

NORMAS Y POLÍTICAS EN LA GESTIÓN DEL EMPLEO

LAWS AND POLICIES IN EMPLOYMENT MANAGEMENT

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

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

ÍNDICE

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

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

1.1. La transversalidad de la intervención de los poderes públicos

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

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

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

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

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

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

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

² Art. 2.2 Ley de Empleo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. El ámbito institucional de intervención

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

de vertientes, determina que la actuación en este terreno se desarrolle en niveles y ámbito diversos. Y ello, por efecto derivado, desemboca en una voluntad de intervenir por parte del conjunto de los poderes públicos hoy en día presentes en nuestro territorio. Todos ellos, con perspectiva de ordinario complementaria, convergen en el diseño e implementación de las políticas de empleo: se desarrolla, en primer lugar, por parte de las instituciones de la Unión Europea en el marco tanto de la coordinación de la política de empleo como de su política social, en los términos ya anticipados; se implementa a través de la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de legislación laboral a través de la cual aprueba toda la normativa en materia de empleo; se complementa vía la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de la ejecución legislación laboral, que incluye todo lo relativo a la intervención de la Administración laboral en materia de empleo, tal como lo interpreta nuestra jurisprudencia constitucional³; incluso, dentro del amplísimo ámbito de actuación competencial propio de las entidades locales, estas Administraciones Públicas también desarrollan en su ámbito territorial específicas típicas políticas de fomento del empleo.

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

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

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

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

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

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

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

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

Baste a tal efecto tener presente el arraigado desarrollo de medidas de fomento de empleo, general o selectiva, por medio de las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social: en la medida en que el Estado conserva la competencia exclusiva en materia de régimen económico de la Seguridad Social, gestionando tanto desde la vertiente normativa como desde la sucesiva de ejecución de todo lo relativo a la cotización a la Seguridad Social, tiene en sus manos este importante instrumento para establecer el canal más importante de incentivos económicos al empleo por vía de las mencionadas bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social. Baste con remitirnos, en primer lugar, al importante paquete de medidas en materia de incentivos a la contratación aprobado por el Gobierno de la nación⁴. Sólo en términos cuantitativos, lo destinado al fomento del empleo vía bonificaciones en las cotizaciones sociales comporta, con seguridad, cantidades muy superiores a las gestionadas por las Comunidades Autónomas a través de sus ayudas económicas directas al fomento del empleo.

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

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

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

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

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

Más allá de lo anterior, desde la perspectiva interna lo relevante es que en España el protagonismo en las políticas de empleo en lo que afecta a los flujos migratorios corresponde igualmente al Estado. Ante todo, la competencia legislativa en materia de derechos y libertades de los extranjeros actualmente regulada, a través de una Ley orgánica que establece un régimen común para todo el mercado de trabajo español. Y, precisamente, dicha ley orgánica contempla los supuestos y condiciones en los que se debe conceder el permiso de trabajo, así como el permiso de residencia vinculado al mismo, permiso este último que siempre y en todo caso corresponde conceder al Estado. Por lo que se refiere al permiso de trabajo, con carácter general, el mismo también lo gestiona la Administración General del Estado, salvo en el caso de Cataluña, que se encuentra reconocido en su Estatuto de Autonomía y materialmente transferida la competencia a esta Comunidad Autónoma⁵. Se trata de una competencia reconocida en su Estatuto de Autonomía de 2006, transferida materialmente desde 2009 y avalada en su constitucionalidad por la sentencia de propio Tribunal Constitucional⁶. También Andalucía lo tiene formalmente reconocido en su correspondiente Estatuto de Autonomía, si bien la Administración autonómica en este caso no ha llegado a reclamar para sí la transferencia de la gestión de esta competencia en términos materiales⁷. En todo caso, respecto del caso singular de Cataluña deben destacarse los siguientes elementos: el otorgamiento del permiso de trabajo se encuentra

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Basta con mencionar algunas de las actuaciones más emblemáticas a estos efectos por parte de las instituciones europeas: la Directiva que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al extender la prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo a la actividad por cuenta propia, que, recientemente, una sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha validado su respeto a los Tratados, incluso con una lectura ampliatoria de lo literalmente previsto por la Directiva⁹; la consideración de una serie de supuestos respecto de los cuales se entiende que desarrollar procesos de negociación colectiva entre trabajadores autónomos vulnerables sin asalariados puede ser plenamente

