

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE DESARROLLO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Director de la Revista Temas Laborales

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-1275-5289>

EXTRACTO

Palabras clave: política social europea, armonización legislativa laboral, transposición normativa

El marco general de actuación del Pilar Europeo de Derechos Sociales integra un amplio abanico de medidas por parte de las instituciones europeas, muchas de ellas insertas dentro del ámbito de lo laboral y la protección social. Este estudio, como presentación del número monográfico de la Revista, pretende ofrecer las claves básicas de la intervención ya materializada desde la Unión Europea, constatando que, lo que inicialmente en términos escépticos se contemplaba con escasas expectativas de desarrollo, a estas alturas, sin haber concluido todavía su período de implementación, está mostrando un amplio e intenso número de textos normativos y de planes de actuación. Se trata de un resultado ciertamente exitoso, inesperable en su arranque, que tiene productos emblemáticos a través de importantes Directivas, en algunos casos todavía propuestas de Directiva. El estudio se detiene, sobre todo, en las novedades que implican estas actuaciones desde la perspectiva de exprimir la diversidad de competencias legislativas de la Unión Europea, con apelación a muy diversos títulos competenciales. El estudio igualmente pretende apuntar el reflejo del desarrollo del Pilar Europeo sobre el ordenamiento español, lo ya hecho y los desafíos pendientes en el inmediato futuro.

ABSTRACT

Keywords: *European social policy, labour legislative harmonization, regulatory transposition*

The general framework of action of the European Pillar of Social Rights integrates a wide range of measures by the European institutions, many of them inserted within the scope of labour and social protection. This study, as a presentation of the monographic issue of the Temas Laborales Review, aims to offer the basic keys of the intervention already materialized by the European Union, confirming that, what was initially contemplated in sceptical terms with few expectations of development, at this point, without having. Although its implementation period has still concluded, it is showing a large and intense number of regulatory texts and action plans. This is a certainly successful result, unexpected at the start, which has emblematic products through important Directives, in some cases even Directive proposals. The study focuses above all on the novelties that these actions imply from the perspective of taking advantage of the diversity of legislative powers of the European Union, with appeal to very diverse powers. The study also presents the reflection of the development of the European Pillar on the Spanish system, what has already been done and the pending challenges in the immediate future.

ÍNDICE

1. EL PROCESO DE PROFUNDIZACIÓN EN LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA
2. CONTENIDOS BÁSICOS DE DESARROLLO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES
3. LA DIVERSIDAD DE TÍTULOS COMPETENCIALES COMO BASE DE LAS MEDIDAS
4. DESARROLLO APLICATIVO Y RETOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL
 - 4.1. Marco general de la transposición en el ordenamiento nacional
 - 4.2. En particular, la Directiva sobre condiciones laborales transparentes
 - 4.3. En particular, la Directiva sobre salarios mínimos adecuados
 - 4.4. En particular, la propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas
 - 4.5. En particular, la Directiva sobre conciliación laboral y familiar

1. EL PROCESO DE PROFUNDIZACIÓN EN LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA

Constituye ya un lugar común, no por ello menos cierto, que el proceso de construcción del proyecto europeo arrancó centrado casi exclusivamente en el diseño de una economía a nivel de escala europea, dejando al margen tanto los aspectos sociales y de relaciones laborales como los relativos a la garantía de los derechos fundamentales. Por ello, la actuación en el ámbito de la legislación laboral en sus orígenes fue meramente instrumental para lograr la efectividad de las libertades económicas de circulación, se superasen las fronteras nacionales y, por extensión, evitar las manifestaciones de dumping concurrencial, que incluían, por vía indirecta, también el denominado dumping social. Eso sí, por muy diversas circunstancias, en las que no podemos entrar en esos momentos, progresivamente tanto la libertad de circulación de trabajadores como las acciones de contención del dumping social experimentaron una progresiva expansión. Más aún, lo anterior a partir de un determinado momento se vio desbordado por el impulso de quienes querían construir un proyecto de mayor calado, que fuese más allá de una mera “Europa de los mercaderes”, lo que repercutió en que poco a poco fuese emergiendo una auténtica política social europea, con identidad y autonomía propia, incluida la vertiente relativa al asentamiento en el ámbito de la intervención de los derechos fundamentales y libertades públicas, con su correlativa incidencia sobre lo laboral y la protección social. A ello ha venido contribuyendo, tanto la acción normativa y de desarrollo de políticas propias por parte de las instituciones legislativas y ejecutivas de la Unión Europea, como de parte del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en momentos clave, ha desempeñado un papel de avance indiscutible.

Ese proceso de construcción de la política social europea, visto en un arco temporal amplio, ha sido progresivo y, sobre todo, ha tenido cambios de ritmos notables: en unos períodos ha sido lento, en otros ha mostrado un decisivo acelerón y en otros, finalmente, incluso se ha estancado llamativamente cuando no de retroceso. De manera recurrente el proyecto europeo se ha descrito por algunos con el símil de la bicicleta, en el sentido de que requiere de un pedaleo constante,

aunque sea lento, porque de lo contrario se cae. Sin necesidad de retrotraernos mucho en el tiempo y sin entrar en mayores detalles, puede afirmarse que el período de austeridad, correspondiente a la reacción de las instituciones comunitarias a la crisis financiera de la primera década de este siglo, supuso ese escenario de paralización en todas las iniciativas pendientes en el ámbito de la armonización de la política social, con una orientación de injerencia en las políticas económicas de los Estados miembros que, como efecto reflejo, tuvo ese resultado de retroceso práctico en la construcción de la política social.

Por contraste de lo anterior, a la fase precedente de paralización de la extensión de la política social, se ha verificado un perceptible cambio de rumbo, un claro punto de inflexión, que ha determinado que las instituciones comunitarias hayan retomado los retos pendientes en materia laboral, que incluso puede detectarse un significativo acelerón a resultas de las necesidades de unas nuevas opciones de actuación política más activas y expansivas en el marco de las grandes dificultades provocadas por las medidas de restricción de la movilidad con ocasión de la pandemia. Concluida la emergencia sanitaria, aunque puede resultar todavía algo prematuro hacer un diagnóstico de todo lo que está sucediendo, la primera impresión es que el impulso de profundización en la política social no se contiene, sino que se consolida, cuando menos elevando a estructural el tipo de medidas coyunturales adoptadas con la misma.

Es precisamente en ese contexto en el que se puede situar el denominado Pilar Europeo de Derechos Sociales, que constituye el objeto de análisis extenso y profundo del presente número monográfico de la Revista. La proclamación inicial de este Pilar arranca de una proclamación conjunta del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, que se remonta nada menos que al año 2017¹. No obstante, ello se presentaba, sobre todo, como una promesa o mera declaración de intenciones, pues la efectividad del Pilar no arranca hasta su concreción a través del Plan de Acción aprobado en el año 2021². Es en ese momento en el que se empiezan a poner en marcha las medidas comprometidas en ese Plan de Acción, con voluntad de que se desarrollen a partir de esa fecha y con una programación temporal hasta finales del presente año 2023, de modo que la primera evaluación se debería realizar el próximo año 2024, seguida de su revisión en el año sucesivo de 2025.

En cuanto a su contenido, el mismo se presenta como muy ambicioso y amplio, por cuanto que identifica hasta un total de 20 principios, agrupados todos ellos en tres grandes objetivos, en consonancia con los Objetivos de Desarrollo

¹ Recomendación (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, que abra paso a su ratificación en el seno de la cumbre europea de Gotemburgo del 17 de noviembre de ese mismo año.

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social y al comité de las Regiones, relativo al Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, de 4 de marzo de 2021 COM(2021) 102 final.

Sostenible de las Naciones Unidas: 1) igualdad de oportunidades, 2) condiciones de trabajo justas y 3) protección e inclusión social. Cada uno de estos tres grandes objetivos se desglosan a su vez en los siguientes principios, que son los que suman el total de 20.

Igualdad de oportunidades: 1) Educación, formación y aprendizaje; igualdad de género; 3) igualdad de oportunidades; 4) apoyo activo para el empleo.

