

**REFUNDAR EL ORDENAMIENTO LABORAL PARA
JURIDIFICAR PLENAMENTE EL PRINCIPIO DE JUSTICIA
SOCIAL Y EL TRABAJO DECENTE**

***REFOUNDING LABOR REGULATIONS TO REGULATE IN FULL
RIGHT THE PRINCIPLE OF SOCIAL JUSTICE AND DECENT
WORK***

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

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

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESS)

Artículo recibido el 15 de diciembre de 2018

Artículo aceptado el 27 de diciembre de 2018

RESUMEN

Hablamos de refundar y modernizar el Derecho del Trabajo. Pues bien, las primeras interrogantes interrelacionadas que hay que plantear son las siguientes: ¿Modernizar para qué? ¿Refundar en qué sentido? A estos interrogantes se les puede dar una respuesta neoliberal que no parte de la garantía multinivel de los derechos fundamentales (más bien se puede decir que es ajena al lenguaje de los derechos), sino ante todo de establecer la creación de mercados de trabajo flexibles neutralizando o dejando en un segundo plano la finalidad fundamental del ordenamiento laboral de reducir la desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral y empoderar a los trabajadores a través de la reconocimiento del papel sociopolítico de las organizaciones sindicales de identidad colectiva del

trabajo¹. Pero cabe otro tipo de respuesta radicalmente diferente, partiendo de que esos interrogantes incorporan un fin de política del Derecho, que en el constitucionalismo con Estado Social de Derecho no puede ser otra que la de garantizar la efectividad plan de los derechos sociales fundamentales y para que el Derecho del Trabajo sea una rama del ordenamiento jurídico que garantice un doble equilibrio: entre la racionalidad económica y la racionalidad social, por un lado, y por otro, un equilibrio de los poderes empresariales y sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales fundamentales; justicia social; trabajo decente; garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales; Derecho flexible del trabajo; Constitucionalismo con Estado Social de Derecho; Tratados de la Unión Europea; Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Carta Social Europea; Pilar Europeo de Derechos Sociales; Comité Europeo de Derechos Sociales; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

We are talking about refounding and modernising labour law. Well, the first interrelated questions to ask are the following: modernize for what? refounded in what way? These questions can be given a neoliberal response that does not part of the multilevel guarantee of fundamental rights (rather it can be said that it is alien to the language of rights), but above all to establish the creation of flexible labour markets Neutralizing or leaving in the background the fundamental purpose of labor management to reduce the economic and social inequalities inherent in the employment relationship and empower workers through the recognition of the socio-political role of organizations Union of collective work identity. But there is another kind of radically different response, assuming that these questions incorporate an end to policy of law, that in constitutionalism with a Social status of law can not be other than to ensure the effectiveness of the plan Fundamental social rights and for the right of Labour to be a branch of the legal system which guarantees a double balance: between economic rationality and social rationality, on the one hand, and on the other, a balance of business and trade union powers in the exercise of freedom of association, collective bargaining and strike.

KEY WORDS: Fundamental Social rights; Social justice; Decent work; Multi-level guarantee of fundamental social rights; Flexible work right; Constitutionalism with a

¹ Esta es la propuesta subyacente a la Documento de la COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006 COM(2006) 708 final.

Social state of law; European Union treaties; Community Charter on the social rights of workers; Charter of Fundamental Rights of the European Union; European Social Charter; European Pillar Social Rights; European Committee of Social Rights; Court of Justice of the European Unión; European Court of Human Rights.

SUMARIO

- 1.-Los derechos sociales fundamentales se enmarcan en el proceso de juridificación del principio civilizatorio de “Justicia Social”.
- 2.-La garantía de los derechos sociales fundamentales y el “Pilar Europeo de Derechos Sociales”.
- 3.-La propuesta de un estándar de protección social en la Unión Europea: un Derecho Europeo de la Seguridad Social.
4. Derecho Flexible del Trabajo y debilitamiento de la fuerza normativa conformadora de las constituciones sociales: La pretensión de “desconstitucionalizar” por cauces extraconstitucionales los principios y derechos constitucionales.
5. La “constitucionalización” plena de los Derechos Sociales en el Sistema de los Tratados de la Unión.
- 6.-Bibliografía.

“El Estado constitucional presupone que las personas, es decir, los ciudadanos, tienen un interés en la “búsqueda de la verdad”; donde el interés por la verdad es ya la meta a alcanzar”. PETER HÄBERLE²

“Por qué nos hemos quedado ciegos, No lo sé, quizá un día lleguemos a saber la razón. Quieres que te diga lo que estoy pensando, Dime, Creo que no nos quedamos ciegos, creo que estamos ciegos, Ciegos que ven, Ciegos que, viendo, no ven”. José SARAMAGO³

1. Los derechos sociales fundamentales se enmarcan en el proceso de juridificación del principio civilizatorio de “Justicia Social”

² HÄBERLE, P.: *Verdad y Estado constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, págs. 133-134.

³ SARAMAGO, J.: *Ensayo sobre la ceguera*, trad. B. Losada, Santillana Ediciones Generales/Suma de Letras, 2002, págs. 438-439.

Hablamos de refundar y modernizar el Derecho del Trabajo. Pues bien, las primeras interrogantes interrelacionadas que hay que plantear son las siguientes: ¿Modernizar para qué? ¿Refundar en qué sentido? A estos interrogantes se les puede dar una respuesta neoliberal que no parte de la garantía multinivel de los derechos fundamentales (más bien se puede decir que es ajena al lenguaje de los derechos), sino ante todo de establecer la creación de mercados de trabajo flexibles neutralizando o dejando en un segundo plano la finalidad fundamental del ordenamiento laboral de reducir la desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral y empoderar a los trabajadores a través de la reconocimiento del papel sociopolítico de las organizaciones sindicales de identidad colectiva del trabajo⁴. Pero cabe otro tipo de respuesta radicalmente diferente, partiendo de que esos interrogantes incorporan un fin de política del Derecho (R. v. Ihering)⁵, que en el constitucionalismo con Estado Social de Derecho no puede ser otra que la de garantizar la efectividad plan de los derechos sociales fundamentales y para que el Derecho del Trabajo sea una rama del ordenamiento jurídico que garantice un doble equilibrio: entre la racionalidad económica y la racionalidad social, por un lado, y por otro, un equilibrio de los poderes empresariales y sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

La eficacia real de los derechos fundamentales, como en el fondo la de todos los derechos que se tengan por tales mirados desde el punto de vista del sistema jurídico, depende íntimamente de la concurrencia de determinados presupuestos objetivos, de entre los cuales interesa aquí señalar los que revisten un carácter estrictamente jurídico (factores jurídicos determinantes de la existencia de los derechos sociales fundamentales). La existencia como realidad jurídica de un derecho *social* fundamental requiere de la actualización de dos tipos de requisitos interdependientes, a saber: el supuesto técnico-jurídico general de "positividad" y un sistema de garantías jurídicas e institucionales a través de determinadas técnicas específicas de organización jurídica.

No hay inconvenientes técnicamente relevantes para afirmar la existencia, desde el punto de vista filosófico o axiológico, de derechos humanos sociales ("valores humanos") cuya protección reclama la sociedad de los poderes públicos constituidos. Ahora bien, se convendrá que para que tales derechos humanos tengan la consideración de derechos subjetivos, alegables o simplemente apreciables para su protección como tales frente a (o por) los Tribunales de Justicia, deben ser reconocidos e incorporados al orden jurídico. Y, aun así, esta "recepción" de los principios o valores de carácter socio-económico al ordenamiento jurídico-laboral se puede producir, como es bien sabido, en virtud de distintos "niveles" de reconocimiento perfectamente diferenciados: o bien como

⁴ Esta es la propuesta subyacente a la Documento de la COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006 COM(2006) 708 final.

⁵ IHERING, R.V.: *El fin en el Derecho*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2ª ed., 2011; *Ibid.*, *La lucha por el Derecho*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

principios o "valores fundamentales" de alcance programático; o como normas de organización sin aplicabilidad directa e inmediata y sin que, en consecuencia se atribuyan a sus titulares destinatarios verdaderos derechos subjetivos plenamente alegables, y apreciables en cuanto tales, ante los Tribunales; o bien, en su más perfecta "normatividad" jurídica, es decir, que esos valores sean garantizados en reglas positivas de las que deriven el reconocimiento de derechos subjetivos fundamentales de eficacia jurídica bilateral. En realidad, el tránsito de los valores humanos social y políticamente relevantes a los valores superiores positivados (es decir, situados en el marco de un sistema jurídico-positivo) o a los derechos en sentido estrictamente jurídico -con la atribución de los poderes jurídicos correspondientes- sólo se produce en el momento de su normatividad, y en puridad con su normación positiva al más alto nivel al otorgarles, ya sea en el plano nacional como en el internacional, un rango superior o de supralegalidad que permita la conformación del contenido esencial del derecho mediante su institucionalización jurídico-constitucional, sustrayéndolo a la disponibilidad del legislador ordinario; es decir, los derechos fundamentales han de ser dotados y formar parte de las garantías institucionales de la Constitución o instrumento jurídico fundamental de un determinado ordenamiento jurídico. (Conviene matizar la cualidad-condición *iuris* como derechos subjetivos de los derechos fundamentales en la forma típica de garantía de los mismos. En una perspectiva general y comparada, se puede decir que tales derechos no necesariamente tienen que ser configurados como derechos subjetivos propiamente dichos; pueden ser estructurados a través de otras situaciones jurídicas subjetivas activas, como señaladamente, los intereses legítimos, poderes, facultades, cargas, etc. Aparte de que, como se verá inmediatamente, es pertinente tener en cuenta el posible reconocimiento constitucional de principios jurídico-laborales en *normas de organización*, definitorias de los fines a perseguir por los poderes públicos)

El segundo de los supuestos jurídicos determinantes del reconocimiento de los derechos fundamentales consiste en que estos derechos sean organizados con arreglo a las técnicas específicas que más se correspondan con su naturaleza y funcionalidad intrínseca. Es pertinente recordar, en particular, que los llamados derechos de carácter económico-social (y asimismo los de contenido "cultural") exigen normalmente técnicas de protección y de garantía singulares debido a su especial naturaleza y funcionalidad, comportando, en general, una acción positiva de los poderes públicos constituidos en orden, según los casos, a promover las condiciones necesarias para su efectividad (en cuanto libertad preordenada a conseguir una mayor igualdad y emancipación social de los trabajadores); o, en un plano diverso, a programar y organizar determinadas actuaciones positivas de prestación pública, tratándose, en éste último caso, de normas positivas determinantes, que prefijan y conforman los fines sociales que han de ser alcanzados por los poderes públicos (La elaboración conceptual de este tipo de garantías es ante todo tributaria de las aportaciones de la dogmática constitucional alemana). Los derechos sociales fundamentales son derechos frente al Estado o poder público en demanda de acciones fácticas positivas; son derechos que en caso de desatención son

justiciables o exigibles por vía judicial. En realidad, la positivación de los derechos humanos de contenido social adquiere una *concretización garantista múltiple*, según su particular forma de positividad en el ordenamiento como derechos subjetivos, su formulación más acabada, o principios de política social ("normas de fin"), expresándose jurídicamente en una amplia gama de situaciones jurídicas subjetivas, que van desde la mera expectativa o interés simple hasta el derecho subjetivo.

Estamos, pues, ante dos modos de organización jurídica de los derechos sociales que presentan en común una premisa sustancial: La conveniencia político-jurídica, previa a la precisa opción técnica concreta determinante de su organización, de que dichos derechos sociales exigen *más principalmente que otros derechos* - nótese que sólo más principalmente-, incluidos los considerados fundamentales (aunque difícilmente encontrará hoy una objeción seria el hecho de que operativamente todos los derechos fundamentales exigen, en cierto modo, y en cierta medida, algún tipo de acción positiva del poder público de cara a garantizar la plena efectividad de los derechos facilitando sus condiciones de realización), una acción positiva que los promueva removiendo todos aquellos obstáculos que impidan su efectividad, y que los garantice, con frecuencia, mediante una acción prestacional de carácter público, con la finalidad de hacer valer los componentes igualitarios de tales derechos sociales. Este relativamente distinto modo de organización jurídica depende de la concreta voluntad política ("política de derechos fundamentales", se así se quiere llamar) que esté llamada a decidir sobre la oportunidad de positivizar aquellos valores fundamentales para el orden de convivencia formalizado jurídicamente en la Constitución.

Ciertamente, para que singularmente los derechos sociales puedan entenderse tutelados no basta que sean reconocidos y sea declarada meramente su virtual existencia, necesitan ser garantizados de modo específico y apropiado. Efectivamente, la protección de los derechos sociales exige técnicas específicas de organización jurídica, porque operativamente los derechos de contenido socio-económico *no se organizan por sí mismos* constituyendo simples límites de la acción estatal, como se ha venido afirmando, no sin cierta inexactitud, respecto a los derechos de libertad clásicos, reconocedores de una esfera de acción autónoma al ciudadano considerado en su máxima individualidad, ante todo, frente al Estado. Los derechos sociales adquieren la matizada naturaleza, según el tipo de derecho de que se trate en cada caso, de libertades de emancipación y participación, individual y colectiva, y derechos a prestaciones públicas, acentuando con ello los componentes igualitarios de los derechos de libertad tradicionales. Es atendiendo a esta naturaleza singular de los derechos sociales (tanto los de pura libertad como los de contenido prestacional) por lo que se requiere de mecanismos especiales de promoción y de garantía pública que permitan su real disfrute. A este respecto, las garantías liberales negativas (propias del Estado de derecho liberal) se matizan y complementan mediante la instrumentación de garantías sociales positivas (correspondientes al Estado de derecho social corrector de los elementos desviantes del sistema liberal), que para ello requieren, con suma frecuencia, de prestaciones positivas de los poderes públicos en beneficio de

los ciudadanos. Es, por otra parte, ese *garantismo social* la base de la democracia sustancial (democracia social, a secas) sobre el que se cimenta el sistema político del Estado social moderno, constituyendo así este garantismo una condición para la realización del principio democrático. La democracia sustancial introduce un tipo de legitimación sustancial complementaria de la legitimación formal. La democracia constitucional refleja un *modelo pluridimensional* de democracia, que unifica en un todo las dimensiones formal y sustancial del sistema democrático. La democracia constitucional se basa en razones sociales (democracia social) y, a su servicio, el Estado Social se convierte en su instrumento privilegiado de realización efectiva. Ha de realizarse que la democracia constitucional –la democracia propia del constitucionalismo social- es un sistema político complejo, basado (fundado) sobre los límites y sobre vinculados jurídicos impuestos a todos los poderes existentes, públicos y privados, estatales y supraestatales, para la tutela de la paz y de los derechos fundamentales de todos⁶⁶. Se comprende así que “la democracia, el desarrollo y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente... La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, y el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero” (Párrafo 8 de la Declaración de los Derechos Humanos de Viena, de 1993, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, el 25 de junio de 1993). Se realiza “que se dé prioridad a la adopción de medidas nacionales e internacionales con el fin de promover la democracia, el desarrollo y los derechos humanos” (Párrafo 66 de la Declaración de los Derechos Humanos de Viena, de 1993, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, el 25 de junio de 1993).

El constitucionalismo social ha transformado profundamente la naturaleza del Derecho y de la democracia moderna, imponiendo a la política límites y vínculos sustanciales, la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, de manera que actualmente el entero edificio de la democracia constitucional se cimenta sobre esa doble dimensión procedimental y sustancial (que remite a valores superiores y derechos fundamentales garantizados como base de la convivencia en una sistema democrático que merezca la condición de tal). Desde esta perspectiva, la Constitución o norma de valor fundamental adquiere no sólo una dimensión formal o estructural, sino también una dimensión axiológica o valorativa. Los derechos fundamentales son fuente de legitimación del proceso constituyente europeo. Esa dimensión social de la democracia se añade a la formal propia del Estado de Derecho clásico, y permite condicionar las decisiones formalmente democráticas al obligado respecto de los contenidos que se impone deducir de los derechos fundamentales. De este modo, se introduce un principio de legitimidad material sobreañadido a la estricta legitimidad formal y procedimental del

⁶⁶ FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, *Prefacio*, y el desarrollo de esta idea en el cap. 11, contraponiendo los derechos fundamentales a los derechos meramente patrimoniales.

Estado democrático. La garantía de los derechos fundamentales es inherente al Estado democrático contemporáneo, existiendo una relación de condicionamiento mutuo entre los derechos fundamentales y la democracia: la unidad de la democracia y “*rule of law*”. Precisamente el Estado social ha tratado de introducir limitaciones y amortiguadores a los efectos perversos de la economía de mercado y los procesos de acumulación del capital, garantizando cierta efectividad de los derechos fundamentales. En el lado inverso la protección de los derechos humanos en su dimensión social tiende a percibirse en la coyuntura actual como un obstáculo para el funcionamiento eficiente del mercado.

Algunos instrumentos jurídicos internacionales se ocupan de delimitar (como sí lo hace paradigmáticamente el PIDESC y la Carta Social Europea de Turín de 1961, revisada en 1996, dotando a los derechos de un contenido esencial y de obligaciones de respeto y promoción impuestas a los poderes públicos) un “contenido esencial” (tan sólo podría tenerse “por referencia” a la Convención Europea y a las tradiciones y prácticas de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales; referencia a las “prácticas” que en la que subyace la idea de que la realidad del Derecho no se agota en las normas, pues comprende la práctica y la experiencia jurídica). Esta falta de delimitación del contenido esencial en el propio instrumento de garantía podría comprometer su carácter conformador de los derechos fundamentales que instituye. El “contenido esencial” de los derechos fundamente constituye en sí mismo una garantía sustancial de los derechos fundamentales, a modo de una zona resistente e infranqueable (siempre difusa, ya en sí partiendo del dato jurídico de que el “contenido esencial” es típicamente un *concepto jurídicamente indeterminado* de difícil precisión) del derecho impuesta a las normas europeas y a las legislaciones de los países miembros. En caso de conflicto, al orden jurisdiccional competente la tarea de precisar dicho “contenido esencial”. La mejor doctrina ha tratado de atenuar el rigorismo de la contraposición de las teorías absoluta (lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídica fundamental) y relativa (indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales) en el sentido de pragmática integración de los elementos teóricos operantes, bajo el prisma de la ponderación de bienes y componentes absolutos no relativizables. De manera que el “contenido esencial” no es tanto algo limitable y limitado en términos de “parte del derecho”, cuanto algo a confirmar por el legislador⁷.

La garantía del contenido esencial refuerza la protección de los derechos fundamentales frente a posibles actuaciones lesivas de los poderes públicos. Refleja el “arte del compromiso” y la base de adecuación de las reglas al cambio social. Los derechos

⁷HÄBERLE, P.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Ed. Dykinso, 2003; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M.: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española*, Granada, Ed. Comares, 1996.

fundamentales deben ser garantizados por los poderes públicos. Y respetando ese contenido esencial sólo podrán introducirse limitaciones al “ejercicio de los derechos y libertades” reconocidos en la Carta, dentro del principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art.52.1 CDFUE). El principio de proporcionalidad exige que haya una ponderación de los fines y bienes jurídicos tutelados, pero de tal manera que la identidad de fines y valores del derecho fundamental de que se trate –y que lo hacen reconocible como tal- no se encuentre afectada en sí por ninguna restricción o limitación jurídica.

Pero en la tradición del constitucionalismo democrático-social se encuentra decididamente en crisis, con la ruptura del paradigma garantista de los derechos fundamentales y señaladamente de los derechos sociales, y, en definitiva, con el cuestionamiento permanente de la misma dimensión sustancial de la democracia. Sirve también para la Constitución social y la institucionalización de los derechos el aserto según el cual “la constitución y los derechos valen lo que valen sus garantías”. Estas son realmente incompletas, por el momento. Ello implica que se produce *una ruptura con el paradigma garantista*. Los derechos exigen posibilidades de garantía y desarrollo legislativo comunes y, especialmente, una acción jurisdiccional eficiente (el derecho de acción judicial forma parte del derecho en sentido técnico-jurídico, no es un elemento propiamente externo, sino interno al derecho mismo). La constitución social por valores o principios no opera como norma condicionante de la legislación infraconstitucional y de las prácticas de los actores (aunque no carece de esa fuerza normativa vinculante bilateral que es propia de una constitución normativa o garantista o, en nuestro caso de valor constitucional).

Lo que está cristalizando es la definición de una constitución liberalizante en sus pilares fundamentales: una constitución flexible del trabajo que es lo que ya se está configurando actualmente en las prácticas de los sistemas nacionales. La nueva versión de esa constitución flexible del trabajo son las políticas de flexiseguridad liberal impulsadas por las instancias políticas de la Unión, que muchos países traducen como una ruptura del respecto al modelo del garantismo jurídico-social (Estado garantista) propio del Derecho del Trabajo Clásico. Resulta significativo el proceso de construcción europea. El modelo social que cristaliza en el Sistema de los Tratados de la UE –tras la reforma realizada por el Tratado de Lisboa- supone una respuesta en gran medida insuficiente respecto de la lógica que sería propia a un modelo garantista de derechos fundamentales socio-económicos en el marco de un proceso “constituyente” de un sistema político-democrático avanzado. Desde luego, no se corresponde con una opción maximalista que supondría el reforzamiento de los poderes decisionales de la Unión, ampliando sus competencias al ámbito de las políticas del *welfare* y generalizando la regla de la mayoría para tales decisiones. Así pues, el reconocimiento de derechos sociales fundamentales, que no se sostengan sobre políticas e instituciones europeas coherentes, se expone al riesgo de erigirse simplemente en una especie de *soft law* al máximo nivel.

Se están produciendo reformas anómalas de la Constitución (Norma Fundamental), con perfiles de ilegitimidad, a modo de un proceso deconstituyente⁸.

Se trata de un modelo de “constitucionalismo débil” o debilitado, no reconducible al constitucionalismo social “garantista”; formas “blandas” de orden constitucional. Ese modelo de constitución “débil” supone la pérdida en gran medida de la función garantista; es, ésta, una concepción que constituye la base constitucional del nuevo Derecho Flexible del Trabajo. No hay un “garante” de los derechos constitucionales en la medida que el desarrollo de los derechos fundamentales a través de las políticas concretas comunitarias se somete a un régimen de reglas competenciales que permanecen inalteradas, lo que relativiza que estemos ante un hipotético hito “revolucionario” en la perspectiva de la construcción de la unidad europea. Paradigmáticamente, el Sistema de los Tratados de la UE es una constitución débil –un instrumento débil-, no en el sentido de que no tenga valor normativo (que lo tiene), sino en el sentido más específico de que consagra en muchos aspectos (especialmente los relativos a los derechos sociales) un grado de vinculación débil respecto del legislador comunitario y nacional. La “Constitución social europea” como constitución débil se limita a consagrar un conjunto de valores, principios y derechos abstractamente formulados, sin contenidos garantistas seguros y prefiguradores de la actividad legislativa pública. La “Constitución Social débil” se convierte en una suerte de centro de referencia jurídico-político flexible de la prácticas de los actores en conflicto, perdiendo su cualidad de prefiguración de un orden económico social concreto. La Constitución Social Europea se caracteriza por la proliferación de fórmulas coactivas “blandas” (*soft law*). De este modo la Constitución débil es una Constitución jurídica mínima y flexible. Casi todo es plenamente disponible por la política legislativa. Es suficiente reparar en el “informador” y “persuasivo” del “Libro Verde” de la Comisión Europea para comprobar que “modernización” sinónimo de “liberalización” y reducción de garantías y derechos sociales⁹. Este enfoque del “Libro Verde”, que deja en un segundo plano la garantía de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, sólo puede conducir a una suerte de “*modernización regresiva y restringida*”, con una generalización del trabajo precario, esto es, un mercado de trabajo más desigual, en el que hay más precariedad, y una sociedad más fragmentada y más individualista e insolidaria. Un crecimiento económico que no se hace acompañar de

⁸ Puede consultarse, FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, pág. 52; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas, núm. 160 (2013), págs. 17-62; *Ibid.*, *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 508 y sigs. (“El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos”), y 522 y sigs. (“El paulatino desplazamiento del constitucionalismo Europeo por el constitucionalismo débil neoliberal. La ruptura del paradigma de democracia sustancial”).

