

N.º EXTRAORDINARIO

SEPTIEMBRE 2023

Monográfico sobre la Ley 3/2023,
de 28 de febrero, de Empleo

Presentación	3
La Ley 3/2023, de empleo: marco general de buen gobierno	7
Jaime Cabeza Pereiro	
Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance en la Ley 3/2023	25
Marta Fernández Prieto	
Empleo y jóvenes	55
Eduardo Rojo Torrecilla	
Personas trabajadoras con discapacidades	75
Gloria P. Rojas Rivero	
Acuerdos en fases de consultas: análisis en clave de género	89
Francisca Fernández Prol	
La nueva ley de empleo a la luz de la STC 67/2022: no discriminación por identidad de género	111
Elena Castro Surís	
Análisis económico de los contratos para la formación en España: ¿qué podemos aprender de la experiencia comparada?	131
Alberto Vaquero García	
María Montserrat Cruz González	
Vanessa María Suárez Porto	
El empleo de las personas mayores en Francia. Derechos, legislación y políticas públicas	145
Philippe Martin	
Políticas laborales en Italia. Colectivos de atención prioritaria: incentivos para la contratación de trabajadores con discapacidad, jóvenes y mujeres	157
Giulia Bandelloni	

revistajusticiaytrabajo.colex.es



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE CIENCIA
E INNOVACIÓN



AGENCIA
ESPAÑOLA DE
INVESTIGACIÓN

Proyecto: «Adaptación y mantenimiento del empleo en el nuevo ecosistema productivo» (PID2021-124395OB-I00)

REVISTA JUSTICIA & TRABAJO

© Editorial Colex S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

☎ 91 109 41 00

@ info@colex.es

revistajusticiasocial@colex.es

DIRECCIÓN

M.ª Elisa Cuadros Garrido

Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Belén García Romero

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Alejandra Selma Penalva

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

CONSEJO EDITORIAL

Raquel Aguilera Izquierdo

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Complutense de Madrid

Stefano Bellomo

Profesor ordinario, Università Di Roma

Jaime Cabeza Pereiro

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

Alberto Cámara Botía

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

Belén Cardona Rubert

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

Rosario Cristóbal Roncero

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Complutense de Madrid

Mª Elisa Cuadros Garrido

Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

Joaquín Dólera López

Abogado laboralista

Ángel Espiella Menéndez

Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo

Fabrizio Ferraro

Ricercatore a tempo determinato di diritto del
lavoro presso il Dipartimento di Scienze giuridiche,
Università degli studi di Roma Sapienza

Antonio Fernández García

Profesor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Oberta Catalunya

Andrea Franconi

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Belén García Romero

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Murcia

Juan Gil Plana

Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad Complutense y Magistrado Suplente de la Sala de lo Social
de la Audiencia Nacional

Nuria Garrido Cuenca

Catedrática Derecho Administrativo, Universidad de Castilla La Mancha

Nuria Paulina García Piñero

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Complutense

Francisco Xabiere Gómez García

Profesor ayudante doctor, Universidad de León

Mª Carmen González Carrasco

Catedrática Derecho Civil, Universidad de Castilla La Mancha

José Luis Goñi Sein

Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Pública de Navarra

Julen Llorens Espada

Profesor Contratado doctor Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

María Inmaculada Marín Alonso

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Sevilla

Mirentxu Marín Malo

Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social, Universidad Pública de Navarra

Domenico Mezzacapo

Professore ordinario di Diritto del lavoro, Sapienza Università
di Roma.

Presidente della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro

Gratiela Florentina Moraru

Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social, Universidad de Castilla La Mancha

Pilar Ortiz García

Profesora Titular de Sociología, Universidad de Murcia

Mª Magnolia Pardo López

Profesora Titular Derecho Administrativo, Universidad de Murcia

Ana Isabel Pérez Campos

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Rey Juan Carlos

Jesús Rentero Jover

Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de
Justicia de Castilla La Mancha

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

Profesora titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Pública de Navarra

María José Romero Rodenas

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Castilla La Mancha

Mercedes Sánchez Ruiz

Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia

Carmen Sánchez Trigueros

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad de Murcia y Directora de la Unidad de Igualdad de la
Universidad de Murcia

Concepción Sanz Sáez

Profesora asociada Derecho del Trabajo y del la Seguridad Social,
Universidad de Castilla La Mancha

Alejandra Selma Penalva

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Murcia

Eduardo Enrique Taléns Visconti

Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social, Universidad de Valencia

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Editorial Colex

ISSN: 2952-1955

PRESENTACIÓN

El presente monográfico sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, constituye el primer número extra de la Revista Justicia y Trabajo, elaborado por la editorial Colex y cofinanciado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento de la Universidad de Vigo «Adaptación y mantenimiento del empleo en el nuevo ecosistema productivo» (PID2021-1243950B-I00), de la Agencia Estatal de Investigación y el Ministerio de Ciencia e Innovación. Recoge las aportaciones presentadas al Seminario Internacional «Mantenimiento y recuperación del empleo. Colectivos de atención prioritaria», celebrado en el campus universitario de Ourense de la Universidad de Vigo, los días 15 y 16 de junio de 2023, como primera actividad científica ínsita al proyecto.

La Ley 3/2023 conforma un nuevo marco normativo que modifica las reglas de gobierno del sistema de empleo, impulsa las políticas de su activación y mantenimiento y dota al sistema de las herramientas adecuadas para mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de empleo, en especial durante situaciones de tránsito, desempleo o cese de actividad. Pretende afrontar retos estructurales de nuestro mercado de trabajo —fomentar las políticas activas de empleo, el reciclaje y la formación a lo largo de toda la vida laboral, la prevención del desempleo de larga duración y de la exclusión social, facilitar una transición rápida entre puestos de trabajo en situaciones de desempleo, ofrecer protección social en las transiciones y, a la postre, lograr un mayor nivel de empleo, empleo de calidad y una mayor cohesión social—. Los poderes públicos tienen una indudable responsabilidad en ello, pero el sector privado también debe asumir una función relevante como dinamizador del empleo y en la atención de colectivos prioritarios.

Desde un marco temporal, dada la reciente publicación de la norma, parecía oportuno abordar en este primer seminario científico vinculado al proyecto un análisis crítico de los principales cambios, avances y expectativas de la propia Ley, de las políticas públicas y público-privadas de activación y, en definitiva, de los mecanismos de mantenimiento y recuperación del empleo que prevé y que pretenden reducir las brechas sociales, territoriales, digitales y de género. El seminario ha permitido traer al debate científico el conjunto de desafíos que presenta el empleo, teniendo en cuenta las necesidades de un nuevo paradigma de sistema productivo, caracterizado por la transición hacia una economía digital, sostenible, justa y competitiva, que debe integrar la perspectiva de género y facilitar la inclusión de colectivos singularmente vulnerables. La escasa integración del ámbito local de política de empleo, el novedoso concepto de empleabilidad, que pasa a constituir un elemento central de la política de empleo, el manejo de datos masivos, la adopción automatizada de decisiones, los mecanismos de activación del empleo, la intermediación laboral, la atención personalizada, la ordenación de acciones formativas y de reciclaje profesional, los colectivos de atención prioritaria, los problemas de financiación o la necesaria coordinación en una materia de gobierno multinivel y con una pluralidad de Administraciones territoriales e institucionales son cuestiones que enlazan con varios de los objetivos del propio proyecto.

El buen gobierno del empleo, la empleabilidad y la intermediación y los colectivos de atención prioritaria configuran, indudablemente, gran parte de la espina dorsal de la Ley y necesari-

riamente tenían que ser traídos, como aspectos centrales de estudio, en este número monográfico. La gobernanza, con mantenerse en sus trazos esenciales invariada, sí que asiste a cambios sutiles pero de indudable interés. Más profundas y de modelo han sido las novedades, en particular en cuanto a la empleabilidad que se asienta como concepto matriz de la norma, pero también en lo que se refiere a la intermediación y a la colaboración público-privada para la mayor eficacia de las colocaciones. Y, en cuanto a colectivos, la reordenación, priorización y programación política de su tratamiento ha sido particularmente innovadora.

El empleo constituye un tópico colindante con otros ámbitos con los que guarda relaciones muy estrechas. El marco normativo de las relaciones laborales, en particular en cuanto a las vicisitudes más vinculadas al mantenimiento del contrato, es uno de ellos, que se expresa en este número en relación con la perspectiva de género en las fases de consultas. Como lo es, asimismo, la operatividad del pacto de prueba, que también se trata en cuanto a la discriminación de uno de los colectivos de atención prioritaria en la nueva Ley.

Del mismo modo, no puede obviarse la plena integración de la normativa interna en la Estrategia Europea de Empleo, que exige tomar siempre en consideración, de conformidad con el método abierto de coordinación, las buenas experiencias de otros sistemas. En este número, las referencias a los sistemas francés e italiano se han centrado, en particular, en dichos colectivos de atención prioritaria. La edad constituye uno de los criterios más subrayados por la Ley, casi al mismo nivel que la discapacidad. Ambas causas de discriminación, conjuntamente —de nuevo— con la necesaria perspectiva de género, se incluyen en este análisis comparatista.

Aunque, a efectos de organización del seminario, se expusieron ponencias y comunicaciones, para su publicación unitaria hemos considerado preferible no efectuar tal distinción, otorgando a las intervenciones presentadas por escrito el mismo carácter de estudios en la Revista. Las intervenciones orales han sido enriquecidas, tras su exposición y antes de la publicación en este número extra, con las aportaciones y reflexión crítica, fruto de la visión experta, holística y sistémica de académicos, investigadores y técnicos asistentes al seminario y que enriquecieron el ulterior debate.

La estructura de este monográfico es pareja a la del propio seminario. Se abre con dos estudios más generales sobre las expectativas del nuevo marco normativo, el marco general de la ley, la distribución de competencias, su gobernanza y las políticas activas de empleo, con especial atención a la empleabilidad y la intermediación. A continuación, se incluyen artículos vinculados a colectivos de atención prioritaria por razón de edad, discapacidad o identidad de género, o que analizan en clave de género el mantenimiento del empleo en fase de consultas. Si bien predominan las aportaciones de carácter jurídico en clave de Derecho interno, las mismas se complementan con análisis de carácter económico y con una perspectiva de Derecho supranacional e internacional, así como de Derecho comparado. En concreto, un tercer bloque de estudios analiza experiencias comparadas concretas de los ordenamientos francés e italiano sobre algunos de los colectivos de atención prioritaria.

No quisiéramos concluir esta breve presentación sin expresar nuestro personal y profundo agradecimiento a los miembros de los comités científico y organizador del seminario, que han asumido con rigor y eficacia la siempre poco gratificante tarea de revisión, organización y adaptación de los textos del presente número de la Revista, así como a los autores que han compartido en esta publicación sus reflexiones y sus conclusiones y a quienes no

han podido entregar el texto escrito, pero que, con sus aportaciones orales, contribuyeron al debate científico en el seno del seminario. Es también de justicia extender nuestra gratitud a las directoras de la Revista Justicia & Trabajo, cuya colaboración y extraordinaria disposición ha facilitado la publicación de este número extra, así como a la editorial Colex y al Ministerio de Ciencia e Innovación, que con su cofinanciación han hecho posible su edición.

Vigo/Ourense, 30 de agosto de 2023

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo

Marta Fernández Prieto

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo

LA LEY 3/2023, DE EMPLEO: MARCO GENERAL DE BUEN GOBIERNO

THE ACT 3/2003, ON EMPLOYMENT: GENERAL FRAMEWORK OF GOOD GOVERNANCE

Jaime Cabeza Pereiro

**Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo**

correo electrónico: jcabeza@uvigo.es

Palabras clave: empleo, gobernanza, financiación, empleabilidad, colocación, coordinación

Keywords: employment, governance, funding, employability, placement, coordination.

Resumen: La nueva Ley de Empleo ha producido una modificación de las reglas de gobierno del sistema de empleo. Hay algunos aspectos en los que se aprecia un cierto continuismo con la normativa anterior, en particular en cuanto a los órganos principales del Sistema Nacional de Empleo. En otros, por el contrario, se constatan importantes cambios y avances, como sucede, por ejemplo, en el manejo de los datos masivos y en la adopción automatizada de decisiones. Se echa de menos una mejor integración del ámbito local de política de empleo. En contraste, se aborda de forma adecuada la colaboración público-privada en la empleabilidad y la intermediación laboral. La financiación continúa planteando serios problemas de futuro, que no se resuelven suficientemente. Pero, sí que se regula la necesaria coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pese a que permanecen algunos interrogantes abiertos. En torno a estas materias, en las páginas que siguen se formula un comentario crítico a la gobernanza en la Ley 3/2023, de 28 de febrero.

Abstract: The new Employment Law has produced a huge reform of the rules of governance of the employment system. There are some aspects in which a certain continuity with the previous system can be seen, particularly with regard to the main bodies of the National Employment System. In others, on the contrary, important changes and advances are observed, as happens, for example, in the handling of massive data and in the automated adoption of decisions. A better integration of the local field of employment policy is missing. In contrast, public-private collaboration in employability and labour intermediation is adequately addressed. Funding continues to pose serious problems for the future, which are not sufficiently resolved. However, it solves the proper coordination between the State and the Autonomous Communities, despite the fact that some open questions remain. Regarding these matters, the following pages formulate a critical comment on the governance in Law 3/2023, of February 28.

I. PILARES DE LA GOBERNANZA

De una forma explícita, la Ley 3/2023, de empleo (LE, en adelante) preserva la diferencia entre políticas activas y pasivas de empleo, aunque el art. 2 evita referirse a estas últimas bajo esa denominación y las califica como «de protección frente al desempleo». Mantiene su importancia, como va a verse, no solo a efectos competenciales, sino sobre todo para subrayar que el desempleo conforma una de las prestaciones fundamentales del sistema de Seguridad Social, si bien dotada de unas características muy singulares. Por otra parte, y al mismo tiempo, las diferencias entre unas y otras —políticas activas y pasivas— se difuminan a la vista de las nuevas concepciones sobre la función de la protección pública y la flexibilidad que necesita para erigirse precisamente en una palanca, y no menor, de las políticas activas de empleo.

El art. 5 c) de la LE enuncia como principio rector 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. El precepto apela a la cohesión y al equilibrio territorial y a la igualdad de acceso a las políticas activas de empleo para cualquier persona en todo el Estado. Pero, más allá de tales objetivos, la colaboración entre las entidades públicas se erige en una exigencia fundamental en una materia de gobierno multinivel y con una pluralidad de Administraciones territoriales e institucionales implicadas.

Ahora bien, los objetivos de cohesión y equilibrio territorial e igualdad de acceso de todas las personas constituyen orientaciones básicas de actuación y retos básicos en un modelo de empleo en el que las tasas de ocupación han sido muy disímiles entre unas partes y otras del territorio y en el que la autonomía organizativa ha producido modelos de atención diferenciada, dependiendo de la Comunidad Autónoma o incluso de la Corporación Local de la que se trate. En este sentido, como tratará de justificarse más adelante, el modelo tiene que tender a una equiparación organizativa que aúne diversidad, en el respeto a la potestad de auto-organización de cada Comunidad Autónoma, con equiparación en la calidad de los servicios y en la atención personalizada que se presta a las personas usuarias. Es decir, la Ley persigue un modelo que no propenda al ahorro de costes y a la garantía de unos servicios muy elementales, sino a una competitividad de mejora de la que se beneficien todas las personas demandantes de los servicios de empleo. También a esta idea habrá que prestarle atención más adelante.

En realidad, el modelo que pone en marcha la LE no es intrínsecamente novedoso, sino que hunde sus raíces en la Estrategia Europea para el Empleo. La formulación de orientaciones, directrices o *guidelines* ha sido un componente fundamental del Método Abierto de Coordinación al servicio de esa Estrategia¹, como lo ha sido, más en general, la planificación estratégica, a la que apela el art. 5 c) como marco, tanto a nivel interno como de la UE.

1 Sobre este asunto, CABEZA PEREIRO, J., «Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo», en VV.AA., *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo*. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTIN, Madrid, 2008, pp. 25 ss.

II. LA DIMENSIÓN LOCAL: UN ASPECTO INSATISFACTORIO DE LA LE

La referencia a la Estrategia Europea conduce a una idea muy asentada en el gobierno del empleo, como es la importancia de los agentes de proximidad, tanto a nivel público o privado, que se traduce, en cuanto al primero de ellos, en la importancia central de las autoridades regionales y locales. Sin que ahora sea necesario volver a teorizar al respecto², sí que conviene subrayar la específica posición de responsabilidad que les incumbe a los entes de mayor proximidad y, muy en particular, a los ayuntamientos y demás corporaciones locales, por más que el empleo siga siendo, por razones no del todo explicables, ajeno a sus competencias propias³.

Sobre este particular, es indudable que la aprobación de la LE ha supuesto un pequeño paso adelante en la dotación de funciones y responsabilidades sustantivas a las entidades locales. El art. 7 se refiere, al alimón, a la dimensión autonómica y local de la política de empleo «para ajustarla a las necesidades del territorio y de las personas y entidades usuarias de los servicios de empleo». Además, de una forma algo retórica, reconoce de especial relevancia el desarrollo de la dimensión local de la política de empleo, e incluso apela a la singularidad institucional de las corporaciones locales en la puesta en marcha y desarrollo de las políticas de empleo. Sin embargo, la función que les reserva a estas es accesoria, ancilar o apendicular de la de las CCAA, como se infiere claramente del propio art. 7: «en el marco de sus competencias —sin que, como ya se ha dicho, el empleo sea, propiamente, una de ellas— la colaboración y cooperación con las demás administraciones». Es decir, no se les reconoce un campo de actividad propio. Y, sobre todo, se las ubica bajo la égida de los servicios autonómicos de empleo cuando se habilita a estos últimos para que establezcan mecanismos de cooperación oportunos con las entidades locales.

Desde una perspectiva más orgánica, el párrafo cuarto del art. 7.3 prevé que las entidades locales puedan participar en el proceso de concertación territorial mediante su representación y participación en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico que cada Comunidad Autónoma decida en ejercicio de sus competencias. Lo cual prácticamente es tanto como no decir nada, pues se trata de un precepto puramente retórico, que no puede interpretarse siquiera como una orientación a las CC.AA. De hecho, cualquier entendimiento de este tipo constituiría una intromisión en las competencias auto-organizativas de las mismas. Como mucho, podría entenderse como una orientación que se les formula a los órganos normativos de las CCAA, con escasísimo valor persuasivo si se considera el muy poco relevante papel sustantivo que la Ley 3/2023 le garantiza al ámbito local.

Como cierre del modelo, la LE confiere a las CCAA la labor de trasladar al Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas y la de determinar la representación de las entidades locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico. De nuevo, esta última referencia debe considerarse como totalmente estéril a los efectos de

2 *Ibid.*, con explicación suficientemente detallada.

3 Véanse, en este sentido, art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las bases del régimen local.

definir los modelos de participación institucional que diseñe cada Comunidad Autónoma. Pero, claramente, la primera desvela una innegable intención legislativa de evitar la actuación directa o el protagonismo de las entidades locales, que quedan, incluso en lo que se refiere a la puesta de manifiesto de la perspectiva más territorial de las políticas públicas, bajo la representación de los órganos de empleo autonómicos.

Esta preeminencia política de las CCAA frente a las Corporaciones Locales —cosa distinta habrá que expresar sobre la posición recíproca del Estado frente a las primeras—, que ha sido, con razón, objeto de crítica por parte de la doctrina académica⁴, tiene que ver con las tensiones competenciales en una materia en la que el Estado ha invadido en muchas ocasiones ámbitos que son propios de las Administraciones autonómicas. A la LE no le correspondía, desde luego, proyectar alguna indicación sobre cómo ha de orquestarse la participación del nivel local en los ámbitos de gobierno de las CC.AA. Pero sí le competía hacerlo más protagonista en la gobernanza estatal, cosa que apenas ha hecho.

A modo de ejemplo, las Corporaciones locales «colaboran», en el Sistema Nacional de Empleo, pero no lo integran, como sí lo hacen los servicios de empleo autonómicos, de tal forma que sus recursos propios no tienen la condición de servicios públicos de empleo. Ciertamente, tiene naturaleza de servicio público la prestación de servicios de empleo prestada por la Administración Local, pero del mismo modo que la tiene la que ofrecen las agencias privadas de colocación, sin que estas tampoco sean formalmente «servicios públicos de empleo» —art. 8 LE—. De modo que la Agencia Española de Empleo solo en favor de los servicios públicos autonómicos articulará su participación en la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo —art. 8.6—. Es más, los Centros Públicos de Orientación, Emprendimiento, Acompañamiento e Innovación para el Empleo a los que alude el art. 8.5 de la LE, de acuerdo con el Protocolo para la creación de los mismos⁵, configuran una red de 20 centros, 17 de ellos de titularidad de cada una de las CCAA., 2 por cada una de las Ciudades Autónomas y uno último de titularidad estatal, sin ninguna participación de las Corporaciones Locales.

Esta apuesta sólo impostada por el ámbito local se manifiesta también en la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, en la que, de nuevo, se excluye a las Corporaciones Locales de cualquier tipo de representación genuina como miembros natos. Tan solo se contempla que «se podrá convocar también, con voz, pero sin voto, a responsables de otras Administraciones públicas, así como a la asociación más representativa de las entidades locales» —art. 9.1, párrafo segundo—. Por lo demás, ese rastro de participación se pierde totalmente en el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo. De modo tal que, en términos de presencia en los órganos fundamentales, el papel de la Administración local es inexistente o de convidada de piedra.

4 Pérez DE PRADO, D., «La Ley 3/2023 de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España (segunda parte)», *Trabajo y Derecho*, n.º 103, 2023.

5 Aprobado por la LXXIX Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales y en reunión extraordinaria del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, celebrada en Madrid el día 28 de abril de 2021.

III. UN TERRITORIO DE COMPETENCIAS COMPARTIDAS

Realmente, el debate sobre el papel de las Corporaciones Locales y su traducción normativa no es fácil de articular, cuando el título competencial esgrimido permite una asunción amplia de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, como ha puesto de manifiesto una nutrida jurisprudencia del TC. En efecto, frente a las competencias estatales de legislación laboral y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, se erigen en relación dialéctica las autonómicas de ejecución de la legislación laboral y promoción económica de la Comunidad Autónoma⁶. Es como si entre unas y otras no cupiera ningún resquicio para otra Administración distinta y más de proximidad. Pero ello no es cierto: ambas Administraciones, la estatal y la autonómica deben hacer partícipe a la local en la gobernanza del empleo. Y, por supuesto, el Estado, en la intersección entre la legislación laboral y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, está habilitado para integrar a la Administración local en el entramado institucional del empleo al nivel que considere pertinente. Del mismo modo que pueden las CCAA, ya sea igualmente apelando a sus títulos competenciales en materia de empleo, ya con base en el título de sus capacidades de auto-organización de sus instituciones de autogobierno. Ahora bien, la clara opción de la Ley 3/2023 de subordinar el nivel de gobierno local al autonómico merece un rechazo muy explícito.

Aunque, a estas alturas, debe advertirse una idea importante sobre la que la doctrina del TC no es del todo precisa y que debe orientar toda la actividad normativa en esta materia. Si se analiza la jurisprudencia que se ha articulado en torno a las competencias en materia de empleo, lo cierto es que existe una intersección borrosa con la materia laboral. En efecto, en cuanto a esta, la pulsión ha sido la de interpretarla estrictamente como referida «sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral, es decir,... la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios, con las exclusiones y excepciones que en dicha Ley (art. 1.3) se indican»⁷. Por lo que respecta a la de empleo, el TC ha predicado que «la movilización de recursos financieros destinados a regular el mercado laboral y el pleno empleo concierne a ámbitos que no se limitan a lo que se viene entendiendo como régimen o materia laboral, aunque guarden conexión con ésta, sino que se trata de medidas que inciden en el mercado de trabajo globalmente considerado, dando cumplimiento a la directriz contenida en el art. 40.1 in fine CE, y que tienen tras de sí el respaldo competencial del art. 149.1.13 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica»⁸.

6 Véase, vg., STC 22/2014, de 13 de febrero, con cita de doctrina anterior. Por ahora baste el siguiente párrafo del F. J. 2.º de la sentencia: «la capacidad de aprobar proyectos de normas con rango de ley y de elaborar y aprobar disposiciones reglamentarias en relación con el fomento del empleo que el precepto impugnado reconoce al Gobierno, se remite, pues, al ámbito propio de la competencia estatal antes definida, sin poner en cuestión la competencia autonómica de elaborar y adoptar medidas sobre fomento del empleo en su propio ámbito territorial en la medida en que no se opongan o contradigan las políticas activas estatales».

7 STC 35/1982, de 14 de junio.

8 STC 22/2014, de 13 de febrero, con cita de STC 95/2002, de 25 de abril.

Sucede que, como es obvio, la política de empleo excede con mucho, en su sustantividad propia, de la movilización de recursos económicos. Más bien, en su dimensión actual, se orienta hacia la garantía de servicios y la proclamación de derechos subjetivos de las personas demandantes de empleo. En esos contenidos, el título competencial del art. 149.1.13 se aleja, así como su correlato del art. 148.1.13. No parecen, desde luego, las apelaciones a la actividad y económica y a su desarrollo las más adecuadas, como tampoco lo es siempre, desde luego, la alusión a la materia laboral del 149.1.7. Aunque sí que puede expresarse de forma aproximativa que, cuando se garanticen derechos subjetivos a las personas usuarias de los servicios de empleo, ya sean públicos o colaboradores, su contenido tiene una naturaleza claramente laboral, más allá del angosto concepto manejado por la doctrina clásica del TC restringido a la regulación de la relación laboral, el cual dejaría teóricamente fuera las fases precontractuales características de la normativa de empleo. No es casual que la Ley 36/2011, desde una perspectiva procesal, haya dado un significativo paso en esa línea, al asumir expresamente —art. 2 p— los conflictos en materia de intermediación laboral.

Ahora bien, ese espacio que trasciende la movilización de recursos económicos tampoco está vedado a la acción normativa de las CC.AA. Como parece obvio, el establecimiento de unas estructuras sólidas para el desarrollo de políticas activas de empleo en las que desarrollar sus competencias amplias en la materia implica necesariamente cierta capacidad de desarrollo normativo. Simplificando el discurso acaso en exceso, no se pueden negar competencias de esta índole a las CCAA en toda la materia regulada en el Tít. III de la LE, a fin de mejorar los derechos que establezca la norma estatal, la cual, amparándose en los títulos atributivos al Estado, debe garantizar un mínimo de derechos que siempre pueden ser mejorados por aquéllas, en una competencia entre ellas de incremento de derechos y suplemento de servicios garantizados.

Es esta una virtud no desdeñable de la Ley 3/2023, que debe realizarse: reconoce, con mayor nitidez que sus predecesoras, un haz de derechos subjetivos, sin que ese reconocimiento pueda entenderse como una asunción de competencias exclusivas, del mismo modo que establece unos servicios y unas funciones que desde luego pueden ser mejoradas mediante normas autonómicas. La nueva Ley tiene que ser entendida como una llamada a las CCAA para que generen esa dinámica de complemento e interacción recíproca con el Estado en la mejora de las políticas activas de empleo.

IV. LOS ÓRGANOS DE GOBERNANZA

Así pues, el Sistema Nacional de Empleo se conforma por, una parte, la Agencia Española de Empleo y, por otra, los servicios públicos de empleo de las CCAA. Ya se ha puesto de manifiesto que las demás entidades, públicas y privadas, que actúan en el campo de las políticas activas de empleo lo hacen como colaboradoras. En cuanto a sus principales órganos de gobierno, la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, puede expresarse, como idea fundamental, que la nueva ley es a este respecto marcadamente continuista. Si acaso, quizá su mayor novedad consista en llevar a la ley criterios, prácticas y normas que no se habían incluido en su predecesora.

La Conferencia Sectorial se configura como órgano fundamental del sistema. Además de las funciones de coordinación y cooperación, la LE le confiere expresamente las de tipo

decisorio y consultivo, que desde luego ya venía ejerciendo. En cuanto a sus funciones, la LE intenta plasmar un equilibrio entre las de distribución de créditos presupuestarios y asignación de recursos financieros y las de planificación general de la política de empleo, prospección de necesidades del mercado de trabajo e identificación de los colectivos prioritarios y de sus necesidades específicas. A ellas habría que añadir las de seguimiento y evaluación de la eficacia y eficiencia del sistema, que se realzan en la LE, como exigencias fundamentales de funcionamiento del modelo.

Dada la especial confluencia de competencias estatales y autonómicas en materia de empleo, la Conferencia se constituye, en el amplio campo de las políticas de trabajo, como el más importante foro de co-decisión en asuntos laborales. No es casual, en este sentido, la denominación del órgano, heredada de la Ley de Empleo de 2003. Lo cual permite un debate de más amplio alcance en su seno, que no se limite a los temas específicamente de empleo y trascienda, en general, a los que son propios del Ministerio de Trabajo en su más amplia dimensión. Es cierto que esta identidad sustantivamente ampliada de la Conferencia no se traslada a sus competencias expresas, pero sin duda tiene una funcionalidad de foro de diálogo entre el Estado y las CCAA, a falta de otro específico que permita una consulta regular entre ambas Administraciones en la dialéctica entre legislación y ejecución en asuntos laborales.

Ahora bien, esa inclinación más generalista no impide que el empleo sea la razón de ser y núcleo principal de la Conferencia. Puede decirse, en términos de tendencia, que pugna por que el empleo encuentre un espacio central en las políticas laborales de este país, al mismo nivel de importancia que las de trabajo. Además, evidencia que unas y otras son muy interdependientes, porque una buena estrategia de empleo tiene que basarse necesariamente en un mercado de trabajo en el que primen los criterios cualitativos por encima de los cuantitativos. En otro escenario, tan solo puede concebirse una gestión del empleo sumamente frágil.

En cuanto al Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, se insiste en sus dos características tradicionales: su condición de órgano de participación institucional y su tripartismo. Además, en cuanto a sus funciones, la ley persevera en reconocerle las consultivas e informativas y de análisis propias de este tipo de órganos. Todo lo cual merece un doble comentario valorativo: por una parte, convendría una reflexión sobre la función de las partes sociales en la política de empleo, que se restringe a la clásica de participación. Si, en verdad, las organizaciones sindicales y empresariales son entidades fundamentales de las políticas de empleo, como así se expresa en la propia LE, tal vez habría que trascender su papel clásico para conferirles auténticas competencias co-decisorias, probablemente replanteando el papel del propio Consejo o quizá reconsiderando la composición de la Conferencia, o a través de otras medidas alternativas.

Por otra parte, no se ha hecho suficientemente explícita la reflexión sobre la conveniencia o inconveniencia de integrar a otras representaciones de intereses en el Consejo. El caso más evidente es el del trabajo autónomo, cuya representación se queda habitualmente a medio camino entre las organizaciones sindicales y empresariales, y plantea la duda evidente de si no deberían tener espacio en el Consejo las asociaciones de sus intereses profesionales. Algo semejante podría sugerirse en cuanto al tercer sector y, muy en particular, a la economía social. Incluso sería razonable pensar en la presencia, quizá no como representaciones permanentes, de entidades de defensa de derechos de ciertos colectivos de acción prioritaria, como puede ser el caso de las personas con discapacidad.

Sin duda, la idea de un gobierno tripartito del empleo es atractiva y plantea abiertamente un papel mucho más protagonista de las partes sociales en las políticas activas que el más discreto y secundario que tradicionalmente han tenido. A este respecto, y a otros apuntados, ha de concluirse que la LE adolece de cierto conservadurismo que, en la práctica, proyecta una gobernanza muy similar a la anteriormente vigente, con una concepción tradicional y poco proactiva de la participación de organizaciones sindicales y empresariales.

V. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE EMPLEO Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS AUTONÓMICOS. LAS ENTIDADES COLABORADORAS

Debe destacarse, como una de las novedades de la LE más evidentes, la desaparición del Servicio Público de Empleo Estatal –SEPE– y su sustitución por la Agencia Española de Empleo, de la que se autoriza su creación y se remite a Real Decreto la transformación de aquél en esta –art. 18–, en los términos que desarrolla la disposición adicional primera. La sustitución de un organismo público por una agencia estatal encuentra su explicación en la mayor versatilidad y autonomía de funcionamiento de la que gozan las agencias frente a los organismos autónomos, en particular a partir de la regulación contenida en los arts. 108 bis y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 octubre, de régimen jurídico del sector público, en redacción procedente de la disposición final 34 de la Ley 11/2020, de 30 diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021. En efecto, al margen de poder ejercer potestades administrativas, su marco de actuación se define en el contrato plurianual de gestión, que luego ha de desarrollarse en el plan de acción anual. La LE prevé, como no podría ser de otro modo, la participación institucional de organizaciones sindicales y empresariales, sin perjuicio de la consulta, cuando proceda, a los sectores de la economía social y del trabajo autónomo.

Merece una crítica singular, en cuanto a las competencias de la Agencia –art. 22– el excesivo centralismo que se detecta en la letra h). La gestión de servicios y programas se basa en una reserva de crédito cuya constitucionalidad debe ser muy puesta en entredicho en cuanto a los ordinales 3.º, 4.º y 5.º, que se formulan con una gran generalidad y sin una justificación suficiente de por qué los créditos no se «territorializan» por CCAA. Si no claramente la letra, en esa excesiva asunción competencial por parte del Estado se está claramente vulnerando el espíritu de la jurisprudencia constitucional⁹. Sin duda, se genera un campo abonado a los conflictos de competencia entre el Estado y las CCAA.

En cuanto a los servicios públicos de empleo de las CCAA, es evidente que poco podría regular la LE sin vulnerar las competencias autonómicas. Puede destacarse, como idea central del art. 23.2, la habilitación –innecesaria, más allá de su carácter declarativo, de por sí suficientemente importante– para que esos servicios públicos desarrollen sus respectivas carteras complementarias que mejoren los servicios garantizados, los compromisos y la cartera de servicios regulados en los arts. 55 a 57 de la LE, ya sea en beneficio de las personas demandantes de dichos servicios, ya de las empresas. De nuevo se vislumbra a este respecto el sesgo de la norma de buscar una competitividad de mejora entre las diversas CCAA.

9 Véase el F.J. 7.º de la STC 22/2014, de 13 de febrero, que reproduce jurisprudencia anterior.

Pero quizá resulte más trascendente en su contenido el art. 24, que remite a las CCAA, de acuerdo con sus potestades organizativas, la dotación de recursos humanos necesarios para una prestación eficiente de los servicios para garantizar la prestación eficaz de los servicios de empleo y el cumplimiento de sus funciones. Si se interpreta correctamente este precepto, constituye una de las claves de bóveda de la LE: las CCAA pueden organizarse como tengan por conveniente, pero en todo caso deberán contar con unos servicios suficientemente robustos que garanticen un correcto desarrollo de las políticas activas de empleo. Se trata de un asunto de importancia central, muy vinculado al de la financiación y que ha constituido uno de los lastres más importantes de las políticas activas de empleo en el Reino de España: tradicionalmente, las CCAA han optado de forma mayoritaria por estructuras organizativas livianas, que no comprometieran en exceso una financiación estable más o menos costosa. Como reacción, era necesario y pertinente que la Ley estatal formulase un llamamiento claro a las Administraciones autonómicas en pro de unas estructuras administrativas suficientemente desarrolladas, que puedan dar soporte a unos servicios eficientes y eficaces.

Como exigencia de una suficiente dimensión de los servicios públicos de empleo, la dotación de personal constituye uno de los retos fundamentales para que, en verdad, la Ley pueda tener ciertos visos de éxito en sus intenciones declaradas. En este sentido, incluso la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal insiste en la importancia de evaluar la suficiencia de la dotación de plantillas¹⁰. En términos generales, un mercado de trabajo como el interno, cuya tasa de desempleo está considerablemente por encima de la media de la UE, no puede aspirar solo a que su dotación de personal esté alrededor del promedio de los demás Estados Miembros, sino que debe desarrollar un particular esfuerzo en políticas activas, también en este concreto capítulo. Ha sido difícil desarrollar una evaluación fiable de esa dotación, más allá del personal al servicio del SEPE. Sí que resulta fácil afirmar que los números en las CCAA han sido claramente deficitarios, a causa de un modelo de financiación que, como se va a comentar enseguida, no ha promovido las políticas a largo plazo ni la estabilidad de las partidas presupuestarias. Tampoco es fácil conocer la realidad de las entidades locales, que han desarrollado un encomiable esfuerzo en políticas de empleo, pero sin contar con competencias propias al respecto ni, por consiguiente, con un personal suficientemente estabilizado.

La LE, consciente de estos problemas y consecuente con la necesidad de afrontarlos, dedica el art. 29 a la «dotación de las plantillas de los servicios públicos de empleo», en unos términos que, formalmente, orillan el debate en cuanto afecta a las corporaciones locales. Apelan a una disposición de recursos humanos necesarios para una prestación eficaz y eficiente de los servicios, aunque siempre en el marco de lo que establezcan las sucesivas leyes presupuestarias, en el contexto de la consecución y mantenimiento de una atención personalizada para todas las personas usuarias, demandantes de servicios de empleo y empresas, así como de satisfacción de todos los servicios garantizados. En particular, el personal disponible deberá asegurar un correcto funcionamiento del SISPE.

10 En su Estudio *Programa Políticas Activas de Empleo*, Evaluación de Gasto Público 2018, emite la siguiente propuesta —p. 106—: «Revisar el dimensionamiento y perfiles de los recursos humanos de las Oficinas de Empleo. Cada Comunidad Autónoma debería proponer cuál es su modelo objetivo en cuanto a número de servicios, personal de las oficinas y funcionamiento de acuerdo con la realidad de su mercado laboral y este modelo debería ser aprobado por parte del SEPE». Semejante propuesta, formulada antes de que se pusiera en marcha la reforma de la legislación de empleo, pone de relieve claramente el desajuste de plantilla, además puesto de manifiesto por una entidad poco concernida con el desarrollo de las políticas activas de empleo.

En cuanto a los criterios cualitativos, los parámetros que caracterizan las políticas activas de empleo en la LE, en particular la exigencia de una atención verdaderamente personalizada, requieren perfiles más multi-profesionales, no centrados solo —aunque también, y seguramente en proporciones elevadas— en formación y orientación laboral. Por ese motivo, el art. 30 insiste, en la dotación de los servicios públicos estatal y autonómicos, en la profesionalización y en la provisión de perfiles profesionales específicos, en particular en el ámbito del personal técnico y de gestión. Más en concreto, y resaltando el interés sobresaliente que les presta toda la Ley, el precepto hace una referencia singular a las personas con discapacidad y a la atención particularizada que requieren.

Con esta finalidad, la LE apela a los planes de formación y a las acciones necesarias para la adquisición de competencias, en particular en accesibilidad cognitiva para personas con discapacidad intelectual o autismo. Al margen de esta nueva referencia al contexto de la discapacidad, es interesante contrastar que el art. 30.2 alude a los procedimientos de colaboración con entidades públicas y privadas, en cuya conclusión y evaluación se tendrá en cuenta la adecuación de sus plantillas a las actividades integrantes de las políticas activas de empleo. En realidad, con este mandato se expresa una dialéctica necesaria entre la disposición de personal suficiente para desarrollar actuaciones heterogéneas, pero necesarias para la empleabilidad de las personas y la concertación de programas, planes o actividades con entidades especializadas en ámbitos y funciones concretas. Es evidente, a modo de ejemplo, que, a partir del perfilado que se realice, serán necesarias, para la atención individualizada, personas expertas en trabajo social, educación social, salud o psicopedagogía, por formular solo ejemplos muy elementales. En consecuencia, debe haber un equilibrio necesario entre dotación de perfiles profesionales para los servicios públicos de empleo y concertación de medios externamente con entidades públicas o privadas. Por supuesto, ese equilibrio no puede resolverse con carácter general, sino solo atendiendo a las circunstancias particulares.

En cuanto a las entidades colaboradoras, puede tratarse de corporaciones locales u otros organismos públicos, o también de sujetos privados. Por lo que respecta a estos últimos, el art. 26 les impone el deber de colaborar y coordinarse con los organismos públicos en los niveles territoriales y competenciales que sean pertinentes. Deben actuar con transparencia e informar de su actividad a los servicios públicos de empleo. Como va a verse, esta exigencia se traduce también en su incorporación al SISPE y pretende salir al paso de situaciones anteriores en las que ciertas entidades desarrollaban su actividad en el entorno del empleo sin ningún tipo de control ni de información, como era el caso más evidente de las empresas de selección, que ahora han sido integradas en el Sistema Nacional de Empleo, como agentes de intermediación.

Por lo demás, el art. 27 prevé que la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de las CCAA puedan concluir acuerdos marco de vigencia máxima cuatrianual con entidades privadas, que pueden actuar individual o mancomunadamente. Es una manifestación de una técnica de colaboración público-privada ampliamente desarrollada en varios ámbitos y también en el campo del empleo, donde los modelos de *New Public Management* han calado en no pocos sistemas europeos. Sin duda, esa colaboración es legítima y deseable, pero siempre que no produzca un debilitamiento de los servicios públicos de empleo ni una competencia no colaborativa entre el sector público y el privado¹¹.

11 Una reflexión algo más amplia al respecto en APARICIO TOVAR, J., BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J., «Estado Social, Derecho del Trabajo y Política de Empleo», *Revista de Derecho Social*, n.º 100, 2022, pp. 15 ss., en particular pp. 28 ss.

VI. LA PLANIFICACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

También se detecta un marcado continuismo de la LE en relación con su predecesora en los instrumentos de planificación plurianual y anual. La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo y el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno son sucesores, con no excesivas variantes y respectivamente, de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y de los Planes Anuales de la Política de Empleo. Como novedades dignas de destacarse pueden identificarse tres: la primera, en cuanto a la «Estrategia», la identificación de su carácter plurianual en una cadencia cuatrianual, de forma que se supera el carácter algo azaroso que tenía la planificación en la Ley derogada. Evidentemente, el plazo de cuatro años se relaciona directamente con la duración teórica de cada mandato gubernamental, salvo anticipos electorales, de tal modo que cada Gobierno debería aprobar —y debería hacerlo, en teoría, al comienzo de su ejercicio— su propia Estrategia. La idea, así descrita, es razonable, y solo cabe lamentar que no se haya extendido a otros asuntos, como es el caso más evidente de las normas de incentivo, dispersas en unas normas con vocación de permanencia, gran desorden y rango normativo excesivo¹². Debe criticarse que se persista en el error de no vincular los incentivos a la contratación laboral —y, más en general, al empleo— a la planificación estratégica. Se conseguirían, con esa vinculación, unas reglas más coherentes, más adaptadas a las necesidades en constante evolución y, seguramente, mejor coordinadas con las autonómicas, a poco que la Conferencia fuera el foro de propuesta, debate y discusión de las medidas de incentivo.

La segunda novedad, también de carácter relativo, se refiere a una mayor y mejor precisión de los contenidos de la Estrategia, tanto en sus aspectos sustantivos, como financieros y de procedimiento. La LE desarrolla un esfuerzo reconocible por adaptar la lógica de este instrumento a la de política europea de empleo, tal y como ha sido concebida a partir del año 1997. El diagnóstico de la situación, la definición de objetivos, el análisis de la labor de los servicios de empleo, el seguimiento y evaluación de resultados a través de indicadores, la identificación, intercambio y difusión de buenas prácticas y la previsión de un modelo financiero de cobertura se configuran como contenidos mínimos de un documento de buena gobernanza que, con la experiencia habida a partir del año 2003, debería ajustarse más a las demandas y necesidades del mercado del empleo en cada circunstancia en la que deba aprobarse. El continuismo en cuanto a los ejes —al margen de la referencia específica a las oportunidades de empleo para las personas con discapacidad— es notable, pero pone de manifiesto carencias de las políticas de empleo internas que se han vuelto crónicas, siempre a la espera de que se aborden con decisión. Entretanto, acaso haya sido un exceso reiterarlos, pues con toda probabilidad hubiera sido conveniente remitir la identificación y desarrollo de los ejes, que deberían ser más contingentes, a cada Estrategia singularizada. El exceso se hace mayor a la vista de que se reiteran en el Plan Anual, salvo, por razones difíciles de entender, el de oportunidades de empleo para personas con discapacidad. Con esta reiteración, se encorsetan demasiado estos Planes, y se hacen excesivamente deudores en su estructura de la Estrategia Española.

12 Ahora —parcialmente— unificadas en el RD-Ley 1/2023, de 10 enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas. Ha sido algo grotesco que esta norma con rango de ley se haya aprobado escasas fechas antes que la LE, cuando claramente esta debería haber sido guía, orientación y base normativa de aquélla.

Como tercera innovación relativa, debe aludirse a que el Plan Anual se adjetiva como de fomento del empleo «digno». Aunque eso no parece que tenga un interés más que simbólico, pone al menos claramente de relieve una inclinación más firme por los criterios cualitativos en cuanto al empleo que se ha de obtener. Es una idea que recorre la espina dorsal de la Ley, y que se manifiesta en aspectos tales como la mayor importancia del concepto de la empleabilidad, el redimensionamiento de la intermediación laboral o la preocupación por la auditoría de las iniciativas de auto-empleo. Quizá el calificativo «digno» no haya sido el más adecuado, pero sin duda sitúa la planificación de la estrategia de empleo lejos de las lógicas del *workfare* y acompañando la preocupación que expresa la UE, en su labor colaborativa con otras entidades internacionales y en particular con la OIT, por eliminar las formas más abusivas de trabajo.

Sin perjuicio de estas ligeras novedades, sí que debe destacarse que la LE residencia en la Agencia Española de Empleo la elaboración del proyecto tanto de la Estrategia como del Plan Anual, así como de las Recomendaciones Específicas para el fomento del empleo digno, en colaboración con las CCAA y con participación de los interlocutores sociales —art. 22 de la LE—. En tal sentido y también a este respecto, se percibe claramente en la Ley cierta réplica y reproducción de la Estrategia Europea de Empleo a nivel interno.

VII. EL SISTEMA PÚBLICO INTEGRADO DE INFORMACIÓN

Donde sí que se ha producido un indudable salto adelante es en cuanto al manejo de los datos, como respuesta necesaria a la revolución de la inteligencia artificial y su derivada eclosión de la gestión algorítmica mediante decisiones automatizadas. La gestión adecuada de un caudal de información inmanejable mediante sistemas tradicionales ha puesto a la LE en la tesitura de modificar de forma profunda el sistema, ahora denominado Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo (SISPE).

Como rasgo más característico del nuevo SISPE, aúna la información relativa a las políticas activas de empleo y a la prestación de desempleo que realicen la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos autonómicos, pero también las entidades colaboradoras en todo el territorio del Estado, ya sean públicas o privadas. Se configura, así pues, como una red común de información para todo el sistema, que integra a las agencias privadas de colocación y a las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, y que ha de ser, al mismo tiempo, eficaz, integrada y compatible. Además, todo el sistema se integra en la Red Europea de los Servicios de Empleo.

El SISPE, como funcionalidad principal, debe garantizarles a los servicios públicos la posibilidad de acceso y tratamiento masivo de datos con el fin de elaborar el perfilado de las personas usuarias de los servicios públicos de empleo, así como para realizar el seguimiento, evaluar el resultado de las políticas activas de empleo y gestionar los servicios garantizados. Se trata, como expresa el art. 15 de la LE, de que se asegure que se lleven a cabo de forma adecuada las funciones relacionadas con las políticas de empleo. La gestión del sistema deberá dirigirse hacia la mejora de la situación personal ante el mercado de trabajo y al óptimo desarrollo de la profesionalidad y orientarse a una mejora continua en la calidad, eficacia y eficiencia de los datos.

Como es evidente, la gestión del SISPE se somete en toda su extensión a la normativa sobre protección de datos, como expresa el art. 16 de la Ley. Sus apartados 2 y 3 entroncan con el art. 6, letras c) y e) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 en cuanto a la justificación de la licitud del tratamiento¹³. El apartado 2 identifica como datos que serán objeto de tratamiento, siempre en congruencia con el principio de minimización y a modo de lista abierta, los identificativos de las personas usuarias de los servicios de empleo —ya los presten entidades públicas o privadas—, los referentes a situación y actividad laboral, a su formación, los relativos a su protección social, así como a su situación socioeconómica, entre otros¹⁴. Por su parte, el apartado 3 enuncia las finalidades legítimas a las que sirve dicho tratamiento¹⁵.

Y, como lógico corolario de la normativa de protección de datos, el art. 17 centra su atención en la toma de decisiones a partir del análisis de los mismos, las evidencias estadísticas y el análisis del mercado de trabajo, a través de herramientas de apoyo que deben desarrollarse en el seno del Sistema Nacional de Empleo. Como principios de su aplicación práctica, la LE expresa que «se actuará siempre en defensa de los derechos al empleo y al acceso a los servicios públicos de empleo de la persona interesada y se evitará la discriminación directa o indirecta». Por lo tanto, establece una evaluación periódica de sus efectos «para producir las modificaciones que sean necesarias para un tratamiento igualitario y no discriminatorio de cada individuo demandante de los servicios de empleo». En ese sentido, y relacionándose directamente con el art. 22 del Reglamento (UE) 2016/679, el propio art. 17 añade que «las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos, desagregados por sexo, y en las evidencias estadísticas siempre podrán ser revisadas o modificadas por el personal responsable de la tutorización y seguimiento individualizado de cada persona demandante de servicios». Ello, por supuesto, sin perjuicio del derecho de la persona usuaria, sea demandante de empleo o empresa, de acceso al contenido íntegro de dichas decisiones o recomendaciones.

Más adelante, al regular algunas de las herramientas de la empleabilidad, la LE se ve en la tesitura de apelar, expresa o tácitamente, a decisiones automatizadas, que han de atenerse, evidentemente, a los principios del art. 17. En todo este haz de cuestiones, en realidad la Ley solo aporta unas pautas orientadoras de una necesaria acción de desarrollo reglamentario. De hecho, a él apela el apartado 4 del propio precepto. Seguramente, uno de los retos fundamentales que ha planteado la Ley es el de su desarrollo normativo en cuanto a este aspecto fundamental de la adopción y revisión de las decisiones automatizadas.

Indudablemente, el tratamiento de la información a partir de esta reconfiguración profunda del SISPE conforma una de las mayores novedades de la Ley, que a este respecto puede

13 Así se reconoce expresamente en el art. 16.6 LE.

14 Es muy importante comprobar cómo el art. 16.6, párrafo segundo se ve en la necesidad de justificar, con base en el art. 9.2 b) del Reglamento, el tratamiento de categorías especiales de datos personales. Ahora bien, los datos del art. 9.1 del mismo, de acuerdo con el art. 17.5 de la LE, no podrán ser utilizados por las herramientas automáticas de apoyo reguladas en el propio art. 17.

15 La ocupación y la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo, la adecuada protección y activación de las mismas cuando se encuentran en situación de necesidad y de falta de empleo, la prestación de servicios garantizados a las personas, empresas y demás entidades empleadoras y el tratamiento de los datos recabados con fines estadísticos o para la realización de estudios de investigación científica.

decirse que ha estado a la altura de los tiempos. Claro que habrá que esperar a las futuras normas que apruebe el Gobierno para calibrar si, en realidad, se produce el adecuado cambio en la gestión de la información que permita el adecuado y eficiente manejo del *big data*. Conviene señalar la integración de las entidades colaboradoras del Sistema Nacional de Empleo como otra novedad fundamental, para superar los compartimentos estancos y el insuficiente flujo de la información, que tradicionalmente han lastrado el funcionamiento de las políticas activas de empleo.

VIII. FINANCIACIÓN

Sin duda, la financiación ha sido uno de los aspectos más criticables de la anterior legislación de empleo. El Fondo de Políticas de Empleo del art. 24 del texto refundido de 2015 se relevó como ficticio —más bien, se sabía ficticio desde su origen— porque las condiciones para su dotación eran claramente de cumplimiento imposible. De tal forma que, en la práctica, la dotación de recursos en favor de las CCAA se limitaba a unos parámetros estrictamente anualizados, de modo que las cantidades transferidas debían ser objeto de devolución si no eran puntualísimamente ejecutadas. En la práctica, a las Administraciones autonómicas les restaba un angosto período, aproximadamente entre marzo y octubre, para desarrollar y ejecutar sus políticas activas.

Por otro lado, la transferencia de las políticas activas y de sus medios, desarrollada a partir de la segunda mitad de la década de los noventa del siglo pasado, se había revelado como fallida. Un repaso a los Reales Decretos de transferencia pone de relieve la escasa entidad económica que por aquel entonces se les atribuía a esos servicios, como trasunto del muy relativo valor que se les reconocía a las políticas de empleo, todavía bajo la égida de la Ley 51/1980, de 8 octubre, Básica de Empleo¹⁶.

En esos parámetros, es evidente que las políticas activas de empleo precisaban y precisan de una profunda transformación de sus pilares financieros. Si de verdad se persigue el establecimiento de un verdadero servicio público en el que la ciudadanía sea titular de derechos subjetivos, con una atención personalizada a las personas demandantes de dicho servicio, el cambio legal debería ser fundamental. Sin duda es importante apelar a la corresponsabi-

16 Sin que sea necesario referirse a todos ellos, baste poner el ejemplo del RD 1375/1997, de 29 de agosto, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (BOE de 1 octubre 1997). Aparece una exhaustiva relación de inmuebles transferidos en titularidad dominical, cesión de uso y arrendamiento (nueve en propiedad), así como de vehículos (cuatro, todos ellos de la marca Peugeot 309). Se adjunta asimismo relación nominal de personal transferido —503 personas, muchas de ellas con contratos temporales que produciría, junto con sus pares de otras CCAA la conocida trama del personal indefinido no-fijo procedente del INEM—. Y —lo que es más revelador—, el coste efectivo total general, que ascendía a algo más de dos mil quinientos once millones de pesetas en costes directos, de los cuales dos mil cuarenta y tres millones pertenecían al capítulo uno. En constes indirectos se alcanzaban ochenta millones de pesetas más. Dicho en otras palabras: las aproximadamente quinientas personas suponían un coste de algo más de dos mil millones de pesetas y en el desarrollo de políticas activas se invertían aproximadamente quinientos cincuenta millones de pesetas. Ese era el valor de las políticas activas de empleo en Galicia.

lidad de las Comunidades Autónomas, pero al mismo tiempo es justo reconocer que ciertas actitudes especialmente conservadoras de estas y muy cicateras a la hora de establecer estructuras y dotación personal de las mismas se justifican por la ausencia una financiación suficiente. Sin embargo, debe reconocerse que la nueva Ley frustra la mayoría de las expectativas.

Primero, porque parte, al igual que su predecesora, de una convalidación del proceso de transferencia de competencias a las CCAA. Segundo, porque su art. 62 mantiene la atribución al Estado de competencias en materia de fondos de empleo de ámbito nacional, de tal modo que su distribución, producida de acuerdo con los criterios que se fijen en la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, parte de criterios similares a los previstos en la normativa derogada. Y tercero, porque no introduce ninguna modificación en la legislación presupuestaria ni en la de financiación de las CCAA que permita una mayor autonomía de estas en la titularidad y gestión de los recursos que pueden destinar a políticas activas de empleo.

En definitiva, la financiación de las CCAA depende al mismo nivel que anteriormente de las decisiones que se adopten en la Conferencia Sectorial. Hay, eso sí, una innovación de innegable interés, que es el abandono del estricto criterio anual en la ejecución de los fondos. El art. 62.2 permite que el Consejo de Ministros, por Acuerdo, y previo informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública, acuerde criterios de distribución plurianual y de fondos para ejercicios futuros. Esta posibilidad, que debe permitir la realización de una gestión a medio plazo por parte de las Comunidades Autónomas, se aplicará solo en aquellas que cumplan los objetivos previamente fijados, teniendo en cuenta las evaluaciones internas o externas efectuadas a los respectivos servicios públicos de empleo, en términos de eficacia y eficiencia en la ejecución de las políticas activas. Sin duda, es una novedad interesante, en todo caso sometida al albur de la decisión que adopte el Consejo de Ministros. Es decir, no se establece una regla preceptiva de pluri-anualidad en la gestión de los fondos de empleo por parte de las CCAA.

En estas condiciones, no parece muy previsible que las Administraciones autonómicas opten de forma muy decidida por el reforzamiento de sus respectivas políticas de empleo, a menos que en la Conferencia Sectorial se produzcan acuerdos que les concedan garantías suficientes de financiación en el medio y en el largo plazo. Pero no parece que el marco legal permita que se produzcan dichos acuerdos en términos razonablemente garantistas. Más bien, da la impresión de que se mantendrán las mismas inercias, que sin duda dificultarán la consecución de los objetivos más ambiciosos de la Ley.

IX. REFUERZO DE LA COLABORACIÓN INSTITUCIONAL

Como último apunte en materia de buen gobierno, debe aludirse a la colaboración que la Ley plantea entre diversas instituciones públicas en torno a la coordinación entre políticas activas de empleo y protección por desempleo. Al margen de las más evidente entre la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las CCAA, el art. 48 hace referencia a las que se deben producir entre los órganos responsables de las política de empleo y el Instituto Social de la Marina, como órgano gestor de la protección por desempleo

en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar y, asimismo, entre aquéllos y las Mutuas Colaboradoras, como gestoras de la prestación por cese de actividad en el ámbito del trabajo autónomo. Sin duda, esas referencias son muy oportunas, pues reflejan la necesidad de que todas las entidades responsables de subsidios que se relacionan con las políticas de empleo tengan una intervención importante, al menos en todo lo que tenga que ver con la activación de sus respectivas prestaciones.

También es importante la referencia del art. 48 al INSS por motivos parecidos, en cuanto a prestaciones que tienen que ver con el empleo o la empleabilidad de las personas. Lo cual sucede, en particular, aunque no exclusivamente, con la incapacidad permanente, sobre todo en cuanto a la empleabilidad de las personas con discapacidad, y con el ingreso mínimo vital, en relación con el tránsito desde la exclusión social a la participación en la sociedad —art. 3 d) de la Ley 19/2021, de 20 diciembre—. En torno a este último, a las CCAA a las que ha sido transferida su gestión —País Vasco y Navarra— la referencia a otras entidades gestoras de prestaciones, subsidios u otras rentas es importante, aunque lo es también a las demás CCAA en cuanto a las rentas de asistencia social. Y, por supuesto, tiene toda su pertinencia la referencia a la TGSS, por sus competencias en torno a las relaciones de todos los ciudadanos y ciudadanas con la Seguridad Social y el control de las situaciones de alta, en particular en cuanto a los programas de empleo y a las acciones de formación y empleo de los trabajadores o trabajadoras reguladas de empleo perceptores de prestaciones por desempleo o del mecanismo RED¹⁷.