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

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

compatible con el derecho de la competencia¹⁰; la Directiva relativa a derechos de autor y afines reconoce el derecho a una remuneración adecuada y proporcionada a los artistas y ejecutantes que ejerzan su actividad como autónomos; aunque se trata de una regla transpuesta con pereza a nuestro ordenamiento interno¹¹; el Reglamento sobre protección de datos, con garantía de un amplio universos de sujetos, entre los que cabe incluir a los trabajadores autónomos¹²; la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, es decir relativa a la protección del denunciante de actos de corrupción, que igualmente se extiende en particular a cuantos por su proximidad puedan acceder al conocimiento de estos actos por su condición de trabajadores, sean asalariados o autónomos¹³; el reciente Reglamento europeo sobre inteligencia artificial, que si bien tiene apelaciones exclusivas a los trabajadores subordinados y a sus representantes, también contiene referencias expresas al acceso al mercado de trabajo por parte de los trabajadores autónomos y, en general, la noción de sujetos afectados por el despliegue de la inteligencia artificial tutela también a los autónomos¹⁴; la propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas, que, aparte de intentar deslindar los supuestos de empleos asalariados y autónomos en este campo, contiene algunas reglas que resultan de aplicación también a quienes realicen su trabajo como auténticos autónomos, especialmente en materia de protección de datos y de información sobre la situación de estos trabajadores.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de empleo en el ámbito del trabajo autónomo viene asumido por Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, a pesar de que, expresamente, se apele sistemáticamente a la promoción de la “actividad emprendedora”, sin mención literal al trabajo autónomo¹⁵. A resultas de ello, de manera implícita, se sobreentiende que el objeto central de la actividad del paralelo Servicio Andaluz de Empleo se centra en las políticas relacionadas con la colocación y el empleo del trabajo subordinado.

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

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

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

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

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

2.1. La gestión de los flujos migratorios

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las permanentes e intensas innovaciones tecnológicas, hoy en día centradas en los procesos de digitalización y, en particular, en el despliegue de la inteligencia artificial, constituyen uno de los elementos que están impactando con mayor intensidad en las prácticas públicas y privadas que actúan sobre el Derecho del empleo. Una vez más, un cambio trascendental en el ámbito de lo tecnológico que incide decididamente sobre todas las relaciones sociales, resulta el proceso de colocación uno de los ámbitos donde ha penetrado con mayor rapidez y profundidad la digitalización y, en particular, la inteligencia artificial. Desde ese frente, el legislador y la propia Administración pública no se han quedado parados, sino que han intentado canalizar y controlar los procesos de digitalización y de despliegue de la inteligencia artificial, especialmente para evitar que ello repercuta negativamente sobre la garantía de los valores que se encuentran tras el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. En este ámbito sobresale, en particular, la preocupación por la invasión indebida que se puede producir de la intimidad personal por el uso del procesamiento indiscriminado en masa de la enorme información que circula a través de muy diversos canales y, en conexión con ello, la siempre necesaria atención que se debe prestar a los sesgos discriminatorios que pueden producirse con la digitalización y con la inteligencia artificial. La normativa más relevante a estos efectos se sitúa en el Reglamento europeo sobre protección de datos¹⁶, con el complemento de la propia normativa nacional¹⁷, en el Reglamento europeo sobre inteligencia artificial¹⁸, así como en la propia Ley de Empleo española¹⁹. A pesar del indiscutible valor de las intervenciones normativas y de políticas públicas que se producen en relación con estos fenómenos, tampoco se puede desconocer que la velocidad de los cambios y las dificultades de captar sus posibles efectos negativos en muchas ocasiones retarda la acción de control en este ámbito de las políticas de empleo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sometimiento al principio de igualdad de trato en los procesos de selección por parte de las agencias de colocación y las facultades de control establecidas al efecto por parte del Servicio Público de colocación²⁰.

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

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

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

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

²⁰ Artículo 43.2 f Ley de Empleo.

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

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

A mayor abundamiento, la previsión legal es confusa, en la medida en que también pudiera entenderse que está alterando los condicionantes establecidos al efecto por el Reglamento de la Unión Europea sobre protección de datos personales. En efecto, es obligado tener presente que conforme a este Reglamento todo interesado tiene derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos en él o afecte significativamente de modo similar²². A destacar que en una intermediación su actividad por excelencia es la de “elaboración de perfiles” y que ello, sin lugar a duda, tiene efectos jurídicos en el demandante de empleo y,

²¹ Artículo 3 c Ley de Empleo.

²² Art. 22.1 Reglamento 2016/1679, ya citado.

por efectos derivados, también en la empresa que realiza la oferta de empleo. Por tanto, la obligatoriedad de que la intermediación laboral no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados se impone y se imponía con antelación a lo que se establece en la Ley de Empleo, de modo que no es algo que derive como novedoso por parte de esta norma. Más aún, esa regla del Reglamento es tan universal que abarca a cualquier otra entidad que, sin realizar intermediación, procese datos en el marco de la colocación de trabajadores; por ejemplo, respecto de las empresas de selección o respecto de la puesta a disposición por parte de las empresas de trabajo temporal o por parte de las plataformas digitales de reparto de mercancías en el momento de asignar encargos a sus trabajadores. Incluso, la previsión legal en la Ley de Empleo no podría interpretarse como una fórmula de reforzamiento de la imposibilidad de tratamiento automatizado de los datos, por cuanto que estuviera excluyendo a todos los efectos las excepciones que se permiten a esta imposibilidad conforme a lo establecido por el propio Reglamento de la Unión Europea²³. Si bien no cabe impedir que los Estados miembros sean más rigurosos, en términos tales que acoten mejor el juego de la excepción para cada caso concreto, lo que entendemos que no puede hacer el ordenamiento interno de los Estados miembros es eliminar por completo las excepciones contempladas por el Reglamento UE, ni siquiera es pensable que la Ley de Empleo estuviese pensando en llevar a cabo tal tipo de supresión completa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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