⁹ COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación sobre “Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, de 22 de noviembre de 2006. COM (2006) 708 final; y COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, de 27 de junio de 2007. COM (2007) 359 final.

progreso y cohesión social¹⁰. Conforme más se desregulan y flexibilizan las relaciones laborales y la generalización de la incertidumbre e inseguridad social endémica, más rápidamente se avanza de una sociedad del trabajo con garantías a otra de riesgos incalculables tanto desde el punto de vista de las personas como del Estado. Por ello, ante la emergencia del “Estado de mercado”, deberían buscarse nuevas vías para domesticar el mercado y evitar la remercantilización del trabajo como uno de los principales factores de inseguridad social. Corresponde a los sistemas públicos de regulación imponer –para lograr la cohesión social- el predominio del interés general sobre la competencia concurrente de los intereses privados. En este sentido, el Derecho Social (del Trabajo y de la Seguridad Social) debe constituir un garante mínimo de la dignidad, de la libertad y del derecho a la existencia de las personas (trabajo decente y protecciones sociales). Es así que puede contribuir a civilizar las relaciones sociales domesticando el mercado y artículo un conjunto de protecciones sociales y de derechos de “desmercantilización” (otorgan o confieren poderes y posiciones activas de ventaja a los trabajadores o a las personas en general que reducen su dependencia respecto del mercado en cuanto instancia de provisión selectiva del bienestar social).

Por el contrario, la “Constitución Económica Europea” –configurada en el Sistema de los Tratados de la UE- es una Constitución “fuerte” aunque incompleta por la inexistencia de una gobernanza integral de la Unión, que garantiza las bases constitutivas (derechos y libertades fundamentales de los agentes económicos, las reglas de juego indispensables para su funcionamiento; esto es, la constitución económica refiere al marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica) de un sistema económico de libertad de empresa en el marco de la economía del mercado interior comunitario. De este modo, por decirlo en esto con Carl Schmitt, la Constitución incorpora una decisión política fundamental sobre el modelo económico construido sobre la reafirmación de la primacía absoluta de la iniciativa empresarial y del principio de competitividad económica impulsada activamente por la nueva forma de “Estado-mercado”. Todo lo cual refleja la opción por la subordinación del Derecho social (razón jurídico-social) al Derecho de la economía (razón jurídico-económica). La Constitución Social Europea “flexible” materializa un status de ciudadanía subordinado del trabajador y un gobierno global de la economía más liberado de limitación y cargas derivadas de las garantías sociales imperativas propias del constitucionalismo social clásico. Con todo, la constitución económica europea es una constitución “fuerte” y *definidora de un orden económico concreto* y determinado, destinarse a imponerse a la pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales. La disolución de los valores esenciales de la sociedad del trabajo regulada, con la ruptura de un vínculo histórico entre capitalismo, Estado del

¹⁰NACHTWEY, O.: *Sociedad del descenso. Precariedad y desigualdad en la era posdemocrática*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2017. El fenómeno ha sido objeto de análisis y reflexión crítica, BECK, U.: *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2000; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la exclusión social*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

Bienestar y democracia. Así se renuncia a un tipo de legitimidad democrática para desplegar la utopía neoliberal de un mercado autorregulado¹¹ con apoyo del Estado intervencionista de mercado (Estado de mercado). Y entretanto la “flexibilidad del mercado de trabajo” se convierte en la nueva letanía política (dogma acrítico e indiscutido de “idea política”), que pone en guardia a las estrategias defensivas clásicas. Flexibilidad también significa que el Estado y la economía trasladan los riesgos al individuo. Ahora los trabajos que se ofrecen son precarios¹². En este contexto el Derecho Flexible del Trabajo (formalizador de la constitución flexible del trabajo) supone una ruptura del Derecho Social del Trabajo Clásico garantista (la constitución del trabajo) del Estado social. El modelo se consolida con las reformas legales del mercado de trabajo de las últimas décadas. Estas reformas suponen un cambio de modelo normativo de Derecho del Trabajo, introduciendo una mutación legal de la constitución social y de su programa normativo. El Derecho del Trabajo aparece por momentos regulativos como un Derecho “invertido” respecto a las previsiones constitucionales y de las normas internacionales, sin que formalmente se haya procedido a una reforma constitucional en los términos previstos en el propio texto constitucional, ni se hayan operados revisiones de los textos internacionales. El Derecho del Trabajo se hace más unilateral y desequilibrado, en la medida en que se subraya más su condición de instrumento regulador del mercado respecto a su papel de garante de derechos sociales de la ciudadanía.

En el cambio de paradigma de la constitución garantista a la constitución débil emerge la idea de una constitución por valores o principios. Su efecto es la pérdida de fuerza normativa conformadora del texto constitucional, que supone que la Constitución pierde sensiblemente parte de su espacio regulador y delimitador de las materias que ordena a favor de la mayor libertad de libre configuración del legislador infraconstitucional. De este modo se ve afectada la relación interfuente entre texto fundamental o Constitución y legislación ordinaria, pues ésta pueda actuar con mayor margen de discrecionalidad con el único límite de atenerse al sistema de valores o principios consagrados en el texto fundamental –que sólo formalmente sigue operando como “norma fundamental” del ordenamiento jurídico nacional o europeo-. Ello pone de relieve *el carácter tendencialmente indecisorio* de los nuevos textos constitucionales o de valor constitucional que se orientan hacia esa constitución flexible por valores o principios, siempre marcados por un cierto relativismo (Ello evoca lejanamente la idea de “constitución sin decisión” de Otto Kirchheimer¹³, aunque aquí adquiere un carácter singularmente más matizado, pues de lo que se trata es también de cuestionar el

¹¹ POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1989; ROSANVALLON, P.: *Le capitalisme utopique. Histoire de l' idée de marché*, París, Editions du Seuil, 1999 (1ª ed., 1979).

¹²Paradigmática, BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 1998, págs. 175 y sigs.; *Ibid.*, *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2007.

¹³Véase KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política*, edición y estudio preliminar, “Estado y democracia en *Otto Kirchheimer* (pp. 17-185)”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001.

constitucionalismo social –el garantismo social- en sí sobre el cual se ha construido la forma política del Estado Social contemporáneo).

La idea de una “des-materialización” de los textos constitucionales conduce a reforzar su condición de “constituciones procedimentales”, delimitadoras de las reglas del juego en la que se mueven los actores del sistema político y social en el marco del pluralismo. Esta idea de Constitución tiende, pues, a contraponerse a la concepción de Constitución defendida por el constitucionalismo democrático-social, se trataba de combinar el juego de las racionalidades concurrentes (racionalidad formal, racionalidad material y racionalidad reflexiva u horizontal). Este es el sentido político-jurídico del paulatino desplazamiento de la constitución normativa fuerte (constitución garantista) a la constitución jurídica débil o debilitada en su fuerza conformadora de la sociedad que organiza. La pérdida de autonomía y fuerza decisoria de los textos constitucionales flexibles o débiles está servida. Y tras de ese desplazamiento se produce lentamente un nuevo desplazamiento del Estado Social garantista al Estado de competencia económica”, que es una forma estatal fuertemente comprometida con el apoyo al mercado y las fuerzas económicas operantes en dicho espacio económico. El Estado de competencia económica y su emergente proyección paradigmática a la Unión Europea como Unión de Competencia económica o de Unión de Mercado supone subordinar el modelo social al modelo económico, esto es las protecciones sociales a las necesidades de flexibilización del mercado en la transformación constante del capitalismo como exigencia de supervivencia. En la nueva forma del Estado de competencia, éste aparece como una condensación políticas de las relaciones socio-económica nacionales e internacionales, poniéndose al servicio de la competitividad de las empresas. En este sentido se cerraría el círculo abierto con la gran transformación de la modernización industrial, en el sentido de que verdaderamente la economía de mercado se convierte en una “sociedad de mercado” (una sociedad “para” el mercado). Se ha podido hablar de Estado competitivo schumpeteriano¹⁴ (o, mejor por ser más exacto, de “Estado Mercado”), forma de Estado (expresión contemporánea de una condensación institucionalmente mediada del equilibrio de fuerzas en la lucha política) que tiene como función principal el fomento de las condiciones económicas y extraeconómicas necesarias para garantizar el crecimiento económico, el buen funcionamiento de la economía y la acumulación rentable del capital. Tiene como prioridad la búsqueda de estrategias encaminadas a crear, reestructurar y reforzar las ventajas competitivas de su territorio, población, medio ambiente, instituciones y actores económicos. El Estado competitivo otorga una especial atención el cambio tecnológico, la innovación empresarial y el desarrollo de nuevas técnicas de gobierno y gobernanza. Se presentan como promotores proactivos de la competitividad en sus espacios económicos ante el recrudecimiento de la competitividad internacional y regional. La tendencia es a subordinar los sistemas extraeconómicos y del mundo de la

¹⁴Así, JESSOP, B.: *El Estado. Pasado, presente y futuro*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2009 (2ª ed., 2017), capítulos 8, 9 y 10; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

vida a las exigencias de la competitividad predeterminadas en la fase actual de globalización económica que requiere políticas económicas de escala. Por lo demás, el contexto de la globalización económica neoliberal está incidiendo negativamente en la *efectividad social real* de los derechos humanos. Para ello resulta necesario reducir la distancia entre normatividad y efectividad. Con las dificultades de gobernabilidad del Estado nación de ciertos procesos se expande la racionalidad del mercado a espacios no exclusivamente económico, con una cierta dilución de las fronteras entre lo público y lo privado, haciéndose prevalecer los criterios de eficiencia, productividad y competitividad sobre costes de los criterios sociales políticamente consensuados en las formas de democracia representativa. En todo caso, interesa realzar que la Carta (ahora con fuerza normativa vinculante) inserta en un único texto jurídico, por primera vez en la Unión Europea, el conjunto de los derechos fundamentales (de primera, segunda y tercera generación).

Atendiendo al razonamiento que precede se puede afirmar, en una perspectiva de conjunto, que en el Sistema de los Tratados fundacionales se consagra un orden político post-hobesiano, con lo que ello tiene de re-definición de la categoría “constitucional”, esto es, de la Constitución –norma fundamental- como categoría jurídico-política de la modernidad tardía. Se consagra, por otra parte, un orden económico del capitalismo desarrollado, calificado como “economía social de mercado”. Y, por último, cristaliza un orden social tendencialmente “post-garantista”, que no alcanza a ser “post-social”, porque “lo social” penetra en la textura del Sistema de los Tratados, pero con un cambio de modelo de regulación en una orientación propia del constitucionalismo democrático-social flexible y débil. Las numerosas excepciones admitidas por el Tratado de Lisboa refuerzan esa idea de una constitución minimamente decisoria (en cuanto “indecisoria” en muchos aspectos fundamentales en el ámbito social). Pero precisamente la centralidad de la Unión Europea en otorgar preferencia a la eliminación de las trabas al libre comercio (libre circulación de mercancías, capitales y tecnología) ha permitido justificar la contracción del Estado social y al dominio imperial de las grandes fuerzas económicas que operan en los mercados globales.

Ahora bien: esta deriva tendencialmente “post-social” no sólo muestra que en la Unión Europea existe un marco jurídico insuficiente para garantizar los derechos sociales fundamentales¹⁵, sino que también pone de manifiesto su contraste respecto al sistema de garantía multinivel internacional, europeo y nacional de garantía de los derechos sociales fundamentales¹⁶. Y en esa dirección, se opone abiertamente a la acción de política del

¹⁵MONEREO PÉREZ, J.L.: “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013), págs. 17-62.

¹⁶VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2014; VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2017; VV.AA.: *La Carta de los Derechos*

Derecho Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) encaminada a garantizar el trabajo decente. El trabajo decente es el trabajo con respeto al conjunto de derechos fundamentales de la persona que trabaja. La OIT define al trabajo decente de un modo extensivo al entenderlo como aquel *trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad*, fórmula que es completada con la necesaria existencia de un marco tuitivo que permita que los derechos laborales sean efectivamente protegidos y los trabajadores obtengan una adecuada remuneración y protección social. Este concepto intrinca directamente con el conjunto de valores y principios inspiradores de la acción de este organismo supranacional, el problema se suscita cuando las condiciones laborales en muchos rincones del planeta se alejan de este marco programático. Afrontar doctrinalmente el incumplimiento sistemático y global de los más básicos principios iuslaborales, nos pone frente a los grandes retos de la gobernanza democrática en la era de la globalización, entendida como aquel conjunto de prácticas económicas, políticas, jurídicas y sociales que operan a escala global, cuya base material son las redes, tanto materiales como inmateriales de comunicación, y cuyo sustento es la capacidad de incorporar a la producción de valor económico todos los aspectos de la producción y la reproducción social. En una coyuntura difícil, el Derecho Social busca maneras de implementar las normas laborales y mejorar las condiciones de trabajo en aquellos lugares donde, o bien no existen, o bien no se materializan. La importante acción de la OIT en este sentido, pretende crear una base normativa armonizadora en torno a sus principios rectores pero también positivista, con el objeto de dotar de aplicabilidad y mecanismos de control a estos instrumentos jurídicos¹⁷. Frente al discurso argumental del neoliberalismo y del neconsevadurismo de la ingobernabilidad de las democracias (debido a la sobrecarga de demandas que conduciría a la ruptura del equilibrio precario entre capitalismo y democracia organizada bajo la forma política de Estado Social de Derecho) debe imponerse el principio axial del orden político de la democracia constitucional, a saber: la legitimidad a través de la legalidad basada en la garantía plena de los derechos y libertades fundamentales (democracia sustancial). La reorientación del intervencionismo hacia la tutela unilateral de los intereses de las fuerzas dominantes del mercado y la liberalización del trabajo como mercancía en el libre mercado (“remercantilización”) conduce a una des-democratización del sistema político.

Fundamentales de la Unión Europea, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2012.

¹⁷MONEREO PÉREZ, J.L., PERÁN QUESADA, S.: “Configuración y sentido político-jurídico y técnico-jurídico del trabajo decente”, en VV. AA.: *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á.L. (Dirs.), López Insua, B.M. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2018, págs. 3-15; BAYLOS GRAU, A. (2016) *Sobre el trabajo decente: la formación del concepto*, en MONEREO PERÉZ, J.L.; MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs.): *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la Profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, CARL, 2016, págs. 299 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L., PERÁN QUESADA, S.: “La OIT y el trabajo informal: La Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal”, en VV.AA.: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Monereo Pérez, J.L., Pérán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2016, págs. 3-26.

Y es que, en el fondo, los derechos sociales garantizan posiciones de ventaja que las relaciones de mercado por sí mismas son incapaces de garantizar. Es el exponente del humanismo en las relaciones de trabajo. Precisamente el trabajo decente –en el lenguaje de los derechos y poderes en el trabajo- es la estrategia de política del Derecho social encaminada a *recuperar* la función transaccional y de equilibrio del Derecho *Social* del Trabajo en las condiciones del sistema económico actual. Y es que en el Estado Social de Derecho existe una inseparable vinculación entre los derechos sociales fundamentales y la democracia constitucional¹⁸.

Por lo demás, la globalización más que “dada” es ante todo “construida”, pues no se trata de un simple despliegue de tendencias que impulsan el desarrollo del capitalismo, sino un diferenciado proyecto histórico de intensificación del proceso de mundialización modelado e impulsando por las grandes potencias internacionales. En el marco de una estrecha vinculación entre las esferas política y económica del capitalismo, los Estados fuertes han tenido un papel determinante en la construcción del capitalismo global. Por ello mismo es una equivocación asumir una irresoluble contradicción entre el espacio internacional de acumulación del capital en el tiempo y en el espacio y el espacio nacional de los organización específica de los Estados (especialmente de las grandes potencias a escala mundial). En particular Estados Unidos –como Gran Potencia- ha sido un Estado activo y promocional en ese proceso de construcción de los mercados globales (v.gr., abandono, ruptura y desmantelamiento de los acuerdos de Bretton Woods). Y esa integración del capitalismo global se produjo, en gran medida, bajo el manto ideológico político, jurídico y económico del neoliberalismo, que postula una forma de Estado comprometido activamente en ampliar la esfera del libre comercio, de manera que se incrementara progresivamente el espacio de mercantilización de aspectos de la vida en los movimientos de capital internacional. Las decisiones económicas y la nueva regulación de los mercados ponían de manifiesto que no había una retirada del Estado,

¹⁸Ello está presente en la Opinión del Consejo de Europa, de 2 de diciembre de 2016, sobre el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, cuando afirmó que: “Un sistema democrático no puede ser definido como tal si no produce un modelo de sociedad capaz, mediante la asignación juiciosa y equilibrada de los recursos disponibles, de asumir las necesidades esenciales de los individuos, con respeto a su dignidad, para conseguir un crecimiento que beneficie al mayor número de personas”. Es así, añade, que “la cuestión social y la cuestión democrática se encuentran, por lo tanto, estrechamente vinculadas; la construcción de Europa, independientemente del contenido de las políticas económicas implementadas, siempre debe estar guiada por la realización de los derechos fundamentales que conciernen a las necesidades diarias de los ciudadanos; y ello para evita que los movimientos anti-sociales, anti-políticos, anti-europeos, racistas, o simplemente basados en la explotación política del egoísmo social, hagan oscilar los pilares de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos como valores fundamentales que el Consejo de Europa ha defendido y promovido sin cesar” (Exposición de Motivos de la Opinión del Consejo de Europa, epígrafes 37 y 38). Véase también el originario Informe del Parlamento Europeo de 20 de diciembre de 2016, sobre un pilar europeo de derechos sociales (2016/2095(INI)) y la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, sobre un pilar europeo de derechos sociales (2016/2095(INI)).

sino más bien una reestructuración y expansión de los vínculos de los vínculos entre los Estados más fuertes y los mercados “libres” internacionalizados, pues estos Estados promovían y se involucraban en la globalización económica. Resulta, pues, que la soberanía de los Estados más poderosos (las grandes potencias como Estados Unidos) no desaparece dentro de una modelo de globalización que se basa, ante todo, en la recuperación de la rentabilidad empresarial y la creciente financiarización del capitalismo global al servicio de un sistema neoliberal que incrementa extraordinariamente las desigualdades y reduce los poderes sindicales –y en general de las organizaciones de defensa de las clases subalternas- y su capacidad de presión (a pesar de la búsqueda de nuevas formas de acción colectiva) y de negociación. Quizás por ello mismo –y pesa a lo que suele afirmarse- es posible incidir una transformación del mundo tomando democráticamente el poder político en los Estados artífices y constructores de la globalización neoliberal¹⁹. De este modo, la supervivencia del Estado Social de Derecho tiene que pasar por la democratización de las diferentes instancias de poder político tanto a nivel nacional como a escala supranacional (En el caso de la Unión Europea por la construcción de una Unión Social Europea, donde se amplíe el estándar de derechos de las personas y se fomente la creación de un espacio público para una ciudadanía activa empoderada política y sindicalmente). Las políticas de democratización e integración social van indisolublemente unidas, pues de lo contrario la falta de cohesión e inclusión social hará renacer las situaciones marginación y desarraigo que propician “Las uvas de la ira”, como se describían en la extraordinaria novela de John Steinbeck²⁰, creando un clima de ira e indignación colectiva proyectada al mismo tiempo en el plano de las luchas sociales y directamente en la esfera de lo político.

La OIT ha pretendido desarrollar mecanismos homogeneizadores con el objeto de crear un compromiso político jurídico mínimo de los Estados en torno al cumplimiento de cuatro principios básicos, como son la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la creación de empresas y el desarrollo social sostenible, con cierta iniciativa positivizadora de los Derechos Laborales Fundamentales. En este sentido, la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo va a representar un hito histórico. Incluye una declaración formal de aplicabilidad de los Derechos Fundamentales en el trabajo a todos los países pertenecientes a la OIT, materializados a través de la

¹⁹ Véase PANITCH, L.y GINDIN, S.: *La construcción del capitalismo global. La economía política del imperio estadounidense*, Madrid, Ed. Akal, 2015; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural Cultural/El Viejo Topo, 2015; y un amplio recorrido histórico en la larga duración, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico económica del capitalismo: El Derecho de la economía*, estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares, 2001. Y en otras perspectivas, HARVEY, D.: *El nuevo imperialismo*, Madrid, Ed. Akal, 2004; *Ibid.*, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007; SASSEN, S.: *Territorio, autoridad y derechos*, Buenos Aires/Barcelona, Ed. Katz, 2010.

²⁰Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Vagabundos de la miseria, migraciones y sindicalismo: “Las uvas de la ira””, en *Revista de Derecho Social*, núm. 83 (2018), págs. 191-218.

jerarquización de siete convenios fundamentales²¹ que pretenden asegurar elementos tan básicos como la libertad de asociación y negociación colectiva, la erradicación del trabajo forzoso, la prohibición de la discriminación y la abolición del trabajo infantil, y que configuran un marco normativo universal básico aplicable globalmente, independientemente de la ratificación formal por parte de los Estados. Si bien esta declaración se acompañó de mecanismos débiles de control, reforzó el carácter estratégico de estos Convenios internacionales y tuvo como consecuencia bilateral el aumento significativo de las ratificaciones de dichos convenios. La OIT ha incorporado en los últimos tiempos dos ámbitos novedosos a su estrategia de promoción del trabajo decente, por una parte, la necesaria normalización del trabajo informal, y por otro, el trabajo decente como instrumento apropiado de superación de crisis originadas por conflictos de distinta naturaleza o catástrofes naturales, a través de las Recomendaciones OIT 204 *sobre la transición de la economía informal a la formal*, y 205 *sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia*.

Se podría pensar que el instrumento utilizado para ello – la Recomendación frente al Convenio – desplaza a un segundo lugar la importancia de estas materias para la OIT, en especial por la distinta repercusión jurídica que cada uno de estos mecanismos tiene. Téngase en cuenta que el artículo 19 de la Constitución de la OIT reserva la aplicación de Recomendaciones a aquellas cuestiones que no se presten - en dicho momento concreto - a la adopción de un Convenio específico. Pero si bien la forma jurídica de la Recomendación evita la necesidad de ratificación por parte de los Estados miembros y orienta las obligaciones de éstos al deber de informar sobre su actuación en estas materias, sin que por ello sea un texto vinculante normativamente, su naturaleza de Recomendación autónoma no supeditada a la concreción o desarrollo de un Convenio específico, unida al procedimiento normativo de doble discusión, - propio, en todo caso, de ambos instrumentos -, los sitúan en un espacio destacado, como materia transversal y clave para el progreso social y económico sostenible. La importancia de estos instrumentos no se deriva necesariamente del grado de operatividad de la medida, sino, fundamentalmente, de su carácter histórico. La OIT establece un primer conjunto de orientaciones a partir del cual se consolide una estrategia común especialmente útil en cuanto a la identificación de un problema multifactorial que se sitúa, en la mayoría de los casos, como fundamento o base de importantes violaciones de los derechos laborales más básicos. En este sentido, dichas Recomendaciones pretenden identificar buenas prácticas y diseñar acciones y estrategias – en un modus operandi muy cercano al llevado a cabo por la Unión Europea, que desde el año 2014 adopta políticas de coordinación a través del método abierto de coordinación previsto en el artículo 153.2 a) TFUE -, vinculando su contenido al

²¹ Convenio nº 29 sobre el trabajo forzoso de 1930; Convenio nº 87 sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación de 1948; Convenio nº 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva de 1949; Convenio nº 100 sobre igualdad de remuneración de 1951; Convenio nº 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957; Convenio nº 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, y el Convenio nº 138 sobre la edad mínima para el empleo de 1973.

cumplimiento y desarrollo de los principios básicos recogidos en los Convenios fundamentales de la OIT.