La colaboración que prevé el art. 48 es bidireccional: por una parte, de los servicios públicos de empleo y las entidades colaboradoras del Sistema Nacional de Empleo hacia las demás entidades, en términos de información acerca del perfil individualizado de usuario, itinerario o plan personalizado diseñado y su vinculación con los resultados del análisis de datos, las evidencias estadísticas de mejora de la empleabilidad y el análisis del mercado de trabajo, relación de acciones, programas o actividades desarrollados en cumplimiento del mismo, así como ofertas de empleo remitidas. En dirección inversa, y al objeto de garantizar un óptimo desarrollo de las políticas activas de empleo, la información versará sobre la protección de las contingencias de desempleo y cese de actividad, y a los períodos de actividad laboral de las personas usuarias de los servicios de empleo —art. 48, apartados 2 y 3—. Y, habría que añadir, sobre otras prestaciones relevantes para las políticas activas de empleo.

Como no podía ser de otro modo, el precepto, en particular en su apartado 5, insiste en la cooperación entre las entidades gestoras de la protección de desempleo y las responsables de intermediación e inserción laboral, como es propio de un precepto ubicado sistemáticamente en el capítulo dedicado a la coordinación entre las políticas activas de empleo y la protección frente al desempleo. En todo caso, pone en relación a diferentes agentes y entidades que, de alguna forma, pueden y deben participar de la idea de que las respectivas prestaciones que gestionen permitan la empleabilidad y el tránsito de la vida activa a las personas receptoras de las mismas. Desde luego, esta necesaria colaboración se plasma en la LE en unos términos hasta ahora inéditos, de los que cabe esperar su plasmación en la realidad práctica.

17 No en vano el propio art. 47 bis ET o el art. 23 del RD 608/2023, de 11 julio, por el que se desarrolla el mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo, apelan al acceso de datos conjuntamente por la Tesorería General de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Servicio Público de Empleo Estatal.

X. IDEAS FINALES

Formulados los comentarios anteriores, cabe concluir este análisis con las siguientes ideas de cierre:

- En términos generales, en las estructuras de gobierno y de gestión de las políticas de empleo se ha optado en la LE por cierto continuismo en relación con la normativa precedente, sin que se produzcan grandes cambios. Si acaso, debe reconocerse una mejora clara en las reglas sobre la relación institucional entre las entidades públicas y privadas de gestión de las políticas activas de empleo y de la protección de desempleo. También, entre ambas y otras entidades de Seguridad Social o de gestión de prestaciones, subsidios y ayudas relacionados directa o indirectamente con las políticas de empleo. La transformación del organismo autónomo SEPE en la Agencia Española de Empleo parece una opción razonable a la vista de las nuevas tendencias de la legislación sobre organización pública, y probablemente le confiera más ductilidad y agilidad en su funcionamiento.

- La dimensión local del empleo permanece como la gran asignatura pendiente del modelo normativo. La LE realiza alguna pequeña referencia hacia ella, al igual que su predecesora, y produce algún tímido avance. Pero las corporaciones locales no pasan a formar parte del Sistema Nacional de Empleo y continúan siendo estructuras dependientes de las CCAA, sin una voz propia y diferenciada en los organismos de gobernanza al margen de una pequeña y poco relevante presencia en la Conferencia Sectorial. El empleo se mantiene fuera de las competencias propias de ayuntamientos y diputaciones provinciales y su presencia en el SISPE se produce al mismo nivel que otras entidades colaboradoras de carácter privado.

- Sí que se aprecia una clara intención de mejorar las estructuras de los servicios públicos y la dotación de medios personales y humanos y, en particular, de avanzar en los servicios de información y en las herramientas automáticas de toma de decisiones. En cuanto a la relación entre la Agencia Española, en el establecimiento de servicios garantizados, y los servicios públicos de las CCAA, se articula una relación de mejora a través de servicios complementarios, que debería producir una competencia entre las Administraciones autonómicas hacia un perfeccionamiento de las políticas activas de empleo.

- Ahora bien, la financiación del sistema no augura grandes transformaciones. La LE ha sido a este respecto excesivamente cauta y conservadora. Sí que permite la distribución plurianual de fondos de empleo en favor de las CCAA, de tal forma que se rompe con el rígido esquema de ejecución anual por parte de las Administraciones autonómicas. Ahora bien, no ha abordado de una forma decidida el problema de la financiación estructural del modelo, que es crucial para la atención personalizada y para la garantía de servicios que establece. No es previsible, a la vista de las nuevas reglas de la LE, una apuesta decidida de la Administración estatal y de las Administraciones autonómicas por un reforzamiento notable de sus estructuras dedicadas a las políticas de empleo.

- Sin perjuicio de lo cual, es necesario apelar a la co-responsabilidad de las CCAA. Por más que la transferencia de competencias no fuera acompañada en su momento de medios suficientes y que la financiación estatal merezca evidentes críticas, en el desarrollo de sus competencias está ínsita la necesidad de que provean medios suficientes de acuerdo con la responsabilidad que les corresponde y de sus propios mecanismos de financiación. La gene-

ración de estructuras suficientes y de políticas de empleo de calidad y competitivas exige dotación de medios económicos, pero también el ejercicio de sus competencias normativas. Las del Estado y las CCAA son, en materia de empleo, totalmente compartidas. Ha habido una cierta paradoja histórica entre el celo de ciertas Administraciones autonómicas de mantener sus competencias a través de no pocos recursos de inconstitucionalidad y, a la vez, un evidente retraimiento a la hora de aprobar normas sobre políticas de empleo más allá de medidas de incentivo. Sobre empleabilidad podían legislar antes de la aprobación de la LE y, desde luego, pueden seguir haciéndolo después de ella.

- En cuanto a la iniciativa privada, se establece una relación del sistema público con las entidades privadas mejor estructurada y más transparente, con una integración de uno y otras que permite una colaboración eficaz y adecuada. La inclusión en el ámbito de la intermediación laboral de entidades hasta ahora excluidas de la misma, el mayor flujo de información y la integración de todo el entramado público-privado en el SISPE producirá una mayor coherencia del modelo. Solo desde una estructura pública sólida de empleo puede edificarse un sector privado que la suple eficientemente y que pueda ser un actor adecuado en los nuevos modelos de gestión de las políticas de empleo. A esta orientación la LE dirige sus nuevas reglas, a la espera de que el sistema funcione equilibradamente.

- El modelo, así planteado, ha de ser objeto de evaluación permanente, de acuerdo con los criterios actuales de gobernanza. En ese sentido, sin que sea una estricta novedad de la Ley, su Tít. VI hace particular hincapié en la evaluación de la política de empleo. Probablemente, una de las mayores críticas que haya que formular, en general, al sistema de intermediación pública, de formación y búsqueda de la empleabilidad, de incentivos al empleo y a la contratación y, en general, a dicha política, haya sido la ausencia o insuficiencia del análisis de resultados. Que la LE dedique su título VI a esta materia constituye un claro mensaje a los poderes públicos para que, de una vez por todas, la evaluación se consolide como un elemento fundamental integrante de la buena gobernanza.

- Finalmente, debe destacarse la importancia que tiene el desarrollo reglamentario de la Ley. A él hay que fiar la mayoría de los avances que puedan producirse. Tal y como ha sido aprobada, su eficacia directa es limitada y casi toda su capacidad transformadora pende de la actuación del Gobierno en la aprobación de no pocos Reales Decretos que deben suponer un gran salto adelante en un modelo fundamentalmente orientado hacia la empleabilidad de las personas y la mejora de sus carreras profesionales.

EMPLEABILIDAD E INTERMEDIACIÓN LABORAL: NOVEDADES Y ALCANCE EN LA LEY 3/2023

EMPLOYABILITY AND LABOUR INTERMEDIATION: MAIN CHANGES AND DEVELOPMENTS IN LAW 3/2023

Marta Fernández Prieto

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidade de Vigo
mfprieto@uvigo.es

Palabras clave: políticas activas de empleo, empleabilidad, capacitación, intermediación, servicios públicos de empleo, agencias de colocación

Keywords: active employment policies, employability, training, labour intermediation, public employment services, employment agencies

Resumen: La Ley de Empleo pretende modernizar las políticas activas de empleo y corregir deficiencias estructurales señaladas reiteradamente desde instancias europeas e internas. Sin perjuicio de la crítica que puede merecer la tímida articulación de la dimensión local del empleo, la Ley pone cimientos sólidos para la construcción de políticas eficaces y eficientes. El mantenimiento, mejora y medición de la empleabilidad y la configuración integral de la intermediación constituyen dos grandes apuestas de la Ley. Sin duda, son elementos claves para crear verdaderos servicios integrados de empleo capaces de facilitar una adecuada integración de las personas en el mercado de trabajo.

Abstract: The Employment Law aims to modernise active employment policies by correcting deficiencies pointed out by European and Spanish institutions. Beyond the criticism of an insufficient articulation of the local dimension of employment, the Law builds effective and efficient active employment policies on solid foundations. Employability –its maintenance, improvement and measurement– and the integral configuration of intermediation constitute two of the Law’s major commitments. These are key elements to facilitate the proper integration of the job seekers into the labour market and to create genuine integrated employment services.

I. HACIA UNA MODERNIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

1. La necesidad de la Ley 3/2023

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, se enmarca en los compromisos contraídos por el Reino de España dentro del paquete de medidas vinculadas a los recursos financieros del Fondo Europeo de Recuperación *Next Generation*. Se incluye en el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia sobre «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo»¹, junto con otras reformas dirigidas a corregir desequilibrios estructurales del mercado laboral español y a facilitar el cambio de modelo productivo, las transiciones ecológica y digital y las transformaciones necesarias para afrontar futuros desafíos.

Los déficits de nuestro sistema de relaciones laborales son recurrentes y bien conocidos. Así, la elevada tasa de desempleo estructural y, en particular, el de larga duración y el paro juvenil, aun con oscilaciones marcadas por la coyuntura, la dualidad en la contratación, caracterizada por la excesiva temporalidad y rotación corregida por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, la carencia o exceso de capacitación respecto del capital humano y su falta de adaptación a las transformaciones que requieren los nuevos ecosistemas productivos, la ineficacia e ineficiencia de las políticas activas de empleo o la falta de modernización de la negociación colectiva.

Para combatir algunos de los problemas más acuciantes, el Gobierno compromete una serie de medidas. En concreto, la Reforma 5 del Plan propone modernizar las políticas activas de empleo a través de una modificación del marco normativo² —el entonces vigente RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo—. Y lo considera una «pieza clave del paquete de reformas que serán elevadas al Diálogo Social».

Esa modernización es necesaria para conseguir un óptimo funcionamiento del mercado de trabajo tendente al pleno empleo, en los términos previstos en el art. 40 CE y, en particular, al empleo de calidad. Ello exige corregir algunas de las disfunciones reiteradamente señaladas por instituciones europeas e internas, que evidencian carencias en múltiples ámbitos que, también en este sector más concreto del empleo, cuentan con una perspectiva ya amplia, de más de cuatro décadas, desde la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo³. Entre los déficits estructurales de nuestro modelo de políticas activas, se deben mencionar las insuficiencias en dotación presupuestaria, en recursos humanos y materiales, en orientación personalizada, en atención a las necesidades del tejido productivo, en vinculación con las políticas de protección del desempleo, en conexión con el sistema educativo y formativo, en

1 Accesible en https://planderecuperacion.gob.es/politicas_y_componentes/componente-23-nuevas-politicas-publicas-para-un-mercado-de-trabajo-dinamico-resiliente-e-inclusivo.

2 Otros motivos del carácter necesario de la Ley 3/2023 en ALFONSO MELLADO, C.L., «La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz?», en *Brief AEDTSS*, núm. 21, 2023.

3 Véase una evolución a través de los distintos textos normativos en CABERO MORÁN, E., «La prometedora Ley de Empleo de 2023 y sus novedades sobre la reforma laboral de 2021», *Trabajo y Derecho*, núm. 100, 2023, Wolters Kluwer (ejemplar electrónico), pp. 1 ss.

coordinación de los servicios de empleo entre sí y con los servicios sociales y las entidades colaboradoras, en colaboración público-privada en intermediación y en formación o seguimiento o en control y evaluación de las políticas activas. Pero también la escasa eficacia para la creación de empleo de las subvenciones y bonificaciones a la contratación⁴. La modernización requiere asimismo afrontar retos futuros sobre el empleo derivados de las tendencias y transformaciones demográfica, tecnológica, digital o medioambiental y los procesos de reconversión de sectores productivos⁵.

Las políticas activas no deben consistir en bonificaciones o subvenciones, ni pueden limitarse a la mera mediación en la colocación. Resulta necesario facilitar el contacto entre las futuras partes de la relación laboral, pero también conocer las necesidades de un mercado laboral cambiante para adelantarse a las transformaciones y transiciones, promover la máxima coincidencia posible entre la cualificación de las personas demandantes de empleo y las necesidades empresariales de las personas y entidades oferentes de empleo, corregir los problemas de sobre o sub cualificación de los trabajadores, mediante sistemas de perfeccionamiento profesional y ajustes en la capacitación de la personas para dotarlas de las competencias básicas y de las exigidas en cada momento por el mercado laboral y favorecer la empleabilidad de las personas para el acceso a un empleo de calidad o a un mejor empleo.

Se destaca, así, la necesidad de integrar a las personas trabajadoras en un sistema de formación en ciclo vital y con empresas implicadas en la empleabilidad, de eliminar obstáculos a la incorporación o mantenimiento voluntario de los trabajadores mayores en el mercado de trabajo y de facilitar el retorno al empleo de las personas desempleadas. Debe existir una adecuada coordinación entre empresas y entidades educativas, para cubrir necesidades reales del mercado de trabajo con personas cualificadas. Pero debe también impulsarse la capacitación mediante la formación para el empleo, en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía, para facilitar la recualificación, reciclaje y adaptación necesaria y que las transiciones sean lo menos traumáticas y más rápidas posibles. En un mercado de trabajo cambiante y con una transformación tecnológica continua, no solo debe dispensarse formación a las personas desempleadas demandantes de empleo, en el marco de los itinerarios personalizados, sino también a las empleadas en sectores en reestructuración o crisis y a las que precisen actualización, incluso durante toda la vida laboral activa.

4 Véase, en este sentido, la Reforma 7 del Componente 23 del Plan, sobre revisión de las subvenciones y bonificaciones a la contratación laboral, que indica, además, que tales incentivos deben orientarse a mejorar la empleabilidad de colectivos muy específicos de baja empleabilidad, especialmente en periodos recesivos. Observación a tener en cuenta, como señala NAVARRO NIETO, F., «Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo», en *Diario La Ley*, núm. 10302, 2023, p. 3, dada la multiplicación exponencial de los colectivos de atención prioritaria en la nueva Ley. Los incentivos a la contratación laboral se regulan actualmente en el RD-Ley 1/2023, de 10 de enero, que se remite al texto refundido de 2015, ya no vigente, sin que la Ley 3/2023 se refiera a esa norma, lo que puede plantear problemas de identificación de los colectivos.

5 Más ampliamente, entre otros, CES, «Sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo», en *Dictamen CES núm. 6, 2022*, pp. 2 s.; AIREF, *Evaluación del gasto público 2018. Proyecto 3 (PAE). Programa políticas activas de empleo*, accesible en https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/06/Estudio3-PAE/protegido_Proyecto_03.pdf; Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.), *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021, accesible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf

Resulta también esencial garantizar una adecuada coordinación territorial entre los servicios de empleo, no solo entre el Estado y las comunidades autónomas, sino también con otros Estados miembros de la Unión Europea y con el ámbito local. En este sentido, la proximidad al territorio resulta determinante por lo que parece esencial reforzar la dimensión local de la política de empleo. La Ley 3/2023, no obstante, deja a la iniciativa de las competencias autonómicas en materia de políticas activas de empleo ese reforzamiento y la coordinación.

Es igualmente importante mejorar la coordinación con las agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos, también en el sector privado, así como con los servicios sociales, especialmente en el ámbito de los itinerarios de inclusión sociolaboral, de forma decisiva respecto de colectivos vulnerables o de atención prioritaria o en relación con las prestaciones de cualquier naturaleza que las personas demandantes de empleo puedan disfrutar.

Debe, asimismo, realizarse una evaluación o seguimiento continuo de las políticas y el gasto público para analizar el grado de consecución de los objetivos comprometidos y el impacto mismo de las políticas del mercado de trabajo.

Aunque el Plan señala que la reforma 5 no requiere financiación, es evidente que, al menos indirectamente, otras inversiones asociadas al Componente 23 buscan reducir las brechas sociales, territoriales y de género y mejorar el empleo de calidad joven, la transversalidad de género en las políticas de activación del empleo, la economía social, el crecimiento inclusivo, la adquisición de las competencias requeridas para facilitar las transformaciones digital, verde y productiva, nuevos proyectos territoriales o la gobernanza e impulso de las políticas de activación y, en este sentido, al menos indirectamente, todas estas actuaciones contribuyen a la pretendida modernización de las políticas activas.

Pero, además, en esa misma línea de actualizar e innovar las políticas de empleo, resulta determinante la Reforma 11, que prevé acometer la digitalización del Servicio Público de Empleo Estatal. Para esta intervención, vinculada estrechamente incluso en relación con su financiación al Componente 11, sí se prevé una importante dotación⁶, necesaria para modernizar las políticas de empleo. Una óptima automatización de la gestión de los servicios públicos de empleo y sus procesos —elaboración y actualización de perfilado, tendencias en el mercado de trabajo, tasas de empleabilidad, intermediación y cobertura, ofertas y demandas de empleo, seguimiento y ocupación de vacantes...— facilita, sin duda, la accesibilidad, además de la cooperación y coordinación entre los distintos niveles administrativos y permite implantar políticas de empleo modernas, más eficaces y eficientes, con tendencias, experiencias y buenas prácticas contrastadas y analizadas a través de datos previamente recopilados y adecuadamente tratados.

La Ley 3/2023 prevé la sustitución del Servicio Público de Empleo Estatal por la Agencia Española de Empleo, que implica su transformación de organismo autónomo en agencia estatal. El cambio de estructura organizativa⁷ pretende abordar desafíos organizativos y faci-

6 Precisamente, la inversión para acometer tal digitalización se incluye en el Componente 11 sobre «Modernización de las Administraciones públicas», que recoge entre sus objetivos estratégicos la digitalización de la Administración y procesos. Puede consultarse en <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente11.pdf>

7 Ese cambio habrá de realizarse en las condiciones que se regularán por real decreto, conforme a la disposición adicional primera LE.

litar la innovación tecnológica. Su mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión se contrarresta con la fijación de objetivos y la asignación de recursos en los contratos de gestión suscritos con la Administración matriz, así como con mecanismos de evaluación y control de eficacia y eficiencia a través de indicadores y resultados.

La exposición de motivos de la Ley 3/2023 destaca como medidas que deben sustentar la reforma de las políticas activas de empleo la modernización del Portal único de Empleo a través de la inteligencia artificial, la mejora de los servicios de orientación, que ha de ser personalizada y de calidad, la coordinación entre los servicios de empleo estatal y autonómicos y con agentes sociales y entidades educativas, el incremento de la financiación de las políticas activas, aumentando la *ratio* orientador/persona desempleada para acercarnos a la muy superior *ratio* de otros Estados miembros de la UE o la creación de un sistema de evaluación de las políticas activas que tenga en cuenta indicadores clave como el éxito de la inserción o la calidad del empleo conseguido⁸.

Con todo, no son tareas sencillas. Actualizar la oferta formativa, más allá de competencias básicas⁹, para adaptarla a un mercado laboral cambiante e incluso tratar de anticiparse a las necesidades que demandará el sistema productivo en cada momento puede resultar complejo. También la colocación de colectivos con dificultades de empleabilidad o incluso combatir una situación de desempleo de magnitud. No obstante, no se puede negar la importancia de unas políticas activas integradas para dar formación y ocupación no solo a las personas desempleadas sino para garantizar igualmente el aprendizaje a lo largo de la vida de la población activa a fin de dotar también a las personas ocupadas de las competencias que requiera el mercado laboral, mejorar su empleabilidad e incluso anticiparse y prevenir desempleo futuro. Pero también para establecer una mejor relación con las empresas y los mercados locales. Además, esas políticas deben ir acompañadas de la creación de oportunidades de empleo. Para ello es necesario el compromiso y alto grado de consenso entre representantes políticos y agentes sociales sobre las medidas a adoptar para fomentar el crecimiento, la competitividad y el empleo y garantizar la continuidad necesaria en su implantación. Parece importante conocer y, en su caso, tener en cuenta la experiencia y buenas prácticas de otros Estados de nuestro entorno, incluso de las comunidades autónomas que presentan mejores datos de empleo.

2. Las orientaciones de la UE desde la década de los noventa

Todos estos propósitos políticos, que intentan plasmarse en la nueva ley, son, sin duda, loables, pero, al menos en el plano conceptual y si se tienen en cuenta las orientaciones de la UE desde los años noventa, no resultan del todo novedosos, salvo los avances continuados de la inteligencia artificial.

En efecto, ya en 1993, en un contexto de recesión económica y tendencia al alza del desempleo, tanto estructural, como sobre todo coyuntural y tecnológico, la Comisión Europea, en el Libro

8 En sintonía con la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado

9 La aptitud para aprender, comunicar, trabajar en grupo, actuar autónomamente, formular diagnósticos o hacer propuestas de mejora son competencias básicas que deben adquirirse en el sistema educativo y mejorarse y adaptarse al perfil profesional con carácter transversal en las distintas acciones de empleabilidad para garantizar una formación adecuada a lo largo de la vida.

Blanco encargado en el Consejo Europeo de Copenhague sobre la estrategia a medio plazo para el crecimiento, la competitividad y el empleo¹⁰, reconocía la inexistencia de una «cura milagrosa»¹¹, pero recogía unas prioridades de acción al servicio del empleo, entre las que figuraban la educación y formación a lo largo de toda la vida y una completa renovación de la política de empleo.

La Comisión considera que, para prevenir el paro de larga duración, hay que invertir la estructura del gasto público en políticas de empleo. Su presupuesto se destinaba mayormente en los Estados miembros a políticas pasivas de tipo asistencial —alrededor de dos tercios—, en tanto que solo un tercio se aplicaba a «medidas activas»¹². En concreto, la Comisión propone un reforzamiento de los servicios públicos de empleo, idea en la que se ha seguido insistiendo en la UE en la Estrategia Europea de Empleo y las orientaciones y directrices integradas. Tal fortalecimiento enlaza con la idea de garantizar un seguimiento personal del desempleado por un mismo consejero con las funciones de información, colocación y acompañamiento. En concreto, entiende que se debería proponer a los parados, especialmente cuando se prolonga su situación de desempleo, una formación adecuada que los cualifique y, en un segundo momento, la posibilidad de un empleo, incluso público, durante algunos meses. El mayor gasto en recursos humanos y políticas activas se compensaría así con la reducción del desempleo.

Siguiendo con la UE, en 1997, tras el Tratado de Ámsterdam, se articula la Estrategia Europea del Empleo en la Cumbre de Luxemburgo, en la que los Estados miembros establecen objetivos comunes de la política de empleo en torno a cuatro pilares —empleabilidad, estímulo al autoempleo o emprendimiento, adaptabilidad o capacitación e igualdad de oportunidades y no discriminación ni exclusión en el empleo—. Poco después, en el Consejo de Lisboa de marzo de 2000, es modificada y redefinida en la Estrategia de Lisboa con el objetivo de hacer de Europa una economía altamente competitiva basada en el conocimiento y capaz de crecer de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social¹³.

10 Comisión de las Comunidades Europeas, *Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 6/93, Luxemburgo, accesible en <https://evalua.catedu.es/documentos/aragon/NormativaVarios/LB1993CrecimientoCompetitividadYEmpleo.pdf>

11 *Ibid.* p. 9. Ni el proteccionismo frente a terceros Estados, ni la creación de base monetaria mediante emisión de dinero o el endeudamiento en el presupuesto de los Estados, ni la reducción generalizada del tiempo de trabajo, ni el reparto nacional del trabajo, ni la drástica disminución de salarios o protección social al nivel de economías de terceros Estados competidores se consideran soluciones política y socialmente aceptables.

12 *Ibid.* p. 20.

13 La nueva Estrategia fijaba una previsión temporal hasta el 2010 para cumplir los objetivos fijados. En 2002, la primera revisión, replantea para 2003-2005 algunas directrices y objetivos concretos. En 2004, se encarga la elaboración de un informe a un grupo de expertos para realizar una evaluación y proceder a la revisión de la Estrategia. El informe «Enfrentando el desafío. La Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo», más conocido como informe Kok, en alusión al presidente del grupo de alto nivel y antiguo Primer Ministro de los Países Bajos, Wim Kok, evalúa el progreso europeo frente a las reformas. Sin perjuicio de reconocer avances significativos en materia de crecimiento del empleo, entre otros, si bien parciales y concentrados principalmente en algunos países, critica la falta de voluntad política y la falta de acción suficiente por parte de los gobiernos de los Estados miembros para alcanzar los objetivos de la Estrategia. Insta a estos a realizar mejoras y a elaborar y cumplir el programa de reformas, con participación y compromiso de los actores sociales y la ciudadanía y bajo la revisión de la Comisión Europea, que debería incluir recomen-

En 2010, la Estrategia de Lisboa es sustituida por la Estrategia Europa 2020 en el Consejo Europeo de junio. Sus objetivos en cuanto a lo que deben ser los parámetros fundamentales de la UE en 2020 en materia de empleo, educación y exclusión social pueden reconducirse a los cuatro siguientes: trabajo para el 75 % de las personas entre 20 y 64 años, un porcentaje de abandono escolar inferior al 10 %, un mínimo del 40 % de las personas entre 30 y 34 años con estudios superiores finalizados y al menos 20 millones de personas menos en situación o riesgo de pobreza o exclusión social. La Estrategia Europa 2020 se ha venido articulando en torno a las directrices integradas para las políticas económicas y para las políticas de empleo. En 2021, en el marco del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁴, se definieron nuevos objetivos prioritarios en materia sociolaboral para el horizonte del año 2030, centrados de nuevo en objetivos de empleo, capacitación e inclusión: alcanzar una tasa de empleo del 78 % para la población de 20 a 64 años, elevar al 60 % la población adulta que participa en actividades formativas anualmente y reducir en quince millones las personas en riesgo de pobreza o exclusión social, de los que, al menos, cinco millones sean niños .

3. El contexto en España en el marco de la UE

La pandemia de la COVID-19 agudizó problemas estructurales del mercado laboral. Para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales, la UE aprobó el Fondo *Next Generation* y el Reino de España presentó su Plan de Recuperación. Dos años después, los datos de Eurostat siguen reflejando un contexto adverso en nuestro país, al menos comparativamente en el marco de la UE. Es cierto que el desempleo ha descendido de forma significativa, pero lo ha hecho en similar proporción a otros Estados miembros y a la media de la UE. En efecto, esos datos sitúan a España¹⁵ como el país con más paro de la UE, con una tasa de desempleo del 12,9 %, que dobla el 6,2 % de la media de la UE. Tras España figura Grecia (12,5 %) y, ya con un porcentaje más próximo a la media, Italia (8,1 %), Suecia (7,5 %) y Francia (7,3 %) como los países de la UE con mayor porcentaje de desempleo. Otros Estados miembros de nuestro entorno han conseguido reducir la tasa de desempleo por debajo de la media, como Portugal, con una elevada tasa de desempleo tras la grave recesión de 2008 (alcanzando el 17,2 % en 2013, sensiblemente superior a la medida de la UE de 11,6 %, pero muy alejado del

daciones específicas. Sobre la base de este informe, en la revisión intermedia de la Estrategia de Lisboa, en el Consejo de Primavera de 2005, se incluyen como instrumentos básicos las directrices integradas trianuales y los programas nacionales de reformas. Puede consultarse información detallada en las Conclusiones de los Consejos Europeos y documentos del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión Europea relacionados con la Estrategia de Lisboa publicados durante su vigencia. Sobre algunos de los informes, véanse, en concreto, TORAL ARTO, A.; DE ESPÍNOLA SALAZAR, J. R., «El Informe Sapir de julio de 2003», en ICADE. *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 61, 2004, pp. 369 ss.; YBÁÑEZ RUBIO, I., «Revisión de la Estrategia de Lisboa en la UE. Trabajar juntos para el crecimiento y el empleo», en *Información Comercial Española*, ICE: *Revista de Economía*, núm. 829, 2006, pp. 165 ss. (ejemplar dedicado a Productividad y Competitividad de la Economía Española).

- 14 Elaborado a partir del pilar europeo de derechos sociales, presentado por la Comisión en 2017, que define veinte principios y derechos esenciales estructurados en torno a tres categorías: igualdad de oportunidades y de acceso al mercado laboral, condiciones de trabajo justas y protección social e integración social.
- 15 Datos actualizados a junio de 2023 y correspondientes a 2022, accesibles en <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/TPS00203/default/table?lang=en> (15/07/2023).

29 % de España), que la ha reducido hasta el 6 %. España presenta también la mayor tasa de desempleo juvenil en la UE en 2023 (29 %¹⁶, frente a la media de la UE del 13,9 %).

El dato de desempleo de los países de nuestro entorno está muy por debajo del que registra España. En contraste, los países con una menor tasa de paro fueron Chequia (2,2 %), Malta y Polonia (2,9 %), Alemania (3,1 %), Países Bajos (3,5 %), Eslovenia (4 %), Bulgaria (4,3 %), Dinamarca e Irlanda (4,5 %).

En España, y ya treinta años más tarde del Libro Blanco de 1993, la situación de desempleo sigue, pues, siendo preocupante, como también lo es la estructura del gasto público en políticas de empleo. Y ello a pesar, por una parte, del incremento paulatino y significativo de la creación de empleo y de la inversión en políticas activas en un porcentaje del PIB ligeramente por encima de la media de la UE. Y, por otra parte, del descenso de la tasa de desempleo y de haberse dejado de computar ya, en las políticas de protección económica frente al desempleo, los recursos extraordinarios que desde marzo de 2020 permitieron, a modo de escudo social y para mantener el empleo, ofrecer protección económica a los expedientes de regulación temporal de empleo y cese de actividad de los trabajadores autónomos derivados de la pandemia provocada por la COVID-19¹⁷.

En efecto, pese a ello, los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal de 2023 reflejan una desalentadora *ratio* que no alcanza una cuarta parte del presupuesto destinado a políticas activas frente a más de tres cuartas partes destinadas a la protección económica de las situaciones de desempleo¹⁸. La existencia de una tasa elevada de desempleo, en relación con otros Estados de nuestro entorno, implica también una disminución del gasto medio por desempleado en políticas activas¹⁹, aunque es cierto que, comparativamente, la evolución

16 Actualización de junio de datos correspondientes al primer trimestre del 2023, computando jóvenes hasta 30 años. Le siguen Grecia, con el 25,3 %, Suecia, con el 21,6 %, Italia, con el 21,4 % y Portugal, con el 19,1 %. Consultado en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/UNE_RT_Q__custom_6981691/default/table?lang=en (15/07/2023).

17 El 70 % de las cantidades que registraban las bases de cotización de las personas trabajadoras por la parte proporcional de la jornada que tenían suspendida.

18 Del total de 28.277.567.790 euros, se destinan 21.278.019.880 euros a la protección de las personas desempleadas y 6.136.490 al cese de actividad, frente a los 6.993.411.420 euros destinados a políticas activas (incluido el presupuesto de formación profesional para el empleo), según datos consultados en la página web oficial del SEPE https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/quienes_somos/pdf/2023/Gastos-2023.pdf (15/07/2023). Por su parte, el Ministerio de Trabajo y Economía Social informa en <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/4206> de la aprobación del Consejo de Ministros de destinar 2.803.847.030 euros a la gestión territorial dependiente de las comunidades autónomas en materia de Políticas Activas de Empleo (2.571.961.030 de ellos a cargo del presupuesto del SEPE —y destinados a empleo y formación, formación profesional para el empleo, formación en alternancia en el empleo y modernización de los servicios públicos de empleo— y 231.886.000 correspondientes a la aportación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia). La distribución de fondos, que compete a la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, se supedita a la consecución de objetivos específicos.

19 Véase DEL POZO SEN, A; SUÁREZ CORUJO, B., «La estrategia Europa 2020 en España: el fracaso del empleo», en *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2017, base de datos Westlaw BIB 2017\633, p. 11.

en España ha mejorado al incrementarse el gasto en políticas activas y disminuir la tasa de desempleo. Evidentemente, la colocación de demandantes de empleo revierte en beneficio de las arcas públicas tanto por la reducción de gastos en prestaciones de desempleo como por el incremento de cotizaciones a la Seguridad Social y de la recaudación obtenida a través de los impuestos que gravan renta y consumo, que se incrementará si los trabajadores están ocupados. Son, precisamente, esos beneficios previsibles los que respaldan un aumento del gasto en políticas activas por demandante de empleo desocupado.

En definitiva, se debe realizar una política orientada a lograr un elevado nivel de empleo de calidad y adaptar o ajustar la formación y el reciclaje profesional de los trabajadores a las necesidades reales, actuales y futuras del mercado de trabajo y del entorno geográfico inmediato, a las demandas de empleo locales y a los nuevos yacimientos de empleo. Aunque la Ley pone cimientos sólidos para la construcción de políticas activas de empleo efectivas, para su valoración habrá de esperarse al desarrollo reglamentario de la nueva ley en múltiples aspectos²⁰, siendo entretanto necesaria la coordinación con importantes normas reglamentarias vigentes²¹. También habrá que esperar a su efectiva implantación mediante la dotación a los servicios de empleo de recursos humanos, materiales y presupuestarios suficientes, incluida la digitalización del sistema y mediante la adecuada coordinación del sistema nacional de empleo, con protagonismo de los servicios autonómicos e implicación de las entidades locales en el marco de las competencias autonómicas, colaboración público-privado y coordinación con los servicios sociales y entidades gestoras y colaboradoras.

II. LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA LEY 3/2023. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

A partir del contexto analizado, la Ley 3/2023 introduce un concepto moderno de la política de empleo, con una configuración amplia e integradora de las políticas activas de empleo, complementada y coordinada con la correspondiente protección económica frente a las situaciones de desempleo²². El instrumento esencial para garantizar la adecuada coordinación del Sistema Nacional de Empleo es, junto a la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, de vigencia cuatrienal, y el Plan Anual, el Sistema Público Integrado de Información

20 Así, en materia de tratamiento de datos, condiciones de la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal en la Agencia Española de Empleo, indicadores de empleabilidad, intermediación y cobertura, servicios públicos de empleo para trabajadores en el exterior, sistema electrónico común para los servicios públicos y privados de colocación, colectivos vulnerables, cartera de servicios garantizados...

21 NAVARRO NIETO, F., «Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo», cit. pp. 3 s., que realiza, además, una crítica de técnica legislativa.

22 Sobre la vinculación de las hasta ahora denominadas políticas pasivas a las políticas activas de empleo y a la reincorporación del desempleado al mercado de trabajo, la distinción entre *unemployment benefit* y *jobseekers allowance* y la concepción de las políticas de protección frente al desempleo como cauce para la tutela económica de una situación de tránsito, véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Alternativas a la financiación de las políticas activas y pasivas de empleo. Especial referencia a las últimas reformas», en *Alternativas de financiación en época de crisis*, obra colectiva, Lex Nova, 2014, base de datos Westlaw BIB2014\5043, pp. 17 ss.

de los Servicios de Empleo. Este sistema se configura como una red de información sobre la gestión de las políticas activas, la protección de desempleo y las ofertas y demandas de empleo registradas, común a todo el entramado público y privado de empleo e integrada y coordinada con la red europea de los servicios de empleo.

El Título III de la Ley 3/2023 constituye el marco regulador de las políticas activas de empleo, conformado por servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento. Resulta de suma relevancia para alcanzar los objetivos y principios rectores de la política de empleo, al proporcionar al sistema herramientas de activación. Trata de impulsar la creación de empleo y mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo, con la finalidad de elevar sus posibilidades de acceso y mantenimiento de un empleo digno y de reducir brechas en relación con colectivos de atención prioritaria. En este sentido, se consideran objetivos prioritarios de las políticas activas de empleo elevar la empleabilidad —en particular, de los colectivos prioritarios—, reducir brechas de género y conseguir el ajuste simultáneo entre oferta y demanda de empleo²³. Y, para lograr su consecución, las políticas activas de empleo se concentran en torno a la mejora de la empleabilidad, la intermediación, la coordinación con políticas de protección frente al desempleo o la atención especializada de colectivos de atención prioritaria.

Este escenario regulador se complementa con el Título IV, que incorpora el catálogo de servicios garantizados y las carteras de servicio derivados de las políticas activas, así como los compromisos que adquieren las personas usuarias de los servicios. A estos efectos, la Ley incluye, en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Empleo, servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento, sin perjuicio de otros servicios complementarios y actividades que puedan incluir las carteras propias de los servicios públicos de empleo, en el ámbito de sus competencias, que se podrán prestar bien directamente, a través de sus propios medios, bien a través de entidades colaboradoras o servicios complementarios.

Se pretende, además, facilitar, mediante un catálogo de servicios garantizados a las personas usuarias de los servicios una atención singularizada durante situaciones de tránsito, desempleo o cese de actividad para mejorar su empleabilidad —atendiendo en especial a los colectivos de atención prioritaria—, ajustar oferta y demanda y garantizar un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de ocupación. Pero también proporcionar a las entidades empleadoras usuarias información, gestión y acompañamiento durante los procesos de identificación de las necesidades de las empresas, publicación de ofertas de empleo y búsqueda, captación y contratación de personas candidatas, así como el apoyo preciso en los procesos de recolocación en los supuestos requeridos.

La Agencia Española de Empleo y los servicios de empleo de las comunidades autónomas han de garantizar, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los recursos humanos necesarios, la gestión y desarrollo de las políticas activas, la prestación eficaz de los servicios incluidos en las carteras común y propia correspondientes y el cumplimiento de los servicios

23 TRILLO PÁRRAGA, F., «Institucionalización del mercado de trabajo y Derecho del Trabajo garantista en la Ley 3/2023, de Empleo», en *Revista de Derecho Social*, núm. 102, 2023, p. 99 destaca el papel de la formación como «herramienta más útil» para lograr los dos objetivos prioritarios de la mejora de la empleabilidad y la mejora de la calidad del empleo.

garantizados a las personas y entidades empleadoras usuarias de los servicios. Participan también conjuntamente en la elaboración de la estrategia y demás instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo en el ámbito del Estado. En el marco de tal estrategia y de sus mecanismos de desarrollo, los servicios autonómicos diseñan, planifican y gestionan sus propios programas de empleo y de fomento de la actividad económica en su respectivo ámbito territorial, pudiendo recurrir a corporaciones locales u otras entidades, públicas o privadas, que colaboren con los mismos. Si bien las entidades locales no asumen el protagonismo que deberían tener en la Ley 3/2023 sino que actúan a través de los correspondientes instrumentos de colaboración con los servicios públicos de empleo autonómicos. Tampoco se incluye su representación en los órganos de participación institucional²⁴.

La Ley 3/2023 importa como estrategia para la planificación y coordinación de la política de empleo la aplicación del método abierto de coordinación de la UE, que se aplica precisamente a ámbitos como el empleo, que son competencia de los Estados miembros, para lograr la convergencia necesaria entre las distintas administraciones y la consecución de objetivos comunes. Utiliza como instrumentos de planificación y coordinación la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, que, con vigencia cuatrienal, identificará objetivos y líneas de actuación comunes, el Plan Anual, que concretará las directrices a alcanzar con indicadores que permitan cuantificar su consecución y realizar una evaluación comparativa de los resultados y el Sistema Integrado de Información de los Servicios de Empleo, como un instrumento transversal, fundamental para compartir datos e información adecuados y actualizados.

Para garantizar la transparencia de las políticas de empleo, compartir buenas prácticas y mejorar la eficacia y eficiencia del gasto en relación con los objetivos fijados, la Agencia Española de Empleo y los servicios autonómicos deben elevar a la Conferencia Sectorial una memoria o balance anual sobre el gasto y los resultados de las políticas activas en el conjunto del Estado. El seguimiento y evaluación de los resultados se recogerán en un Informe Conjunto sobre el empleo que será clave en la definición de la política de empleo a corto y largo plazo y permitirá plantear orientaciones, recomendaciones y, en definitiva, las mejoras necesarias, respetando, en todo caso, la distribución de competencias que resulta de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Este entorno de coordinación parte, pues, de la definición común de los objetivos que deben cumplirse y de la identificación de los indicadores y directrices que permitirán evaluar su cumplimiento. Su concreción se materializa en la estrategia plurianual y en los planes anuales, con participación de la Agencia Española de Empleo y de los servicios de empleo autonómicos. *A posteriori* se realiza una comparación de los resultados obtenidos, para proponer mejoras y orientaciones e intercambiar las mejores prácticas que resulten de la evaluación comparativa que se efectúa. Obviamente, su uso fructífero dependerá del compromiso de la Agencia Española de Empleo y los servicios de empleo autonómicos, en sus respectivos ámbitos, de la firme orientación de la Conferencia Sectorial y de unos métodos de trabajo eficaces y coordinados también con las corporaciones locales y otras entidades, públicas o privadas.

24 En este sentido, NAVARRO NIETO, F., «Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo», cit. p. 7, que señala que su papel «es modesto en términos institucionales». Véase también PÉREZ DEL PRADO, D., «La Ley 3/2023 de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España (segunda parte)», en *Trabajo y Derecho*, núm. 103, 2023, Wolters Kluwer (ejemplar electrónico), p. 4 ss.

III. LA EMPLEABILIDAD

La empleabilidad se regula en el Capítulo II del Título III y constituye un elemento medular y transversal de la política de empleo en la Ley 3/2023. Trata de garantizar la participación de las personas adultas en edad laboral en el mercado laboral y en actividades de formación para garantizar, a partir de su capacitación y cualificación, el acceso, mantenimiento, reciclaje y mejora del empleo. Parte de un nuevo modelo de carrera profesional alternativo al más tradicional de seguridad en el empleo. Exige inversión en educación y formación continua, para la adquisición y mantenimiento de competencias profesionales, el perfeccionamiento y reciclaje de capacidades profesionales y los ajustes precisos para lograr trabajadores cualificados, con las capacidades necesarias para garantizar las transiciones digital y ecológica en los nuevos ecosistemas productivos²⁵.

1. Empleabilidad y capacitación. El caso de la mayor edad

Queda al margen de la Ley 3/2023 un concepto de empleabilidad más abstracto y controvertido, con capacidad de segregar a las personas en función de su aptitud y atribuir a su responsabilidad individual la falta de empleo²⁶. Concepción con connotaciones negativas extendida también, en general, a las políticas de empleo desde la década de los ochenta.

25 Sobre la magnitud del desequilibrio entre la demanda y la oferta de mano de obra en Europa, por la dificultad de encontrar personal cualificado y con las capacidades necesarias en algunas ocupaciones y la situación de excedentes de mano de obra en otras muchas, véase el informe de la Autoridad Laboral Europea sobre la escasez y el excedente de mano de obra —European Labour Authority, *Report on labour shortages and surpluses*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2023 accesible en <https://www.ela.europa.eu/sites/default/files/2023-03/eures-labour-shortages-report-2022.pdf> (12/07/2023)—. Entre las ocupaciones que reflejan mayor déficit de mano de obra están las relacionadas con el *software*, la fabricación de equipos informáticos y electrónicos, la construcción o la ingeniería, pero también con la asistencia sanitaria, la hostelería y oficios como carniceros, pescaderos, panaderos... Y, del lado de las profesiones con excedentes de personal, se pueden mencionar las relacionadas con humanidades y artes y trabajos de oficina y administrativos. El análisis en perspectiva de género muestra que las mujeres representan solo el 34 % de las personas que trabajan en profesiones deficitarias (pese a la inclusión de las profesiones sanitarias), en tanto que constituyen el 62 % de las que trabajan en ocupaciones con excedentes de personal.

26 Esta vertiente de la empleabilidad como factor de integración social, económica y política contrasta con un concepto más agresivo de empleabilidad, con connotaciones negativas desde la perspectiva del Derecho del Trabajo por su capacidad de segregar a las personas para considerarlas más o menos aptas para el empleo e incluso a colectivos o grupos sociales más vulnerables, especialmente a quienes no han podido acceder a distintos niveles de formación y que puede incluso redirigir la responsabilidad de la falta de empleo al ámbito de la responsabilidad individual, de la persona afectada. Véase RAMOS QUINTANA, M.I., «Empleabilidad: una crítica al concepto desde el Derecho del Trabajo», en *Trabajo y Derecho*, núm. 97, 2023, Wolters Kluwer (ejemplar electrónico), pp. 1 ss. En el mismo sentido, PÉREZ DEL PRADO, D., «La Ley 3/2023 de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España (primera parte)», en *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023, Wolters Kluwer (ejemplar electrónico), pp. 2 ss.

Conforme a los arts. 3 c) y 34 LE²⁷, la empleabilidad se concibe como un factor que pretende facilitar la integración de las personas en el mercado de trabajo y excluir su segregación. Representa el conjunto de capacidades, aptitudes, cualificaciones y competencias, generales y específicas, que facilitan, incluso determinan, el acceso, permanencia y progresión de las personas en el mercado de trabajo y, en definitiva, la consecución y mantenimiento de un empleo de calidad. Se sirve, precisamente, de las herramientas de la educación y la formación para mejorar la capacitación de las personas con la finalidad de facilitar el acceso y mantenimiento de un empleo digno y la promoción y reciclaje a lo largo de la vida profesional²⁸. Debe producir un «ajuste dinámico entre las competencias propias y las demandadas por el mercado de trabajo», tal y como exige el art. 34 LE.

La empleabilidad se vincula, por tanto, de forma inexorable con la capacitación, la educación y la formación. El art. 14.1 CDFUE reconoce, con carácter general, el derecho de toda persona a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. Las personas necesitan dotarse de diversas capacidades. No solo capacidades profesionales o técnicas sino también capacidades empresariales transversales, como las lenguas extranjeras, el desarrollo personal o el aprendizaje e incluso capacidades básicas, como la lectura, la escritura, el cálculo y también, cada vez más, las competencias digitales. Unas y otras se adquieren mediante la educación y la formación profesional y en el empleo, sea esta inicial, para favorecer su incorporación al mercado laboral, o continua, para la adquisición de nuevas capacidades y el reciclaje²⁹. De hecho, las competencias básicas se consideran prioritarias ex art. 38 LE en la planificación y desarrollo de las acciones de empleabilidad, esenciales para la participación en el mercado de trabajo y también transversales³⁰.

-
- 27 Que la definen en idénticos términos como «conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo».
- 28 Sobre la importancia de la formación, CAMAS RODA, F., «Empleabilidad-formación tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo», en *Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, obra colectiva, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2023, pp. 45 ss.
- 29 Veáanse Recomendación del Consejo de 24 de noviembre de 2020 sobre la educación y formación profesionales (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia, 2020/C 417/01, DOUE, C 417, de 2 de diciembre de 2020; *Declaración de Osnabrück sobre la educación y formación profesionales como facilitadoras de la recuperación y de transiciones justas hacia economías digitales y ecológicas*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2021, accesible en <https://opag.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f731da19-6d0b-11ec-9136-01aa75ed71a1/language-es>; y Resolución del Consejo relativa 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), 2021/C 66/01, DOUE, C 66, de 26 de febrero de 2021.
- 30 En este sentido, el art. 38 LE considera que la mejora de las competencias básicas en comunicación oral y escrita y en manejo y aprovechamiento de las herramientas digitales y tecnológicas, con plena accesibilidad y sin discriminación, constituyen una competencia transversal y prioritaria en la planificación y desarrollo de las acciones de empleabilidad.

Por tanto, la empleabilidad no concibe la inserción laboral como el único objetivo que deben perseguir las políticas de empleo, sino que debe lograrse la mejor capacitación de las personas que demandan servicios de empleo para garantizar un empleo de calidad adaptable al ecosistema productivo del momento. En este sentido, concibe el empleo y el desempleo no solo como responsabilidad del individuo sino como un fenómeno en el que inciden factores externos, como la evolución de las tecnologías y del propio mercado de trabajo o la propia oferta y demanda. Confronta, ciertamente, con los sistemas de *workfare* o *welfare to work*, característicos de los modelos anglosajones³¹, que requieren el retorno al mercado laboral y priorizan la inserción laboral en detrimento de medidas como la educación, la formación, la atención personalizada o la protección económica, lo que puede redundar en una devaluación de las garantías de un empleo de calidad³². En tales sistemas de articulación de las políticas de empleo, las prestaciones sociales se reservan a las personas que no puedan trabajar o que están dispuestas a realizar trabajo remunerado, sancionándolas si rechazan los empleos que se le oferten con una disminución o la extinción de la prestación³³. Frente al *workfare*, la activación y las políticas activas de empleo buscan la inserción laboral a través de orientación, asesoramiento, formación, educación u otra serie de actuaciones dirigidas a aumentar las capacidades de la fuerza laboral, para adaptarlas a los cambios estructurales, lograr una mejora de la empleabilidad y prevenir el desempleo.

Las capacidades y cualificaciones deben, pues, adaptarse a los retos, necesidades y oportunidades cambiantes del mercado laboral³⁴, sin perjuicio de la necesidad de dotar de competencias y capacidades básicas a quienes carecen de ellas. Debe, así, atenderse a los cambios requeridos por los nuevos sectores emergentes y la doble transición digital y ecológica, pero también a carencias y limitaciones, como las puestas de manifiesto durante la pandemia de la COVID-19 con el teletrabajo y el aprendizaje a distancia y a los déficits y excesos de cualificación en relación con las necesidades de mano de obra de las empresas o para emprender o crear una empresa propia.

31 MORENO MÁRQUEZ, G., «La reformulación del Estado del bienestar: el *workfare*, las políticas activas de empleo y las rentas mínimas», en *Zerbitzuan Revista de Servicios Sociales*, núm. 43, 2008, pp. 143 ss.

32 Expresión también utilizada como crítica a las reformas laborales de 2010 y de 2012 en materia de despido en CABEZA PEREIRO, J., «La devaluación de las garantías del empleo: el reducido control de la decisión unilateral del empresario», en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 40 (1), 2022, pp. 57-76, accesible en <https://doi.org/10.5209/crla.77639>

33 Sobre la condizionalità y la activación de las personas desempleadas como condición para el mantenimiento del derecho a percibir una ayuda económica y la comparación en el Derecho italiano y español, véase AGUILAR GONZÁLVEZ, M.^a C., «El principio de condizionalità y la aplicación efectiva de la coordinación entre políticas activas y pasivas de empleo en Derecho italiano y español», en *Trabajo y Derecho*, núm. 51, 2019, Wolters Kluwer (ejemplar electrónico). La introducción de mecanismos como la oferta adecuada de empleo o el compromiso de actividad, ha llevado a considerar que España cuenta con una versión rebajada o «*soft-workfare*». Así, CABERO MORÁN, E., «La prometedora Ley de Empleo de 2023 y sus novedades sobre la reforma laboral de 2021», cit., p. 6.

34 Véase, en este sentido, la Comunicación de la Comisión, de 1 de julio de 2020, titulada «Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia», COM/2020/274 final, que también pretende incentivar la formación entre la población en edad laboral.

La empleabilidad se configura, así, como un concepto dinámico, integrador y transversal, que requiere dotar a las personas demandantes de los servicios de empleo de las aptitudes profesionales transferibles que, en cada momento, refuerzan sus capacidades a través de la formación para adaptarlas a las necesidades del mercado de trabajo y sirven, por tanto, no solo para obtener empleos de calidad sino para mantenerlos y progresar o ayudar a gestionar la transición entre dos puestos de trabajo. Los avances tecnológicos exigen una mejora continua de los niveles de las cualificaciones profesionales correspondientes a determinados oficios. Pero también la transición ecológica, con la reducción de emisiones de carbono y su sustitución por energías renovables, demanda nuevas cualificaciones y competencias en muy variados oficios y sectores, incluso para poner en marcha proyectos de construcción y renovación financiados por la UE.

Es importante destacar el elemento finalista, inherente al propio concepto de empleabilidad, que concibe la formación y la educación como herramientas para acceder y mantener un empleo de calidad y para progresar profesionalmente a través de las carreras profesionales. No en vano, el período comprendido entre el 9 de mayo de 2023 y el 8 de mayo de 2024 se ha declarado Año Europeo de las Competencias³⁵. El *long-life learning* o aprendizaje continuado a lo largo de la vida se considera también necesario para conseguir el reciclaje y adaptación a la tecnología y condiciones cambiantes y para dotar a los trabajadores de las capacidades necesarias para las transiciones actuales y futuras, impulsando al mismo tiempo la competitividad y la creación de empleos de calidad. En este sentido, aunque la educación y la formación son competencia de los Estados miembros, el pilar europeo de derechos sociales reconoce en el capítulo I, de igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, el derecho de toda persona «a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral» en el principio núm. 1 y «a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajar por cuenta propia, lo que incluye el derecho a recibir ayuda para la formación y el reciclaje», en el principio núm. 4, sobre apoyo activo para el empleo.

Incrementar el porcentaje de personas adultas que participan en actividades de aprendizaje y formación, hasta lograr en 2030 un porcentaje anual de un 60 % es, además, uno de los objetivos prioritarios del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, para mejorar sus capacidades, progresar profesionalmente o reciclarse. Este objetivo se vincula estrechamente con el reto del envejecimiento y el cambio demográfico, que exigen aprovechar las capacidades de las personas mayores.

Mayor edad y baja cualificación no se enlazan, no obstante, en la Ley 3/2023 en la definición de colectivos de atención prioritaria, en el art. 50, a diferencia de lo que sucede con personas integradas en otros colectivos, como las «jóvenes especialmente con baja cualificación» o las «mujeres con baja cualificación».

35 Decisión (UE) 2023/936, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, relativa al Año Europeo de las Competencias 2023, DOUE L 125, de 11 de mayo de 2023. Esta iniciativa de la UE pretende impulsar el aprendizaje permanente mediante actuaciones de la Comisión, en cooperación con el Parlamento Europeo, los Estados miembros, los interlocutores sociales, los servicios de empleo públicos y privados, las cámaras de comercio e industria, los proveedores de educación y formación y los trabajadores y las empresas. Pretende mejorar las competencias y habilidades de los ciudadanos en toda Europa y, en particular, capacitar a las personas y las empresas para que contribuyan a las transiciones ecológica y digital, apoyando la innovación y la competitividad.

Parece que las personas mayores constituyen *per se* un colectivo vulnerable de atención prioritaria en el art. 50 LE, cuando hayan alcanzado la edad de cuarenta y cinco años, sin más exigencias. Esta afirmación, no obstante, se matiza en el art. 52, al requerir, además, que «hayan perdido su empleo o estén en riesgo de perderlo» e intensificar su atención «cuando tengan a cargo menores de dieciséis años o mayores dependientes». Esa intensificación responde también al mandato del art. 50.1 de reforzar los programas específicos y las medidas de acción positiva en situaciones de interseccionalidad, pues el precepto reconoce igualmente como colectivo vulnerable de atención prioritaria el de «personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo», en especial cuando forman parte de unidades monoparentales y sin ninguna especificación de mayor edad.

La pérdida o riesgo de pérdida del empleo son motivos que justifican la demanda de los servicios de empleo por parte de las personas trabajadoras. No obstante, en el caso de trabajadores de edad que no hayan trabajado nunca o que hayan dejado de trabajar por causas como pueden ser la atención y cuidado de la familia y pretendan reincorporarse al mercado de trabajo, no se entiende que puedan considerarse excluidos de su condición de colectivos prioritarios, pues, precisamente, son las especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo que caracteriza a estos colectivos las que los hacen merecedores de atención específica en la planificación y desarrollo de las políticas de empleo y en los programas dirigidos a fomentar su empleo o incluso su empleabilidad. Si han estado retirados del mercado laboral durante períodos largos de tiempo, las necesidades de formación y reciclaje parecen incluso mayores³⁶.

En todo caso, el art. 39 LE ordena evitar discriminaciones en la planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad o en la toma de decisiones que puedan implicar un sesgo o estereotipo negativo por alguna de las causas que enumera, entre las que, aunque no se recogen todas las enumeradas en la Ley 15/2022, menciona en primer lugar la edad. Y, en particular, especifica que se evitará la fijación de criterios que presupongan que las personas destinatarias son suficientemente mayores o jóvenes o referentes al sexo o a la discapacidad de las mismas. Ello probablemente haya que vincularlo en particular con la brecha digital de edad y de género. Debe impulsarse una formación inclusiva, basada en la diversidad, de forma muy especial en relación con la transición digital y energética y la formación en competencias STEM en general, referente a las disciplinas de Ciencias Naturales, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas, con mejores perspectivas de empleo de calidad y que pueden, por tanto, contribuir a una sociedad más igualitaria, integrada y equilibrada.

2. Mantenimiento, mejora y medición de la empleabilidad

El mantenimiento y mejora de la empleabilidad se configura en el art. 35 LE como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios de empleo, fruto del deber de trabajar y los derechos «al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente» que el art. 35 CE reconoce a todos los españoles.

36 Véanse algunas consideraciones críticas a la regulación de los colectivos de atención prioritaria en el art. 50 LE en NAVARRO NIETO, F., «Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo», cit. p. 9 s.

Como deber, enlaza con el acuerdo de actividad que debe formalizarse entre la persona demandante de los servicios de empleo y el correspondiente servicio público de empleo y que, a tenor del art. 3.f) LE establece derechos y obligaciones para incrementar la empleabilidad de aquella. No se puede negar una responsabilidad de la persona para adquirir los conocimientos, competencias y aptitudes que mejoren su empleabilidad, tanto para acceder al primer empleo, como, una vez empleado, para mantener su puesto de trabajo y progresar profesionalmente o adaptarse a los cambios y exigencias del mercado de trabajo, a las nuevas exigencias productivas o a las nuevas formas de prestación del trabajo y reciclarse, cuando sea necesario. Pero esa vertiente individual debe complementarse con factores relacionados con la empresa, el funcionamiento del mercado de trabajo o el conjunto de la economía y con una responsabilidad social, que proporcione las condiciones que posibiliten el acceso a un trabajo decente y el desarrollo de una carrera profesional³⁷. Y, en todo caso, con su derecho a la empleabilidad, cuyo principal garante es la propia Administración Pública³⁸.

