterioridad a tal fecha la persona no vuelva a quedar incluida, por un periodo superior a 12 meses, en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.
  - b) Que la extinción se produzca después de esa fecha como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o en virtud de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa o decisiones adoptadas en procedimientos concursales, que fueran aprobados con anterioridad al 1 de enero de 2022.

No obstante, para el reconocimiento del derecho a pensión de las personas a las que se refieren las letras a) y b) anteriores, la entidad gestora aplicará la legislación que está vigente en la fecha de hecho causante de la misma, cuando resulte más favorable a estas personas”.

- Diciembre 2022: 35.565
- Diciembre 2021: 16.745
- Diciembre 2020: 23.298
- Diciembre 2019: 21.142
- Diciembre 2018: 18.687
- Diciembre 2017: 14.987
- Diciembre 2016: 15.618
- Diciembre 2015: 13.933
- Diciembre 2014: 16.666
- Diciembre 2013: 17.258
- Diciembre 2012: 15.320
- Diciembre 2011: 10.774
- Diciembre 2010: 13.314

Estos datos reflejan que las altas iniciales de jubilación registradas en diciembre de 2022 supusieron un incremento superior al 100 por cien de las registradas en diciembre del año anterior, en concreto, el incremento fue de un 108,8 por ciento. Ninguna de las cifras de altas de pensiones de jubilación desde el año 2010 (primer año cuyo registro hemos consultado) se aproxima siquiera remotamente a dicha cifra.

Aunque no se trate del único motivo, puede afirmarse que existe una relación directa entre la aplicación el índice de revalorización de pensiones del sistema de seguridad social del 8,5 por ciento anunciado para el año 2023 y dicho mayúsculo aumento de las solicitudes de alta inicial de pensiones de jubilación de diciembre de 2022. Y ello puede atribuirse a que las personas que tuvieran la posibilidad de solicitar su pensión de jubilación a diciembre de 2022 verían incrementada su pensión en un 8,5 por ciento, teniendo dicha revalorización efectos desde apenas unos días más tarde. Esto llevó a un número significativo de personas que estaban en situación de poder hacerlo, a adelantar su fecha prevista de jubilación a diciembre de 2022 y de esta manera, la aplicación de 8,5 por ciento de revalorización con efectos desde enero de 2023 compensaría e incluso mejoraría la cuantía de pensión que habrían obtenido de haberla solicitado unos meses más tarde, incluso tras haberseles aplicado coeficientes reductores más elevados de los que hubiesen sido de aplicación en caso de haber accedido a la jubilación en fechas posteriores.

De esta manera, la aplicación de la revalorización de pensiones para el año 2023, que viene a actualizar su cuantía conforme a la evolución del IPC medio registrado en noviembre viene a traer consecuencias inesperadas y adversas para el objetivo perseguido por el legislador de alinear la edad real de jubilación con la edad legal retrasando dicha edad. Al contrario, el resultado obtenido por dicha revalorización del 8,5 por ciento, además de garantizar el poder adquisitivo de las personas pensionistas, ha sido que miles de

personas han decidido adelantar su edad de jubilación a diciembre de 2022. Es cierto, que como he mencionado ya, ello ha ocurrido en unas circunstancias extraordinarias que han llevado a un incremento de los precios inusual y que probablemente sea difícil que vuelva a suceder en los mismos términos, aunque tampoco es descartable que se repitan más incrementos elevados en la evolución de los precios que conlleven elevadas cifras en la revalorización de pensiones. Quizá sea pronto aún para realizar estimaciones sobre la evolución de los precios que se vaya a registrar en noviembre de 2023, pero el encarecimiento de los precios ha seguido siendo elevado en los primeros meses de dicho año y los pronósticos indican que lo seguirán siendo durante un tiempo.

Existe, a mi entender, una situación difícilmente justificable en la normativa de revalorización de pensiones que ha sido puesta de manifiesto con este elevado incremento del 8,5 por ciento y es que, en mi opinión, carece de justificación que una pensión sea revalorizada apenas unos días más tarde de haber sido causada, que es lo que sucede con las pensiones causadas a finales de año, y que van a ser objeto de revalorización a partir de enero del año siguiente. Esta circunstancia, que apenas influiría en la decisión de una persona con posibilidad de adelantar o retrasar su edad de jubilación, cuando el índice de revalorización de pensiones a aplicar es reducido, resulta que sí ha condicionado la decisión de muchas personas que han accedido a la pensión de jubilación en diciembre de 2022 al conocer que el índice de revalorización del 8,5 por ciento les sería aplicado con efectos desde el mes siguiente.