En este sentido la OIT insiste en realizar una política de pleno empleo de calidad (no solo la cantidad) para todos e impulsarla para hacerla realidad en los mercados de trabajo; esto es el empleo con plenos derechos laborales y de Seguridad Social (que incluye el debate sobre la protección social universal y el la renta básica). La OIT hace notar que los tiempos actuales son difíciles para las políticas macroeconómicas destinadas a lograr el pleno empleo. Y ello es así porque se constata que el empleo de mala calidad continua siendo una cuestión fundamental (precariedad en el empleo en sus diversas manifestaciones, trabajo informal, utilización disfuncional de la figura de los trabajadores autónomos, etcétera) y prioritaria a resolver. En los últimos años han aumentado las preocupaciones sobre la calidad del empleo, debido en gran medida a la incidencia generalizada de las llamadas formas atípicas de empleo, acompañada de desigualdades de los ingresos y en el acceso a los instrumentos de protección social pública, como señaladamente las prestaciones de Seguridad Social. Pues bien, en ese contexto de una cuarta revolución industrial y de recrudescimiento de la competitividad en una economía global, la aprobación de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (aprobada en 2008) supone un esfuerzo para ayudar a los Estados Miembros a alcanzar el progreso y la justicia social en la era de la globalización. Precisamente el mandato de la OIT establecido en distintos instrumentos se asienta sobre la convicción de que el trabajo debe permitir al individuo satisfacer no solo las necesidades materiales sino también las relativas a su desarrollo personal y al deseo de contribuir a un proyecto más grande que uno mismo o la familia²². Todo ese enfoque se nuclea entorno a la idea-fuerza de que no se trata sólo de reconocer un derecho a trabajar como esfera de libertad personal regulada por únicamente por los agentes del mercado laboral, sino de garantizar un derecho al trabajo entendido como derecho a un empleo libre, remunerado y con dotación de derechos, es decir, sometido al reglas jurídicas para garantizar los derechos sociales de “desmercantilización” específicos vinculados al trabajo y el conjunto de derechos fundamentales generales e inespecíficos del trabajador como ciudadano trabajador (“constitución democrático-social del trabajo”). El antónimo de este trabajo decente (trabajo digno con derechos y protecciones sociales) es el trabajo precario y el trabajo informal o irregular²³.

²²OIT: *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 21 de septiembre de 2017, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2017, págs. 5 y sigs., y 17 y sigs.; *Ibid.*, *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017/19*; *Ibid.*, *Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Memoria del Director General, Informe I, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015; *Ibid.*, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2016: Transformar el empleo para erradicar la pobreza*, Ginebra, 2016; *Ibid.*, *El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas*, Ginebra, 2016; *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministros*, Informe IV elaborado por la Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, Ginebra, 2016.

²³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (Artículo 15)”, en VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs.

Al tiempo se reivindica que el principio de justicia social fundamental de que “el trabajo no es una mercancía”. Ahí reside la función garantista típica de las normas sociales internacionales del trabajo que presentan un lugar preeminente en el sistema de gobernanza de un trabajo decente junto con su regulación jurídica mediante la negociación colectiva²⁴. Pero el futuro de la gobernanza democrática del trabajo estará también determinado por el futuro del sistema de relaciones laborales, el diálogo social y tripartismo. Se trata de reforzar la legitimidad representativa real de las organizaciones profesionales y, en relación a ello el tripartismo como piedra angular de la gobernanza, esto es, el tripartismo como un modelo pertinente y eficaz de gobernanza bajo el soporte de una ordenación normativa de orden público laboral²⁵. Entender el presente –del orden establecido- y atisbar el futuro de manera no conformista respecto de las situaciones injustas y naturalizadoras de lo existente pasa por la defensa de una democracia participativa que vuelva a confiar en la razón ilustrada y en la creación de un orden social comprometido con la “justicia social”. Desde esa perspectiva el crecimiento económico no debe ser el objetivo fundamental de la sociedad, sino que el verdadero objetivo debería ser el progreso social, aunque exige el sometimiento del orden económico a las necesidades sociales (la razón de la sociedad)²⁶.

Resulta significativo que la acción institucional de gobernanza para la garantía del trabajo decente y de los principios básicos de la OIT relativos a la plasmación de la justicia social (pleno empleo de calidad para todos; mejora y sostenibilidad de los sistemas de protección social, igualdad de género como acción transversal en todas las instituciones del Derecho del Trabajo y la protección social²⁷, fomento del diálogo y la concertación social, tripartismo...) han sido asumidos igualmente como elementos centrales de la “Nueva Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2.-La garantía de los derechos sociales fundamentales y el “Pilar Europeo de Derechos Sociales”

331-374; *Ibid.*, “Derecho al trabajo (Artículo 1)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 361-393. También en la perspectiva de género, CASAS BAAMONDE, M.E.: “¿Derechos específicos de las mujeres”, en *Revista de las Relaciones Laborales*, núm. 1 (2017), págs. 1-18.; LÓPEZ INSUA, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Ed. Laborum, 2017.

²⁴ OIT: *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 21 de septiembre de 2017, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2017, págs. 35 y sigs.

²⁵ OIT: *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 21 de septiembre de 2017, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2017, págs. 49 y sigs. Su centralidad en RODGERS, G. et al.: *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

²⁶ POLANYI, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989; NUSSBAUM, M.: *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Buenos Aires/Madrid, Katz editores, 2010.

²⁷ OIT: *La igualdad de género como eje del trabajo decente*, Informe IV, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

“[...] Ya exhalamos nuestro aliento. Pero mientras tanto, cuando aún lo volvemos a aspirar, cuando vivimos entre los hombres, practiquemos la humanidad [...]”

LUCIO ANNEO SENECA²⁸

Cabría interrogarse sobre un posible retorno a una política social basada en los derechos en la Unión Europea a propósito de la iniciativa relativa a la construcción de un “Pilar Europeo de Derechos Sociales”. Antes de hacer esta valoración interesa hacer una referencia sucinta la edificación del proyecto de unión europea.

Como es sabido, la construcción del proyecto de la Unión Europea ha sido compleja transitando de la unilateralidad del mercado común europeo a la dimensión social del mercado; para pasar lenta y contradictoriamente a una fase inconclusa de creación de un espacio jurídico-social europeo basado en la apuesta por la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales²⁹. Esa evolución es un exponente del carácter diacrónico del proceso de institucionalización de la política y del Derecho social de la Unión Europea.

El proceso de esa institucionalización alcanzó su cénit con la atribución de rango normativo equiparable a los tratados fundacionales de la Unión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (originariamente en 2000 desprovista de fuerza normativa; y con ese rango normativo en virtud del Tratado de Lisboa de 2007)³⁰. Hasta aquí se puede decir que la dimensión social en el marco europeo se ha ido consolidando en un proceso lento pero progresivo³¹. Se esperaba un avance en la construcción de un modelo social europeo dentro del ordenamiento de la Unión Europea.

²⁸ SENECA, LUCIO ANNEO: *De la Ira*, en *Obras completas*, Discurso previo, traducción, argumentos y notas de Lorenzo Riber, de la Real Academia Española, Madrid, Ed. Aguilar, 1961, Libro III, pág.106.

²⁹ Un perspectiva de conjunto sobre el proceso de evolución en materia social, en MIRANDO BOTO, J.M.: *“Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Tromson/Aranzadi, 2009.

³⁰ Artículo 6.1 (antiguo art. 6 TUE) del TUE Versión Consolidada de 26.10.2012. Diario Oficial de la Unión Europea C 326/13, a cuyo tenor: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados...”. Un estudio completo y exhaustivo de este instrumento normativo de Derecho de la Unión Europea, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.

³¹ Un avance importante a pesar de no ostentar el carácter de un texto normativamente fue, sin duda, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores (Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989), y la versión originaria de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) (Éste último instrumento sólo alcanzaría fuerza normativa en 2007 con el art. 6 del Tratado de la Unión Europa. Véase exhaustivamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Carta comunitaria y derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I y II)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas, núms. 56 (1992) y 57 (1993); *Ibid.*, *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

Sin embargo, a partir de la crisis económico-financiera que se inicia en el 2008, las medidas en este ámbito dejan de adoptarse y se van asentando dos fenómenos contradictorios (que cabe situar en un horizonte anterior) y no exentos de polémica, a saber: de un lado, se ha producido una transformación del trabajo a partir de cambios cualitativos vinculados a las nuevas formas de organización de las empresas, lo que ha favorecido su flexibilidad y la extensión de la precariedad laboral; y, de otro, el Derecho Social del Trabajo, nacido al calor y amparo del constitucionalismo democrático-social en los Estados sociales avanzados, impulsado a partir de la Segunda Postguerra Mundial, y que permitió el control político de la economía y la garantía efectiva de los derechos sociales de la ciudadanía y bienes públicos, está siendo desplazado radicalmente –aunque paulatinamente para hacerlo más asumible y aceptable por la sociedad– por un constitucionalismo débil de tipo neoliberal (post-social); Derecho Flexible del trabajo que subordina la constitución social (los derechos sociales) a las exigencias maximalistas de la constitución económica³². Es obvio que no debe confundirse la flexibilidad de adaptación a los cambios que tiene que tener toda forma e institución jurídica³³ con un Derecho flexible del trabajo de tipo neoliberal contrapuesto al sistema de equilibrios de intereses contrapuestos propio del garantismo o constitucionalismo social³⁴.

Este proceso transformador es el que ha sido asumido por las instituciones europeas y se ha visto impulsado en los últimos años a partir de decisiones políticas liberalizadoras adoptadas en el contexto de la austeridad. La asunción de la austeridad como credo, como única alternativa viable, ha llevado a incumplir los sucesivos compromisos que se había contraído en los tratados europeos en materia de mejora de los niveles de vida y de inclusión social³⁵. Se trata de medidas que se han visto facilitadas sin duda por el persistente déficit democrático de la Unión³⁶ (que está en la base la crisis de la democracia constitucional en Europa), de un lado, y, en relación a ello, por un marco normativo y

³² Ampliamente sobre este proceso, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la “era de la flexibilidad”, *Revista Derecho del Trabajo*, núm. 10, 2016, pp. 31-98; y en relación al momento político de la gestación y aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, en *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 49 (2017).

³³ CARBONNIER, J.: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Prólogo de Luis Díez-Picazo, Ed. Tecnos, Madrid, 1974.

³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996; *Ibid.*, “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo”, en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Martín Jiménez, R. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 1527-1606.

³⁵ HOLLAND, S.: *Contra la hegemonía de la austeridad*, Barcelona, Arpa Editores, 2016, pág. 19.

³⁶ Se ha subrayado que en la base de la crisis de la Unión Europea existe un déficit de democracia, al ser todavía la UE un ordenamiento jurídico y política amorfo, carente de los dos requisitos del constitucionalismo democrático, a saber: la representatividad políticas de las fuentes comunitarias, de las que directa o indirectamente proviene la mayor parte de la legislación de los países de la Unión, y la subordinación de sus decisiones a controles de validez claramente anclados en la tutela de los derechos fundamentales. Cfr. FERRAJOLI, L.: *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, 2015, pág. 161.

político insuficiente para la garantía de los derechos sociales. Todo ello ha favorecido el predominio de la “constitución económica” dentro del sistema de los Tratados de la Unión, de manera que el principio de mercado ha prevalecido sobre el principio de comunidad. Este proceso ha favorecido la realidad existencial de una Europa de los mercados en detrimento de una Europa de los derechos. Con ello se produce un incumplimiento de hacer realidad viva la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En una perspectiva más amplia los ajustes económicos y sociolaborales impuestos por las instituciones políticas y financieras internacionales y europeas han supuesto en numerosas ocasiones una violación por parte de los Estados afectados del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional del trabajo. Las medidas regresivas de derechos sociales deben de estar motivadas, ser la última medida a adoptar, ser proporcionales y tener un carácter efectivamente excepcional, de manera que tengan un carácter temporal o transitorio hasta que se supere la situación crítica. Además, incumbe la carga de la prueba al Estado sobre la necesidad de establecer con carácter transitorio y excepcional medidas regresivas de derechos sociales³⁷.

Esta deriva se ha explicado a partir del propio modelo de ingeniería social que de forma un tanto primitiva ha seguido la Unión Europea: se pensaba que la integración social se iba a producir a continuación de forma automática a partir de que tuviera lugar la integración por el mercado. Nada más lejos de la realidad ya que no sólo no se ha producido la integración social a partir de ese automatismo sino que determinadas decisiones de las instituciones europeas han favorecido el avance del mercado común sin una paralela política social redistributiva. Pero, junto a factores internos, como el que se acaba de enunciar, se deben señalar otros elementos que explican el devenir de la política social europea. Nos referimos al contexto problemático de la globalización y la presente coyuntura de crisis económica estructural, en la época actual de capitalismo desorganizado. Este aspecto ha terminado por impactar en la acción política y de regulación jurídica de las instituciones de la Unión Europea. Esta centralidad del mercado ha puesto en cuestión la constitución material de las sociedades europeas y un determinado la crisis de la dimensión sustancial de la democracia, generando una suerte de “des-sustancialización” de la democracia con Estado Social de Derecho.

³⁷Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General núm. 23 (2016), sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, párrafo 52. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (Artículo 23.1 DUDH; artículo 7 PIDESC)”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 797 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, Capítulo III, págs. 137 y sigs., y 197 y sigs. Una valoración crítica de conjunto, atendiendo a datos empíricos, sobre los efectos perjudiciales para los derechos humanos –y derechos sociales en particular– de las políticas de autoridad de ajustes económicos y laborales, en BOHOSLAVSKY, J.P. y EBERT, F. CH.: “Crisis económicas, medidas de austeridad y reformas laborales”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 82 (2018), págs. 85 y sigs.

Estas políticas liberalizadoras (impulsoras de la “remercantilización” y reducción de los derechos sociales)³⁸ plantean un problema de legitimidad democrática de la Unión, es decir, el proyecto de una construcción de una Europa democrática y cohesionada social y económicamente. Y es que en una democracia constitucional con Estado Social de Derecho, la legitimidad no es exclusivamente formal y procedimental, sino también de carácter eminentemente sustancial. Lo cual se traduce en el lenguaje de los derechos sociales fundamentales en la obligación de los poderes democráticos instituidos de instaurar un eficiente sistema de garantías de protección de tales derechos en el espacio geopolítico europeo³⁹. Pero también esos derechos permiten empoderar a la personas estableciendo los presupuestos de una ciudadanía activa, entendida como ciudadanía de los poderes basados en derechos en sentido jurídico⁴⁰. Lo que remite también a la necesidad de resistir y defenderse frente al poder económico e ideológico, pues en la sociedad contemporánea el poder político no es el exclusivo poder por excelencia, sino un subsistema de un sistema global en el que el control del primero no comporta de hecho el control del segundo⁴¹. Ello es tanto más necesario cuanto se constata que los poderes del capitalismo actual se hacen más invisibles e irresponsables, y en el que el Estado tiene a otorgar primacía a la razón económica, a estar al servicio del poder económico y de las grandes corporaciones empresariales⁴²; con el consiguiente vaciamiento de los principios y derechos constitucionales formalmente consagrados en las constituciones situadas en la

³⁸La desmercantilización relativa del trabajo y más ampliamente de las necesidades fundamentales de las personas y de los “bienes comunes” ha sido la base de la construcción la dimensión social de la democracia en la tradición del constitucionalismo democrático-social. Respecto a la configuración de los derechos sociales como derechos de “desmercantilización”, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y 45 y sigs. La tendencia a la mercantilización de todas las cosas bajo las condiciones de ordenación del capitalismo (mercantilizando expansiva y crecientemente ámbitos hasta entonces cerrados al mercado) había sido subraya por MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, trad. Vicente Romano, Libro III, Tomo II, Madrid, Akal Ediciones, 2000, págs. 265 y sigs.; *Ibid.*, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858 (I)*, trad. José Aricó, Miguel Murmis y Pedro Scaron, México DF/Buenos Aires/Madrid, Siglo Veintiuno Editores, vigésima edición 2007; y retomada posteriormente por autores como POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1989, o última e incisivamente por HARVEY, D.: *El nuevo imperialismo*, Madrid, Ed. Akal, 2004; SUPIOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia*, Barcelona, Ed. Península, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

³⁹Véase FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo II, Madrid, Ed. Trotta, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 5. IV (“La crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea. Ilusión constitucional y “nuevas” formas de soberanía”), págs. 388-470.

⁴⁰Para esa distinción y complementación entre la “ciudadanía de los derechos” y la “ciudadanía de los poderes”, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., Capítulo III.1. (“Una estrategia de ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía”), págs. 166 y sigs.

⁴¹Véase VITALE, E.: *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trad. Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Ed. Trotta, 2012, págs. 63 y sigs.

⁴²FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. P. Andrés Ibañez, Madrid, Ed. Trotta, 2011.

tradición del constitucionalismo democrático-social. El presente y el futuro de cada país europeo dependen cada vez menos de la política interna y más de las decisiones de las instancias políticas de la Unión Europea. La que emerge es una forma de “Estado de mercado”, al servicio preferente de la competitividad de la economía⁴³.

Las iniciativas acometidas por las instituciones políticas de la Unión Europea no sólo no han sido eficaces en términos de resultados sociales, sino que además han sido claramente favorecedoras de la consolidación del mercado común en detrimento de la garantía efectiva de los derechos sociales. Las iniciativas que han puesto en cuestión el constitucionalismo social no han provenido de gobiernos nacionales, sino ante todo de decisiones políticas imperativas de instituciones de gobernanza económica de la Unión Europea⁴⁴. Es la autoridad política supranacional la que, aduciendo la defensa del modelo económico comunitario (presidido actualmente por la centralidad del mercado interior y de sus exigencias de funcionamiento), procede a realizar supuestas reformas modernizadoras y racionalizadoras del autodenominado modelo social europeo que en un sentido, paradójico sin duda, entrañan la redefinición de la forma política del Estado social de Derecho hacia la forma Estado de competencia económica o Estado mercado (un Estado que hace prevalecer la lógica económica sobre la lógica social) y la remercantilización de los derechos sociales.

Esta situación, descrita brevemente y con pinceladas, ha llevado a que en los últimos años y a partir de las diversas crisis que vive la Unión Europea –de los refugiados, del brexit, del euro- se produzca un proceso de cuestionamiento parcial del devenir del proyecto europeo. Parecería que en las instituciones europeas ha emergido una cierta culpa al constatar el hecho de que la Unión Europea no es capaz de embridar las dinámicas económicas que se han desatado con la liberalización de los mercados y que las propias instituciones han potenciado. Por ello, y ante los riesgos que la situación económica ha terminado por emerger, se ha optado por recuperar el discurso de lo social en aras de adoptar una serie de iniciativas que traten de reconciliar la racionalidad económica y la racionalidad política. Entre estas medidas se encuentra un plan “estrella” consistente en construir un pilar europeo de los derechos sociales el cual actuaría como muro de contención de los avances desmedidos y descontrolados del proceso de integración económica. Al análisis de esta propuesta nos dedicamos en las próximas páginas con el objetivo de comprobar hasta qué punto esta iniciativa representa un intento desesperado por rescatar el Estado del bienestar en Europa.

⁴³ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, en *Relaciones Laborales* (Madrid), núm. 15/16 (Año XVII 2001); *Ibid.*, “La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladores en el orden internacional”, en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 1 (Enero-Junio 2018), págs. 1-44. En una perspectiva más amplia, consúltese JESSOP, R.: *El futuro del Estado capitalista*, introducción de Juan Carlos Monedero, Madrid, Libros de la Catarata, 2008.

⁴⁴ Sería suficiente reparar en el Libro Verde sobre la modernización del Derecho del Trabajo y otros instrumentos como comunicaciones o recomendaciones sobre control del gasto público social (señaladamente, en materia de pensiones) sin fuerza normativa, pero que han acabado aplicándose en la década de la austeridad.

Es en este contexto crítico donde se retorna hacia una cierta introducción de la política social basada en los derechos en la agenda social europea. Y ello se realiza con la propuesta de un Pilar Europeo de derechos sociales, que evitara los abusos y el riesgo de dumping social⁴⁵, que no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión en materia de Seguridad Social tal como se definen en los Tratados, pero que, pese a ello, trata de reforzar el principio de legitimidad democrática de la Unión.

Pero lo que se plasmó fue en una “Recomendación”⁴⁶, instrumento jurídico sin fuerza normativa vinculante, que sólo proclama principios y valores que sirvan de complemento e impulso a los ya reconocidos (con alguna innovación mínima) a los reconocidos en el marco jurídico existente en los países miembros de la Unión. Esta idea subyacente de proclamar e impulsar se contrapone –ya en términos de principio- a la lógica del garantismo jurídico fuerte postulado en la Carta Social Europea Revisada de 1996, y en los Convenios y Recomendaciones de la OIT. Pero también a la posición mantenida por el Parlamento Europeo, que subraya igualmente que debería irse más allá de los mecanismos de coordinación para establecer garantías mínimas de derechos sociales a nivel de la Unión y de sus instrumentos normativos⁴⁷. El contenido del pilar se materializa en tres grandes apartados: a) igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo (Capítulo I); b) condiciones de trabajo justas (Capítulo II) y c) protección e inclusión social, antes protección social adecuada y sostenible (Capítulo III)⁴⁸. En esa lógica del garantismo y del principio de indivisibilidad de todos los derechos fundamentales sería asimismo necesaria la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea revisada de 1996⁴⁹, convirtiéndola en Derecho positivo aplicable en el ordenamiento jurídico de la Unión, siendo las normas que garantizan derechos sociales

⁴⁵ Para su gestación y el debate suscitado, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, en Revista *La Ley Unión Europea*, núm. 49 (2017).

⁴⁶ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, DOUE (L 113/56).

⁴⁷ ILO, *Building a social pillar for European convergence*, International Labour Office, Geneva, 2016: RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales [2016/2095(INI)].

⁴⁸ Para el análisis general de cada uno de los capítulos, véase MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, en Revista *La Ley Unión Europea*, núm. 49 (2017).

⁴⁹ En el Tratado de la Unión Europea (Versión Consolidada, “Diario Oficial de la Unión Europea”, 7.6.2016. C 202/13; TUE) solo se prevé expresamente la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de los Derechos Humanos (aprobado por el Consejo de Europa en 1950); mandato incumplido por el momento, aunque los derechos fundamentales que se garantizan en dicho Convenio Europeo formarán parte, en todo caso, del Derecho de la Unión como principios generales. Cfr. Art. 6 del TUE, conforme al cual: “2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estudio de los artículos 51, 52 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1301 y sigs., y 1341 y sigs., y 1397 y sigs.

eficaces y dotadas de justiciabilidad en el sentido de ser aplicadas por el TJUE (apertura de la competencia del este Tribunal Comunitario), como ya resultan aplicables por los jueces y tribunales nacionales de aquellos Estados que la han ratificado (v.gr., art. 96 de la Constitución Española).

En apariencia parecería que se trataría de desarrollar débilmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, pero a través preferentemente de la acción normativa de los Estados miembros, eso sí, con el impulso de la Unión que no excluye, en términos de principio y respetando el principio de subsidiariedad, la utilización de instrumentos normativos flexibles dentro de los límites competencias imperantes actualmente en el Derecho Social Comunitario. Pero precisamente estos instrumentos de Derecho comunitario son los que permitirían abrir la competencia directa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido armonizador el exponente más significativo de este tipo de instrumentación comunitaria de apoyo y fomento de los procesos de convergencia en materia social viene constituido por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, de 21.12.2017. Básicamente, se puede decir, que se aborda la centralidad de la información en el marco de la relación de trabajo, tanto en materia laboral como en las conexas vinculadas a la Seguridad Social.

Esta Propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles es un primer paso en el desarrollo *normativo comunitario* del conocido como Pilar Europeo de los Derechos Sociales (PEDS). Representa un intento loable de mejorar el acervo social existente, sobre todo en lo que se refiere a la necesidad de actualizar los derechos reconocidos en la Directiva 91/533/CEE, incidiendo en aspectos como la redefinición del ámbito de aplicación personal de la norma anterior, la ampliación del contenido informativo a entregar al trabajador y los requisitos establecidos respecto a trabajos desempeñados con un calendario variable. Son avances significativos, junto con otros, que evidencian un giro protector de las instituciones comunitarias con el objetivo de reforzar la dimensión social europea. Pero, al mismo tiempo, quedan fuera muchos elementos que hubieran merecido un tratamiento en esta o en otra norma, los cuales resulta absolutamente necesario abordar si lo que se quiere es revertir la espiral de precariedad laboral⁵⁰. Conforme a ella, los Estados miembros velarán por que se exija a los empleadores informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral (art. 1). Esa información se concreta en un abanico que va desde la identidad de las partes de la relación laboral [art. 3.a)] a “las *instituciones de Seguridad Social* que reciben las cotizaciones derivadas de la relación laboral, así como cualquier protección en materia de Seguridad Social ofrecida por el empleador” [art. 3.n)].

⁵⁰MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La Propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsiones como desarrollo “*normativo*” del Pilar Europeo de los Derechos Sociales”, en Revista “*Nueva Revista de Derecho del Trabajo*”, núm. [211 \(2018\)](#), págs. 85-111.