Condiciones de trabajo justas: 5) empleo seguro y adaptable; 6) salarios; 7) Información de condiciones de trabajo; 8) Diálogo social y participación de los trabajadores; 9) equilibrio entre vida profesional y vida privada; 10) entorno de trabajo saludable, seguro y protección de datos.

Protección e inclusión social: 11) asistencia y apoyo a los niños; 12) protección social; 13) prestaciones por desempleo; 14) renta mínima; 15) pensiones y prestaciones de vejez; 16) sector sanitario; 17) inclusión de las personas con discapacidad; 18) Cuidados de larga duración; 19) vivienda y asistencia para las personas sin hogar; 20) acceso a los servicios esenciales.

Un simple vistazo general a ese amplio listado de 20 principios muestra que un elevado número de ellos se sitúa en el terreno de lo laboral y de la Seguridad Social, pero que también algunos contenidos van más allá de ello para situarse en un territorio más general, en todo lo que afecta a lo que comúnmente se conviene forma parte de la idea del Estado de bienestar, pero que desborda el campo más delimitado de lo laboral y la Seguridad Social. Por ello, el presente número monográfico, al objeto de centrarse en lo que básicamente constituye el ámbito de estudio de la Revista Temas Laborales, no pretende abordar los 20 principios de referencia, sino exclusivamente los más inmediatamente relacionados con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En todo caso, más significativo a los efectos de justificar la selección de esta temática como objeto del presente número monográfico, es el concreto alcance de los resultados efectivos de la puesta en marcha del Plan de Acción del Pilar Social hasta el momento presente. A estos efectos, la presunción formulada por muchos en el momento de la aprobación del Plan de Acción era muy escéptica, pues en gran medida se pensaba que nos encontrábamos una vez más ante uno de esos grandes Proyectos de la Unión Europea, muy ambicioso en cuanto a las metas marcadas y las concretas medidas comprometidas, pero que en su materialización práctica se lograban pocos resultados. Así parecían apuntarlo, las experiencias precedentes de la fase correspondiente a lo hecho durante la crisis financiera de principios de siglo, junto a la dilación ya señalada entre la aprobación del Pilar en 2017 y la correspondiente al Plan de Acción en 2021. Sin embargo, podemos alegrarnos de que esas posiciones escépticas no se hayan confirmado, sino que, por el contrario, el número y calado de las medidas adoptadas es muy significativo, lo que da contenido real a lo que va a analizarse en cada uno de los estudios que siguen al presente. Prueba de ello, es que el alcance real de las medidas adoptadas

ha tenido impacto decisivo en las reformas legislativas y en las políticas públicas de los diversos Estados miembros al objeto de implementación de lo acordado en el ámbito de la Unión Europea. Más aún, en este nuevo escenario, podemos ser optimistas respecto a la viabilidad en el inmediato futuro de que se cierre el proceso de aprobación de las actuaciones legislativas y de políticas que están en fase muy avanzada de discusión y negociación en el seno de las instituciones europeas.

2. CONTENIDOS BÁSICOS DE DESARROLLO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

El Plan de acción del Pilar Europeo parte del reconocimiento de que la mayoría de los instrumentos para lograr sus objetivos y materializar sus principios son competencia de los Estados miembros, por lo que los mismos reflejan una ambición común con la mirada puesta en el año 2030. Dicho en otros términos, el Plan de Acción se proyecta como una importante contribución de impulso desde las instituciones europeas, si bien consciente de que las decisiones legislativas y de diseño de las correspondientes políticas públicas se sitúan en el ámbito competencial de los Estados miembros, y no de la Unión Europea.

Lo anterior hacía augurar que el desarrollo del Plan de Acción se quedaría en el terreno de la aprobación de documentos de *soft law*, cuya efectividad final dependería de la voluntad de los Gobiernos de cada uno de los Estados miembros.

Sin embargo, un balance de lo hecho hasta el presente desmiente, en parte, esa presunción de partida, que, una vez más, se situaba en una posición de escepticismo respecto de la virtualidad de lo que se podía llevar a cabo desde las instituciones europeas. Bastaría a tal efecto con enumerar las Directivas aprobadas en el desarrollo del Plan de Acción, incluyendo los precedentes temporales: Directiva sobre condiciones laborales transparentes³, Directiva sobre conciliación familiar y profesional⁴, Directiva sobre protección de denunciantes de conductas de corrupción⁵, Directiva sobre igualdad retributiva entre hombres y mujeres y

³ Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019 (DOUE 11 de julio), relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Elorza Guerrero en este número de la Revista.

⁴ Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019 (DOUE 12 de julio), relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora De la Flor Fernández en este número de la Revista.

⁵ Directiva 2019/1937, de 23 de octubre (DOUE 26 de noviembre), relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Gómez Gordillo en este número de la Revista.

transparencia salarial⁶, Directiva sobre salarios mínimos adecuados⁷. A lo que se podría añadir las que están en cartera y podrían aprobarse en breve: Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial⁸, Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial⁹, Propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas¹⁰, Propuesta de Directiva sobre diligencia debida¹¹, Informe del Parlamento con recomendaciones de elaboración de una Directiva sobre el derecho a la desconexión digital¹², así como la Revisión de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo con vistas a su posible reforma¹³.

De rango normativo inferior, pero no por ello menos relevante por la vinculación que tiene de cara a la actuación futura de la Comisión, se deben mencionar necesariamente las Directrices sobre negociación colectiva de los autónomos vulnerables¹⁴.

Finalmente, resulta de obligada mención un amplio número de documentos a través de los cuales se aprueban Planes de políticas públicas de actuación en materias concretas, que, aunque en el plano típico de *soft law*, orientan decididamente

⁶ Directiva 2023/970, de 10 de mayo (DOUE 17 de mayo), por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Fuentes Rodríguez en este número de la Revista.

⁷ Directiva 2022/2041, de 19 de octubre (DOUE 25 de octubre), sobre unos salarios mínimos adecuados. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Román Vaca en este número de la Revista.

⁸ Propuesta de Reglamento de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial). A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora González de Patto en este número de la Revista.

⁹ Propuesta de Directiva de 28 de septiembre de 2022, COM (2022) 496 final, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA). A tal efecto, nos remitimos también al estudio de la profesora González de Patto en este número de la Revista.

¹⁰ Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2021, COM (2021) 762 final, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Valverde Asencio en este número de la Revista.

¹¹ Propuesta de Directiva de 23 de febrero de 2022, COM (2022) 71 final, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Sepúlveda Gómez en este número de la Revista.

¹² Informe de 4 de diciembre de 2020, A9-0246/2020. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Velasco Portero Gómez en este número de la Revista.

¹³ Véase la resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2023, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0028_ES.html#title1

¹⁴ Comunicación de la Comisión de 29 de septiembre de 2022 (DOUE 30 de septiembre) sobre Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Benavente Torres en este número de la Revista.

las políticas nacionales en cada una de estas materias: Agenda de capacidades europea¹⁵, Plan de Acción antirracismo¹⁶, Paquete de Apoyo al Empleo Juvenil¹⁷, Políticas Migratorias y de Asilo¹⁸, Eliminación del Trabajo Prohibido y Forzoso¹⁹, Recomendación sobre renta mínima adecuada²⁰, Estrategia de las Personas con Discapacidad²¹.

3. LA DIVERSIDAD DE TÍTULOS COMPETENCIALES COMO BASE DE LAS MEDIDAS

El desarrollo de una política normativa en el ámbito laboral tradicionalmente se basa en la política de armonización legislativa en el ámbito de la política social, prácticamente siempre por la vía de la aprobación de las correspondientes Directivas conforme al procedimiento establecido al efecto por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 153 TFUE). A ello responde un gran número de Directivas y propuestas de Directivas aprobada en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales. En ese contexto de referencia exclusiva a la política de armonización de la legislación laboral se basa la aprobación de las siguientes Directivas y Propuestas de Directivas de, entre las ya mencionadas, aunque en algún caso concreto no lo sea en exclusiva: Directiva sobre condiciones laborales transparentes (arts. 153.2 b y 153.1 b TFUE), Directiva sobre conciliación de progenitores y cuidadores entre vida laboral y familiar (arts. 153.2 b y 153.1 i TFUE), Directiva sobre igualdad y transparencia retributiva (art. 157.3 TFUE), Directiva sobre salarios mínimos adecuados (arts. 153.2 b y art. 153.1 b TFUE), Propuesta de Directiva sobre trabajo

¹⁵ Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad Social y la resiliencia: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1196. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Lozano Lares en este número de la Revista.