El precepto del artículo 58 de la Ley General de la Seguridad Social que establece que las pensiones “se revalorizarán al comienzo de cada año (en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior)” tiene sentido, a mi entender, para todas las pensiones que se causaron al menos doce meses antes, pero carece de justificación para las pensiones que se causaron en un periodo de tiempo más reducido, y menos aún para las pensiones que se han causado apenas unos días antes.

Por ello, considero que la normativa debería distinguir, de cara al momento de aplicar su revalorización, entre las pensiones ya causadas al menos un año antes y las que aún no han alcanzado dicho periodo. De tal forma que no se lleve a cabo la revalorización de las pensiones que se han causado en menos de un determinado periodo de tiempo, tal y como sucede ahora. Si partimos de que la normativa establece una revalorización de pensiones anual, un posible ejemplo podría ser que, la revalorización de pensiones a aplicar en el año X se llevara a cabo con efectos desde enero de ese año para todas las pensiones causadas antes el año X-1 (X menos uno). Por otra parte, y a partir de ese año X las pensiones causadas desde el año X-1 habrían de esperar doce meses hasta ser actualizadas conforme al IPC medio registrado en los doce meses anteriores. Ello supondría un punto y aparte en el momento a aplicar la revalorización de pensiones, distinguiendo entre las causadas al menos un

año antes del hipotético comienzo del año X, y que se revalorizarían todas con efectos de 1 de enero. Y las nuevas pensiones causadas desde menos de un año antes del año X que se revalorizarían al año de haber sido causadas conforme a la evolución del IPC correspondiente. Creo que existen los medios técnicos suficientes para llevar a cabo una revalorización de pensiones ajustada al momento en que cada pensionista cumple un año desde que obtuvo la pensión y posteriormente, cada año sucesivamente.

Soy consciente de que ello supone un importante cambio en la actual forma de llevar a cabo la revalorización de pensiones, en concreto en cuanto al momento en el que ha de aplicarse dicha revalorización y que, claramente, trae consigo una mayor complejidad para quien ha de administrarlas. Por el contrario, creo que, salvo circunstancias excepcionales, debería transcurrir un año, o, al menos, un periodo mínimo desde el momento en que se causó la pensión hasta el momento de ser revalorizada. De esta manera se evitaría la injusticia que supone revalorizar una pensión recientemente causada, que en diciembre del año 2022 ha llevado a un elevado número de trabajadores/as a adelantar su edad de jubilación dado las ventajas que ello les traía. De esta forma, el índice de revalorización anunciado a finales de cada año dejaría de ser un elemento que influyera en la decisión de cuándo solicitar la pensión de jubilación.

La presente obra recoge, de nuevo en formato *ebook*, las Comunicaciones presentadas al XXXIII Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que tuvo lugar los días 25 y 26 de mayo de 2023 en la ciudad de Cuenca gracias al esfuerzo realizado por el Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social y de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, su anfitriona, y al soporte de instituciones, organismos y organizaciones como el Ministerio de Trabajo y Economía Social –que ha respaldado igualmente la publicación de sus resultados–, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Ayuntamiento de Cuenca, la Diputación de Cuenca, el Consorcio de la Ciudad de Cuenca, y la Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo.

La recopilación de las Comunicaciones que se ofrece se ha ordenado sistemáticamente siguiendo la división en paneles que se ideó al efectuar el llamamiento para contribuciones en la convocatoria del Congreso. Son seis, en consecuencia, los bloques temáticos sobre los que versan las excelentes aportaciones cuya lectura hace posible la publicación del libro que se prologa: empleabilidad y formación tras la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo; la intermediación laboral en la nueva ley de empleo; la protección por desempleo contributiva; la protección por desempleo asistencial y otras políticas de protección del desempleo; el gobierno del empleo y el desempleo; y las reformas de la Seguridad Social previstas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Queda garantizado, de esta forma, el análisis detenido de las reformas vinculadas al empleo y la protección social que fueron oportunamente expuestas en las ponencias e interlocuciones del XXXIII Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ISBN: 978-84-8417-619-0



9 788484 176190