El art. 299 e) LGSS recoge, en concreto, la obligación de las personas beneficiarias de prestaciones de acreditar, cuando sean requeridas para ello, las actuaciones realizadas para «la búsqueda activa de empleo, su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad» y califica de incumplimiento del acuerdo de actividad su no acreditación. No obstante, este deber debe asociarse a la obligación de los servicios de empleo de elaborar el correspondiente itinerario o plan personalizado adecuado al perfil de la persona demandante.

En este sentido, son las entidades públicas y privadas integradas en el Sistema Nacional de Empleo quienes deben orientar sus actuaciones a garantizar el mantenimiento y mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de los servicios de empleo, no debiendo actuar en perjuicio de su profesionalidad. Tampoco respecto de las personas desempleadas beneficiarias de protección económica, frente a los sistemas de *workfare*. Y ello, sin perjuicio de la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica y social, conforme al art. 9.2 CE. En virtud de este mandato, deben atender la diversidad y la igualdad de acceso al desarrollo de capacidades y aplicarse, en particular, a colectivos de atención prioritaria, incluidos los mayores, para reducir las desigualdades y la segregación, también en la educación y la formación, aumentar su participación en el mercado de trabajo y lograr un crecimiento del empleo de calidad socialmente más justo e inclusivo.

Pero sin duda una de las grandes apuestas de la Ley 3/2023, prevista en el art. 36 LE, es la medición de la mejora de la empleabilidad a través de la evolución de la tasa de empleabilidad, complementada con las tasas de intermediación y cobertura, para cuantificar, respectivamente, el impacto y efectividad de las atenciones prestadas durante las transiciones al empleo y la proporción de personas con protección económica y desprotegidas durante el desempleo. De las tres, la realmente novedosa es la tasa de empleabilidad, que pretende garantizar la efectividad del derecho-deber y fomentar la proactividad de las personas demandantes de servicios de empleo en la mejora de su empleabilidad. La tasa de empleabilidad,

37 RAMOS QUINTANA, M.I., «Empleabilidad: una crítica al concepto desde el Derecho del Trabajo», cit. pp. 2 ss.; PÉREZ DEL PRADO, D., «La Ley 3/2023 de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España (primera parte)», cit., pp. 2 ss.

38 PÉREZ DEL PRADO, D., «La Ley 3/2023 de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España (primera parte)», cit., pp. 3-4.

que ha de definirse reglamentariamente, debe tener en cuenta factores externos, relativos a la situación del mercado de trabajo y al concreto sector de actividad y enclave geográfico, pero también la propia actitud, iniciativa o proactividad de la persona interesada, respecto del desarrollo efectivo de las acciones de empleabilidad recomendadas. En concreto, dependerá de variables relacionadas con la incorporación al mercado laboral, con la promoción laboral y formativa y con la adquisición de la capacitación y competencias más demandadas y adecuadas al perfil profesional de la persona demandante de los servicios de empleo.

La medición de la empleabilidad permitirá conocer la situación real de las personas demandantes de los servicios de empleo ante el mercado de trabajo, para guiar la labor de orientación de los servicios de empleo en la toma de decisiones sobre la mejora de su empleabilidad a partir de la realización y seguimiento de los itinerarios individuales y sus servicios asociados. Para guiar esta actuación con fiabilidad y mejorar la empleabilidad resultará esencial la información proporcionada por patrones obtenidos mediante el recurso a algoritmos y herramientas tecnológicas, a partir de evidencias estadísticas que se puedan extraer de los datos e información contenidos en el Sistema y de la propia medición de la mejora de la empleabilidad que resulte de la experiencia.

La tasa inicial se crea a partir del perfilado y determina la atención personalizada y los itinerarios individualizados, pero adquiere un carácter dinámico. Debe ser, por tanto, como las tasas de intermediación y cobertura, actualizada periódicamente. La evolución de la tasa de empleabilidad permitirá medir la capacidad de esas personas, en cada momento, para encontrar un empleo adecuado a sus características académicas y profesionales, teniendo en cuenta el conjunto de cualificaciones, competencias, capacidades y aptitudes por ellas adquiridas.

A través de las evaluaciones de los programas y actividades desarrolladas por los servicios de empleo, podrá también conocerse el grado de eficacia de los distintos instrumentos de empleabilidad. Las tres tasas deben ser públicas y mostrarse desagregadas por sexo y edad. Esa información, con las mejores prácticas desarrolladas en los distintos ámbitos territoriales, permitirán la elaboración y actualización de un catálogo de instrumentos de empleabilidad, labor que el art. 37 LE encomienda al Sistema Nacional de Empleo, que deberá incorporar también las buenas prácticas de otros Estados miembros en el marco de la Estrategia Europea de Empleo. En función del perfilado concreto de la persona demandante de los servicios de empleo, el catálogo deberá orientar las acciones propuestas por los servicios de empleo en los itinerarios personalizados.

IV. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

1. Concepto integral

Pese a no ser un concepto tan novedoso como el de la empleabilidad, se define igualmente en el art. 3, entre los conceptos que la Ley 3/2023 considera básicos, probablemente por su carácter omnicompreensivo y su reiterada alusión a lo largo del texto normativo. La definición se reproduce con matices en el capítulo III del Título III, que regula la intermediación en los arts. 40 a 46.

En concreto, el art. 3.c) define la intermediación laboral como actuaciones «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». Definición clásica que se refuerza a continuación con la inclusión en el concepto, con un enfoque integral, de tres categorías de acciones. Así, junto a la tradicional puesta en contacto y colocación, la intermediación comprende actividades previas de prospección y captación de ofertas de empleo, que exigen a los agentes de intermediación asumir un papel activo, para conocer en qué actividades se precisan o se precisarán empleos, y actividades complementarias de recolocación y de selección de personas trabajadoras, incluso de personas que, si bien no son demandantes actuales de empleo, pueden resultar idóneas para un puesto de trabajo. Unas y otras actividades son realmente necesarias para prestar un servicio de intermediación con garantías de eficiencia y eficacia y para la creación de un empleo de calidad. Expresamente se excluyen, en cambio, del concepto de intermediación laboral en el art. 3.c), a los efectos de la Ley 3/2023, las actividades que se lleven a cabo exclusivamente por medios automatizados, lo que parece dejar al margen los portales digitales de mera intermediación³⁹.

Continuando con ese concepto omnicompreensivo, el art. 40.2.d) LE incluye una cuarta categoría de actuaciones, que consiste en la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo del conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares, en especial si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria, no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral. Ello implicará, en su caso, facilitar la prestación del catálogo de servicios garantizados a personas demandantes de servicios de empleo en el art. 56 LE: diagnóstico y elaboración de perfiles e itinerarios personalizados —con acciones de formación, identificación de alternativas laborales y actuaciones de búsqueda activa de empleo—, tutorización y asesoramiento individualizado y continuado, formación para una mayor capacidad de inserción, asesoramiento para autoempleo y emprendimiento, intermediación eficiente, interacción digital para facilitar accesibilidad a la información, movilidad geográfica o libre circulación, protección social precisa para el mantenimiento de un nivel de vida digno durante la transición o la elaboración de un expediente laboral personalizado único. Estos llamados servicios garantizados constituyen, a modo de derechos subjetivos, otra de las grandes apuestas de la Ley 3/2023.

Es cierto que, en contrapartida, las personas demandantes de servicios de empleo están también sujetas, salvo causa justificada, a los compromisos recogidos en el art. 58 LE, como colaborar activamente con los servicios públicos de empleo en la elaboración del perfil, la mejora de su empleabilidad y el diseño del itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado; desarrollar las actividades para la mejora de la empleabilidad propuestas en el itinerario o plan personalizado; cumplir las acciones de formación, sometiéndose a las correspondientes evaluaciones; mantener una actitud activa para mejorar su empleabilidad; manifestar cambios de domicilio y circunstancias relevantes para el disfrute adecuado de los servicios de empleo o, en caso de personas desempleadas, aceptar ofertas de empleo adecuadas. Compromisos que resultan también de la suscripción del acuerdo de actividad definido en el art. 3.f)⁴⁰.

39 No así, en cambio, cuando se dote al portal de un registro para la organización y casación de ofertas y demandas. En este sentido, NAVARRO NIETO, F., «Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo», cit. p. 12.

40 Acuerdo documentado suscrito entre la persona demandante de servicios de empleo y el correspondiente servicio en el que se fijan los derechos y obligaciones de las partes para incrementar la empleabilidad de aquella, atendiendo, en su caso, a las necesidades de los colectivos prioritarios.

Ahora bien, las sanciones que el art. 47.2 de la LISOS impone al incumplimiento de esos compromisos, cuando no se trata de personas beneficiarias de prestaciones de desempleo, es la mera suspensión de los servicios garantizados que les reconoce el art. 56 LE, durante uno, tres y seis meses⁴¹. En el caso de solicitantes y beneficiarios de prestaciones, las infracciones se tipifican en los arts. 24 a 26 LISOS y la sanción, prevista en el art. 47.1, dependerá de la calificación de la infracción y de su reiteración antes del transcurso de 365 días, variando desde la pérdida de un mes de prestación por la primera infracción leve, hasta la extinción de prestaciones por la cuarta infracción leve, tercera grave o la primera muy grave.

Por lo demás, las actividades de recolocación y las de selección de personal, reguladas en los arts. 44 y 45 LE, forman también parte de las actividades de intermediación y pueden ser desarrolladas directamente por los servicios públicos de empleo o en coordinación o colaboración con agencias de colocación, que pueden estar especializadas en esos ámbitos.

La actividad de recolocación⁴² puede desarrollarse en los términos señalados en el plan social que acompañe al despido colectivo de más de 50 trabajadores⁴³, durante un período mínimo seis meses, procurando, en particular, el retorno al mercado de trabajo de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, cuyos contratos se hayan extinguido por despido colectivo después de los cincuenta y dos años, evitando toda discriminación por razón de edad. Puede comprender actividades de formación y reciclaje profesional, asesoramiento técnico y profesional, fomento de trabajo autónomo, intermediación con Administraciones Públicas y empresas privadas para facilitar recolocación, incluso medidas dirigidas a los trabajadores que mantienen su empleo... Pero también puede implantarse en otros supuestos vinculados igualmente a extinciones de contratos en procesos de reestructuración de la empresa en los que no se requiera plan social y que, por tanto, no sean obligatorios programas de recolocación. Expresamente se prevé la posibilidad de su ejecución a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno.

Las actividades de selección de personal deben prestarse, en todo caso, como servicio público, con sometimiento, en caso de que se presten por agencias de colocación, al régimen de las mismas y, en particular, a los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo. Parece que la Ley 3/2023, a diferencia del régimen anterior, exige su constitución como agencias de colocación incluso si actúan con meras agencias especializadas de selección con ánimo de lucro. Y aun cuando el método de reclutamiento de la persona idónea

41 El art. 17 LISOS tipifica como infracciones leves, graves o muy graves los incumplimientos por las personas demandantes de empleo de no comparecer ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación, no entregar en plazo el justificante de haber comparecido para cubrir una oferta de empleo, no cumplir exigencias del acuerdo de actividad, rechazar una colocación adecuada, negarse a participar en actividades de mejora de la empleabilidad propuestas en el itinerario o plan personalizado o la connivencia con empresarios o beneficiarios de ayudas y subvenciones, para la acreditación o justificación de acciones formativas inexistentes o no realizadas —en cuyo caso quedarán excluidos durante 6 meses del derecho a participar en acciones de formación para el empleo—.

42 Sobre las agencias de recolocación, antes de la reforma, Sáez Lara, C., «Espacio y funciones de las empresas de recolocación», en TL, núm. 107, 2010, pp. 337 ss. Las empresas de recolocación o *outplacement* tenían ya la consideración, en la normativa anterior, de agencias de colocación especializadas.

43 En los términos previstos en el art 51.10 ET, desarrollado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo,

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.

Un buen funcionamiento del mercado de trabajo exige, sin duda, una eficiente labor de intermediación, con el objeto de facilitar el encuentro entre el demandante y el oferente de empleo. Pero también resulta fundamental conocer las necesidades empresariales y conectarlas con la cualificación de los trabajadores, para evitar problemas de sobre o subcualificación, vincular estrechamente las necesidades de la oferta y de la demanda y diseñar programas para mejorar la empleabilidad de las personas desempleadas. Esta polifuncionalidad, que incluye como colocación especializada las actividades de recolocación y de selección, permite crear verdaderos servicios integrados de empleo, próximos a la configuración amplia de los mismos que resulta del Convenio núm. 181 OIT.

2. Los agentes de intermediación

Ya desde una perspectiva funcional, la intermediación, a la que el art. 42 LE reconoce carácter de servicio público con independencia del agente actuante⁴⁴, ha de realizarse, conforme al art. 41, «únicamente a través de» servicios públicos de empleo, de agencias de colocación en coordinación o colaboración con los servicios públicos, incluidas las especializadas en la recolocación o en la selección y de los servicios que reglamentariamente se determinen para o con los trabajadores en el exterior. Como se verá la expresión entrecomillada permite la intermediación de otras entidades.

En cualquier caso, son los servicios públicos de empleo de comunidades autónomas y Estado quienes deben garantizar a personas trabajadoras y entidades empleadoras, en el ámbito de sus respectivas competencias, un servicio público de intermediación eficaz, de calidad y sin barreras geográficas, para el conjunto del Estado y del Espacio Económico Europeo. Y pueden hacerlo directamente o a través de agencias de colocación. No se discute, en ningún caso, la configuración de la intermediación o empleo como servicio público, consagrada, por lo demás, en el Convenio núm. 88 OIT⁴⁵.

2.1. Servicios públicos de empleo. Instrumentación de la colaboración público-pública o pública-privada

Los servicios públicos de empleo de titularidad estatal y autonómica integran el Sistema Nacional Empleo y se regulan en el Título II de la Ley 3/2023. Participan en la implantación de

44 Autor, D.H., *Studies of labor market intermediation*, National Bureau of Economic Research (Chicago 2009) define en el capítulo introductorio a los intermediarios del mercado de trabajo, públicos o privados, como «*entities or institutions that interpose themselves between workers and firms to facilitate, inform, or regulate how workers are matched to firms, how work is accomplished, and how conflicts are resolved*».

45 El art. 1 Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88) declara la obligación de los Estados para los que esté en vigor el convenio de «mantener o garantizar [...] un servicio público y gratuito del empleo», cuya función esencial, «en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados», debe ser la de «lograr la mejor organización posible del mercado del empleo».

las políticas de empleo, con la colaboración de las corporaciones locales y otras entidades, públicas o privadas que actúan en coordinación o colaboración con los servicios públicos.

El art. 18 LE autoriza la creación de la Agencia Española de Empleo, para la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de las políticas activas de empleo y de protección por desempleo. En el marco de las competencias existentes en la materia, el art. 22.h) LE atribuye a la Agencia la gestión de servicios y programas de intermediación y políticas activas para la integración de trabajadores migrantes, así como otros servicios o programas que requieran una coordinación unificada por afectar a un ámbito superior al de una comunidad autónoma.

Por su parte, se atribuye a los servicios públicos de empleo autonómicos, en sus respectivos ámbitos, el desarrollo de las políticas activas de empleo y la garantía de la prestación de los servicios comunes y complementarios de empleo. Pueden hacerlo, conforme al art. 23 y 24 LE, dotándose de los medios materiales y humanos necesarios o recurriendo a corporaciones locales o a otras entidades, públicas o privadas, que colaboren con los mismos. A tal efecto, las normativas autonómicas podrán establecer los instrumentos de diseño, planificación y coordinación de la política autonómica de empleo, en relación con los objetivos y directrices que marcan la estrategia y planes a alcanzar en el conjunto del Estado, así como sus propios programas de empleo y de fomento de la actividad económica en su ámbito territorial y desarrollar y la cartera complementaria de servicios de empleo. Destaca, ciertamente, la dimensión descentralizadora que, para ser efectiva, debe adaptarse a las necesidades reales del entorno geográfico inmediato, a las demandas de empleo locales y a los nuevos yacimientos de empleo. Al margen de la crítica que la falta de protagonismo suficiente de las entidades locales en la Ley 3/2023 pueda merecer en el ámbito concreto de la intermediación, cabe esperar un encaje adecuado en la respectiva planificación autonómica a través de los correspondientes instrumentos de colaboración e incluso, en su caso, mediante la representación de las entidades locales en los órganos autonómicos de participación institucional.

Si bien la Ley 3/2023 insta al fortalecimiento de los medios públicos, para una mayor efectividad en la intermediación laboral, regula también la colaboración público-privada o público-pública a través de acuerdos de coordinación o convenios de colaboración formalizados, en su respectivo ámbito territorial, entre los servicios públicos de empleo competentes y agencias de colocación. Prevé, para estos casos, el seguimiento y evaluación de las actividades de intermediación desarrolladas por las agencias de colocación por parte de los servicios de empleo en el respectivo territorio. Lógicamente, para ello, estos deberán conocer los resultados cualitativos y cuantitativos de intermediación de las agencias a evaluar.

La consideración de la intermediación laboral como servicio público, con independencia del agente que la realice, implica la actuación con total transparencia, la información sobre el desarrollo de la actividad y la aplicación a la actuación de los objetivos y principios rectores de la política de empleo en los términos recogidos en los arts. 4 y 5 LE⁴⁶.

46 Objetivos como la generación de mercados inclusivos, respetando el principio de igualdad y no discriminación, la ausencia de sesgos y el fomento de la corresponsabilidad, la creación de empleos estables y de calidad, la capacitación para el acceso, el mantenimiento y la progresión profesional, la atención personalizada y especializada en el caso de colectivos prioritarios, la eficiencia en la intermediación, la integración de la información, la movilidad funcional, sectorial y geográfica, el fomento del emprendimiento viable, el mantenimiento de un nivel de vida digno durante las

El art. 41.2 LE contempla de forma expresa la posibilidad de que, sin necesidad de constituirse como agencias de colocación, otras entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los servicios públicos de empleo puedan realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación para favorecer la inserción laboral de las personas que participan en dichos programas y en los términos que fije la normativa que los regule. Exime, pues, a estas otras entidades de la necesidad de constituirse como agencias de colocación. Al respecto, conviene recordar que han sido múltiples las entidades que han colaborado de forma significativa en la actividad de intermediación y colocación no lucrativa en el mercado de trabajo, mediante la creación de bolsas de empleo. En particular, corporaciones locales, cámaras de comercio, asociaciones sindicales y organizaciones no gubernamentales, centros de formación o centros docentes, universidades, asociaciones, colegios profesionales y otras entidades o instituciones de naturaleza pública o privada, que desempeñan igualmente funciones de índole pública o social y participan en programas públicos de orientación, formación e inserción profesional o colaboran con los servicios públicos de empleo, con su propio régimen jurídico y de financiación⁴⁷.

En este sentido, el art. 32.5 LE regula la celebración de contratos-programa de naturaleza administrativa para la ejecución de políticas activas de empleo entre los servicios públicos de empleo estatal y autonómicos y otras entidades del sector público, como entidades locales, universidades públicas y cámaras de comercio, industria, servicios y navegación. Han de garantizar los principios de publicidad, objetividad, transparencia y no discriminación y dotarse de un contenido mínimo —que ha de contener una descripción de los servicios y programas de activación, objetivos a alcanzar, compromisos para las partes, financiación de carácter no subvencional de los servicios públicos, seguimiento y evaluación, vigencia de hasta cuatro años y causas de resolución—. Estos contratos-programas, salvo que tengan la consideración de contratos públicos, quedan al margen de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Por su parte, las agencias de colocación pueden actuar de forma autónoma pero coordinada con los servicios públicos de empleo o como entidades colaboradoras de los mismos mediante suscripción convenio de colaboración con los servicios públicos o, en su caso, como señala el art. 41.1.b) LE, con sujeción al acuerdo marco previsto en la disposición adicional 31.ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. El acuerdo marco, que ha de ajustarse a la regulación de los arts. 219 y siguientes de la misma Ley, puede suscribirse por la Agencia Española de Empleo y/o algunos de los organismos autonómicos de empleo de forma conjunta, por una parte, y una o varias entidades privadas, por la otra parte. Requiere la previa adopción del correspondiente convenio entre los organismos públicos de empleo integrados en el Sistema Nacional de Empleo implicados. El objeto de estos acuerdos marco es la fijación de condiciones comunes para la contratación de servicios de características homogéneas. Deben facilitar el desarrollo de políticas activas de empleo y pueden incluir todas o alguna de las iniciativas públicas a adjudicar en un período determinado, si bien queda al margen la intermediación vinculada a procedimientos de selec-

transiciones... Y principios rectores como la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, sin perjuicio de la generación de mercados de trabajo inclusivos para facilitar la empleabilidad de colectivos desfavorecidos, la transparencia, la protección de datos personales, la colaboración y coordinación con los servicios públicos, la atención personalizada y dirigida a la activación, la eficacia y eficiencia y la adecuación a las peculiaridades del territorio.

47 Ampliamente sobre el tema, SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Comares, Granada, 2009, pp. 164 ss.

ción de personal laboral por parte de las Administraciones públicas, que se reserva en exclusiva y de manera directa a los servicios públicos de empleo. No pueden tampoco falsear ni obstaculizar la competencia.

Más en concreto, el contenido de los acuerdos suscritos entre los servicios de empleo y las agencias de colocación podrá prever la posibilidad de derivar a las agencias para prestar servicios de intermediación a personas demandantes de empleo o, si se garantiza la gratuidad del servicio a las entidades empleadoras, a empresas usuarias de los servicios. Ello sin perjuicio de la posibilidad de que las personas y empresas demandantes de servicios de empleo puedan concertar directamente con las agencias la prestación de servicios de intermediación. La gratuidad para las personas trabajadoras está garantizada también en este caso⁴⁸, no así para las empresas.

La colaboración con las agencias de colocación puede consistir en subvenciones, contratación administrativa u otras fórmulas jurídicas ajustadas a Derecho. Con todo, la financiación con fondos públicos exigirá la medición de la eficacia de su actividad, conforme a los indicadores que deberán desarrollarse reglamentariamente en los términos previstos en el art. 46 LE. Y si las agencias actúan con ánimo de lucro, deberán al menos realizar con fondos propios el 60 por ciento de su actividad.

Por lo demás, se han de potenciar, en concreto, convenios para la ejecución de programas para proteger colectivos o territorios con necesidades específicas a causa de la despoblación o de transiciones o transformaciones productivas.

2.2. Agencias de colocación

Actualmente se tiende a considerar que los intermediarios privados pueden contribuir, junto con los servicios públicos de empleo, a lograr un funcionamiento más eficiente del mercado de trabajo, siempre bajo una regulación y control públicos para proteger a las personas que demandan empleo y a los colectivos prioritarios en particular. Se deben evitar distorsiones que podrían derivarse de una gestión predominantemente privada y economicista de un servicio público de colocación, en términos de rentabilidad, como la atención solo de personas más fácilmente empleables o la creación de cualquier empleo, aunque sea precario. Su contribución no debe suponer, en ningún caso, degradación o remoción de los servicios públicos⁴⁹.

48 Art. 42.4 LE. La prohibición de las agencias de empleo privadas de cobrar a los trabajadores, directa o indirectamente, en todo o en parte, ningún tipo de honorario o tarifa viene impuesta en el art. 7.1 del Convenio núm. 181 OIT sobre las Agencias de Empleo Privadas, de 1997. Los trabajadores han de disfrutar de la protección garantizada por el Convenio respecto, entre otras medidas, la gratuidad del servicio, la prevención de prácticas discriminatorias y la protección de la vida privada en relación con el tratamiento de datos personales.

49 SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., «La intermediación laboral tras la Ley 35/2010 y la Ley 3/2012», en DL, núm. 95-96, 2012, p. 112. El propio RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, reconoce en su preámbulo que debe preservarse «en todo caso la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico, de forma que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación».

El recelo hacia la colaboración público-privada, en buena medida superado, puede comprenderse con un breve repaso de las etapas por las que ha pasado el sistema español, junto con otros ordenamientos de nuestro entorno, respecto de la participación de la iniciativa privada en el empleo⁵⁰, condicionado en gran medida por el marco normativo internacional⁵¹. Este marco no siempre permitió la intermediación en el mercado de trabajo de las agencias privadas, lo que condujo durante buena parte del siglo XX a la supresión generalizada de las agencias lucrativas, a la asunción por el Estado del servicio de colocación, a lo sumo compartida por agencias no lucrativas, y a un monopolio o cuasi monopolio público de la intermediación.

La admisión de la iniciativa privada fue impulsada en el contexto supranacional por la jurisprudencia del TJUE, que conceptuó como servicio, a efectos del Derecho de la UE, la actividad de colocación y consideró que el monopolio de los servicios públicos y las limitaciones no justificadas a la iniciativa privada vulneraban, en determinadas situaciones, el derecho de la competencia y libertades fundamentales de la UE⁵². Aunque en la justificación de esa evolución se hallan también razones de eficacia y eficiencia⁵³.

50 Más ampliamente, FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Evolución de las agencias de colocación: más de veinte años de experiencia en el mercado español», en *Cambio laboral y políticas inclusivas*, obra colectiva, Universitat de València, Valencia, 2017, pp. 87 ss.

51 En el ámbito de la OIT, ya tempranamente el art. 2 Convenio sobre el desempleo, 1919 (núm. 2) impuso un sistema restrictivo de agencias públicas no retribuidas de colocación, contrario a la existencia de agencias lucrativas de empleo por el «abuso mercantilista» y la «negociación con mercancía humana» que caracterizó la etapa de finales del siglo XIX y comienzos del XX. Véase SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas...* cit., p. 44. Este modelo se desarrolló posteriormente en los arts. 2 y 4 Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (núm. 34), con su supresión y la exigencia de autorización, limitaciones y control a las agencias retribuidas sin fines lucrativos. El Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 (núm. 96) ya permitió a los Estados ratificantes optar por aceptar, alternativamente, las disposiciones de la parte II o III —que preveían, respectivamente, la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos con excepciones y la reglamentación de las demás agencias de colocación, o bien la admisión de las agencias retribuidas de colocación, incluso con fines lucrativos, con regulación y autorización—. No obstante, fueron mayoritarias las ratificaciones aceptando las disposiciones de la parte II, lo que condicionó en muchos países la entrada de la iniciativa privada en el mercado de trabajo durante casi cinco décadas.

52 Véanse SSTJUE, de 18 de enero de 1979, asunto van Wesemael, 110/78 y 111/78, ECLI:EU:C:1979:8; de 23 de abril de 1991, asunto Klaus Höfner & Fritz Elser vs. Macrotron, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161; de 10 de diciembre de 1991, asunto Mercati Generali di Genova, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464; de 19 de octubre de 1995, asunto Job Centre I, C-111/94, ECLI:EU:C:1995:340; de 11 de diciembre de 1997, asunto Job Centre II, C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603; de 8 de junio de 2000, asunto Giovanni Carra y otros, C-258/98, ECLI:EU:C:2000:301; de 19 de junio de 2001, asuntos acumulados C-9/01 Monnier, C-10/01 Van Ankeren, C-11/01 Govan Sports y C-12/01 Govan Sports, ECLI:EU:C:2001:344; de 15 de junio de 2006, asunto Comisión contra Francia, C-255/04, ECLI:EU:C:2006:401 y de 11 de enero de 2007, asunto ITC Innovative Technology Center GmbH, C-208/05, ECLI:EU:C:2007:16.

53 Informe preparado por PwC para Asempleo, *La colaboración público-privada en el mercado de trabajo. Experiencias comparadas y posibilidades para España*, accesible en http://www.asempleo.com/servicio/informes/Informe_CPÁGS.pdf, p. 16.

Con todo, no existe ciertamente en el Derecho de la Unión Europea, ni siquiera en la actualidad, norma alguna que regule la actividad de las agencias de colocación o de los servicios públicos de empleo⁵⁴, más allá de la Directiva 2008/104/CE, de empresas de trabajo temporal, que no regula propiamente su actividad sino un marco de protección para los trabajadores cedidos armonizado a escala comunitaria. El art. 29 CDFUE se limita a reconocer, genéricamente, el derecho de toda persona «a acceder a un servicio gratuito de colocación». Y el Título IX del TFUE, dedicado al Empleo, pretende facilitar el desarrollo de la estrategia coordinada para el empleo entre los Estados miembros y la UE. Ni siquiera en las directrices y orientaciones del Consejo a los Estados miembros se mencionan las agencias, pese a que sí se destaca el papel relevante de los servicios públicos de empleo en la activación y atención personalizada, para cubrir las necesidades presentes y futuras del mercado laboral y llevar a cabo una gestión basada en el rendimiento, facilitada también por la digitalización, favoreciendo mercados laborales integradores, que garanticen la igualdad y no discriminación⁵⁵.

Por su parte, la apertura de la OIT hacia la iniciativa privada se materializó formalmente con la aprobación del Convenio núm. 181, sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, que reconoce un cambio de contexto y crea un marco permisivo para las agencias⁵⁶ y protector para los trabajadores⁵⁷, que incluye no solo actividades de puesta en contacto y colocación, sino también de cesión de trabajadores y otros servicios relacionado con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente y previa consulta con las organizaciones sindicales y patronales más representativas. Utiliza, pues, un concepto amplio de agencias de empleo, que incluye a las empresas de trabajo temporal.

El Convenio no impulsa, en cambio, la colaboración de las agencias con los servicios públicos de empleo. Es la Recomendación núm. 188, sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, la que sugiere en sus disposiciones 16 y 17 fomentar su participación institucional, por una parte, para la puesta en práctica de una política nacional de organización del mercado de

54 Sobre la oportunidad de contar en el marco de la UE con un Reglamento sobre empleo, que dote de una regulación conjunta y uniforme de la intermediación laboral y que establezca una estructura pública de empleo, que cuente con la colaboración de la iniciativa privada y asegure la solvencia, transparencia y colaboración de todas las entidades, así como un umbral mínimo de derechos garantizados en relación con el empleo, véase APARICIO TOVAR, J., BAYLOS GRAU, A.P., CABEZA PEREIRO, J., «Estado social, derecho al trabajo y política de empleo», en *Revista de Derecho Social*, núm. 100, 2022, pp. 34 s.

55 Véase Directriz n.º 7: «Mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo» de las Directrices integradas Europa 2020, según revisión de 2015, accesible en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/pnr/observatorio/2016/junio/Directrices.pdf y Orientación n.º 7: «Mejorar el buen funcionamiento de los mercados laborales y la eficacia del diálogo social» de la Decisión (UE) 2020/1512 del Consejo de 13 de octubre de 2020 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, DOUE-L-2020-81520, núm. 344, de 19 de octubre de 2020.

56 Aunque autoriza a los Estados a prohibir, en determinadas circunstancias y para ciertas categorías de trabajadores o ámbitos de la actividad, las agencias privadas y a excluir a los trabajadores de ciertas ramas de actividad del ámbito del Convenio, o de algunas de sus disposiciones.

57 Véase WYNN, M., «Power politics and precariousness. The regulation of temporary agency work in the European Union», en *Temporary work, agencies and unfree labour: Insecurity in the new world of work*, obra colectiva, Routledge, London, 2014, pp. 51 s.

trabajo, a través organismos con representación de los servicios públicos y de las agencias privadas, así como de las organizaciones sindicales y patronales más representativas, así como su colaboración mediante actuaciones como la puesta en común de informaciones, intercambios de anuncios de vacantes, promoción de proyectos conjuntos —por ejemplo en materia de formación—, conclusión de convenios sobre la ejecución de ciertas actividades —como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración—, formación del personal o consultas regulares para mejorar las prácticas profesionales.

En España, la evolución desde el sistema de monopolio a la colaboración público-privada y la admisión de las agencias lucrativas se realizó incluso con más retraso e impulsada, en las distintas reformas, por contextos caracterizados por situaciones de crisis económica y tasas elevadas de desempleo⁵⁸. Tras una etapa inicial de apertura, que facilitó la descentralización y la existencia de agencias no lucrativas de colocación y se extendió casi dos décadas, se legalizan y regulan, en 2010, las agencias lucrativas de colocación⁵⁹, garantizando a las personas trabajadoras la gratuidad exigida por el Convenio núm. 181 OIT. Desde la Estrategia Española de Empleo 2012-2014⁶⁰ se ha incluido entre los objetivos vinculados al empleo la apertura y reforzamiento de la colaboración público-privada en el mercado de trabajo, que se ha desarrollado en los sucesivos planes anuales de políticas de empleo, aun manteniendo el protagonismo de los servicios públicos de empleo. En 2012, la apertura se extiende a las empresas de trabajo temporal⁶¹ y en 2014, se simplifica el régimen de constitución de las agencias de

58 En efecto, el contexto de crisis y desempleo favoreció la tímida apertura a la iniciativa privada de la intermediación en el mercado laboral que inició el RD-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, con la eliminación del anterior modelo de monopolio público, estatal y centralizado, que excluía no solo la iniciativa privada, lucrativa y no lucrativa, sino también la intervención de otros servicios públicos. Esta primera reforma inició una etapa de transición, que permitió la descentralización territorial, a través de los servicios públicos autonómicos, y la admisión de agencias no lucrativas de colocación, públicas o privadas, tras un intenso debate público. Véase, al respecto, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., «Spain», en *Temporary agency work and the information society*, obra colectiva, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004. Quedaban, no obstante, excluidas de la intermediación las agencias lucrativas, así como las empresas de trabajo temporal, que hasta la reforma por el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero de los arts. 1 y 2.1.b) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, únicamente podían dedicarse a la contratación de trabajadores para su cesión temporal a empresas usuarias. En relación con el contexto de crisis financiera del proceso de liberalización con admisión ya de agencias lucrativas, acometido a partir del RD-ley 10/2010, de 16 de junio (materializado después en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre), puede consultarse el preámbulo del RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

59 RD-ley 10/2010, convertido después en la Ley 35/2010.

60 Punto 4 de la estrategia aprobada por el RD 1542/2011, de 31 de octubre «Marco de actuación del Sistema Nacional de Empleo».

61 A las que se habilita para actuar, además de como empresas de contratación y cesión de trabajadores, como agencias de colocación, con los requisitos y régimen jurídico de estas. Y, desde entonces se ha potenciado su papel como agencias integradas de empleo, auténticas empresas de servicios de empleo, dinamizadoras del mercado de trabajo. Se le han ido atribuyendo actividades de formación profesional, de asesoramiento y consultoría de recursos humanos o la posibilidad de concertar contratos formativos y, tras el RD-ley 32/2021, contratos fijos-discontinuos.

colocación⁶² y se configura el marco normativo, a través de la licitación y contratación de los servicios de agencias de colocación para formalizar la colaboración pública, actualmente instrumentalizado a través de la Ley 9/2017.

Las agencias de colocación se regulan por el art. 43 LE y el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, previo a la Ley, en lo que resulte de aplicación. Son entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que, en colaboración o coordinación con el correspondiente servicio público de empleo, realizan actividades de intermediación laboral en el sentido integral de la Ley 3/2023. Deben actuar, con independencia de su naturaleza, pública o privada, como buscadores de empleo —*job seekers*⁶³— y pueden desarrollar actividades de prospección y captación de ofertas de trabajo, puesta en contacto de ofertas y demandas de trabajo, actividades relacionadas con la búsqueda de empleo —incluidos apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral— y actividades de recolocación o de selección de personal —valorando capacidades de los candidatos a contratar por la empresa e identificando a los que resulten más idóneos, evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad—.

Para su actuación como tales en todo el territorio del Estado, basta la presentación de una declaración responsable ante el servicio público de empleo competente de la Comunidad o ciudad autónoma en la que tengan su establecimiento principal. Deberá constar que la agencia está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de SS, que está debidamente constituida e inscrita en el registro correspondiente —si es una persona

-
- 62 La Ley 18/2014, de 15 octubre, para adaptarse a los principios de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, sustituye el requisito de autorización previa por una mera declaración responsable. La autorización se mantiene, en cambio, para las empresas de trabajo temporal, aunque se suprimen limitaciones en relación al ámbito territorial de actuación. La supresión, no exenta de críticas, se introdujo antes en otros Estados, algunos de los cuales la reintrodujeron de nuevo. Véanse WYNN, M., «Regulating Rogues: Employment Agencies, Gangmasters and Sections 15-18 Employment Act 2008», en *Industrial Law Journal*, núm. 38, 2009, pp. 64 ss.; VAES, T., VANDENBRANDE, T., *Implementing the new temporary agency work directive*, Katholieke Universiteit Leuven, Leuven, 2009, p. 24; VAN LIEMT, G., *Private employment agencies in the Netherlands, Spain and Sweden*, International Labour Office, Sectoral Activities working paper; Núm. 290, Geneva, 2013, https://www.researchgate.net/publication/286379458_Private_employment_agencies_in_the_Netherlands_Spain_and_Sweden, p. 14.; VOSS, E.; VITOLS, K.; FARVAQUE, N.; BROUGHTON, A.; BEHLING, F.; DOTA, F.; LEONARDI, S.; NAEDENOEN, F., *The Role of Temporary Agency Work and Labour Market Transitions in Europe: Institutional frameworks, empirical evidence, good practice and the impact of social Dialogue*, Final report for the Joint Eurociett/UNI Europa Project «Temporary Agency Work and Transitions in the Labour Market», Hamburg, 2013, accesible en http://www.ciett.org/fileadmin/templates/eurociett/docs/Social_dialogue/Transitions_project/Report/2013.02.08_-_Full_report_on_the_role_of_TAW_and_labour_market_transitions.pdf, p. 31; CARBY-HALL, J., «The Morecambe Bay tragedy, its outcome and its future», en *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en la situación de las gentes del mar*, obra colectiva, Bomarzo, 2016, pp. 341 ss.
- 63 MOLINA NAVARRETE, E., «Público y privado en el mercado de empleo: hacia una nueva síntesis cooperativo-competitiva (claves de un modelo paternal de servicios de empleo)», en *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, obra colectiva, Bomarzo Albacete, 2011, p. 41.

jurídica— y que no incurre en causa que le prohíba contratar con la Administración. Presentada la declaración, pueden iniciar su actividad, sin perjuicio de la comprobación y control que puedan ejercer las administraciones competentes. Deberán, no obstante, disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo y suministrarles la información que se determine reglamentariamente, con la periodicidad y la forma que se establezca a fin de que aquellos puedan conocer las agencias que operan en su territorio y la información proporcionada pueda integrarse en un sistema electrónico común. Deben, además, respetar la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras, cumplir la normativa de protección de datos y gratuidad para los trabajadores, cumplir la normativa laboral y de Seguridad Social y garantizar la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, siempre que las personas trabajadoras se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate y, en particular, facilitar la accesibilidad universal y no exclusión de las personas con discapacidad. El incumplimiento de estas obligaciones o el falseamiento de la declaración responsable le impedirá actuar, con ese u otro nombre o razón social, durante los dos años siguientes a su baja, sin perjuicio de otras sanciones que puedan imponérsele.

EMPLEO Y JÓVENES

EMPLOYMENT AND YOUNG PEOPLE

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
en la Universidad Autónoma de Barcelona¹.
eduardo.rojo@uab.cat

Palabras clave: jóvenes, empleo, Ley, contrato, prácticas, educación

Keywords: youth, employment, Law, contract, internship, education, traineeship

Resumen: El artículo, cuyo origen se encuentra en la ponencia presentada el 15 de junio en el Seminario, aborda la problemática de los jóvenes y el empleo, con el punto de referencia de la Ley de Empleo. En primer lugar, se examinan datos estadísticos sobre la población juvenil española y su acercamiento al mundo laboral. En segundo lugar, es objeto de atención la citada Ley, los preceptos que se refieren directamente a la juventud, y otras normas que le afectan. Por último, se formulan algunas reflexiones, a modo de propuestas de actuación para la mejora de la situación laboral del colectivo,

Abstract: The article, which originates from the paper presented at the Seminar on 15 June, deals with the issue of young people and employment, with the Employment Act as a reference point. Firstly, statistical data on the Spanish youth population and their approach to the world of work are examined. Secondly, attention is given to the aforementioned Law, the precepts that refer directly to young people, and other regulations that affect them. Finally, some reflections are formulated, by way of proposals for action to improve the employment situation of this group,

I. INTRODUCCIÓN

Los días 15 y 16 de junio se celebró en la Facultad de Derecho del Campus de Ourense de la Universidad de Vigo el Seminario internacional «Mantenimiento y recuperación del empleo. Colectivos de atención prioritaria»² En la presentación del programa se explicaba que «... acogerá un seminario internacional centrado en el mantenimiento y recuperación del empleo, en el que se prestará especial atención a los colectivos de atención prioritaria en este ámbito por razón de género, edad o diversidad funcional. Abordará, desde un punto de vista principalmente jurídico, pero también desde disciplinas como la economía, el análisis crítico de

1 Fecha de finalización del artículo: 30 de junio.

2 <https://www.uvigo.gal/universidade/comunicacion/axenda/seminario-internacional-mantenimiento-recuperacion-empleo-colectivos-atencion-prioritaria> (consulta: 13 de junio)

las políticas de empleabilidad en el contexto de la implantación de un nuevo paradigma de sistema productivo y económico marcado por lo digital»³.

El Seminario giró alrededor del examen de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de empleo, que tuvo su origen en el Informe elaborado por un grupo de investigadores e investigadoras de la Universidad de Vigo, a cuyo frente se encontraban quienes coordinaron el Seminario, el profesor Jaime Cabeza y la profesora Marta Fernández, si bien ciertamente primero el Anteproyecto, después el Proyecto, y finalmente la Ley aprobada tras el trámite parlamentario, lo despojaron de aspecto especialmente importantes de su contenido, en concreto buena parte del relativo a la participación de las Corporaciones Locales en las políticas de empleo.

En la presentación de mi exposición agradecí la invitación formulada por el comité organizador y manifesté mi satisfacción por compartir dos días de trabajo con estimadas compañeras y compañeros del mundo académico español, y también con relevantes figuras laboristas de otros Estados europeos. También expuse que no dejaba de ser curioso que se asignara la intervención sobre el colectivo juvenil a una persona que, como en mi caso, está ya «tocando» la jubilación por cumplimiento de la edad prevista en la normativa aplicable, y que suponía que lo habían hecho porque creían que podía aportar algunas luces sobre cómo prestar atención, primero, analizar la normativa, después, y formular propuestas, por último, sobre cómo abordar la realidad laboral de la juventud, unida por supuesto muy estrechamente a la educativa y formativa, manifestando que iba a tratar de dar a dar respuesta a la petición formulada.

Siguiendo el esquema de mi intervención oral, en primer lugar, examinaré algunos datos estadísticos sobre la población juvenil española y su acercamiento al mundo laboral. En segundo lugar, me detendré en el examen de la LE, o más concretamente de los preceptos que se refieren directamente a la juventud, aun cuando no deben haber dudas de que toda la norma es de afectación a este colectivo, sin olvidar que hay otras normas que le afectan también muy directamente, como son por ejemplo la contratación de formación en alternancia y la regulación de las prácticas educativas-laborales, y en especial en el Plan de Garantía Juvenil 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes. Por último, formularé algunas reflexiones, a modo de propuestas de actuación para la mejora de la situación laboral de dicho colectivo, en una línea semejante a la ya expuesta por mi parte en anteriores intervenciones públicas, artículos doctrinales y entradas publicadas en mi blog sobre la juventud.

Las reflexiones que realizaré a continuación son las propias de una persona de edad avanzada que ha estado en contacto con jóvenes universitarios desde hace casi cincuenta años y que ha visto pasar delante suyo muchísimas y diversas realidades económicas y sociales que han afectado a los jóvenes a los que he impartido docencia. Se trata de tener una visión global del empleo (y desempleo) juvenil, ámbito de estudio personal desde hace muchos años, animado para ello en sus inicios por quien fuera mi maestro el jesuita Joan N. García-Nieto, en el bien entendido, y comparto plenamente la tesis de la OIT en su Informe «La crisis del empleo

3 Una amplia y detallada crónica del Seminario ha sido publicada por la profesora Emma Rodríguez en el blog del profesor Antonio Baylos . Describe con precisión y claridad los contenidos más relevantes de todas las intervenciones de quienes presentaron ponencias y comunicaciones, así como de la conferencia de la profesora María Emilia Casas Baamonde y de la intervención de clausura a cargo del Secretario de Estado de Empleo y Economía Social Joaquín Pérez Rey. <https://baylos.blogspot.com/2023/06/ley-de-empleo-y-nuevo-ecosistema.html> (consulta: 21 de junio).

de los jóvenes. ¡Actuemos ya!⁴, presentado en la Conferencia internacional del trabajo de 2012, y que he defendido en anteriores trabajos en los que he abordado la problemática del empleo juvenil, que «los jóvenes no constituyen un grupo homogéneo, de ahí que sea más eficaz centrarse en determinados grupos y desventajas y vulnerabilidades específicas en el mercado de trabajo», y que para conseguir que ello sea posible «es necesario contar con los recursos y las capacidades administrativas que requiere la aplicación de este tipo de programas específicos y de gran complejidad». Soy del parecer que debemos tomar en consideración las diversas realidades que existen en el seno de la población joven y cómo afectan las mismas cuando nos referimos al empleo juvenil. Sin ánimo de exhaustividad, aquí están algunas de ellas: qué diferencias existen en el seno de los jóvenes y qué medidas hay que adoptar en especial para quienes no estudian ni tampoco están en el mercado de trabajo; a qué colectivos deben dirigirse, en su caso, las medidas de incentivación de la contratación; deberían consolidarse los aspectos formativos de los contratos especialmente dirigidos a los jóvenes (contrato para la formación y el aprendizaje, y evitar que sólo sean un mecanismo precario de incorporación de los jóvenes al mundo laboral (la reforma laboral de 2021 va por el buen camino en este punto a mi parecer); hay que apostar por un tratamiento personalizado de los jóvenes demandantes de empleo.

Y para concluir esta introducción, es obligado saber de qué vamos a hablar. Me refiero a jóvenes, entendiéndolo por tales los definidos en el art. 3 de la LE, es decir «persona demandante de los servicios de empleo menor de treinta años o beneficiaria del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (SNGJ)»; definición que prácticamente se repite en el art. 53, que conceptúa como tales a quienes «a los efectos de esta ley», no han alcanzado la edad de treinta años o son beneficiarios del SNGJ. A efectos estadísticos cuando se analiza el mercado de trabajo de la juventud, y me refiero a los Informes estatales de mercado de trabajo⁵ que efectúa anualmente el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, se utiliza también la referencia a no sobrepasar la edad de treinta años. No me olvido, no podría hacerlo evidentemente, de aquellas y aquellos jóvenes que aun cumpliendo la edad marcada no se encuentran trabajando ni realizando actividad educativa o formativa, un 11,7 % según los últimos datos disponibles, si bien su realidad no es ni mucho menos homogénea, a los que debe ayudarse desde las instancias públicas, en colaboración con la iniciativa privada, para facilitar su incorporación a los ámbitos educativos, formativos y laborales.

Dicho sea incidentalmente, si la normativa aplicable sitúa el colectivo de «edad madura» a los 45 años, repárese en el reducido número de personas trabajadoras que quedan incluidas dentro del «colectivo fuerte» de estas en el ámbito laboral, y siempre y cuando además no se encuentren dentro de alguno de los otros colectivos de atención prioritaria enumerados, y además de forma no exhaustiva, en el art. 50 de la LE.

El interés, y la preocupación, por la población juvenil, se manifiesta por supuesto en el Plan de recuperación, transformación y resiliencia aprobado en 2021 y se ha subrayado el impacto positivo de todas las medidas adoptadas en los tres últimos años en la Addenda⁶ presentada

4 https://www.oitcenterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/wcms_176940.pdf (consulta: 14 de junio)

5 <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-jovenes> (consulta: 15 de junio).

6 https://planderecuperacion.gob.es/sites/default/files/2023-06/06062023_adenda_plan_de-recuperacion.pdf (consulta: 18 de junio)

por el Gobierno español a la Comisión Europea el mes de junio, tal como se pone de manifiesto en este breve fragmento del documento que reproduzco a continuación

«En el ámbito laboral, se han aprobado importantes medidas dirigidas a mejorar la empleabilidad de los jóvenes, tales como el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027. Por su parte, la reforma del Estatuto de los Trabajadores introduce los contratos formativos en alternancia y para la obtención de la práctica profesional; asimismo, se limita la utilización de los contratos temporales, generalizando el contrato indefinido, medida que favorece especialmente a los jóvenes. Además, la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2021-2024 contempla medidas específicas dirigidas a los jóvenes. Junto a estas reformas, se han desplegado inversiones como las que impulsan los programas EMPLEO JOVEN-TÁNDEM (programa mixto de empleo y formación en los ámbitos de transición ecológica y digitalización), Investigo (para la contratación de jóvenes investigadores) y Primera experiencia profesional en las administraciones públicas. Se ha aprobado también la nueva Ley de Empleo, que supone una reforma profunda de las políticas activas de empleo, que se orientarán especialmente al empleo de los jóvenes y a dar más protección a los jóvenes de baja cualificación».

II. UNA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD LABORAL JUVENIL

Tomo como punto de referencia para mi exposición, en primer lugar, los datos disponibles sobre la población joven en el Informe estatal 2023 del Mercado de Trabajo de los Jóvenes, que recoge los de 2022. El número de personas menores de 30 años representaba el 29,44 % sobre el total de los datos del Padrón Municipal, es decir 13.977.323 de un total de 47.475.420, destacándose en el Informe, dato demográfico sin duda importante para las políticas de empleo, el descenso continuado de la población juvenil, ya que nueve años antes, 2013, era del 31.16 %. Mirando retrospectivamente un período más amplio, se constata que «casi treinta de cada cien personas son menores de 30 años, mientras que en 2008 eran treinta y tres».

Si centramos nuestra atención en los datos que afectan e interesan al mundo del trabajo, la tasa de actividad es del 53,53 %, la de empleo del 41,63 %, y la de desempleo del 27,19 %, mientras que las del total de la población activa es del 58,52, 50,99 y 12,87 %, respectivamente. Dato relevante a tomar en consideración también para las políticas de empleo es que el desempleo juvenil es bastante más elevado en el grupo de 16 a 19 años, mientras que en el grupo de 25 a 29 las tasas de actividad y de empleo son bastante más elevadas.

Más cercanos en el tiempo, los datos de desempleo, en esta ocasión de jóvenes menores de 25 años, correspondientes al mes de mayo, facilitados por el Ministerio de Empleo y Economía Social y también por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, resaltan el impacto positivo de la reforma laboral de 2021 sobre la incorporación y mantenimiento de las personas jóvenes en el mercado de trabajo, pudiendo comprobarse que de los 322.894 jóvenes desempleados en mayo de 2021 hemos pasado a los 188.043 en mayo de este año.

Los datos sobre contratación indefinida y temporal permiten igualmente constatar el avance importante tanto en contratación como en estabilidad laboral para la población juve-

nil. Baste ahora indicar, y remito a todas las personas interesadas a la atenta lectura de los datos disponibles en los informes mensuales sobre contratación y desempleo, que el número de contratos formalizados para menores de 25 años (y muchos más, por consiguiente, si tomamos en consideración los formalizados con menores de 30 años) fue de 312.058 en mayo de 2023, con una distribución bastante equilibrada entre hombres y mujeres, 169.364 y 142.694 respectivamente, siendo el de los contratos indefinidos (76.401 y 60.731) un porcentaje del 21.94 % sobre el total (624.853) formalizados bajo dicha modalidad contractual en este mes.

III. LA NORMATIVA APLICABLE A LAS PERSONAS JÓVENES, TRABAJADORAS Y EN FORMACIÓN, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA LE

1. Normativa internacional

Hay que referirse a la Recomendación sobre aprendizajes de calidad⁷, aprobada en la 111.ª Conferencia Internacional del Trabajo, que se aplica a todas las empresas y sectores de actividad económica, y que define como aprendizaje «toda forma de educación y de formación que se rige por un contrato de aprendizaje, que permite a un aprendiz adquirir las competencias requeridas para ejercer una ocupación mediante una formación estructurada con una remuneración u otra compensación financiera, en el trabajo y fuera del trabajo, y que conduce a la obtención de una cualificación reconocida».

Dicha aprendizaje, por lo que respecta a las normas que deben tenerse en consideración cuando se regule, deberá prestar especial atención (véase con mayor detalle el apartado 10) entre otras a «la edad mínima de admisión en el trabajo, la seguridad y salud en el trabajo, las cualificaciones educaciones, el nivel de instrucción o los conocimientos previos, si se requieren para la admisión, la supervisión por personal calificado, la duración mínima y máxima, los resultados del aprendizaje y los planes de formación, el equilibrio adecuado entre aprendices y docentes, teniendo en cuenta la necesidad de proporcionar una educación y una formación de calidad...».

2. Normativa europea

Al tratarse de un Seminario que centra su atención, al abordar la política laboral española, en la recientemente aprobada LE, que recordemos que está pendiente de desarrollo reglamentario en contenidos tan importantes como por ejemplo la creación de la Agencia Española de Empleo para sustituir al Servicio Público de Empleo Estatal, es obvio que mi

7 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_885175.pdf (consulta: 18 de junio)

atención ha de focalizarse en dicha norma, sin que ello sea obstáculo en absoluto para referirme también a otras, o proyectos normativos, que afectan muy directamente a la población trabajadora juvenil.

A) Dado que nuestro «punto geográfico de referencia», y por supuesto también político, es la Unión Europea, es obligado recordar primeramente la Recomendación de 30 de octubre de 2020 sobre la garantía juvenil reforzada⁸. En la muy amplia introducción de la norma que precede a las recomendaciones concretas dirigidas a los Estados miembros, se resalta primeramente la importancia que el empleo juvenil merece en el Pilar europeo de derechos sociales y en las orientaciones generales para las políticas de empleo de aquellos.

En efecto, el capítulo I está dedicado a la igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, disponiendo el apartado 1 que toda persona, y no hay duda de que aquello que sigue afecta mayoritariamente a la población joven, «tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanentes inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral».

Por otra parte, el principio 4 del Pilar dispone que «los jóvenes tienen derecho a educación continua, una formación como aprendices, un período de prácticas o una oferta de trabajo de buena calidad en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar los estudios» (su redacción es prácticamente idéntica a la de la Recomendación de 2013, con la única exclusión de la edad concreta hasta la que se tiene el derecho), mientras que en la Orientación núm. 6 para las políticas de empleo de los Estados miembros de 2017, dedicada a «Aumentar la oferta de trabajo y mejorar el acceso al empleo, las capacidades y las competencias», se expone que «El desempleo juvenil y la cuestión de los jóvenes que ni trabajan, ni estudian, ni se forman (ninis) se deben seguir abordando a través de la prevención del abandono escolar prematuro y una mejora estructural en la transición de la enseñanza al trabajo, entre otras cosas mediante la plena ejecución de la Garantía Juvenil».

Me parece destacable, como ya he apuntado, la necesidad de no considerar a quienes no trabajan ni estudian como un bloque homogéneo, reconociéndose la importancia de planteamientos individualizados, ya que para algunos «puede ser suficiente un planteamiento más ligero, mientras que, para otros, más vulnerables, pueden necesitar intervenciones más intensivas, largas e integrales.

En fin, no es «nada nuevo bajo el sol», pero no está de más recordar, y debe valorarse positivamente, que se subraya que la aplicación de la garantía juvenil debe ajustarse «en función de las circunstancias nacionales, regionales y locales» y que deben utilizarse todos los recursos económicos disponibles y puestos a disposición por la UE, con mención expresa al Fondo Social Europeo Plus (FSE +), el instrumento «Next Generation EU», el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-UE)

Tampoco es nuevo, pero también debe valorarse positivamente, subrayar la importancia de la coordinación y colaboración en todos los ámbitos de actuación que afectan a las polí-

8 <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/10/30/reinforcing-the-youth-guarantee-the-council-adopts-a-recommendation-for-more-inclusive-measures-to-boost-youth-employment/> (consulta: 15 de junio).

ticas de juventud, como son el empleo, la educación, la igualdad de género y los asuntos sociales, ya que «resultan cruciales para fomentar el empleo de calidad, las oportunidades de educación y formación, la formación de aprendices y los períodos de prácticas», por cuanto que los servicios integrados (como las ventanillas únicas u otros modelos) facilitan el acceso a los servicios y las prestaciones, y pueden ofrecer más fácilmente soluciones a medida, flexibles y con mayor capacidad de respuesta para los jóvenes que afrontan obstáculos multidimensionales para acceder al mercado de trabajo».

B) En las actuales Orientaciones aplicables, aprobadas por la Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022⁹, se encuentran referencias concretas a la población juvenil en parecidos términos a las que me he referido con anterioridad. En efecto, se expone que los Estados miembros «deben fomentar la igualdad de oportunidades para todos, abordando las desigualdades en los sistemas de educación y formación. En particular, se debe ofrecer a los menores acceso a una educación infantil y una atención a la infancia asequible y de buena calidad, en consonancia con la Garantía Infantil Europea. Los Estados miembros deben aumentar los niveles de cualificación generales, reducir el número de abandonos en la educación y la formación, apoyar el acceso a la educación de los menores pertenecientes a grupos desfavorecidos y procedentes de zonas alejadas, hacer más atractivas la educación y formación profesionales (EFP), apoyar el acceso a la educación superior, así como su conclusión, facilitar la transición de los jóvenes de la educación al empleo mediante períodos de prácticas y de aprendizaje profesional e incrementar la participación de los adultos en el aprendizaje permanente, en particular entre alumnos procedentes de entornos desfavorecidos y entre los menos cualificados».

C) No está de más recordar que el Parlamento Europeo siempre ha mostrado especial interés por la realidad juvenil en general, y sobre la de la población trabajadora en particular, siendo un ejemplo significativo de ello la Resolución adoptada el 17 de febrero de 2022 que lleva por título «Empoderamiento de la juventud europea: empleo y recuperación tras la pandemia»¹⁰, en la que, entre otras medidas, pide a los Estados miembros que «faciliten el acceso de los jóvenes a períodos de prácticas y de aprendizaje profesional remunerados, de calidad e inclusivos; solicita que se refuercen los planes de seguimiento, garantizando que los jóvenes disfruten de primeras experiencias laborales adecuadas y de calidad, y de oportunidades para mejorar sus capacidades y obtener nuevas cualificaciones o titulaciones; condena la no remuneración de los períodos de prácticas como una forma de explotación de trabajadores jóvenes y una violación de sus derechos, y pide a la Comisión y a los Estados miembros que, en colaboración con el Parlamento y con arreglo al principio de subsidiariedad, propongan un marco jurídico común para garantizar una remuneración justa para los períodos de prácticas y de aprendizaje profesional, a fin de evitar prácticas de explotación; condena la práctica de los contratos de cero horas y pide a los Estados miembros que presten apoyo a los empleadores que ofrecen períodos de prácticas y de aprendizaje profesional a jóvenes con discapacidad».