La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles parte de un contexto que la Comisión describe en primer lugar. Subraya dicho órgano que el entorno laboral ha cambiado de forma significativa desde la aprobación de la Directiva 91/533/CEE relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, («Directiva sobre la obligación de informar por escrito»), que la nueva Directiva pretende derogar. A juicio de la Comisión se trata de una evolución con resultados ambivalentes. De un lado, se ha asistido a una creciente flexibilización del mercado de trabajo, lo que ha favorecido el crecimiento del empleo y la aparición de nuevas formas de inserción laboral, destacándose la capacidad de adaptación de estas nuevas formas de empleo “a los cambios en el contexto económico”, lo que ha supuesto “el desarrollo de nuevos modelos empresariales, incluida la economía colaborativa, y ha ofrecido la entrada al mercado laboral a personas que antes habrían quedado excluidas”. Pero, junto a estos aspectos (aparentemente) positivos, la Comisión subraya los efectos negativos que estas tendencias están provocando. De un lado, “inestabilidad y una mayor falta de previsibilidad en determinadas relaciones laborales, especialmente para los trabajadores y las trabajadoras que se encuentran en una situación más precaria”. Pero también, una inadecuación de los marcos jurídicos nacionales que exponen a los trabajadores con empleos no convencionales⁵¹ a prácticas poco claras o desleales, dificultando el cumplimiento de sus derechos.

La forma de dar respuesta a estos desafíos por parte de los Estados miembros tampoco está ayudando a resolver de forma adecuada los mismos. Como deja constancia la Comisión Europea, se está favoreciendo una mayor diversificación del sistema normativo europeo aumentándose el “riesgo de una competencia basada en recortar los estándares sociales, con las consiguientes consecuencias perjudiciales, también para los empleadores, sujetos a una presión competitiva insostenible, y para los Estados miembros, que se privan de ingresos fiscales y cotizaciones a la seguridad social”. Las soluciones ofrecidas parece que no son capaces de conjugar de forma satisfactoria esa doble tendencia apuntada de incrementar la competitividad de la UE pero al mismo tiempo garantizar una adecuada protección a todos los trabajadores.

⁵¹ Las formas no convencionales de empleo en el sentido del Pilar Europeo y de la Propuesta de Directiva sobre el acceso a la protección social hace referencia a los contratos temporales o de corta duración, el trabajo a tiempo parcial y el trabajo según demanda, así como las relaciones laborales entre más de dos partes, se consideran habitualmente formas de empleo no convencionales, en contraposición con una relación de trabajo clásica que normalmente implica un trabajo a tiempo completo con un contrato indefinido. Dentro de estas categorías puede observarse una gran variedad de formatos, como el trabajo ocasional (es decir, los contratos de cero horas para trabajos como reponer mercancías en un supermercado, que solo se necesitan cuando hay mucha demanda), el trabajo mediante agencias de trabajo temporal o el trabajo a través de plataformas (plataformas digitales, cuyos empleados no tienen un lugar de trabajo fijo). A efectos de estas iniciativas se maneja una definición internacionalmente amplia, para incluir también categorías emergentes o futuros de trabajo no convencional. Los mercados laborales cambian con rapidez, y las tecnologías dan lugar a formas de empleo nuevas y diferentes que aún son desconocidas o están por descubrir o desarrollarse. El enfoque que adopta la Comisión garantiza que las reformas estén preparadas para el futuro, a fin de sacar el máximo partido de la evolución del mundo laboral.

A partir de esta constatación, la propuesta de Directiva pretende ser un instrumento que ayude a revertir en parte esta situación, enmarcándose en el conjunto de iniciativas posibles a adoptar en el marco del PEDS. Se trataría de una medida que se relaciona con otras que la Comisión ya está adoptando como forma de convertir el PEDS en acciones concretas. Así, se podrían señalar, de un lado, la iniciativa sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional; de otro, esta propuesta de Directiva y, finalmente, el futuro paquete de equidad social. Además, habría que añadir que en los principales documentos del Semestre se deben integrar los principios y prioridades del PEDS. En particular, el proyecto de informe conjunto sobre el empleo incluye el nuevo cuadro de indicadores sociales, cuyo objetivo es supervisar los progresos en varios ámbitos clave cubiertos por el pilar, como el porcentaje de abandono escolar prematuro, la tasa de desempleo juvenil o el impacto de las transferencias sociales en la reducción de la pobreza. La propuesta de Directiva, por tanto, se constituye en un desarrollo del PEDS. De forma más concreta, atiende al mandato contenido en los Principios 5 y 7 de dicho pilar, referidos en el primer caso al “Empleo seguro y adaptable” y en el segundo a la “Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido”⁵².

3.-La propuesta de un estándar de protección social en la Unión Europea: un Derecho Europeo de la Seguridad Social

“La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional”.

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, Artículo 21.1

En este contexto de replanteamiento de la política del Derecho Social Comunitaria se elabora la “Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia” (Estrasburgo, 13.3.2018. COM(2018) 132 final). En términos generales se puede afirmar que el objetivo de esta Recomendación sería establecer un estándar europeo de derechos de protección social (ante todo de Seguridad Social) en el espacio jurídico-social europea. La Recomendación sobre el Pilar Europeo de derechos sociales de 2017, establece en su principio núm. 12 que “con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada”. El objetivo de esta

⁵² No serían los únicos principios implicados, la propia propuesta de Directiva alude a otros, como son el Principio 1 dedicado a la “Educación, formación y aprendizaje permanente”; el Principio 2, relativo a la “Igualdad de género” y el Principio 8 que lleva por título “Diálogo social y participación de los trabajadores”.

iniciativa de política de protección social es poner en práctica este principio, en conjunción todas las diversas referencias a prestaciones de Seguridad Social referidas en la Recomendación sobre el PEDS⁵³.

En esta materia no estamos ante un Derecho fuerte de la Unión Europea, sino ante el reclamo de “derecho blando” o *soft law* comunitario.

En la Exposición de Motivos de la Recomendación se parte de la idea de “ofrecer acceso a la protección social es de capital importancia para la seguridad económica y social de la mano de obra y para unos mercados de trabajo que funcionen adecuadamente y que creen puestos de trabajo y un crecimiento sostenible. Sin embargo, existe un número cada vez mayor de personas que, debido a su tipo de relación laboral o su forma de trabajo por cuenta propia, se quedan sin un acceso suficiente a la protección social”. Los sistemas de protección social son distintos en los países de la Unión, como reflejo de las tradiciones nacionales, preferencias políticas y presupuestos asignados. Sin embargo, se enfrentan a retos similares y transformaciones de envergadura. Existen numerosas desigualdades en el acceso a la protección social vinculadas a las nuevas estructuras sociales y a las nuevas formas de trabajo. Por ello, en la iniciativa “Acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia” tiene por objeto apoyar a todos los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores *no convencionales* que, debido a su tipo de contrato o su situación en el mercado laboral, no están suficientemente protegidos por los regímenes de protección social en lo que respecta al desempleo, la enfermedad, la maternidad o la paternidad, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la discapacidad y la vejez.

Importa hacer notar la conexión de la Recomendación europea con la Recomendación de la OIT, núm. 202 (2012), sobre los niveles mínimos de protección social de la OIT: se basa en ella y la complementa.

Hay un avance –dentro de la continuidad sustancial- de la Recomendación respecto a las políticas comunitarias en el ámbito de la protección social. Las orientaciones existentes de la UE en el ámbito del acceso a la protección social⁵⁴ en el contexto del Semestre Europeo, y el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social, han creado un consenso entre los Estados miembros y las instituciones de la UE sobre la

⁵³ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social», *Lex Social*, vol. 8, núm. 2 (2018), págs. 251-298.

⁵⁴ Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (92/442/CEE), DO L 245 de 26.8.1992, p. 49, Recomendación de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (C(2008) 5737), DO L 307 de 18.11.2008, p. 11, Comunicación de la Comisión «Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la ejecución del Fondo Social Europeo» 2014-2020, COM(2013) 83, «Un compromiso renovado en favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social», COM(2008) 418 final; Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo, de 5 de octubre de 2015, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015, DO L 268 de 15.10.2015, y recomendaciones específicas por país.

necesidad de modernizar los sistemas de protección social⁵⁵. En este contexto, se han elaborado orientaciones estratégicas en ramas consideradas clave de la protección social (pensiones, seguro de desempleo, etc.). Por lo tanto, esta iniciativa complementaría la cooperación en curso en materia de protección social al examinar la situación de los *trabajadores por cuenta propia y de los trabajadores no convencionales* en las diferentes ramas de la protección social.

Por otra parte, la iniciativa que se plasma en la Recomendación es coherente con la Comunicación de la Comisión sobre «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», en la que se ponía de relieve que la cuestión de si existe una relación de empleo o no entre una plataforma y el prestador del servicio subyacente debe determinarse en función de cada caso, basándose acumulativamente, en particular, en si el prestador de servicios actúa bajo la dirección de la plataforma que determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones de trabajo; si el prestador de servicios recibe una remuneración; y la naturaleza del trabajo⁵⁶.

Adviértase ya inicialmente el instrumento jurídico elegido para “desarrollar” el PEDS: la Recomendación no figura en el cuadro del sistema de fuentes del Derecho de la UE. No tiene típicamente fuerza normativa vinculante para los Estados miembros. De ahí sus límites, pero también su “adecuación” técnica para los objetivos perseguidos de una convergencia no armonizadora de las regulaciones básicas de los derechos de Seguridad Social en los ordenamientos nacionales. Se afirma, por un lado, que “la presente Recomendación tiene por objetivo facilitar el acceso a una protección social adecuada para todos los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia en los Estados miembros” (Apartado 1). Por otro lado, a tal efecto: la Recomendación “tiene por objeto *establecer normas mínimas* en el ámbito de la protección social de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia. La protección social puede prestarse a través de una combinación de regímenes, incluidos los públicos, los profesionales y los privados, y puede implicar cotizaciones, de conformidad con los principios fundamentales de los sistemas de protección social nacionales. *Los Estados miembros son competentes para definir el nivel de la cotizaciones y decidir qué combinación de regímenes resulta apropiada, de conformidad con el art. 153, apartado 4 del TFUE*”. (Apartado 2).

Reténgase que según el art. 153.4 del TFUE “1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...) c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c). (art. 153.1 TFUE). Añadiendo inmediatamente que: “A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo: a) podrán adoptar medidas destinadas a

⁵⁵ Que viene de lejos, Comunicación de la Comisión: “Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea”, COM(97) 102 final, de 12 de marzo de 1997.

⁵⁶ COM(2016) 356.

fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, *con exclusión de toda armonización* de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; b) podrán adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”⁵⁷.

De se infiere los siguientes elementos que configuran y delimitan la iniciativa y acción comunitaria en esta materia:

1ª. La Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros, pero, en principio, con exclusión formal de las medidas armonizadoras en materia de Seguridad Social.

2ª. Completará la acción de los Estados miembros con al arreglo al principio de subsidiariedad, que es un principio de eficacia bilateral, a saber: a). Delimita las competencias de la UE; b). Delimita el ámbito de competencias propias de los Estados miembros. La consagración es explícita en la norma, cuando afirma que “*Los Estados miembros son competentes para definir el nivel de la cotizaciones y decidir qué combinación de regímenes resulta apropiada, de conformidad con el art. 153, apartado 4 del TFUE*”. (Apartado 2 de la Propuesta de Directiva).

En este sentido el art. 153.4 TFUE es de una contundencia inequívoca, cuando establece que “las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo: *no afectarán a la

⁵⁷ En cuanto al Tratado de la Unión Europea, el art. 3 establece que los objetivos de la Unión son, entre otras cosas, promover el bienestar de sus pueblos y trabajar en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social. En cuanto al Tratado de Funcionamiento de la UE, se hace mención a los arts. 9, 151 y 152. Pero también se alude la libre circulación de los trabajadores (artículos 45 a 48), el derecho de establecimiento (artículos 49 a 55), la política social (artículos 151 a 161), el fomento del diálogo entre los interlocutores sociales (artículo 154), incluidos los acuerdos celebrados y aplicados a escala de la Unión (artículo 155), la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo (artículo 157), la contribución al desarrollo de una educación de calidad y a la formación profesional (artículos 165 y 166), la acción de la Unión que complementa las políticas nacionales y fomenta la cooperación en el ámbito de la salud (artículo 168), la cohesión económica, social y territorial (artículos 174 a 178), la elaboración y la supervisión de la aplicación de las orientaciones generales de las políticas económicas (artículo 121), la elaboración y el examen de la aplicación de las orientaciones para el empleo (artículo 148) y, de manera más general, la aproximación de las legislaciones (artículos 114 a 117). De igual modo, se toma en cuenta, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000, que protege y promueve una serie de principios fundamentales que son esenciales para el modelo social europeo. Sobre la misma, en un análisis exhaustivo de los derechos reconocidos, se puede consultar VV.AA. (Monereo Pérez, J. L. y Monereo Atienza, C., dirs. y coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

⁵⁷ DOUE (C 67/1).

facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste; *no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados”.

La misma Exposición de Motivos y el Preámbulo de la Recomendación sobre acceso a la protección social hacen notar:

En primer lugar, la base jurídica que la sustenta, a saber: la iniciativa se apoya en los objetivos de la Unión reconocidos en el art. 3 TUE: promover el bienestar de sus pueblos y el desarrollo sostenible de Europa con el objetivo del pleno empleo y el progreso social, pero también el objetivo de fomentar la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres y la solidaridad entre las generaciones. De conformidad con el art. 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.

La Recomendación del Consejo se basaría en el art. 292 del TFUE en combinación con los artículos 153, apartado 1, letra c) y 153, apartado 2, tercer párrafo, así como en el art.352 del TFUE.

El artículo 153, apartado 1, letra c), y apartado 2, del TFUE permite la adopción por el legislador de la UE de medidas en el ámbito de la seguridad social y la protección social de los trabajadores en la medida en que i) se evite establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas, ii) no afecte a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social, y iii) no afecte de modo sensible al equilibrio financiero de estos sistemas. Esta base jurídica podría utilizarse para abordar los retos que representa el acceso a la protección social para las personas con un empleo no convencional. El Consejo está obligado a actuar por unanimidad.

El artículo 352 del TFUE puede constituir la base jurídica de una iniciativa relacionada con los retos del acceso a la protección social para las personas en diferentes formas de empleo por cuenta propia. En este caso, el Consejo también está obligado a actuar por unanimidad.

Por su parte, el Principio nº. 12 del PEDS establece que, con independencia del tipo y la duración de su relación de trabajo, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada.

Se subraya que los sistemas de protección social son *la piedra angular del modelo social de la UE y de un buen funcionamiento de la economía social de mercado*. La función

clave de la protección social es proteger a las personas contra las implicaciones financieras de los riesgos sociales, tales como la enfermedad, la vejez, los accidentes de trabajo o la pérdida del puesto de trabajo, así como prevenir y aliviar la pobreza y mantener un nivel de vida digno. Unos sistemas de protección social bien diseñados *pueden también facilitar la participación en el mercado de trabajo apoyando la transición* en el mercado de trabajo de las personas que cambian de puesto de trabajo, se ponen a trabajar o dejan de hacerlo, o bien crean una empresa o la cierran. Contribuyen a la competitividad y el crecimiento sostenible, en la medida en que apoyan la inversión en capital humano y pueden contribuir a la reasignación de recursos humanos hacia sectores emergentes y dinámicos de la economía. También tienen un papel que desempeñar como estabilizadores automáticos suavizando las fluctuaciones del consumo a lo largo del ciclo económico.

La iniciativa comunitaria trata de garantizar que los sistemas nacionales de Seguridad Social avancen en la misma dirección y al mismo tiempo. De esta manera se pretende fomentar la convergencia para conseguir mejores condiciones de vida y de trabajo, en consonancia con el objetivo del PEDS, y esto será beneficioso para la economía y la sociedad de la Unión Europea en su conjunto.

Con ello se realza la compatibilidad e incluso exigencia mutua entre la racionalidad social (protección social) y la racionalidad económica (dinámica de funcionamiento de la económica y de los mercados de trabajo). Se trata de buscar una conciliación y equilibrios –siempre complejos y difíciles de alcanzar- entre la lógica del mercado y la “justicia social”.

Subyace a la Recomendación relativa a la protección social europea las transformaciones cualitativas en curso. *La globalización, los avances tecnológicos, los cambios en las preferencias individuales y el envejecimiento de la población han impulsado los cambios en los mercados de trabajo europeos* durante los dos últimos decenios, y seguirán haciéndolo en el futuro. El empleo será cada vez más diverso y las carreras profesionales serán cada vez menos lineales: -Los mercados laborales de la Unión contienen diferentes relaciones laborales y formas de empleo por cuenta propia junto con los contratos de trabajo indefinidos a tiempo completo. Algunos tipos de trabajo ya se conocían en el mercado laboral desde hace mucho tiempo (por ejemplo, duración determinada, temporales, a tiempo parcial, trabajo doméstico o períodos de prácticas); mientras que otros se han desarrollado más recientemente y han ido ganando en importancia desde la década de 2000: el trabajo según demanda, el trabajo basado en vales, el trabajo a través de plataformas, etcétera. -En particular, los trabajadores por cuenta propia también forman un grupo heterogéneo. La mayor parte de las personas que eligen convertirse en trabajadores por cuenta propia lo hacen voluntariamente, con o sin asalariados, asumiendo el riesgo de convertirse en empresarios, mientras que uno de cada cinco trabajadores por cuenta propia lo es debido a que no puede encontrar un trabajo por cuenta ajena.

Dada la conexión de los sistemas de protección social con el sistema de necesidades de las personas y con el desarrollo de los mercados de trabajo es estrictamente necesaria una *coevolución sistémica* entre estos ámbitos o esferas de la vida social. Es así, que *a medida que los mercados de trabajo evolucionan, también deben evolucionar los sistemas de protección social* a fin de garantizar que el modelo social europeo esté preparado para el futuro y permita a las sociedades y economías de la Unión aprovechar al máximo el mundo del trabajo en el futuro. Debe atenderse al ciclo de vida de las personas⁵⁸. Sin embargo, en la mayoría de los Estados miembros, las normas que rigen las cotizaciones y los derechos de los regímenes de protección social todavía se basan en gran medida en los contratos indefinidos a tiempo completo entre un trabajador y un empleador único, mientras que la cobertura de otros grupos de trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia ha sido más marginal. Los datos recogidos muestran que algunos trabajadores no convencionales y algunos trabajadores por cuenta propia no tienen un acceso suficiente a las ramas de la protección social que están más estrechamente relacionadas con la situación en el mercado laboral o el tipo de relación laboral. Solamente algunos Estados miembros han iniciado reformas para adaptar los sistemas de protección social a la naturaleza cambiante del trabajo a fin de proteger mejor a los trabajadores afectados y a los trabajadores por cuenta propia. Las mejoras no han sido uniformes entre los países y entre las ramas de la protección social. Es más, a largo plazo, las diferencias en el acceso a la protección social pueden poner en peligro el bienestar y la salud de las personas, contribuir al incremento de la inseguridad económica, el riesgo de pobreza y las desigualdades, y también pueden dar lugar a una inversión subóptima en capital humano, reducir la confianza en las instituciones y limitar un crecimiento económico inclusivo.

Y es que, se realza significativamente que las diferencias en el acceso a la protección social pueden tener *efectos perjudiciales*, en términos de repercusiones económicas y fiscales, que se perciban en toda la Unión. Son una *cuestión de interés común* para los Estados miembros, y pueden presentar obstáculos para la consecución de los objetivos clave de la Unión (Preámbulo de la Recomendación). En este sentido la Recomendación 92/442/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, identificó objetivos comunes en el ámbito de la protección social e invitó a los Estados miembros a «examinar la posibilidad de instaurar y/o desarrollar una protección social apropiada para los trabajadores por cuenta propia». Estos objetivos definidos en común han creado un cierto margen para el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social, un instrumento esencial para apoyar la definición, la ejecución y la evaluación de los marcos nacionales de protección social y fomentar la cooperación mutua de los Estados miembros

⁵⁸ Para ese enfoque de ciclo vital en la planificación de las políticas de Seguridad Social, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 74 Extra (2008), págs. 49-174.

en este ámbito. En el marco del Semestre Europeo, el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento de 2018 recuerda que la mejora de la adecuación y la cobertura de la protección social es de capital importancia para prevenir la exclusión social, mientras que, en las orientaciones para las políticas de empleo de 2018, se invita a los Estados miembros a modernizar sus sistemas de protección social.

En segundo lugar, se respeta el principio de subsidiariedad (en el caso de competencia no exclusiva). El punto de partida es nítido, a saber: Las políticas de empleo y de protección social siguen siendo básicamente una responsabilidad de los Estados miembros. Pero el problema práctico es el del acceso insuficiente a la protección social para un número cada vez mayor de personas en el mercado de trabajo y sus consecuencias negativas para la cohesión social. En tal sentido, la actuación de la UE también puede reducir los obstáculos que plantea este problema para la consecución de los objetivos de la Unión. Al reforzar la convergencia hacia unas instituciones del mercado de trabajo sólidas, la actuación de la UE puede facilitar una estructura económica resiliente y fomentar la cohesión social en la Unión. Las medidas propuestas en la presente Recomendación tienen como objetivo central eliminar o reducir los obstáculos que impiden que los sistemas de protección social proporcionen una adecuada protección social a las personas, con independencia del tipo de relación laboral o de situación en el mercado laboral que tengan, respetando al mismo tiempo las competencias de los Estados miembros a la hora de diseñar sus sistemas de protección social. Se dejan una serie de opciones a la discreción de los Estados miembros, en particular: i) el nivel de protección proporcionado, ii) si se amplía la cobertura en el marco de los regímenes existentes o mediante la creación de nuevos regímenes, iii) la manera de financiar la protección, y iv) las combinaciones de regímenes que van a utilizarse (públicos, profesionales o privados). Estas cuestiones quedan fuera del alcance de la presente iniciativa. Los Estados miembros son los mejor situados para decidir acerca de estas dimensiones a fin de garantizar una protección efectiva de la forma más eficiente, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas de protección social existentes en la Unión.

Se pretende respetar plenamente el principio de proporcionalidad, porque *el ámbito de aplicación de la propuesta se limita a garantizar unas normas mínimas en el acceso a la protección social*. Además, la propuesta da a los Estados miembros la posibilidad de mantener o establecer disposiciones más favorables y de tener en cuenta las características específicas de sus situaciones nacionales. Por consiguiente, deja espacio a la flexibilidad por lo que se refiere a la elección político-jurídica de las medidas concretas de aplicación.

La proporcionalidad también desempeña un papel fundamental a la hora de orientar la elección del instrumento jurídico. El instrumento preferido para la iniciativa es una recomendación del Consejo, *que proporciona orientaciones y pautas a los Estados miembros sobre la manera de conseguir el acceso a la protección social para todos los trabajadores* por cuenta ajena y por cuenta propia.

La Comisión ha entendido que una recomendación del Consejo es el instrumento jurídico más proporcionado en este momento para que una acción de la UE aborde los retos relacionados con el acceso a la protección social. En comparación con una directiva, que impondría unos resultados vinculantes, una recomendación permite a la UE y a los Estados miembros seguir trabajando juntos para abordar las diferentes dimensiones del problema y prever cómo van a evolucionar, lo que incluye sus implicaciones a nivel nacional y los posibles efectos inducidos en el mercado interior, así como para estimular y orientar las reformas nacionales y garantizar que el progreso no sea parcial o desigual entre los diferentes grupos destinatarios y ramas de la protección social. Una recomendación responde a la necesidad de actuar a nivel de la UE, teniendo en cuenta al mismo tiempo la falta de consenso político, en este momento, en cuanto a la orientación de las reformas normativas a llevar a cabo por los países miembros. En efecto, las consultas con las partes interesadas muestran una importante divergencia sobre el mejor instrumento, así como acerca de la dirección de las reformas. Además, puede apoyar los esfuerzos dirigidos a reforzar la base estadística y de conocimientos necesaria para realizar un seguimiento de la situación a nivel del espacio geopolítico de la Unión.