¹⁶ Plan de Acción de la UE Antirracismo 2020-2025, de 18 de septiembre de 2020, COM (2020) 565 com. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Saldaña Valderas en este número de la Revista.

¹⁷ Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación de 1 de julio de 2020, COM (2020) 276 final, sobre Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación". A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Molina Hermosilla en este número de la Revista.

¹⁸ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/>. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Rodríguez Copé en este número de la Revista.

¹⁹ A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Soler Arrebola en este número de la Revista.

²⁰ Recomendación 2023/C 41/01, de 30 de enero de 2023 (DOUE 3 de febrero), sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Lázaro Sánchez en este número de la Revista.

²¹ Estrategia sobre derechos de las personas con discapacidad 2021-2030. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_810. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora García Valverde en este número de la Revista.

en plataformas (art. 153.1 b TFUE), Informe del Parlamento de Propuesta de Directiva sobre desconexión digital (art. 153.2 b y art. 153.1 letras a, b e i TFUE), Revisión de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo con vistas a su posible reforma (art. 151 y art. 153.1 letras e y f TFUE).

No obstante, el amplio contenido de las medidas legislativas va más allá de lo que tradicionalmente se viene haciendo. Este amplio contenido es el resultado de una estrategia de aplicación de los más diversos títulos competenciales en términos lo más amplios posible, sorteando escollos o reticencias manifestadas por quienes se han resistido a la adopción de estas medidas. Ello, en algunos casos, ha requerido de una interpretación finalista del Tratado de funcionamiento, más allá de determinadas lecturas formalistas del alcance de las competencias de las instituciones europeas en esta materia. De este modo, se han roto determinadas premisas implícitas que venían funcionando hasta el momento presente que obstaculizaban una intervención más amplia por parte de la Unión, especialmente por lo que afecta al desarrollo de la convergencia en los modelos de relaciones laborales, entendido ello en el sentido amplio del término.

Las vías a través de las cuales se ha realizado esta lectura ampliatoria de las competencias legislativas de la Unión Europea son diversas, pudiéndose resumir en los siguientes términos: 1) interpretación de las facultades conectadas con la política de armonización de la legislación laboral superadora de determinadas exclusiones respecto de algunas de las materias de posible ampliación; 2) basar la aprobación de la Directiva no sólo en la política de armonización de la legislación laboral, sino, adicionalmente, en otro título competencial diverso contemplado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 3) basar la aprobación de la Directiva al margen de la política de armonización de la legislación laboral, con base en un título competencial diferente del Tratado de Funcionamiento. Finalmente, podríamos decir, en cuarto lugar, fuera del ámbito de la aprobación de Directivas de armonización, se encuentra el ejercicio de facultades de la Comisión, que, en negativo, su no puesta en marcha, por vía indirecta, abre paso a posibles desarrollos adicionales en el ámbito interno de cada uno de los Estados miembros. Veamos en concreto cada una de estas vías exitosamente ensayadas por parte de las instituciones europeas.

En primer lugar, uno de los ejemplos más significativos de la primera de las vías se manifiesta en la aprobación de la Directiva sobre salarios mínimos adecuados a pesar de que el Tratado de Funcionamiento excluye entre las materias posibles objeto de armonización legislativa de la política social por la vía de la aprobación de Directivas la relativa a retribuciones: “Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones” (art. 153.5 TFUE). Por tanto, lo que se pretende afrontar respecto de los salarios mínimos desde luego no podría realizarse por medio de una regulación europea que, de manera directa, fuera a establecer el régimen jurídico de los salarios mínimos. Sin embargo, a semejanza a lo que se ha hecho con las otras Directivas referidas sobre tutela antidiscriminatoria, insolvencia

empresarial o reestructuraciones empresariales, nada impide el establecimiento de un marco legislativo en el ámbito europeo que se orientase hacia una actuación indirecta. Esa actuación indirecta se puede situar bien en el terreno del mero fomento de las políticas nacionales de rentas, o bien en el ámbito del establecimiento de una legislación de procedimiento de reforzamiento de la negociación colectiva que, como efecto reflejo, ofrezca una mejor atención a la fijación de salarios mínimos por vía convencional. De otra parte, debe tenerse en cuenta que diversas sentencias han entendido que la exclusión de las remuneraciones como materia objeto de armonización encuentra su razón de ser en el hecho de que la fijación del nivel de los sueldos entra dentro del ámbito de la autonomía contractual de los interlocutores sociales²². En estos términos, una actuación en el ámbito europeo en este campo no puede enfocarse hacia el establecimiento de un modelo unitario de fijación de salarios mínimos, especialmente si ello provoca un sesgo favorable a la intervención legislativa pública, en demérito de la actuación de la negociación colectiva. Eso sí, este nuevo condicionante no impide cualquier actuación desde la Unión Europea a estos efectos, pues sólo impide que ello se diseñe con un determinado contenido de exclusión de la intervención de la negociación colectiva. De este modo, la flexibilidad propia de un instrumento jurídico como es la Directiva permite atender a este requerimiento, sin por ello renunciar al objetivo que se pretende de lograr el establecimiento en todos los Estados miembros de un sistema de salarios mínimos adecuados y actualizados para el conjunto de los trabajadores. Se trata simplemente de tener muy presente el diseño ortodoxo de la Directiva, como una norma que marca objetivos, que contempla procedimientos, que prevé diversas vías de trasposición, siendo, a la postre, lo más importante la consecución de la finalidad perseguida con el marco de armonización fijado desde las instituciones europeas. En concreto, la Directiva se basa en la facultad de las instituciones europeas de armonizar la legislación laboral de los Estados miembros en materia de condiciones de trabajo (art. 153.1 b TFUE), para la que se faculta a aprobar Directivas de armonización (art. 153.2 b TFEU), dentro de los límites del principio de subsidiariedad (art. 5. 3 y 4 TUE).

Desde este punto de vista, hubiera resultado más que deseable que la Directiva también hubiera hecho alusión, como fundamento competencial, a la facultad de las instituciones europeas de armonizar la legislación laboral en materia de “defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y empresarios” (art. 153.1 f TFUE). Podría haber efectuado una lectura de este apartado del Tratado en el sentido de que la negociación colectiva constituye una de las instituciones centrales a través de las cuales se desarrolla esa “defensa colectiva” a la que se refiere el texto, de modo que se avanzaría significativamente en la clarificación de un asunto tradicionalmente eludido en la actuación de la Unión Europea y en el propio debate jurídico. En

²² SSTJUE 13 de septiembre de 2007, C-307/05, Del Cerro Alonso, ap. 40, ECLI:EU:C:2007:509; 15 de abril de 2008, C-268/06, Impact, aps. 123-124, ECLI:EU:C:2008:223.

efecto, la negociación colectiva, como tal, no resulta mencionada por el Tratado de Funcionamiento, sin perjuicio de que haya sido expresamente reconocida como derecho por parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados” (art. 28). Como tal, la negociación colectiva no se encuentra mencionada ni en el listado de materias excluidas de la competencia armonizadora (art. 153.5 TFUE) ni tampoco en el listado de materias susceptibles de armonización (art. 153.1 TFUE). Sin embargo, a partir de la aprobación de la Carta, con la redacción que contiene el precepto mencionado en relación con la negociación colectiva como derecho, resulta fácil realizar una interpretación sistemática de la referencia en el TFUE a la “defensa colectiva” como competencia armonizadora vía Directivas, que puede integrar, entre otras manifestaciones, a la celebración de convenios colectivos. Si se tiene en cuenta que, como veremos a continuación, una de las vías de la garantía de los salarios mínimos adecuados por parte de la Directiva es la de canalizarla a través de la potenciación de la negociación colectiva, con reglas precisas respecto de las mismas, hubiera tenido todo su fundamento apoyarse en este otro apartado del art. 153.1 TFUE como base jurídica de la aprobación de la mencionada Directiva.