D) Recientes documentos comunitarios de interés son los siguientes: en primer lugar, la Resolución del Consejo «sobre el Espacio Europeo de Educación: con miras a 2025 y más allá»¹¹, en la que subraya que «la educación y la formación en todos los contextos, niveles y

9 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/11/ue-orientaciones-para-las-politicas-de.html> (consulta: 15 de junio)

10 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0045_ES.html (consulta: 16 de junio)

11 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2023.185.01.0035.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A185%3ATOC (consulta: 14 de junio).

formas, son fundamentales para garantizar la cohesión social, la competitividad y el crecimiento sostenible en la Unión Europea y sus Estados miembros, prepararlos para las transiciones ecológica y digital y apoyarlos en el proceso. Especialmente en un momento en el que para los ciudadanos es esencial alcanzar la realización y el bienestar personales, así como adaptarse a los retos de un mundo cambiante y seguir participando en una ciudadanía activa y responsable». En segundo término, las Conclusiones del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, «sobre la dimensión social de una Europa sostenible para la juventud»¹², en las que se invita a la Comisión Europea y a los Estados miembros a que «Garanticen el acceso de todos los jóvenes a sus derechos de conformidad con las declaraciones y convenios internacionales mediante la integración de una perspectiva de la juventud basada en derechos en el diseño, la aplicación, el seguimiento y la evaluación de medidas que afecten a la juventud a todas las escalas. Es importante permitir que los responsables de la toma de decisiones cuenten con las competencias necesarias y que puedan acceder a las herramientas adecuadas para crear procesos de toma de decisiones inclusivos y participativos».

E) Por fin, la Resolución aprobada el 14 de junio sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión ¹³, en la que se expone que tales períodos «son esencialmente una experiencia de aprendizaje y no deben sustituir a los empleos de entrada en la empresa», pidiendo a la Comisión y a los Estados miembros que, «en estrecha colaboración con los interlocutores sociales, faciliten y mejoren el acceso de los jóvenes a períodos de prácticas de calidad, remunerados e inclusivos, en especial para los procedentes de entornos vulnerables a fin de lograr el objetivo de cohesión social e inclusión de la Unión».

Especialmente importante, y tras su lectura se comprobará la sintonía con muchos de los contenidos del acuerdo suscrito el 15 de junio en España, es que el PE pide que se actualice y refuerce la Recomendación de 10 de marzo del 2014 del Consejo sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas¹⁴, (404 votos a favor y 78 en contra) incorporando los que califica de «principios adicionales» y que son los siguientes:

«el acceso a una compensación adecuada para los trabajadores en prácticas en función del coste de la vida,

- el acceso de los trabajadores en prácticas a la protección social según los regímenes nacionales,
- mayor acceso a los períodos de prácticas por parte de los trabajadores en prácticas procedentes de entornos vulnerables, entre ellos aquellos con discapacidad, empleando un enfoque interseccional;
- lugares de trabajo accesibles;
- cumplimiento de los criterios de calidad cuando se realice una parte de un período de prácticas a distancia;

12 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3A0J.C_.2023.185.01.0021.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A185%3ATOC (consulta: 14 de junio).

13 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0239_ES.html (consulta: 17 de junio)

14 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0327\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0327(01)) (consulta: 16 de junio)

- objetivos de aprendizaje claros y acceso a una tutoría adecuada y a la orientación por parte de tutores formados para garantizar la transferencia de capacidades intergeneracional;
- comunicación, por medio de canales predeterminados y en cooperación con las inspecciones del trabajo nacionales y las autoridades pertinentes, de las malas prácticas y malas condiciones durante los períodos de prácticas».

Por último, destaco que la Resolución no se olvida del mundo empresarial, ya que anima a los Estados miembros a que «proporcionen orientación y asistencia a los empleadores, en particular a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas, para que puedan ofrecer períodos de prácticas de calidad, y a que ofrezcan incentivos a aquellos empleadores que proporcionen a los trabajadores en prácticas un trabajo de calidad tras finalizar un período de prácticas de forma satisfactoria»¹⁵.

3. La LE

Si centramos nuestra atención en la LE encontramos varios preceptos, además de los arts. 3 y 53 ya mencionados, que incluyen referencias concretas a la juventud. Así, en el art. 5, que establece los principios rectores de la política de empleo, se incluye el de igualdad y no discriminación en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional por motivo de edad, reiterándose en el art. 39 que en la planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad «se guardará especial cuidado en evitar discriminaciones por edad», y que se evitará el establecimiento de criterios que presupongan que las personas destinatarias «... son suficientemente jóvenes».

Es en el art. 50 donde se recogen todos los colectivos que se consideran «de atención prioritaria para las políticas de empleo», disponiendo la obligación de los poderes públicos de adoptar programas específicos que permitan fomentar y mantener el empleo, así como mejorar y desarrollar su empleabilidad, de estos, entre los que hay una mención específica a «las personas jóvenes especialmente con baja cualificación» si bien el colectivo juvenil puede encontrarse también contenido en varios de los restantes colectivos calificados de prioritarios.

Es en el ya citado art. 53 donde se presta atención específica al colectivo joven menor de 30 años, siendo sin duda a mi parecer su referencia el Plan de Garantía de Empleo Juvenil, en el bien entendido que será «más prioritario» el de personas jóvenes menores de 18 años y que carezcan de la titulación que les permita acceder al contrato formativo regulado en el art. 11.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, si bien se insiste, con plena corrección a mi entender, que debe ponerse el acento para este colectivo «al retorno al sistema educativo y mejora de las cualificaciones profesionales». Por otra parte, la concepción general del empleo digno

15 La Resolución ha merecido una valoración positiva por parte de la Confederación Europea de Sindicatos, habiendo manifestado su Secretaria Confederal Tea Jarc que «El tamaño de la mayoría a favor en el informe de hoy muestra que hay voluntad política en todos los partidos para ofrecer una remuneración y unas condiciones justas para los becarios. La pelota está ahora en el tejado de la Comisión Europea y los jóvenes esperan que ponga fin de una vez al escándalo de las prácticas no remuneradas» <https://www.etuc.org/en/pressrelease/parliament-pay-interns-least-minimum-wage> (consulta: 20 de junio)

también se traslada al empleo juvenil, para pedir a los poderes públicos que las políticas activas de empleo que pongan en marcha promuevan «el empleo de calidad, la contratación indefinida y a jornada completa y los salarios dignos, así como la movilidad geográfica hacia zonas rurales despobladas o en riesgo de despoblación».

Por otra parte, la norma ahora examinada permite (disposición adicional sexta) la adopción de medidas concretas para incentivar el empleo juvenil, ciertamente con muchas cautelas, o lo que es lo mismo «condiciones de trabajo y empleo específicas». Además de la referencia a la prohibición de toda discriminación, solo se permiten «con carácter excepcional y en tanto la tasa de desempleo juvenil no se equipare a la tasa de empleo total», y siempre y cuando estén justificadas «objetiva y razonablemente, por la concurrencia de una finalidad legítima», y resulten «adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación del empleo de las personas jóvenes».

4. Otras normas de afectación a la población joven, trabajadora y en formación.

A) Real Decreto-Ley 1/2023 de 10 de enero

En estrecha relación con la LE, aun cuando se trate de una norma anterior en su publicación, pero diferida su entrada en vigor hasta el 1 de septiembre, nos encontramos con el Real Decreto-ley 1/2023 de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral, que también versa sobre la mejora de la protección especial de las personas artistas.

Al respecto, debe señalarse el art. 4, que regula cuáles son las personas destinatarias de la contratación laboral incentivada, haciendo referencia justamente a la LE para referirse a colectivos, por ejemplo por razón de edad, que pueden beneficiarse de las mismas (ya sea mediante bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social, ya sea cuando se financien mediante subvenciones públicas), con mención expresa a las personas de atención prioritaria «que figuren registradas en los servicios públicos de empleo como demandantes de servicios de empleo en situación laboral de desempleadas», si bien, y en la misma línea que lo dispuesto en la LE, no se requerirá dicha inscripción para las personas inscritas en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil». Con reiteración de lo expuesto en el art. 4, el art. 6 conceptúa como personas de atención prioritaria, si bien refiriéndose a la LE de 2015 ya que aún estaba en tramitación parlamentaria la de 2023, «las personas incluidas en algunos de los colectivos de atención prioritaria previstos en el texto refundido de la Ley de Empleo». Con estrecha relación con la contratación formativa regulada en el art. 11 de la LET, el art. 26 regula las bonificaciones a la contratación en alternancia, mientras que la disposición adicional primera regula las bonificaciones por la contratación indefinida de personas jóvenes con baja cualificación beneficiarias del SNGJ, concretándose aquí, muy correctamente a mi parecer, qué se entiende por baja cualificación, es decir «aquellas que no hayan alcanzado los estudios correspondientes al título de Bachillerato o Ciclo Formativo de Grado Medio del sistema de Formación Profesional, de acuerdo con la declaración que realicen a este respecto en su inscripción en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil».

B) Plan de garantía juvenil plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes ¹⁶

Hago mención únicamente, por tratarse de objetivos que tienen que concretarse en normas como las que he expuesto con anterioridad, a algunos de los retos a los que se pretende dar respuesta, otorgando prioridad a los colectivos más vulnerables o con especiales dificultades en el mundo laboral, e incorporando la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como «presupuesto transversal en todas particularmente en materia de lucha contra la segregación laboral, que debe formar parte de la actuación de los Servicios Públicos de Empleo a todos los niveles, tanto en el ámbito de la intermediación, como en el de la formación o el diseño y aplicación de los programas»

Son estos:

«- Incidir en la mejora permanente de la calidad y la adecuación de la formación, incluyendo la formación en competencias lingüísticas y digitales, impulsando y explorando nuevos sectores ligados al cambio tecnológico y ecológico, apostando por una formación de calidad adaptada a las nuevas necesidades como punto de partida para un empleo de calidad, adaptada y a adaptable a las necesidades reales de las empresas.

- Abordar la búsqueda de nuevas oportunidades laborales en sectores con potencialidad de crecimiento en nuestro país como es el caso, entre otros, del sector de las tecnologías de la información y de la comunicación, agrario, ganadero, artístico o turístico. Debe formar parte del funcionamiento de las políticas activas de empleo.

- Reducir el alto grado de abandono escolar para asegurar la empleabilidad de las personas jóvenes.

- Reforzar los programas de orientación personalizada y los planes de actuación individuales como puntos clave para lograr no solo la inserción laboral estable de las personas jóvenes, sino también el desarrollo de incentivos formativos permanentes a efectos de consolidar carreras y proyectos profesionales...».

C) La contratación formativa en alternancia

Tras la reforma laboral operada por el Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre, el art. 11 pasa a denominarse contrato formativo, si bien sigue incluyendo los dos tipos contemplados en la normativa anterior, disponiendo su apartado 1 que «El contrato formativo tendrá por objeto la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena en los términos establecidos en el apartado 2, o el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada a los correspondientes niveles de estudios, en los términos establecidos en el apartado 3». En muy apretada síntesis cabe decir de cada uno de ellos lo siguiente:

El contrato de formación en alternancia (art.11.2 ET) está dirigido a compatibilizar la actividad laboral retribuida con formación profesional, estudios universitarios o catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo, siendo la edad límite con carácter general, y a salvo de supuestos concretos, de 30 años. Se requiere la existencia de un programa de

16 <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/Garantia-Juvenil/plan-garantia-juvenil-plus> (consulta: 16 de junio)

formación, de una persona que ejerza tareas de tutoría, y de un plan formativo individual. La duración mínima es de tres meses y la máxima de dos años, y el tiempo de trabajo efectivo no podrá ser más del 65 % durante el primer año, y del 85 % el segundo, de la jornada máxima.

El contrato formativo para la obtención de la práctica profesional está regulado en el art. 11.3, pudiendo celebrarse con quien tenga un título universitario, título de grado medio o superior, especialista, master profesional o certificado del sistema de formación profesional, título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo. Deberá formalizarse dentro de los tres años siguientes a la finalización de los estudios o de los cinco si se trata de una persona con discapacidad. Su duración no será inferior a seis meses y no superior a un año, pudiendo fijarse un período de prueba de un máximo de un mes, salvo lo dispuesto en convenio colectivo. Requerirá la existencia de un plan formativo individual y la asignación de una persona que lleve a cabo la tutoría. No está contemplada la realización de horas extras, y en cuanto a la remuneración, será en principio la fijada en convenio, y en su defecto la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, no pudiendo ser nunca inferior a la establecida para el contrato para la formación en alternancia, ni al Salario Mínimo Profesional en proporción al trabajo efectivo.

Buena parte de la contratación formativa necesita de desarrollo reglamentario que sustituya al dictado para desarrollar la normativa aprobada por la reforma laboral de 2012, es decir el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero y la posterior Ley 3/2012 de 6 de julio. Cuando se disolvió el Parlamento y se convocaron nuevas elecciones generales, estaba pendiente de tramitación un Real Decreto por el que se desarrolla el art. 11, quedando ahora a la espera de qué ocurrirá con el mismo. Con independencia de ello, me permito señalar que el proyecto normativo tenía por finalidad, al desarrollar el art. 11 LET, sustituir el anterior modelo de contratación formativa por otro que otorga «la necesaria flexibilidad a las partes del contrato, con tal de garantizar que se pueda adaptar su contenido a las necesidades que se derivan de los diferentes instrumentos normativos existentes, consiguiendo así una complementariedad real», y añadiendo que todo ello se formula «sin desconocer en ningún caso las debidas salvaguardas de los derechos laborales de las personas trabajadoras, de manera que el uso de este contrato responda efectivamente a necesidades formativas».

Hay que esperar y desear que la nueva regulación permita incrementar el número de contratos celebrados al amparo de esta modalidad (o más correctamente de estas dos submodalidades), ya que hasta ahora sigue siendo muy escaso su número. Por poner solo un ejemplo significativo, en el mes de mayo se formalizaron 787.208 contratos de duración determinada, de los que sólo 4.468 lo fueron al amparo del contrato de formación en alternancia (0,57 %), mientras que el número de contratos celebrados para la obtención de la práctica profesional fue de 2.949 (0,37 %), siendo, eso sí, la gran mayoría de ellos formalizados con personas menores de 30 años. Si nos fijamos en datos más globales, los correspondientes a 2022 de los que disponemos en el Informe antes mencionado, se comprueba y ratifica el muy escaso número de contratos formalizado al amparo del art. 11 LET, así como también disponemos de una fotografía mucho más amplia y detallada de cómo evoluciona, y bajo qué modalidades, la contratación de la población juvenil, que es la siguiente:

«La contratación temporal concentra el 62,16 % del total, mientras que la indefinida significó el 37,84 % sobre el total de contratos suscritos con jóvenes. Estos porcentajes han variado mucho con relación al año anterior en favor de la estabilidad laboral con un descenso en el número de contratos temporales del 32,82 %.

- El 45,04 % de los contratos se suscribieron bajo la modalidad Eventual por circunstancias de la producción y el 5,73 % de Obra o servicio. En ambos casos, la contratación ha disminuido con relación al año anterior, en el primer caso un 11,19 % y en el de obra y servicio un 82,74 %, motivado por su eliminación de esta tipología por la reforma laboral.
- Una variación muy significativa han sido la realización de contratos con carácter indefinido ordinario (451,89 %), los indefinidos para personas con discapacidad (138,03 %) y una conversión de contratos temporales en indefinidos que aumenta un 73,26 %.
- El tipo de jornada fue completa en el 50,21 %, parcial un 36,53 % y fijo discontinuo un 13,26 % (De los contratos indefinidos representan el 35,05 %). Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley, hay un aumento considerable de fijos discontinuos con respecto al año anterior (965,90 %, por un 1,22 % la variación en el periodo 2021/2020) y descensos en la jornada completa y parcial.
- Los contratos formativos no tienen demasiada representación: Formación supone el 0,40 % y Prácticas el 0,80 %».

D) Becas y prácticas educativas-laborales

Se trata de una materia, la posible existencia de relación laboral bajo la apariencia formal de una beca educativa, que preocupa especialmente a los jóvenes. He tratado siempre de explicar que para responder debidamente es necesario conocer las circunstancias concretas de cada caso, no ya del convenio estándar suscrito entre una institución educativa y una entidad empresarial sino de su aplicación real y de cuál ha sido la actividad que han desarrollado y la importancia que ha tenido el seguimiento de su actividad por los tutores que obligatoriamente deben ser designados, y asignados, por la entidad educativa y por la empresa. Siempre, además, destacando que aquello que realmente importa para que podamos hablar de la existencia de un auténtico proceso formativo no estrictamente laboral es que el énfasis de la relación se ponga en la adquisición de conocimientos formativos prácticos por parte del estudiante y nunca en la realización de actividades que no se diferencien en absoluto de las que pueda realizar cualquier trabajador (y utilizo el término en sentido material y no formal, para incluir a personal laboral y funcionario) que presta sus servicios en la empresa.

Comparto la tesis defendida por la OCDE en su informe «Promoting better labour market outcomes for youth»¹⁷, preparado para la reunión de los Ministros de Trabajo y Empleo del G20 en Melbourne los días 10 y 11 de septiembre de 2014, en el que se apostaba por la potenciación de tales prácticas, siempre y cuando no impliquen explotación de los jóvenes y les provean de una buena experiencia de aprendizaje que les facilite la entrada o el acceso a un empleo de calidad. Hay que acabar con la idea de que contratar, o dar trabajo, a un joven es, o ha de ser, «una ganga económica», y debe operarse en tal sentido un cambio empresarial y cultural de la sociedad que nos implica a todos.

A la espera de saber qué ocurrirá con el Estatuto de la persona becario, debe recordarse la nueva regulación, a partir del 1 de enero de 2024 de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

17 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_307554.pdf (consulta: 16 de junio)

E) Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa¹⁸

El acuerdo entre el MITES y las organizaciones sindicales CCOO y UGT fue suscrito el 15 de junio y se da debida cuenta de su contenido más destacado en la nota de prensa publicada por el MITES el mismo día con el título «Yolanda Díaz y organizaciones sindicales firman el acuerdo que permite cerrar el círculo de la formación de calidad y el empleo digno para las personas jóvenes»¹⁹.

Lógicamente, ha recibido una valoración positiva por parte de los sindicatos firmantes del acuerdo. Por el contrario, ha sido objeto de duras críticas por parte de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE), por la Red de Fundaciones Universidad-Empresa, y por las organizaciones empresariales²⁰.

Hago a continuación una breve síntesis del texto:

a) El art. 1 regula el objeto y ámbito de aplicación, que incluye «a) la formación práctica tutorizada en empresas y organismos equiparados vinculada a la obtención de los grados correspondientes al sistema de formación profesional de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. b) Formación tutorizada en empresas u organismos equiparados vinculada a las enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo. c) Las prácticas no laborales vinculadas a las especialidades formativas del sistema nacional de empleo, en los términos y con las condiciones previstas en la Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, por la que se regula el Catálogo de Especialidades Formativas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. d) En el ámbito de las prácticas académicas externas de las Universidades, las prácticas curriculares, así como las extracurriculares...».

Son las prácticas universitarias las que han levantado más polvareda en los debates sobre el texto ahora firmado. Sus límites son los siguientes:

«1.º Prácticas curriculares desarrolladas durante los estudios oficiales de grado, máster universitario o, en su caso, doctorado, que no superen el 25 por 100 de las horas en que se concreten los créditos ECTS de la titulación.

2.º Prácticas extracurriculares desarrolladas durante los estudios oficiales de grado, máster universitario o, en su caso, doctorado, que no superen el 15 por 100 de las horas en que se concreten los créditos ECTS de la titulación, ni 480 horas.

3.º Prácticas desarrolladas durante los estudios vinculados a títulos propios de las Universidades, cuando la suma total de prácticas curriculares y extracurriculares no

18 <http://www.ccoo.es/93513e134bf4578f497fd59a4ef406cf000001.pdf> (consulta: 19 de junio)

19 <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/4226> (consulta: 21 de junio)

20 No parece que el acuerdo sea aprobado por el Gobierno. De este debate en clave política son fiel reflejo las manifestaciones de la Vicepresidenta segunda del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social, Yolanda Díaz, recogidas por diversos medios de comunicación los días 15 y 16, es decir inmediatamente después de la firma. Puede leerse en [eldiario.es](https://www.eldiario.es) «Yolanda Díaz ante las reticencias en el Gobierno a aprobar el Estatuto del Becario: Deberían explicárselo al país» https://www.eldiario.es/politica/politica-directo-ultima-hora_6_10299650_1100960.html (consulta: 19 de junio)

supere el 25 por 100 de los créditos ECTS de la correspondiente titulación. No obstante, los títulos propios que tengan una duración mínima de 60 créditos ECTS tendrán la posibilidad de establecer prácticas por un período de tres meses»

Quedan fuera del ámbito de aplicación del texto las prácticas formativas desarrolladas en el marco de un contrato formativo que se regularan por lo dispuesto en el art. 11 de la LET.

b) El art. 2 regula las garantías de la formación práctica en el ámbito de la empresa, de carácter no laboral... siempre y cuando se cumplan estrictamente los requisitos regulados en el texto, siendo en caso contrario una relación laboral asalariada. Por su parte, el art. 3 regula el acuerdo o convenio de cooperación y plan formativo individual con un listado muy amplio de los contenidos mínimos, entre los que se incluyen «cuantía de la compensación de gastos de carácter mínimo» y «asignación económica vinculada, en su caso, de la formación y cuantía mínima de esta. Se prevé la posibilidad de prácticas no presenciales, sin que puedan superar el 50 % de su duración, con la excepción de su previsión en títulos o planes de estudios, o cuando «supuestos de fuerza mayor o salud pública que impidan su desarrollo de forma presencial».

c) El art. 4 es el marco regulador de los derechos y obligaciones que tienen quienes realizan las prácticas. Al respecto, es importante destacar, relacionado con lo dispuesto en el art. 3, que tendrá derecho «a la compensación de gastos, por parte de la empresa o entidad en la que se desarrollen las actividades formativas, en los términos previstos en el correspondiente convenio o acuerdo de cooperación, por una cuantía mínima suficiente para compensar todos aquellos en los que la persona en formación práctica en la empresa incurra como consecuencia de esta, tales como gastos de desplazamiento, alojamiento o manutención» (la negrita es mía). En cuanto a la tutorización de su formación, por personas debidamente cualificadas, se dispone que cada persona tutora podrá tener un máximo de cinco personas en formación práctica, reduciéndose el número a tres cuando el centro de trabajo tenga menos de treinta personas en plantilla. En cualquier caso, se fija en un máximo del 20 % de la plantilla el número de personas que podrán realizar prácticas, si bien se permite su concertación con dos personas con independencia del número de las que estén en plantilla. Entre las obligaciones, me parece relevante destacar la de «mostrar en todo momento una actitud respetuosa hacia la política de la empresa, salvaguardando el buen nombre del centro formativo al que pertenece».

d) El art. 5 regula los derechos de información de la representación legal de las personas trabajadoras, y el art. 6 los derechos de quienes se forman en materia de Seguridad Social, disponiendo con claridad que los períodos de formación práctica «determinarán la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que los realicen», siendo el alcance de la inclusión el establecido en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de Seguridad Social incorporada por el RDL 2/2023 de 16 de marzo. Más concretamente, su apartado 3 dispone que «La acción protectora será la correspondiente al régimen de Seguridad Social aplicable, con la exclusión de la protección por desempleo, de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y por Formación Profesional. En el supuesto de las prácticas no remuneradas se excluirá también la protección por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Las prestaciones económicas por nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, se abonarán por la entidad gestora o, en su caso, por la mutua colaboradora,

mediante pago directo de la misma. Las prestaciones que correspondan por la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales se abonarán en todo caso mediante pago delegado».

e) La disposición adicional primera versa sobre los incentivos a la contratación de personas en formación práctica, remitiéndose a lo dispuesto en el art. 25 del RDL 1/2023. La segunda, en la misma línea que la Resolución del PE de 14 de junio, prevé la posibilidad de compensar económicamente a las empresas que participen en programas y actividades formativas de carácter práctico. La tercera, prevé la constitución de una comisión de seguimiento en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma. La cuarta, contempla la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para velar por el cumplimiento de la norma, incorporándola dentro de la planificación anual de sus actividades. Por último, la quinta se refiere a las formaciones de carácter específico (ej.: programas de formación europeos), remitiendo a la regulación propia de la que dispongan.

f) En cuanto a las disposiciones transitorias, se prevé en la primera que los convenios suscritos con centros formativos mantengan su vigencia hasta el 31 de diciembre de este año, salvo, lógicamente, los que tengan un plazo de duración inferior, mientras que la segunda versa sobre las prácticas no laborales vigentes, estipulando la aplicación hasta su finalización de acuerdo con el marco normativo con el que se iniciaron, siempre y cuando se trate de las previstas en el Real Decreto 1534/2011 de 31 de octubre, hasta el 31 de diciembre de 2023, mientras por lo que respecta a las que sean distintas de las anteriores, su duración podrá extenderse «de acuerdo con su propio régimen de desarrollo, hasta su fecha de finalización prevista».

g) La disposición derogatoria única incluye expresamente el RD 1543/2011.

h) Por su parte, la disposición final primera modifica, una vez más, la LGSS para introducir un apartado 5 en el art. 282, disponiendo la compatibilidad de la percepción de la prestación y subsidio por desempleo con las prácticas formativas o prácticas académicas externas a la que se refiere la DA 52.^a. La segunda, incorpora una nueva disposición adicional cuarta en la Ley sobre infracciones y sanciones del Orden Social, para regular las sanciones a imponer por el incumplimiento de las obligaciones reguladas en la norma. La tercera, modifica la Orden TMS/283/2019 de 12 de marzo, para incorporar un nuevo apartado 6 al art. 4, cuya redacción es la siguiente: «En la caracterización de las especialidades formativas se identificarán aquellas que sean susceptibles de vincular el desarrollo de prácticas no laborales, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.2.c) del Real Decreto-ley XX, de X de X de 2023, por el que se regula el Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa. Para ello se recogerá en los correspondientes anexos la duración, capacidades, criterios de evaluación y contenidos de dichas prácticas no laborales».

Por último, la disposición final cuarta nos indica cuáles son los títulos competenciales al amparo de los que se dicta la norma, más concretamente el art. 149.1.7.^a de la Constitución, es decir la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral. La quinta mantiene el rango normativo de la Orden TMS/283/2019. La sexta habilita al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la norma. La séptima, prevé, a entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

F) Autorización de estancia por estudio, y posibilidad de compatibilización con el trabajo, para personas de nacionalidades extracomunitarias

Por último, me refiero brevemente a la reciente Instrucción de la Secretaría de Estado de Migraciones 1/2022, de 2 de junio, «sobre autorizaciones de estancias por estudios»²¹, mediante las que se procede a «una revisión de la Instrucciones 2/2018 aprobadas el 21 de diciembre de 2018, que actualicen y clarifiquen elementos sobre la aplicación de la Directiva 2016/801/UE, así como los diferentes procedimientos de tramitación de la figura de estudios en el ámbito del derecho nacional»²².

Remitiendo a todas las personas interesadas a su lectura, baste ahora señalar que la Instrucción segunda dispone que «Podrá concederse una autorización de estancia para formación a las personas extranjeras admitidas en centros de formación reconocidos oficialmente en España para la realización de dichas actividades. Se podrá valorar, a estos efectos, el reconocimiento de las diferentes administraciones públicas estatales, autonómicas o locales, de la validez de dicha formación, o el prestigio de la institución que imparte la formación». Por su parte, la instrucción cuarta regula la habilitación a trabajar, disponiendo que «Sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la compatibilidad de realización de la actividad formativa con laboral en los términos establecidos reglamentariamente, la habilitación para trabajar por cuenta propia y por cuenta ajena se concederá de forma automática con la autorización de estancia, tal y como indica el artículo 42 del Reglamento, para las siguientes categorías del artículo 37.1.a): a) Estudios superiores. b) Formación reglada para el empleo. c) Formación destinada a la obtención de un certificado de profesionalidad o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica». El apartado 7 de la Instrucción Octava subraya que se considerarán como enseñanzas impartidas por las Universidades «todas las conducentes a la obtención de títulos universitarios, oficiales, con validez y eficacia en todo el Estado, y las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos propios, incluidos los de formación a lo largo de la vida».

III. REFLEXIONES FINALES A MODO DE PROPUESTAS

Los jóvenes merecen políticas educativas, formativas y laborales que faciliten su incorporación, con condiciones dignas y decentes, al mercado de trabajo, ya sea como trabajadores

-
- 21 https://inclusion.seg-social.es/documents/410169/2156505/report_230602+Instrucciones+estudiantes+%281%29.pdf/c004c1c2-a918-cb34-37e4-f10d30bff255?t=1685971019226 (consulta: 20 de junio)
- 22 Para el estudio de la Directiva, remito a la entrada «Nota sobre la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair. Texto comparado con las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE» <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/05/nota-sobre-la-directiva-ue-2016801-del.html> (consulta: 20 de junio)

por cuenta ajena o como trabajadores por cuenta propia (eso sí, de manera voluntaria y no como falsos autónomos para evadir la aplicación de la normativa laboral). Refiriéndose a la empleabilidad y la formación con carácter general tras la entrada en vigor de la LE, pero sin duda con una afectación relevante a la población joven, y más con la aplicación de la Ley Orgánica 3/2022 de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional, el profesor Ferran Camas puso de relieve con brillantez en su ponencia²³ (que) presentada al recientemente celebrado XXXIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que la LE «hace de la formación de las personas trabajadoras una de sus claves ya sea como objetivo de las políticas de empleo en general, ya sea... por la regulación de un epígrafe que lleva por nombre *sistema de formación en el trabajo*», añadiendo después que «... las cartas competenciales y de objetivos ya se están repartiendo entre instituciones públicas, educativas y laborales, ahora solo falta acelerar el camino para que la formación, en especial el aprendizaje permanente o a lo largo de la vida sea uno de los pilares de la sociedad y el mercado de trabajo»

A mi parecer, la educación, la formación y el trabajo, son tres caras de la misma moneda, en diversas etapas de la vida del joven. Hay que apostar decididamente por la formación y dar voz a los jóvenes en la elaboración de esas políticas. Los jóvenes no quieren ser sujetos pasivos de la historia, sino participar activamente en su construcción, y estamos viendo ejemplos concretos de ello cada día. Una educación crítica, una formación no sólo para el trabajo sino también para la vida, y un trabajo digno y decente que se desarrolle en las condiciones propugnadas por la OIT desde hace muchos años.

Apostar por la formación es uno de los ejes fundamentales de cualquier propuesta de mejora de la situación actual, ya que aquellas personas bien formadas están en condiciones de adaptarse mejor a los cambios económicos y sociales. Hay que prestar especial atención al nivel educativo, siendo la mejora del acceso a la educación superior o terciaria uno de los retos más relevantes en el futuro inmediato, en cuanto que el mercado de trabajo está sufriendo cambios estructurales que afectan negativamente a los empleos de media o baja cualificación. Ahora bien, siendo conscientes también de la verdadera importancia que tiene el dotar de la formación adecuada a aquellos jóvenes que carecen de la misma por no haber continuado sus estudios más allá del marco jurídico obligatorio y que no participan, o lo hacen de forma irregular y precaria, en el mercado de trabajo.

Una mayor participación de los jóvenes en todas aquellas instituciones u organismos en los que se debaten, aprueban y toman decisiones sobre cuestiones que les afectan debería merecer especial atención. Un buen ejemplo al respecto lo constituye la decisión adoptada en el recientemente celebrado XV Congreso de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), en el que se ha acordado incluir en sus Estatutos el requisito de que un 25 % de cada delegación esté integrada por sindicalistas menores de 35 años ²⁴ (en el XV Congreso solo eran un 16 %), y obsérvese, dicho sea incidentalmente, como la «edad juvenil» se va incrementando de forma gradual.

23 Puede verse íntegramente en este video <https://www.youtube.com/watch?v=0zDcsgGuj8c> (consulta: 25 de junio)

24 https://www.etuc.org/sites/default/files/2023-06/Constitutional%20amendments_0.pdf (consulta: 20 de junio)

Concluyo este artículo felicitando a la organización de este importante Seminario Internacional. Por mi parte, me permitirán que recuerde, a modo de conclusión, una frase que data de hace bastantes años, recogida en una entrevista que me efectuó una revista, y que sigue siendo plenamente vigente a mi parecer: «Suelo dar pocas recomendaciones a los jóvenes, y trato más bien de aprender de ellos todo lo que aportan, y es mucho, para mejorar nuestra sociedad. Pero, acepto el reto: «joven, ten una actitud positiva ante la vida, sé proactivo en todo aquello que hagas, no esperes que otros te resuelvan tus problemas, fórmate en conocimientos, capacidades y habilidades para estar en buenas condiciones de acceder al mundo laboral por cuenta ajena o propia, no te desanimes ante los primeros problemas porque a estos seguirán muchos más, y trata de rodearte de personas que tengan ganas de vivir, de aprender y de luchar por una sociedad más justa e igualitaria».

PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDADES

WORKERS WITH DISABILITIES

Gloria P. Rojas Rivero

Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de La Laguna
grojas@ull.edu.es

Palabras clave: discapacidad, igualdad, accesibilidad, inclusión laboral.
Keywords: disability, equality, accessibility, labor inclusion.

Resumen: El presente trabajo pone de manifiesto el esfuerzo legislativo desplegado para proteger y promover los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito laboral y en la sociedad en general. A pesar de ello, se advierte que la normativa presenta carencias y disfunciones en comparación con el modelo social contemplado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), que es necesario abordar para la creación de entornos laborales inclusivos y accesibles. La inclusión laboral de personas con discapacidad requiere de medidas específicas, compromisos políticos y cambios legislativos que aseguren la igualdad de oportunidades en el mercado laboral. Finalmente, se exponen medidas de integración socio-laboral que debieran permitir la creación de entornos en el que las personas con discapacidad puedan participar plenamente en el mercado laboral, superando las barreras y desafíos que se les plantean.

Abstract: This paper highlights the legislative effort deployed to protect and promote the rights of people with disabilities in the workplace and society at large. Despite this, it is noted that the regulations exhibit shortcomings and dysfunctions compared to the social model envisioned by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), which need to be addressed for the creation of inclusive and accessible work environments. The labor inclusion of people with disabilities requires specific measures, political commitments, and legislative changes to ensure equal opportunities in the job market. Finally, socio-labor integration measures are presented that should enable the creation of environments where people with disabilities can fully participate in the job market, overcoming the barriers and challenges they face.

I. LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En los primeros momentos en que se ofrece protección a las personas con discapacidad, una protección que comenzó por auxiliar a los mutilados de las guerras mundiales con

políticas de apoyo asistencial, la perspectiva de los derechos humanos no está presente. Ni siquiera lo está en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) ni en el Convenio 111 OIT sobre discriminación en el empleo y la ocupación (1958), en los que la discapacidad se contempla como causa de discriminación.

El modelo social se consagra, desplazando al enfoque «capacitista» de la discapacidad expresado a través de los modelos médico, caritativo o asistencial, con las Normas Uniformes de NNUU de 1993, que incorporan la perspectiva de los derechos humanos, culminando la misma, a nivel internacional, con la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (CIDPD) de 2006, concebida para proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Al mismo modelo social responde la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En España, el mandato constitucional del art. 49 CE (*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*) arranca con la Ley 13/1982 construida sobre el modelo médico asistencial. Posteriormente, las Leyes 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 62/2003, que transpone la Directiva 2000/78/CE, supusieron una mejora del aparato normativo, introduciendo el concepto social. Finalmente, Ley 26/2011, de adaptación normativa a la CIDPD, busca instaurar plenamente el modelo social y habilita al Gobierno para refundir la normativa vigente, aprobándose el Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, Texto refundido de la Ley General de derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social (LGDPD), en donde la definición de persona con discapacidad, como titulares de los derechos reconocidos en la Ley (art. 4.1) acoge el concepto del art. 1 CIDPCD, de claro componente social, dado que subraya la necesidad de adaptación del entorno a la realidad.

Más recientemente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, introduce cuestiones de trascendencia sobre el polémico tratamiento de la discapacidad «social» por parte de nuestros tribunales, delimitando más claramente los márgenes de la interpretación judicial frente a despidos en los que no se acreditaba el móvil discriminatorio, pues incorpora, a los supuestos de discriminación de la Directiva, los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (art. 2.1). Se insistirá más adelante en esta ley con algún otro detalle¹.

La más reciente Ley 3/2023, de Empleo, de 28 de febrero (LE), además de modificar los arts. 4.2 y 35.1 LGDPCD (DF 2.ª, 1 y 2) para considerar a los pensionistas de incapacidad personas con discapacidad, en su ánimo de ampliar el espectro de colectivos vulnerables de atención prioritaria, matiza, respecto a la discapacidad, quiénes 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

1 TERRADILLOS ORMAETXEA, E. «Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», <https://www.aedtss.com/enfermedad-y-discapacidad-dos-posibles-causas-discriminatorias-que-protege-la-nueva-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/>

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).

Los cambios y avances realizados, por tanto, en España como en la mayor parte del mundo, son evidentes (la tasa de paro en España es del 33% en 2013, se sitúa en 2022 en un 12,9% y en el 2T de 2023 en un 11,6%), pero la realidad se sigue mostrando discriminatoria para las personas con discapacidad. La discapacidad como cuestión de derechos humanos, es algo que hoy en día no se discute, pero las políticas sociales basadas en los distintos modelos de tratamiento (de prescindencia o exclusión, rehabilitador y social) no han dado respuestas efectivas que contribuyan a la erradicación definitiva de la discriminación de este grupo de personas.

Hay que acudir a los factores que realmente influyen en la inclusión laboral de las personas con discapacidad para poder desarrollar políticas de empleo que incidan en las barreras de participación y en los problemas que generan las situaciones de discriminación.

La discapacidad no es una cuestión innata y estática sino una construcción social. Un individuo con una desviación respecto a los niveles considerados estándares de actividad y participación, se denomina persona con discapacidad como consecuencia de los aspectos negativos que se derivan de su interacción con un contexto social concreto.

Por ejemplo, una persona en silla de ruedas presenta discapacidad cuando no hay rampas para el acceso en un edificio, o una persona sorda tiene discapacidad cuando ve la tele y no hay subtítulos, pero si hay rampas y subtítulos desaparece la discapacidad².

Por tanto, los esfuerzos no deben dirigirse hacia la persona sino hacia el entorno social que es el generador de situaciones discapacitantes y discriminatorias³.

Las personas con discapacidad son un colectivo que, en el año 2022 según el INE, representaba el 6,3 % de la población total en edad de trabajar (1.929.400), cuya tasa de actividad se situó en un 34,6 % (43,1 puntos menos que la de personas sin discapacidad) y cuya tasa de empleo ascendió a un 26,9 % (39 puntos menos que la de las personas sin discapacidad). La tasa de paro en 2021 es del 22,5 % frente al 14,7 % de las personas sin discapacidad.

El contexto de «economía globalizada» tampoco ayuda, en tanto difumina las características nacionales de empleo, disipando la sensibilidad de los Estados respecto de colectivos que padecen alguna discapacidad; lo que se agrava, además, en situaciones de crisis que afectan al mercado de trabajo, como las recientemente padecidas a nivel mundial, la económica financiera de 2008, la sanitaria por la crisis del covid-19 y el conflicto bélico en Ucrania.

Pero sea cual fuere el escenario y contexto político, la justicia social, el bienestar social exige derribar todas las barreras (objetivas, subjetivas o ambientales) que impiden a las personas con discapacidad desempeñar un trabajo digno. Es muy necesario en estos casos

2 Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social «en lectura fácil», MSSSI, 2015, p. 15.

3 Vid. MADRIGAL BARRÓN, P., «El análisis del mercado de trabajo de las personas con discapacidad en periodo de crisis», 2016. Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos.

hablar de trabajo digno y de trabajo decente, pues las condiciones de trabajo adecuadas (trabajo con derechos, con protección social y con diálogo social) implican no sólo el acceso al empleo en igualdad de oportunidades y sin discriminación, sino un marco social concienciado en la eliminación de barreras de cualquier tipo.

El derecho al trabajo es un derecho fundamental esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte indisoluble e inherente de la dignidad humana. Se insiste en ello en la Observación General n.º 8, sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de ONU, de 2022 (OG n.º 8). La relación de la dignidad en el trabajo y del trabajo decente con los derechos humanos permite, además, vincular el trabajo a algo más que el desarrollo productivo. El trabajo, como derecho inherente a la condición de la persona, es también una necesidad para las personas con discapacidad, ya que mediante el trabajo se alcanza bienestar y vida autónoma.

La clave de bóveda está en la observación de estos problemas desde el prisma de los derechos humanos, que parte de la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad como valores básicos fruto de la aprobación de la CIDPD y de la Directiva 2000/78/CE. Si el modelo social de protección de las personas con discapacidad busca cambiar la forma en que la sociedad entiende y responde a la discapacidad, enfocándose en eliminar las barreras y promover la igualdad de oportunidades y la inclusión social, la nueva dimensión de los derechos humanos es acuñada en la OG n.º 8 cuando dice que «Para hacer efectivos los derechos enunciados en la Convención, los Estados partes deben aplicar el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos». El Comité reconoce que la discapacidad es una construcción social, que las deficiencias son un aspecto apreciado de la diversidad y la dignidad humanas, y que la deficiencia no debe considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. La discapacidad se reconoce como uno de los muchos estratos multidimensionales de la identidad, por lo que las leyes y políticas deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad.

II. LA DISCAPACIDAD EN EL ESTADO SOCIAL ESPAÑOL

El constitucionalismo contemporáneo incorpora, de manera más o menos generalizada los derechos sociales y económicos, los laborales entre ellos, debido en buena medida a la aprobación de importantes textos supranacionales, como la DU de 1948 y los Pactos de 1966 de NNUU, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000, así como el proceso de internacionalización de la legislación sobre el trabajo llevado a cabo por la OIT. El Derecho del Trabajo recibe con todo ello un impulso extraordinario.

En Europa, la materialización del Estado social se produce a finales del siglo XIX, cuando la necesidad de políticas sociales es más evidente ante las circunstancias impuestas por los procesos de industrialización. Y en España este proceso se retrasa hasta 1931, vive el paréntesis constitucional del régimen franquista y culmina en la vigente CE de 1978.

En el siglo XX se producen importantes avances científicos y sanitarios, se aprueban legislaciones favorables, se desarrollan los movimientos asociativos de afectados, se potencia la educación especial, y por último, los Estados participarán activamente en la solución de los problemas de las personas con discapacidad. Sin embargo, en la primera mitad del siglo, la que se conoce como etapa «de institucionalización», encerraba a determinadas personas con discapacidad en instituciones en las que sus derechos más básicos eran violentados. Hacia la segunda mitad del siglo, la «desinstitucionalización», que nació originariamente bajo el principio de normalización, defiende que a las personas con discapacidad se les han de ofrecer formas de vida, recursos y condiciones de existencia iguales a los demás miembros de la sociedad.

En el presente siglo XXI, la comunidad internacional continúa el trabajo ya iniciado en años precedentes y, en lo referente a nuestro país, la evolución continúa, tanto desde el punto de vista legislativo, como en la percepción social de la discapacidad.

Las manifestaciones del carácter social del Estado en nuestra Constitución, son evidentes y numerosas, buena parte del Título I, con sus 55 artículos, el art. 49 entre ellos; pero también otros situados en el Título VII, por ejemplo.

De muy poco serviría, sin embargo, la proclamación formal de todos los derechos y libertades recogidos en el texto constitucional si no se hubiese previsto un sistema específico de garantía de los mismos más allá del art. 24. Por eso, el art. 53 establece la relación de instrumentos de tutela singular de cada tipo de derechos. Y todo el sistema culmina con un dispositivo de cierre, de importancia trascendental para el asunto que aquí nos ocupa, el art. 9.2, inspirado inequívocamente en el art. 3.2 de la Constitución italiana, supone el reconocimiento explícito de que el sistema constitucional está inserto en una sociedad desigual y que la superación de la contradicción entre libertad formal-libertad real y la consecución de la efectividad plena y real de los derechos y libertades se pretende a través de un triple mandato a los poderes públicos: promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todas las personas en la vida política, económica, cultural y social.

El art. 49 CE, dentro del capítulo de los principios rectores de la política social y económica, reconoce el derecho a la protección de las personas con discapacidad (con denominación desfasada necesitada de reforma) a través de la realización por los poderes públicos de políticas específicas dirigidas especialmente al disfrute de los derechos que la CE otorga a toda la ciudadanía.

No es la única referencia a la discapacidad, pues, el compromiso de la igualdad, plasmado en los arts. 1.1 y 9.2 CE, se proyecta también a la discapacidad. La garantía de igualdad efectiva y no discriminación «directa o indirecta», «en particular por razón de.... discapacidad» ha sido propiciada mediante la adopción de un conjunto reforzado de medidas legislativas de muy diverso alcance institucional, como es el caso del art. 17 LET.

Existe ya un importante bagaje normativo en desarrollo del art. 49 CE, plasmado hoy en la LGDPD de 2013. También en la LET, además del art. 17, el art. 2.1, g) considera relación laboral de carácter especial la de los trabajadores con discapacidad que prestan servicios en los centros especiales de empleo; las personas trabajadoras no podrán ser discriminadas por

razón de discapacidad siempre que tengan aptitud para desempeñar el empleo (art. 4.2, c); tienen derecho a la protección frente al acoso (arts. 4.2, e y 54, g), a la exclusión de los límites de edad y duración máxima impuestos a los contratos formativos (art. 11.3, b y 4, d), al respeto a su capacidad real en los controles de la actividad laboral (art. 20.3), derecho preferente al traslado por razones de rehabilitación o tratamiento (art. 40.5) y finalmente, los contratos formativos con personas con discapacidad tienen una bonificación, con cargo al SEPE, del 50 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, continuando vigentes las reguladas en el RD 1368/1985 para los que trabajen en centros especiales de empleo (DA 20.^a).

Desde 2013 se ha hecho un importante esfuerzo legislativo en otros terrenos: la Ley 15/2015 sobre el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en iguales condiciones; la Ley Orgánica 1/2017, que garantiza la participación de las personas con discapacidad en el Tribunal del Jurado; la Ley Orgánica 2/2018, que garantiza el derecho de sufragio de las personas con discapacidad; Ley 8/2021 sobre apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y en el del empleo, el RD 368/2021, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, o la Ley 15/2022, que incorpora nuevas causas de prohibición que permitirán, como antes se dijo, una mayor protección ante decisiones empresariales (y, específicamente, el despido) arbitrarias y fundadas en la ausencia de un estado saludable o de salud completa de la persona. Esto es, la causa discriminatoria relativa a la enfermedad o «estado de salud» debe ser definida por los tribunales con contornos que deben ir más allá de la «enfermedad discapacitante» de la jurisprudencia del TJUE, con la finalidad de hacer entrar en juego el mandato del art. 55 ET sobre nulidad del despido disciplinario discriminatorio⁴. Más recientemente, hay que citar el RD-Ley 1/2023, que mantiene la bonificación del 100 % de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, en los términos previstos en el RD-Ley 18/2011; la LE que, entre otras cosas, regula el empleo con apoyo a través de itinerario o planes personalizados; y, finalmente, el RD 370/2023, de 16 de mayo, que modifica el RD 1851/2009 y desarrolla la anticipación de la jubilación de las personas con discapacidad, cumpliendo el mandato del Pacto de Toledo 2020 y de la DA 4.^a 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, aunque sólo de manera parcial⁵.

Conviene también recordar el Componente 23 del Plan de Recuperación, transformación y Resiliencia de 2021, en el que se parte de la necesidad de garantizar jurídicamente los dere-

4 ASQUERINO LAMPARERO, M.^a J., «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», <https://www.aedtss.com/la-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/>

5 Para poder acceder a la pensión, la persona con discapacidad debe haber trabajado 15 años, de entre los cuales al menos 5 debe tener reconocida una discapacidad igual o superior al 45 %, calculándose la pensión teniendo en cuenta una base reguladora de 25 años y para tener derecho al 100 % de la pensión se le exige también el mismo periodo que a una persona sin discapacidad, igual que el mismo período mínimo de cotización. Debería adaptarse tanto el periodo mínimo exigido como el resto de las reglas a la realidad de las personas con discapacidad, pues el punto de partida, debido a los graves problemas de inserción laboral de las personas con discapacidad, es totalmente diferente. *Vid.* GALA DURÁN, C. «Personas con discapacidad y jubilación: las novedades del RD 370/2023», <https://www.aedtss.com/personas-con-discapacidad-y-jubilacion-las-novedades-del-rd-370-2023/>

chos fundamentales de las personas trabajadoras, especialmente las que padecen alguna discapacidad, sufren enfermedades crónicas o de larga duración. Se reconoce entonces como necesaria una inversión potente en proyectos de inserción y de apoyo a la autonomía de las personas con discapacidad.

En esta línea, la LE modifica en su DF 6.^a, el art. 88 del RD 818/2021, que regula los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, para que los servicios públicos de empleo desarrollen un Programa de Orientación, Emprendimiento, Acompañamiento e Innovación para el Empleo que tendrá por objeto, entre otras funciones, desarrollar y ejecutar un Plan específico de formación permanente para su personal, que incluya formación específica en materia de inclusión social de las personas con discapacidad y los demás grupos sociales en riesgo de exclusión.

III. CARENCIAS Y DISFUNCIONES

A pesar de todos los esfuerzos realizados, la normativa presenta numerosas carencias, disfunciones y lagunas en relación con el modelo social contemplado por la CIDPD que obliga a cambios profundos en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, como es el caso de la reforma constitucional propuesta para eludir la denominación ya considerada ofensiva que contiene.

Es una evidencia preocupante que, según datos recientes, en los cinco países con mayor población de la UE, Alemania, Reino Unido, Francia, Italia y España, las personas con limitaciones tienen casi 33 puntos menos de probabilidad de tener empleo que las personas sin discapacidad. También lo es que a mayor tasa de empleo se muestra una menor integración de personas con discapacidad. De ello se deduce que el mayor crecimiento económico y la creación de empleo no son condiciones suficientes para que se garantice dicha integración.

La activación laboral es el eje determinante de la inclusión. Sin embargo, la coordinación del eje de los servicios con los dispositivos de renta mínima y la inserción laboral es un déficit que compartimos la mayoría de los países de la UE. A ello se une la baja coordinación entre los servicios de empleo y los servicios sociales o entre éstos y otros servicios como los de acceso a la vivienda. No se trata tanto de cobertura, en lo que se han producido importantes avances en servicios de empleo y servicios sociales, cuanto de coordinación y efectividad.

En lo relativo a la gobernanza, la Comisión Europea dice que «la mayoría de los Estados miembros ha utilizado el método abierto de coordinación (MAC)⁶ como dispositivo de información, pero no para el desarrollo efectivo y coordinado de las políticas de inclusión social».

6 El MAC no impone obligaciones legales vinculantes, sino que busca fomentar la convergencia y la cooperación entre los Estados miembros, promoviendo un enfoque común hacia los desafíos compartidos, un enfoque de cooperación y coordinación utilizado en la UE para abordar políticas comunes en áreas específicas. Se basa en el intercambio de buenas prácticas, la planificación nacional, la evaluación conjunta y el aprendizaje mutuo entre los Estados miembros. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/open-method-of-coordination.html>

Todos los diagnósticos subrayan la importancia de la formación y la cualificación profesional, pero, en muchos casos, estas iniciativas están muy fragmentadas, no responden a una estrategia claramente definida y no siempre se centran en programas de formación ajustados a las demandas del mercado.

A pesar de la prohibición legal de discriminación, las personas con discapacidad siguen enfrentando barreras para acceder al empleo y son objeto de prejuicios y estereotipos negativos. Los lugares de trabajo, las herramientas y los entornos laborales a menudo no están diseñados ni adaptados para satisfacer sus necesidades. A pesar de la obligación legal de proporcionar ajustes razonables, muchas empresas no cumplen con esta responsabilidad. A menudo las personas con discapacidad tienen dificultades para acceder a oportunidades de capacitación y desarrollo profesional, lo que limita su crecimiento y progresión en el ámbito laboral. Por otra parte, afrontan también dificultades adicionales debido a los altos costos de atención médica, apoyos y dispositivos de asistencia, lo que puede afectar negativamente su empleabilidad y su capacidad para mantener un empleo.

Es importante abordar estas carencias y trabajar hacia la creación de entornos laborales inclusivos y accesibles, lo que requiere un enfoque integral que involucre a los empleadores, los responsables de políticas, las organizaciones de la sociedad civil y la comunidad en general.

IV. PLANIFICACIÓN DEL IMPULSO NECESARIO Y EJECUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PROGRAMADAS

El empleo de las personas con discapacidad es un reto social de gran trascendencia para cualquier país, pero no es sencillo el establecimiento de normas correctoras de las discriminaciones que sufren estas personas a la hora de integrarse en el mercado laboral; saltan a la mínima la defensa de la libertad de empresa o de la libre competencia en el mercado.

Los compromisos adquiridos a través de Estrategias son importantes en tanto en su elaboración se han abordado los desafíos del mercado laboral, establecido metas, políticas y acciones para mejorar el empleo y, en estos casos, promover la inclusión laboral de las personas con discapacidad, pero es necesario que el legislador incorpore medidas concretas en la ley.

La Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 recoge como línea de actuación, entre otras, elaborar el Libro Blanco de Empleo y Discapacidad que sea palanca para un nuevo marco legislativo y de política pública del empleo y derecho al trabajo de las personas con discapacidad en España y modificar el texto Refundido de la LGDPD, equiparando los pensionistas por incapacidad permanente con personas con discapacidad para recuperar las tasas de empleo de estas personas como estipula el artículo 27 CIDPD, lo que se hace en la LE, cuya DF 2.^a, 1 y 2, modifica los arts.4.2 y 35.1 LGDPCD para que se considere persona con discapacidad a «las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, 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». Sin duda alguna, la opción tiene importancia de cara a permitir a la Administración economizar en materia de evaluaciones, de modo que la valoración realizada en el marco de la LGSS por parte del INSS puede utilizarse para el reconocimiento de persona con discapacidad por parte de la Administración competente, a la sazón la autonómica, aunque pueda generar alguna disfunción en casos de incapacidad permanente total que genere discapacidad ligera⁷.

La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 habla de reformar la normativa de empleo para favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad, y en el art. 12, d) de la LE se recuerda su eje 4 sobre igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, en particular para personas con discapacidad, 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».

Se refiere, también, dicha Estrategia, a la elaboración del Libro Blanco del Empleo para las personas con discapacidad en colaboración con la Dirección General de la Discapacidad, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, los interlocutores sociales, las comunidades autónomas y las entidades representativas del sector de la Discapacidad. Se ha publicado en julio de 2023 y, como expresa la DA 5.^a LE, el mismo servirá de marco para el establecimiento de las medidas legislativas, los programas y servicios de empleo necesarios en favor de las personas con discapacidad, en desarrollo del art. 54 de la propia LE⁸.

El Plan Anual de Fomento del Empleo Digno a cargo de los fondos del SEPE 2023, aprobado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Economía Social, y elaborado en colaboración con las comunidades autónomas, configura junto con la anterior Estrategia el marco normativo para la coordinación y ejecución de las políticas de activación para el empleo en toda España, a partir del cual los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas diseñarán y gestionarán sus propias políticas, contando con una previsión de fondos para 2024 que les permitirá desarrollar planes plurianuales de ejecución sin demoras. La LE, en su art. 13, d) establece, en desarrollo del eje 4 de dicho Plan, «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».

Coincidiendo con el 75 aniversario de la Declaración Universal de 1948 y con la presidencia española del Consejo de la UE, el 12 de junio de 2023 se aprobó el II Plan Nacional de Derechos Humanos 2023-2027, que continúa el trabajo iniciado con el primero para 2008-2012, dando cumplimiento al compromiso internacional adoptado por España ante Naciones Unidas en 1993 y ratificado en 2020 con motivo del último Examen Periódico Universal (EPU). Uno de los cuatro ejes de actuación de dicho Plan (junto a obligaciones internacionales y de cooperación, protección y promoción de derechos humanos, igualdad entre mujeres y hombres) está destinado a la igualdad de trato, la no discriminación y la protección de grupos específicos.

7 Vid. al respecto ESTEBAN LEGARRETA, R., «Algunos aspectos estructurales ante el empleo de las personas con discapacidad», DL, n.º 120, 2020, pp. 17-18. Véanse pp. 19 y ss. respecto a los problemas que planteaba la jurisprudencia del TS en aplicación del concepto amplio de discapacidad.

8 Vid. *infra* p. 9.

Por su parte, la Comisión Europea ha establecido un conjunto de herramientas (*toolkit*) para Servicios públicos de empleo afirmando que éstos deben incluir acciones personalizadas y hechas a la medida de cada persona, que deben adaptar sus servicios y medidas habituales para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad; revisar la oferta de empleo y coordinarse con empresarios, organizaciones que representan a personas con discapacidad y ONGs; promover la participación activa de los demandantes de empleo con discapacidad, y de expertos interesados.

En esta línea, el art. 30 de la LE establece que «la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos procurarán mantener una plantilla que reúna 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 personas con discapacidad. A tal fin incluirán en los planes de formación para sus plantillas, las acciones necesarias para la adquisición de las competencias que permitan atender las distintas realidades. Se incluirá formación específica en accesibilidad cognitiva para atender las especiales necesidades de las personas con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo».

Añade el art. 43, e) que las agencias de colocación deberán «cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad»; sin que puedan incurrir, en su ámbito de actuación, en discriminación alguna, directa o indirecta, basada en discapacidad, entre otras causas vedadas (art. 43, g).

V. MEDIDAS DE INTEGRACIÓN SOCIO-LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las medidas principales que las empresas pueden acometer para favorecer la contratación de personas con discapacidad, y que se han venido ensayando con mayor o menor éxito en muchos países, son las Adaptaciones y ajustes razonables (instalación de rampas de acceso, la adaptación de espacios de trabajo para sillas de ruedas, la disponibilidad de tecnología de asistencia), los Programas de capacitación y formación (para adquirir las habilidades necesarias para desempeñar un trabajo en la empresa), Políticas de inclusión (de fomento de un ambiente laboral inclusivo), Alianzas con organizaciones especializadas (que proporcionen asesoramiento para la selección y formación de estas personas, así como en la adaptación del lugar de trabajo), Acceso a programas de subvenciones y beneficios (que incentiven la contratación de personas con discapacidad).