Por tanto, el principal valor añadido de una recomendación es crear un impulso que apoye y complemente los debates y las reformas nacionales, orientar a los Estados miembros en sus esfuerzos y crear un consenso sobre las mejores opciones de reforma, lo cual también permitiría orientar la posición de la UE y de sus Estados miembros en todos los foros internacionales pertinentes. Una recomendación del Consejo también permite a la UE dejar un margen de flexibilidad a los Estados miembros sobre la manera de alcanzar los objetivos, dependiendo del punto de partida y la historia y las prácticas nacionales.

Reálcese que igualmente que una recomendación del Consejo independiente tiene un importante valor añadido si se compara con abordar la cuestión únicamente a través de los procesos existentes, como el Semestre Europeo o el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social. Se necesita un enfoque específico para dar a esta cuestión la necesaria visibilidad política, aumentar la sensibilización al respecto y generar un impulso. Asimismo, se necesitan esfuerzos de todos los Estados miembros de manera coherente y en cierta medida coordinada para despejar las dudas sobre las posibles desventajas de dar el primer paso.

Este impulso de la Unión en orden a la aplicación y el seguimiento de esta Recomendación *puede integrarse plenamente en los procesos en curso del programa de acción Europeo y el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social*. Puede promoverse la aceptación de la Recomendación mediante una serie de medidas de acompañamiento, especialmente a través de programas de aprendizaje mutuo y financiación de experimentos de apoyo y de reformas en los Estados miembros. (Exposición de Motivos, pp. 9-10).

Respecto a la adecuación regulatoria y sus efectos positivos previsibles la se indica que los principales efectos previstos como consecuencia de la mejora de la protección serían un incremento de la mutualización del riesgo y el aumento de la seguridad de los ingresos, lo que tendría como resultado una menor precariedad y pobreza de las personas. También se espera que la iniciativa contribuya a aumentar el dinamismo del mercado laboral y a una mejor asignación de los recursos, así como a reforzar el papel clave que se ha demostrado que tienen los estabilizadores automáticos de la protección social, reduciendo las fluctuaciones del ciclo económico. Las empresas también se beneficiarán de un mercado laboral que funcione adecuadamente y de estructuras económicas resilientes.

En opinión de la Comisión las empresas podrían beneficiarse de un incremento de la productividad de las personas en formas de empleo que pasarían a estar protegidas, de una *menor competencia desleal y de los efectos positivos de los sistemas de protección social en los mercados de trabajo y en la demanda interna*. En función de las diferentes posibilidades de financiación, se espera que las empresas experimenten un incremento en el coste que representa gestionar las fluctuaciones de la producción, junto con algún aumento de los costes en relación con el empleo no convencional y el trabajo por cuenta propia.

Hay que tener en cuenta que la iniciativa se aplicará a todos los empleadores. Sin embargo, afectará en especial a todos los empleadores de trabajadores no convencionales y, en una cierta menor medida, a las empresas que trabajan con trabajadores por cuenta propia. Los datos que se presentan en la evaluación de impacto permiten determinar en qué medida las empresas utilizan estos tipos de contratos. Los trabajadores por cuenta propia con y sin empleados trabajan sobre todo con microempresas (de 1 a 9 trabajadores), y mucho menos con pymes y grandes empresas. Por lo tanto, la exención de las microempresas reduciría indebidamente la eficacia de la iniciativa. Los trabajadores no convencionales trabajan especialmente en la administración pública (28 %) y en pymes, y en menor medida también en grandes empresas y en microempresas.

Se realza, por lo demás, la conexión jurídica de esta iniciativa con el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, toda vez que la iniciativa promueve el derecho a las prestaciones de seguridad social y que los servicios sociales proporcionen protección en casos tales como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo (Exposición de Motivos, p. 15).

3ª. En cuanto al procedimiento de aprobación de instrumentos reguladores las dificultades son ciertamente enormes, toda vez que se indica que “El Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

En los ámbitos mencionados en las letras c), d), f) y g) del apartado 1, el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités.

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable a las letras d), f) y g) del apartado 1” (Art. 153. 2 TFUE).

4º. En relación al catálogo de prestaciones se asume por remisión el establecido en el Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece los mecanismos de coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Al efecto, se indica que se entenderá por “Régimen de protección social” un marco de normas diferenciado para proporcionar prestaciones a los beneficiarios con derecho a ellas. Dichas normas especifican el ámbito de aplicación personal del programa, las condiciones para tener derecho a las prestaciones, el tipo de prestaciones, los importes de las prestaciones, la duración de las prestaciones y otras características, así como la financiación (cotizaciones, impuestos generales y otras fuentes), la gobernanza y la gestión del programa. *Las ramas de protección a que se hace referencia en el apartado 5 de la Recomendación se definen de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento y del Consejo*”. (Apartado 7.e) de la Propuesta de Directiva).

En la Directiva, apartado 5, se enumera escuetamente ese catálogo de prestaciones. Se indica que se incluyen en la Recomendación “las ramas siguientes de la protección social, en la medida en que existan en los Estados miembros: a). prestaciones de desempleo; b). prestaciones por enfermedad y de asistencia sanitaria; c). prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; d). Prestaciones de invalidez; e). prestaciones de vejez; f). prestaciones relacionadas con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.” Se echa en falta en esta enumeración la referencia a las prestaciones familiares que, sin embargo, si están incluidas expresamente en el art. 3.1. j) las prestaciones familiares del Reglamento N° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

5ª. Se trata de garantizar “derechos” a través del impulso de la Unión: “La presente Recomendación cubre el derecho a partir en un régimen, así como la adquisición de derechos y el acceso a los mismos. Tiene por objeto, en particular, garantizar los siguiente para todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia: a). una cobertura formal de protección social; b). una cobertura efectiva y a la adecuación y la transferibilidad de la protección social; c) la transparencia de los derechos de protección social.

6º. En cuanto al ámbito subjetivo, las acciones que se comprenden en la Recomendación tiene un amplio alcance, se aplica a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, incluidas las personas que transitan entre estas dos situaciones o que se encuentran en las dos, así como a las personas cuyo trabajo se ve interrumpido debido a la aparición de los riesgos cubiertos por la protección social (apartado 4. Se puede apreciar algo más: que se contemplan las trayectorias discontinúas de trabajadores

atípicos y precarios y las transiciones de situaciones de trabajo asalariado y trabajo autónomo. Sobre esta cuestión se incide en el Preámbulo y justificación de la Propuesta de Directiva.

7º. Se consagran una serie de principios fundamentales de los sistemas de protección social, indicando que “Los principios de accesibilidad, transferibilidad, adecuación y transparencia definidos en la presente Recomendación se aplican a todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, si bien se reconoce que pueden aplicarse normas distintas a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia” (Apartado 6 de la Propuesta de Directiva).

A). Cobertura formal (Apartados 8 y 9). La preocupación central de la Recomendación parece residir en garantizar que todos los trabajadores incluidos los precarios o con continuas transiciones laborales y los trabajadores autónomos tengan una *cobertura real* y no sólo formal con carácter obligatorio. Es criticable que la cobertura de los trabajadores autónomos no se garantice con carácter obligatorio, sino voluntario para las prestaciones de desempleo. Hay que tener en cuenta las dificultades actuales de diferenciar con contornos y fronteras nítidas las distintas formas de trabajo, con una espiritualización y flexibilización de las nociones de subordinación y autonomía del trabajador; y la constatación de una multiplicidad de fórmulas jurídicas –diferenciadas e indiferenciadas- de regulación de las relaciones de trabajo (del trabajo profesional)⁵⁹. Y es que atendiendo a las nuevas formas de trabajo y el constante aumento del trabajo autónomo o por cuenta propia, cada vez más en condiciones de vulnerabilidad o de dependencia económica, el Derecho del Trabajo tendrá que expandir subjetivamente la atribución del sistema de garantías y derechos sociales que dispensa hacia todas las personas que trabajan; y en esa lógica de expansión de su ámbito de aplicación, llegado el caso, graduando las tutelas que confiere.

Precisamente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario⁶⁰, sitúa en el marco de la iniciativa en favor del trabajo digno el abordar las condiciones de trabajo y el empleo precario, el pedir a los Estados miembros que tengan en cuenta un conjunto de indicadores de la OIT para determinar la existencia de una relación laboral: el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; debe ser ejecutado personalmente por el trabajador; se lleva a cabo dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; es de cierta duración y tiene cierta continuidad; requiere la disponibilidad del trabajador o implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona

⁵⁹ De ello da cuenta la OIT: *La relación de trabajo: una visión comparada*, Resumen Ejecutivo, Casale, G. (Dir.), Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011, págs. 2 y sigs.; Recomendación OIT, núm. 198 (2006), sobre la relación de trabajo (Cap. II. Determinación de la existencia de una relación laboral); Recomendación OIT, núm. 184 (1996), sobre el trabajo a domicilio.

⁶⁰ [(2016/2221(INI)) (2018/C 334/09)]. Diario Oficial de la UE. 19.9.2018.

que requiere el trabajo; se paga una remuneración periódica al trabajador que constituye su única o principal fuente de ingreso, y también pueden estar previstos pagos en especie tales como alimentación, vivienda o transporte; se reconocen al trabajador derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales. Pero adicionalmente da un paso más en la delimitación e identificación conceptual cuando señala, en primer lugar, que el trabajo atípico se refiere a las relaciones de trabajo no conformes con el modelo estándar o típico de empleo a tiempo completo, regular y de duración indeterminada con un único empleador a lo largo de un período largo de tiempo, de manera que los términos “atípico” y “precario” no pueden usarse como sinónimos (aunque observa que algunas formas de empleo atípico entrañan mayores riesgos de precariedad o inseguridad, por ejemplo, el trabajo no voluntario a tiempo parcial o con contrato de duración determinada, los contratos de cero horas y los períodos de prácticas no retribuidos). En segundo lugar, el trabajo precario hace referencia a las formas de empleo que no cumplen las normas y leyes nacionales, internacionales y de la Unión o que *no ofrecen recursos suficientes para una vida digna o una protección social adecuadas*.

Con este enfoque delimitador la Resolución del Parlamento Europeo apuesta por el trabajo decente y por un modelo de competitividad en la UE basado en la calidad del trabajo y de la producción: la flexibilidad en el mercado laboral –afirma– no consiste en reducir los derechos de los trabajadores a cambio de productividad y competitividad, sino en equilibrar satisfactoriamente la protección de los trabajadores con la posibilidad de que trabajadores y empleadores acuerden formas de trabajo que se adecuen a las necesidades de ambos. En esta lógica de equilibrio entre racionalidades sociales y económicas, asume como propia la estrategia del trabajo decente de la OIT, partiendo de la definición según la cual éste “significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”⁶¹; pero también alienta a la OIT que vaya más allá, incluyen el salario digno a esa definición (Resolución del Parlamento Europeo, 2018, 92). Es así que Programa de Trabajo Decente de la OIT, se dirige fundamental y específicamente a garantizar la creación de empleo, los derechos en el trabajo, la protección social y el diálogo social, así como la igualdad de género. Por tanto, el *trabajo digno* debe cubrir concretamente: un salario mínimo vital, que también garantice el derecho a la libertad de asociación; convenios colectivos, con arreglo a las prácticas de los Estados miembros; la participación de los trabajadores en los asuntos de la empresa, con arreglo a las prácticas de los Estados miembros; el respeto de la negociación colectiva; la igualdad de trato de los trabajadores en el mismo lugar de trabajo; la salud y seguridad en el trabajo; la protección social de los trabajadores y las personas a su cargo; disposiciones sobre tiempo

⁶¹Informe de la OIT, de 14 de noviembre de 2016, sobre “El empleo atípico en el mundo”.

de trabajo y de descanso; la protección contra el despido; el acceso a la formación y el aprendizaje permanente; el apoyo al equilibrio entre vida privada y vida laboral de todos los trabajadores, subrayando que para garantizar estos derechos es esencial mejorar la aplicación y efectividad de la legislación social y laboral.

La digitalización y la automatización están contribuyendo a que se produzca una transformación de la naturaleza y de las formas de trabajo, incluido el aumento de las nuevas formas de empleo⁶². Ello puede requerir nuevas normas sociales de trabajo, proporcionadas y que respondan a los cambios, para conseguir que todas formas de empleo estén cubiertas⁶³. Ahora bien, es necesario precisar que las nuevas tecnologías condicionan las decisiones económicas, organizativas y las formas de empleo, pero no hay un determinismo tecnológico que pueda ser aducido sin más para justificar imperativos irresolubles de las políticas laborales. La tecnología y el conjunto de las fuerzas productivas de la sociedad en cada etapa histórica han incluido de manera significativa en el desarrollo del Derecho (hoy estamos ante una cuarta revolución industrial), pero es manifiesto que las respuestas del sistema jurídico han tenido un amplio margen de configuración y de decisión sobre su incidencia en todas las dimensiones. En el fondo como señalara Génny el Derecho es en parte “*dado*” y en parte “*construido*”⁶⁴. En identificación de la relación laboral a efectos del sistema jurídico refleja que en situaciones dadas se operan respuestas autorreflexivas “construidas” (Es así que se puede comprender que existan, por ejemplo, exclusiones no sólo declarativas sino también de carácter constitutivo, las cuales de no haberse producido no podrían entenderse excluidas del ordenamiento jurídico: transportistas con vehículo propio al amparo de autorización administrativa ex art. 1.3, último párrafo; exclusión del ámbito laboral de los trabajadores autónomos económicamente dependientes –TRADE- en virtud de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, artículos 1.2.d) y 11-18; RD. 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del TRADE).

B). Cobertura efectiva y transferibilidad⁶⁵ (Apartados 10, 11 y 12). En primer lugar, los Estados miembros en sus respectivas legislaciones nacionales debe garantizar una cobertura efectiva de todos los trabajadores asalariados y los trabajadores autónomos,

⁶² Puede consultarse GAUTHIER, G.: “Economía compartida “crowdworking” y Derecho del Trabajo”, en VV.AA.: *Disrupción, economía compartida y Derecho. Enfoque jurídico multidisciplinario*, GAUTHIER, G. (Coord.), Montevideo, Fundación Cultural Universitaria, 2016, págs. 109 y sigs. La estrategia para hacer frente a estos cambios, RITTICH, K.: “La OIT. Retos en tiempos de crisis”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 134 (2015/1). También TREU, T.: “Derecho del Trabajo y políticas sociales: un programa para la investigación transnacional”, en *Temas Laborales*, núm. 134 (2016), págs. 13 y sigs.

⁶³ Resolución del Parlamento Europeo, 2018, pág. 94.

⁶⁴ GÉNNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Génny” (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000, espec., págs. 409 y sigs.

⁶⁵ La transferibilidad es definida en el apartado 7 (Definiciones), letra m) de la Propuesta de Directiva: “La posibilidad de i) transferir los derechos acumulados a otro régimen, ii) hacer que los períodos de carencia en una situación del mercado laboral anterior (o en situaciones de mercado laboral concomitantes) se contabilicen a efectos de los períodos de carencia en la nueva situación”.

con arreglo a las condiciones establecidas en los 7 y 8 de la Recomendación, preservando al mismo tiempo la sostenibilidad del sistema y la aplicación de salvaguardias para evitar abusos. Recomienda a los Estado miembros que garanticen una cobertura efectiva, con independencia del tipo de relación laboral y de la situación en el mercado laboral, revisando las normas que rigen las cotizaciones y los derechos. En segundo lugar, los Estados miembros en sus respectivas legislaciones (y de conformidad con las disposiciones nacionales en materia de diálogo social), los Estados miembros deben garantizar que los derechos, tanto si se adquieren a través de regímenes obligatorios como de regímenes voluntarios, se acumulen, conserven y transfieran a través de todos los tipos de empleo y de situaciones de trabajo por cuenta propia, y de todos los sectores económicos.

En lo que respecta a la transferibilidad, no existe ningún requisito en la legislación de la UE para garantizar la transferibilidad de los derechos de pensiones de empleo, pero la Directiva 2014/50/EU sobre la portabilidad de los derechos complementarios de pensión, alienta a los Estados miembros a mejorarla y, de hecho, todos los Estados miembros han optado por extender el mismo tratamiento jurídico a todos los trabajadores (la Directiva no se aplica a los trabajadores por cuenta propia) que hayan abandonado un plan de pensiones de empleo.

C). Adecuación (Apartados 12, 13, 14 y 15). Lo que persigue es garantizar un nivel adecuado de protección de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, esto es, que sea *suficiente* y se produzca en el momento oportuno para *mantener el nivel de vida y ofrecer un grado adecuado de sustitución de ingresos*, evitando en todos los casos que estos miembros caigan en la pobreza. Por otra parte, se establece una serie de previsiones que garantizan la efectividad y proporcionalidad de las cotizaciones en atención a su incidencia en los derechos de protección social de todo tipo de trabajadores. Se alienta a los Estados miembros a garantizar la adecuación de la protección social y a concebir mejor los sistemas en función de la situación específica de los beneficiarios.

De ello se deja constancia, en cierto sentido, en el Preámbulo de la Recomendación cuando se indica que “La protección social se considera adecuada cuando permite que las personas mantengan un nivel de vida digno, sustituyan su pérdida de ingresos de manera razonable y vivan con dignidad, y evita que caigan en la pobreza”. *Las prestaciones pueden ser inadecuadas, es decir, insuficientes o a destiempo para mantener el nivel de vida, vivir con dignidad y evitar que las personas caigan en la pobreza o en situaciones de exclusión social*. En este caso, puede haber margen para mejorar la adecuación y, al mismo tiempo, prestar atención a las medidas que permitan una facilitación de la vuelta al trabajo. Las normas que rigen las cotizaciones pueden distorsionar las condiciones de competencia equitativas e ir en detrimento de algunas categorías de trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena. Por ejemplo, las cotizaciones de protección social para los trabajadores por cuenta propia pueden incluir unas aportaciones independientes de los ingresos, o establecerse a partir de ingresos del pasado o de estimaciones sobre futuros

ingresos. Esto puede crear problemas de flujo de efectivo para el individuo cuando sus ingresos descienden por debajo de las estimaciones. Además, la progresividad y las reducciones en las cotizaciones sociales para los grupos con bajos ingresos podrían aplicarse de manera más equitativa a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, garantizando al mismo tiempo que estas exenciones no induzcan a una infradeclaración de los ingresos.

Las normas que rigen los derechos a prestaciones pueden jugar en contra de los trabajadores no convencionales y de los trabajadores por cuenta ajena. En particular, los ingresos y los umbrales temporales (los períodos de carencia, los períodos de espera, los períodos mínimos de trabajo y la duración de las prestaciones) pueden constituir un obstáculo indebidamente elevado para que algunos grupos de trabajadores no convencionales y por cuenta propia puedan acceder a la protección social. En general, se ha determinado la existencia de dos grupos de cuestiones: en primer lugar, las diferencias existentes en las normas aplicables a los trabajadores convencionales y a las personas con empleos no convencionales o que trabajan por cuenta propia pueden penalizar innecesariamente a un grupo; en segundo lugar, la aplicación de las mismas normas a todos los grupos puede tener como consecuencia unos resultados peores para las personas que se encuentran fuera del empleo convencional y puede no estar adaptada a la situación de los trabajadores por cuenta propia. En ambos casos, puede haber margen para adaptar mejor las normas a la situación de los grupos específicos manteniendo al mismo tiempo un principio general de universalidad, de manera que no quede nadie sin cobertura en el mercado laboral en el momento de la materialización de un riesgo social. Pueden necesitarse medidas específicas para evitar que las personas coticen en regímenes que se solapen.

Los derechos de protección social no siempre se conservan y se transfieren cuando las personas transitan entre diferentes situaciones en el mercado laboral, por ejemplo cuando se pasa del trabajo por cuenta ajena al trabajo por cuenta propia o a estar en paro, cuando se combina el trabajo por cuenta ajena con el trabajo por cuenta propia, o cuando se pone en marcha o se cierra una empresa. Es asimismo de capital importancia la transferibilidad de los derechos entre los distintos regímenes y su totalización a fin de permitir que las personas que combinan trabajos o cambian de trabajo, o que pasan de ser un trabajador por cuenta ajena a uno por cuenta propia, y viceversa, accedan efectivamente a las prestaciones de los regímenes contributivos y dispongan de una cobertura adecuada, y también para fomentar su participación en caso de regímenes de protección social voluntarios.

La referencia como base a los instrumentos de la OIT es harto significativa dentro del garantismo multinivel flexible que se postula. En su Recomendación sobre los niveles mínimos de protección social de 2012, la Organización Internacional del Trabajo recomienda a sus miembros, con arreglo a las circunstancias nacionales, que establezcan

lo más rápidamente posible y que mantengan sus niveles mínimos de protección social, incluidas las garantías básicas de protección social.

Pero no lo es menos la referencia a los principios que inspiran el sistema de los tratados fundacionales en el marco del diálogo social. La Comisión ha puesto en marcha una consulta en dos etapas con los interlocutores sociales sobre el acceso a la protección social para las personas con cualquier forma de empleo, de conformidad con el artículo 154, apartado 2, del TFUE. El procedimiento del artículo 154, apartado 2, del TFUE no es aplicable, como tal, a la actuación de la Unión para abordar los desafíos relacionados con el trabajo por cuenta propia tomando como base el artículo 352 del TFUE. La Comisión invitó a los interlocutores sociales a que compartieran sus puntos de vista en lo que respecta a las personas que trabajan por cuenta propia de forma voluntaria (Preámbulo de la Recomendación).

Se busca un estándar de garantías de mínimos de protección social. De ahí que la implementación de la Recomendación no debería utilizarse para disminuir los derechos existentes establecidos en la legislación vigente de la Unión en este ámbito, ni debería constituir un motivo válido para reducir el nivel de protección general del que gozan los trabajadores en el ámbito cubierto por la presente Recomendación. Y en este sentido respetando el principio de subsidiariedad, se advierte que la Recomendación debe entenderse sin perjuicio de las facultades de los Estados miembros para organizar sus sistemas de protección social. La competencia exclusiva de los Estados miembros por lo que se refiere a la organización de sus sistemas de protección social incluye, entre otras cosas, las decisiones sobre la creación, la financiación y la gestión de tales sistemas y de sus correspondientes instituciones, así como sobre el contenido y la concesión de las prestaciones, el nivel de las cotizaciones y las condiciones de acceso. Se consagra el principio de regulación más favorable en los Derechos nacionales: La Recomendación no debería impedir a los Estados miembros mantener o establecer disposiciones sobre la protección social más avanzadas que las que se recomiendan en ella (Apartados 31 y 35).

Y es que, como se indicó también en la Exposición de Motivos, el Preámbulo de la Recomendación destaca que la presente Recomendación debería cumplir, reforzar y realzar debidamente los derechos fundamentales, en particular los establecidos en los artículos 29 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Apartado 36).

Ahora bien, se trata de implantar sistemas con garantías de sostenibilidad financiera, esto es, viables para alcanzar los objetivos perseguibles: La sostenibilidad financiera de los regímenes de protección social es esencial para la resiliencia, la eficiencia y la eficacia de los mismos. La aplicación de la presente Recomendación no debería afectar de manera

significativa al equilibrio financiero de los sistemas de protección social de los Estados miembros (Apartado 37). La viabilidad de los sistemas y la idea fuerza subyacente (y criticable por la unilateralidad) parece ser la del equilibrio interno de los sistemas, aunque es evidente que estamos ante una Recomendación de débil obligatoriedad jurídica y que los Estados miembros pueden establecer sistemas de financiación externos al sistema de equilibrio financiero interno de los propios sistemas de protección social para alcanzar esa exigencia de mantenimiento y de sostenibilidad financiera (En el sentido que se impone deducir del art. 12 de la Carta Social Europea Revisada, a cuya ordenación y contenido esencial debe imperativamente interpretarse el derecho a la Seguridad Social garantizado en el art. 41 CE en relación con el art. 10.2 CE).

D). Transparencia⁶⁶ (Apartados 16 y 17). La finalidad es doble, aunque interrelacionada: por un lado, los Estados miembros deben garantizar que las condiciones y las normas de todos los regímenes sociales sean transparentes y que las personas reciban información gratuita periódicamente actualizada, exhaustiva, accesible, fácil de utilizar y claramente comprensible sobre sus derechos y obligaciones individuales; y por otro, los Estados miembros deben simplificar los requisitos administrativos de los regímenes de protección social de todos los trabajadores y los empleadores, en especial las microempresas y las pequeñas y medianas empresas.