La segunda vía es la de intervenir no sólo sobre la base de la política de armonización de la legislación laboral, sino, complementariamente, sobre la base de títulos competenciales diversos.

Un ejemplo emblemático de ello se presenta en relación con una Directiva aprobada mucho tiempo atrás, anterior a la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, si bien la validez de su intervención viene confirmada por una reciente sentencia del Tribunal de Luxemburgo, posiblemente resultado de los nuevos tiempos que vivimos. Me refiero a la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación que, aunque se fundamenta con carácter general en la armonización en materia laboral, contempla que la tutela frente a las conductas discriminatoria se extiende también a los trabajadores autónomos²³. A tal efecto, el punto de partida tradicional del Derecho de la Unión toma como referencia al trabajo subordinado como ámbito de actuación de la armonización de la legislación laboral, por tanto, sin que las facultades de armonización en esta materia puedan extenderse al trabajo autónomo. Desde el ordenamiento comunitario al trabajador autónomo se le trata esencialmente como el titular de una actividad empresarial y, por tanto, sometido a la autonomía contractual propia de la libertad de empresa. No obstante, progresivamente, también desde el ámbito europeo, van surgiendo determinadas actuaciones orientadas a establecer un régimen de tutela de los que

²³ Art. 3.1. a Directiva 2000/78, de 27 de noviembre (DOCE 2 de diciembre), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

se conocen como autónomos vulnerables, por el hecho de situarse en una situación de debilidad contractual en sus relaciones con las empresas clientes para las que prestan servicios. Con ello no se rompe la premisa de partida de que la legislación de armonización no puede desbordar el ámbito del trabajo subordinado, pero se identifican otros títulos competenciales sobre la base de los cuales se permite una intervención de tutela también de los trabajadores autónomos, con efectos asimilados a los de la tradicional política de armonización de la legislación laboral. Esto es precisamente lo que hace la Directiva relativa a la igualdad de trato, cuando extiende su tutela a los trabajadores autónomos con base en la facultad general de las instituciones europeas de adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 19.1 TFUE), facultad que no está restringida subjetivamente al trabajo subordinado. Es precisamente basándose en este título competencial que el Tribunal de Luxemburgo declara que la Directiva no es contraria al Derecho de la Unión cuando extiende su ámbito aplicativo a los trabajadores autónomos²⁴. Más aún, la sentencia en cuestión realiza una interpretación ampliatoria de la literalidad de la Directiva, cuando esta tutela antidiscriminatoria la extiende, no sólo a al momento del acceso al empleo, sino también al conjunto de las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y remuneración, que, literalmente, no se prevé como tal en el texto de la Directiva.

Como tercera vía de actuación se encuentra la aprobación de Directivas que se sitúan fuera de la política de armonización de la legislación europea, pues se basan en otros títulos competenciales.

Aunque sea una intervención puntual, el primero de los ejemplos que merece la pena mencionar se encuentra en la Directiva relativa a derechos de autor y afines, cuando reconoce el derecho a una remuneración adecuada y proporcionada a los artistas y ejecutantes que ejerzan su actividad como autónomos²⁵. Naturalmente, una vez más, no se acude a la política de armonización de la legislación laboral, sino que se utiliza como título competencial que permite la aprobación de Directivas relativas al “acceso a actividades por cuenta propia y a su ejercicio” (art. 53.1 TFUE), así como a la posibilidad de adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE). Lo relevante a estos efectos no es tanto el que se actúe sobre un tipo muy singular de profesionales autónomos, sino el hecho de que ello se basa en un título competencial que así interpretado permitiría una

²⁴ STJUE 12 de enero de 2023, asunto C-356/21, ECLI:EU:C:2022:9.

²⁵ Art. 18 Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019 (DOUE 17 de mayo), sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

actuación de futuro desde las instituciones comunitarias para ámbitos subjetivos más amplios entre los trabajadores autónomos, especialmente de los considerados como vulnerables.

En segundo lugar, como posible previsión de futuro, se encuentra muy avanzado el proceso de aprobación de la también ya citada propuesta de Directiva sobre trabajo de plataformas que, aparte de intentar deslindar las fronteras entre trabajo subordinado y autónomo 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. Desde la perspectiva que estamos analizando la cuestión, si bien la introducción de las reglas sobre presunción de laboralidad se basan en la política de armonización de la legislación laboral (art. 153.1 b TFUE), para las materias concretas que afectan al trabajo autónomo se basan en la facultad normativa respecto en materia de tratamiento de datos de carácter personal (art. 16.2 TFUE), que la propuesta entiende permite establecer normas relativas a la protección de la “personas físicas”, por tanto, también a favor de los trabajadores autónomos.

Como tercer ejemplo de esta tercera vía podríamos mencionar intervenciones de naturaleza transversal que, por ese motivo, tienen necesidad de abarcar también el ámbito de lo laboral o bien, al no excluir ese ámbito, también incide sobre el mismo. También en estos casos se sitúan fuera de la política de armonización de la legislación laboral, basándose, igualmente, en otros títulos competenciales del Tratado de funcionamiento. Caso emblemático a estos efectos es la Directiva sobre protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Si bien el título de la Directiva va referido genéricamente a cualquier tipo de personas, después, su ámbito personal, en lo concreto va referido a quienes tengan la condición de trabajadores (art. 4), incluyendo como posibles denunciante a los representantes de los trabajadores. En esta ocasión la Directiva se basa en un amplio número de preceptos del Tratado de Funcionamiento: art. 16 (protección de datos de carácter personal), art. 43.2 (organización de mercados agrícolas y pesquera), art. 50 (libertad de establecimiento), legislación sobre ejercicio de actividades no asalariadas (art. 53.1), legislación sobre transportes (art. 91 y 100), establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114), política de salud pública (art. 168.4), protección de los consumidores (art. 169), protección del medio ambiente (art. 192.1) y, aunque sea el último no de menor importancia la legislación de prevención y lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión (art. 325.4). Lo llamativo es que, a pesar del amplio número de preceptos del TFUE en el que se basa, en ningún caso lo hace con referencia a la política de armonización de la legislación laboral; pero, es algo perfectamente comprensible en la medida en que la finalidad de la norma no se sitúa en el ámbito de la regulación de las condiciones de trabajo, sino la lucha contra la corrupción al margen de lo laboral, aunque contempla posibles actuaciones de la Seguridad Social y de la Inspección

de Trabajo por actos contrarios a la legislación correspondiente. Una vez más, al situarse la Directiva más allá de la política de armonización de la legislación laboral, su regulación se extiende tanto a los trabajadores subordinados como a los autónomos, permitiendo a ambos actuar como denunciantes de conductas de corrupción.

Como cuarto ejemplo se encuentran tanto la propuesta de Reglamento en materia de inteligencia artificial como la igualmente propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de Inteligencia artificial, que se elabora tomando como base jurídica la facultad de aprobación de disposiciones que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE). Aunque la Directiva apela en su título expresamente a la “responsabilidad civil extracontractual”, se refiere a cualquier demanda por daños y perjuicios en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, sin que se encuentren dentro del listado de exclusiones lo que afecta al ámbito de lo laboral, por lo que, implícitamente, viene a entender que también se incluye.

Igualmente, como quinto ejemplo, se encuentra la propuesta de Directiva sobre diligencia debida, dado que la misma toma como base jurídica las competencias relativas a la libertad de establecimiento, así como la legislación relativa al establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE). Se trata, una vez más, de una intervención de carácter transversal sobre todos aquellos ámbitos que pudieran verse afectados por una actuación indebida por parte de las empresas que pudiera afectar a la libertad de establecimiento o al funcionamiento del mercado interior. Más aún, en el anexo de la propuesta se contiene una amplia referencia a la posible infracción de la diligencia debida en relación con una relación de Convenios internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales, entre los que menciona un amplio número de Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.º 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.º 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29) y su protocolo de 2014; Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (n.º 105); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (n.º 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.º 182); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (n.º 100); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111).