En España tenemos un elenco de medidas, entre las que merecen especial atención, como es obvio, los incentivos a la contratación, una línea de actuación con larga tradición, que se basa en la reducción de costes laborales; el más habitual por vía indirecta de bonificación en las cotizaciones sociales, y cuyos resultados, en relación al esfuerzo financiero que suponen

(hoy un 25 % del gasto total en políticas de empleo), es el de «un elevado peso muerto»⁹, de dudosa eficacia, que reconoce la propia exposición de motivos del RD-Ley 1/2023, cuando indica que se pretende «simplificar el sistema de incentivos... y aumentar su eficacia», procediendo a derogar una docena de disposiciones.

De forma resumida:

1. Cuota de reserva para las empresas públicas y privadas con más de 50 trabajadores, que están obligadas a reservar un mínimo del 2 % de los puestos de trabajo para personas con discapacidad, y reserva de un cupo en las ofertas de empleo público en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia (art. 42 LGDPD).
2. Medidas de fomento de la contratación a través de incentivos y bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social. Merece destacarse la referencia en la exposición de motivos del RD-Ley 1/2023 al Acuerdo General entre el Gobierno y la ONCE en materia de Cooperación, Solidaridad y Competitividad para la Estabilidad de Futuro de la ONCE 2022-2031, que considera la necesidad de mantener, para los contratos de personas con discapacidad, la bonificación del 100 % de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, en los términos previstos en el RD-Ley 18/2011, lo que se recoge expresamente en la DA 5.ª RD-Ley 1/2023. Es uno de los casos en los que coincide la doctrina al señalar el papel decisivo que juegan las bonificaciones a la contratación teniendo en cuenta la reducida cuota de reserva legal. Así, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 43/2006, la bonificación básica o «bonificación-tipo» del conjunto de cuotas patronales la Seguridad Social por la contratación de trabajadores no afectados de especiales dificultades asciende a 375 euros mensuales (4500 euros/año), mientras que para el caso de los trabajadores afectados por especiales dificultades la bonificación mensual-tipo es de 425 euros mensuales (5100 euros/año). Además, la Ley 43/2006 también contempla bonificaciones a las cuotas patronales por la contratación temporal de personas con discapacidad (291'66 euros mes [3500 euros año] o 341'66 [4100 año], respectivamente, para trabajadores no afectados de especiales dificultades o sí afectados de especiales dificultades), si bien las restringe fundamentalmente al contrato de trabajo temporal para el fomento de la contratación de personas con discapacidad. Bonificaciones todas que pueden disfrutarse a tiempo parcial¹⁰.
3. Obligaciones de las empresas de adaptación del puesto de trabajo y eliminación de barreras (adaptaciones para el acceso, la participación y el desarrollo en el puesto de trabajo, medidas de accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas y comunicativas). Los llamados ajustes razonables en el lugar de trabajo, como algo diferente a la obligación de garantizar la accesibilidad (arts. 40.2, 63 y 66 LGDPD), cuya denegación hoy se considera discriminatoria conforme al art. 6 de la Ley 15/2022, si bien en la definición legal que contiene dicho precepto «modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal»... que faciliten la accesibilidad y la participación y garanticen el goce o ejercicio de todos los derechos, en igualdad de condiciones con las demás personas, plantea importantes dudas la reserva que apostilla que dichos ajustes han de realizarse cuando «no impongan una carga desproporcionada o indebida», en nuestro caso a las empresas, lo que queda en manos de la interpre-

9 CRUZ VILLALÓN, J. «El gobierno del empleo», p. 212. ARAGÓN GÓMEZ, C., «El gobierno del empleo y el desempleo», ambos en *Empleo y protección social*, XXXIII Congreso Anual de la AEDTSS, MTES, 2023, p. 222.

10 Vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., «Algunos aspectos estructurales...», *op.cit.*, pp. 24 y ss.

tación judicial que se haga de la norma, de acuerdo también con las discriminaciones «razonables y objetivas» permitidas en el art. 2.2 de la misma.

4. Promoción del empleo con apoyo a través de un itinerario o plan personalizado adecuado al perfil de la persona mediante acuerdo de actividad suscrito entre el servicio público de empleo y la persona usuaria (art. 56 LE).

La reciente LE anuncia en su EM que, sin perjuicio de las medidas contempladas en la LGDPCD, la atención de personas demandantes de servicios de empleo con discapacidad se encauza 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.

En el art. 54, la LE insiste, remitiéndose al art. 39.2 LGDPCD, en prestar especial atención a las ayudas que faciliten su inclusión laboral y 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».

Ordena también que las personas empleadas de la Agencia Pública de Empleo y los servicios públicos autonómicos deberán integrarse «en los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad, a los efectos de la mejora de la empleabilidad de las personas con discapacidad».

Y, conforme establece el art. 68 LGDPCD, «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».

En cuanto a los servicios de apoyo del art. 41 LGDPCD, la Agencia Española de Empleo 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 mismos.

Sea cual fuere el análisis o estudio contemporáneos en los que se aborde el mercado de trabajo de las personas con discapacidad, aparecen este tipo de medidas, debiendo añadirse el especial interés por la Formación como condición necesaria para su empleabilidad, y el importante papel de la negociación colectiva en la adopción de medidas que favorezcan la integración (complementos por discapacidad, ampliación de cuota de reserva, etc.). Hay entre nosotros quien habla de la conveniencia de Planes de Igualdad en las empresas en materia de discapacidad¹¹.

En cualquier caso, la indiferencia social hacia la discapacidad es un obstáculo para la integración laboral que exige al Estado adoptar medidas y a las empresas apostar por la inte-

11 ESTEBAN LEGARRETA, R., «Algunos aspectos estructurales...», *op.cit.*, pp. 20 y ss.

gración. En esta línea, las campañas de sensibilización, las redes de trabajadores sociales, el acercamiento de las administraciones a las personas que reciben los servicios, la eliminación de la segmentación, son medidas que pueden resultar de mucha utilidad.

Sobre este último tema un apunte, el empleo segregado para las personas con discapacidad, como los talleres protegidos, no debe considerarse una medida tendente al logro progresivo del derecho al trabajo, que solo se hace realidad a través del empleo libremente elegido o aceptado y desempeñado en un mercado laboral abierto e inclusivo, dice la OG n.º 8, aunque considera que las empresas orientadas al empleo que son gestionadas y dirigidas por personas con discapacidad, incluidas las de propiedad colectiva y administradas democráticamente, pueden no ser consideradas empleo segregado si ofrecen unas condiciones de trabajo justas y favorables en igualdad de condiciones con los demás. Es por ello que las Estrategias europeas y española sobre discapacidad recogen el compromiso de fomentar la economía social en tanto contribuye a construir puentes que permiten a las personas con discapacidad acceder al empleo en el mercado laboral abierto.

Una última reflexión en este Seminario sobre el empleo de colectivos de atención prioritaria para destacar la existencia de la discriminación múltiple o interseccional. Las mujeres con discapacidad, las personas de género no binario con discapacidad, las personas de edad con discapacidad y los jóvenes con discapacidad se enfrentan a una intersección de barreras, relacionadas con el sexo, el género, la edad y la discapacidad, que limitan las posibilidades de trabajar, influyen negativamente en el disfrute del derecho a la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor y exacerban el riesgo de violencia y acoso en el lugar de trabajo (OG n.º 8), encontrándose más expuestos a barreras, dificultades, prejuicios, estereotipos y prácticas nocivas en todos los ámbitos de la vida, también del trabajo, que deben ser eliminados.

ACUERDOS EN FASES DE CONSULTAS: ANÁLISIS EN CLAVE DE GÉNERO

AGREEMENTS IN PREVIOUS CONSULTATION PHASE: GENDER ANALYSIS

Francisca Fernández Prol

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidade de Vigo
franfernandez@uvigo.gal

Palabras clave: reestructuraciones empresariales; acuerdos en fases de consultas; impacto de género; discriminación por razón de género.

Keywords: business restructuring; agreements in consultation phases; gender impact; gender discrimination.

Resumen: El estudio indaga en el grado de vulnerabilidad y capacidad de resiliencia de trabajadores y trabajadoras inmersos en procesos de reestructuración empresarial. De modo singular, son objeto de análisis, en clave de género, aquellas fases de consultas previas a decisiones empresariales de despido colectivo, expedientes temporales de empleo, traslados o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, así como el prototipo de acuerdos en su caso alcanzados. De este modo, el estudio persigue desvelar si, al amparo de la formulación neutra de los referidos procedimientos de consultas, se generan impactos adversos para las trabajadoras. A tal efecto, se adopta una doble perspectiva: por un lado, material, prestando especial atención al modo en que la normativa vigente moldea o condiciona el producto de aquellas negociaciones; por otro lado, instrumental o procedimental, habida cuenta, en particular, los sujetos negociadores, así como el papel otorgado a las instituciones intervinientes.

Abstract: The study investigates the degree of vulnerability and resilience of workers immersed in business restructuring processes. In a singular way, the phases of consultations prior to corporate decisions of collective dismissal, temporary employment files, transfers or substantial modifications of working conditions of a collective nature, as well as the prototype of agreements in your case achieved. In this way, the study seeks to reveal whether, under the neutral formulation of the aforementioned consultation procedures, adverse impacts are generated for female workers. To this end, a double perspective is adopted: on the one hand, material, paying special attention to the way in which current regulations shape or condition the product of those negotiations; on the other hand, instrumental or procedural, taking into account, in particular, the negotiating subjects, as well as the role given to the intervening institutions.

INTRODUCCIÓN:

La concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conlleva la adopción de medidas de reestructuración a menudo precedidas de una fase de consultas con la representación de los trabajadores —así, en particular, en el caso de alcanzar aquéllas un volumen relevante de plantilla—. Ya se opte por la articulación de medidas de flexibilidad interna —traslados o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo o suspensiones contractuales o reducciones de jornada— o externa —despidos colectivos— han de negociarse medidas en términos generales destinadas a atenuar, en lo posible, los efectos sobre las personas trabajadoras. Ahora bien, ¿amparan tales medidas, de igual modo, a trabajadores y trabajadoras? ¿O genera la vigente regulación en la materia, en apariencia neutra, una suerte de impacto adverso en las segundas? La respuesta a ambas preguntas requiere de un doble análisis: en primer término, en términos sustantivos, habida cuenta el cariz mismo de las acciones orientadas a amortiguar la reestructuración; en segundo lugar, desde una óptica instrumental, atendiendo al modelo de consulta diseñado por el legislador y, de manera muy singular, a los interlocutores señalados por este.

La temática, si bien referida a herramientas singulares y aún abordada desde una óptica precisa —de género—, ostenta particular relevancia. En primer término, por erigirse las reestructuraciones en instrumentos de gestión cuasi-ordinaria de empresas en constante necesidad de adaptación, por el dinamismo e inestabilidad de los mercados, habida cuenta, a su vez, el impacto de fenómenos como la globalización, la digitalización o el cambio climático y la correlativa «transición verde». En segundo lugar, por conformar la negociación del despido colectivo, así como de otras medidas de flexibilidad interna un elemento nuclear consustancial a su regulación —lo que, en el caso de los primeros, en particular, es derivada de la correspondiente configuración a nivel internacional y, por supuesto, europeo—. Finalmente, la erradicación de cualquier discriminación por razón de sexo, así como la efectiva implementación de los postulados de la democracia paritaria —impulsando la presencia de mujeres también en las instancias de negociación de aquellas reestructuraciones—, por su parte, justifican el enfoque.

I. EL OBJETO DE LAS CONSULTAS: ESPECIAL REFERENCIA A MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO Y PLANES DE RECOLOCACIÓN EXTERNA

1. Una formulación neutra

El ET, con toda probabilidad en un ejercicio de respeto a la autonomía colectiva, se muestra extraordinariamente parco a la hora de describir el objeto de las consultas en general y, de modo singular, las denominadas «medidas sociales de acompañamiento». Así, en el caso paradigmático del despido colectivo, el art. 51. 2 ET, con una dicción muy similar a la acogida

en el marco internacional¹ y, así mismo, europeo², establece que «La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá 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 particular, si bien el precepto ciertamente distingue un contenido mínimo prioritario —hallar alternativas para eludir o reducir los despidos proyectados— y otro de carácter subsidiario —las medidas complementarias de amortiguación de las extinciones ya reveladas imprescindibles—³, no alberga matiz o precisión alguna en términos de género

Neutralidad que se extiende así mismo al singular tratamiento deparado a los despidos colectivos que afecten a más de cincuenta trabajadores —art. 51.10 ET—, en que se conmina a la empresa a ofrecer a los trabajadores afectados «un plan de recolocación externa», desarrollado por empresas de recolocación autorizadas, que «deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo».

-
- 1 Convenio núm. 158 de la OIT (1982), sobre terminación de la relación de trabajo (ratificado por España el 26 de abril de 1985) —cuyo art. 13 señala: «Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (...) ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos»—, así como Recomendación núm. 166 —apartado 20—. E, igualmente, la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (en España, en vigor desde el 1 de julio de 2021), dispone (art. 29): «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en los casos de despidos colectivos, las Partes se comprometen a garantizar que los empleadores informen y consulten oportunamente a los representantes de los trabajadores, antes de dichos despidos colectivos, sobre las posibilidades de evitar dichos despidos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados».
 - 2 Art. 2.2 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, a cuyo tenor «las consultas versarán, 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 destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos». En cuanto a dicha «procedimentalización» del despido colectivo, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos», en *Temas Laborales*, núm. 44, 1997, pp. 57 y siguientes.
 - 3 Destacando la configuración europea del despido colectivo como «última medida», *vid.* SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 27.

E, igualmente, el Reglamento de desarrollo —el RD 1483/2012⁴— si bien define con mayor detalle aquellas medidas sociales de acompañamiento, así como el citado plan de recolocación externa —arts. 8 y 9—⁵, de nuevo omite toda referencia o prevención en términos de género.

A ello se suman, ex art. 51.5 ET, las tradicionales *prioridades de permanencia de los representantes de los trabajadores* —única preferencia de configuración legal, si bien no absoluta⁶—, así como, de preverse en convenio colectivo o en el correspondiente acuerdo, *a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad*. Reglas que reitera el art. 13 del citado Reglamento de desarrollo, en el que sólo destaca la exigencia de «justificación, en la decisión final de despido colectivo a que se refiere el art. 12 [comunicación a la Autoridad Laboral competente y a los representantes de los trabajadores], de la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa» —apartado 3—. Lo que, como es obvio, tiene por objeto reforzar la preferencia legal por la inmunidad de dichos colectivos, cuya inobservancia requiere pues de una especial justificación por parte de la empresa.

Así, sin perjuicio, como es obvio, de la proyección de los derechos a la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres y a la no discriminación por razón de género —arts. 14 CE, 5 LOIMH⁷, 9 Ley 15/2022⁸ y 4 y 17 ET⁹—, la Ley no establece reserva o matiz alguno en clave de género, ni en la designación de aquéllos o aquéllas cuyos contratos han de man-

4 RD 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, como es sabido, objeto de muy reciente reforma por Disp. Final 3.ª del RD 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Entre las novedades más destacadas de esta recientísima reforma debe referirse la obligación de notificación previa en los supuestos de cierre de uno o varios centros de trabajo cuando ello suponga el cese definitivo de la actividad y el despido de cincuenta o más personas trabajadoras, hoy contemplada por la nueva Disp. Adic. 6.ª RD 1483/2012.

5 De modo más detallado, sobre las citadas herramientas, puede consultarse TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012», en *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, pp. 61 y siguientes.

6 SAN 143/2013, de 12 de junio (ECLI:ES:AN:2013:2467)

7 Precepto, como se recordará rubricado «Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo», a cuyo tenor «El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido».

8 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sobre esta, puede consultarse, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Director), CABEZA PEREIRO, J., VIQUEIRA PÉREZ, C., *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Navarra, 2023.

9 Así, «la libertad decisoria de la empresa para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo es una manifestación más de su poder de dirección y organización y está sujeta al respeto de los derechos fundamentales», *vid.*, SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos...*, *op. cit.*, p. 172.

tenerse¹⁰ —reduciendo cuantitativamente el despido colectivo—, ni en la configuración de las referidas medidas sociales de acompañamiento o plan de recolocación externa. Cualquiera que sea la composición de la plantilla o el sector de actividad en que opere la empresa, ni el ET, ni el RD 1483/2012, garantizan, explícitamente, que el acuerdo alcanzado en fase de consultas despliegue iguales efectos sobre trabajadores y trabajadoras.

Incluso las escasas menciones a colectivos cuya permanencia debe —o puede— priorizarse ostentan cierta carga de género. Por un lado, si bien la reserva se halla del todo justificada —al tratarse de una necesaria salvaguarda de la libertad sindical—, forzoso resulta reconocer que los representantes de los trabajadores, legales y sindicales, son aún, como se verá, preponderantemente, hombres. Y también es previsible que los trabajadores de más edad sean, así mismo, mayoritariamente varones, pues, al margen sectores tradicionalmente feminizados, las mujeres se han incorporado más tardíamente al mercado de trabajo en general y a algunos sectores en particular —siendo probable, pues, que, en no pocas ocasiones ellos sean mayores que ellas—. Y una revisión merece sin duda la referencia a «trabajadores con cargas familiares», optando por una formulación más moderna —despojada de la connotación peyorativa que parece desprenderse de la expresión vigente— y, así mismo, más precisa en orden, tal vez, a la identificación de aquellos concretos sujetos cuyos cuidados asume la persona trabajadora, por ello excluida de la medida de reestructuración.

Similares apreciaciones merecen, así mismo, los regímenes jurídicos de medidas de flexibilidad interna también objeto de negociación previa. Tal es el caso de los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los arts. 47 y 47 bis ET —como es sabido, objeto de reforma aún reciente por RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre¹¹—, que, de nuevo, omiten, así como la complementaria Disp. Adicional 25.ª ET, toda perspectiva de género, al margen, con todo, la correspondiente revisión terminológica —optando el legislador, a salvo algún despiste, por la fórmula al uso «persona trabajadora». Sólo en la citada Disp. Adicional se halla una referencia al obligado respeto, a efectos de planificación temporal de las acciones formativas, al derecho, aún con evidente carga de género, a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar¹².

10 Destacando que, efectivamente, la regulación legal —ni tampoco la reglamentaria, a salvo un mínimo matiz en relación con la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social— no fija siquiera «exigencias de objetividad y razonabilidad», de nuevo, SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos...*, *op. cit.*, pp. 123 y 172.

11 El citado art. 47.bis ET, a su vez, fue objeto de desarrollo por RD 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

12 Conforme a la citada Disp. Adicional 25.ª ET, relativa a «Acciones formativas en los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los artículos 47 y 47 bis», en efecto:

«Durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de contratos de trabajo a las que se refieren los artículos 47 y 47 bis, las empresas podrán desarrollar acciones formativas para cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras. A través de estas acciones 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, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.

Las acciones formativas se desarrollarán a través de cualquiera de los tipos de formación previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional

Del mismo modo, el art. 41.4 ET apenas indica, en lo que a aspectos sustantivos se refiere, que el período de consultas que ha de preceder a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, versará «sobre la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados». Previsión que igualmente contempla el art. 40 ET, respecto de consultas previas a traslados, para los que operan, así mismo (al igual que en el caso de desplazamientos), las prioridades de permanencia ya indicadas —merecedoras de iguales valoraciones— para representantes legales de los trabajadores, trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad y personas con discapacidad —estos últimos colectivos, nuevamente, de preverlo así el convenio colectivo de aplicación o el acuerdo correspondiente—. Finalmente, conformando una singularidad del traslado, el citado art. 40 ET contempla otra regla «clásica», que cabría subsumir en la categoría de herramientas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral: conforme a esta, «si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo».

2. ¿Un impacto adverso?

La apreciación de un eventual impacto adverso requiere del manejo de datos estadísticos, por cierto, en lo relativo a expedientes de regulación de empleo, de elaboración obligatoria en aplicación de la Disp. Adicional 1.ª del RD 1483/2012¹³. Con todo, los datos proporcionados conforme al referido mandato reglamentario no son, a los efectos aquí pretendidos, del todo reveladores. Pues, si bien proporcionan información valiosa y detallada —por sector de actividad, Comunidad Autónoma y provincia, atendiendo al tipo de medida aplicada, en función del tamaño de la empresa e, incluso, con desglose por sexos¹⁴— a penas desvelan, en virtud de esto último, el número de trabajadores y trabajadoras afectados por las decisiones empresa-

y en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en dichas normas, o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada.

Las acciones formativas deberán desarrollarse durante la aplicación de la reducción de la jornada o suspensión del contrato, en el ámbito de un expediente de regulación temporal de empleo, o en tiempo de trabajo. En cualquier caso, *deberán respetarse los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar*».

- 13 Conforme a esta, en efecto: «De acuerdo con lo establecido en la normativa vigente para la elaboración de la estadística de regulación de empleo, incluida en el Plan Estadístico Nacional, las autoridades laborales con competencia en materia de procedimientos de regulación de empleo remitirán en soporte informático a la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Empleo y Seguridad Social los datos estadísticos individualizados de cada uno de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada tramitados ante las mismas, con el contenido que se establezca en las disposiciones de aplicación y desarrollo de este real decreto». Procede a dicho desarrollo la Orden ESS/2541/2012, de 27 de noviembre, por la que se adoptan disposiciones para la determinación de la forma y contenido de la información estadística en aplicación y desarrollo de lo establecido en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
- 14 Las citadas estadísticas pueden consultarse en la web del Ministerio de Trabajo e Inclusión Social: <https://www.mites.gob.es/estadisticas/reg/welcome.htm>

riales de reestructuración —en su caso, consensuadas—, más no en qué medida o proporción, en un mismo centro de trabajo o empresa, una singular reestructuración repercute sobre las personas trabajadoras de uno y otro sexo.

Las citadas estadísticas incluso pueden llevar a conclusiones erróneas o, al menos, no del todo ciertas. En términos absolutos, en efecto, más hombres —muchos más incluso— que mujeres se hallan incluidos en expedientes de regulación de empleo: en 2022, de las 294.702 personas trabajadoras objeto de un despido colectivo o ERTE (suspensión de contrato o reducción de jornada), 210.305 fueron hombres y 84.397 fueron mujeres¹⁵. Pero el dato, como es obvio, debe analizarse a la luz de la composición misma de población activa ocupada, particularmente por sectores, al ser los masculinizados —de modo paradigmático, la industria— aquellos en los que más regulaciones de empleo se tramitan. Cuestión distinta, como se ha indicado, es la resiliencia de hombres y mujeres a una misma medida de reestructuración. Lo que exigiría que cada una de esta, se sometiese a una suerte de informe de impacto de género.

Y más complejo aún resulta desvelar la adecuada o inadecuada configuración, en términos de género, de medidas sociales de acompañamiento y planes de recolocación. Pues ello requiere, de nuevo en un marco concreto, el análisis, desde una óptica transversal, de las referidas medidas y planes, atendiendo a los criterios de aplicación —a menudo, como se verá, la edad—, a la composición de la plantilla —singularmente, el sexo en las cohortes de edad, excluidas o, por el contrario, amparadas por la amortiguación— y al perfil, personal y profesional, de trabajadores y trabajadoras —con objeto de ponderar la adecuación y, por ende, efectividad e igualdad de las herramientas para la atenuación del impacto de la reestructuración o para la recolocación—.

3. Criterios de afectación y herramientas de acompañamiento al uso

En el contexto normativo más arriba referido, los acuerdos alcanzados en fase de consultas a menudo presentan rasgos comunes, en el proceso de designación de las personas afectadas y, así mismo, de conformación de las herramientas de acompañamiento. Y en ambos casos es frecuente el recurso a criterios, de manera paradigmática la antigüedad y la edad, si bien a menudo estimados objetivos, no del todo inocuos desde una óptica de género. Pues, en ocasiones, pueden generar una mayor exposición y vulnerabilidad de las trabajadoras ante las medidas de flexibilidad interna y también externa.

Particularmente en actividades y sectores masculinizados, habida cuenta su menor antigüedad —a salvo excepciones, como es obvio—, aquéllas son, en efecto, candidatas predilectas a la integración en expedientes de regulación de empleo, así como a movi­lidades o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo —cuando estas ostenten carácter colectivo—. A lo que debe sumarse, por la asunción aún preponderante de obligaciones familiares y de cuidado, la mayor dificultad de las trabajadoras a encarar transformaciones de su empleo —del lugar de prestación de servicios o de las condiciones laborales—. Lo que, a su vez, constatada la imposibilidad de adaptación, a menudo deriva en la opción «voluntaria» por la extinción indemnizada —ex arts. 40.1 (párrafo 3.º) y 41.3 ET (párrafo 2.º)—.

15 Reg. 5 en <https://www.mites.gob.es/estadisticas/reg/welcome.htm>

Desde otra perspectiva, si bien la mayor edad, en numerosos ámbitos —masculinizados—, más predicable de hombres que de mujeres, puede, en tiempos de crisis y reestructuración, erigirse en factor vulnerabilidad —habida cuenta el colateral objetivo recurrente de «rejuvenecimiento de plantillas»¹⁶—, a menudo también es factor determinante de la aplicación de medidas de amortiguación del impacto de las herramientas más incisivas, particularmente de los ERE —aun cuando, en ocasiones, la mayor edad también desencadena un tratamiento peyorativo en la determinación de la indemnización vinculada a la extinción del contrato¹⁷—.

a. Criterios de afectación: especial referencia al criterio de la menor antigüedad

La aplicación de una medida de flexibilidad interna o externa de carácter colectivo exige de la necesaria selección y designación de las personas trabajadoras afectadas¹⁸ —no en vano los «criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos» integran, conforme dispone la Directiva 98/59/CE¹⁹, el contenido mínimo de la comunica-

-
- 16 Y ello a pesar de las previsiones adoptadas para encarecer y consiguientemente desincentivar la inserción en expedientes de regulación de empleo de trabajadores maduros: art. 51.9 ET —por el que se establece, en el caso de empresas que procedan al despido de trabajadores de 55 o más años de edad, no mutualistas a 1 de enero de 1967, la obligación de financiación de las cuotas de Seguridad Social mediante convenio especial— y art. 51.11 ET y Disp. Adic. 16.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social —por los que se establece la obligación de abono de aportaciones económicas por aquellas empresas de más de 100 trabajadores que procedan al despido de trabajadores de 50 o más años de edad—. El TS, con todo, avaló, en su día, la aplicación del criterio de la edad: «parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentren más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas» (STS —Sala de lo Contencioso-Administrativo— de 9 de marzo de 2011, rec. 3980/2009 (ES:TS:2011:873). También en la materia, *vid.* STC 66/2015, de 13 de abril: «la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados».
- 17 STS de 24 de enero de 2023, rec. 2785/2021 (ECLI:ES:TS:2023:337), en que es objeto de debate si el acuerdo sobre el despido colectivo, alcanzado en conciliación judicial entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, es discriminatorio por razón de edad, al contemplar una indemnización más elevada para los afectados menores de 60 años, concluyendo el Alto Tribunal que el mismo «no incurre en discriminación, al estar objetivamente justificado el diferente importe de la indemnización». Sobre esta resolución, puede consultarse ROMERO BURILLO, A. M., «¿Es discriminatorio acordar una indemnización por despido inferior para personas trabajadoras mayores de 60 años? A propósito de la STS de 24 de enero de 2023», en *Revista de Derecho Laboral*, núm. 8, 2023, p. 146 y siguientes. Sobre un supuesto similar, *vid.*, STS de 12 de septiembre de 1989, (rec. 3033/1987).
- 18 En la materia, *vid.*, recientemente, TORMOS PÉREZ, J. A., *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- 19 El art. 2.3.b) de la misma, como se recordará, enumera la siguiente información de entrega obligatoria: «i) los motivos del proyecto de despido; ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido; vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales».

ción empresarial de apertura del periodo de consultas (art. 51.2.e) ET)²⁰—. Ello conforma, pues, así mismo, objeto paradigmático de estas últimas, en que, además de elementos de orden material —atendiendo a las necesidades de la empresa, habida cuenta los factores económicos, técnicos, organizativos y de producción desencadenantes de la reestructuración—, es preciso el recurso a un criterio identificativo objetivo y no discriminatorio. De modo que, a iguales características profesionales, este ha de regir el señalamiento de las personas trabajadoras a las que procede la aplicación de la medida de reestructuración. Y así ha de explicitarse, además, en la correspondiente decisión empresarial, a efectos de neutralización de un eventual indicio de discriminación —por ejemplo, el embarazo de la trabajadora, a falta del citado criterio objetivo, indicativo de una potencial discriminación por razón de género²¹—. Lo que ha determinado, por cierto, una reforma en el orden interno: así, por RD-Ley 6/2019²², por el que se precisa que la procedencia de la decisión extintiva, de concurrir algunos de los supuestos enumerados por el art. 53.4 ET, exige acreditación suficiente «de que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida».

Pues precisamente la menor antigüedad de la persona trabajadora se estima, con carácter general, un criterio objetivo y no discriminatorio —y, por tanto, válido—, de modo paradigmático a efectos de inclusión en el correspondiente expediente de regulación de empleo. Una concepción que ha de ser matizada en atención a las circunstancias en cada caso concurrentes. Así, algún Juzgado ha declarado recientemente la nulidad del cese de una piloto de aviación en el marco de un ERE al considerar que el criterio del orden inverso a la antigüedad —de menor a mayor antigüedad—, consensuado con la comisión representativa de los trabajadores y aplicado para la selección de las personas afectadas, genera discriminación indirecta por razón de sexo —SJS núm. 8 de Barcelona de 19 de enero de 2023²³—. A tal efecto, consideró la tardía incorporación de las mujeres a la empresa —sólo a partir del año 2016—, así como la composición mayoritariamente masculina y correlativa infrarrepresentación femenina de la plantilla, singularmente en la categoría de pilotos —siendo mujeres sólo 20 de los 361 pilotos con los que contaba la empresa—²⁴. Circunstancias en que el criterio de

20 De modo que la omisión de tales criterios conforma un defecto procedimental grave con impacto en las negociaciones, señaladamente en el deber de negociar de buena fe —entre otras, SAN 112/2012, de 15 de octubre (ES:AN:2012:4133)—, revelándose insuficiente tanto la mera enumeración de los trabajadores afectados, como la remisión de la fijación de los criterios al posterior pacto en periodo de consultas: entre otras, SAN 148/2013, de 22 de julio (ES:AN:2013:3544).

21 Sobre ello, *vid.* STJUE de 22 de febrero de 2018, Asunto C-103/16, Jessica Porras Guisado contra Bankia, S. A. (ECLI:EU:C:2018:99) —a cuyo tenor, «2) El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, *siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido*»—, y en aplicación de dicha doctrina, STSJ de Cataluña de 26 de abril 2018, rec. 3002/2015 (ECLI:ES:TSJCAT:2018:2692).

22 RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

23 Núm. de resolución 16/2023.

24 Según se indica en el Hecho Probado Octavo, «Cuando la empresa promovió el despido colectivo, contaba con un escalafón ordenado por antigüedad (MSL o «Master Seniority List»), cuyos primeros puestos, en lo que se refiere a los pilotos, correspondían a hombres. De los 361 pilotos con los que contaban la empresa, sólo 20 eran mujeres, con las siguientes posiciones: 40, 74, 139, 168,

afectación preferente de las personas trabajadoras recién incorporadas —aún previsto en el Convenio Colectivo de la empresa y refrendado, como se ha adelantado, por la representación de los trabajadores en fase de consultas— habría de determinar que sólo una mujer piloto no fuese despedida —lo que, en el caso de Autos, sólo resultó matizado por la aplicación de otro criterio más, el de la voluntariedad—. Así, al determinar el ERE la extinción del 95 por 100 de los contratos de las mujeres piloto (19 de 20) y su práctica desaparición de la empresa, generando, pues, el criterio de la antigüedad un impacto sensiblemente más desfavorable sobre las trabajadoras que sobre los trabajadores, el Juzgador concluye el carácter indirectamente discriminatorio por razón de sexo del mismo, así como la nulidad del despido impugnado.

La objetividad y carácter no discriminatorio del criterio de la menor antigüedad, por consiguiente, no pueden presumirse, *per se* —no caben, según apuntan los Tribunales, «criterios genéricos»²⁵—. Es necesario ponderar su impacto habida cuenta las circunstancias concurrentes, señaladamente, como en el caso referido, el ingreso tardío de trabajadoras a la profesión o sector de actividad de que se trate —de modo particular, de tratarse de ámbitos tradicionalmente reservado a los varones—, así como la consiguiente composición por sexos de la plantilla objeto de la reestructuración. Circunstancias, dicho sea de paso, puestas de manifiesto por el correspondiente plan de igualdad —al conformar el diagnóstico de situación contenido mínimo del mismo²⁶—, pero que, a falta de aquél, deben así mismo ser detectadas y consideradas en fases de consultas.

El análisis, por supuesto, debe extenderse a otros criterios eventualmente utilizados y así mismo susceptibles de producir resultados preponderantemente adversos en colectivos feminizados. Y debe remarcarse la sospecha que generan determinados aspectos de la relación laboral, en términos de género especialmente sensibles: por ejemplo, la temporalidad del vínculo, habida cuenta su aún preponderante feminización²⁷, e incluso el rendimiento o productividad²⁸, si en su ponderación no se omitió el impacto de circunstancias exclusivamente femeninas —por supuesto, un embarazo y posterior maternidad, pero también procesos de IT vinculados a patologías sólo concurrentes en las mujeres— o el disfrute de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral —si bien reconocidos a trabajadores y trabajadoras, más recurrentes en el caso de estas—²⁹.

Así mismo, iguales consideraciones resultan predicables del proceso de selección y designación de las personas trabajadoras afectadas por medidas de flexibilidad interna, al requerir el art. 17 RD 1483/2012 que la comunicación de la apertura del correspondiente periodo de consultas

184, 193, 205, 217, 235, 244, 261, 272, 273, 283, 291, 300, 323, 325, 354 y 360. La actora figuraba en el puesto n.º 261 (...). Cuando promovió el despido colectivo, la empresa se propuso conservar a 68 pilotos y extinguir el contrato de los demás».

25 STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012, rec. 10/2012 (ECLI:ES:TJSCAT:2012:3378).

26 Arts. 46.2 LOIMH y 7 y 8 del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

27 Debiendo considerarse, además, la prohibición de discriminación de temporales respecto de trabajadores indefinidos, ex Cláusula 4 de la Directiva 1999/70.

28 Admitiendo dicho criterio, SAN 40/2013, de 11 de marzo (ECLI:ES:AN:2013:1024).

29 Desde otra perspectiva, la prohibición de discriminación por razón de edad, la doctrina también ha destacado la necesidad de análisis de posibles impactos adversos ligados al criterio de la edad, SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos...*, op. cit., p. 124.

contenga los siguientes extremos: «Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada». Y tal selección es obviamente así mismo necesaria de operarse una movilidad o modificación sustancial de condiciones de trabajo, pese a no referirlo expresamente los arts. 40 y 41 ET.

Finalmente, de *lege ferenda* y con objeto de facilitar la evaluación del impacto en términos género de la propuesta empresarial de selección de los trabajadores afectados por la medida de reestructuración —así como, a posteriori, del acuerdo en su caso alcanzado o, en defecto de este, de la ulterior decisión empresarial—, tal vez resulte conveniente que aquella propuesta se presente desglosada por sexos. Lo que, en los casos de ERE y ERTE, implicaría una reformulación, respectivamente, de los arts. 51.2 ET y 17 RD 1483/2012, debiendo informar el empresario no sólo del número y clasificación profesional de las personas trabajadoras afectadas, sino también de su sexo. Precisión, desde luego compatible con el Derecho de la UE —cuyo modelo «abierto» identifica la información a «proporcionar en cualquier caso», sin perjuicio del deber empresarial de suministro de toda aquella que resulte «pertinente»³⁰— que facilitaría la labor de los negociadores y también, como se verá, de la Autoridad Laboral, Inspección de Trabajo y Seguridad Social e, incluso, de los Tribunales.

b. Las herramientas de amortiguación de la reestructuración

Por expresa disposición reglamentaria —art. 8 del RD 1483/2012—, se erigen en medidas sociales de acompañamiento, para evitar o reducir los despidos colectivos, las herramientas de flexibilidad interna³¹ —la recolocación interna, la movilidad funcional, la movilidad geográfica, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo— con desigual impacto en términos de género. Así, forzoso resulta reconocer que traslados y desplazamientos o modificaciones muy incisivas en la ordenación del tiempo de trabajo a menudo derivan en extinciones «voluntarias» —indemnizadas o no—, por la imposibilidad de armonización con obligaciones de crianza o cuidado. Lo que, al no haberse alcanzado aún la deseada corresponsabilidad entre hombres y mujeres, muy a menudo, sufren preponderantemente estas últimas. De modo que, para ellas, en mayor medida que para ellos, aquellas medidas sociales de acompañamiento también se saldan, en última instancia, en una extinción contractual.

En cualquier caso, el proceso de conformación y pacto de las medidas sociales de acompañamiento —de flexibilidad interna y otras así mismo señaladas por el citado art. 8 del RD 1483/2012 o consensuadas en fase de consultas— también deberían ser objeto de un informe de impacto de género, habida cuenta la composición por sexos de la plantilla y perfiles profesionales de los trabajadores y trabajadoras a que se dirigen, así como las características del entorno y mercado de trabajo en que se pretende la reinserción.

Un apunte específico merece la relevancia otorgada al factor edad a efectos de aplicación de unas u otras medidas de acompañamiento o recolocación. Pues, si bien la edad es, en el marco de empresas en crisis, un elemento de vulnerabilidad —al erigirse la reestructuración

30 Art. 2.3.b) y 2.3.a) de la Directiva 98/59/CE.

31 En la materia, puede consultarse FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «La flexibilidad interna en el contexto del despido colectivo», en *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, obra colectiva, directores MONEREO PÉREZ, J. L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., COMARES, Granada, 2022, pp. 757 y siguientes.

en pretexto para el rejuvenecimiento de plantillas—, a menudo es, así mismo, condicionante de acceso a medidas de amortiguación de la salida, favoreciendo el tránsito desde la situación de activo a la jubilación³². Y ello, al margen de las implicaciones desde la óptica del principio de no discriminación por razón de edad, también puede ostentar relevancia desde la perspectiva del derecho a no ser discriminado por razón de sexo. Pues cabe la posibilidad, por tratarse de un ámbito o sector de actividad en que la presencia de mujeres es aún reciente, de que quienes alcancen dicha edad sean fundamentalmente, o exclusivamente, varones. De modo que, en la selección de una determinada cohorte de edad, a efectos de aplicación de singulares medidas de acompañamiento o recolocación, deba también considerarse la composición por sexos de la referida cohorte.

En esta materia, precisamente, han de destacarse las previsiones introducidas por la reciente Ley de Empleo, cuyo art. 44 expresamente dispone: «En el desarrollo del plan de recolocación externa deberá procurarse, en particular, el retorno al mercado de trabajo de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, cuyos contratos se hayan extinguido por despido colectivo después de los cincuenta y dos años, evitando toda discriminación por razón de edad». Precepto que establece un mandato de especial protección a las personas trabajadoras de más edad, si bien con una referencia expresa a hombres y mujeres, lo que debe interpretarse en clave de armonización de los derechos a la no discriminación por razón de edad y, así mismo, por razón de sexo.

II. EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

Un análisis en clave de género del periodo de consultas debe atender, así mismo, a elementos de carácter instrumental, prestando atención, en particular, a los sujetos y entidades intervinientes en la negociación, bien como interlocutores directos, bien en calidad de órganos de asesoramiento o supervisión. De quienes sean los primeros —hombres o mujeres— y de las funciones atribuidas a los segundos, depende también el acuerdo final alcanzado.

1. Los interlocutores

El art. 41.4 ET —al que remiten los preceptos reguladores de despidos colectivos, expedientes temporales de empleo, traslados y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo— identifica, dadas las circunstancias concurrentes, tres posibles interlocutores: secciones sindicales, representantes legales de los trabajadores y comisiones *ad hoc*. De tales representantes, deben destacarse, a los efectos del presente estudio, dos rasgos: por un lado, su aún elevado grado de masculinización —habida cuenta, en particular, los procedimientos legales de designación y elección de, respectivamente, delegados sindicales y representantes unitarios; por otro lado, la dificultad de implantación de las citadas instancias representativas —de nuevo, en virtud de aquellos procedimientos— en empresas y sectores a menudo feminizados, lo que comporta el recurso a las citadas comisiones *ad hoc*, como es sabido, muy cuestionadas.

32 Lo que no obsta a que, en ocasiones, la edad, precisamente, sea desencadenante de un trato peyorativo en la articulación de medidas de atenuación del impacto de la extinción: así, como se puso de manifiesto en la STS de 24 de enero de 2023, rec. 2785/2021 (ECLI:ES:TS:2023:337), ya citada, al pactarse el reconocimiento a los trabajadores de más edad de una indemnización de inferior cuantía.

En cuanto a lo primero, si bien los datos disponibles son muy escasos —lo que, sin duda, merece una valoración negativa y revela la escasa atención prestada al asunto—, la masculinización de representaciones sindicales y unitarias, aún en proceso de paulatina atenuación, es un hecho. Así, a falta de datos globales referidos al conjunto del Estado, los proporcionados por algunas autonomías son reveladores: en Galicia, en el período 2018-2021, sólo el 32,41 % de los representantes unitarios elegidos fueron mujeres, porcentaje que en 2021 alcanzó el 36,99 %³³; en Andalucía este fue del 43,76 % —si bien es llamativo que, en dicha Comunidad Autónoma, en la misma anualidad, el porcentaje de delegadas sindicales, en cambio, fuese tan sólo del 29 %³⁴—.

A ello, han contribuido múltiples y variados factores³⁵. Por un lado, culturales o sociológicos, determinantes, aún, de una mayor reticencia de las mujeres al desempeño de tareas de representación extramuros del marco privado en que tradicionalmente desarrollaron sus funciones, pero también de la atención, en mayor medida que los varones, de obligaciones de crianza y de cuidado —generándose la denominada doble jornada, que la asunción de responsabilidades de representación convertiría en triple—. Pesa, así mismo, el sesgo femenino de la contratación laboral atípica —al amparo de contratos temporales o a tiempo parcial—, así como en virtud, tal vez incluso en ascenso, de contratos fijos discontinuos o desarrollados a distancia. Lo que, dada la menor vinculación con el entorno laboral y las dificultades de ejercicio de los derechos colectivos inherentes a las citadas modalidades, obstaculiza la asunción de tareas de representación por las trabajadoras. Y debe referirse, así mismo, la aún vigente división sexual del trabajo, determinante de una mayoritaria presencia femenina en ámbitos o actividades en que, por sus características (es el caso del comercio o de la banca) o por el modo de organización del trabajo —habida cuenta, en particular, el recurso a la externalización (por ejemplo, en el sector de la limpieza)—, es recurrente la generación de micro-centros de trabajo, que no alcanzan siquiera los seis trabajadores a efectos de elección —en este caso, voluntaria o no preceptiva— de un delegado de personal³⁶, o en los que, siendo aquellos, en puridad, meros lugares de trabajo, no se estiman como tales a efectos del correspondiente proceso electoral³⁷. Circunstancias en que se torna más complejo si cabe —imposible, en muchas ocasiones— la designación de delegados sindicales, sujeta, como es sabido, a la

33 Datos extraídos del Informe 2021 sobre a situación sociolaboral de Galicia, elaborado por el Consejo Galego de Relaciones Laborais, p. 443 y p. 450, respectivamente. El Informe puede consultarse en <https://www.cgri.gal/informe-sociolaboral-2021/>

34 Datos proporcionados por la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía, disponibles en https://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/badea/operaciones/consulta/anual/5924?CodOper=b3_772&codConsulta=5924

35 Para un análisis más pormenorizado de los mismos, *vid.* Cabeza Pereiro, J., Fernández Prol, F., «Democracia paritaria y relaciones laborales: propuestas para una composición equilibrada de los órganos de representación de las personas trabajadoras», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 155, 2023, pp. 125 y siguientes.

36 Planteando, así mismo, el debate relativo a la conveniencia de reconfigurar la unidad electoral, en un estudio referido, precisamente, a la participación de los trabajadores en los procesos de negociación de despidos colectivos, *vid.* Fernández Docampo, B., «La participación de los trabajadores en la determinación de medidas de amortiguación de los despidos colectivos», en *Documentación Laboral*, núm. 109, 2017, p. 195.

37 Sobre esta cuestión, en detalle, *vid.* Romero Ródenas, M. J., «El centro de trabajo como circunscripción electoral. Centro de trabajo y lugar de trabajo», en *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, obra colectiva, coordinadora Romero Rodenas, M. J., Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 87 y siguientes.

conurrencia de umbrales de plantilla muy difícilmente alcanzables en los referidos ámbitos y sectores —al requerir el art. 10 LOLS³⁸ que la designación opere «en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores»³⁹—.

De modo que la obsolescencia misma de la vigente regulación de los procesos de designación de delegados sindicales y de elección de representantes unitarios⁴⁰ se erige en causa directa de la desigual presencia de mujeres y hombres entre aquéllos y, a la postre, en las fases de consultas previas a reestructuraciones. Lo que, estando en manos del legislador ponerle remedio, reviste una especial gravedad. Y ello no sólo habida cuenta la referida configuración de las unidades de designación y de elección de representantes sindicales y unitarios, como es obvio, ideadas atendiendo a un modelo de producción —fabril y masculino— cuasi residual y en el que las trabajadoras desde luego no se han integrado masivamente. Pues también los vigentes modelos de elección de delegados de personal y miembros de comités de empresa, así como de designación de delegados sindicales contribuyen al mantenimiento del reparto desigual. Ninguna herramienta de reversión, en efecto, ha sido habilitada. Y ello pese a gozar el principio de presencia o composición equilibrada de hombres y mujeres de una nada desdénable tradición en otros ámbitos: así, en el marco de la participación política, al explicitarlo el art. 14.4 de la LO 3/2007⁴¹, por la que, además, se procedió a la reforma de la LOREG⁴², que pasa así a incorporar, ex art. 44 bis, la exigencia de que «en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento»⁴³. La ausencia de previsiones similares en las normas reguladoras de elecciones a representantes

38 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

39 Requisito, con todo, flexibilizado por la jurisprudencia al validar ésta el cómputo de dicha plantilla, bien en el centro de trabajo, bien en aquel otro marco en que la organización sindical despliegue su actividad sindical, inclusive el conjunto de la empresa. Sobre dicha doctrina, *vid.* STS de 18 de julio de 2014 (rec. 91/2013, ECLI:ES:TS:2014:3933) —por la que se opera el giro jurisprudencial en la materia—, así como, reiterando dicha doctrina, SSTS de 23 de septiembre de 2015 (rec. 253/2014, ECLI:ES:TS:2015:4554) y de 12 de julio de 2016 (rec 361/2014 —ECLI:ES:TS:2016:3910—).

40 Obsolescencia, por cierto, objeto de reiterada denuncia por la doctrina, destacando, en particular, el correlativo efecto de infrarrepresentación del conjunto de las personas trabajadoras —y, desde nuestra perspectiva, singularmente de las mujeres trabajadoras—: BAYLOS GRAU, A. «Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales», en *Revista de Derecho Social*, núm. 70, 2015, p. 26; «VV.AA.» *Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del Grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales* (FIDE: *Fundación para la investigación sobre el Derecho y la Empresa*), *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2016, p. 1069.

41 Conforme al mismo, en efecto, es «criterio general de actuación de los Poderes Públicos: (...) La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones».

42 Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio, del régimen electoral general.

43 A cuyo tenor, como se recordará, «Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico».

unitarios, así como en los preceptos que rigen la designación de delegados sindicales es más destacada —e incomprensible— habida cuenta, finalmente, la reciente aprobación, por el Consejo de Ministros, del Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión. Norma con la que se persigue transponer la Directiva (UE) 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, y que ahonda, así mismo, en la aplicación del principio de composición paritaria de listas electorales —así, al contemplar una nueva reforma de la LOREG (art. 44 bis), con objeto de que los candidatos de uno y otro sexo figuren en las referidas listas de modo alternativo, conformando, pues, las llamadas «listas cremallera»—.

Para que la democracia paritaria se proyecte, así mismo, en el marco de las relaciones laborales, garantizando una presencia mínima de ambos sexos en representaciones legales y sindicales, urge, pues, una reforma de las normas que rigen la conformación de las candidaturas concurrentes a las elecciones a representantes unitarios, así como el posterior proceso de asignación de puestos —arts. 70 y 71 ET— y es preciso, así mismo, reformular el mecanismo de designación de delegados sindicales —art. 10.2 LOLS⁴⁴. Lo que, a la postre, habría de trascender a la designación de los interlocutores o comisión representativa encargados, ex art. 41.4 ET, de la negociación de medidas de reestructuración. Pues, una presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de representación sindical en la empresa, en los comités de empresa y entre los delegados de personal es, sin duda, una premisa necesaria para que dicho equilibrio se proyecte así mismo sobre la fase de consultas. Con todo, singularmente en el caso de que asuman la negociación secciones sindicales⁴⁵ —opción que el legislador configura como preferente—, una comisión representativa —de afectar la medida a varios centros de trabajo⁴⁶— o una comisión *ad hoc* —en defecto de representación legal⁴⁷— tal vez ello no sea suficiente. Por lo que convendría valorar la oportunidad de introducir en el citado art. 41.4 ET alguna indicación —en su caso, matizada habida cuenta la composición por sexos de la plantilla del centro o empresa objeto de representación— en orden a la obser-

44 Una propuesta concreta de reforma de los preceptos indicados y otros concordantes, en CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PROL, F., «Democracia paritaria y relaciones laborales...», *op. cit.*, p. 137 y siguientes.

45 Según indica el párrafo segundo del art. 41.4 ET, «cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados», supuesto en el que «representarán a todos los trabajadores de los centros afectados».

46 Salvo, como es sabido, intervención de un comité intercentros que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación (art. 41.4.b) ET).

47 Conforme dispone el art. 41.4.a) ET, a cuyo tenor «En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma». Sobre la composición de dichas comisiones, *vid.*, de modo exhaustivo, LÓPEZ TERRADA, E., «La composición de las comisiones ad hoc de empresas sin representación legal de los trabajadores: naturaleza jurídica y reformulación», en *Labos*, Vol. 2, núm. 3, 2021, pp. 14 y siguientes.

vancia de cierto equilibrio de género en la composición de las citadas representaciones —así, tal vez, siempre que ello resulte posible, procurando al menos la presencia de representantes de ambos sexos o una presencia mínima de cada uno de estos—.

2. Tareas de supervisión y tutela de derechos fundamentales

Si bien con un protagonismo notablemente más discreto que antaño —al operar, como se recordará, la reforma de 2012 un cambio profundo en la materia⁴⁸—, la fase de consultas, en el caso de ERES y ERTES, alberga la intervención de la Autoridad Laboral⁴⁹. A esta, en efecto, el empresario ha de comunicar la apertura del periodo de consultas, aportando memoria explicativa no sólo de las causas del despido colectivo, sino también del «número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido», del «número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año», así como de los «criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos». Información, sin duda, relevante a efectos de ponderación del impacto en la plantilla del despido planteado y de desarrollo de aquellas funciones encomendadas por el legislador —así, de formulación, cuando proceda, de advertencias y recomendaciones a las partes, de mediación a petición conjunta de estas o de asistencia previa solicitud o por propia iniciativa—. Ya al término del periodo de consultas, el empresario también ha de comunicar el resultado del mismo, así como el acuerdo en su caso alcanzado o, en defecto de este, la correspondiente decisión empresarial. Lo que, de nuevo, resulta sumamente pertinente, pues la Autoridad Laboral, como es sabido, puede impugnar los acuerdos adoptados, «a efectos de su posible declaración de nulidad», cuando «estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho» o la entidad gestora informe de la potencial obtención indebida de prestaciones de desempleo —art. 51.6 ET—.

Con todo, como ya se ha advertido, es clamorosa la ausencia de desglose por sexos de la información remitida por el empresario, debiendo reiterarse, con objeto de que la Autoridad Laboral desarrolle su actuación también en clave de género, la pertinencia de que, junto al número y clasificación de las personas trabajadoras afectadas y habitualmente contratadas, figure, así mismo, su sexo. Y convendría, además, que las medidas sociales de acompañamiento propuestas por el empresario conformasen también, expresamente, contenido mínimo de la comunicación inicial⁵⁰ —como lo es ya, por cierto, ex art. 3.2 del

48 Siendo particularmente destacable la eliminación de la preceptiva autorización operada por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Sobre ello, *vid.*, Goñi Sein, J. L., «El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012», en *Documentación Laboral*, núm. 95-96, 2012, p. 39 y siguientes. Recientemente, con todo, por la Disp. Final 3.ª del RD 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, ha sido añadida la siguiente actuación de la autoridad laboral (art. 10.4 RD 1483/2012): «La autoridad laboral garantizará el acceso de las partes interesadas al expediente administrativo, y, en particular, les remitirá el informe al que se refiere el artículo 11 [de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social] en el momento de su recepción».

49 Sobre esta, en detalle, MERCADER UGUINA, J. R., «El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas», en *Tratado de despido colectivo*, obra colectiva, director GODINO REYES, M., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 376 y siguientes.

50 Con todo, pese a la ausencia de referencia explícita ex art. 51.2 ET, la doctrina en ocasiones ha

RD 1483/2012, el plan de recolocación externa—. Pues ello no sólo facilitarían su efectiva negociación por las partes, sino también la actuación de la Autoridad Laboral, dirigiendo, ex art. 10.2 RD 1483/2012, «propuestas y recomendaciones»⁵¹, que también deberían atender a consideraciones de género.

Incluso, convendría, ya desde una óptica sustantiva o material, emprender una reflexión sobre la naturaleza e intensidad de la intervención de la Autoridad Laboral, hoy configurada, en cualquier caso, como meramente potestativa, orientadora y desprovista de capacidad coercitiva alguna⁵². En efecto, apreciada una potencial vulneración de derechos fundamentales —en este caso, a la igualdad y no discriminación por razón de sexo—, aquella debiera, con toda seguridad, resultar obligada y, tal vez, más incisiva o determinante.

Las omisiones y limitaciones referidas, como es obvio, condicionan, así mismo —limitan, en realidad—, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyo informe preceptivo, por lo demás, se halla objetivamente circunscrito a la verificación de aspectos procedimentales y causales del despido colectivo. Así, en cuanto a lo primero, ha de «comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas» y «constatar que la documentación presentada (...) se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir». Y en cuanto a lo segundo, la Inspección ha de «pronunciarse sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial» —todo ello en el art. 51.2 ET, complementado por lo dispuesto, en particular, por el art. 10.3 RD 1483/2012, que, a su vez, prevé «la asistencia y apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» a las «actuaciones de mediación y asistencia» de la Autoridad Laboral—. El papel de la ITSS es, pues, secundario, en términos materiales y también temporales, al evacuarse el citado informe preceptivo ya finalizadas las consultas —«en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas», lo que, como es obvio, limita considerablemente sus efectos prácticos. Finalmente, un escueto art. 11.7 del Reglamento insta la ITSS a informar «sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento» y a «comprobar que las empresas obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa». A la vista de lo expuesto, por tanto, si bien un análisis, desde una perspectiva de género, del despido mismo y de las medidas alternativas y complementarias articuladas, no se descarta, desde luego tampoco se impulsa en modo alguno. Tan sólo el

defendido la consignación de las medidas sociales de acompañamiento en el escrito de comunicación de la apertura del período de consultas: NAVARRO NIETO, F., «Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo», en *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, obra colectiva, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, p. 272.

- 51 Conforme al referido precepto, en efecto: «La autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa».
- 52 Se ha aludido, así, a una intervención basada en técnicas de «Derecho blando», De La puebla PINILLA, A., «El despido por causas empresariales», en *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social...*, op. cit., p. 212.

Reglamento prevé —art. 11.5 RD 1483/2012— la verificación de «que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa». Una previsión que, por su relevancia, debiera transitar al marco legal.

Y nuevamente las valoraciones realizadas pueden extenderse, con algunos matices, a la regulación de expedientes temporales de empleo: si bien en este caso las comunicaciones a la Autoridad Laboral han de incluir «La identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo» (art. 47.7 ET) —lo que, por tanto, permite deducir el impacto, en términos de género, de la medida—, la medición del mismo no se infiere, ni explícitamente, ni tácitamente, de la normativa reguladora, sin embargo, objeto de una reforma profunda reciente —por RD-Ley 32/2021 y RD 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo⁵³—.

En términos generales, a nuestro entender, Autoridad Laboral e Inspección de Trabajo debieran —con carácter imperativo— desempeñar un papel más activo, mediante la elaboración de informes de impacto de género —de la medida misma de reestructuración, así como de las medidas sociales de acompañamiento y, cuando procedan, recolocación— y el desarrollo de la correlativa labor de asistencia, formulando, cuando corresponda, advertencias con resultado tangible en el procedimiento.

En última instancia, una mención al menos merece la tutela, por los órganos jurisdiccionales, de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras inmersas en procesos de reestructuración empresarial⁵⁴. Tutela que se proyecta sobre el contenido de los acuerdos alcanzados en consultas, identificando, reprobando y reparando —vía declaración de nulidad y, en su caso, correlativas medidas indemnizatorias— eventuales vulneraciones del derecho a no ser discriminado por razón de sexo. Una labor que, a nuestro entender, no debe circunscribirse al análisis, en clave individual, de las medidas de reestructuración adoptadas y correlativamente a la identificación singularizada de afectaciones discriminatorias —inserción de concretas personas trabajadoras en expedientes de regulación de empleo o aplicación a aquéllas de medidas de flexibilidad interna—, sino proyectarse así mismo, en clave colectiva, sobre los criterios de afectación, así como sobre las herramientas, inclusive consensuadas, de acompañamiento y colocación externa. Para ello, precisamente, convendría que el ET expresase que la apreciación de trato discriminatorio, por razón de sexo y otros factores de distinción prohibidos, conforma, junto con el dolo, la coacción, el abuso de

53 En cambio, la reforma del art. 51.2 ET por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha sido mínima, siendo muy destacable, con todo, la ya mencionada obligación de notificación previa en los supuestos de cierre, introducida por RD 608/2023 (nueva Disp. Adic. 6.º RD 1483/2012).