Existen ya varias iniciativas recientes de la UE contribuirán a abordar el problema de la transparencia. En primer lugar, esto afecta a las prestaciones de vejez en el contexto de las pensiones de empleo. Esto se abordará en la Directiva relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión⁶⁷ (Directiva sobre portabilidad) y en la Directiva refundida relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (Directiva FPE)⁶⁸. Ambas directivas mejoran la transmisión de información sobre los regímenes de pensiones. La Directiva sobre portabilidad también incluye la protección de los derechos de pensión tras el cese de la relación laboral⁶⁹. Estas dos directivas deben transponerse a la legislación nacional a más tardar el 21 de mayo de 2018 y el 13 de enero de 2019, respectivamente.

⁶⁶ La transparencia es definida como “la transmisión de información disponible, accesible, exhaustiva y claramente comprensible al público en general, a los potenciales miembros del régimen y a los miembros y los beneficiarios del régimen sobre las normas del mismo y/o las obligaciones y los derechos individuales” [Apartado 7. Definiciones, letra n)]

⁶⁷ Directiva 2014/50/UE relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. En el artículo 6 se exige a los Estados miembros que garanticen que los afiliados activos puedan obtener, previa petición, información sobre las consecuencias que un cese de la relación laboral tendría sobre sus derechos complementarios de pensión.

⁶⁸ Directiva 2016/2341/UE relativa a las actividades y la supervisión de *fondos de pensiones de empleo* (FPE).

⁶⁹ El artículo 37, apartado 1, letra j), de la Directiva 2016/2341, sobre información general sobre el plan de pensiones, contiene una disposición sobre transferibilidad. En caso de que un partícipe tenga derecho a

También hay que tomar en consideración el factor de complejidad y de transparencia de los sistemas jurídicos de protección social, pues como señala el Preámbulo de la Recomendación la actual complejidad normativa y la falta de transparencia en lo que respecta a las normas de protección social en muchos Estados miembros impiden que las personas conozcan sus derechos y obligaciones, así como sus posibilidades de ejercerlos. También pueden contribuir a una baja tasa de utilización, o a una baja participación en los regímenes de protección social, en especial en el caso de los regímenes voluntarios.

8°. En relación a las obligaciones de los Estados miembros y la Comisión Europea relativas a las garantías de aplicación, información y evaluación (Apartados 18 a 22 de la Recomendación), su alcance es el siguiente:

- a). Los Estados y la Comisión deberá recopilar y publicar estadísticas nacionales fiables sobre el acceso a las diferentes formas de protección social desglosadas por situación en el mercado de trabajo para todo tipo de trabajadores.
- b). Bajo la supervisión de la Comisión y del Comité de Protección Social debe realizarse una evaluación comparativa y desarrollar indicadores cuantitativos y cualitativos comunes acordados para supervisar la aplicación de la Recomendación y que permitan su evaluación.
- c). Los Estados miembros deben aplicar los principios establecidos en la Recomendación y establecer planes de acción, bajo la supervisión multilateral en consonancia con el Semestre Europeo y el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social.
- d). Corresponde a la Comisión Europea evaluar los avances realizados en la aplicación de la Recomendación, teniendo en cuenta también el impacto en las pequeñas y medianas empresas, en cooperación con los Estados miembros y previa consulta a las partes interesadas, informando al Consejo. A partir de los resultados de la revisión, la Comisión podrá estudiar la posibilidad de realizar nuevas propuestas. La Comisión asume aquí una doble función de control e impulso en la materialización de los objetivos de la Recomendación.

No se debe olvidar la Propuesta de Reglamento por el que se crea una Autoridad Laboral Europea. La propuesta de Reglamento, elaborada por la Comisión, por la que se crea la Autoridad Laboral Europea, fue presentada dentro del paquete de equidad social el 13 de marzo de 2018⁷⁰. Esta propuesta también *forma parte del despliegue del Pilar Europeo*

transferir sus derechos de pensión, debe proporcionarse información adicional sobre las condiciones de dicha transferencia.

⁷⁰Propuesta de la Comisión Europea de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, Estrasburgo, 13.3.2018 COM(2018) 131 final/2018/0064(COD). Conforme al art. 2 (“Objetivos”): “El objetivo de la Autoridad será contribuir a garantizar una movilidad laboral equitativa en el mercado interior. Con este fin, la Comisión: a) facilitará el acceso de las personas y los empleadores a la información sobre sus derechos y obligaciones, así como a los servicios pertinentes; b) reforzará la cooperación entre los Estados miembros en la aplicación transfronteriza de la legislación pertinente de la Unión, incluida la facilitación de las inspecciones conjuntas; c) mediará y facilitará una

de los Derechos Sociales, cuya finalidad es lograr más coherencia hacia unas mejores condiciones de vida y de trabajo.

e). La Unión se compromete a establecer medidas financieras de apoyo, cuando sea preciso. Al efecto, la Comisión debe garantizar que la aplicación de la Recomendación se base en acciones financiadas por los programas de la Unión pertinentes.

Sería oportuno retener aquí las propuestas del Parlamento Europeo en la citada Resolución de 4 de julio de 2017, que parte de pedir el compromiso de la Comisión y los Estados miembros que actúen contra el empleo precario, incluido el trabajo no declarado y el trabajo autónomo ficticio, a fin de garantizar que todos los tipos de contratos ofrezcan condiciones de trabajo dignas con una cobertura adecuada de Seguridad Social con el Programa de Trabajo Decente de la OIT, el art. 9 del TFUE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la Carta Social Europea⁷¹. Para ello considera necesario que se lleve a cabo una revisión de la normativa europea que garantice los derechos de los trabajadores en un contexto profundamente cambiado. Se trata tanto de la garantía de los derechos como de las capacidades humanas⁷². Derechos y capacidades deben garantizarse a las personas que se encuentren en cualquier tipo de relación laboral y los trabajadores autónomos. Y ello no es otra cosa que establecer las *reglas de juego* de orden público en aras de la justicia social a nivel mundial, limitando la hegemonía de los mercados⁷³. Eso

solución en caso de litigios transfronterizos entre las autoridades nacionales o de perturbaciones del mercado laboral”.

⁷¹Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, cit., apartado 39, pág. 95.

⁷² El Parlamento pide a la Comisión una “Garantía de capacidad que constituya un nuevo derecho para todos en virtud del cual, en cada etapa de la vida, se puedan adquirir capacidades fundamentales para el siglo XXI, entre las que se incluyen la alfabetización, el cálculo, la alfabetización digital y mediática, el pensamiento crítico, las destrezas sociales y las capacidades pertinentes que requiere la economía ecológica y circular, teniendo presentes las industrias emergentes y los principales sectores de crecimiento y garantizando el pleno acceso a las personas que se encuentran en una situación desfavorecida, incluidas las personas con discapacidad, los solicitantes de asilo, los desempleados de larga duración y otros grupos infrarrepresentados; destaca que los sistemas educativos deben ser incluyentes, ofrecer enseñanza de buena calidad a toda la población, capacitar a las personas para ser ciudadanos europeos activos, prepararles para que puedan aprender y adaptarse a lo largo de sus vidas, y responder a las necesidades de la sociedad y del mercado laboral. Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, cit., pág. 96. Sobre el enfoque de las capacidades puede consultarse NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades: Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2012; *Ibid.*, *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Ed. Paidós, 2007; SEN, A.: *La idea de justicia*, Madrid, Ed. Taurus, 2010.

⁷³ OIT: *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, 3ª ed., revisada, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo/Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2014; OIT: *Mejora de las actividades normativas de la OIT. Política normativa de la OIT. Enfoque para lograr un código internacional del trabajo sólido y eficaz*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 310ª. Reunión, marzo de 2011, Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (LILS), Tercer punto del orden del día, GB. 310/LILS/3/1 (Rev.), 2011; OIT: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª, reunión, 2012, Tercer punto del orden del día, Informe III (Parte 1b), ILC. 1001/III/1B, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2012.

significa “tomarse los derechos en serio”⁷⁴ y corregir el modelo antropológico del individualismo propietario⁷⁵ a través de juridificación en términos de derechos del principio de la dignidad humana y del derecho a la existencia digna (art. 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)⁷⁶. Y señala que el uso de la por parte de la Comisión y de los Estados miembros del concepto de la OIT de “trabajador” en lugar del concepto de “empleado”, definido en términos más estrictos, podría contribuir a una mejor aplicación y comprensión de los principios y derechos fundamentales en el ámbito laboral⁷⁷.

4. Derecho Flexible del Trabajo y debilitamiento de la fuerza normativa conformadora de las constituciones sociales: La pretensión de “desconstitucionalización” por cauces extraconstitucionales los principios y derechos constitucionales

Siempre ha existido una impronta constitucional del Derecho del Trabajo desde su mismo origen⁷⁸. El Derecho del Trabajo nace en el marco de la redefinición de los sistemas políticos y jurídicos del liberalismo individualista. Redefinición que se refleja en el desplazamiento de las constitucionalismo liberal por el constitucionalismo democrático-social con Estado Social y Democrático de Derecho, por un lado, y por otro y en relación a ello, con la fundación de un orden internacional preordenado a crear un Derecho Internacional capaz de acoger un Derecho Internacional del Trabajo.

Esto lo supieron ver autores con Anton Menger, Gustav Radbruch, Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer, Ernst. Fraenkel, Karl Korsch, Franz Neuman y Hermann Heller, pero también otros eminentes pensadores como George Gurvitch o Harold J. Laski, cuando defendía la instauración de una forma de Estado democrático social del trabajo construido

⁷⁴ DWORKIN, R. M.: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1965.

⁷⁵ MENGONI, L.: “La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’ uomo”, en MENGONI, L.: *Diritto e valori*, Bolonia, Il Mulino, 1985, pág. 127. Para una crítica del individualismo propietario, véase BARCELLONA, P.: *Individualismo propietario*, Madrid, Ed. Trotta, 1996.

⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Seguridad Social y ayuda social (Artículo 34)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C., Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 893-938.

⁷⁷ Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, cit., apartados 49 y 53, pág. 97. Véase también OIT: *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2017; OIT: *La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro: ¿Cómo lograr que la tecnología beneficie a todos?* Nota informativa 1, Basada en la contribución de Nübler, I., Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2017; y anteriormente, OIT: *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción*, Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa y con arreglo al seguimiento de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, 2012, Sexto Punto del orden del día, Informe VI, ILC.101/VI, 2012; OIT: *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, 3ª ed., revisada, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo/Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2014.

⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 45 y sigs.

sobre la idea social y el principio de justicia social⁷⁹. En cuyo marco la Constitución – Norma Fundamental- impone a los poderes públicos la garantía efectiva de los derechos sociales y promueve la ciudadanía activa sobre la base de los valores, principios y normas de garantía en ella consagrados.

El Derecho del Trabajo moderno nació con el Constitucionalismo Social con Estado Social de Derecho y precisamente en el marco de la lucha y defensa por la instauración de esta forma política de la Democracia avanzada. Una forma de democracia “sustancial” en cuanto que no se concibe sólo como formal o procedimental, sino también como jurídico-material, es decir, comprometida con los principios y valores superiores y la garantía efectiva de los derechos fundamentales de la persona desde la afirmación del principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales⁸⁰. Los derechos fundamentales son precondiciones de la democracia constitucional y han de ser protegidos contra todo poder que pueda atentar contra ellos (incluidos los derechos sociales como precondiciones sociales del sistema democrático de los cuales, por lo demás, depende el ejercicio efectivo de los demás derechos y libertades).

El Derecho del Trabajo es especificación de los principios y valores insertos en las Normas Constitucionales y en los instrumentos de valor constitucional o superior en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tal como lo conocemos, depende inescindiblemente de la subsistencia de la Democracia constitucional y del Estado constitucional. De manera que el cuestionamiento de esta supone un cuestionamiento del propio Derecho Social del Trabajo garantista. La inserción de las instituciones y normas laborales (la “legalización de la clase trabajadora” antes situada en la periferia del sistema establecido) en la Constitución determinó aceptar la lógica de los equilibrios constitucionales entre la constitución económica y la constitución social. De este modo el constitucionalismo del Estado social recibiría una contradicción en el pacto constitucional, entre las libertades económicas de los empresarios y las libertades y derechos de los trabajadores. Por ello mismo este constitucionalismo del Estado social asume la lógica de las contradicciones que son inherentes a la realidad constitucional –y acaso al propio régimen de una democracia abierta y pluralista- que sirve de base a la

⁷⁹MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., págs. 79 y sigs., 191 y sigs.; *Ibid.*, *Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España*, estudio preliminar a MENER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, traducción de Adolfo Posada, 1998, págs. 7-112; *Ibid.* *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar, a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. XVII-CLXXXV; *Ibid.* *La Defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, ediciones de intervención cultural/EL Viejo Topo, 2009; *Ibid.*; *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, ediciones de intervención cultural/El Viejo Topo, 2004; *Ibid.*, *Pluralismo jurídico y Derecho social: La sociología del Derecho de Gurvitch*, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. XIII-CXLVI; VV.AA.: *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella germania nazista*, a cura di Gianni Arrigo y Gaetano Vardaro, Roma, EL.edizioni Lavoro, 1982.

⁸⁰Véase FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 2 tomos, trad. P. Andrés Ibáñez et alri., Madrid, Ed. Trotta, 2011; *Ibid.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2001.

actual forma de organización social. La realidad constitucional es compleja y esa realidad se expresa en la Norma Fundamental.

La tendencia actual a hacer de la Constitución un texto programático, sin fuerza vinculante conformadora, supone una des-sustancialización y desnaturalización de la democracia constitucional. En el plano de los derechos comporta una suerte de *desconstitucionalización jurídico-material*. Es una estrategia de hacer irrelevante a la Norma Fundamental, la cual puede quedar formalmente vigente, pero inoperante frente a mutaciones (que eluden a la reforma constitucional cuando las cuestiones objeto de revisión legislativa lo exigirían en puridad) y reformas realizadas por leyes que no se ajustan a los procedimientos internos previstos imperativamente en la Constitución jurídica para su reforma y revisión.

Pero una Constitución devaluada a lo “irrelevante” y cuestionada en su normatividad efectiva (inefectiva jurídico-práctica en su fuerza normativa conformadora del orden de convivencia) es incapaz de mantener un Derecho Social del Trabajo Garantista, comprometido con el Estado Social de Derecho, puesto que lo deja al albur del legislador en cada momento y facilita la instauración de un Derecho flexible neoliberal del trabajo⁸¹. Pero, consecuentemente, supone un agravamiento de la crisis orgánica-institucional, y de identidad del Derecho Social del Trabajo es que una de las expresiones más significativas y relevantes del Constitucionalismo Social.

Igualmente facilita que en la práctica se imponga una forma política de “Estado de mercado” o “Estado postsocial”.

En todo ello también influye en el Modelo de Jurista:

A). El jurista formalista que pretende una neutralidad valorativa y actúa como un simple ingeniero técnico asumiendo, sin embargo, la teoría más regresiva del análisis económico del Derecho y del formalismo jurídico. Y que lo convierte en un exégeta de la norma y de la doctrina cambiante jurisprudencial.

B). *El jurista crítico del normativismo o realismo normativista* que sobre la base de la técnica jurídica no puede pretender una neutralidad respecto de los valores y principios *consagrados* –positivados– en la Norma Constitucional y en el sistema garantista multinivel de los derechos fundamentales. Un jurista para el cual no puede ser irrelevante la imperatividad de su compromiso activo con estos principios y valores constitucionales y del garantismo multinivel. Un modelo de jurista que ha de realizar siempre una *aplicación e interpretación forme a la Constitución y a las normas fundamentales internacionales* que conjuntamente forman y conforman el garantismo multinivel de los derechos fundamentales (incluidos, evidentemente, los derechos sociales).

⁸¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, Capítulo II, págs. 29 y sigs.

No es solo que se “sienta” subjetivamente comprometido (que también), sino que se considere “obligado” por el mandato categórico que se impone deducir del carácter normativo de todo el texto constitucional (v.gr., artículos 1, 9.2, en relación necesaria con el art. 10.2 CE, que es la cláusula interpretativa de apertura al garantismo multinivel de los derechos fundamentales en el sentido amplio que a esta expresión le confiere las normas internacionales, incluida expresamente en su misma denominación, la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”).

La defensa de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales pasa, pues, no sólo por la “normatividad” de los derechos y sus garantías, sino también por el compromiso activo de los actores o agentes que están llamados a hacerla valer como realidad jurídica existencial –esto es, como realidad de Derecho vivo– en la praxis y en la experiencia jurídica. He aquí el papel del jurista crítico en el marco del *Constitucionalismo con Estado Social del Derecho* y en particular del jurista del trabajo (que lo es respecto a su proyección en la búsqueda de un equilibrio entre la justicia social y los poderes inherentes al ejercicio de las libertades económicas. Equilibrio, pues, entre racionalidad económica y racionalidad social). Esto es también “defenderse” de los poderes privados⁸² y de los intentos de devaluar los textos constitucionales (y en definitiva la pretensión decidida del pensamiento neoliberal de *desconstitucionalizar los derechos sociales*), haciendo valer la vigencia no sólo formal, sino también sustancial – operativa– de las normas, principios y valores constitucionales.

5. La “constitucionalización” plena de los Derechos Sociales en el Sistema de los Tratados de la Unión

“Y en épocas en que la defensa de las pretensiones de libertad ya logradas y la lucha por las aún incumplidas nada necesitaría más intensamente que una vida pública comprometida y transnacional, no queda más esperanza de que sobre el sustrato de esta conciencia histórica se pueda desarrollar una cultura europea de atenciones compartidas y solidaridades ampliadas”

AXEL HONNETH⁸³

En términos de política del Derecho Social la instauración de un Pilar europeo de los derechos sociales merece, sin duda, una valoración positiva por diversas razones⁸⁴. En primer lugar, ha permitido que la dimensión social vuelva a cobrar cierto protagonismo en el marco europeo en una época donde la misma parecía estar relegada a un segundo plano. En segundo lugar, puede llegar a servir de palanca de promoción del acervo social existente en la Unión y su aplicación plena y adecuada. Por último, es un buen intento de

⁸² Véase VITALE, E.: *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2012.

⁸³ HONNETH, A.: *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, trad. Graciela Calderón, Buenos Aires/Madrid, Katz Editores, 2014, pág. 446.

⁸⁴ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, en Revista *La Ley Unión Europea*, núm. 49 (2017).

sistematización e *impulso* y de visibilización coherente de los principios y derechos sociales existentes. A todo lo anterior, habría que añadir la creación de una nueva ilusión democrática que contribuye a la legitimidad democrática de la Unión tras un período de dominio de la ideología y políticas neoliberales.

Ello no obstante, y pese a la valoración positiva señalada, lo cierto es que frente a los retos que vive Europa y en un momento de cierta recuperación económica lo más oportuno hubiera sido iniciar un debate de mayor alcance para llegar a adoptar un mecanismo más reforzado en términos jurídicos o directamente proceder a conseguir una constitucionalización social fuerte de los derechos. Poco se podrá hacer a través del mecanismo del pilar europeo de los derechos sociales porque a día de hoy la constitución económica (garantista de las libertades económicas de los empresarios) se impone de manera determinante al constitucionalismo social. Tal y como está configurado dicho instrumento, resulta insuficiente para proteger o tutelar los derechos sociales fundamentales. De ahí la insuficiencia de un instrumento del PEDS desde la lógica propia del garantismo jurídico. El anhelo de un sistema multinivel europeo de derechos sociales estructurado desde el sistema de los Tratados queda insatisfecho. La Unión Europea como comunidad política y de valores y derechos es lo que se afirma en el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando afirma: “La Unión se funda en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad”.

Como se ha demostrado en otro momento⁸⁵, el Sistema de los Tratados y la Carta de la Unión Europea subordinan lo social a lo económico y no sólo no alcanza un equilibrio entre ambas lógicas, sino que tampoco logra establecer una verdadera garantía eficaz en una perspectiva compleja. En primer lugar, desde el punto de vista de la iniciativa de las instituciones políticas de la Unión, debe señalarse que no protege a los derechos sociales frente al primado de la razón económica. La Constitución económica europea condiciona y absorbe las Constituciones económico-sociales de los Estados sociales nacionales, conformando una realidad constitucional que oponiéndose a las bases de la tradición del constitucionalismo social tiende a establecer la nueva forma política del Estado de competencia económica o Estado-mercado, poniendo la política al servicio del mercado. Esto supone, por decirlo expresivamente, poner el sistema democrático al

⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 190-200; *Ibid.*, “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013), págs. 17-62; MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Directores y Coordinadores): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Ed. Comares, 2017, *passim*.

servicio de intereses particularistas, no hacia la dirección coherente de la satisfacción preferente de intereses generales o públicos en beneficio de todos los ciudadanos⁸⁶.

Ciertamente, la Constitución social europea es una Constitución débil, subordinada a la Constitución económica europea. Y, en esa condición, sobre ella prima la centralidad del mercado y el sistema de libertades económicas garantizadas. Todo lo cual se refleja también en la subalternidad de la regulación en materia social (con límites competenciales, que permite excluir materias sociales fundamentales; y con sometimiento generalizado de la regla de la unanimidad decisional para la aprobación de instrumentos normativos europeos en el caso de las materias donde se ejerce competencia; y por último, gran parte de las materias sociolaborales continúan siendo reservadas para los Estados nacionales y tan sólo sometidas a mecanismos de colaboración y al método abierto de coordinación europea). Esta Constitución social europea débil no es equiparable a la Constitución social de la tradición jurídica de los Estados sociales miembros de la Unión, pero ésta resulta poderosa y decisivamente condicionada por una Constitución económica europea fuerte y absorbente en su lógica de imperatividad en la maximización de la competitividad y rentabilidad del capital en todo el espacio político de la Unión.

Es más, desde el punto de vista de la iniciativa de los Estados, cabe decir que no hay protección adecuada frente a las agresiones a los derechos sociales realizadas directamente por los gobiernos políticos nacionales, porque precisamente éstos se amparan en las indicaciones de gobernanza económica europea y en el predominio de la Constitución material de la Unión para realizarlas. Las llamadas “políticas de austeridad” y de contención del gasto público social (gasto social que de forma nunca bien explicitada y justificada es siempre el principalmente destinado a ser recortado en el conjunto de las partidas de gasto público), junto con las políticas de flexibilidad o flexiseguridad laboral neoliberal, están pulverizando literalmente los derechos de ciudadanía social. Es decir, no se ha protegido, blindado, la garantía efectiva de los derechos sociales frente a la agresión de las políticas neoliberales, frente a los Poderes económicos, más o menos institucionalizados, más o menos salvajes. El problema es que gran parte de los derechos fundamentales reconocidos –especialmente los de carácter social– pueden (y de hecho ya lo están) adolecer de ineffectividad estructural por la falta de las correspondientes normas jurídicas de actuación, no sólo de garantías (primarias y secundarias), sino también de imposición de obligaciones jurídicas de actuación por parte de los poderes públicos (lo que en el caso del diseño del pilar europeo es manifiesto)⁸⁷.

⁸⁶ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Poco, 2013, págs. 359 y sigs.

⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 21 (2014), págs. 143-194. Para un detenido estudio de la estrategia de “flexiseguridad”, véase MORENO VIDA, M.N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, VV.AA.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, Vol. I, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, págs. 309 y sigs.

Por lo demás, con base a los ámbitos de soberanía cedida por los Estados miembros en materia económica, se ha condicionado y subordinado, en todos los órdenes, la política social a las orientaciones imperativas de las políticas económicas de la Unión. Esto está suponiendo una re-mercantilización de los derechos fundamentales sociales ya consagrados en los textos constitucionales nacionales. Su resultado visible no es otro que una suerte de política social europea negativa, en un marco jurídico-institucional sin tutela efectiva, pero donde sí se interviene para condicionar y dismantelar el constitucionalismo social y su forma política, el Estado Social de Derecho. Un proceso, éste, que ha sido impulsado y condicionado desde el Derecho de la economía y de la competencia de la Unión.