Cabría mencionar aquí también la propuesta del Parlamento sobre un nuevo instrumento comercial para prohibir los productos elaborados con trabajo forzoso²⁶.

Finalmente, hemos anticipado como posible cuarta vía de actuación, ahora fuera del ámbito de la aprobación de Directivas de armonización, el ejercicio de facultades de la Comisión, que, en negativo, su no puesta en marcha, por vía

²⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0291_ES.html

indirecta, abre paso a posibles desarrollos adicionales en el ámbito interno de cada uno de los Estados miembros. En esa línea de actuación se encuentran las ya mencionadas Directrices de la Comisión sobre la compatibilidad entre las reglas sobre libre concurrencia mercantil y la negociación colectiva para los trabajadores autónomos. El camino ya empezó a abrirse por medio de una sentencia del año 2014 del Tribunal de Luxemburgo, que consideró que podía resultar lícito que un convenio colectivo incluyera dentro de su ámbito de aplicación, a efectos de determinación de la remuneración, tanto a los trabajadores asalariados como a los autónomos que trabajaban todos ellos como músicos de una misma entidad²⁷. Ahora se utiliza como instrumento jurídico una mera comunicación, pero de enorme relevancia por cuanto que es un reconocimiento de compatibilidad de una actividad de negociación colectiva dirigida a los trabajadores autónomos vulnerables. En este caso no hay ningún tipo de actuación por parte de la Unión Europea, sino simplemente una actitud negativa de no plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo por la celebración de acuerdos colectivos que regulen las condiciones profesionales de los trabajadores autónomos vulnerables.

Aparte de todo lo anterior, se encuentra el conjunto de documentos por el que se diseña un Plan o Estrategia de actuación, o bien de recomendaciones en muy diversos ámbitos, con el carácter esencialmente de recomendaciones u orientaciones a los Estados miembros en sus diseños de las políticas públicas, con el carácter típico de textos de *soft law*. Como se sabe, este tipo de textos de *soft law* no tienen un carácter estrictamente vinculante, pero no dejan de tener una influencia práctica decisiva sobre los Estados miembros, en la medida en que habitualmente se establecen reglas de procedimientos, que exigen dar cuenta a las instituciones comunitarias de las acciones acometidas en el marco de cada uno de los Planes, estrategias y recomendaciones. Por ello, se trata de textos que, igualmente, deben presentar algún tipo de fundamento competencial por parte de las instituciones comunitarias que justifiquen su elaboración, aprobación y control de resultados. No es habitual que este tipo de documentos hagan referencia expresa al marco competencial dentro del cual se elaboran y aprueban, pero, por su contenido, se puede deducir de manera implícita, aunque en algunos concretos casos sí que hacen apelación expresa a su fundamento.

Así, por lo que se refiere a los Planes, Estrategias y Recomendaciones enumerados en el apartado precedente, un número considerable de ellos se enmarca dentro de la política social europea, en particular, en relación con la posibilidad “adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembro (art. 153.2 a TFUE): Agenda de

²⁷ STJUE 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411.

Capacidades Europeas, Plan de apoyo al empleo juvenil, Recomendación sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa (con referencia expresa al art. 153.1 j TFUE). Eso sí, de nuevo, en otras ocasiones, se trata de Planes y Estrategias que van más allá de la política social, con una perspectiva transversal de intervención en muy diversos ámbitos, que, de manera expresa o implícita, abarca igualmente el terreno de la política social: Políticas migratorias y de asilo. Finalmente, como tercera modalidad, se encuentran Planes de actuación que se conectan de manera conjunta tanto con el terreno de la política social como con el ámbito de otras políticas comunitarias, incluso, a veces, de manera expresa: Plan de acción antirracismo (este en concreto con mención expresa a la base jurídica), Plan de eliminación del Trabajo Prohibido y Forzoso, así como la Estrategia sobre derechos de las personas con discapacidad.

4. DESARROLLO APLICATIVO Y RETOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

4.1. Marco general de la transposición en el ordenamiento nacional

La influencia de nuestra pertenencia primero a las Comunidades Económicas, después a la Comunidad Europea y, finalmente, a la Unión Europea ha sido muy notable. Esa influencia se produce desde el inicio, con el proceso de adaptación de nuestra legislación interna para lograr nuestra integración en las Comunidades Económicas y, a partir del momento de la efectiva integración, al objeto especialmente de ir transponiendo las nuevas Directivas que se han venido aprobando con el paso del tiempo en materia laboral. El consenso político y la generalizada aceptación social de lo que supone la pertenencia al proyecto europeo ha permitido que la transposición de las Directivas en materia laboral se haya producido de manera pacífica y en clave de un elevado apoyo parlamentario en España, circunstancia que resulta especialmente significativa en un contexto de fuerte crispación política interna y de clara tensión en el funcionamiento del sistema político en otros ámbitos. A ello también ha coadyuvado el hecho de que en muchas ocasiones esas decisiones de transposición de las Directivas en nuestro país se hayan producido en el marco de la concertación social, muchas veces, con un alto grado de acuerdo entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. El resultado de todo ello ha sido que las reformas laborales que se han acometido en España, al objeto de la transposición de las Directivas en materia laboral, no sólo han gozado de un elevado grado de legitimidad y respaldo político y social, sino que, por añadidura, derivado de todo lo anterior, se trata de reformas que garantizan su continuidad en el tiempo. Frente a otras reformas que no traen su causa de la necesidad de la transposición de las mencionadas Directivas en materia laboral, en muchas ocasiones con un alto grado de tensión política, acompañada del correspondiente rechazo, en unas ocasiones, por parte sindical

y, en otras ocasiones, por parte empresarial, el consenso generalizado es lo que ha primado en el caso de los impulsos de reforma legal que han provenido de la Unión Europea. Dejamos al margen otro tipo de medidas que también han tenido su origen en presiones por parte de las instituciones europeas con ocasión de la crisis financiera a partir de 2010, pero que no han derivado de manera directa de la adaptación de nuestra normativa a las Directivas en materia laboral, sino a opciones de política económica, financiera y monetaria de cariz diferente.

Centrados pues en estos momentos en la transposición de las Directivas de alcance laboral, particularmente las aprobadas durante el último período en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales, incluso de las propuestas todavía en ciernes, pero con expectativas de aprobarse en el inmediato futuro. El diagnóstico o valoración general que podemos hacer a estos efectos puede resumirse en la conclusión de que nuestra normativa vigente presenta un alto grado de cumplimiento de los deberes que nos corresponde a los efectos de la transposición de las Directivas, incluso propuestas de directivas, que hemos tomado en consideración en los apartados precedentes. Dicho de otro modo, Gobierno y Parlamento, aunque en algunas ocasiones con cierto retraso, han cumplido adecuadamente los deberes de reforma legislativa, a los efectos de la obligada transposición de estas Directivas. Ciertamente, no todo es pleno en esta materia, de modo que cabe también identificar todavía ciertas tareas concretas pendientes en el inmediato futuro.

El cumplimiento de la necesaria transposición de esas Directivas o propuestas de Directivas que venimos comentando se ha efectuado por un doble procedimiento. En primer lugar, por el más evidente, por la adopción de una reforma legal de adaptación de nuestra normativa a partir de la aprobación de la Directiva de referencia. En segundo lugar, porque el contenido de la Directiva o propuesta de la misma, tal como se ha aprobado, es respetado por nuestra legislación laboral vigente ya en el momento de la entrada en vigor de la Directiva, por lo que se entiende que no es necesario ningún tipo de transposición expresa de la normativa laboral vigente.

En lo concreto, simplificando el análisis, se han aprobado las siguientes normas con el objeto de proceder a la transposición de las Directivas aprobadas en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

En primer lugar, respecto de la Directiva sobre protección del denunciante de corrupción, se ha aprobado la Ley de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción²⁸, norma que, precisamente, tiene como objeto exclusivo la transposición de la anterior y que, en líneas generales, efectúa una adaptación correcta de la legislación española.