54 En la materia puede consultarse SERRANO GARCÍA, M. J., «¿La declaración de nulidad de un despido colectivo garantiza la adecuada protección de los derechos fundamentales de los trabajadores?», en *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, obra colectiva, coordinadores CABEZA PEREIRO, J., MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., BOMARZO, Albacete, 2014, pp. 311 y siguientes.

derecho o la obtención indebida de prestaciones por desempleo —como ya indican los arts. 51.6 ET y 148.b) LRJS⁵⁵—, causa de impugnación por la Autoridad Laboral —ello sin perjuicio de lo dispuesto ex art. 148.c) LRJS⁵⁶—.

III. REFLEXIONES FINALES:

Extrañamente, las consultas previas a la adopción de medidas colectivas de reestructuración —despidos, traslados y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo—, así como a expedientes temporales de empleo —preceptivas cualquiera que sea el ámbito de aplicación de estos— han permanecido al margen de cualquier reforma —o incluso reformulación terminológica— en clave de género. En las mismas, ni lo sustantivo —lo que se acuerda—, ni lo procedimental —quien y como lo acuerdan— se abordan con perspectiva transversal. Lo que, ciertamente, en modo alguno impide la proyección de los derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, que, como es obvio, informan al conjunto del ordenamiento jurídico-laboral. Con todo, tal neutralidad redundante, con toda probabilidad, en la pervivencia, no ya de discriminaciones directas —más visibles y detectables—, pero sí de impactos adversos y discriminaciones indirectas. Y ello tanto en los procesos de identificación de las personas trabajadoras afectadas —habida cuenta el recurso a criterios clásicos no siempre exentos de carga de género (por ejemplo, la menor antigüedad)—, como en el diseño de medidas sociales de acompañamiento y de recolocación.

Para prevenir tales efectos perversos, es necesaria una revisión, desde una óptica de género, de múltiples extremos de la vigente normativa. Debe asegurarse, en primer término, que las trabajadoras también estén presentes en la negociación de las medidas de reestructuración. Aquellas representaciones de los intereses de las personas trabajadoras afectadas, ya sean estructurales o coyunturales, deben, en su composición por sexos, aproximarse al equilibrio o, cuando menos, integrar a hombres y mujeres. Para lo que es precisa, además de una revisión del art. 41.4 ET, por el que se identifican interlocutores y comisión representativa del banco social, la reforma de los preceptos reguladores de elecciones sindicales —fundamentalmente, arts. 69 y 70 ET—, así como del proceso de designación de delegados sindicales —art. 10 LOLS—. Así mismo, también desde una óptica procedimental, es preciso completar el elenco de datos a incluir en la comunicación

55 Según dicho precepto de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, como se recordará: «El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia: b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo».

56 A cuyo tenor, a su vez, «El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia: c) De las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente».

empresarial de apertura del periodo de consultas: aquéllos, para desvelar los efectos en términos de género de la medida propuesta, deben desglosarse por sexos y las medidas sociales de acompañamiento, con igual desglose, han de integrar el contenido mínimo de la citada comunicación. Ya desde una perspectiva sustantiva, la Ley ha de referir expresamente la exigencia de que el acuerdo alcanzado o, en su defecto, la decisión empresarial en ningún han de ser discriminatorios por razón de sexo. A cuyos efectos, Autoridad Laboral e Inspección de Trabajo debieran, así mismo, desarrollar un papel más activo, mediante la elaboración de informes de impacto de género —de la medida misma de reestructuración, así como, cuando procedan, de las medidas sociales de acompañamiento y recolocación— y la formulación, en su caso, de advertencias con consecuencias tangibles en el desarrollo del procedimiento. En última instancia, convendría que el ET identificase el trato discriminatorio —señaladamente por razón de sexo— como causa de impugnación por la Autoridad Laboral, al igual que el fraude, el dolo, la coacción, el abuso de derecho o la indebida obtención de prestaciones por desempleo.

Herramientas de flexibilidad interna y, por supuesto, externa precisan, sin duda, de reformas profundas, que reviertan, en particular, la ordenación pro-despido fruto de la reforma laboral de 2012 y que, pese a la de 2021 —que deja prácticamente inalterado el régimen del despido⁵⁷—, pervive aún. Debe proseguirse en el impulso de las primeras —al que ya han contribuido, ex arts. 47 y 47 bis ET, el RD-Ley 32/2021 y el reciente RD 608/2023— y configurar las segundas como una genuina última *ratio* —para lo que, en cambio, urge una nueva intervención, tal vez, a la luz de la experiencia ofrecida por la legislación de urgencia adoptada en pandemia, introduciendo una suerte de preferencia legal o prioridad aplicativa de las herramientas de flexibilidad interna frente a las externas, en la senda de lo ya adelantado, también en materia de despido, por el citado RD 608/2023—. En ambas, en cualquier caso, han de reforzarse las garantías, revisando el modelo de representación de la parte social y otorgando a Autoridad Laboral e Inspección de Trabajo un papel más proactivo. Dicho proceso de reforma en modo alguno puede obviar la perspectiva de género: por un lado, trabajadores y trabajadoras han de participar de la gestión del cambio impulsado por la reestructuración —tal es un componente necesario del principio de democracia paritaria—; por otro, despidos colectivos y reestructuraciones internas en ningún caso pueden erigirse en contextos propicios a discriminaciones, singularmente por razón de sexo —ello, como es obvio, en cumplimiento de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación—.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS GRAU, A., «Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales», en *Revista de Derecho Social*, núm. 70, 2015.

CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PROL, F., «Democracia paritaria y relaciones laborales: propuestas para una composición equilibrada de los órganos de representación de las personas trabajadoras», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 155, 2023.

CRUZ VILLALÓN, J., «La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos», en *Temas Laborales*, núm. 44, 1997.

57 Pues, en la materia, como se recordará, la reforma de 2021 tan sólo ha derogado la Disp. Adic. 16.^a ET, relativa a la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., «El despido por causas empresariales», en *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, obra colectiva, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «La flexibilidad interna en el contexto del despido colectivo», en *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, obra colectiva, directores MONEREO PÉREZ, J. L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., Comares, Granada, 2022.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., «La participación de los trabajadores en la determinación de medidas de amortiguación de los despidos colectivos», en *Documentación Laboral*, núm. 109. 2017.

GOÑI SEIN, J. L., «El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012», en *Documentación Laboral*, núm. 95-96, 2012.

LÓPEZ TERRADA, E., «La composición de las comisiones *ad hoc* de empresas sin representación legal de los trabajadores: naturaleza jurídica y reformulación», en *Labos*, Vol. 2, núm. 3, 2021.

MERCADER UGUINA, J. R., «El periodo de consultas: la intervención de la autoridad laboral durante el periodo de consultas», en *Tratado de despido colectivo*, obra colectiva, director GODINO REYES, M., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

NAVARRO NIETO, F., «Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo», en *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, obra colectiva, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021.

ROMERO BURILLO, A. M., «¿Es discriminatorio acordar una indemnización por despido inferior para personas trabajadoras mayores de 60 años? A propósito de la STS de 24 de enero de 2023», en *Revista de Derecho Laboral*, núm. 8, 2023.

ROMERO RÓDENAS, M. J., «El centro de trabajo como circunscripción electoral. Centro de trabajo y lugar de trabajo», en *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, obra colectiva, coordinadora ROMERO RODENAS, M. J., BOMARZO, Albacete, 2006.

SAÉZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

SEMPERE NAVARRO, A. V. (director), **CABEZA PEREIRO, J.**, **VIQUEIRA PÉREZ, C.**, *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Navarra, 2023.

SERRANO GARCÍA, M. J., «¿La declaración de nulidad de un despido colectivo garantiza la adecuada protección de los derechos fundamentales de los trabajadores?», *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, en obra colectiva, coordinadores CABEZA PEREIRO, J., MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., BOMARZO, Albacete, 2014.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012», en *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013.

TORMOS PÉREZ, J. A., *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

VV.AA. «Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del Grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales (FIDE: Fundación para la investigación sobre el Derecho y la Empresa)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2016.

LA NUEVA LEY DE EMPLEO A LA LUZ DE LA STC 67/2022: NO DISCRIMINACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO

THE NEW EMPLOYMENT LAW IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENT 67/2022: NO DISCRIMINATION ON GROUNDS OF GENDER IDENTITY

Elena Castro Surís

Doctoranda del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social¹

Universidad de Vigo

elena.castro.suris@uvigo.gal

Palabras clave: Ley de Empleo, identidad de género, discriminación, políticas de empleo.

Keywords: Employment Law, gender identity, discrimination, employment policies.

Resumen: En 2023 entró en vigor la nueva Ley 3/2023, de Empleo, la cual tiene como objetivo central impulsar la reforma del mercado de trabajo español, a la vez que promover, en particular, la inclusión de grupos sociales históricamente discriminados. Para ello, el texto legal recoge —entre otros— el derecho a la «no discriminación por motivo de identidad de género», expresión definida por primera vez en la STC 67/2022. El presente estudio tiene por finalidad el análisis de la protección que la nueva Ley de Empleo confiere al colectivo de atención prioritaria LGTBI, así como las implicaciones que la STC 67/2022 ha tenido para el mismo.

Abstract: In 2023, the new Employment Law 3/2023 entered into force. This Law seeks to promote a reform of the Spanish labor market, with a special focus on ensuring the inclusion of historically-discriminated-against social groups. In order to achieve the established objective, the legal text recognizes the worker's right not to be discriminated on grounds of gender identity. The Spanish Constitutional Court judgement 67/2022 has defined for the first time

¹ Personal investigador en formación en la Universidad de Vigo financiado con fondos del Programa de ayudas a la etapa predoctoral de la Xunta de Galicia.

what should be understood by discrimination on grounds of gender identity within the country's legal system. This research work's ulterior motive is to further analyze the Employment Law's protection conferred upon the historically-discriminated LGTBI group.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Empleo 3/2023, tiene como objetivo central impulsar la reforma del mercado de trabajo español, a la vez que promover la inclusión de grupos sociales considerados por la misma como de atención prioritaria². Para ello, el texto legal recoge una serie de principios transversales que deberán orientar la política de empleo, entre los que se encuentra el principio rector de igualdad de género, base del derecho a la no discriminación por identidad de género (art. 5 Ley 3/2023). Este tipo de discriminación ha sido definida por primera vez en la STC 67/2022³.

En el presente estudio se tratará de analizar las implicaciones que tanto la mencionada sentencia como las fuentes *supra* e internacionales en las que se basa, tienen para la adecuada aplicación de la reciente Ley 3/2023. Por un lado, se abordará la distinción internacional, europea y constitucional entre los conceptos género y sexo. Esta diferenciación cuenta, especialmente, con implicaciones legales para la efectiva protección del colectivo LGTBI+ (colectivo de atención prioritaria ex art. 50 Ley 3/2023). Adicionalmente, se analizarán las consecuencias de la STC 67/2022 para la normativa reguladora del despido y, por consiguiente, para el mantenimiento del empleo. Pese a no encontrarse recogida de forma expresa en el texto constitucional ni, a fecha de la sentencia, en la normativa laboral, el Tribunal consideró la discriminación por identidad de género como una posible causa válida de nulidad del despido. De conformidad con el desarrollo de la STC 67/2022, este tipo de discriminación supone una actuación contraria a las garantías recogidas por los arts. 10 y 14 de la Constitución Española, así como por normas *supra* e internacionales que conforman el canon de constitucionalidad.

Cabe mencionar que, a raíz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, se llevó a cabo la posterior inclusión en el ordenamiento del derecho a la no discriminación por orientación sexual, identidad sexual y expresión de género en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁴, al igual que a la no discriminación por orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales en la Ley 3/2023⁵ y a la no discriminación por orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales en 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 LGTBI⁶.

Finalmente, se examinarán algunas de las novedades en materia de fomento del empleo incluidas en la Ley 3/2023, para valorar si las medidas que alberga son efectivas y adecuadas para la protección del colectivo LGTBI+ y para su inclusión en el mercado de trabajo.

2 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, preámbulo, pág. III.

3 STC 67/2022, de 2 de junio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:67.

4 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, art. 2.

5 *Supra* 2, art. 5.

6 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, art. 9.

II. MARCO CONCEPTUAL: GÉNERO Y SEXO

1. Perspectiva internacional

En las últimas décadas, se ha generado a nivel internacional una preocupación creciente por garantizar los derechos de participación social de las personas vinculadas a colectivos vulnerables históricamente discriminados⁷. A estos efectos, la comunidad internacional ha llevado a cabo acciones con valor normativo —en tanto en cuanto sean ratificadas individualmente por cada Estado— orientadas a crear un marco común de referencia para las sucesivas actuaciones de los países en esta materia e.g. la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) o la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965).

Sin embargo, existen todavía colectivos históricamente discriminados que no han sido objeto de protección normativa por la comunidad internacional⁸. Tanto los poderes legislativos de las diferentes jurisdicciones como las propias disposiciones internacionales, raramente reconocen de forma explícita el derecho a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género⁹. En otras palabras, en pocas ocasiones se encuentra en la norma una mención expresa a las personas integrantes del colectivo LGTBIQ (personas lesbianas, gais, transexuales, transgénero, bisexuales, intersexuales y *queer* o *cuir*) y, por ende, a su reconocimiento inequívoco como sujetos de derecho.

Entre otros, pueden destacarse dos hechos causantes de la tardía inclusión de los derechos de las personas LGTBIQ en el discurso público, así como de su falta de incorporación en la normativa. Por un lado, el constante recurso a la técnica del silencio por parte del colectivo afectado¹⁰. Al contrario que en los supuestos de ciertas personas con discapacidad, mujeres o de distinta etnia, el elemento diferenciador del colectivo LGTBIQ pertenece a una esfera interna, íntima¹¹. La orientación sexual y/o el género de una persona no tienen por qué, *per se*, ser externamente reconocibles por terceros ajenos. En consecuencia, ante el riesgo de exclusión social, la mayor parte de las personas LGTBIQ optan por lo que popularmente se conoce como «estar en el *closet*»¹². De esta manera, se dificulta la asociación de personas que cuentan con un interés de fondo común y se imposibilita la eficacia de la prueba estadística. Por otro lado, la delimitación del mencionado interés común —o «elemento diferenciador»— del colectivo LGTBIQ

7 Presentación de MOLINA NAVARRETE, C. en OLARTE ENCABO, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: la «Subjetivación» de las Políticas Activas de Empleo*, Aranzadi, Madrid, 2008, p. 13.

8 Puede citarse la ausencia de actos con valor normativo a nivel internacional que protejan los derechos de las personas mayores y que prohíban la discriminación por motivos de edad. Actualmente, existe en el marco de la ONU un Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento de Naciones Unidas.

9 CABEZA PEREIRO, J. & LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 45.

10 *Ibid.* p. 18.

11 *Ibid.* pp. 14-16.

12 *Supra* 10.

se escapa de lo concreto, lo cual dificulta la conformación del grupo y el desarrollo de su protección legal. Cuando se observan con detenimiento las letras que componen la sigla «LGTBIQ» se llega a la conclusión de que el colectivo es, de base, heterogéneo¹³.

A mayores, al margen de las dificultades internas de configuración del propio colectivo, los intereses de las personas LGTBIQ se enfrentan a una serie de retos normativos desde un plano global. En primer lugar, el reconocimiento internacional de la transversalidad de los intereses mencionados, implicaría que algunos de los Estados miembros tuviesen que repensar el sustrato sobre el cual se elaboró el marco normativo interno de otros grupos, como es el caso de las mujeres¹⁴. En segundo lugar, la diversidad del colectivo LGTBIQ ha producido confusiones conceptuales —y solapamientos— entre el sexo y el género. Por ello, parte de la comunidad considera al género como una cuestión occidental ajena a ella¹⁵.

A tenor de lo antedicho, no se pueden encontrar a nivel internacional convenciones expresamente normativas sobre los derechos de las personas LGTBIQ, ni en materia de derechos humanos ni en su condición de personas trabajadoras. Como resultado, será necesario acudir a derechos inespecíficos —aplicables en todo caso al terreno laboral— y recogidos en instrumentos internacionales de *Soft Law*. Cabe matizar que el hecho de que sean acuerdos sin valor normativo *stricto sensu* no resta relevancia a su incidencia práctica. Especialmente, dado que en muchas ocasiones son un claro reflejo de las constituciones estatales e inspiran reformas normativas, políticas gubernamentales y decisiones jurisdiccionales¹⁶.

A fecha de junio de 2023, el instrumento internacional más relevante en la materia es el documento que recoge los 29 Principios de Yogyakarta o Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (2006), adoptados en Indonesia, en el seno de una conferencia internacional de la que formaron parte una serie de expertos en la materia. Estos principios fueron ampliados en 2017¹⁷ (Principios de Yogyakarta +10 [PY+10]) en Ginebra, con motivo del 10.º aniversario de los mismos.

En lo que respecta a los 29 principios originales —inalterados por los PY+10— se debe destacar, por sus implicaciones para el Derecho del Trabajo, que es el primer documento internacional que define qué se entiende por orientación sexual y por identidad de género. Esta determinación conceptual es de relevancia para reconocer los colectivos en riesgo de discriminación en el trabajo. Así, el documento recoge en su introducción que «1) la orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emo-

13 *Supra* 11. La heterogeneidad del colectivo explica la utilización frecuente del término LGTBI+.

14 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, preámbulo, apartado I: «la discriminación por motivos de género está unida de manera indivisible a otros factores de discriminación como la discapacidad, el origen racial o étnico, la orientación sexual, la identidad sexual, la clase social, la situación administrativa, el país de procedencia, la religión, la convicción u opinión o el estado civil (...)».

15 CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación...* cit., p. 19.

16 *Ibid.* p. 25.

17 Con motivo del 10.º aniversario de los Principios de Yogyakarta, el Servicio Internacional de Derechos Humanos y ARC International, crearon un comité de redacción para elaborar sobre el documento PY+10.

cional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. 2) La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales».

Como se deriva de la redacción, se hace gran hincapié en el libre desarrollo de la personalidad, lo cual se enfatiza en el principio tercero (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) a través de la reafirmación de que tanto el género como la orientación sexual «que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad». En suma, el género y la orientación sexual se configuran como características personales desvinculadas del sexo biológico tradicionalmente asociado a la persona, sin perjuicio de que pueda existir una vinculación estadística entre ellos. Una vez aclarada la terminología, es preciso mencionar que el texto contiene referencias directas al ámbito de las relaciones laborales.

Su principio 12.º (el Derecho al Trabajo) establece el derecho de toda persona a contar con un trabajo digno en equidad de condiciones sin ser discriminada en base a su orientación sexual o identidad de género. Para lograr este cometido, y, en particular, para evitar que se produzcan casos de discriminación por las causas citadas en el empleo privado y público, el propio principio prevé la necesidad de actuación por parte de los Estados tanto a nivel legislativo como administrativo. Igualmente, el principio número 12 pone el acento en la necesidad de sensibilización de los trabajadores. Por su parte, en materia de Seguridad Social, el principio 13.º extiende las mencionadas garantías al ámbito de protección social de los trabajadores, que incluye a las personas que se encuentran en situación de desempleo.

Sobre lo acordado en los 29 Principios de Yogyakarta, los 10 principios —adicionales— recogidos en los PY+10 albergan una serie de novedades derivadas del estado actual de la materia. Su introducción define dos conceptos adicionales —la expresión de género y las características sexuales—, complementarios a los anteriores: «(...) la «expresión de género» indica el modo según el cual cada persona presenta su género a través de la apariencia física, incluida la ropa, los peinados, los accesorios, los cosméticos, así como los modales, el habla, los patrones de comportamiento, los nombres y las referencias personales, consideramos además que la expresión de género puede reflejar o no la identidad de género de una persona; (...) que la «expresión de género» forma parte de la definición de identidad de género en los Principios de Yogyakarta y, por consiguiente, debe entenderse que cualquier referencia a esa identidad incluye la expresión de género cuando se trata de protección; (...) por «características sexuales» los aspectos físicos específicos de cada persona en términos de sexo, incluidos los genitales, la anatomía sexual y reproductiva, los cromosomas, hormonas y características secundarias que aparecen en la pubertad».

Para concluir con los PY+10¹⁸ en sentido estricto, dentro de los 10 principios complementarios, es destacable el énfasis que pone el texto en la actuación preventiva de los operadores

18 A efectos ilustrativos del valor de los Principios de Yogyakarta, tras su acuerdo, la comunidad de Naciones Unidas ha realizado acciones —de nuevo, *ex ante*, sin valor normativo— en materia de

públicos (principio 30.º el derecho a la protección estatal), a la vez que en el derecho de las personas a no revelar su identidad de género —y relacionadas—, a menos que se atienda a un juicio de proporcionalidad en cumplimiento de un objetivo legítimo/debidamente fundamentado (en relación con el derecho a la privacidad, principio 6).

Finalmente, es conveniente hacer un último apunte dentro de la perspectiva internacional. Al hallarse los Estados miembros sujetos a un sistema jurídico multinivel, coexisten órdenes internacionales regionales. En lo que concierne a los derechos de identidad de género y orientación sexual del colectivo LGTBI+, destacan los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], intérprete y garante de la Convención Europea de Derechos Humanos [CEDH].

La relevancia de sus pronunciamientos descansa en la —inherente— vinculación que éste pone de manifiesto entre la identidad sexual de la persona y el derecho a la vida privada y familiar, recogido en el art. 8 CEDH. Más concretamente, es doctrina del TEDH —*inter alia*, STEDH Christine Goodwin c. Reino Unido¹⁹ o STEDH Van Kück c. Alemania²⁰— que la autodeterminación sexual de la persona forma parte del aspecto más íntimo de su identidad y que, por ende, cualquier limitación de la misma —incluso derivada de la falta de su reconocimiento registral— supone una injerencia en su integridad física y psicológica y, en consecuencia, en su derecho a la vida privada y familiar ex art. 8 CEDH. Asimismo, el TEDH aclara que, en tanto en cuanto la identidad sexual forma parte de la esfera privada más íntima de la persona, la actuación del Estado en este campo debe interpretarse de una manera restrictiva²¹.

Como se ve, dentro de Europa, la consolidación de los derechos del colectivo LGTBI+ ha sido fruto de la construcción jurisprudencial del TEDH. Especialmente, al reconocer un factor psíquico-físico —la identidad sexual— como contenido protegido del derecho a la vida privada y familiar —art. 8 CEDH— lo cual abre la veda a considerar otras injerencias en la esfera privada de la persona como limitativas del citado artículo. Con todo, dado el dinamismo y la rápida evolución en esta materia, será necesario estudiar la perspectiva comunitaria y nacional al respecto.

2. Perspectiva de la UE e interna

En el ámbito de la Unión Europea, el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que: «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

protección de la identidad de género de las personas. Más concretamente, el Consejo de Derechos Humanos ha adoptado frecuentes resoluciones en este ámbito. En orden cronológico: (A/HRC/RES/17/19) Resolución de 14 de julio de 2011 «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», (A/HRC/19/41) Resolución de 17 de noviembre de 2011 «Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género», (A/HRC/RES/27/32) Resolución de 26 de septiembre de 2014 «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», (A/HRC/29/23) Resolución de 4 de mayo de 2015 «Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género».

19 STEDH, de 11 de julio de 2002, Christine Goodwin c. Reino Unido, asunto n.º 28957/95.

20 STEDH, de 12 de septiembre de 2003, van Kück c. Alemania, asunto n.º 35968/97.

21 *Supra* 19, pár. 93.

de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Entre las causas habilitantes enumeradas y establecidas en el artículo, se encuentra claramente recogida la orientación sexual, lo cual supone, sin duda, un avance considerable con respecto a la acción normativa internacional²². Con todo, no se ha hecho alusión alguna a la identidad de género como factor —de vulnerabilidad— a tener en cuenta para llevar a cabo acciones protectoras en defensa de las personas implicadas.

De la misma manera, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 21 recoge —esta vez de manera directa— la prohibición de determinados tipos de discriminación «(...) por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Una vez más, en la norma europea no se halla referencia expresa a la identidad de género. Sin embargo, este hecho no implica que las personas en riesgo de ser discriminadas por su identidad de género —e.g. en el plano laboral— no cuenten con posibilidades de protección. De entrada, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea comienza por cláusula abierta «se prohíbe toda discriminación, y en particular (...)» lo que, en esencia, permite que la Unión Europea tome acción para proteger a las personas frente a otros tipos de discriminación no recogidos²³. Sobre ello, en lo relativo a la aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —cuyo art. 19 tiene una naturaleza más restrictiva—, nada impide que se desarrollen métodos de protección frente a la discriminación por identidad de género, si se considera esta como un subtipo de otra discriminación explícitamente recogida (opción de menor rigor conceptual que promueve las confusiones entre el género y el sexo)²⁴.

Conviene, pues, bajar un escalón y hacer referencia al derecho derivado europeo, con vistas a aclarar cuál ha sido la posición de los Estados miembros al respecto. El único texto normativo en este ámbito de aplicación que hace referencia expresa a la identidad de género es la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En la introducción, concretamente, en su párrafo noveno, se indica que las personas afectadas por un delito deberán ser tratadas: «(...) sin discriminación de ningún tipo por motivos como (...), la expresión de género, la identidad de género, la orientación sexual (...)». Pese a suponer un avance en la materia, la previsión se encuentra en la introducción a la vez que en un texto dedicado a los derechos de la persona en caso de ser afectadas por un delito. En consecuencia, será preciso acudir a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE] para poder determinar si existe un marco regulatorio de derechos inespecíficos —al respecto de la no discriminación por identidad de género— aplicables a la persona en su condición de trabajadora. La respuesta es parcialmente satisfactoria. El TJUE ha considerado que la protección contra la discriminación por identidad de género se halla cubierta —por lo menos en cierto grado— por la protección que otorgan las Directivas de igualdad de trato entre hombres y mujeres aprobadas hasta el momento²⁵ —*inter alia*, SSTJUE Sarah Margaret Richards c. Secretary of

22 CABEZA PEREIRO, J. & LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación...* cit., p. 50.

23 En todo caso, sin extender las competencias de la Unión Europea previstas en los Tratados, art. 6.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2008).

24 *Supra* 22, p. 54.

25 Por todas, Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

State for Work and Pensions²⁶; SSTJUE K.B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health²⁷—. El riesgo que entraña esta aproximación es la posible asimilación del sexo con la identidad de género, no teniendo por qué coincidir la identidad de género con la orientación sexual o sexo asumido o autodeterminado de la persona —siendo, precisamente, esta la base de la discriminación—, tal y como enunciaban los Principios de Yogyakarta. La Unión Europea, para remediar las posibles lagunas existentes en la normativa comunitaria en lo pertinente a la protección del colectivo LGTBI, ha sentado las bases de sus futuras actuaciones hasta 2025. De manera más específica, en fecha 12 de noviembre de 2020, la Comisión Europea adoptó la Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025. Sus líneas de actuación incluyen referencias a la identidad de género como factor de vulnerabilidad del colectivo LGTBI. A mayores, el documento incluye como objetivo de los Estados miembros para el período de cinco años, «promover la inclusión y la diversidad en el centro de trabajo»²⁸.

A nivel interno, se han producido grandes avances orientados al cumplimiento de los objetivos marcados por la Unión Europea. En lo que respecta al ámbito civil, la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019²⁹, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad relativo al art. 1.1. de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas³⁰, se pronuncia sobre el papel del sexo y la identidad de género en la conformación de la propia identidad. En concreto, la cuestión planteada giraba en torno a la imposibilidad con la que contaban las personas menores de edad para modificar en el Registro Civil las menciones registrales correspondientes al nombre y al sexo que les habían sido asignados y que, a fecha de la sentencia, figuraban en las mismas.

Tras el análisis del conflicto planteado, el Tribunal Constitucional estimó que el contenido del art. 1.1 de la Ley 3/2007 debía ser declarado inconstitucional, si bien «únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad»»³¹. La conclusión alcanzada en la sentencia 99/2019 hunde sus raíces en el gran valor que ésta reconoce al sexo y a la identidad de género en la conformación de la propia identidad de la persona. A la luz de la sentencia, tanto el sexo como la identidad de género son cualidades principales de la persona humana³², que le permiten adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad³³ y que afectan a su dignidad y a su libre desarrollo de la personalidad (art.

26 SSTJUE, de 27 de abril de 2006, Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, asunto C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256 respecto de la Directiva 79/7/CEE.

27 SSTJUE, de 7 de enero de 2004, K.B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health, asunto C-117/01, ECLI:EU:C:2006:256, en relación con la Directiva 75/117/CEE del Consejo.

28 Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025, comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de fecha 12 de noviembre de 2020, epígrafe 1.2.

29 STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, ECLI:ES:TC:2019:99.

30 Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

31 *Supra* 29, fallo.

32 *Ibid.* fundamento jurídico n.º 4.

33 *Ibid.*

10.1 CE)³⁴, a la vez que al derecho fundamental a la intimidad personal del art. 18.1 CE³⁵. Tras lo expuesto, es posible constatar como el ordenamiento español evoluciona en la línea de los objetivos marcados por la UE, especialmente, en tanto reconoce a la identidad de género y al sexo como cualidades principales de la persona y, en base a ello, habilita a la modificación por la persona interesada de la mención registral del nombre inscrito (en la vertiente de identidad de género) o del sexo asignado (arraigado al sexo biológico o a éste y a la correspondiente identidad de género). De esta forma, el Tribunal Constitucional sienta precedente sobre la importancia constitucional de la autodeterminación personal de la identidad de género y, a grandes rasgos, de la no discriminación con base en la misma, al mismo tiempo que impone las limitaciones mínimas y proporcionales para su acceso.

Actualmente, se encuentra vigente la Ley 2/2021, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales³⁶, que recoge en su Título I el debido «Tratamiento administrativo y medidas generales relativas a la identidad y expresión de género, así como de las características sexuales». Igualmente, la Ley 2/2021 incluye en su art. 2 una lista prolija de definiciones relativas al objeto de la norma. Entre ellas, conviene hacer mención a la delimitación del concepto «identidad de género» llevado a cabo por la disposición legislativa, del que resalta su reconocimiento como una vivencia íntima, interna y su posible desvinculación del sexo biológico.

Sobre ello, en el plano interno, se puede constatar también una proliferación legislativa en la materia, especialmente desde las sentencias del Tribunal Constitucional 99/2019 y 67/2022. Así, en la línea con lo expuesto, se pueden poner de relieve las ya referidas leyes: la Ley 2/2021, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales, la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la propia Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo —objeto de este estudio— y la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. En suma, puede afirmarse que el ordenamiento jurídico español, tanto desde un punto de vista constitucional como legal, se muestra sensible a la actual realidad social.

En lo que concierne al poder ejecutivo, el Gobierno de España ha aprobado, con fecha de 9 de marzo de 2022, el Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025. Del mismo, destaca su eje 11.º cuyo encabezado es «una España abierta al mundo» y tiene como finalidad proponer diferentes medidas a nivel de la UE relativas a la igualdad de trato y a la no discriminación. El texto recoge explícitamente a ambas, la identidad de género y la orientación sexual como causas de discriminación que se deben combatir³⁷.

Finalmente, fue el Tribunal Constitucional español —en su sentencia 67/2022— el que por primera vez estableció la identidad de género como una de las causas de discriminación del art. 14 CE (derecho fundamental a la no discriminación). La fundamentación jurídica de la sentencia cuenta con gran relevancia para la protección de los derechos laborales de las

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

37 Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025, Ministerio de Igualdad, Eje 11.

personas trabajadoras, al constituir desde entonces la discriminación por identidad de género (art. 14 CE) una causa válida de nulidad del despido. Dada la importancia de la STC 67/2022 para el mantenimiento del empleo del colectivo LGTBI, ésta será analizada en profundidad en el siguiente epígrafe.

III. IGUALDAD DE GÉNERO COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Derecho fundamental a la no discriminación

El derecho fundamental a la no discriminación se encuentra garantizado en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978, a cuyo tenor «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». El derecho a la no discriminación específico del ámbito laboral se encuentra recogido en el Estatuto de los Trabajadores, configurado como un derecho aplicable únicamente cuando se da alguna de las causas de discriminación enumeradas en el mismo.

El derecho a la no discriminación constitucional contiene una previsión final —«(...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»— que permite la interpretación dinámica de la Constitución en función de la realidad social del momento. Dicho de otra forma, el art. 14 CE podría —siempre y cuando así lo considere bien la normativa, bien la interpretación de la CE llevada a cabo por el propio Tribunal Constitucional— reconocer otras causas de discriminación que requieran de una protección cualificada.

La incorporación de nuevas causas de discriminación por medio del 14 CE amplía los colectivos vulnerables protegidos, con implicaciones tanto en lo que concierne al acceso al empleo como al mantenimiento del mismo —incluida la consideración de despido nulo en caso de vulneración de derechos fundamentales ex art. 55 ET—. La duda que permanece es por qué es conveniente reconocer una lista expresa de causas de discriminación, en vez de establecer simplemente el derecho a la no discriminación en general, sin especificaciones.

En lo relativo al ámbito del trabajo, la respuesta a esta pregunta encuentra su fundamento en el art. 38 CE y el reconocimiento del derecho a libertad de empresa (incluido en la Sección 2.ª del Capítulo 2.º del Título 1.º), el cual, de entrada, no puede limitar el derecho a la no discriminación (incluido en el art. 14 CE y que goza, junto con los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la Sección 1.º de la protección reforzada del art. 53.2 CE), si bien se debe tener en cuenta a la hora de interpretar holísticamente la Constitución. En particular, es especialmente relevante recordar que las relaciones laborales tienen un carácter personal³⁸, factor que despliega efectos sobre toda la relación y, en especial, sobre la selección de las personas trabajadoras. Más concretamente, el hecho de que el vínculo laboral presuponga

38 ALONSO OLEA, M., «El trabajo por cuenta ajena. Su consideración jurídica, social y económica en la encíclica» en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 100.

una relación íntima en la que la persona se implica «con todo su ser», excluye la opción de imponerle al empresario unos criterios a la hora de seleccionar a su plantilla e.g. criterios de mérito y capacidad³⁹. Por ello, en el ámbito exclusivo de las relaciones privadas, la inexistencia de criterios uniformes en la contratación provoca que determinar si la selección ha sido fruto de discriminación o en base a criterios empresariales —siendo estos, en muchas ocasiones, abstractos— sea una tarea difícil.

En consecuencia, ante situaciones de especial riesgo —como, pero no limitado a, los colectivos históricamente discriminados— el ordenamiento otorga una consideración especial⁴⁰. Así, es necesario establecer una serie de causas o motivos frecuentes de discriminación, siendo estas el presupuesto habilitante de los «supuestos cualificados». Al hilo de lo antedicho, la STC 67/2022 reconoció una nueva causa reforzada dentro de las recogidas por el art. 14 CE: la no discriminación por identidad de género.

Como antecedentes de hecho, el caso giraba en torno a una persona transgénero que contaba con características sexuales generalmente asociadas al sexo «hombre» a la vez que vestía con falda y otras prendas tradicionalmente vinculadas al género femenino. Tras unos meses en la empresa, la persona trabajadora no superó el período de prueba. La parte actora alegó que el motivo de su expulsión de la empresa fue la expresión de su identidad de género en su lugar de trabajo. En varias ocasiones, se consideró inapropiada su vestimenta, pidiéndole incluso la directora de recursos humanos que regresara a su casa y se vistiera correctamente. El Tribunal Constitucional, tras analizar detenidamente los indicios y las alegaciones de ambas partes, estimó que no hubo discriminación por identidad de género y, en consecuencia, no se consideró el despido nulo.

No obstante, el Tribunal, antes de determinar si estimaba o no el amparo por una supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual y del derecho a la propia imagen, teorizó sobre la relevancia social de la discriminación por identidad de género y la existencia o no de límites a la expresión de género de los trabajadores de la empresa. Es relevante resaltar, a efectos de analizar el canon de constitucionalidad relativo a la igualdad de género, la precisa diferenciación que se establece en la sentencia entre sexo y género. El Tribunal comienza por separar el género del sexo, por establecerlos como conceptos autónomos, independientes entre sí, si bien interrelacionados.

En lo que concierne al sexo, la STC 67/2022 lo define como un término con base biológica, justificado en las características físicas del individuo en un sentido amplio i.e. características primarias y secundarias que incluyen, pero no se limitan a, los genitales, la estructura hormonal o la distribución del vello⁴¹. A mayores, se precisa que, aun siendo el sistema binario estadísticamente significativo, la especie humana cuenta con un sistema de clasificación terciario en función del sexo: hombres, mujeres y personas intersexuales⁴². Por su lado, el género se configura como una cualidad principal de la persona, como su «identidad social» que se apoya en los comportamientos de la misma a la hora de interrelacionarse, en su apa-

39 Cuestión distinta sería el ámbito del empleo público, al basarse en criterios de mérito y capacidad, art. 103 CE.

40 OLARTE ENCABO, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: la «Subjetivación» de las Políticas Activas de Empleo*, Editorial Aranzadi, Navarra, Pamplona, 2008, pp. 16,69.

41 STC 67/2022, de 2 de junio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:67, fundamento jurídico n.º 3.a).

42 *Ibid.*

riencia externa (en su vertiente de expresión de género y derecho a la propia imagen ex art. 18.1 CE)⁴³, así como en construcciones sociales, educativas y culturales ligadas a los roles de género⁴⁴. El Tribunal Constitucional precisa que, la identidad de género, así definida, es coyuntural y dependiente de cada sociedad y contexto histórico⁴⁵.

Por lo antedicho, la discriminación por identidad de género —y expresión de género— debe ser separada conceptualmente de la discriminación por sexo, especialmente de cara a asegurar —a tenor de la STC 67/2022— la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el respeto a la dignidad humana (art. 10 CE)⁴⁶. De la misma manera, las aclaraciones aportadas por la STC 67/2022 con respecto a la definición del género, de la discriminación por identidad y expresión de género —actualmente presente en el art. 17 CE como causa cualificada de discriminación— deben ser extrapoladas de cara a la futura interpretación de las novedades que se encuentran en la nueva Ley de Empleo 3/2023.

A modo de último apunte, cabe poner de manifiesto que considerar la identidad de género como una causa de discriminación da lugar a que —asimismo en el marco del procedimiento laboral— en cuanto haya «indicios» de la misma, se produzca una inversión de la carga de la prueba hacia el empresario⁴⁷.

IV. PRINCIPALES NOVEDADES EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO 3/2023

1. Principio de transversalidad de género

El 28 de febrero de 2023 se aprobó la nueva Ley 3/2023, de Empleo, elaborada —de conformidad con lo dispuesto en su prólogo— en el marco de dos planes de acción adoptados por España⁴⁸. Por una parte, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cuyo 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»), tiene como objetivo corregir las debilidades estructurales del mercado de trabajo español. Para ello, se hace especial énfasis a lo largo de la Ley en el diálogo social, la formación y las políticas activas de empleo, cofinanciadas con la ayuda de los Fondos *Next Generation* (UE). Además, el plan «se sustenta en cuatro pilares que vertebrarán la transformación del conjunto de la economía española, entre ellos la igualdad de género, con carácter transversal».

43 *Supra* 41, fundamento jurídico n.º 3.b).

44 *Supra* 41.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 *Supra* 41, fundamento jurídico n.º 6.a.). Véase también CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación* (...) cit., p. 187.

48 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, preámbulo, apartados I y II.

Por otra parte, la nueva Ley de Empleo es asimismo una manifestación del documento España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo, en el que se recogen objetivos en torno a la adaptación del mercado de trabajo a las «nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas»⁴⁹. En particular, se destaca la reducción de la brecha de género y la lucha contra los estereotipos asociados⁵⁰.

En lo que se refiere al articulado de la propia Ley 3/2023, su art. 5 recoge los principios rectores de la política de empleo nacional, dentro de los que se incluyen los principios de igualdad y no discriminación por motivo de la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales, los cuales: «regirán, en particular, el diseño y ejecución de las políticas de empleo, la garantía y cumplimiento de los servicios garantizados y compromisos reconocidos en esta ley, así como el acceso a los servicios de empleo, básicos y complementarios, y otros programas o actuaciones orientados a la inserción, permanencia o progresión en el mercado de trabajo». Los motivos estipulados en este artículo son reproducidos en el art. 39 Ley 3/2023 (no discriminación).

Así, *prima facie*, se puede observar un compromiso de la nueva Ley de Empleo con la equidad. Para lograrla, la disposición legal centra sus esfuerzos en velar por la integración de políticas basadas en la igualdad y, en especial, en la igualdad de género, con carácter transversal⁵¹. Empero, debe tenerse presente que la puesta en práctica de dichas líneas de actuación presenta retos. Especialmente, en tanto en cuanto pueden darse confusiones entre los conceptos género y sexo, entre contenido y continente, lo cual tendría como efecto limitado solamente la promoción de la igualdad entre sexos, de ser medidas —en su caso parcialmente— efectivas. Con todo, de cara a hacer una valoración global de la efectividad de la nueva Ley de Empleo será necesario estudiar el resto de medidas incorporadas por la misma en defensa de los intereses de las personas LGBTI+.

2. Colectivos de atención prioritaria: especial referencia al colectivo LGBTI

El art. 50.1 de la Ley de Empleo, que encabeza el Capítulo V (Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo) del Título III establece lo siguiente: «el Gobierno y las Comunidades Autónomas adoptarán, 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, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, con el objeto de promover una atención específica hacia las personas integrantes de los mismos en la planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo». Los colectivos a los que hace referencia son los colectivos de atención prioritaria, que se definen en el art. 3.d) Ley 3/2023 como «colectivos con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, de conformidad

49 España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo, Madrid: Ministerio de la Presidencia, Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.), 2021, p. 106.

50 *Ibid.* p. 46, 74.

51 Cabe recordar que la transversalidad de género conlleva avances en materia de igualdad para todos los colectivos vulnerables, *supra* 14.

con lo establecido en el artículo 50». Además, el propio art. 50 Ley 3/2023 contiene una lista detallada que enumera qué colectivos se entienden como de atención prioritaria, entre los que se encuentran el LGTBI: «se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, a las (...), personas LGTBI (...). Asimismo, los programas específicos y las medidas de acción positiva se reforzarán en los supuestos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad».

El reconocimiento de las personas LGTBI como colectivo de atención prioritaria da lugar a los efectos enunciados por el art. 50.2 Ley 3/2023. El Sistema Nacional de Empleo —en sus distintos niveles territoriales— deberá identificar el perfil profesional de la persona demandante de empleo y sus necesidades específicas. A continuación, éste procederá a diseñar un itinerario «individual y personalizado» de cara a la plena inserción en el mercado de trabajo de la persona, garantizándose el seguimiento del mismo. Las medidas adoptadas con vistas a fomentar la empleabilidad de las personas integrantes de los colectivos de atención prioritaria deberán, en todo caso, integrarse de conformidad con los objetivos cualitativos y cuantitativos previamente establecidos —para el referido colectivo— por el propio Sistema Nacional de Empleo. Igualmente, su actuación debe llevarse a cabo de conformidad con el principio de igualdad de género, incluidas las medidas adoptadas en el marco de labores de intermediación (art. 40.2.c) Ley 3/2023), la cual será evaluada periódicamente, de conformidad con el art. 50.2 Ley 3/2023, por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales. Durante el transcurso del proceso de evaluación, la Conferencia Sectorial deberá desagregar las actuaciones específicas realizadas por el Sistema Nacional de Empleo en función de los colectivos de atención prioritaria previamente identificados, con vistas a garantizar la fiabilidad y precisión de los resultados.

En líneas generales, el reconocimiento del colectivo LGTBI como colectivo de atención prioritaria supone un avance para su integración en el espacio social —laboral— y para el fomento de, igualmente, su participación social. Con todo, la Ley 3/2023 cuenta con limitaciones derivadas de su condición de «Ley de Empleo». Si se presta, en efecto, atención al articulado de la Ley, se encuentran dos vertientes fuertemente marcadas: por un lado, las disposiciones que orientan al Gobierno en su futura actuación, siendo más o menos cuestionable si dado el dinamismo del mercado deberían contar con rango legal. Por otro, los artículos en materia de intermediación y coordinación entre Administraciones Públicas.

En lo que respecta a la primera de ellas, pese a otorgar la Ley de Empleo un marco de actuación claro en materia de colectivos de atención prioritaria, el colectivo LGTBI no ha sido especialmente abordado en su norma predecesora, el Real Decreto-Ley 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas⁵². Este Real Decreto cuenta con un capítulo dedicado en su integridad a incentivos y otros instrumentos de apoyo al empleo de una serie de grupos, entre los que destacan las personas con discapacidad. Si bien es cierto que se hace referencia, en su subsección tercera, a colectivos en riesgo de exclusión social, seguidamente se remite el Real Decreto a los grupos del art. 2.1 de la Ley 44/2007⁵³, entre los que no se encuentra el colectivo LGTBI. El Real Decreto-Ley 1/2023 —inspiración de la Ley 3/2023— pese a incluir implícitamente al colectivo LGBTI como colectivo de atención prioritaria —art. 6.a) RD— en

52 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.

53 Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

las definiciones de personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo («las personas incluidas en alguno de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo previstos en el texto refundido de la Ley de Empleo»), en las concretas medidas subsiguientes relativas a bonificaciones en la contratación y a incentivos no aluden al mismo. En suma, lo referenciado supone un indicativo de la falta de atención que le puede ser otorgada al colectivo LGTBI. Como quiera que sea, es solo un indicativo, por lo que cabe esperar a la acción que tomará el Gobierno en la materia, sobre todo en lo relativo a medidas de acción positiva y bonificaciones de la Seguridad Social.

En lo concerniente a las labores de orientación y, en conjunto, de intermediación llevadas a cabo por las Administraciones Públicas, sus efectos prácticos cuentan con un alcance limitado. Si bien las actividades de formación pueden potenciar la empleabilidad de las personas trabajadoras pertenecientes al colectivo LGTBI+, en las últimas décadas se ha producido un auge de la intermediación privada, fomentado por la digitalización⁵⁴. Por ende, será complicado controlar sesgos en el mercado de trabajo.

En conclusión, el fomento de la empleabilidad de las personas integrantes del colectivo LGTBI presenta serios retos, no solo en el campo de la intermediación sino incluso dentro de las propias políticas activas de empleo del Gobierno. Estos retos pueden volverse complicaciones para la integración del colectivo si no se ponen en marcha políticas activas específicas —por ejemplo, basadas en un plan a medio plazo, como en el caso de la estrategia 2020 a 2025 adoptada por UE⁵⁵— que diferencien entre los subgrupos afectados y se alejen de una «valoración conjunta».

3. Rasgos específicos de la situación vulnerable de estos colectivos

Las políticas activas de empleo constituyen la piedra angular —por lo menos, actualmente— del fomento del empleo de colectivos vulnerables. Así, sería deseable que las acciones políticas o normativas de los poderes públicos detallasen medidas específicas destinadas a las personas pertenecientes al colectivo LGTBI. Sin embargo, deben tenerse en cuenta una serie de, como indica el encabezado, rasgos específicos de la situación vulnerable de estos colectivos.

En primer lugar, de conformidad con lo dispuesto por el prólogo de la Ley 4/2023, las personas comprendidas dentro del colectivo LGTBI se ven en riesgo no solo de exclusión social en sí misma, sino también de violencia física⁵⁶. En atención a los datos aportados por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales [AEDF] para 2020, cerca de la mitad (42 %) de las personas integrantes del colectivo LGTBI+ se han sentido discriminadas en el último año. Dentro de la elevada tasa de personas LGTBI que se han sentido discriminadas, un 34 % afirma que se han sentido así en el ámbito específicamente laboral, de acuerdo con los datos

54 LÓPEZ BALAGUER, M., «La intermediación laboral en la nueva ley de empleo» en *Empleo y Protección Social, XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, p. 107.

55 El art. 10 Ley 4/2023 prevé la elaboración de una Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI.

56 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, preámbulo, párr. I.

facilitados por la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans, Intersexuales y más [FELGTBI+]. Sobre ello, en los últimos 12 meses —según los datos recogidos por la FELGTBI+— se puede afirmar que las personas trans se encuentran en una posición especialmente susceptible de sufrir discriminación, al afirmar un 63 % haberse sentido discriminadas. En lo respectivo a la violencia física, en el periodo comprendido entre 2015-2020, la AEDF indica que un 8 % de personas integrantes del colectivo LGTBI+ han sido objeto de la misma⁵⁷. Los hechos expuestos dificultan la identificación de los miembros del colectivo, en especial cuando las personas implicadas recurren al silencio. Adicionalmente, y como ha sido mencionado, las personas integrantes del colectivo no tienen por qué compartir datos personales sobre su esfera personal si no es conforme con su voluntad⁵⁸.

En segundo lugar, se suele caer en la confusión de no diferenciar a las personas que forman parte del grupo LGTBI. Pese a que, en un plano teórico, la eliminación de barreras de acceso al empleo no necesita de ulterior diferenciación de los miembros del colectivo LGTBI, las medidas de acción positiva sí precisan de matizaciones. El principal motivo es que, de no diferenciarse entre las personas que componen el colectivo, podría incurrirse en el error de integrar políticas activas de empleo favorables solo a un (sub)grupo. Como resultado, se estaría únicamente promoviendo el acceso al empleo de una fracción del colectivo e imponiendo una experiencia particular sobre un colectivo amplio⁵⁹. Esta cuestión probablemente no se detectaría en los métodos de supervisión que contarían con el mismo sesgo. Afortunadamente, la Ley 4/2023 recoge en su art. 3 definiciones independientes de algunos conceptos. Además, su art. 10 prevé la elaboración de una Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI, de carácter cuatrienal y cuya elaboración corresponde al Ministerio de Igualdad.

Finalmente, existen de igual manera retos prácticos relacionados con la Inspección de Trabajo. En ocasiones puede ser complejo «probar» una orientación sexual o una identidad de sexo⁶⁰, en particular en atención al art. 43 de la Ley 4/2023. De igual manera, el género cuenta con muchas manifestaciones, entre ellas la apariencia de la persona, que puede ser modificada voluntariamente o a causa de coacción externa. Será necesario una supervisión regular por la inspección, por lo menos, para detectar posibles fraudes en supuestos más fácilmente constatables *de facto*.

Así, tras analizar los rasgos específicos de la situación vulnerable de estos colectivos, se aprecia que el ordenamiento laboral, tal y como se encuentra concebido actualmente, carece —por el momento— de medidas específicas destinadas a mejorar eficazmente la empleabilidad de este colectivo de atención prioritaria. Pese a la complejidad de la situación de las personas integrantes del colectivo LGTBI, pueden determinarse, de entrada, dos esferas dentro de las cuales se deberían integrar propuestas de mejora.

57 *Ibid.*

58 CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación (...) cit.*, p. 16.

59 Para más información al respecto, HANNETT, S., «Equality at the intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, núm. 1, 2003, p. 70.

60 CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación (...) cit.*, pp. 14-15.

Por un lado, en materia de acceso al empleo, se observa que, si bien tanto a nivel constitucional como laboral —art. 17 ET— se ha reconocido el derecho de los trabajadores a la no discriminación por identidad de género, la legislación interna que contiene provisiones específicas en materia de igualdad —en el ámbito laboral— no hace alusión a la misma. En concreto, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁶¹ recoge en sus arts. 45 y siguientes la regulación de los planes de igualdad en empresas. Los mencionados planes de igualdad, obligatorios para las empresas de más de cincuenta trabajadores, tienen como objetivo promover el respeto y la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo, así como la igualdad de trato durante el desarrollo del mismo. La confección de los mismos se delega a la negociación colectiva y su contenido mínimo —categorías genéricas— se prescribe en el art. 46 Ley Orgánica 3/2007: «a) Proceso de selección y contratación b) Clasificación profesional, c) Formación, d) Promoción profesional, e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, g) Infrarrepresentación femenina, h) Retribuciones, i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo».

De entrada, es llamativo que, ni los arts. 17.5 ET y 85 ET ni la Ley Orgánica 3/2007 —cuya última modificación se realizó a fecha de 7 de septiembre de 2022— hagan alusión en todo su articulado al género, únicamente a la discriminación basada en lo que el Tribunal Constitucional considera —STC 67/2022— el sexo biológico de la persona. Tal vez, de cara a la integración plena del colectivo LGTBI en el entorno laboral, cabría plantearse la elaboración y posterior aprobación de una Ley Orgánica de Igualdad de Género y no únicamente entre mujeres y hombres. Alternativamente, podrían incorporarse a la Ley Orgánica 3/2007 referencias a la igualdad de género, con carácter transversal, a la vez que ampliar el articulado y ámbito de actuación de los planes de igualdad. Con todo, esto puede suponer un perjuicio para el colectivo tradicionalmente conformado por «mujeres», en tanto se podrían dificultar las negociaciones en el marco de la aprobación del mismo. Empero, nada de lo mencionado obsta a que se implementen recomendaciones dentro de la Ley o a que se establezca la obligación de incorporar un anexo a los planes de igualdad en vigor, relativos a la igualdad de trato y oportunidades del colectivo LGTBI⁶² (con la debida mención a los subgrupos que lo conforman).

Esta aproximación ya ha sido sucintamente incorporada en la disposición adicional tercera «Guías y protocolos de buenas prácticas» del 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, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo⁶³, mediante la cual el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Igualdad, con la posible colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, podrán realizar y distribuir guías y protocolos de buenas prácticas con vistas a combatir estereotipos de género.

61 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

62 En especial, en atención a la mención que realiza el art. 50.1 de la Ley 3/2023, de Empleo, a la especial consideración que se le debe otorgar a las situaciones de interseccionalidad, con vistas a fomentar la empleabilidad de las personas que forman parte de uno o varios colectivos de atención prioritaria.

63 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.

Se debe tener en consideración que las medidas de prevención y de elaboración de estrategias dentro de la empresa para la consecución de objetivos en la línea de la defensa de los intereses del colectivo LGTBI, —e.g. alcanzar una mayor representación— son de gran importancia, especialmente ante los retos que presentan las medidas de acción positiva basadas en bonificaciones. En esta última línea, la dificultad de la integración en el sistema de empleo de subvenciones y bonificaciones a la contratación —dada la fragmentación del colectivo— no implica una inoperatividad absoluta de las mismas. Si se complementasen con los planes de igualdad —de género— anteriormente mencionados, podrían ponerse en marcha bonificaciones y/o subvenciones a empresas que contraten, específicamente, personas transexuales e intersexuales.

En términos de justificación de la subvención —sin perjuicio, en todo caso, de la protección de datos personales dispensada por la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y su normativa de desarrollo⁶⁴— la transexualidad podría justificarse por medio de un certificado médico o bien por las menciones registrales sobre el sexo de la persona a la que se refieren las mismas⁶⁵. Esta actuación de discriminación positiva no es irracional en cuanto se ha constatado a través de los datos previamente puestos de manifiesto que, precisamente, es el colectivo transexual el que ha sufrido mayores tasas de discriminación en el último año.

Por otro lado, en la esfera preventiva, tanto los arts. 46 y 62 de la Ley Orgánica 3/2007 como el capítulo IV del Real Decreto 901/2020, recogen menciones expresas a la necesidad de incorporar dentro de la empresa medidas de prevención y protocolos frente al acoso, en este caso, sexual y por razón de sexo. Nuevamente, la protección se circunscribe a estos dos supuestos de forma aislada. Debido a las altas tasas de violencia física de las que son objeto las personas integrantes del colectivo LGTBI, así como a la susceptibilidad de este colectivo de verse sometido a acoso en el entorno laboral, sería recomendable incorporar en la norma las mismas obligaciones empresariales a este respecto —cuanto menos, en el ámbito de la Administración Pública—⁶⁶. En especial, si se considera que las medidas de acción positiva basada en bonificaciones no son las más operativas de cara a la mejora de la empleabilidad de las personas cuya orientación sexual difiere de cánones cis-heteronormativos. Así, pese a no tener las personas que cuenten con una orientación sexual por qué comunicar su preferencia sexual en la fase de acceso al empleo, siguen siendo propensas a sufrir acoso en el trabajo (vinculado o no a su expresión de género personal), lo cual afecta al mantenimiento de su empleo. En suma, la normativa interna debe tomar acciones de cara a la mejora de la empleabilidad del colectivo LGTBI y a la lucha contra la discriminación por género con la finalidad de respetar, en todo caso, las exigencias constitucionales a día de hoy operantes en España.

64 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales & Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Esta normativa ya cuenta con referencias a la protección de datos de personas pertenecientes a colectivos históricamente discriminados, como las personas que cuentan con una discapacidad, art. 81 Real Decreto 1720/2007.

65 Mayores dudas suscitan los supuestos de personal intersexuales, art. 74 Ley 4/2023.

66 Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género, Gobierno de España, Subdirección General para la Igualdad de Trato y la no Discriminación (coord.), Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, p. 55.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, puede afirmarse que se han producido, cuanto menos a nivel europeo, avances en la defensa de los derechos del colectivo LGTBI+. Con todo, la mayoría de las fuentes que involucran la protección y/o el fomento de la participación social de las personas integrantes del grupo LGTBI+ no cuentan con valor normativo *stricto sensu* (e.g. *Soft Law* internacional). Por ello, será necesario prestar especial atención al orden normativo interno de cada país. En el caso de España, en 2023 se ha aprobado la Ley 3/2023, de Empleo, que proporciona un marco de actuación a los poderes públicos en materia de promoción del empleo de las personas vinculadas a colectivos vulnerables, a la vez que consolida la transversalidad de género. Esta Ley junto con la Ley 4/2023 —o, popularmente, Ley Trans— contienen avances concretos en la materia, en tanto en cuanto prevén la elaboración de una Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y promueven la puesta en marcha de políticas activas de empleo.

Sin embargo, no se establecen medidas específicas —por ejemplo, bonificaciones a las cotizaciones a la Seguridad Social— a la imagen de las que se recogieron en el Real Decreto-ley 1/2023 para las personas con discapacidad. De la misma manera, no se pueden hallar todavía en el ordenamiento medidas en la línea de las adoptadas para promover la igualdad entre mujeres y hombres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.), entre las que se encuentran la exigencia impuesta a las empresas de más de 50 trabajadores de integrar, por medio de la negociación colectiva, planes de igualdad y protocolos de prevención contra el acoso en la empresa (si bien limitados a la discriminación por sexo y al acoso sexual o por razón de sexo). En consecuencia, solo queda esperar a ver cómo se articulan las subsiguientes actuaciones de los poderes públicos y, en especial, si efectivamente tienen en cuenta tanto el principio de transversalidad de género como los distintos rasgos específicos de la situación vulnerable de cada (sub)grupo que integra el colectivo LGTBI+.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M., «El trabajo por cuenta ajena. Su consideración jurídica, social y económica en la encíclica» en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- CABEZA PEREIRO, J. & LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, 2014, Albacete.
- HANNETT, S., «Equality at the intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, núm. 1, 2003.
- LÓPEZ BALAGUER, M., «La intermediación laboral en la nueva ley de empleo» en *Empleo y Protección Social, XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Madrid, 2023.