En base a todo lo anterior, y frente al mecanismo insuficiente del pilar europeo de los derechos sociales, la acción más urgente sería resolver un problema previo relativo a la consagración del principio de equiparación en el sistema de los Tratados de la Unión entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas comunitarias. Es a partir de esta base de equiparación constitucional cuando se puede –y debe– abordarse la problemática de la coexistencia, articulación y posible colisión entre esos derechos sociales y libertades económicas, pero ya en el marco de un mismo sistema de derechos. Mientras esa equiparación en la norma fundamental de la Unión no se consiga toda ponderación se realizará en condiciones de desventaja para la tutela efectiva y el respeto de los derechos sociales fundamentales. Porque el problema de fondo es que la garantía formal de los derechos fundamentales (y en particular de los derechos sociales) en la Carta de la Unión, tal como están conformadas actualmente las reglas de juego en el sistema de los Tratados está destinada a la ineffectividad estructural por la carencia de no sólo de leyes de actuación (faltan suficientes garantías, tanto primarias como secundarias, de los derechos proclamados en la Carta -Norma-garantía-), sino también por compromisos directivos impuestos a los poderes públicos para hacerlos valer (Norma-directiva fundamental).

Es lo cierto que las iniciativas plasmadas en Directivas tienen la virtualidad de buscar una armonización comunitaria de mínimos de las legislaciones nacionales. Es el caso de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (Bruselas, 21.12.2017/SWC(2017) 489 final), que trata de establecer una regulación comunitaria de mínimos en lo relativo a la garantía de derechos de información en sentido amplios en el marco de las relaciones laborales; la cual va más allá de una simple actualización (más bien sería modernización) de los derechos garantizados en la Directiva 91/533/CEE⁸⁸.

⁸⁸MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La Propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsiones como desarrollo “*normativo*” del Pilar Europeo de los Derechos Sociales”, en Revista “*Nueva Revista de Derecho del Trabajo*” 2018.

Pero no es el caso de la Propuesta de Recomendación del Consejo, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia (Bruselas, 13.3.2018/COM(2018) 132 final), más allá de su innegable importancia ante las estrictas limitaciones de la intervención jurídica de la Unión en materia de protección social y en particular de Seguridad Social. Es verdad que no se limita a la actuación propia de los reglamentos de coordinación, sino que trata de impulsar el establecimiento por los Derechos nacionales de un estándar mínimo europeo de derechos de protección social en el espacio jurídico-social europeo. Pero su punto de debilidad es que es una normativa promocional que no persigue (aunque no se excluye abiertamente) una armonización comunitaria de ciertas prestaciones de Seguridad Social (por ejemplo, Directivas sobre prestaciones de desempleo, pensiones, prestaciones sanitarias, rentas mínimas, etcétera). Lo cual sería necesario ante el desbordamiento funcional visible de los mecanismos de coordinación en los reglamentos comunitarios de la Seguridad Social.

En realidad, la construcción de un auténtico espacio jurídico-social europeo exigiría del reclamo de instrumentos normativos de regulación, y no de simples instrumentos jurídicos de Derecho débil o *soft law*, sin la fuerza normativa vinculante reforzada propia del *Hard Law*. Cabría interrogarse sobre la supuesta suficiencia de estos mecanismos ante la exigencia de la construcción de una Europa de los Derechos. Para ello sería preciso constitucionalizar la CDFUE, imponiendo un mandato de garantía de desarrollo en la Unión Europea, por un lado, y por otro, de obligado impulso de actuación de política del Derecho por parte de los poderes públicos de la Unión. Esto es, trasladar al sistema de los Tratados fundacionales de la Unión la tradición y cultural del constitucionalismo democrático-social de los Estados miembros de referencia en la Unión. No puede mantenerse en términos de legitimidad democrática una disociación completa entre las constituciones sociales de los Estados miembros y la constitución social débil que se consagra en el sistema de los Tratados fundaciones, con una CDFUE importante, pero condicionada en su eficacia a las previsiones del Derechos de la Unión (En este sentido, art. 51 CDFUE)⁸⁹. Con ello se evitaría la retórica de proclamar derechos sin plena garantías de efectividad.

El Sistema de los Tratados (sin que lo impida los límites aplicativos de la Carta de la Unión Europea) acaba por subordinar lo social a lo económico y no sólo no alcanza un equilibrio entre ambas lógicas, sino que tampoco logra establecer una verdadera garantía eficaz en una doble perspectiva. En primer lugar, desde el punto de vista de la iniciativa de las instituciones políticas de la Unión, debe señalarse que no protege a los derechos sociales frente al primado de la razón económica. La Constitución económica europea condiciona y absorbe las Constituciones económico-sociales de los Estados sociales nacionales, conformando una realidad constitucional que oponiéndose a las bases de la tradición del constitucionalismo social tiende a establecer la nueva forma política del

⁸⁹ Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ámbito de aplicación de la Carta (Artículo 51)”, en VV.AA.: *La Europea de los Derechos. Estudio sistemático de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C., Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed.Comares, 2012, págs. 1301-1339.

Estado de competencia económica o Estado de mercado, poniendo la política al servicio del mercado y de los poderes económicos que dominan las decisiones que lo gobiernan⁹⁰.

El garantismo social débil que se consagra en el Sistema de los Tratados no es capaz de tutelar los derechos sociales en el espacio europeo, lo cual exigiría un zócalo mínimo de derechos. Pero tampoco protege a los ciudadanos europeos frente a la desconstitucionalización material y la remercantilización de los derechos sociales. Los cuales se ven neutralizados por las políticas neoliberales de las instituciones políticas de la Unión y por una despiadada lógica de *dumping social y normativo*, toda vez que la carencia de estas normas sociales europeas permite una lucha por las ventajas competitivas entre los Estados miembros. Un *dumping social* que lo es también “*empresarial*” (la competitividad por la elección de la mejor oferta social: las ventajas sociales) a través de un *dumping jurídico*: Derecho flexible del Trabajo, modelo de protección y Seguridad Social residual o neoliberal de contención social). Y con ello se hace posible la “localización” y “deslocalización” de las grandes empresas que operan en el mercado interior europeo, las cuales pueden elegir la mejor oferta social para instalarse o mantenerse dentro de un determinado territorio nacional.

En estas coordenadas de política del Derecho, la propuesta del PEDS –aun siendo importante en sí misma- se antoja visiblemente insuficiente, porque lo más urgente sería resolver un problema previo *en la fuente*, relativo a la consagración del principio de equiparación en el sistema de los Tratados de la Unión entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas comunitarias. Es a partir de esta base de equiparación constitucional cuando se puede –y debe– abordarse la problemática de la coexistencia, articulación y posible colisión entre esos derechos sociales y libertades económicas, pero ya en el marco de un mismo sistema de derechos. Mientras esa equiparación en la norma fundamental de la Unión no se consiga toda ponderación se realizará en condiciones de desventaja para la tutela efectiva y el respeto de los derechos sociales fundamentales. Porque el problema de fondo es que la garantía formal de los derechos fundamentales (y en particular de los derechos sociales) en la Carta de la Unión, tal como están conformadas actualmente las reglas de juego en el sistema de los Tratados está destinada a la ineffectividad estructural por la carencia de no sólo de leyes de actuación (faltan suficientes garantías, tanto primarias como secundarias, de los derechos proclamados en la Carta -Norma-garantía-), sino también por compromisos directivos impuestos a los poderes públicos para hacerlos valer (Norma-directiva fundamental). Esto no significativa devaluar en absoluto la extraordinaria relevancia *normativa* y de política del Derecho de la CDFUE, sino poner de manifiesto sus límites, los cuales se hacen explícitos en el Título VII, relativo al ámbito de aplicación, artículos 51 a 54; aparte de

⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 137-203.

que se ha rehusado incluirla, como parte declarativa de derechos en el sistema normativo interno de los Tratados fundacionales⁹¹.

Por lo demás, el PEDS parece ignorar que la correlación entre espacio europeo y ciudadanía social exige vinculada los derechos a la persona que trabaja y a su familia. Hay que tener en cuenta que actualmente predomina una integración negativa frente a una integración positiva (es decir, a través de los derechos) de las personas migrantes. No se puede construir una Unión Europea democrática desde esa lógica excluyente. Esto es especialmente relevante no sólo ante la mal llamada “crisis migratoria”, que divide profundamente a los países europeos e impulsa las ideologías y gobiernos autoritarios, y sino ante el carácter estructural que tiene y tendrán los movimientos migratorios en el seno de la Unión. De aquí debe plantearse la universalidad de los derechos y la armonización del derecho de inmigración, refugio y asilo, sin perjuicio de un control de las fronteras respetuoso con los derechos fundamentales de todas las personas⁹². No debe olvidarse que los derechos de Seguridad Social son derechos de solidaridad vinculados a la dignidad y condición humana. En este sentido debe traerse a colación la Recomendación OIT, núm. 205, de 16 de junio de 2017, sobre el Empleo y el Trabajo Decente para la paz y la resiliencia. Revisión de la Recomendación sobre la organización del empleo, en cuyo Título X, incide sobre la situación social y jurídica de los migrantes, apostando por la inclusión de los migrantes y la garantía de sus derechos sociales⁹³.

⁹¹Por otra parte, las limitaciones intrínsecas de la CDFUE se reafirman en el mismo artículo 6 (antiguo artículo 6 TUE): “1 (...) Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”. Véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Estudio del Título VII (Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta), artículos 51-54”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed.Comares, 2012, págs. 1298-1444. Significativamente, conforme al art. 51 (Ámbito de aplicación): “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

⁹² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34 (2013); MONEREO PÉREZ, J.L., LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente””, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177 (2015).

⁹³ Véase CHARRO BAENA, P., BENLLOCH SANZ, P.: “El largo camino de las migraciones hacia el trabajo decente”, en VV.AA.: *El Trabajo Decente*, Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á.L. (Dirs.), López Insua, B.M. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2018.

La OIT ha defendido la refundación del orden internacional a través de un contrato social –un nuevo pacto social-⁹⁴ renovado para el siglo XXI: un acuerdo social que permita enfrentar los desafíos del siglo XXI. Es probable, se afirma, que las transformaciones sociales, económicas y de empleo, afecten a la base del contrato social sobre la que se ha construido y se construirá la estabilidad de las sociedades. Este contrato social renovado tendría la virtualidad de evitar *una competencia perniciosa hacia niveles mínimos en el contexto de la globalización y la financiarización de la economía*. Pero lo importante es garantizar una neutralización de las desigualdades intolerables y garantizar una distribución justa de los recursos. En la lógica del trabajo decente es necesario defender un modelo de desarrollo social⁹⁵: una eficacia y competitividad (un modelo) no basado en la competitividad a través de la reducción de los costes del trabajo, sino en la innovación, la calidad del producto y de los servicios y la calidad del empleo y la protección social. En definitiva: un modelo de Estado social de Derecho en continua adaptación de sus instituciones y medidas para garantizar el bienestar y los derechos sociales y generales de las personas. Por otra parte, se evitaría las situaciones de exclusión y vulnerabilidad social, pues la falta del disfrute realmente existente de los derechos de las personas migrantes determinaría una condensación de la cuestión social y de la racial. Es lo que define a un Estado democrático como Estado material de Derecho conciliando la “justicia social” y el crecimiento económico sostenible.

En definitiva, si se quiere evitar el *dumping social*⁹⁶ y empresarial en el mismo espacio económico y social europeo, la única forma es garantizar unos mínimos sociales en el Derecho Social de la Unión. Se evitarían así las “presiones” competitivas (y la puja por la oferta de las ventajas “sociales”, o, mejor, “asociales”); y se evitaría legitimar la estrategia de búsqueda por las grandes empresas transnacionales de las ventajas competitivas en la confrontación del tratamiento peyorativo de los derechos laborales y de protección social.

La respuesta no puede ser sino matizada, abordándola desde una doble perspectiva *de lege data* y *de lege ferenda*.

⁹⁴La relevancia del Pacto Social y de la Concertación en el Derecho del Trabajo ha sido realizada en MORENO VIDA, M.N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1989; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1999; VV.AA.: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Madrid, Consejo Económico y Social, 2016.

⁹⁵MONEREO PÉREZ, J.L.: *El derecho al desarrollo*, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 951 a 983, con la fundamentación y defensa del derecho humano al desarrollo en una concepción integral y omnicomprendiva (que comprende la “justicia social” y el “trabajo decente”) y su entronque con la tradición del constitucionalismo democrático-social.

⁹⁶ Algo que no ha pasado desapercibido al Parlamento Europeo. Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2016, sobre el dumping social en la Unión Europea (Textos Aprobados, P8_TA(2016)0346); Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)).

1ª). En la perspectiva *de lege data*, se dispone de un marco normativo que, con ciertas reservas, podría posibilitar una intervención más incisiva (y no tanto armonizadora) de la Unión en la regulación de prestaciones de Seguridad Social. Pese a que el Pilar Europeo de los Derechos Sociales parece apostar más por impulsar un estándar mínimo de prestaciones a través de las legislaciones nacionales y no tanto mediante el reclamo de la técnica armonizadora (paradigmáticamente, a través de Directivas sociales europeas). Uno de los grandes inconvenientes de esta opción de política del Derecho es la insuficiencia desde el garantismo social y también la segura falta de generalidad de las garantías de los derechos de Seguridad Social, dada la heterogeneidad y niveles de desarrollo social de los países miembros y la realidad (no corregida) de una Unión Europea a dos velocidades, precisamente en el campo social. Por ello, esta opción o permite proteger a las personas de los Estados más débiles; ni impide la práctica extendida del *dumping social a través de las ventajas normativas peyorativas* ofrecidas por las legislaciones “sociales” de los diversos países en el espacio geopolítico europeo. Pero el establecer un estándar comunitario de derechos de Seguridad Social no es imposible, sino que depende de la decisión política sobre la garantía efectiva de tales derechos en el Derecho de la Unión.

-En primer lugar, existen numerosos preceptos de la CDFUE que pretenden garantizar los derechos de Seguridad Social (señaladamente, art. 34 y concordantes). Bien es cierto, que su aplicación en el espacio jurídico de la Unión queda condicionada por la regulación de esta materia en el Derecho de la UE (art. 51 y siguientes de la CDFUE)⁹⁷. Y no es baladí hacer notar que en el mismo Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se expresa solemnemente que: “La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las *Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa*, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea”. La Carta

⁹⁷El tenor del artículo 51 (“Ámbito de aplicación”) de la CDFUE, es nítido, al realizar una doble precisión delimitadora del ámbito de aplicación de este Tratado de la Unión Europea (cfr. Artículo 6.1 TUE): “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3.V. 1996), aprobada en el marco del Consejo de Europa, no se limita a reconocer abstractamente el derecho a la Seguridad Social, sino que va más allá al garantizar un *contenido esencial* de los derechos específicos de Seguridad Social por remisión y sometimiento explícito al estándar o ideal de cobertura consagrado dinámicamente en el Código Europeo de la Seguridad Social (que supera en su nivel de cobertura al Convenio OIT, núm. 102, Norma Mínima de Seguridad Social, al cual se hacía alusión en la versión originaria de la Carta Social Europea de 1961, Turín el 18 de octubre de 1961). En su Preámbulo se indica que “es conveniente establecer un Código Europeo de Seguridad Social a un *nivel más elevado* que la norma mínima definida en el Convenio Internacional del Trabajo número 102”⁹⁸. De este modo el estándar mínimo esencial de la Seguridad Social queda remitido tanto al Código Europeo de Seguridad Social del Consejo de Europa (expresión jurídica del Derecho Internacional Regional Europeo) como al Convenio OIT, núm. 102 (manifestación jurídica del Derecho Internacional General Uniforme). Esta estándar mínimo internacional general y europeo acaban por definir un modelo normativo ideal típico de Seguridad Social; modelo, éste, hay que destacar, que en calidad de tal dota a los derechos de Seguridad Social de un verdadero “contenido esencial”, que los hace reconocibles en su historicidad jurídica en permanente evolución.

-En segundo lugar, en el sistema de los Tratados fundacionales (que integra el núcleo del Derecho de la Unión de efectiva aplicación, con la consiguiente apertura del control del TJUE), sería una posible competencia compartida bajo el prisma del principio de subsidiariedad. Ahora bien, conforme al art. 153.4 del TFUE, parece que en materia de Seguridad Social y protección social de los trabajadores parece relegar (cuando menos a un segundo plano). Aunque es discutible que por este sólo dato normativo no sea posible llevar a cabo políticas armonizadoras de Seguridad Social, sobre todo con fundamento en el principio de subsidiariedad consagrado en los Tratados Fundacionales y que tiene el carácter de “fundamentalidad” del complejo sistema jurídico pluriordinamental de la Unión. En efecto, expresa dicha disposición que: “1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...) c) la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c). (Artículo 153.1 TFUE). Añadiendo inmediatamente

⁹⁸ Conforme al art. 12 (“Derecho a la Seguridad Social”) de la Carta Social Europea Revisada, “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: 1 a establecer o mantener un régimen de seguridad social; 2 a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3 a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social...”. Al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a la Seguridad Social (Artículo 12 de la Carta Social Europea)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 629-659.

que: “A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo: a) podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, *con exclusión de toda armonización* de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; b) podrán adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”.

-Centralidad actual de la legislación de coordinación y rechazo de la regulación armonizadora de las prestaciones de Seguridad Social. La intervención comunitaria en Seguridad Social se ha limitado a la coordinación reglamentaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social como dimensión social del mercado interior comunitario. No se dispone actualmente de normas armonizadoras (Directivas) jurídicamente vinculantes. Pero sí existen condicionamientos de las prestaciones de Seguridad Social en los ordenamientos nacionales (v.gr., pensiones) a través de la política del Derecho de la Economía. Lo cual ha acontecido con las políticas de control del gasto público social durante el predominio de las políticas de “austeridad”. El grupo normativo regulador “fuerte” de las libertades económicas opera como constitución jurídico-material de la UE, y se impone al grupo normativo regulador “débil” de los derechos sociales en el sistema de los Tratados.

-No sería imposible apostar por una regulación armonizadora de mínimos, dado el desbordamiento institucional y las insuficiencias detectadas en los mecanismos de coordinación comunitaria. Lo cual puede convertirse en una relativa necesidad. El Pilar Europeo de Derechos Sociales no parece que sea un instrumento suficiente, pues en él domina la convergencia por objetivos de proximidad con la Directiva de acceso a la protección social. Y esto desde luego no va a funcionar para la mitad de los países de la Unión (señaladamente, los países del Este con Estados del Bienestar menos desarrollados o raquíuticos).

La idea de avanzar en esa dirección armonizadora no es una utopía aplazable (ni menos aún irrealizable), porque se trata de una regulación de mínimos que respetaría las culturas jurídicas de Seguridad Social de los países miembros y el principio de subsidiariedad, de manera que los Estados miembros podría hacer valer sus estándares más favorables en materia de prestaciones de Seguridad Social y de protección social. No se trata de perseguir la uniformidad de los sistemas nacionales de Seguridad Social –que presentan una gran diversidad técnica y de cultura jurídica-, pero sí de aproximarlos y darles una cierta homogeneidad en los estándares mínimos de prestaciones básicas.

2ª). En la perspectiva *de lege ferenda* sería conveniente reformar los Tratados de la UE incorporando normas sustantivas que garantizaran los derechos fundamentales a prestaciones de la Seguridad Social; y asimismo que a través del derecho derivado se desarrollen a través de Directivas de garantías de mínimos para todos los países miembros de la Unión. Aparte de la exigencia de introducir en el sistema de los Tratados la CDFUE, el PEDS debería estar formalizado en una Directiva-Marco, dotado de fuerza normativa vinculada para todos los Estados miembros.

Es trasladar a este nivel la garantía multinivel de los derechos de Seguridad Social (nivel internacional, nivel europeo y europeo y niveles nacionales. Ya se ha indicado aquí que ello es una necesidad por el desbordamiento de los mecanismos de coordinación comunitaria de la Seguridad Social, y ante todo por la asimetría en la garantía de mínimos prestacionales existente entre los sistemas nacionales de Seguridad Social y protección social en general. Por consiguiente es una necesidad, asimismo, como garantía “constitucional” europea (el sistema de los Tratados como Norma Fundamental de la Unión) de los derechos de Seguridad Social como derechos de la persona. Desde esa garantía en la fuente (en el sistema de los Tratados Fundacionales) debería desplegarse el Derecho derivado, el cual ha de estar fundado y sometido el originario. En este sentido, el mismo PEDS debería materializarse en una Directiva-Marco sobre los derechos de Seguridad Social, que sería “desarrollada” en numerosas Directivas específicas sobre ramas concretas de Seguridad Social (pensiones, desempleo, sanidad, rentas mínimas, dependencia, etcétera). Y todo ello en el marco integral de la construcción de un auténtico y completo Derecho Social de la UE, que garantice garantías mínimas y permite una convergencia jurídica hacia el alza de las legislaciones de los ordenamientos jurídicos internos. Y ello, al tiempo, sólo podrá alcanzarse a través del reclamo de normas sociales armonizadoras europeas, siendo insuficiente –como la experiencia ha hecho visible– los instrumentos de derecho débil (*soft law*) comunitario como base de regulación de los derechos laborales y de Seguridad Social. Estos instrumentos de derecho blando no han impedido la expansión del *dumping social* (la lucha darwinista por las ventajas “sociales” (sic.) competitivas que ofertan las legislaciones de los países miembros de la Unión) en detrimento de las garantías del constitucionalismo social formalmente vigentes en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión. La falta de una auténtica constitución social europea ha permitido esa consagración del principio de supremacía de la constitución económica diseñada y garantizada en el sistema de los Tratados fundacionales sobre las constituciones sociales garantizadas formalmente en las Constituciones jurídicas de los Estados miembros⁹⁹. El carácter subalterno del Derecho Social se hace palpable ante la falta de armonización comunitaria de la mayoría de las instituciones y materias propias del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social

⁹⁹ Resultan harto significativas las sentencias del TJUE que han hecho prevalecer las libertades económicas sobre los derechos sociales. Así, paradigmáticamente, SSTJUE de 11 de diciembre de 2007, Vilkning, C-438/05; 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05; y 3 de abril de 2008, Rüffert, C-346/06.

tal como está formalizado y conformado en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión.

No es baladí hacer notar que esta garantía básica de los derechos de Seguridad Social no genera costes directos para la UE, sino para los Estados en coherencia con la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, que sólo es comprensible y explicable a través de la búsqueda de un equilibrio –siempre inestable– en la racionalidad jurídico-social y la racionalidad jurídico-económica; un equilibrio objeto de disolución y ruptura en virtud de la puesta en práctica de las políticas económicas e ideologías jurídicas neoliberales¹⁰⁰. Recuperar y reforzar ese equilibrio entre justicia social y libertades económicas de mercado es una de las tareas fundamentales y más imperiosas de los sistemas de democracia constitucional que se legitiman no sólo a través de los procedimientos de toma de decisiones políticas, sino también, e inescindiblemente, a través de la garantía *efectiva* de los derechos fundamentales de todos. El futuro no está escrito, sino que reside en el poder de las personas que forman parte de la comunidad política (incluida la comunidad política de la Unión). De manera que el desmantelamiento del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, y su desplazamiento por una suerte de Estado de mercado no resulta inevitable, porque no se trata de un proceso “natural” y espontáneo que pretendidamente este fuera del alcance y del dominio de las decisiones políticas democráticamente formuladas. No se puede olvidar que esta forma política de Estado Social y su Derecho social específico es un fenómeno histórico de civilización jurídica y política. Su reducción o desaparición (a través de procesos “deconstituyentes” explícitos o de mutaciones “deconstituyentes” fácticas) pueda conducir a nuevas formas de barbarie y de mercantilización y explotación de las personas. El proceso de desconstitucionalización de los derechos sociales (que entraña una “des-sustancialización” de la democracia constitucional, que entraña una des-

¹⁰⁰ Para las bases ideológico-jurídicas de las mutaciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., págs. 54 y sigs., con referencia a los autores harto significativos e influyentes como Friedrich A. Hayek. Pero también la crítica al enfoque del liberalismo económico sustentado por FRIEDMAN, MILTON Y ROSE: *Libertad de elegir*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1988, o la propuesta neoliberal de base constitucional desde la elección pública realizada por BUCHANAN, J.M. et al.: *El análisis económico de la política*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984; *Ibid.*, “El campo de la Economía Constitucional”, en *Hacienda Pública Española*, núm. 124, 1 (1993), págs. 153-162; y sobre todo, BUCHANAN, J.M., y TULLOCK, G.: *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1993, donde se eleva el individualismo metodológico a método analítico y como sistema de orden social (pág. 357 y sigs.) y se entiende que a nivel de elección constitucional última “las alternativas no son las de la regla de la mayoría o de la regla de la minoría. Una de las ventajas del enfoque esencialmente económico para la acción colectiva estriba en el reconocimiento implícito de que el “intercambio político”, en todos los niveles, es básicamente equivalente al intercambio económico” (*Ibid.*, pág. 288). Es éste el enfoque de “Public choice” (de la “cosa pública”). En esa perspectiva plantea “la colectivización mínima” (*Ibid.*, pág. 73). En la teoría de la elección pública el proceso democrático es restringido. Al Estado mínimo de mercado se añade la concepción de una democracia cínica. En este sentido, TULLOCK, G.: “Autocracia”, en *Revista de Estudios Económicos*, núm. 2 (1987), pág. 27, nota 1; BUCHANAN, J.M.: “Nuestra época: pasado, presente y futuro”, en *Revista de Estudios Económicos*, núm. 2 (1987); *Ibid.*, *Ética y proceso económico*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996. Una crítica de las políticas neoliberales, HARVEY, D.: *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007.

sustancialización-formalización de la Constitución y una limitación de la garantía de los derechos fundamentales) es un proyecto político-ideológico de consecuencias imprevisibles, pues deja a las fuerzas dominantes del mercado el gobierno de la sociedad, es decir, una sociedad al servicio del mercado¹⁰¹. En el fondo se opera un cambio constitucional implícito (por contraposición a una reforma constitucional explícita y a través de los procedimientos previstos en la misma Norma Fundamental) desde el *status quo* determinado por una realidad constitucional. Y es que los derechos fundamentales realizan el principio de la dignidad humana y constituyen el fundamento funcional e integrador en la forma de Estado democrático y social de Derecho.