²⁸ Ley 2/2023, de 20 de febrero, BOE 21 de febrero de 2023. Un estudio descriptivo y valorativo general de esta norma en el estudio del profesor Gómez Gordillo en este número de la Revista.

En segundo lugar, respecto de la Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar de progenitores y cuidadores, se ha aprobado un Real Decreto-ley en el momento final de la legislatura, ya incluso cuando estaban convocadas las elecciones y formalmente disuelto el Parlamento, si bien el mencionado Real Decreto-ley fue convalidado, por lo que se encuentra plenamente vigente²⁹. En los mismos términos, puede decirse que con esta norma se cumple debidamente con el deber de transposición de la Directiva, con independencia de que reste algún fleco en cuanto a su implementación futura, que comentaremos más adelante³⁰.

Respecto del segundo procedimiento de transposición, el implícito mencionado, en el sentido de que con precedencia la legislación cumple ya con carácter general los imperativos de la normativa de la Unión, cabría mencionar los siguientes supuestos.

En primer lugar, la Directiva sobre igualdad retributiva entre hombres y mujeres y de transparencia, se han producido con carácter previo las reformas en el ordenamiento interno sobre el particular, tanto de reforzamiento con rango legal, como de impulso a los Planes de igualdad³¹.

En segundo lugar, con los matices y reparos que se realizarán más adelante, la legislación laboral española se adapta razonablemente bien a las previsiones de la Directiva sobre salarios mínimos adecuados, por medio de la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, así como a través del desarrollo reglamentario vía la aprobación periódica de cada Real Decreto de salario mínimo interprofesional³². A estos efectos, debe tenerse en cuenta que el marco regulatorio de la negociación colectiva y los instrumentos de fomento público de su desarrollo garantizan que tradicionalmente la tasa de cobertura de la negociación colectiva supere el 80%, lo que constituye uno de los objetivos más importantes para todos los Estados miembros. Al propio tiempo, nuestro ordenamiento se decanta tradicionalmente

²⁹ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio de 2023 (BOE 29 de junio).

³⁰ Para una valoración de la transposición por medio del citado Real Decreto-ley nos remitimos al estudio de la profesora M^a Luisa de la Flor Fernández en el presente número de la Revista.

³¹ Arts. 28.2 y 85 Estatuto de los Trabajadores; art. 46.2 Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, conforme a la redacción dada por el RDL 6/2019, de 1 de marzo; Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre (BOE 14 de octubre), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres; Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, BOE 14 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Sobre el alcance de la transposición efectuada en esta materia, ver el estudio en este número de la Revista de la profesora Fuentes Rodríguez.

³² Arts. 27, 82 ss Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero (BOE 16 de febrero), por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023. Sobre el alcance de la transposición efectuada en esta materia, ver el estudio en este número de la Revista del profesor Román Vaca.

por un modelo de fijación por el Gobierno del salario mínimo para todos los trabajadores asalariados, con criterios que, en líneas generales, son respetuosos con los criterios de la Directiva, sin perjuicio de lo que indicaremos más adelante.

En cuanto a las propuestas de Directivas de posible aprobación en el futuro inmediato, puede considerarse que el contenido de algunas de ellas también se contempla en la normativa laboral o general vigente.

En este terreno destaca, sobre todo, la propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas, que no habiendo sido todavía aprobada, sin embargo, ha influido decisivamente cuando el legislador español reformó el Estatuto de los Trabajadores al objeto de introducir la presunción de laboralidad de los repartidores de mercancías a través de dispositivos digitales y el deber de información a los representantes de los trabajadores en relación con la implantación de sistemas de inteligencia artificial y algoritmos³³. En todo caso, nos remitimos también a lo que diremos más adelante sobre los elementos adicionales que deberían ser modificados en la hipótesis de que se llegue a aprobar esta propuesta de Directiva en los términos que se están negociando en estos momentos.

En segundo lugar, en relación con la posible aprobación de la Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial, tenemos la regulación general civil sobre responsabilidad contractual y extracontractual, siempre aplicable al ámbito de lo laboral. Complementariamente a ello, la normativa sobre condenas indemnizatorias por los daños y perjuicios sufridos por conductas discriminatorias, en este caso a través de la utilización de la inteligencia artificial, puede constituir igualmente un instrumento de referencia para la transposición de la Directiva, en la medida en que la misma pone el acento de manera especial en los efectos discriminatorios y, en general, de lesiones a los derechos fundamentales, que puede tener precisamente la inteligencia artificial. No obstante, faltaría por transponer aquello que se refiere a las especialidades contempladas en la propuesta de aplicación de las demandas de responsabilidad al caso concreto de la inteligencia artificial, en particular, por lo que afecta a la exhibición de pruebas y la carga probatoria³⁴.

En tercer lugar, por lo que afecta a la posible aprobación de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas, ha de tenerse en cuenta que la misma se orienta, sobre todo, a la garantía del cumplimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de las empresas, y que el ordenamiento español

³³ Art. 64.4 d y disposición adicional 23ª Estatuto de los Trabajadores, conforme a la introducida por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre (BOE 29 de septiembre). Sobre el alcance de la transposición efectuada en esta materia, ver el estudio en este número de la Revista del profesor Valverde Asensio.

³⁴ Sobre el particular ver el estudio en este número de la Revista de la profesora González de Patto.

contempla, con carácter general, un aparato normativo bastante completo de garantía y tutela de los derechos fundamentales frente a conductas discriminatorias, con especial traslación de reglas específicas para el ámbito laboral³⁵. Adicionalmente, se da la circunstancia de que la totalidad de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, mencionados en el anexo de la propuesta como referente laboral, han sido ratificados por España. En todo caso, el asunto que puede convertirse en más significativo es el relativo a las relaciones comerciales por parte de empresas españolas con empresas de otros países no respetuosas de los derechos fundamentales y libertades públicas. De ahí que los mayores requerimientos de cambios legislativos entre nosotros no derivarían tanto de la aprobación de esta Directiva sino de la propuesta del Parlamento sobre un nuevo instrumento comercial para prohibir los productos elaborados con trabajo forzoso, ya referida.

En cuarto lugar, en la hipótesis de que prosperase la iniciativa de aprobación de una Directiva sobre el derecho a la desconexión digital, nuestro ordenamiento establece un reconocimiento estricto de este derecho, tanto a través de la Ley de Protección de datos como del Estatuto de los Trabajadores, lo que incluye la exigencia de un sistema objetivo, fiable y accesible de medición de la duración del trabajo diario, con una amplia remisión a la negociación colectiva³⁶. Bien es cierto que, con esa amplia remisión a la negociación colectiva, deja abiertos algunos interrogantes, que veremos si, en su caso, precisarían alguna corrección legal: relación de la desconexión digital con los trabajos que exigen períodos de localización fuera del centro de trabajo, deber empresarial de no mandar mensajes o efectuar llamadas más allá del derecho del trabajador a no contestarlas.

4.2. En particular, la Directiva sobre condiciones laborales transparentes

En el terreno de los incumplimientos efectivos se encuentra, sobre todo, la ausencia de transposición de la Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo plazo de transposición concluyó el 1 de agosto de 2022. A tal efecto, durante la legislatura precedente, el Gobierno llegó a elaborar un anteproyecto de Ley de transposición de esta Directiva³⁷. El anteproyecto fue Dictaminado por el Consejo Económico y Social a finales de octubre de 2022, en términos críticos por no haber sido sometido a proceso alguno de concertación social³⁸. A partir de ese instante, la iniciativa gubernamental no prosperó, de modo que no llegó a presentarse proyecto de ley alguno en el

³⁵ Sobre la transposición de esta Directiva, ver el trabajo en este número de la Revista de la profesora Sepúlveda Gómez.

³⁶ Sobre la transposición de esta Directiva, ver el trabajo en este número de la Revista de la profesora Velasco Portero.