MOLINA NAVARRETE, C. en OLARTE ENCABO, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: la «Subjetivación» de las Políticas Activas de Empleo*, Aranzadi, Madrid, 2008.

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN EN ESPAÑA: ¿QUÉ PODEMOS APRENDER DE LA EXPERIENCIA COMPARADA?¹

Economic analysis of training contracts in Spain: What can we learn from comparative experience?

Alberto Vaquero García

Profesor Titular de Economía Aplicada, GEN-Universidade de Vigo, vaquero@uvigo.es

María Montserrat Cruz González

Profesora Contratada Doctora de Organización de Empresas y
Marketing, Universidade de Vigo, mcruz@uvigo.es

Vanessa María Suárez Porto

Profesora asociada de Organización de Empresas y Marketing,
Universidade de Vigo, vsuarez@uvigo.es

Palabras clave: formación, contratos, programa de garantía juvenil, bonificaciones, incentivos.

Keywords: training, contracts, youth guarantee programme, subsidies, incentives.

Resumen. Los países europeos con altos niveles de desempleo juvenil, como España, suelen tener especial interés en aplicar políticas públicas que busquen integrar una formación de calidad con el desempeño de un puesto de trabajo. Este artículo pretende hacer un

1 Quisiéramos agradecer la financiación recibida del proyecto «Adaptación y mantenimiento de empleo en el nuevo ecosistema productivo» del Ministerio de Ciencia e Innovación (2022-2025) y los comentarios y sugerencias recogidos en el Seminario internacional «Mantenimiento y recuperación del empleo. Colectivos de atención primaria» celebrado en Ourense el 15 y 16 de junio de 2023. Una versión preliminar de este trabajo fue presentado en este seminario (VAQUERO, CRUZ y SUÁREZ, 2023).

ejercicio comparativo de los contratos formativos en España con Francia y Alemania. Se abordan tres sistemas diferentes de lucha contra el problema del desempleo juvenil que permiten, a la luz de su desarrollo, establecer recomendaciones desde una perspectiva económica para mejorar el funcionamiento de estas figuras contractuales en España

Abstract. European countries with high levels of youth unemployment, such as Spain, tend to be particularly interested in implementing public policies that seek to integrate quality training with the performance of a job. This article aims to make a comparative exercise of training contracts in Spain with France and Germany. It deals with three different systems for combating the problem of youth unemployment which, in the light of their development, make it possible to establish recommendations from an economic perspective for improving the functioning of these contracts in Spain.

I. INTRODUCCIÓN

Aquellos países europeos que sistemáticamente presentan altas tasas de paro juvenil tienen un especial interés por aplicar políticas públicas de empleo activo que integren formación de calidad con el desempeño laboral. Este ejercicio suele instrumentarse a través de un contrato formativo, que al mismo tiempo que garantiza un empleo, posibilita cierto grado de formación y experiencia práctica en la empresa.

En España se han sucedido importantes cambios legislativos para tratar de mejorar el funcionamiento de este tipo de contratos, aunque no siempre han conseguido el éxito esperado. Además, el modelo español parece basarse, al menos en algunos aspectos, en el contrato para la formación para el trabajo en Alemania, que precisamente ha sido la referencia para muchos países. Un segundo caso para analizar es el contrato de formación francés que, también comparte algunos elementos con el diseño en España y que recientemente ha experimentado una importante reforma.

Este trabajo persigue describir el funcionamiento de los sistemas de contratación juvenil en esta tríada de países con el objetivo de señalar algunos resultados de interés para el caso español. La estructura será la siguiente: tras esta introducción, el segundo apartado se centra en analizar la situación de la población más joven en edad de trabajar para conocer su realidad laboral. El tercer apartado aborda el Programa de Garantía Juvenil (PGJ) en la Unión Europea (UE) y su papel como contenedor de las iniciativas que desarrolla cada país. El cuarto apartado posibilita un ejercicio comparativo de los programas para combatir el desempleo juvenil en los tres países analizados. El quinto permite señalar una serie de recomendaciones para una mejor articulación de estos contratos. Finalmente se indican unas conclusiones.

II. LA SITUACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES MÁS JÓVENES

El colectivo de personas de menos de 30 años en edad activa es uno de los que presenta mayores problemas de inserción laboral. Esta situación ha provocado la necesidad de contar con planes de inserción profesional y potenciación del empleo juvenil que mejoren su situación laboral.

Estas dificultades en la inserción laboral si bien se manifiestan en la práctica totalidad de los países de la UE, en España presentan una mayor intensidad y estructuralidad. A partir de la información recogida por Eurostat, en noviembre de 2022, la tasa de desempleo entre los menores de 25 años en España fue del 32,3 %, un resultado que contrasta con el 15,1 % de desempleo juvenil en la UE-27.

La población adulta más joven suele tener, por lo general, un alto nivel de formación, en buena medida con estudios terciarios. A partir del *Education at a glance* (2022) de la OCDE en España la evolución del nivel de formación de la población adulta (25-34 años) señala un notable incremento en educación terciaria, al pasar del 34,0 % en 2000, al 40,3 % en 2011 al 48,7 % en 2022. Estos resultados son incluso mejores que los obtenidos de media en la OCDE y en la UE22. Sin embargo, la población NEET —personas que ni están trabajando ni formándose— entre 25 y 29 años supone en 2021 el 25,8 %, un porcentaje que, si bien recoge cierta disminución respecto a 2020, sigue sin alcanzar la situación previa a la pandemia (24,4 % en 2019).

En consecuencia, parece comprobarse una falta de conexión desde la formación recibida con las oportunidades laborales. Esto puede estar mostrando un importante fallo en el proceso de inserción laboral por los problemas de adecuación de la formación frente a las competencias laborales demandadas por las empresas, en vez de limitaciones al empleo por la falta de formación. España es posiblemente el ejemplo más claro de esta realidad, puesto que, a pesar de la importante reducción de las tasas de desempleo juvenil, este indicador (29,4 % en 2022) sigue representando el doble que la media de la UE27, quedando muy lejos de Alemania (4,9 % en 2022).

III. EL PROGRAMA DE GARANTÍA JUVENIL EN LA UNIÓN EUROPEA

La OIT (2016) señala tres objetivos en materia de empleo juvenil: mejorar los servicios del sistema de búsqueda de empleo, establecer normas más estrictas para recibir la cobertura por desempleo y estimular a la demanda de trabajo por rebajas impositivas y una mayor flexibilidad regulada del mercado laboral. Esta tríada persigue un claro objetivo: incentivar el empleo de los trabajadores más jóvenes, al mismo tiempo que se garantizan unas condiciones mínimas para el desempeño de un trabajo.

Desde la óptica europea se cuenta con el Sistema de Garantía Juvenil (SGJ), que surgió del compromiso por proteger laboralmente a la población activa más joven, garantizando su incorporación al mercado laboral con inmediatez y calidad. Su funcionamiento se basa en la oferta de un salario digno, una formación adecuada que cubra las competencias que las empresas solicitan una vez finalizada la formación y conseguir un inicio de la actividad laboral en los cuatro meses siguientes tras finalizar su formación o quedarse sin trabajo (Consejo europeo, 2013).

En la Recomendación del Consejo 2013 de la UE sobre la aplicación del SGJ, se estableció un ambicioso plan, articulado en tres pilares: facilitar la transición de la población más joven en edad laboral desde la escuela al mercado de trabajo; apoyar la integración laboral de este colectivo y garantizar que ningún joven menor de 25 años quede excluido de oportunidades laborales.

Los Planes de Garantía Juvenil (PGJ) fueron creados pensando en los países con una tasa de desempleo superior al 25 %, lo que en la práctica supuso 14 de los 21 países. Este conjunto de actuaciones se puede entender como una medida activa de empleo, con varias diferencias respecto a otras alternativas (Mourelo y Vásconez, 2014): el compromiso a nivel estatal; su implicación con los jóvenes desempleados para mejorar sus posibilidades laborales y formativas y, la concretización temporal de cuatro meses para emplear a un activo joven que se encuentra en situación de desempleo. Estos elementos no se dan en otras políticas activas de empleo (Rodríguez y Miquel, 2018).

Aunque los PGJ se ha aplicado de manera diferenciada por países, existen puntos comunes: intermediación laboral, las políticas activas de incremento de la empleabilidad juvenil y la orientación profesional y formación para el empleo.

España, donde las tasas de desempleo juvenil son de las más elevadas en la UE, cuenta con una serie de ayudas para la inserción laboral de jóvenes bajo la modalidad de contratos para la formación. En Alemania, donde el desempleo juvenil presenta una de las tasas más reducidas de la UE, tiene en la formación dual el mayor exponente para integrar a los jóvenes en el mercado de trabajo. Francia cuenta con una serie de programas y políticas a favor del empleo y de la formación y aprendizaje de los jóvenes, pivotando sobre ayudas financieras, exoneraciones de cargas sociales o beneficios fiscales para cierto tipo de contratos laborales (aprendizaje y profesionalización).

IV. LOS CONTRATOS FORMATIVOS EN ESPAÑA, ALEMANIA Y FRANCIA

1. España

En nuestro país, las medidas aplicadas en materia contractual han impulsado el sistema de formación profesional y la formación combinada con la actividad laboral mediante dos tipos de contratos: formación y aprendizaje y en prácticas. En ambos casos, son modalidades contractuales que estuvieron vigentes desde 2007 a marzo de 2022, que perseguían estimular la inserción laboral de los jóvenes. A partir de abril de 2022, se produce una importante reforma de ambas figuras, recogida en la última reforma laboral.

El contrato para la formación y el aprendizaje² estaba orientado a jóvenes que no habían podido alcanzar la formación adecuada, como vía para insertarse en el mercado laboral cobrando un salario, al mismo tiempo que se recibe una formación teórica y práctica. A estos contratos accedían jóvenes entre 16 y 30 años, aunque sin límite de edad para los colectivos vulnerables. Su duración oscilaba entre 6 meses y los 3 años, contando con una reducción del 100 % de las cotizaciones para las empresas de menos de 250 trabajadores y del 75 % para las de 250 o más trabajadores. Si tras finalizar el contrato formativo, se transformaba en

2 Su regulación básica se recoge en el 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.

indefinido, se contemplaba una reducción en las cuotas de la Seguridad Social de 1.500 euros durante los tres primeros años, ampliable a 1.800 euros si se trata de una mujer (Gobierno de España, 2013, 2019, 2021).

El contrato en prácticas³ perseguía proporcionar la formación y experiencia necesaria a jóvenes cualificados para acceder a un primer empleo vinculado con su titulación. Su duración oscilaba entre 6 meses y 2 años. Además, si se trata de jóvenes inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil (SNGJ) se establecía una bonificación del 100 % en las cotizaciones por contingencias comunes. Además, si el contrato se transformaba en indefinido existía una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 500 euros anuales, ampliable a 700 para las mujeres durante tres años.

Ambos contratos formativos sufrieron una reducción cuantitativa muy elevada entre 2007 y 2022, sobre todo los de formación y aprendizaje, derivada de la necesidad de que la formación fuera certificable, la existencia de otras modalidades de contratación más viables, como las de fomento del primer empleo o la mala praxis con los llamados «becarios». Con respecto a los contratos en prácticas se ha visto también una reducción, aunque menor; además, desde 2018, ha comenzado una recuperación en el volumen de estos contratos.

Como fue indicado, a partir del 1 de abril de 2022, debido a la última reforma laboral se reformulan estos contratos⁴, recogiendo dos modalidades: en alternancia trabajo-formación y para la obtención de la práctica profesional. Paralelamente, desaparecen los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje.

El contrato de formación en alternancia trabajo-formación⁵ tiene como objetivo fomentar la contratación de trabajadores entre 16 y 30 años combinando empleo y formación vinculada al Catálogo de Especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo (SNE). Su duración oscila entre los 3 meses y 2 años.

Además, se posibilita una bonificación máxima de hasta el 100 % de las cotizaciones sociales. Como novedad, este tipo de contratos permite compatibilizar un trabajo para aquellas personas que cursen estudios universitarios o cualquier otra formación. Este nuevo tipo de contrato no contempla límite de edad para los trabajadores con necesidades especiales ni para aquellos contratos de formación en alternancia en el marco de estudios universitarios,

3 Este contrato está regulado en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, en el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

4 Para MERCADER Y MORENO (2022) más que unos nuevos modelos de contratos, se trataría de una serie de modificaciones de las modalidades anteriores.

5 Su regulación se encuentra en el artículo 11 y Disposición 20.ª 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, 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, 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, el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos y la Disposición Adicional 43.ª 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.

formación profesional y algunos certificados de profesionalidad. Este cambio permitirá avanzar en la recualificación de trabajadores de otros sectores económicos que hayan sufrido reconversión.

Además, se ha habilitado un sistema para poder tramitar el alta de los trabajadores en tiempo real, para conseguir una agilización en la tramitación de contratos, al ya no ser necesario esperar a la resolución de la solicitud previa de autorización para el inicio de la actividad formativa. La formación también gana con el contrato en alternancia, al hacerse *on line*, lo que permite muchas más posibilidades y reducirá la necesidad de contar en el centro de trabajo de los medios y el personal para poder desarrollar esta actividad. También se recuperan ciertas ocupaciones, en concreto en el SEPE se recogen más de 3.700 posibilidades formativas.⁶ Además, se produce un cambio en cuanto al tiempo del trabajo efectivo situándose en el 65 % el primer año y en el 85 % durante el segundo, esto es, una reducción y mantenimiento del tiempo para trabajar respecto a la situación del contrato para la formación y el aprendizaje.

El contrato para la obtención de la práctica profesional⁷ busca que la persona trabajadora obtenga la experiencia adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato. Destinado a jóvenes con titulación universitaria, técnicos superiores o de grado medio de Formación Profesional, debe firmarse durante los tres años posteriores a terminar los estudios, ampliable a 5 años si se trata de personas con discapacidad.

Todos estos cambios pretenden una mayor conexión con la finalidad formativa y el aumento de las cualificaciones del trabajador. Si bien todavía es pronto para poder hacer una valoración, el planteamiento es reducir la todavía elevada tasa de desempleo juvenil. Con todo, España sigue teniendo una de las más altas; considerando la tasa de paro desestacionalizada de Eurostat para la población de 15 a 29 años se comprueba una significativa reducción del 42,2 % en 2013 al 22,4 % en 2022, pero sigue siendo prácticamente el doble que la recogida para la UE-27 (11,3 %).

2. Alemania

En el país germano, el pilar fundamental del ingreso de jóvenes al mercado laboral es el programa de formación dual, realizándose tanto en la empresa como en el centro de enseñanza

6 Según la Orden TMS/283/2019 de 12 de marzo, por la que se regula el Catálogo de Especialidades Formativas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

7 La regulación de este contrato es el artículo 11 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, 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, 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, el Real Decreto 889/2022, de 18 de octubre, por el que se establecen las condiciones y los procedimientos de homologación, de declaración de equivalencia y de convalidación de enseñanzas universitarias de sistemas educativos extranjeros y por el que se regula el procedimiento para establecer la correspondencia al nivel del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior de los títulos universitarios oficiales pertenecientes a ordenaciones académicas anteriores y el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativo.

(Bundesagentur für Arbeit, 2022). Este sistema, que se viene aplicando desde la década de los años sesenta, cuenta con una fuerte colaboración público-privada, implicando al sistema educativo, empresas, Cámaras de Comercio e Industria y los interlocutores sociales.

En 2021 la formación profesional dual en Alemania suponía entre el 70 % y 80 % de toda la formación profesional, contemplando 350 profesiones. Su funcionamiento presenta una elevada flexibilidad, con una estrecha vinculación a la evolución de la economía y el mercado de trabajo. Esto permite que los empleadores identifiquen aquellos campos que requieren una nueva cualificación profesional; los interlocutores sociales y la administración federal establecen los nuevos estándares de formación profesional.

La remuneración del alumno-trabajador es variable en función del sector profesional y proporcional al número de horas de trabajo en la empresa. De media son 650 euros, la tercera parte del salario inicial que percibe un trabajador cualificado, cantidad que se va incrementando a medida que mejora la cualificación del trabajador. La duración del contrato oscila entre dos y tres años y medio. Durante este período se trabajará entre tres y cuatro días a la semana, siendo la formación a tiempo parcial (12 horas semanales).

Los resultados de la formación profesional dual en Alemania son positivos: el 60 % de los jóvenes alemanes que finalizan la formación básica han cursado alguna actividad de formación profesional; en 2020 el 19,7 % de las empresas alemanas invirtieron e impartieron programas de formación profesional dual, siendo la mayoría PYMES, que anualmente capacitan a más de 500.000 nuevos aprendices. En el curso 2017-2018, el 71 % de las empresas que participan, incorporaron a estos aprendices después de finalizar su período formativo. En ese mismo año, se ofrecieron 578.200 puestos de formación empresarial en 324 profesiones reconocidas. El grado de satisfacción de los alumnos-trabajadores es muy elevado, alrededor del 72 % y el 93 % contemplan con éxito su formación. Estos buenos resultados vienen acompañados de la reducida tasa de desempleo juvenil (de 15 a 29 años), que en 2022 fue del 4,9 %.

Con todo, el modelo alemán de formación dual no está exento de problemas. El proceso de selección del aprendiz, al depender de los criterios establecidos por la empresa, precisa de mayores dosis de transparencia. También, parte de la regulación queda fuera de la administración al depender de la validación de las empresas y de las Cámaras de Comercio e Industria. Asimismo, la oferta formativa no es estable, tiene una fuerte dependencia del ciclo económico y al ser tan específica puede limitar la movilidad de los trabajadores y/o la incorporación a otros sectores productivos. Además, en 2020 quedaron vacantes 53.100 puestos de trabajo en formación, el 9,4 % de toda la oferta y 73.700 candidatos sin puesto de formación en 2019 y 151.664 contratos finiquitaron de forma prematura.

3. Francia

En el país galo, el contrato de aprendizaje y de la formación es una fórmula contractual en la que el empleador se compromete a garantizar una formación profesional a un trabajador joven, prestada entre la empresa y un centro de formación para aprendices. Se establece una edad mínima de 16 años y máxima de 25; excepcionalmente se puede iniciar el aprendizaje a los 15 años, permitiendo la ampliación hasta los 25 en ciertos casos. Se trata de una figura contractual con una amplia tradición (surge en 1971), reformulada en 2002 y 2018 modernizando su funcionamiento (Direction de l'information légale et administrative, 2021, 2022a, 2022b).

El aprendizaje se basa en el principio de la alternancia entre enseñanza teórica en un centro de formación para aprendices (CFA) y la empresa. La duración del contrato es de 1 a 3 años, ampliable a 4 años si es una persona con discapacidad. El alumno-trabajador percibe un salario en base al SMI, entre el 27 % y el 78 %, con un período de prueba de 2 meses. Este contrato permite que la empresa se beneficie de ayudas financieras, exoneraciones de cargas sociales y beneficios fiscales. Las ayudas financieras se aplican sólo a empresas que posean hasta 250 trabajadores, por un importe de 1.000 euros, cantidad que se duplica si la empresa contratara a un aprendiz por primera vez. Bajo esta modalidad contractual tienen derecho a la exención de cuotas por contingencias comunes a la Seguridad Social los empresarios con plantilla inferior a 11 trabajadores. Además, las empresas pueden beneficiarse de un crédito fiscal por 1.600 euros por cada aprendiz, ampliado a 2.200 si es una persona con discapacidad.

En 2020 se firmaron en Francia 495.000 contratos de aprendizaje, focalizando su actividad en empresas de menos de 50 trabajadores (330.000 contratos), sobre todo (1 de cada 3) en el comercio minorista, construcción, industria alimentaria y hostelería-restauración. Este tipo de contratos tiene una amplia aplicación en todos los niveles de titulación, en especial en formación profesional (26 %), estudios universitarios de 2 años (22 %) y de 5 años o más (18 %).

La segunda modalidad existente en el país galo es el contrato de profesionalización, destinado a jóvenes entre los 16 y 25 años, desempleados con 26 o más años y a beneficiarios de ciertos subsidios o contratos de inserción. Su objetivo es ofrecer una cualificación profesional y fomentar la inserción o reinserción profesional. El salario no puede ser inferior al 55 % del SMI para los beneficiarios menores de 21 años y al 70 % del SMI para los beneficiarios con edad comprendida entre 21 o más años y menos de 26 años. Para los asalariados de 26 o más años no puede ser inferior al 85 % de la mínima prevista por el convenio colectivo aplicable, ni al 100 % del SMI (Direction de l'information légale et administrative, 2021, 2022a, 2022b).

La duración de la formación está comprendida entre el 15 % y el 25 % del tiempo de contrato de duración determinada, pero nunca será inferior a 150 horas o de la acción de profesionalización en el supuesto de contrato de duración indeterminada. Además, se establece cierta exoneración de cotizaciones sociales patronales de seguridad social.

Los resultados de estas fórmulas contractuales son positivos. La tasa de desempleo juvenil en Francia (de 15 a 29 años) pasó de representar el 19,1 % en 2013 al 13,7 % en 2022 (con datos desestacionalizados). Sin ser unos resultados tan extraordinarios en la reducción del desempleo juvenil —como sucede en Alemania— son mucho mejores que los obtenidos en España.

Además, desde el 1 de marzo de 2022, Francia cuenta con el Contrato de Compromiso Joven, que sustituye al plan «1 joven, 1 solución». Se trata de un contrato para jóvenes menores de 26 años sin empleo y con insuficiente formación o educación, ampliable a personas con algún tipo de discapacidad para menores de 30 años. Las estimaciones de las autoridades laborales galas cifran en 500.000 jóvenes como beneficiarios de este nuevo programa de inserción laboral. Bajo esta modalidad contractual, se establece un programa de apoyo formativo entre 15 y 20 horas semanales, por el que recibirán hasta 500 euros mensuales. Este pago estará vinculado al nivel de ingresos familiares, la participación en el programa formativo y la aceptación de ofertas de empleo. La duración del contrato de hasta 12 meses, puede ser ampliable hasta 18 en ciertos casos.

V. RECOMENDACIONES

Los jóvenes han sido uno de los colectivos más golpeados por las crisis económicas. La precariedad y la alta temporalidad del empleo, elementos inherentes en muchos países europeos, tienen especial incidencia entre los menores de 30 años en el mercado de trabajo español.

Como se ha señalado, España cuenta desde hace décadas con dos fórmulas contractuales que buscan mejorar los niveles de inserción laboral de los trabajadores más jóvenes. Aun así, los resultados son discretos. En este sentido sería recomendable contar con otros instrumentos que permitan mejorar su funcionamiento, como sucede con la formación dual en Alemania, donde se manifiesta una mayor cohabitación entre el sistema educativo y laboral y la administración, empresas e interlocutores sociales. En Francia, donde existe un sistema parecido al español los resultados han sido algo mejores, en buena medida por sus menores tasas de desempleo. Así, resulta aconsejable vincular los incentivos con los programas de formación para mejorar la empleabilidad de los colectivos vulnerables, tal y como ha venido señalando la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (2019) en España.

Nuestro país tiene un largo camino por recorrer. Los contratos de formación y en prácticas para jóvenes ha sido una herramienta escasamente utilizada. En 2018, solo el 1,4 % de los jóvenes que cumplían los requisitos firmó un contrato formativo. Además, se corre el peligro de convertir este contrato en una forma de conseguir mano de obra de forma más económica, ya que al estar subvencionados resulta más baratos a lo que hay que añadir su mayor flexibilidad (Cueto y López, 2019).

Los trabajos econométricos para España señalan que a medida que se amplía la duración de los contratos en prácticas se incrementan las posibilidades de conseguir un trabajo indefinido (De la Rica, Gorjón y Lizarraga, 2019). En base a este mismo estudio parece que estas fórmulas contractuales son utilizadas por los jóvenes como puente mientras buscan un mejor empleo y las empresas pueden entender esta fórmula contractual como una vía para reducir sus costes laborales.

VI. CONCLUSIONES

Buscar un empleo resulta una actividad complicada para cualquier trabajador joven, siendo especialmente ardua en algunos países, como el caso de España, donde es manifiesta una endémica tasa de empleo juvenil. Para tratar de mitigar este grave problema, los países europeos han venido aplicando actuaciones centradas en ofertar una primera oportunidad de trabajo a los jóvenes, con más o menos éxito. Alemania, con su sistema de formación dual, se ha convertido en un referente para otros países. Sin embargo, el modelo alemán tampoco está exento de problemas, tal y como se ha señalado. Francia, que comparte muchos elementos con el planteamiento que se sigue en España, también ha mejorado sus niveles de inserción laboral para la población más joven en edad de trabajar, pero con menor intensidad que en Alemania.

En España, la implantación y resultados de los contratos para la formación han sido muy modestos, en parte por las elevadas tasas de desempleo juvenil y por la menor duración de los contratos, que reduce su eficacia. Con todo, es de esperar que los cambios introducidos tras la última reforma laboral, a partir de abril de 2022, permitan una mejora en sus resultados.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y NORMATIVAS

Libros y revistas

Autoridad independiente de Responsabilidad Fiscal, *Estudio Incentivos a la contratación*, Madrid, 2019, disponible en <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/PDF-Web-Incentivos-a-la-contratacion-2.pdf>

Bundesagentur fur arbeit, Agencia Federal de Empleo Programa federal 2022, disponible en <https://www.arbeitsagentur.de/> (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

CERVILLA GARZÓN, M.ª J. «El avance hacia la menor temporalidad y la mayor capacidad formativa del nuevo contrato formativo», *IUS Labor- Revista de análisis de de Derecho del Trabajo*, 2022 núm. 1, pp. 13-55, disponible en <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/396990>

Comisión Europea, *Garantía juvenil reforzada*, 2022, disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1079> (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

Consejo de la Unión Europea. *Garantía Juvenil*, 2019, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/youth-employment/youth-guarantee/> (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

CUETO IGLESIAS, B. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, F., «The Apprenticeship Contract: An Evaluatio», *Hacienda Pública Española/ Review of Public Economics*, 2019, vol. 231-4, pp. 15-39, disponible en <https://hpe-rpe.org/published-articles/#16-184-wpfd-231-4-2019-special-issue>

DE LA RICA GOIRICELAYA, S.; GORJÓN GARCÍA, L. y LIZARRAGA ÁLVAREZ, I., *Una evaluación del contrato en prácticas en España*, 2019, FEDEA, disponible en https://www.fedea.net/ship/docs/YEP_evaluacion_contrato_practicas_espana.pdf

Direction de l'information légale et administrative, *Plan «1 jeune, 1 solution»: l'aide à l'embauche des jeunes est prolongée*, 2021, disponible en <https://www.pole-emploi.fr/employeur/aides-aux-recrutements/les-aides-a-lembauche/page-1.html> (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

Direction de l'information légale et administrative, *Contrat d'engagement jeune (accompagnement pour trouver un travail)*, 2022.^a, disponible en <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F32700> (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

Direction de l'information légale et administrative, *Les politiques d'insertion professionnelle des jeunes: chronologie*, 2022b. <https://www.vie-publique.fr/eclairage/281366-chronologie-des-politiques-dinsertion-professionnelle-des-jeunes> (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

Gobierno de España, *Estrategia de emprendimiento y empleo joven 2013/2016*, 2013, disponible en https://www.mites.gob.es/ficheros/rse/documentos/eeej/EEEJ_Documento.pdf (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

Gobierno de España, *Plan de Choque por el empleo joven 2019-2021*, 2019, disponible en <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/plan-choque-empleo-joven.html> (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

Gobierno de España, *Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes*, 2021, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-10587 (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

Ministerio del Empleo y Seguridad Social España, *Estrategia de emprendimiento y empleo joven*, 2018, disponible en https://www.mites.gob.es/ficheros/rse/documentos/eeej/EEEJ_Documento.pdf (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

ESCUADERO VÁSCONEZ, V. y LÓPEZ MOURELO, E., «El sistema de garantía juvenil en Europa: características, desarrollo y desafíos», *ICE, Revista de Economía* 2014, núm. 881, pp. 83-100, disponible en <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/1732>

Organización Internacional del Trabajo, *Formular y validar buenas experiencias a la inserción laboral de jóvenes*, 2016, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ed_emp_msu/documents/projectdocumentation/wcms_448449.pdf (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

OECD, *Education at a glance 2022*, 2022, Paris, disponible en <https://www.oecd.org/education/education-at-a-glance/> (fecha de consulta 26 de mayo de 2023)

Servicio Público de Empleo Estatal-España. *Plan de Choque para el Empleo Joven 2019-2021*, 2019, disponible en <https://www.sepe.es/HomeSepe/en/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/noticias/historico-de-noticias/2018/detalle-noticia.html?folder=/2018/Diciembre/&detail=plan-choque-empleo-joven-2019-2021-boe-101218> (fecha de consulta 26 de mayo de 2023).

RODRÍGUEZ SOLER, J. y VERD PERICÁS, J.M., «El diseño y despliegue del sistema de garantía juvenil en España: un análisis documental», *RES. Revista Española de Sociología*, 2018, núm. 27(3), pp. 395-412, disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/res/article/view/27-2>

ÚBEDA PAVÍA, M.; CABASÉS PIQUÉ, M. A. y PARDELL VEA, A., «Empleos de calidad para las personas jóvenes: una inversión de presente y de futuro», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2020, núm. 38(1), pp. 39-57, disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/68867>

VAQUERO GARCÍA, A., CRUZ GÓNZALEZ, M.^a M. y SUÁREZ PORTO, M.^a V. «Análisis económico de los contratos para la formación como mecanismo para reducir la tasa de desempleo juvenil. Un ejercicio comparativo para algunos países de la Unión Europea», *Seminario Internacional de mantenimiento y recuperación del empleo: Colectivos de atención primaria*, 2023, Ourense, 15 y 16 de junio.

Normativa

España. Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8425>

España. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9110-consolidado.pdf>

España. 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. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-13846-consolidado.pdf>

España. Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-13426-consolidado.pdf>

España. 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. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

España. 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. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11724-consolidado.pdf>

España. Orden TMS/283/2019 de 12 de marzo, por la que se regula el Catálogo de Especialidades Formativas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3642>

España. 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. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-21788-consolidado.pdf>

España. Real Decreto 889/2022, de 18 de octubre, por el que se establecen las condiciones y los procedimientos de homologación, de declaración de equivalencia y de convalidación de enseñanzas universitarias de sistemas educativos extranjeros y por

el que se regula el procedimiento para establecer la correspondencia al nivel del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior de los títulos universitarios oficiales pertenecientes a ordenaciones académicas anteriores. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2022/BOE-A-2022-17045-consolidado.pdf>

España. 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. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2023/BOE-A-2023-625-consolidado.pdf>

EL EMPLEO DE LAS PERSONAS MAYORES EN FRANCIA. DERECHOS, LEGISLACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Philippe Martin

Director de investigación en el CNRS
Centro de derecho comparado del trabajo y de la seguridad social (COMPTRASEC)
Universidad de Burdeos
philippe.martin@u-bordeaux.fr

Palabras clave: Francia; trabajadores mayores; políticas de empleo; eficacia de la ley; reformas de las pensiones; discriminación por razón de edad; derechos fundamentales

Keywords: France; older workers; employment policies; effectiveness of the law; pension reforms; age discrimination; fundamental rights

Resumen: En Francia, los trabajadores de más edad siguen estando relativamente infrarrepresentados en el mercado laboral, aunque la situación ha mejorado estadísticamente desde principios de la década de 2000. Ello puede considerarse una forma de exclusión social, o incluso de discriminación sistémica. Resulta de interés analizar el efecto de la ley y de las políticas de empleo específicas para las personas mayores. De hecho, parece que las únicas medidas realmente eficaces para mantener a las personas mayores en el trabajo han sido las reformas de las pensiones, es decir, medidas coercitivas y al mismo tiempo desiguales. Estas políticas deben reexaminarse desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Abstract: In France today, older workers are still relatively under-represented in the labour market, even though the situation has improved statistically since the early 2000s. This can be seen as a form of social exclusion, or even systemic discrimination. This raises the question of the role of the law and the effect of employment policies specific to older workers. Indeed, it seems that the only truly effective measures to keep older people in work have been the pension reforms, i.e. measures that are coercive and at the same time unequal. These policies need to be re-examined from a fundamental rights perspective.

El empleo de las personas mayores o de los *seniors* es ante todo un problema social, económico y político. Conviene recordar que el concepto de *senior* no es realmente un concepto ni una categoría jurídica. En realidad, se trata de una categoría estadística utilizada para medir la tasa de empleo de las personas de 55 a 64 años¹. Permite comparar las situaciones

¹ La tasa de empleo es la relación entre el número de personas empleadas y el total de la población correspondiente (en este caso, el grupo de edad de 55 a 64 años).

nacionales dentro de la UE. También permite proporcionar herramientas para las políticas de empleo dirigidas a este grupo de población, que ha recibido una atención específica o prioritaria desde la Cumbre Europea de Lisboa de marzo de 2000, ya que la consigna europea es aumentar la tasa de empleo de las personas mayores².

El estudio del empleo de las personas mayores constituye un tema de sumo interés para los juristas. Nos invita a reflexionar sobre la relación entre el Derecho, la legislación y las políticas públicas en el marco de la evolución del Estado del bienestar en el siglo XXI. En efecto, el Estado del bienestar, en particular en Europa, está experimentando profundos cambios que pueden analizarse a la luz de las nuevas líneas de acción orquestadas o vehiculadas por la UE: la participación en el mercado laboral y envejecimiento activo, la inclusión social, la activación de las políticas sociales (el concepto de Estado del bienestar activo) y el control del gasto público y la viabilidad de los sistemas de pensiones.

Estos ámbitos de actuación tienen su propia lógica y coherencia. Sin embargo, deben ser abordados de forma crítica por los investigadores en ciencias sociales, incluidos los juristas.

En concreto, la cuestión del empleo de los trabajadores de más edad tiene especial resonancia en Francia. La razón es muy simple. El mercado laboral francés se ha caracterizado durante las últimas décadas del siglo XX por lo que se ha denominado la «gestión de la edad». Su resultado ha sido, y en cierta medida sigue siendo, una baja participación de los trabajadores de más edad³. En 2003, es decir, antes de la primera gran reforma de las pensiones, la tasa de empleo de los trabajadores de más edad en Francia era del 37 %, y la edad media de retirada del mercado laboral en 2000/2001 era de 58,7 años, una de las más bajas de Europa.

Durante mucho tiempo, esta situación social y económica se consideró normal. Sin embargo, desde la década de 2000 ha surgido una nueva visión, hasta el punto de poder afirmar que los trabajadores de más edad sufren una forma de exclusión social. Incluso cabe preguntarse si no son víctimas de lo que los anglosajones denominan discriminación sistémica, a consecuencia de la infrarrepresentación de un grupo social en puestos considerados favorables, en comparación con un grupo mayoritario, de prejuicios y estereotipos, de la interiorización de estos prejuicios y estereotipos negativos, etc.

Según una encuesta realizada por el Instituto IFOP en 2015, para el 88 % de los encuestados, la edad a partir de los 55 años es la principal causa de discriminación en el empleo⁴.

2 En 2000, el Consejo Europeo fijó el objetivo de aumentar la tasa de empleo de las personas de 55 a 64 años en la UE hasta el 50 % en 2010. Este objetivo se alcanzó en 2011, pero la UE se fijó entonces el objetivo de aumentar gradualmente la tasa de empleo de la población en edad de trabajar en los Estados miembros. La Estrategia Europa 2020 no se centra específicamente en las personas mayores, pero fija el objetivo general de aumentar la tasa de empleo de las personas de 20 a 64 años en la UE hasta el 75 %.

3 Véase en particular. Anne-Marie GUILLEMARD, *Les défis du vieillissement. Age, emploi, retraite, perspectives internationales*, Armand COLIN, coll. «U Sociologie», 2010.

4 IFOP, 8ème baromètre Défenseur des Droits/OIT de perception des discriminations dans l'emploi. Encuesta a solicitantes de empleo, nota de síntesis, enero de 2015.

Esta perspectiva explica la aparición de una nueva línea de acción pública con respecto a los trabajadores de más edad, que atiende a su mayor vulnerabilidad, discriminación y su consideración de colectivos destinatarios o de atención prioritaria. Ello exige tratar de garantizar su protección e inclusión social, así como la igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral, además del establecimiento de condiciones de trabajo justas.

La cuestión que se pretende abordar a continuación, si aceptamos que esta situación de infrarrepresentación de los trabajadores de más edad en el empleo tiene que cambiar, es la de determinar qué puede hacer la ley y cómo se han de configurar los derechos de los trabajadores de más edad.

Tras proporcionar algunos datos de referencia sobre la situación de los trabajadores de más edad en el mercado laboral francés, se tratará de demostrar que la ley, como instrumento de política de empleo para los trabajadores de más edad, es relativamente ineficaz. Esto nos llevará a reflexionar sobre la forma de concebir o reconfigurar los derechos de los trabajadores de más edad.

I. LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE MÁS EDAD EN EL MERCADO LABORAL FRANCÉS

En Francia, las personas mayores están generalmente infrarrepresentadas en el mercado laboral. Según fuentes de Eurostat que comparan la tasa de empleo de las personas mayores en los distintos países europeos, Francia se sitúa actualmente por debajo de la media europea, justo detrás de España.

Algunos datos internacionales (2022)

Fuente: EUROSTAT

Islandia	82,6 %
Suecia	77,3 %
Noruega	74,5 %
Estonia	73,7 %
Alemania	73,3 %
Países Bajos	73,1 %
República Checa	72,9 %
Dinamarca	72,9 %
Bulgaria	68,2 %
Irlanda	66,7 %
Portugal	65,9 %
Hungría	65,6 %

Reino Unido	64,8 %
Media UE 27	62,3 %
España	57,7 %
Francia	56,9 %
Bélgica	56,6 %
Austria	56,4 %
Polonia	56,4 %
Italia	55 %
Grecia	51,9 %
Rumanía	46,7 %

Cabe señalar que la tasa de empleo de las mujeres de 55 a 64 años en Francia es inferior a la de los hombres (alrededor de 3 puntos de diferencia).

La especificidad de la situación francesa es sin duda más marcada si nos fijamos en los trabajadores de más de 60 años. La tasa de empleo de las personas mayores de 60-64 años es particularmente baja en Francia, en comparación con la media europea: en 2021, se situaba en torno al 31 %, frente a una media europea superior al 42 %. La tasa de empleo es aún más baja para el grupo de edad de 65-69 años: un 9 % en Francia, frente a alrededor del 20 % en el Reino Unido, Alemania y Suecia.

Una gran proporción de las personas de 60 años que no tienen empleo están jubiladas (29 % en 2017), pero otra proporción significativa (29 %) también se considera inactiva: discapacitada, desempleada o en otras situaciones fuera del mercado laboral.

En cuanto al desempleo de las personas mayores, medido con arreglo a los criterios de la OIT, no es especialmente elevado y se ajusta en líneas generales a la media nacional, en todos los grupos de edad. Por otra parte, los trabajadores de más edad están mucho más expuestos al desempleo de larga duración que los más jóvenes. La reincorporación al trabajo tras un periodo de desempleo es mucho más difícil, sobre todo en el tramo de edad de 60-64 años. Esta situación parece ser similar a la observada en otros países en los que la tasa de empleo de las personas mayores es superior a la de Francia (Alemania, Noruega, Países Bajos y Austria)⁵. Por otra parte, la tasa de contratación de trabajadores de más edad en Francia está muy por debajo de la media de la OCDE y de la UE.

Esta situación se debe a varias razones⁶:

- El peso de las representaciones sociales negativas respecto de los trabajadores por razón de su mayor edad, en cuanto a estereotipos, prejuicios y discriminación. Es lo que se conoce

5 Véase el informe de France Stratégie, *Les seniors, l'emploi et la retraite*, oct. 2018, p. 34 (www.strategie.gouv.fr).

6 Véase Senado, Comisión de Asuntos Sociales, «La reforma de las pensiones: los retos del final de la carrera profesional», Documento informativo n.º 749 (2018-2019), Nota de síntesis (www.senat.fr).

como edadismo. Estas representaciones siguen siendo muy considerables en las empresas, por parte de los departamentos de recursos humanos. También afectan psicológicamente a los propios trabajadores.

- El efecto de las políticas públicas aplicadas en Francia desde finales de los años 60 hasta los años 2000. Como paradigma del reparto del trabajo frente al desempleo estructural, se recurrió de forma masiva a las jubilaciones anticipadas subvencionadas por el Estado o apoyadas por los interlocutores sociales en el marco del seguro de desempleo. Se acompañó también de una cierta instrumentalización de la reforma legislativa en materia de pensiones para fomentar el empleo juvenil, con medidas como el establecimiento por ley de la jubilación a los 60 años., las restricciones legales para combinar la pensión de jubilación y los ingresos del trabajo, etc. En conjunto, un cóctel de medidas cuyo objetivo y efecto fue sacar a los trabajadores del mercado laboral de forma masiva a partir de los 57 años⁷. En 2000, la tasa de empleo de las personas mayores en Francia era del 29,9 %.

II. LA RELATIVA INEFICACIA DE LA LEY COMO VEHÍCULO DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

En Francia, como en otros países, se han consagrado en la ley políticas destinadas específicamente a desarrollar el empleo de los trabajadores de más edad. Sin embargo, estas medidas especiales no han sido muy eficaces. Si la tasa de empleo de los trabajadores de más edad ha aumentado en los últimos veinte años, ello se debe a otros factores.

2.1. Una caja de herramientas poco eficaces: planes de acción para los trabajadores de más edad

2.1.1. Las herramientas que ofrece la legislación francesa

Desde 2005, se ha dado un impulso nacional para mejorar la situación laboral de los trabajadores de más edad. Los interlocutores sociales marcaron la pauta con la firma, el 13 de octubre de 2005, de un Acuerdo Nacional Interprofesional por parte de las organizaciones patronales y sindicales (a excepción de la CGT y FO). Los términos de este acuerdo fueron retomados posteriormente por el Gobierno en forma de un plan de acción nacional concertado para el empleo de las personas mayores (2006-2010). Este plan se reforzó en 2008. El plan nacional contiene toda una serie de medidas, algunas incentivadoras y otras más coercitivas:

7 Philippe MARTIN, «La política laboral francesa a favor de los trabajadores de edad madura: fomento y protección del empleo», en *La Relevancia de la Edad en La Relación Laboral y de Seguridad Social*, J. CABEZA PEREIRO, M. AMPARO BALLESTER PASTOR, M. FERNÁNDEZ PRIETO (coord.), Aranzadi, 2009, pp. 333-347.

- Un contrato de trabajo específico, el «CDD senior»: un contrato de trabajo de duración determinada al margen del derecho común (de 18 meses de duración, pero prorrogable hasta 36 meses) para los trabajadores de 57 años que lleven más de tres meses inscritos como demandantes de empleo; esta medida no va acompañada de ninguna ayuda financiera (de ahí su bajísimo porcentaje de éxito);

- Ayudas financieras públicas para la contratación de un trabajador mayor: una ayuda económica de 2.000 euros para las empresas que contraten a *seniors* (mayores de 45 años) demandantes de empleo con un contrato de profesionalización (medida de inserción profesional).

- Obligaciones para las empresas: desde el 1 de enero de 2010, las empresas con al menos 50 empleados están obligadas a celebrar un acuerdo o a elaborar un plan de acción relativo al empleo de los trabajadores de más edad. Estos acuerdos o planes deben contener un objetivo cuantificado de mantenimiento en el empleo o de contratación de trabajadores de más edad. En caso de incumplimiento, se aplicará una penalización del 1 % de la masa salarial.

- Contratos de generación: para las empresas de menos de 300 trabajadores que se comprometían ante las autoridades a mantener en el empleo a un trabajador de edad avanzada de 57 años o a contratar a un trabajador de edad avanzada de 50 años y, al mismo tiempo, a contratar a un joven menor de 26 años, se preveía el pago de una ayuda financiera de 4.000 euros al año durante 3 años. Para las empresas de 300 o más trabajadores, se establecía la obligación de negociar convenios colectivos, pero no se contemplaba el pago de ayuda estatal. Cabe señalar, no obstante, que el Contrato de Generación y las ayudas correspondientes fueron suprimidos por la Orden de 22 de septiembre de 2017, pues el Gobierno consideró que sus resultados no eran concluyentes.

En 2020, también se creó un «CDI de inclusión» para desempleados mayores de 57 años. En virtud de este régimen, las SIAE (*Structures d'Insertion par l'Activité Economique*/ estructuras de integración a través de la actividad económica) pueden contratar por tiempo indefinido a personas mayores de 57 años que atraviesen especiales dificultades sociales y profesionales. La contratación de personas mayores con contratos indefinidos de inserción se fomenta mediante el pago a las SIAE de una ayuda pública durante toda la duración del contrato.

2.1.2. Análisis de la eficacia de las medidas especiales para los trabajadores de más edad

La DARES (Dirección de Estudios y Estadísticas del Ministerio de Trabajo) publicó en 2018 un informe sobre los «movimientos laborales de los trabajadores de más edad entre 2001 y 2014»⁸. Por un lado, constata que se producen menos salidas del mercado laboral y más tardías, pero que las contrataciones son aún más escasas.

En su documento, la DARES evaluó en particular el contrato de duración determinada para *seniors* introducido en 2006. Este régimen no fue objeto de seguimiento porque no se utilizó

8 DARES, «Les mouvements de main d'oeuvre des seniors entre 2001 et 2014. Des sorties moins nombreuses et plus tardives, des embauches encore plus rares », *Documents d'étude* n° 223, juillet 2018 (https://dares.travail-emploi.gouv.fr/sites/default/files/pdf/de_223.pdf)

lo suficiente. Respecto a los convenios colectivos y planes de acción, la DARES ha contabilizado un número relativamente reducido de convenios celebrados y, sobre todo, se observa que los convenios o planes se conciben principalmente de manera formal, con el fin de evitar sanciones económicas.

Además, aunque la ley de reforma de las pensiones de 2003 pretendía disuadir a las empresas de establecer planes de jubilación anticipada autofinanciados⁹, estas fórmulas han seguido funcionando en las grandes empresas e incluso han surgido nuevas fórmulas, en particular para hacer frente a la crisis de COVID. Establecidos en la mayoría de los casos por convenio colectivo, estos planes de jubilación anticipada de las empresas permiten a los trabajadores de más edad dejar de trabajar antes de jubilarse y sin quedarse en paro. Los trabajadores de más edad que aceptan estos planes siguen percibiendo parte de su salario. En la práctica, son pagados directamente por su empresa o por un tercero —a menudo una compañía de seguros— a la que su empresa ha confiado la gestión del plan. Estos regímenes internos de prejubilación no reciben ninguna ayuda pública y son financiados en su totalidad por las empresas que los crean. Como contrapartida, éstas pueden definir a su antojo las condiciones de aplicación del régimen de prejubilación: trabajadores elegibles (edad a la que es posible prejubilarse, duración máxima de las transiciones, condiciones de antigüedad, etc.), cuantía de la indemnización por despido y de la indemnización sustitutoria (denominada «pensión de prejubilación»), mantenimiento o no de la protección social complementaria y de la previsión...

2.2. Factores que explican el aumento de la tasa de empleo de las personas mayores en Francia: factores sociodemográficos e impacto de las reformas de las pensiones

Aunque la tasa de empleo de las personas mayores sigue siendo baja en Francia, ha aumentado de forma impresionante en los últimos años: del 30 % en 2000 al 56,9 % en 2022. Este aumento, que comenzó a finales de los años 90, se explica por varios factores: la demografía, caracterizada por la afluencia de *baby boomers* al mercado laboral a partir de la década de 2000, el aumento de los niveles de cualificación y, por tanto, la incorporación más tardía a la vida laboral, el crecimiento de la tasa de empleo femenino, el incremento de la esperanza de vida con buena salud y las sucesivas reformas de las pensiones.

No existe un consenso bien establecido entre los economistas sobre cuál de estos factores desempeña un papel más importante o decisivo. Sin embargo, los investigadores están de acuerdo en que las sucesivas reformas de las pensiones (1993, 2003, 2010, 2014) han tenido un impacto muy fuerte en el mantenimiento de las personas mayores en el trabajo, lo que explica el aumento gradual de la tasa de empleo.

Las sucesivas reformas de las pensiones han incidido en los parámetros de cálculo de las pensiones de jubilación de los trabajadores por cuenta ajena y los funcionarios. Así, la prolongación del periodo de cotización exigido para una pensión «a tipo completo» y el esta-

9 La legislación francesa impone un impuesto bastante prohibitivo (50 %) sobre el importe de las prestaciones de jubilación anticipada abonadas por las empresas a sus trabajadores de más edad que hayan aceptado rescindir su contrato de trabajo antes de la edad de jubilación.

blecimiento de un sistema de descuentos (penalizaciones) cuando los trabajadores se jubilan sin el periodo de cotización exigido, el aumento de la edad de jubilación, la supresión de los regímenes de jubilación anticipada subvencionados por el Estado o mediante el seguro de desempleo y las penalizaciones financieras para los «regímenes internos de jubilación anticipada». Los trabajadores franceses, muy conscientes de estos nuevos parámetros, se han visto obligados en gran medida a retrasar su salida del mercado laboral.

Esta observación sugiere un comentario. Por un lado, parece que lo que funciona es la coacción, es decir, la perspectiva de tener una pensión más baja si no se trabaja más tiempo. Se implanta así una especie de gestión por el miedo. Por otro lado, estas medidas que introducen las reformas paramétricas de las pensiones producen efectos muy desiguales. En general, son los directivos los que tienen más probabilidades o están en mayor disposición de seguir trabajando frente a los obreros.

III. RECONSIDERAR LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DE MÁS EDAD

No cabe duda de que el derecho al empleo, el derecho a la jubilación y las desigualdades sociales deben considerarse y concebirse conjuntamente, con respecto a la situación de las personas mayores en el mercado laboral.

3.1. El derecho al empleo de las personas mayores

Hemos visto que durante años en Francia los derechos de protección social (jubilación, protección por desempleo) fueron muy explotados por las políticas de empleo, con la idea de expulsar a las personas mayores del mercado laboral para dejar sitio a los más jóvenes. Es lo que se conoce como gestión «por edades» del mercado laboral.

Las medidas correctoras introducidas posteriormente vinieron predeterminadas por el problema de la viabilidad financiera de los sistemas de pensiones y, más ampliamente, por consideraciones económicas. El preámbulo del Accord National Interprofessionnel du 13 octobre 2005 *relatif à l'emploi des seniors* es elocuente a este respecto. Habla de la tasa de empleo, del desequilibrio demográfico que afecta al equilibrio de las pensiones, pero también de la correcta distribución de las competencias, del desequilibrio entre la oferta y la demanda en el mercado laboral y del riesgo para el crecimiento económico del país. Cabe preguntarse si pueden los juristas aquietarse ante esta concepción del derecho al trabajo de las personas mayores que, en una sociedad democrática, no debería reducirse a una categoría estadística o, antes bien, deben reintroducirse en el debate los principios de libertad y dignidad humana.

Hay que recordar que el derecho al trabajo es, ante todo, la expresión de la libertad del individuo para ganarse la vida mediante un trabajo libremente realizado. Sin embargo, la realización de esta libertad implica la protección del empleo y la acción de los poderes públicos para favorecer el acceso o la reinserción de las personas en el mercado laboral. Esta es la perspectiva desarrollada en particular por la Carta Social Europea del Consejo de Europa, que reconoce en la Parte I el derecho de toda persona a «ganarse la vida mediante un trabajo libre-

mente escogido» y define el derecho al trabajo en el art. 1 de la Parte II en los siguientes términos: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen:

(1) a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento del nivel más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo;

(2) a proteger de manera eficaz el derecho de los trabajadores a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido;

(3) a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores;

(4) a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas».

3.1.1. Protección laboral de los trabajadores de más edad

Desde el punto de vista jurídico, el objetivo es evitar el despido o la jubilación forzosa por parte del empresario. La legislación francesa se ha esforzado, en varias etapas, por prohibir la jubilación obligatoria de los trabajadores que alcanzan la edad de jubilación¹⁰. Esto se aplica a las empresas sujetas al Código del Trabajo. En la función pública se sigue aplicando la jubilación obligatoria.

La legislación laboral también ha introducido la norma de no discriminación por motivos de edad, que prohíbe cualquier despido por estos motivos. Esta última norma constituye un hito importante, tanto simbólica como formalmente. Sin embargo, existen algunas dudas sobre su alcance real. Hay muchas formas de «disfrazar» en realidad un despido basado en un motivo vinculado a la edad del trabajador y, aunque el sistema de prueba pretende ser favorable al demandante que se considera víctima de una discriminación, los litigios en este ámbito siguen siendo escasos y las resoluciones judiciales poco disuasorias¹¹. La Corte Suprema francesa también ha minimizado el alcance de la norma al dictaminar que el principio de no discriminación por razón de edad no constituye una libertad fundamental consagrada en el Preámbulo de la Constitución, lo que justificaría la no deducción de los ingresos de sustitución (prestaciones de desempleo) percibidos por el trabajador entre la resolución de su

10 La Ley de 30 de julio de 1987 sobre diversas medidas sociales prohíbe las «cláusulas guillotina» en los convenios colectivos (cláusulas que permiten la jubilación automática de los trabajadores a una edad determinada). También establece el marco jurídico de la jubilación a iniciativa del empresario, que sólo puede imponer dicha extinción al trabajador si ha alcanzado la edad legal de jubilación y tiene derecho a una pensión completa. Estas condiciones fueron posteriormente endurecidas por la legislación (2003-2010). Ahora, el empresario debe recabar primero el consentimiento del trabajador y sólo puede imponerle la rescisión si tiene derecho a una pensión completa y ha cumplido 70 años. En caso contrario, la rescisión del contrato de trabajo puede considerarse un despido discriminatorio.

11 Se ha observado que en Francia la discriminación por edad en el empleo se «tolera» mejor y se castiga menos que en otros países europeos. Cf. Anne-Marie GUILLEMARD, «Pourquoi l'âge est-il en France le premier facteur de discrimination dans l'emploi», *Retraite et société*, vol. 51, n.º 2, 2007, pp. 11-25.

contrato por la empresa y su readmisión ordenada judicialmente, si el despido se declara nulo en contra de esta prohibición. Para la Corte Suprema, tal despido considerado discriminatorio es nulo, pero las consecuencias de esta nulidad se atenúan. El empresario deberá abonar los salarios debidos al trabajador despedido improcedentemente entre el momento del despido y la reincorporación del trabajador a la empresa impuesta por el tribunal, deduciendo el importe de la prestación por desempleo percibida por el trabajador durante este período¹².

3.1.2. El acceso o la reinserción de las personas mayores en el mercado laboral

La legislación laboral prohíbe la discriminación por motivos de edad, también en el caso de los trabajadores mayores desempleados que buscan trabajo. El hecho es que resulta difícil demostrar la discriminación por motivos de edad en la contratación, a pesar de que la legislación francesa, en cumplimiento de la legislación europea, invierte la carga de la prueba, correspondiendo a la víctima de la discriminación aportar indicios.

Para ilustrar este punto, podemos mencionar aquí la decisión del Défenseur des Droits n.º 2021-290.

Una mujer de 57 años, la Sra. X, envió una candidatura espontánea para un puesto de trabajo en la empresa pública Y. La empresa le informó de que sería convocada a una entrevista de selección de candidatos, pero le pidieron por teléfono que indicara su fecha de nacimiento. En un intercambio de correos electrónicos, la Sra. X pidió que le confirmaran si efectivamente estaba obligada a indicar su fecha de nacimiento. Consideró que no estaba obligada a facilitar esta información y mantuvo su candidatura sin indicar su fecha de nacimiento. Finalmente, no fue invitada a la entrevista de selección.

La Sra. X remitió el asunto al Defensor de los Derechos Humanos, que llevó a cabo una investigación. Determinó que la Sra. X había sido víctima de discriminación por razón de edad. El caso se llevó ante el tribunal laboral (Conseil de Prud'hommes). El Defensor de los Derechos Humanos presentó sus observaciones ante el Tribunal. Sin embargo, el Tribunal desestimó las alegaciones de la Sra. X alegando que no había aportado pruebas comparativas de trato desigual (es decir, pruebas de que se había invitado a candidatos más jóvenes a la entrevista de selección). La Sra. X recurrió esta decisión y el Defensor de los Derechos Humanos intervino ante el Tribunal de Apelación, demostrando la existencia de discriminación indirecta en este caso. Insistió en el hecho de que el sistema de prueba no requiere necesariamente una comparación con otros trabajadores.

Sin embargo, en su sentencia de 2 de diciembre de 2022, el Tribunal de Apelación consideró que la empresa en cuestión nunca había tenido conocimiento de la edad de la empleada, por lo que no podía haberla discriminado por este motivo, y que tenía una razón legítima para conocer la fecha de nacimiento de los solicitantes, al tratarse de una empresa pública.

En cuanto a las políticas públicas destinadas a reinsertar a los trabajadores de más edad en el mercado laboral, se inspiran bastante claramente en la idea o el paradigma del Estado del bienestar activo. El gasto público se orienta a conseguir que la gente vuelva a trabajar

12 Tribunal Supremo (*Cour de Cassation, Chabre sociale*), 15 de noviembre de 2017, n.º 16-14. 281.

en lugar de pagar prestaciones sociales «pasivas» (desempleo, discapacidad, jubilación). Como hemos demostrado, estas políticas han dado por sí mismas pocos resultados. En cualquier caso, no han conseguido provocar una revolución en la percepción de las personas. Para las empresas, un trabajador mayor en paro es inempleable. Sin duda, esto se debe en parte a la falta de inversión en formación continua, sobre todo para los trabajadores menos cualificados¹³.

Por lo tanto, se puede afirmar que el derecho al empleo de los trabajadores de más edad no está suficientemente garantizado.