Este constitucionalismo garantista como modelo jurídico y proyecto político impediría el darwinismo normativo, esto es, la búsqueda por la mejor oferta de reducción de costes sociales en las legislaciones nacionales, lo que tiende a presionar hacia la baja el sistema de derechos de Seguridad Social. Y es que las grandes empresas que operan en el espacio de la Unión se ubican y se deslocalizan en el mismo interior del espacio geopolítico de la UE. Las empresas de dimensión comunitaria o transnacional no podrán jugar con las ventajas competitivas de costes sociolaborales más reducidos (costes salariales; cotizaciones sociales; sistemas de responsabilidad menos garantistas, etcétera) para ubicarse/localizarse y llegado el caso para “deslocalizarse” a su antojo y en razón exclusiva de los costes asociados al trabajo. Ante este desafío la propuesta de un PEDS, encaminado a la convergencia *por objetivos y sin armonización mínima de los derechos* –y por lo que aquí más interesa de los derechos de Seguridad Social- se muestra manifiestamente insuficiente y deficiente, tanto por la eficacia jurídica del instrumento (típicamente manifestación del *soft law*, olvidando la máxima o brocardo que los derechos valen lo que valen sus garantías que sólo se pueden obtener con instrumentos fuerte, *hard law*) como lo limitado de los objetivos: convergencia en la accesibilidad de los derechos prestacionales y guía para su instauración en los Estados miembros. Por el contrario, la lógica del garantismo jurídico de los derechos impondría de suyo que sea el propio sistema de los Tratados fundacionales que introdujera ese reconocimiento como parte del Derecho de la Unión, y su desarrollo a través de una Directiva-Marco y Directivas específicas relativas a la ramas prestaciones concretas de Seguridad Social. La Europa Social, no puede dejar de ser una Europa de los Derechos; una Unión como comunidad política y jurídica; una UE con sustancia política y garante de los derechos fundamentales en un sistema de “constitucionalismo multinivel” que le sirve de fundamentación legitimadora en la perspectiva jurídica y política (el sistema de los Tratados fundacionales/Constitución asentado en un constructo de naturaleza jurídico-política, donde entra en juego la legitimación a través de la garantía de los derechos dotados de fuerza constituyente y eficacia normativa; un sistema de los Tratados materialmente constitucional que serviría de colofón al proceso de constitucionalización de los derechos sociales y con ellos del derecho social europeo). De esta manera, la CDFUE se insertaría

¹⁰¹Como había observado POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989.

en el sistema de los Tratados fundacionales de la Unión, y no como un instrumento “externo” a dicho sistema aunque con rango normativo equiparable a los Tratados, y como un mínimo denominador común de tutela de los derechos y libertades. Esta es la solución idónea para evitar la neutralización de las cartas constitucionales nacionales por los poderes de la Unión no sometidos a una inexistente constitución social europea, ya que la CDFUE está subordinada en su eficacia jurídica a los límites competencias de la Unión, es decir, a la aplicación del Derecho de la UE. Eso es tomarse en serio los derechos sociales y la Europa de los derechos.

Esta es la línea más coherente con las iniciativas emprendidas por la OIT (Declaración OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008)¹⁰²; la Recomendación OIT, núm. 202 (2012) sobre los pisos de protección social)¹⁰³. Es de señalar que la estrategia de seguridad social de la OIT, que busca respaldar a sus Miembros en la construcción y el mantenimiento de sistemas de Seguridad Social integrales sobre la base de un enfoque de dos dimensiones interdependientes y complementarias: *a)* la dimensión horizontal que establece, prioritariamente, garantías básicas de seguridad social definidas a escala nacional para ofrecer un piso de protección a todas las personas que lo necesitan lo antes posible, y *b)* la dimensión vertical que extiende el alcance y el nivel de cobertura de la seguridad social siguiendo las líneas de orientación del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), y otras normas de seguridad social para la cobertura del mayor número de personas posible en el plazo más breve posible. En junio de 2012 la Conferencia Internacional del Trabajo concluyó esta estrategia con un nuevo instrumento jurídico de garantías internacional del trabajo decente, la Recomendación OIT, núm. 202 (2012) sobre los pisos de protección social. Esta Recomendación se considera un avance en materia de política social mundial. El establecimiento de pisos nacionales de protección social podría colmar las brechas presentes en la cobertura de seguridad social y ayudar a los países a luchar con eficacia contra la pobreza y la vulnerabilidad¹⁰⁴. La protección social constituye un derecho, así como un elemento fundamental del modelo de desarrollo. Las políticas públicas, junto con un crecimiento económico acompañado de la generación de empleo formal y trabajo decente, han de contribuir a mejorar la cobertura de la protección social¹⁰⁵. La

¹⁰²La adopción de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, ha fortalecido el concepto de Trabajo Decente y subrayado que la protección social constituye una de sus cuatro dimensiones.

¹⁰³ OIT: *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: retos y oportunidades*, Informe VI a la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en su 106ª reunión, Ginebra, 2017.

¹⁰⁴ HAGEMER, K., McKINNON, R.: “Introducción: El papel de los pisos nacionales de protección social en la extensión de la Seguridad Social para todos”, en *Revista Internacional de Seguridad Social*, Número especial: “El papel de los pisos de protección social en la extensión de la Seguridad Social para todos”, Vol. 66, núms. 3-4 (Julio-Diciembre 2013), págs. 3-20.

¹⁰⁵ La Recomendación núm. 202 por la CIT 2012 (con 453 votos a favor, incluyendo a Gobiernos, trabajadores y empleadores, frente a solamente una abstención), han permitido formalizar un nuevo modo de visualizar la estrategia de ampliación de la cobertura de la seguridad social por la OIT — una “estrategia bidimensional”. En otras palabras, la estrategia general de la OIT se descompone en dos ejes a ser promovidos de modo simultáneo: 1) una dimensión horizontal de cobertura, que se refiere a la cantidad de

Recomendación OIT, núm. 202 (2012) prevé al menos cuatro garantías básicas deben ser proporcionadas a “todos los residentes y niños” por las respectivas sociedades (Recomendación núm. 202, párrafos 4 a 6): 1. acceso universal a servicios esenciales de salud; 2. seguridad básica del ingreso para los niños; 3. seguridad básica del ingreso para personas en edad activa y que no puedan obtener ingresos suficientes, en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez; 4. seguridad básica del ingreso para las personas de edad. Las garantías deben estar expresamente incluidas en las leyes y los compromisos internacionales, poder ser solicitadas formalmente por los ciudadanos/asegurados y existir canales de queja y recurso contra las decisiones, lo que hace que se materialice el concepto de una protección “*basada en derechos*” (Recomendación núm. 202, párrafo 7). La noción de Piso de Protección Social –como concepto de política del Derecho Social- cumple un papel de organizador de las políticas de protección social, combinando medidas preventivas, promocionales y activas, así como prestaciones en forma de servicios (Recomendación núm. 202, párrafo 10). Esta Recomendación es explícita cuando requiere la coordinación de políticas sociales con políticas de empleo y promoción de la actividad económica, fomentándose especialmente el empleo formal.

Se debe hacer hincapié en el hecho de que la OIT nunca ha considerado al Piso de Protección Social como un “sustituto” de los regímenes clásicos y universales de Seguridad Social, sino como una vía para ampliar rápidamente la protección social en situaciones aún no cubiertas por los regímenes tradicionales – por las dificultades que los regímenes contributivos presentan para cubrir a la economía familiar y a los trabajadores no asalariados, que no cuentan con una base de ingresos constante que permita cierta capacidad contributiva. Asimismo, se considera al Piso de Protección Social como una etapa en la introducción de regímenes de protección social en aquellos países y en aquellas situaciones en las que todavía no se dispone de una protección social formal. De esta forma, se busca introducir progresivamente los regímenes de protección social y aumentar su cobertura. Aunque es un Convenio con plena vigencia y que promueve el principio de la universalidad, el Convenio núm. 102 contiene objetivos mínimos de cobertura horizontal a partir de los que se busca un continuo incremento. Estos objetivos

personas cubiertas y en la que se destacan, en la mayoría de los países, importantes dificultades para alcanzar a los trabajadores de la economía informal, trabajadores independientes, agrícolas, domésticos y familiares no remunerados. la dimensión horizontal de la estrategia, que tiene por objetivo coordinar, bajo la forma de un Piso de Protección Social, las políticas sociales (incluyendo a los seguros sociales obligatorios) que establecen estas garantías básicas, con el propósito de materializar los conceptos expresados, por ejemplo, en los citados Artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estas políticas, que conforman un Piso Nacional de Protección Social, deben ser diseñadas en consonancia con la realidad, las expectativas y la capacidad de cada país, y pueden ser más ambiciosas en países con un espacio fiscal más amplio e instituciones más consolidadas; 2) una dimensión vertical de extensión de la cobertura, que trata de la cantidad de ramas de la seguridad social ofrecidas en el país y de la calidad de las prestaciones, en las cuales la referencia a ser alcanzada es, al menos, el nivel establecido por el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, o, en caso de ser posible, de las normas superiores de seguridad social de la OIT, por ejemplo, el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, (núm. 128).

mínimos corresponden al cincuenta por ciento de los trabajadores o al veinte por ciento de la población, estando por debajo del anhelo de la universalización expresado por la Recomendación núm. 202 por medio del concepto de Piso de Protección Social. La elaboración del Convenio núm. 102 data del año 1952 y, en aquel entonces, se centró en los regímenes contributivos clásicos. La Recomendación núm. 202 y el Convenio núm. 102 deben ser considerados como normas que se complementan.

Por otra parte, la Recomendación núm. 202 es lo suficientemente explícita y no solo establece los principios (Parte I) y los conceptos vinculados con el Piso de Protección Social (Parte II), sino que además establece un segundo objetivo al proponer que los Estados miembros desarrollen Estrategias Nacionales para Extender la Seguridad Social (Parte III). En esta Parte III se establece que las estrategias nacionales deberían ser formuladas y aplicadas, sobre la base de consultas nacionales, para introducir con carácter prioritario Pisos de Protección Social donde no los hubiere y extender la protección social en la dimensión vertical hacia niveles más elevados (Recomendación núm. 202, párrafo 13,1), con el objetivo de “establecer progresivamente y mantener sistemas de seguridad social integrales y adecuados” (Recomendación núm. 202, párrafo 13,2), coherentes e integrados, tratando de alcanzar los niveles previstos en el Convenio núm. 102. Por lo tanto, promueve la ratificación de dicho Convenio (“tan pronto como lo permitan las circunstancias nacionales”), e incluso dar efecto a Convenios más avanzados de la OIT (Recomendación núm. 202, párrafo 18). Se plantea que estas estrategias nacionales, durante su elaboración, sigan la secuencia siguiente: 1) establecimiento de las prioridades nacionales; 2) identificación de las principales brechas en la cobertura; 3) diseño e implementación de regímenes de acuerdo con las prioridades y brechas identificadas; 4) coordinación de estos regímenes con políticas de mercado de trabajo; 5) cuantificación de los recursos financieros y cronograma necesario para, progresivamente, alcanzar los objetivos deseados; y 6) puesta en marcha de programas de educación y disseminación de conocimientos sobre las políticas sociales y los derechos de los ciudadanos (Recomendación núm. 202, párrafo 14). Al realizar esta planificación, se incentiva el intercambio de informaciones y buenas prácticas y se señala que, en el marco de la Recomendación, el país puede requerir la asistencia técnica de la OIT, en coordinación con las otras organizaciones internacionales e instituciones pertinentes (Recomendación núm. 202, párrafo 24).

Con todo, el concepto de Piso de Protección Social, que se resume en los puntos a continuación, ha evolucionado en el transcurso de esta última década.

A) Un aspecto clave del concepto de Piso de Protección Social y de la Recomendación núm. 202 es la intención de dar forma concreta al derecho humano a la seguridad social, previsto en distintos documentos internacionales y construir una vía por la que las sociedades pueden, en función de sus circunstancias, construir gradualmente este derecho básico.

B) Aunque tenga como objetivo la extensión de la protección social a aquellas situaciones en las que todavía no existe una cobertura por el sistema formal y esté centrado en cubrir las necesidades básicas de garantía del ingreso y el acceso a servicios de salud esenciales, el Piso de Protección Social no es meramente asistencial. Incluye una pluralidad de métodos e instrumentos que, coordinados entre sí, permitirían a los Estados cumplir con sus obligaciones. En realidad, dado que la población excluida de la protección social no es homogénea en ningún país del mundo, es probable que una combinación de instrumentos sea necesaria para alcanzar el objetivo de universalización de la cobertura que conlleva el Piso. Particularmente en América Latina y el Caribe, los seguros sociales pueden hacer una contribución significativa por su experiencia, cobertura y capacidad para llegar a los grupos de población excluidos.

C) El acceso a transferencias monetarias para establecer la seguridad básica del ingreso prevista en la Recomendación núm. 202 es, sin duda, un elemento clave, pero posiblemente la eficiente articulación de las transferencias con servicios sociales y otras políticas públicas, mencionadas en la citada recomendación, no es menos importante para garantizar el mejor desempeño e impacto de los programas que contempla el Piso.

D) El concepto de Piso de Protección Social no sustituye a los seguros sociales clásicos, ni tiene por objetivo proponer que las políticas de protección social necesariamente tengan un diseño de “prestaciones uniformes”. La prioridad ética y moral asignada a nivel internacional a la erradicación de la pobreza y la extensión de políticas de protección social a los excluidos por medio de un Piso de Protección Social de conformidad con la Recomendación núm. 202, en ningún momento impide el concomitante desarrollo vertical de los regímenes contributivos y/o universales vigentes.

F) El Piso de Protección Social es abordado por la Recomendación núm. 202 como un elemento de la evolución de un sistema de protección social más amplio e integrado. La propia experiencia histórica de América Latina es una demostración de ello dado que los sistemas de protección social han ido evolucionando progresivamente hacia una mayor cobertura y se han ido transformando con el paso del tiempo.

G) Visualizada desde la perspectiva del financiamiento, la Recomendación núm. 202 también alienta la articulación y coordinación de componentes contributivos y no contributivos en la búsqueda de la cobertura de poblaciones heterogéneas que, lógicamente, van a requerir la utilización de instrumentos con múltiples diseños, y también incentiva la materialización del principio de solidaridad.

H) El Piso de Protección Social pone de relieve la necesidad de una mayor coordinación de políticas en la búsqueda de una mayor eficiencia, un tema sumamente necesario en países de renta media como la mayor parte de los latinoamericanos y caribeños. El sesgo pro-formalización, expresado en la Recomendación núm. 202, permite construir puentes importantes con las políticas activas de mercado de trabajo y de fomento de la creación de nuevos empleos y empresas sostenibles.

Y) Por último, el desarrollo del Piso de Protección Social que se da a lo largo del tiempo, necesita la conformación de instituciones y recursos humanos y financieros domésticos, además de mecanismos de diálogo social que complementen el modelo tripartito con formas de consultas a nuevos actores en la búsqueda de un consenso más amplio¹⁰⁶.

En el Documento programático de la OIT, “Seguridad Social para la Justicia Social y una globalización equitativa. Discusión recurrente sobre la protección social y una globalización en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la Justicia Social para una globalización equitativa”, de 2011¹⁰⁷, se realza la Seguridad Social es “un derecho y una necesidad”. Ante los nuevos desafíos los sistemas nacionales de Seguridad Social basados en la solidaridad deben ser más sólidos y expansivos que nunca. Es necesario disponer de sistemas de Seguridad Social eficaces que permite a las sociedades y a las personas que la integran afrontar los riesgos que comporta la globalización, aprovechar plenamente las oportunidades que ofrece y adaptarse a los cambios continuos. Para ello se requieren marcos generales e integrados nacionales de carácter normativo e institucional, que abarquen políticas de empleo y Seguridad Social y otras políticas sociales, a fin de responder mejor a los cambios estructurales y a las crisis. Un derecho a la Seguridad Social que sea coherente, que desempeñe eficazmente su papel de mejorar la productividad y que actúe como estabilizador social y económico en un contexto de incertidumbre mundial, debe estar integrado en la legislación y las estructuras de gobernanza e institucionales nacionales, así como en mecanismos internacionales que funcionen eficazmente. Sólo una combinación de instrumentos de estas características es capaz de imponer las necesidades restricciones sociales al funcionamiento de los mercados. Todo esto confirma que los sistemas de Seguridad Social están involucrados y condicionados en el mismo desarrollo de las sociedades contemporáneas, de modo que las nuevas necesidades y evoluciones de los sistemas económicos, políticos, sociales y culturales exigen nuevas respuestas con soluciones adecuadas y de viable realización. Desde el punto de vista de la legitimidad democrática, los sistemas de Seguridad Social forman parte –es un pilar esencial- de la forma política de Estado Social y Democrático de Derecho, en cuyo marco la política pública debe centrarse en la protección de las personas siendo el crecimiento económico instrumental a esa finalidad.

6.-Bibliografía

¹⁰⁶ Véase OIT.: *La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT El Papel de los Pisos de Protección Social en América Latina y el Caribe*, Schwarzer, H., Pablo Casali, P., Bertranou, F. (Coords.), Ginebra (Suiza), OIT. Impreso en Perú, 2014, págs. 19 y sigs.

¹⁰⁷ Sexto punto del orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, 2011, Informe VI.

ALFONSO MELLADO, C., JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la Crisis económica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2014.

ARUFE VARELA, A.: “El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49 (2018).

BAYLOS GRAU, A.: “La contracción del Estado Social”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 63 (2013).

BISCHOFF, G.: “El modelo social europeo y los derechos de los trabajadores: ¿por qué necesitamos un pilar europeo de derechos sociales?”, en *Temas para el debate*, núm. 268 (2017).

CHARRO BAENA, P., BENLLOCH SANZ, P.: “El largo camino de las migraciones hacia el trabajo decente”, en VV.AA.: *El Trabajo Decente*, Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á.L. (Dirs.), López Insua, B.M. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2018.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales*, 8.03.2016, COM(126) final.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. SUPERVISIÓN DE LA APLICACIÓN DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES [COM(2018) 130, 13.3.18]

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales*”, 21.4.2017, DOUE (C 125/10).

Dictamen del Comité Europeo de las Regiones sobre el “*El pilar europeo de derechos sociales*”, 21.3.2017, DOUE (C 88/59).

GARMENDIA ARIGÓN, M.: *Orden público y Derecho del Trabajo*, Montevideo, LA LEY Uruguay, 2ª edición Revisada, ampliada y actualizada, 2016.

FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), 2 Tomos, Madrid, Ed. Trotta, 2011 (2ª ed., 2016).

FERRAJOLI, L.: *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, 2015.

FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 2011.

GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény” (pp.XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000.

HÄBERLE, P.: *Verdad y Estado constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

HAGEMEJER, K., McKINNON, R.: “Introducción: El papel de los pisos nacionales de protección social en la extensión de la Seguridad Social para todos”, en *Revista Internacional de Seguridad Social*, Número especial: “El papel de los pisos de protección social en la extensión de la Seguridad Social para todos”, Vol. 66, núms. 3-4 (Julio-Diciembre 2013).

RECOMENDACIÓN (UE) 2017/761 DE LA COMISIÓN de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales, 29.04.2017, DOUE (L 113/56).

HOLLAND, S., *Contra la hegemonía de la austeridad*, Barcelona, Arpa Editores, 2016.

HONNETH, A.: *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, trad. Graciela Calderón, Buenos Aires/Madrid, Katz Editores, 2014.

JESSOP, B.: *El Estado. Pasado, presente y futuro*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2009 (2ª ed., 2017).

NUSSBAUM, M.: *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Buenos Aires/Madrid, Katz editores, 2010.

MIRANDO BOTO, J.M.: “*Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*”, Cizur Menor (Navarra), Ed. Tromson/Aranzadi, 2009.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009

MONEREO PÉREZ, J. L., “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la “era de la flexibilidad””, *Revista Derecho del Trabajo*, núm. 10, 2016.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Carta comunitaria y derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I y II)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas*, núms. 56 (1992) y 57 (1993).

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, en *Relaciones Laborales* (Madrid), núm. 15/16 (Año XVII 2001).

MONEREO PÉREZ, J.L.: “La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladores en el orden internacional”, en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 1 (Enero-Junio 2018).

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Niveles de protección (La garantía multivel de los derechos fundamentales)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160 (2013).

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34 (2013).

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 5. IV (“La crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea. Ilusión constitucional y “nuevas” formas de soberanía”).

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a la Seguridad Social (Artículo 12 de la Carta Social Europea)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social”, en *Lex social: revista de los derechos sociales*, N° 2 (2018).

MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, en *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 49 (2017).

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La Propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsiones como desarrollo “normativo” del Pilar Europeo de los Derechos Sociales”, en *Revista “Nueva Revista de Derecho del Trabajo”*, núm. 211 (2018).

MONEREO PÉREZ, J.L., LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente””, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177 (2015).

NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades: Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2012.

OIT.: *La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT El Papel de los Pisos de Protección Social en América Latina y el Caribe*, Schwarzer, H., Pablo Casali, P., Bertranou, F. (Coords.), Ginebra (Suiza), OIT. Impreso en Perú, 2014.

POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1989

RAMOS QUINTANA, M.: “El pilar europeo de derechos sociales: ¿nos ponemos serios?”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 24 (2016).

RAMOS QUINTANA, M.: “El Pilar Europeo de los Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77 (2017).

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO de 15 de febrero de 2016 sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral (2016/C 67/01) DOUE (C 67/1).

COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta de Recomendación del Consejo, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia”. Estrasburgo, 13.3.2018. COM(2018) 132 final. 2018/0059(NLE).

ROJO TORRECILLA, E.: “La construcción del pilar europeo de derechos sociales. De la propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017) ¿Más Europa Social o reordenación del marco normativo vigente”, en *Revista Galega de Direito Social*, núm. 3 (2017).

SALCEDO BELTRÁN, C.: *Negociación colectiva, conflicto y Carta Social Europea*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2014.

SALCEDO BELTRÁN, C.: “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 13 (2016).

SALCEDO BELTRÁN, C.: “La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación “presente” a la ineludible integración “futura””, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137 (2018).

STANGOS, P.: “Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137 (2018).

SUÁREZ CORUJO, B.: “Las personas con discapacidad en el pilar europeo de derechos sociales”, en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación. I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (Aesss)*, Murcia, Ed. Laborum, 2017.

SUPIOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia*, Barcelona, Ed. Península, 2011.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2016.

VITALE, E.: *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trad. Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Ed. Trotta, 2012.

VV.AA.: *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Sánchez Rodas, C. (Dir.), Murcial, Ed. Laborum, 2010.

VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.

VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.

VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.