³⁷ <https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado/download/b1cdbf75-f3cc-4528-a44b-2a4517537752>

³⁸ <https://www.ces.es/documents/10180/5275470/Dic142022.pdf>

Congreso de los Diputados, con el resultado final de que, en estos momentos, no se ha materializado la transposición requerida. Más allá del contenido del anteproyecto de ley mencionado, que no merece la pena comentar en este trabajo³⁹, el contenido del mismo muestra ya de por sí que la legislación laboral vigente no cumple debidamente con los imperativos de la Directiva en diversas materias.

En la legislación española ya se contempla una regulación bastante amplia de los aspectos contemplados en la Directiva, especialmente por lo que se refiere al deber de información a los trabajadores sobre sus condiciones contractuales⁴⁰. Nos obstante, ello no resulta suficiente, por lo que concurren necesidades de reforma legislativa en nuestro ordenamiento interno, como consecuencia de la falta de transposición de la Directiva, que se manifiestan cuando menos respecto de los siguientes aspectos.

Primero, la normativa española excluye del deber de información a los contratos de duración inferior a las cuatro semanas (art. 8.5 ET), excepción que no se admite en la Directiva.

Segundo, la legislación laboral española no contempla el deber de información al trabajador para cuando se produzca cualquier cambio de la relación laboral que afecte a la información esencial a proporcionar en el momento inicial de la relación laboral (art. 6 Directiva).

Tercero, la legislación española no establece, en términos absolutos, que la duración máxima del período de prueba no podrá ser superior a los seis meses (art. 8.1 de la Directiva), ni la proporcionalidad de la duración del período de prueba para los contratos temporales (art. 8.2 de la Directiva).

Cuarto, la regulación de las horas complementarias para los trabajadores a tiempo parcial es flexible en exceso en cuanto al momento en el que se pueden exigir por el empleador y, probablemente, requiera alguna precisión en orden a perfilar la previsibilidad de su realización.

Quinto, la legislación española permite la exclusividad del trabajador para un solo empleador cuando así se pacte y se compense económicamente (art. 21.1 ET), lo que no se compadece con la exigencia de la Directiva de que ello debe estar justificado por causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses (art. 9.2 de la Directiva).

³⁹ Un análisis del mencionado anteproyecto, valorativo del cumplimiento que se produciría con el mismo de la Directiva en cuestión, en el trabajo del profesor Elorza Guerrero en el presente número de la Revista.

⁴⁰ Art. 8.5 ET. V. RD 1.659/1998, de 24 de julio (*BOE* de 12 de agosto), por el que se desarrolla el artículo 8.5 en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, modificado por la disp. final 2.ª del RD 1.620/2011, de 14 de noviembre (*BOE* de 17 de noviembre) y por el RD 618/2020, de 30 de junio (*BOE* 2 de julio), por el que se establecen mejoras en las condiciones de trabajo en el sector pesquero.

Sexto, ha de entenderse como no admisibles por la Directiva las exclusiones del deber de información previstas para la relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias (art. 1.2 Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio).

4.3. En particular, la Directiva sobre salarios mínimos adecuados

Como ya hemos anticipado, existe en nuestro modelo de relaciones laborales, muy consolidado desde tiempo atrás, la fijación por vía gubernamental del salario mínimo interprofesional, con revisión cuando menos anual, que puede considerarse que, en líneas generales, se encuentra en sintonía con el contenido de la Directiva. Igualmente lo está el modelo de fomento de la negociación colectiva, especialmente con vistas al logro del 80% de tasa de cobertura.

No obstante, cuando menos hay dos aspectos que requerirían una actuación en orden a trasponer debidamente la Directiva.

El primero de ellos se refiere a los criterios que debe tomar en consideración a la hora de fijación de la revisión periódica del salario mínimo, que, en líneas generales, se encuentran en sintonía con lo previsto en la Directiva, pero que presentan también sus déficits. En efecto, la Directiva exige que cada Estado miembro defina los criterios de fijación de los salarios mínimos, que, en todo caso, deben incluir los siguientes elementos: a) el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida; b) la cuantía general de los salarios y su distribución; c) la tasa de crecimiento de los salarios; d) los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo (art. 5.2). Contrastados estos elementos con los criterios establecidos en la legislación española (art. 27.1 ET), cabe decir que ésta última se adecúa en parte a los postulados de la Directiva, siendo precisa alguna modificación legal de adaptación o interpretación finalista de la regulación vigente a efectos de llevar a cabo una correcta transposición al ordenamiento español⁴¹. El poder adquisitivo se conecta directamente con el índice de precios al consumo al que se refiere el Estatuto de los Trabajadores; la cuantía general de los salarios y su distribución se corresponde, en gran medida, con el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional prevista en el Estatuto de los Trabajadores, bastando una relectura de este elemento en relación con lo previsto en la Directiva, sin perjuicio de poder efectuar una transposición con transcripción exacta de lo que contempla la Directiva; la tasa de crecimiento de los salarios podría incluirse igualmente en el anterior, o bien, igualmente, proceder a una transposición más literal de la Directiva; la productividad nacional se encuentra igualmente mencionada en el Estatuto de los Trabajadores.

⁴¹ En parecidos términos, Gimeno Díaz de Aauri, “La Directiva de salarios mínimos adecuados...”, op. cit. pgs. 56 ss.

Por lo demás, la Directiva se refiere a estos elementos como una relación necesaria, pero no cerrada, dado que lo acompaña de la expresión “al menos”. Es lo podría, en principio, habilitar a que el Estatuto de los Trabajadores mantenga como elemento adicional la referencia a “la coyuntura económica general”. Eso sí, ello no deja de suscitar dudas. De un lado, ello sólo sería aceptable siempre y cuando tal elemento no desvirtúe la trascendencia de los anteriores y no se constituya en excusa para no efectuar una revisión salarial periódica, malogrando los objetivos que se pretende por la Directiva a la hora de establecer la necesidad de salarios mínimos adecuados. De otro lado, no puede dejar de tenerse muy presente que la Directiva exige que los elementos a ponderar para determinar la revisión del salario mínimo deben establecer criterios “claros” y resulta bastante evidente que una apelación genérica a la “coyuntura económica general” introduce un concepto jurídico marcadamente indeterminado, que no respeta esa exigencia de claridad, por lo que estimamos constituye el factor más criticable de la regulación en España respecto de la Directiva.

Por lo demás, debe destacarse también que la Directiva, de forma algo confusa, establece que los Estados miembros podrán decidir la ponderación relativa de dichos criterios (art. 5.1). Dicha previsión se puede leer desde luego en términos tales que la Directiva otorga libertad a los Estados miembros para decidir el peso que le atribuye a cada criterio. Pero, adicionalmente, puede interpretarse también en el sentido de que la Directiva está exigiendo que cada regulación de transposición atribuya una concreta ponderación a cada criterio, el que quiera, si bien estableciendo el peso que le otorga a cada uno de ellos. En estos términos no sería suficiente, como hace la regulación española, con efectuar una mera enumeración de elementos, sin especificar el peso que tiene cada uno de estos elementos. La Directiva viene a explicitar por esta vía que desea claridad y transparencia en la fijación de la cuantía del salario mínimo legal, de modo que, sin negar una capacidad de decisión política al Gobierno en esta materia, evite la pura discrecionalidad en su fijación, que es, en última instancia, lo que sucede en España en estos momentos⁴². De ahí que también quepa considerar que la regulación española resulta insuficiente.

El segundo elemento a tomar en consideración se cifra en el hecho de que la Directiva impone a los Estados miembros la creación de órganos consultivos para asesorar a las autoridades competentes sobre cuestiones relacionadas con el salario mínimo legal, debiendo hacer posible el funcionamiento operativo de dichos órganos (art. 5.6). A estos efectos, conviene tener presente que, a pesar de que en algunos Estados miembros existe una larga tradición de desarrollo de este tipo de diálogo social a los efectos de la fijación y actualización de los salarios mínimos, en algunos casos no existen este tipo de órganos consultivos, lo que abocaría a su introducción. Eso sí, no dejan de plantearse problemas en orden a discutir hasta

⁴² En este sentido STS, sala tercera, 7 de octubre de 2020, re. 67/2019, ECLI:ES:TS:2020:3031.

qué punto la propuesta llega a constituir una injerencia injustificada en los modelos políticos y de relaciones laborales propios de los Estados miembros, por cuanto que, desde una perspectiva de lógica interpretación del principio de subsidiariedad, la clave se encontraría en exigir el desarrollo de canales de participación de los interlocutores sociales en esta materia, pero sin necesidad de imponerlo a través de una concreta vía, como sería la institucional formalizada de creación de órganos consultivos sobre la materia.