3.2. La edad de jubilación y la consideración de las desigualdades sociales

La reciente reforma de las pensiones introducida por la Ley de 14 de abril de 2023 prevé el aumento de la edad de jubilación de 62 a 64 años de aquí a 2030, así como la aceleración del calendario de la reforma anterior relativa a la duración de las cotizaciones necesarias para obtener una pensión de pleno derecho (se exigirán 43 años de cotización a partir de 2027). Estas medidas pretenden resucitar la capacidad del mercado laboral francés para mantener durante más tiempo en activo a los trabajadores mayores de 60 años. Incluso parece que algunos trabajadores de más edad que se benefician de formas de «jubilación anticipada interna» (planes de jubilación anticipada autofinanciados) y sus empleadores van a encontrarse en situaciones delicadas, ya que las modalidades de mantenimiento de los salarios hasta el momento de la jubilación fueron diseñadas por las empresas pensando en la edad de jubilación de 62 años.

Los debates sobre esta reforma han vuelto a poner en tela de juicio las cuestiones fundamentales en torno al trabajo, las condiciones laborales y la dureza del trabajo, que no es igual para todos. En efecto, las situaciones en el mercado laboral son muy heterogéneas, lo que debería llevarnos a cuestionar las concepciones o representaciones demasiado generales que tenemos de la jubilación y el envejecimiento. Hemos pasado bruscamente de un modelo de jubilación bastante temprana, basada en el derecho del trabajador al descanso y organizada colectivamente a un modelo de «envejecimiento activo» prácticamente obligatorio. Una norma justa deberá tener en cuenta las diferencias y desigualdades sociales, y la norma de jubilación deberá adaptarse en consecuencia.

IV. CONCLUSIONES

Las políticas activas aplicadas en Francia para promover el empleo de las personas mayores no han dado resultados muy convincentes. Ello pone de manifiesto la capacidad limitada

13 Los estudios estadísticos muestran que los trabajadores mayores de 45 años tienen menos acceso que los demás a la formación profesional. Esto se observa para los trabajadores con empleo, pero también para los desempleados, lo que plantea interrogantes sobre el papel del servicio público de empleo a este respecto (véase Senado - Comisión de Asuntos Sociales, «Reformas de las pensiones: el reto del final de las carreras profesionales», *Documento informativo*, n.º 749 (2018-2019).

de la ley para cambiar el comportamiento social en esta cuestión. La idea misma de una legislación especial para el empleo de las personas mayores parece ahora cuestionada, como demuestran algunos estudios¹⁴.

La perspectiva de una pensión de jubilación reducida si se deja el trabajo demasiado pronto ha llevado a cierta categoría de trabajadores a permanecer más tiempo en el empleo: los trabajadores cualificados, los «trabajadores de cuello blanco». En cambio, los obreros y los trabajadores expuestos a malas condiciones de trabajo siguen tendiendo a dejar el empleo prematuramente o a verse excluidos del mercado laboral. Las medidas de vuelta al trabajo son prácticamente ineficaces, sobre todo después de los 60 años.

El Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social se enfrentan, pues, a tres retos: mejorar las condiciones de trabajo, ajustar la edad de jubilación para tener en cuenta el carácter penoso del trabajo y trabajar por la no discriminación por motivos de edad.

A un nivel más amplio, es necesario favorecer la inclusión social, la participación social y la ciudadanía de los trabajadores de más edad. Para ello, hay que aclarar los fines y objetivos de las leyes que pretenden promover el empleo de los trabajadores de más edad. Debe tratar de devolverse la dignidad a las personas y no solo luchar contra el déficit público. El reciente debate francés sobre las pensiones revela que, para el gobierno, la lucha contra el déficit público sigue siendo el objetivo primordial. El riesgo, en Francia, es quedarse atrapado en un enfoque tecnocrático de los problemas sociales (rigor presupuestario para las pensiones/medidas activas en el mercado laboral) y, por tanto, en una visión puramente instrumental del Derecho.

14 Véase el citado informe de *France Stratégie*.

POLÍTICAS LABORALES EN ITALIA. COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA: INCENTIVOS PARA LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD, JÓVENES Y MUJERES

LABOR POLICIES IN ITALY. PRIORITY FOCUS GROUPS: INCENTIVES FOR THE HIRING OF WORKERS WITH DISABILITIES, YOUNG PEOPLE AND WOMEN

Giulia Bandelloni

Ricercatrice di diritto del lavoro presso l'Università di Genova, Italy
giulia.bandelloni@giuri.unige.it

Palabras clave: Políticas activas de empleo, incentivos al empleo, trabajadores con discapacidad, jóvenes, mujeres

Keywords: Active employment policies, employment incentives, workers with disabilities, young people, women

Resumen: El ensayo reconstruye los principales incentivos vinculados a las políticas laborales activas en Italia. El análisis parte de los incentivos más estructurales para llegar a los de más reciente implantación tras el PNRR. En particular, se centra la atención en los incentivos a la contratación de trabajadores con discapacidad, jóvenes y mujeres.

Abstract: The essay reconstructs the main incentives linked to active labor policies in Italy. The analysis starts from the more structural incentives to arrive at those more recently introduced following the PNRR. In particular, attention is focused on hiring incentives for workers with disabilities, young people and women.

I. REGULACIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN EN ITALIA

Actualmente en Italia el encuentro entre la oferta y la demanda de trabajo se deja a la libre regulación del mercado¹. De hecho, de conformidad con el art. 4 bis, párrafo 1, Decreto Legislativo n. 181/2000, el empleador es libre de elegir directamente al trabajador a contratar, a través de la contratación directa, salvo respecto de algunas categorías protegidas de trabajadores, de las que nos ocuparemos más adelante (infra § II). La libertad del empleador de seleccionar a la persona a contratar, le permite hacerlo de manera independiente o a través de la Red de servicios que gestionan políticas de empleo. Esta última posibilidad se rige por los artículos 1-17 del Decreto Legislativo n. 150/2015, que tiene por objeto prestar asistencia a los empresarios que así lo deseen para la búsqueda de personal. La finalidad de la Red es promover la efectividad del derecho al trabajo, a la formación y a la promoción profesional (previsto en los artículos 1, 4, 35 y 37 de la Constitución) y el derecho de toda persona a acceder a los servicios gratuitos de empleo a que se refiere el artículo 29 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comprende actuaciones y servicios destinados a mejorar la eficiencia del mercado laboral. A través de la actividad desarrollada por estructuras públicas y privadas, acreditadas o autorizadas, se pretende garantizar a los empleadores trabajadores que satisfagan sus necesidades de competencias y apoyar a los trabajadores en su integración o reinserción laboral.

1. Contratación subsidiada

Pese a la libertad de elección del empleador de las personas trabajadoras a contratar, la ley prevé desgravaciones fiscales e incentivos económicos para favorecer la creación de nuevas oportunidades de trabajo²; en particular, para la reintegración en el mercado laboral de algunas categorías desfavorecidas de trabajadores.

El legislador prevé ciertas condiciones para la concesión de incentivos. En particular, pueden beneficiarse de los mismos los empleadores que operen en cualquier sector, siempre que la nueva contratación no afecte a unidades productivas inmersas en procedimientos de suspensión de contratos por crisis o reorganización empresarial ni a trabajadores despedidos

1 No siempre ha sido así. De hecho, durante casi todo el siglo XX (desde 1928 con el Real Decreto Ley n.º 1003 hasta 1997 con el Decreto Legislativo n.º 469 que derogó el antiguo sistema de colocación laboral), imperó la concepción según la cual la colocación, o más bien la actividad de intermediación entre la oferta y la demanda de empleo, era una función gestionada por organismos públicos en régimen de monopolio. Esta limitación respondía a un doble objetivo. Por un lado, suprimir el fenómeno de la intermediación ilícita (la llamada contratación ilegal). Por otro lado, distribuir equitativamente las oportunidades laborales según las características profesionales y el estado de necesidad.

2 Todos los incentivos deben solicitarse por vía electrónica y si la ley establece un límite máximo de los recursos a destinar a la financiación del incentivo, este se abona normalmente siguiendo el orden cronológico de presentación de las solicitudes hasta agotar el fondo. Por regla general, se reconoce una bonificación en el pago de las cotizaciones a la seguridad social, por lo que no se paga una suma de dinero directamente al empleador, sino que se reduce la cuota de cotización adeudada.

por el mismo empleador en los seis meses anteriores. Para obtener la bonificación, también es necesario que esté vinculada a una contratación espontánea por parte del empleador y no a una contratación obligatoria (véase el § II a continuación, salvo la excepción mencionada al final del § II).. Además, el empleador debe cumplir con la legislación laboral. Debe respetar las condiciones de trabajo, la parte económica de los convenios colectivos, los derechos de preferencia³ y estar al corriente en el pago de las cotizaciones.

Si el empleador cumple con estas condiciones, podrá beneficiarse de incentivos en los siguientes supuestos:

1.- Para contratar trabajadores que reemplacen a trabajadores que disfruten de una licencia de maternidad, paternidad, parental o por enfermedad del hijo (artículo 4 del Decreto Legislativo n° 151/2001)⁴. La contratación debe realizarse, en este caso, mediante contrato de duración determinada o de un contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal⁵, de conformidad con la legislación vigente. El incentivo también cubre un período de acompañamiento, entre el trabajador a sustituir y el suplente, tanto antes de la ausencia como en el momento de la reincorporación del trabajador sustituido. A estos efectos, la contratación podrá realizarse hasta con un mes de antelación (o más, si el convenio colectivo prevé otra cosa) respecto del período de inicio de la licencia. Tienen derecho a la bonificación los empresarios con menos de 20 trabajadores que contraten a un trabajador para sustituir a trabajadores que disfruten de un permiso de maternidad, paternidad, parental o por enfermedad del hijo. El incentivo consiste en la reducción del 50 % de las cotizaciones al INAIL⁶. En caso de adopción o guarda, el incentivo puede aplicarse durante un año desde la entrada del menor en la unidad familiar.

Para obtener la bonificación, la empresa debe acreditar el mantenimiento del empleo y la contratación de empleados temporales para reemplazar a los trabajadores que disfrutaban de maternidad o permiso parental.

-
- 3 Antes de contratar a un nuevo trabajador, el empleador debe verificar si hay trabajadores en la empresa que gocen de un derecho de preferencia específico: 1) trabajadores ya empleados por él a tiempo parcial que quieran cambiar a tiempo completo, si el empleador desea contratar trabajadores a tiempo completo para la realización de actividades del mismo nivel y de la misma categoría jurídica. Cualquier conversión a tiempo completo debe ser comunicada por el empleador mediante el formulario Unilav dentro de los 5 días; 2) trabajadores que, en el pasado, hayan tenido un contrato a término fijo de más de 6 meses o en actividades de temporada, o que hayan sido despedidos por reducción de personal. El derecho de preferencia en este caso debe ser manifestado por el trabajador y tiene vigencia por los 12 meses siguientes a la terminación de la relación, para las mismas funciones.
 - 4 La concesión del beneficio es independiente de la correspondencia en el puesto a cubrir entre la condición de sustituto y la del trabajador al que se sustituye. Por tanto, es posible cubrir el puesto de la persona en situación de maternidad mediante los movimientos internos que la empresa considere más adecuados, con la posibilidad de realizar sucesivas sustituciones en cadena, de modo que el trabajador contratado cubra un puesto diferente.
 - 5 En este caso, el trabajador es contratado por la empresa de trabajo temporal, pero enviado por esta en misión a realizar la prestación laboral a la empresa usuaria con la que se concierta el contrato de puesta a disposición.
 - 6 Istituto Nazionale Assicurazione Infortuni sul Lavoro (Instituto Nacional de Seguros de Accidentes de Trabajo).

2.- Para contratar personas desempleadas⁷:

Los incentivos de cotización por la contratación de personas desempleadas varían según la edad, el sexo, la zona geográfica y la duración de la situación de desempleo del trabajador contratado.

A.- Para mayores de 50 años se prevé una bonificación en la cotización para la contratación indefinida o de duración determinada cuando lleven más de 12 meses en situación de desempleo. Consiste en una reducción del 50 % de las cotizaciones pagadas por el empleador durante 18 meses, si el contrato es indefinido, o en el caso de contrato a término fijo, durante 12 meses o la propia duración del contrato a término, si es menor.

B.- Para la contratación de mujeres de cualquier edad si han estado desempleadas durante al menos 6 meses, residen en zonas desfavorecidas y son contratadas para ejercer una actividad caracterizada por una marcada disparidad laboral de género (que excede del promedio entre hombres y mujeres en al menos un 25 %) o o no han desempeñado un trabajo regular remunerado durante más de 24 meses, dondequiera que residan.

En concreto, se prevé una bonificación del 100 % de la cotización con un límite máximo anual de 8.000 euros durante un periodo máximo de 18 meses, si la contratación es indefinida o se produce una transformación de contrato temporal en indefinido. En este último caso, sin embargo, el periodo de exención de cotización se reduce a 12 meses.

C.- Para la contratación de beneficiarios de NASPI⁸ a tiempo completo y por tiempo indefinido se reconoce también un incentivo económico a los empleadores. La medida también incluye a los trabajadores que, a pesar de haber presentado la solicitud, tienen derecho a la prestación, pero aún no la han percibido. Asimismo, el empleador puede acceder a este incentivo en caso de transformación en indefinido y a tiempo completo de una relación de duración determinada ya establecida con un empleado de Nاسpi (cuyo pago de la prestación haya sido suspendido como consecuencia de su relación laboral).

El incentivo consiste en una cotización equivalente al 20 % de la asignación mensual residual que se habría pagado al trabajador. Se abona en forma de cotización mensual únicamente por los períodos en que efectivamente se paga la cotización al trabajador. Si al trabajador se le paga el mes completo, el incentivo se genera en su totalidad. En caso de existir días no pagados, se deberá descontar el porcentaje correspondiente a estos días. La suma abonada a la empresa no puede exceder el monto de la remuneración pagada y la duración de la prestación no puede superar la que aún le correspondería al trabajador.

D.- Para la contratación indefinida, a tiempo completo o parcial, o a plazo fijo de beneficiarios de la renta de ciudadanía⁹ se concede una exención del pago de las cotizaciones sociales y asistenciales por parte del empleador y del trabajador. En caso de despido del

7 Para ser considerado desempleado es indispensable (de conformidad con el artículo 19 del Decreto Legislativo n° 150/2015) que la persona sin empleo se inscriba en las listas del Servicio de Empleo y declare su disponibilidad inmediata para realizar actividades laborales.

8 Prestación por desempleo, Decreto Legislativo n° 22/2015 y l. n° 234/2021.

9 La renta de ciudadanía es una cantidad que se da a quienes no están empleados. A partir de 2024 quedará suprimido.

ciudadano beneficiario de la renta en los 36 meses siguientes a la contratación, el empleador deberá devolver el incentivo recibido, incrementado por las sanciones civiles que correspondan, salvo que el despido sea por causa justificada.

3.- Para contratar trabajadores en CIGS - Fondo Extraordinario de Cesantías¹⁰ durante al menos 3 meses. La prestación consiste en una cotización mensual equivalente al 50 % del subsidio de movilidad que hubiera correspondido al trabajador, hasta un importe máximo de 4.030 € anuales. El incentivo tiene una duración máxima de 9 meses.

2. Nuevo programa GOL (Garanzia Occupabilità Lavoratori - Garantía de Empleabilidad de los Trabajadores)

A pesar de estos incentivos de empleo más estructurales, la alta tasa de desempleo sigue siendo un problema en Italia¹¹. Para tratar de solucionar el problema, en 2021 se lanzó el programa GOL¹². Este programa pretende facilitar la transición al empleo a través del fortalecimiento de las políticas activas de empleo y apoyar el proceso de reforma de los sistemas de seguridad social¹³. Constituye el eje de la recalificación de los servicios de políticas activas de empleo, planteadas en la Misión 5 del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR)¹⁴. El GOL es un programa transversal, dirigido a los trabajadores desempleados perceptores de la Renta de la Ciudadanía, Nاسpi o Dis-coll y a los beneficiarios de amortiguadores sociales con contratos indefinidos. Engloba colectivos diversos, que mantienen un empleo formal, se encuentran potencialmente en transición (los beneficiarios de Cigs), están desempleados sin apoyo de rentas (desempleados durante al menos seis meses, otros trabajadores con menos posibilidades de empleo como jóvenes y mujeres, aunque no en condiciones frágiles, trabajadores por cuenta propia que cesan en su actividad o en condiciones precarias), trabajadores en condiciones precarias (*working poor* - en particular trabajadores empleados que permanecen desempleados de conformidad con el artículo 4, párrafo 15 quáter, del Decreto Legislativo n° 4/2019)¹⁵ o sujetos ocupados en condición frágil (ninis, mujeres en desventaja social, trabajadores mayores de 55 años o con discapacidad).

La Garantía prevé un sistema para proporcionar a los usuarios medidas de políticas activas diversificadas en función del perfil de la persona en cuestión. Para acceder al servicio, el usuario tiene el primer contacto con los SPI (servizi per l'impiego - servicios de empleo) y consiste en el compromiso de disponibilidad inmediata para realizar actividades laborales y participar en las actuaciones de políticas activas de empleo acordadas con el servicio de empleo, de conformidad con arte. 19, párrafo 1, Decreto Legislativo n. 150/2015¹⁶. Esta dis-

10 El CIGS consiste en un subsidio de movilidad que se paga a los trabajadores en caso de crisis o reorganización de la empresa.

11 Según Istat el paro total registrado en los primeros meses de 2023 se sitúa en torno al 8 %, con picos en 2020 en torno al 10 % (<https://www.istat.it/it/archivio/285117#:~:text=Il%20tasso%20di%20disoccupazione%20totale,gli%20uomini%20e%20i%2015%2D49enni>).

12 Adoptado con d.m. del 5 de noviembre de 2021.

13 Artículo 1, párrafo 324, l. n.º 178/2020 (Ley de presupuesto 2021).

14 BoZZAO, P., «L'intermediazione del lavoro nel programma GOL», en *Lavoro e Diritto*, 2023, p. 259 ss.

15 FORLIVESI, M., «Le politiche del lavoro a sostegno delle grandi transizioni», en *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2021, p. 648.

16 DI CARLUCCIO, C. y ESPOSITO, M., «Attivazione, inclusione e condizionalità ai tempi del PNRR», en *Lavoro e Diritto*, 2023, p. 286.

ponibilidad es también el principal requisito para obtener la condición de desempleado¹⁷. El objetivo de la entrevista con el operador del servicio de empleo es elaborar el perfil funcional a la firma del contrato de servicios (artículo 20, párrafo 1)¹⁸. En particular, el contrato de servicios concreta las iniciativas encaminadas a promover una búsqueda activa de empleo y el calendario. Además, en el contrato de servicio, el usuario especifica su voluntad de participar en iniciativas de capacitación y, sobre todo, de aceptar ofertas de trabajo adecuadas (artículo 20, párrafo 3, Decreto Legislativo n° 150/2015)¹⁹. Con base en los resultados de la entrevista, el desocupado firma un contrato de servicios y es asignado a una de los cinco ejes del GOL.

De hecho, el GOL prevé cinco vías diferenciadas para promover la empleabilidad: la inserción laboral, diseñada para quienes son más fácilmente empleables, comprende actividades de formación ligera, actividades de orientación e intermediación; el curso de actualización (*upskilling*) prevé una formación de corta duración con un contenido profesionalizador para aquellos que sólo necesitan actualizar sus competencias; la recualificación (*reskilling*) está diseñada para aquellos que tienen que reconstruir su perfil profesional para encontrar un trabajo; el «trabajo e inclusión», se orienta a perfiles con desventajas sociales, requiere una actuación conjunta con los servicios educativos, sanitarios y sociales locales para superar obstáculos de diversa índole; finalmente, la «deslocalización colectiva» interviene frente a situaciones de crisis empresarial²⁰.

El programa GOL está orientado a la programación por resultados (el mecanismo de financiamiento del PNRR está parametrizado en relación al logro de objetivos) y tiene como objetivo homogeneizar los servicios en todo el territorio nacional, concentrando los recursos en los más vulnerables y personalizando las intervenciones. El objetivo es desarrollar habilidades analíticas para predecir las tendencias del mercado laboral y los nuevos requisitos de habilidades. Para lograr estos objetivos, se pretende establecer una cooperación entre los sistemas público y privado²¹.

Al 31 de marzo de 2023, el programa GOL tenía más de un millón de beneficiarios. Algo más del 50 % de los beneficiarios están incluidos en la ruta 1, que tiene como objetivo principal ayudar a reintegrarse en el mercado laboral. El porcentaje restante de beneficiarios se distribuye principalmente entre la vía 2, de actualización (26,3 %) y la vía 3, de recualificación (19,3 %). Solo el 3,6 % de los beneficiarios se han incluido en la ruta 4, que combina la ayuda en la búsqueda de empleo y la inclusión social. Es útil subrayar que el 55,5 % de los beneficiarios son mujeres; 26,1 % jóvenes y 18,1 % mayores de 55 años²².

La meta del GOL es conseguir involucrar hasta finales de 2025 a 3 millones de beneficiarios, de los cuales el 75 % son mujeres, personas desempleadas, menores de 30 años y mayores de 55 años. Debe especificar que con el GOL el desempleado beneficiario de presta-

17 SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», en *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2022, p. 745.

18 SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 749.

19 SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 754.

20 CAVALCA, G., «Le politiche del lavoro nel Pnrr: urgenza, ambizioni e rischi», en *Autonomie locali e servizi sociali*, 2022, p. 295; FORLIVESI, M., «Le politiche del lavoro a sostegno delle grandi transizioni», cit., p. 648.

21 FORLIVESI, M., «Le politiche del lavoro a sostegno delle grandi transizioni», cit., p. 648.

22 Seguimiento de notas GOL www.anpal.gov.it.

ciones por desempleo o ingresos de ciudadanía debe participar activamente en proyectos de orientación y formación, si no quiere perder el apoyo económico²³.

3. Condicionalidad

La «condicionalidad»²⁴ es el hilo conductor que une las políticas laborales activas con las pasivas²⁵, de protección económica frente a situaciones de desempleo. Ciertamente, tal exigencia no ha sido una novedad introducida con las medidas de implementación del PNRR, pues está presente desde hace tiempo en nuestro ordenamiento jurídico²⁶. Sin embargo, con el programa GOL, la condicionalidad pretende «cambiar de apariencia» y pasar de ser concebida como una medida «punitiva», a constituir un medio para potenciar la profesionalidad y empleabilidad del trabajador²⁷. Con la condicionalidad, se desea promover la idea de que el beneficiario de políticas de empleo activas y pasivas, al ser destinatario de una oferta personalizada de servicios, debe colaborar con el Estado para impulsar su reinserción al mundo del trabajo²⁸. En particular, como subraya la doctrina, la condicionalidad implica la reinserción social y laboral del individuo a través de un sistema de incentivos positivos y negativos, a través de la remodelación de derechos y obligaciones frente al Estado²⁹. En este sentido, por un lado, el Estado se compromete a ofrecer una serie de servicios y promover actuaciones pensadas para la persona, encaminadas a favorecer su inserción laboral y la obtención de una renta económica para los desempleados³⁰. Por otra parte, el destinatario se compromete a participar, a buscar activamente oportunidades de trabajo y a aceptar la oferta de trabajo adecuada que se le pueda ofrecer³¹. Por tanto, es importante definir qué se entiende por adecuación de la oferta de trabajo, porque nos permite desligar la condicionalidad de una lógica punitiva y acercarla a una lógica promocional del crecimiento profesional del beneficiario³².

De conformidad con el art. 25 del Decreto Legislativo n. 150/2015, la adecuación de la oferta se determina sobre la base de 4 principios: coherencia entre la oferta de trabajo y la

23 CAVALCA, G., «Le politiche del lavoro nel Pnrr: urgenza, ambizioni e rischi», cit., p. 296.

24 Artículo 21, párrafo 7, Decreto Legislativo n. 150/2015, modificado por el *Decreto Legislativo* n.º 185/2016.

25 Corazza, L., «Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)», en *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2013, p. 493; DI CARLUCCIO, C. y ESPOSITO, M., «Attivazione, inclusione e condizionalità ai tempi del PNRR», cit., p. 283.

26 SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 736; Varese, P.A., «La protezione sociale del lavoratore tra sostegni al reddito e politiche attive», en *Diritti lavoro Mercati*, 2014, p. 513.

27 Bozzao, P., «L'intermediazione del lavoro nel programma GOL», cit., p. 269.

28 GARBUO, C., «Politiche del lavoro e condizionalità», *Giappichelli*, Torino, 2021, p. 128. En el mismo sentido: Luciani, M., «Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro», en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2010, p. 637.

29 SARTORI, A., «Le reti nel mercato del lavoro: alcune esperienze europee», en GOTTARDI, D. y BAZZANI, T. (editado por), *Il coordinamento degli attori del mercato del lavoro*, ESI, Napoli, 2015, p. 101.

30 SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 737.

31 En opinión de SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 738, la condicionalidad se inscribe en una lógica de *do ut des*, o *do ut facias*. Este enfoque, en particular, tiene como objetivo prevenir el comportamiento oportunista de los destinatarios.

32 SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 757.

experiencia y competencias adquiridas por el desempleado; distancia del lugar de trabajo al domicilio del desempleado y tiempos de viaje en transporte público (en general, hasta 50 km de distancia del domicilio del trabajador y 80 minutos de duración del viaje en transporte público, aunque se incrementa si el trabajador ha estado desempleado durante al menos 12 meses a los 80 km de distancia y 100 minutos de desplazamiento en transporte público y se reduce, si no se puede llegar al lugar en transporte público, las distancias se consideran reducidas en un 30 %); duración del período de desempleo; importe de la remuneración de la oferta de trabajo que debe exceder de la prestación percibida en el último mes, al menos en un 20 %³³.

Otros parámetros fueron modulados en relación con la duración del período de desempleo, en aplicación del mismo art. 25 del Decreto Legislativo n. 150/2015, con cierto retraso por el Decreto del Ministerio de Trabajo del 10 de abril de 2018, n. 42. Se distinguen tres tramos, de 0 a 6 meses; de 6 a 12 meses; de más de 12 meses). En concreto, se exige a los desempleados de larga duración una mayor flexibilidad profesional y geográfica (art. 4, apartados 3-5; art. 6, apartados 1-2). En cambio, el tipo de contrato adecuado es independiente del período de desempleo. Puede ser un contrato indefinido o de duración determinada, siempre que no sea inferior a 3 meses, y a tiempo completo o parcial, siempre que la jornada laboral sea al menos igual al 80 % de la que se hacía anteriormente. Además, a los efectos de evaluar la adecuación de la oferta de trabajo, el salario no podrá ser inferior al salario mínimo establecido en los convenios colectivos estipulados por los sindicatos representativos de conformidad con el art. 51 del Decreto Legislativo n. 81/2015 (art. 5)³⁴.

La no aceptación de una oferta de trabajo adecuada conduce, en un primer momento, a la reducción de la prestación y, posteriormente, a la pérdida de la condición de desempleado³⁵. Además, en esta última hipótesis, el usuario deberá esperar dos meses para poder iniciar un nuevo registro (artículo 21, párrafos 7 y 9, Decreto Legislativo n° 150/2015)³⁶. La falta de comunicación del cambio en la situación de los ingresos u otra información relevante a efectos de la percepción de la prestación también conlleva la revocación o reducción de la prestación y es sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años³⁷.

En cuanto a la condicionalidad, se ha cuestionado si las disposiciones que la desarrollan entran dentro de los límites que permite el respeto a la persona humana y, en particular, si son legítimas las disposiciones legislativas que obligan a aceptar una oferta equitativa³⁸. No se

33 DI CARLUCCIO, C. y ESPOSITO, M., «Attivazione, inclusione e condizionalità ai tempi del PNRR», cit., p. 291; SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., pp. 757-758.

34 SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 759.

35 Si la oferta de trabajo no cumple con los parámetros para ser definida como congruente, la negativa puede considerarse justificada (SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 744).

36 SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 765, habla del «brazo armado» de la condicionalidad.

37 DI CARLUCCIO, C., ESPOSITO, M., «Attivazione, inclusione e condizionalità ai tempi del PNRR», cit., p. 297.

38 GARBUIO, C., «Politiche del lavoro e condizionalità», cit., p. 134.

puede ocultar que chocan, en esta situación el derecho³⁹ y el deber de trabajar y que la libre elección de profesión se opone a las necesidades financieras del Estado⁴⁰.

En la doctrina se ha subrayado que en la Constitución italiana se consagra que la República se funda en el trabajo, pero un trabajo que casa con el proyecto de vida de todos y realza su especificidad⁴¹. Incluso según el Tribunal Constitucional, el trabajo se configura como un derecho fundamental a la libertad de la persona humana, que se expresa en la elección y en la forma en que se realiza el trabajo⁴².

En este sentido, la doctrina espera un cambio en la condicionalidad que debe volverse cada vez más «antropocéntrica»⁴³, a fin de «humanizar el mercado»⁴⁴. Al mismo tiempo, el derecho al trabajo se concebiría en términos de *libertas* y no *necessitas* y se promovería la libertad y no la sujeción a la dominación⁴⁵.

II. PROTECCIONES ESPECIALES PARA CIERTAS CATEGORÍAS DE TRABAJADORES: DISCAPACITADOS Y COLOCACIÓN OBLIGATORIA

Se ha subrayado anteriormente que, en general, el empleador puede elegir libremente al trabajador a contratar. Sin embargo, algunas empresas, en función de sus características (que veremos), están obligadas a contratar cuotas de trabajadores merecedores de una protección especial (las denominadas cuotas de reserva).

La cuota de reserva de puestos de trabajo afecta principalmente a los trabajadores con discapacidad (Ley n. 68/1999 y artículos 1-13 del Decreto Legislativo n. 151/2015). Esta obli-

39 Artículo 4 de la Constitución.

40 TOPO, A., «Obbligo di lavorare e libertà di lavoro: quando lavorare è un dovere «sociale»», en BROLLO, M. y CESTER, C. y MENGHINI, L. (editado por), *Legalità e rapporti di lavoro: incentivi e sanzioni*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2016, p. 187. Además Mortati, C., «Il lavoro nella Costituzione», en *Diritto del Lavoro*, 1954, publicado de nuevo en GAETA, L. (editado por), COSTANTINO MORTATI e «Il lavoro nella Costituzione»: una rilettura, Giuffrè, Milano, 2005, p. 21, recuerda que el art. 4 de la Constitución vincula el deber de trabajar a la libre elección de cada uno de seguir sus propias inclinaciones.

41 GARBUO, C., «Politiche del lavoro e condizionalità», cit., p. 135. En el mismo sentido: ALAIMO, A., «Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati: i servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale», *Giappichelli*, Torino, 2009, p. 26.

42 Juicio Corte costituzionale n. 45/1965.

43 SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», cit., p. 757; GARBUO, C., «Politiche del lavoro e condizionalità», cit., p. 143.

44 GARBUO, C., «Politiche del lavoro e condizionalità», cit., p. 148.

45 PERULLI, A., «Per una filosofia politica del diritto del lavoro: neo-repubblicanesimo e libertà sociale», en *Lavoro e Diritto*, 2020, p. 776.

gación de reserva se aplica a las empresas con más de 15 empleados, excepto las empresas que trabajan en el sector de la construcción (en particular en las obras de construcción), el personal involucrado en el transporte aéreo y marítimo y la minería (en particular para las tareas a realizar bajo tierra)⁴⁶. Los empleadores que contratan personal en varias unidades operativas ubicadas en todo el país pueden destinar a un número de trabajadores discapacitados superior al umbral legal a una unidad de producción y compensar con otras unidades de producción.

El número de personas con discapacidad que es necesario contratar varía en función del número de trabajadores empleados por toda la empresa (no se hace referencia exclusivamente a la unidad de producción individual). Para determinar el umbral de trabajadores ocupados, se computan todos los trabajadores contratados en régimen de subordinación (si son a tiempo parcial, se computan por cuotas en función de las horas efectivamente trabajadas). Para las empresas que emplean de 15 a 35 empleados, existe la obligación de contratar a un trabajador con discapacidad; para las empresas que tienen entre 36 y 50 empleados, existe la obligación de contratar a dos trabajadores discapacitados; finalmente, para las empresas con más de 51 empleados existe la obligación de emplear trabajadores con discapacidad por una cuota igual al 7 %.

A los efectos de la regulación de la colocación obligatoria, se consideran personas con discapacidad: las personas en edad de trabajar con deficiencias físicas, psíquicas, sensoriales o intelectuales que supongan una reducción de la capacidad laboral superior al 45 %; ciegos o sordomudos; inválidos de guerra, civiles de guerra; trabajadores que hayan quedado incapacitados para el desempeño de sus funciones a causa de un accidente o enfermedad con origen fuera del trabajo con una reducción de la capacidad para el trabajo superior al 60 % o un accidente de trabajo o enfermedad profesional con una reducción de la capacidad para el trabajo superior al 33 %.

El empleador puede contratar trabajadores discapacitados fuera de los procedimientos de colocación obligatoria y solicitar que se incluyan en la cuota de reserva, siempre que tengan una invalidez civil superior al 60 % (o si es consecuencia de un accidente de trabajo superior al 33 %) y que se consideren capacitados para la tarea a la que están asignados. La obligación surge cuando la empresa supera el respectivo umbral de empleo. En concreto, en los 60 días siguientes a aquel en que se alcanzó el umbral de empleo, el empleador debe presentar una solicitud de empleo obligatoria ante las oficinas competentes.

La contratación de personas con discapacidad puede realizarse directamente por cuenta del empleador o mediante convenios. De esta última manera, el empleador puede cumplir la obligación de emplear a los discapacitados mediante la celebración de acuerdos especiales con las estructuras públicas competentes. La firma del convenio permite pactar tiempos y modalidades de contratación más flexibles. Puede existir otro tipo de convenio, en virtud del cual se autoriza a la persona con discapacidad, formalmente empleada por el empresario, a

46 Hay una exención parcial para el empleador que realiza una actividad agotadora, peligrosa o que tiene métodos particulares de desempeño que no son compatibles con las condiciones derivadas de la incapacidad (estas condiciones deben ser probadas por el empleador). El porcentaje máximo de exención es del 60 % de la cuota de reserva. A cambio, las empresas deberán abonar al Fondo Regional para el Empleo de Minusválidos una cuota de exención por cada trabajador desempleado de unos 40 € por todos los días laborables.

desarrollar su actividad dentro de una cooperativa social o con un profesional discapacitado dispuesto a acogerlo. A cambio, el empleador se compromete a garantizar a la organización de acogida órdenes de trabajo que permitan cobrar al trabajador.

Quedan excluidos de participar en los procedimientos de adjudicación de concesiones y contratos los empresarios que no presenten la certificación que acredite el cumplimiento de las normas que rigen el empleo de personas con discapacidad o que no autocertifiquen su cumplimiento.

Las sanciones previstas en caso de incumplimiento de esta obligación de contratación consisten en multas administrativas de aproximadamente 150 € diarios por cada persona con discapacidad que no sea contratada y el trabajador puede solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Recientemente, el art. 28 del Decreto Legislativo n. 48/2023 con el fin de potenciar y fomentar las capacidades profesionales de los jóvenes con discapacidad y su implicación directa en las distintas actividades productivas e iniciativas empresariales, también ha previsto una contribución para los empresarios por cada persona con discapacidad contratada con carácter permanente entre el 1 de agosto de 2022 y 31 de diciembre de 2023.

III. JÓVENES, VIEJOS Y NUEVOS INCENTIVOS

En Italia existen incentivos para la contratación de jóvenes desde hace algún tiempo (art. 1 l. n. 205/2017 y art. 1 l. n. 178/2020). En particular, los empresarios y no empresarios que contraten a jóvenes de hasta 35 años (hasta los treinta y seis años) con un contrato de trabajo indefinido distinto del de aprendizaje (que goce de autonomía propia a la que se refiere más adelante en § III.1)⁴⁷ tienen derecho, dentro de los límites de los recursos asignados, a una exención fiscal (la llamada exención para el empleo estable de jóvenes). No tienen derecho a ella si el trabajador está clasificado en la categoría de gerentes o si ha existido una relación laboral anterior por tiempo indefinido con el mismo empleador (salvo en el caso en que la relación anterior haya sido de aprendizaje o trabajo intermitente). Tampoco cuando la empresa haya procedido, en los 6 meses anteriores a la contratación, o proceda, en los 9 meses siguientes a la misma, a despidos por causas objetivas⁴⁸ o colectivas justificadas, respecto de puestos de trabajo de la misma categoría profesional que los referidos a la contratación y en la misma unidad de producción. El empleador puede beneficiarse del incentivo incluso si procede a la contratación en cumplimiento de una obligación, como, por ejemplo, la de trabajadores con discapacidad.

47 Es interesante resaltar que este incentivo sigue al trabajador, es decir, si la persona a quien se ha hecho uso parcial de la exención es posteriormente contratada en forma permanente por otro empleador, se le reconoce el beneficio a este último por el tiempo que resta para alcanzar la totalidad usar.

48 Razones objetivas pertenecientes a la esfera del empleador, es decir, la actividad productiva, la organización del trabajo y su funcionamiento regular (art. 3, Ley n° 604/1966).

También se incentiva la transformación en contrato indefinido de un contrato de duración determinada anterior. No se disfruta del beneficio si, tras un expediente de la inspección, se reclasifica el contrato de colaboración o trabajo por cuenta propia concertado como relación laboral.

El incentivo se extiende por un período máximo de 36 meses desde la fecha de contratación⁴⁹ y consiste en la exención del pago del 100 % del total de las cotizaciones a la seguridad social a cargo del empleador, hasta un límite máximo de 8.000 € anuales por trabajador contratado. En el caso de trabajo a tiempo parcial, el límite se reduce proporcionalmente.

Si el empleador despide al trabajador cuyo empleo le da derecho a la exención por causas objetivas justificadas, perderá el derecho y deberá reintegrar el importe que haya aplicado.

El artículo 27 del Decreto Legislativo n° 48/2023 introduce un nuevo incentivo ad hoc para los empresarios que contratarán en 2023 a jóvenes menores de 30 años que no estén trabajando y no estén incluidos en cursos de estudio o formación (los denominados «Nini» o «Neet»), siempre que estén inscritos en el Programa Operativo Nacional Iniciativa de Empleo Juvenil. El incentivo, con una vigencia de 12 meses y equivalente al 60 % del salario bruto mensual imponible para efectos de la seguridad social, se reconocerá para los contratos indefinidos y podrá combinarse con el incentivo para la contratación de jóvenes menores de 36 años y con otras exenciones o reducciones en las tarifas ya previstas por otras disposiciones. En este último caso, el incentivo «Neet» bajará al 20 % del salario bruto mensual, por cada joven contratado.

En cuanto al intento de estimular el empleo de los jóvenes, (de conformidad con el artículo 1 de la Ley n° 205/2017) los empleadores que contraten estudiantes con contratos indefinidos tienen derecho, dentro de los límites de los recursos asignados, a una bonificación en las cuotas de las cotizaciones a la seguridad social pagadas por la empresa hasta un límite máximo de 3.000 € anuales por trabajador contratado. El incentivo no puede combinarse con otras exenciones o reducciones en las contribuciones y no se aplica a las relaciones de trabajo doméstico o de aprendizaje. La bonificación se concede a los empresarios que contraten dentro de los seis meses siguientes a la adquisición del título, a estudiantes que hayan realizado alternancia de actividades escolares, laborales o periodos de aprendizaje para la adquisición del título profesional con el mismo empresario.

También se incentiva la contratación de indefinida de jóvenes de hasta 35 años que sean padres o tutores de menores, ocupados anteriormente con un contrato «precario». A estos efectos, se consideran «precarios» el contrato de duración determinada y el contrato autónomo económicamente dependiente.

Se incentiva tanto la contratación con carácter indefinido (a tiempo completo o parcial) como la transformación en contrato indefinido y que al momento de la contratación se encuentre inscrito en el base de datos para el empleo de padres jóvenes.

49 La exención de cotización se amplía a 48 meses a los empresarios que contraten en centros de producción ubicados en el sur de Italia (Abruzos, Molise, Campania, Basilicata, Sicilia, Puglia, Calabria y Cerdeña).

El beneficio a favor de la empresa es de 5.000 € por cada contratación con un límite de 5 contrataciones por única empresa. El incentivo se reconoce en cuotas mensuales que no superen el salario devengado del trabajador y puede combinarse con otros incentivos.

1. La disciplina del aprendizaje

Entre las medidas de política activa dirigidas al empleo de los jóvenes, se pueden mencionar los contratos de aprendizaje⁵⁰. Es un contrato de trabajo indefinido que tiene como objetivo la formación y el fomento del empleo de los jóvenes⁵¹.

En el ordenamiento jurídico italiano existen cuatro tipos de aprendizaje. El primero es el aprendizaje para la adquisición de una titulación o un título profesional o de educación secundaria superior, destinado a jóvenes de entre 15 y 25 años sin titulación. Por las horas de formación realizadas en la institución formadora, el empleador no tiene obligación de pago. Por el contrario, por las horas de formación que el empleador está obligado a realizar, se paga al trabajador un salario equivalente al 10 % del que le correspondería.

El segundo es el aprendizaje profesionalizador, dirigido a jóvenes de entre 18 y 29 años que quieran adquirir una cualificación contractual. La duración del período de aprendizaje no puede exceder de tres años o, en el contexto de profesiones relacionadas con la artesanía, de cinco. En este caso, la formación externa a la empresa deberá tener una duración de 120 horas repartidas en 3 años y deberá tener por objeto la adquisición de competencias básicas y transversales. No podrá ser contratado con un contrato de aprendizaje colectivo el trabajador que ya haya realizado las mismas tareas bajo otro contrato con el mismo patrón o si el trabajador ya ha tenido un contrato de aprendizaje por una duración superior a la mitad de la estipulada en el contrato⁵².

El tercero es el aprendizaje de educación superior e investigación, para la obtención de títulos universitarios y de educación superior entre los 18 y los 29 años, que puede combinarse con programas de grado, doctorado o aprendizaje profesional. Por las horas de formación

50 Se trata de un contrato de causa mixta ya que en un mismo contrato coexisten dos perfiles, por un lado una relación laboral ordinaria por tiempo indefinido y por otro una relación formativa por tiempo determinado. A cambio de la obligación laboral del trabajador, el empleador se compromete a pagar salarios y capacitación. El Programa de Formación Individual es, de hecho, un elemento esencial del contrato. El curso de capacitación debe estar contenido en detalle en el PFI y este documento constituye la referencia principal a los efectos de evaluar la corrección de las obligaciones del empleador. Debe ser organizado por el instituto de formación excepto en el caso de aprendizaje profesional que debe ser organizado por el empleador y tramitarse dentro de los 30 días siguientes a la firma del contrato. Según el arte. 47, si el empleador incumple las obligaciones de formación, está obligado a pagar la diferencia entre la cotización abonada y la que le correspondería en relación con el nivel de clasificación contractual superior que habría alcanzado el trabajador al final del período de aprendizaje, con la adición de un recargo del 100 %.

51 El artículo 41 del Decreto Legislativo n. 81/2015.

52 El artículo 44 del Decreto Legislativo n. 81/2015.

realizadas en la institución formadora, el empleador no tiene obligación de pago. Por las horas de formación realizadas por el empleador, se debe al trabajador un salario equivalente al 10 % de lo que le correspondería⁵³.

La inclusión del aprendizaje en las medidas de política activa de empleo surge sobre todo en las disposiciones del artículo 47, párrafo 4, Decreto Legislativo n. 81/2015. El art. 47 establece que a los efectos de su cualificación o reciclaje profesional, es posible contratar trabajadores beneficiarios de subsidios de movilidad o prestaciones por desempleo en prácticas profesionales. En este caso, el empleador tiene derecho a un incentivo económico equivalente al 50 % del subsidio de movilidad adeudado al trabajador contratado

El incentivo para los empleadores afecta al salario y la cotización. En cuanto a la remuneración, existe la posibilidad de que el empleador pague a los aprendices una tarifa inferior⁵⁴ a la que reciben los trabajadores clasificados en el mismo nivel o pague un salario hasta dos niveles inferior al debido a los trabajadores asignados al mismo trabajo.

Las cotizaciones, por su parte, se reducen al 10 % de la tasa de cotización ordinaria del empleador. Para favorecer la estabilización de los trabajadores contratados bajo contratos de aprendizaje, el legislador dispone que estos beneficios se mantengan durante un año después de la estabilización.

2. Pasantías

Las prácticas son un ciclo formativo de alternancia entre el estudio y el trabajo, destinado a la orientación y formación profesional de los jóvenes y a mejorar la concordancia entre la oferta y la demanda de trabajo⁵⁵. La pasantía puede ser curricular (si es funcional para el logro de una cualificación formalmente reconocida)⁵⁶ o extracurricular. Para estos últimos, se prevé un acuerdo para la definición de pautas compartidas entre el Gobierno y las regiones en base a varios criterios, como, desde el punto de vista de las políticas activas, la previsión de una limitación en la activación de nuevas prácticas si no sigue una contratación de aprendices al final del período de prácticas. Esta disposición tiene por objeto evitar un uso distorsionado del instituto⁵⁷. En este sentido, cabe destacar que las prácticas no son una relación laboral, sino que deben utilizarse para facilitar la integración de los jóvenes en el mundo laboral⁵⁸. Si las prácticas se realizan de forma fraudulenta, la entidad de acogida es sancionada con una multa de 50 euros por cada becario implicado y por cada día de prácticas, sin perjuicio de la posibilidad, a instancia del becario, de reconocer la existencia de una relación laboral por el juez⁵⁹.

53 El artículo 45 del Decreto Legislativo n. 81/2015.

54 Según un porcentaje establecido por los convenios colectivos.

55 Ver también Directrices v. Nota INL 21 de marzo de 2022, n. 530.

56 Artículo 1, párrafo 720, Ley 30 de diciembre de 2021, n. 234.

57 Artículo 1, párrafo 721, Ley 30 de diciembre de 2021, n. 234.

58 De conformidad con el art. 1, párrafo 724, Ley 30 de diciembre de 2021, n. 234, también al comienzo de la pasantía, como para un empleado, la organización de acogida debe hacer una comunicación obligatoria a los organismos públicos. Y la entidad de acogida (art. 1, párrafo 725, Ley 30 de diciembre de 2021, n. 234) está obligada, frente a los aprendices (como frente a cualquier trabajador por cuenta ajena), por su cuenta y cargo, a respetar plenamente las normas de seguridad y salud.

59 Artículo 1, párrafo 723, Ley 30 de diciembre de 2021, n. 234

IV. PNRR Y UNA NUEVA PERSPECTIVA DE GÉNERO (CERTIFICACIÓN DE IGUALDAD DE GÉNERO Y EMPRENDIMIENTO FEMENINO)

En Italia, los datos sobre el empleo femenino ciertamente no son alentadores. De hecho, la tasa de empleo de las mujeres es del 43,6 % frente a una media europea del 54,1 % y la brecha aumenta aún más en el caso de mujeres con hijos⁶⁰. Una diferencia mucho más marcada que la de los hombres, donde la diferencia entre Italia (60,3 %) y el resto de países de la UE (64,7 %) es de tan solo cuatro puntos porcentuales.

Uno de los objetivos del PNRR es aumentar el empleo femenino en un promedio del 4 % en toda Italia y del 5,5 % en el Sur⁶¹. En particular, los instrumentos implementados son la certificación de igualdad de género y el fondo para el emprendimiento.

La certificación de la igualdad de género se introdujo con el art. 46 bis⁶² del Decreto Legislativo n. 198/2006 (denominado Código de Igualdad de Oportunidades). El objetivo de este último es certificar las medidas puestas en marcha por los empresarios para reducir la desigualdad de género en relación con la posibilidad de hacer carrera en la empresa, igual salario para iguales funciones y la protección de la licencia por maternidad⁶³.

A estos efectos, los parámetros mínimos para la obtención de la certificación son los establecidos en la práctica de referencia UNI 125:2022. Este último, denominado Directrices sobre el sistema de gestión para la igualdad de género, prevé la adopción de KPI (Key Performance Indicators) específicos, divididos en seis áreas y que contemplan una serie de variables relacionadas con la igualdad de género. Las seis áreas a analizar son: cultura y estrategia; gobernanza; procesos de Recursos Humanos; oportunidades de crecimiento e inclusión de la mujer en la empresa; paridad salarial por género; la protección de la paternidad y la conciliación de la vida laboral y familiar.

La Práctica UNI 125:2022, sobre la base de los indicadores, asigna puntuaciones de acuerdo con la presencia de procedimientos empresariales e intervenciones de capacitación para contrarrestar los estereotipos de género⁶⁴; el desarrollo de objetivos de igualdad en el gobierno corporativo⁶⁵; políticas de oportunidad de carrera que tengan en cuenta la igualdad de género⁶⁶; regreso al trabajo después de la licencia de maternidad; de políticas dirigidas a

60 <https://www.confcommercio.it/-/comunicato-67-2023-occupazione-femminile>

61 CAVALCA, G., «Le politiche del lavoro nel Pnrr: urgenza, ambizioni e rischi», cit., p. 302.

62 Introducido por la Ley nº 162 de 5 de noviembre de 2021.

63 ZAPPALÀ, L., «La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali», en *Lavoro Diritti Europa*, 2022, p. 10.

64 Indicadores del área «Cultura y estrategia», punto 5.2.

65 Indicadores del área «Gobernanza», punto 5.3.

66 Indicadores del área «Oportunidades de crecimiento e inclusión de la mujer en la empresa», punto 5.5.

prevenir episodios de acoso o *mobbing*⁶⁷; de procesos que favorezcan la igualdad salarial entre los distintos géneros por igual trabajo⁶⁸; la presencia de políticas corporativas que faciliten la conciliación de la vida personal y laboral⁶⁹.

Al atribuir la certificación, la Práctica distingue a las empresas en cuatro grupos diferentes, organizados en función del tamaño: microempresas (que emplean entre 1 y 9 empleados), pequeñas empresas (que emplean entre 10 y 49 empleados), medianas empresas (que emplean entre 50 y 249 empleados), grandes empresas (que emplean a más de 250). De esta manera la certificación se calibra sobre el tamaño de la empresa⁷⁰.

La lógica que promueve la certificación de la igualdad de género es gratificante. En este sentido, el art. 5, párrafo 1 y 2, de la Ley n.º 162 de 2021 preveía para las empresas en posesión de la certificación una bonificación de cotización no superior al 1 % del total de cotizaciones a la seguridad social dentro del límite de 50.000 euros anuales; la atribución de una puntuación de recompensa en la evaluación de la atribución de fondos europeos (párrafo 3)⁷¹; prioridad en la adjudicación de contrato público (artículos 93, párrafo 7, y 95, párrafo 13, decreto legislativo n. 50 de 2016 modificado por el art. 34, del decreto legislativo 30 de abril de 2022, n. 36, convertido con algunas modificaciones por Ley 29 junio 2022, n. 79)⁷².

Por el momento, la certificación de género no se ha introducido como una obligación para las empresas, sino que es una regulación de *soft law*, con una lógica de incentivos/premios⁷³.

El Fondo Impresa Donna es un incentivo nacional para apoyar la creación y desarrollo de empresas de mujeres. Los recursos del Fondo Impresa Donna se concretan en: aportes no reembolsables para la puesta en marcha de empresas de mujeres; préstamos sin interés o subsidiados; cursos de asistencia en marketing y comunicación; inversiones en el capital de pequeñas y medianas empresas innovadoras que operan en sectores estratégicos nacionales.

El Fondo Impresa Donna está destinado a cuatro categorías de beneficiarios: cooperativas y sociedades con al menos un 60 % de socias mujeres (siempre que los representantes legales o directores nunca hayan sido condenados con sentencia firme por delitos que constituyan causa de exclusión de la contratación); sociedad de capital social con acciones y miembros del Consejo de Administración de al menos dos tercios de mujeres (también en este caso siempre que no exista condena firme por delitos de exclusión de la contratación pública); las empresas

67 Indicadores del área «Procesos de Recursos Humanos», punto 5.4.

68 Área de indicadores «Equidad retributiva por género», punto 5.6.

69 Indicadores del área «Protección de la paternidad y conciliación», punto 5.7. Sobre indicadores: ZAPPALÀ, L., «La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali», cit., p. 11.

70 Garofalo, D., «Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR», en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2022, p. 132.

71 ZAPPALÀ, L., «La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali», cit., p. 12.

72 ZAPPALÀ, L., «La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali», cit., pp. 12-13.

73 CAVALCA, G., «Le politiche del lavoro nel Pnrr: urgenza, ambizioni e rischi», cit., p. 303. En este sentido, el mecanismo es similar al del nudge o «empuje suave». Ver sobre el tema: THALER, R. H. y SUNSTEIN, C.R., «Nudge. La spinta gentile», *Feltrinelli*, Bologna, 2014.

unipersonales cuyo titular sea mujer y que no haya sido condenada por delitos que constituyan causa de exclusión de los contratos; trabajadores por cuenta propia que abran el CIF dentro de los 60 días siguientes a la comunicación positiva de la valoración de la solicitud⁷⁴.

Pueden acceder al incentivo las empresas que produzcan bienes en los sectores de la industria, la artesanía y la transformación de productos agrícolas, la prestación de servicios, el comercio y el turismo. Por otro lado, quedan excluidas del préstamo las empresas que operen en sectores relacionados con la producción primaria de productos agrícolas, pesqueros, acuícolas y forestales. Los gastos que pueden soportarse a través de los préstamos vinculados al fondo se relacionan con activos fijos tangibles (maquinaria, planta, equipo, obras), reestructuración, activos fijos intangibles (software, patentes, licencias, marcas) y contratación de empleados. El fondo, para junio de 2026, tiene como objetivo financiar 2400 empresas⁷⁵.

V. POLÍTICAS LABORALES ACTIVAS Y TRABAJO DE CAPACITACIÓN CONSTANTE: PLAN NACIONAL DE NUEVAS HABILIDADES (PIANO NAZIONALE NUOVE COMPETENZE - PNNC)

En conclusión, destaca un cambio de rumbo del ordenamiento jurídico a través de la introducción de políticas activas. El reconocimiento del cambio en el mercado laboral y de la necesidad de actualización de los conocimientos y habilidades que los trabajadores deben poseer para seguir siendo atractivos en el mercado laboral ha implicado un cambio de orientación de las políticas activas en Italia. No solo para permitir que los desempleados obtengan rentas económicas durante las transiciones al empleo y para ayudarles a encontrar un nuevo trabajo, sino también en el sentido de ofrecer oportunidades de actualización y reciclaje profesional mientras se mantiene una relación laboral. En este sentido, se creó el Plan Nacional de Nuevas Competencias como una herramienta de formación dirigida a los ocupados para fomentar el aumento de la productividad y la inversión en tecnología por parte de las empresas, adaptando los conocimientos y competencias de los trabajadores a la innovación organizativa⁷⁶. El Plan está dirigido a potenciar la oferta de formación profesional y, por tanto, las oportunidades de mejora del grado de empleabilidad de los trabajadores y, en especial, de aquellos caracterizados por un bajo nivel de cualificación o su obsolescencia. La inversión en las competencias profesionales de los trabajadores (tanto en términos de *upskilling* como de recualificación), además de ser un objetivo primordial de la Unión Europea, debe considerarse una intervención imprescindible para la mejora de nuestro mercado laboral⁷⁷. La interrelación de los servicios de empleo y las actividades de formación parece, por tanto, fundamental para reducir la tasa de desempleo.

74 <https://www.mimit.gov.it/it/incentivi/fondo-a-sostegno-dell-impresa-femminile>

75 CAVALCA, G., «Le politiche del lavoro nel Pnrr: urgenza, ambizioni e rischi», cit., p. 302.

76 CAVALCA, G., «Le politiche del lavoro nel Pnrr: urgenza, ambizioni e rischi», cit., p. 299.

77 FORLIVESI, M., «Le politiche del lavoro a sostegno delle grandi transizioni», cit., p. 653.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALAIMO, A., «Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati: i servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale», *Giappichelli*, Torino, 2009.
- BOZZAO, P., «L'intermediazione del lavoro nel programma GOL», en *Lavoro e Diritto*, 2023, p. 259 y ss.
- CAVALCA, G., «Le politiche del lavoro nel Pnrr: urgenza, ambizioni e rischi», en *Autonomie locali e servizi sociali*, 2022, p. 291 y ss.
- CORAZZA, L., «Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)», en *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2013, p. 493 y ss.
- DI CARLUCCIO, C. y ESPOSITO, M., «Attivazione, inclusione e condizionalità ai tempi del PNRR», en *Lavoro e Diritto*, 2023, p. 279 y ss.
- FORLIVESI, M., «Le politiche del lavoro a sostegno delle grandi transizioni», en *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2021, p. 621 y ss.
- GARBUIO, C., «Politiche del lavoro e condizionalità», *Giappichelli*, Torino, 2021.
- GAROFALO, D., «Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR», en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2022, p. 114 y ss.
- LUCIANI, M., «Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro», en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2010, p. 637 y ss.
- MORTATI, C., «Il lavoro nella Costituzione, in *Diritto del Lavoro*», 1954, publicado de nuevo en GAETA, L. (editado por), *Costantino Mortati e «Il lavoro nella Costituzione»: una rilettura*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 21 y ss.
- PERULLI, A., «Per una filosofia politica del diritto del lavoro: neo-repubblicanesimo e libertà sociale», en *Lavoro e Diritto*, 2020, p. 776 y ss.
- SARTORI, A., «La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato», en *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2022, p. 735 y ss.
- SARTORI, A., «Le reti nel mercato del lavoro: alcune esperienze europee», en GOTTARDI, D. y BAZZANI, T. (editado por), *Il coordinamento degli attori del mercato del lavoro*, ESI, Napoli, 2015, p. 101 y ss.
- THALER, R. H. y SUNSTEIN, C.R., «Nudge. La spinta gentile», *Feltrinelli*, Bologna, 2014.
- TOPO, A., «Obbligo di lavorare e libertà di lavoro: quando lavorare è un dovere «sociale»», in BROLLO, M. y CESTER, C. y MENGHINI, L. (editado por), *Legalità e rapporti di lavoro: incentivi e sanzioni*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2016, p. 187 y ss.

VARESÌ, P. A., «La protezione sociale del lavoratore tra sostegni al reddito e politiche attive», en *Diritti lavoro Mercati*, 2014, p. 513 y ss.

ZAPPALÀ, L., «La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali», en *Lavoro Diritti Europa*, 2022, p. 1 y ss.



Proyecto: «Adaptación y mantenimiento del empleo en el nuevo ecosistema productivo» (PID2021-124395OB-I00)