En todo caso, lo importante a resaltar desde la perspectiva del sistema español es que, en estos momentos, éste no contempla instancia que asuma esa condición de órgano consultivo para asesorar al Gobierno sobre cuestiones relacionadas con el salario mínimo. Es cierto que nuestra normativa contempla un obligado trámite de consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas con ocasión de cada revisión de la cuantía del salario mínimo (art. 27.1 ET). Sin embargo, esta previsión resulta insuficiente para atender al requerimiento de la Directiva, desde una doble perspectiva: por un lado, la Directiva exige la creación de un órgano institucionalizado de consulta y no una mera consulta puntual; de otro lado, las funciones que entiende le corresponde a dicho órgano van más allá del momento puntual en el que se proceda a una revisión de la cuantía del salario mínimo, pues, se entiende, que debe llevar a cabo un seguimiento de los efectos prácticos del régimen jurídico establecido en relación con el salario mínimo, incluido el logro de la tasa de cobertura negocial del 80% y las medidas que procedan en caso de que no se alcance. Por ello, esta es de las pocas materias que requiere una intervención legislativa en España para una correcta y plena transposición de la Directiva. Eso sí, lo que no está exigiendo la Directiva es que ese órgano de consulta lo sea en exclusiva para desplegar tal objetivo, de modo que nada impediría que se tratase de un órgano que asumiese otras competencias en el ámbito del desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, conectada con la negociación colectiva o con la política de rentas salariales. A la vista de ello, una de las posibilidades para nuestro modelo de relaciones laborales sería que la transposición en este punto de la Directiva se efectuase atribuyendo, en concreto, esa función de consulta al órgano tripartito que más se acerca a los cometidos referidos. Me refiero en concreto a la ampliación de las competencias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, órgano consultivo, como su propio nombre indica, de participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, que podría asumir las funciones que venimos comentando sin desvirtuar la naturaleza y el ámbito de actuación que le es propio. Algún autor ha propuesto alternativamente que sea el Consejo Económico y Social quien podría asumir esta función⁴³; a nosotros esta alternativa no nos convence por cuanto que en este otro órgano no existe presencia del Gobierno como tal y, sobre todo, porque existe un heterogéneo grupo tercero de participación de

⁴³ Álvarez Alonso, “Salarios mínimos...”, op. cit, pg. 151.

organizaciones ajenas a las relaciones laborales, no conectadas con lo que para la Directiva son los “interlocutores sociales” (sindicatos y organizaciones sindicales) como protagonistas de esta consultas.

4.4. En particular, la propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas

Por lo que se refiere a esta propuesta de Directiva ya indicamos previamente que en nuestro ordenamiento interno se produjo una reforma legal que avanzaba algunos de los elementos más relevantes de la misma, especialmente por lo que afecta a la presunción de laboralidad y a la participación de los representantes de los trabajadores en la gestión algorítmica por parte de las empresas que pueden afectar a las condiciones de trabajo. No obstante, en idénticos términos, la aprobación de esta propuesta exigiría, sin lugar a duda, otra reforma de profundización en lo ya avanzado. Esta transposición pendiente se produciría, sobre todo, respecto de los siguientes aspectos.

En primer lugar, lo más claro es que entre nosotros se ha introducido una presunción de laboralidad para aquellos supuestos en los que se compruebe que, para el caso concreto de los *riders*, a través de la plataforma digital, se ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo. Indiscutiblemente la norma española, desde la perspectiva subjetiva, es más restrictiva que la previsión de la propuesta de Directiva, en la medida en que se refiere exclusivamente a los *riders* y no genéricamente a todos los trabajos a través de plataforma, lo que requerirá una reforma legal para transponer la Directiva desde este punto de vista subjetivo.

En segundo lugar, más problemático es adivinar si, desde el punto de vista objetivo, la fórmula española es o no más favorable que la prevista en la Directiva. A mi juicio personal no lo es, por cuanto que sólo contempla dos de los indicios previstos en la Directiva (control y organización del trabajo), que son los claves desde la concepción española del carácter subordinado de un trabajo, pero elimina los otros indicios previstos en la Directiva, por lo que, a mi juicio personal, también ello requeriría una reforma legal a los efectos de su correcta transposición, caso de que se aprueba la Directiva en los términos en que se encuentra en la actual propuesta.

En tercer lugar, se encuentra el amplio deber de información a los trabajadores que se contempla en la Directiva, que abarca tanto el ejercicio de las facultades de control o supervisión como el ejercicio de las facultades de decisión que afectan a los poderes organizativos y directivos respecto del trabajo a realizar. En relación con este deber de información, probablemente la legislación española no contemple con idéntica amplitud este deber de información respecto del trabajo subordinado, pero, con toda seguridad, no contempla nada respecto de los trabajadores autónomos para los que la Directiva también lo contempla. Desde esta

perspectiva también sería obligado efectuar algún cambio legislativo a los efectos de transponer la Directiva, caso de que la misma se apruebe.

Finalmente, las medidas a introducir en materia de transparencia sobre la evolución del trabajo en plataformas, especialmente dirigidas a que pueda emerger la contratación de falsos autónomos en el trabajo en plataformas, también requería la correspondiente modificación en nuestro ordenamiento interno.

4.5. En particular, la Directiva sobre conciliación laboral y familiar

En esta materia el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, ha procedido a efectuar una transposición completa de la Directiva. En estos términos, el ordenamiento español ha cumplido prácticamente todas las pautas establecidas en dicha Directiva. No obstante, alguna duda se suscita en torno al llamado permiso parental introducido con este Real Decreto-ley e incorporado al Estatuto de los Trabajadores (arts. 45.1 o y 48 bis ET), que se presume está transponiendo lo previsto en la Directiva cuando contempla una medida a la que también denomina expresamente permiso parental (arts. 5 y 8 de la Directiva). Conforme a la nueva regulación en nuestro ordenamiento interno los trabajadores tienen derecho a un permiso parental, para el cuidado de hijo o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. Este permiso se contempla como un nuevo supuesto de suspensión de la relación laboral, con una duración no superior a ocho semanas. Comparado con lo previsto en la Directiva, es necesario realizar dos aclaraciones.

Primera, la Directiva contempla que el permiso parental debe ser de cuatro meses, cuando el precepto del Estatuto al que nos referimos aquí lo fija sólo en dos meses (ocho semanas). A tal efecto debe tenerse en cuenta que la Directiva permite que se puedan tener en cuenta a estos efectos cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia (art. 20.6 de la Directiva). Esto último permite interpretar que los otros dos meses se encuentran reconocidos en nuestro ordenamiento a través, bien del permiso por nacimiento (arts. 45.1d y 48.4 ET), o bien de la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET).

Segunda, la Directiva contempla que quienes disfruten del permiso parental durante dos meses tienen derecho a recibir “una remuneración o una prestación económica” (art. 8). En estos momentos la legislación española no prevé ninguna remuneración durante el permiso parental propiamente dicho, dado que, como hemos indicado, se trata de un supuesto de suspensión contractual. Tampoco se contempla para esta concreta suspensión una prestación económica alternativa, que sería, en su caso una prestación de Seguridad Social o pública. En todo caso, ello no constituye un incumplimiento del deber de transposición, por dos motivos básicos; uno, que, de nuevo, puede entenderse que esos dos meses con derecho a una contraprestación económica se cubren con la suspensión por nacimiento que sí contempla expresamente una prestación de Seguridad Social durante su

disfrute; dos, que la propia Directiva prevé que la concreta transposición de esta prestación económica puede realizarse hasta agosto de 2024 (art. 20.2), por lo que el legislador español podría considerar que tiene hasta esa fecha para incorporar el derecho a una prestación pública sustitutiva del salario durante el tiempo de suspensión contractual.