



UNIVERSIDAD DE GRANADA
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO Y AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS
PÚBLICO Y PRIVADO EN LA ACTIVIDAD DE COLOCACIÓN

Tesis presentada para la obtención del Grado de Doctor en Derecho, por la licenciada Carolina Serrano Falcón, bajo la dirección del Profesor José Luis Monereo Pérez, Catedrático de la Universidad de Granada.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

PARTE I:

ASPECTOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD DE COLOCACIÓN

I. INTRODUCCIÓN	1
II. ANÁLISIS CONCEPTUAL. COLOCACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL.....	4
III. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	10

PARTE II

FORMACIÓN HISTÓRICA DEL MODELO DE COLOCACIÓN

I. EL MODELO DE COLOCACIÓN EN LA SOCIEDAD INDUSTRIAL.....	15
1. Antecedentes.....	15
2. Factores de aparición de un modelo público de colocación.....	21
2.1. La existencia de Agencias Privadas Lucrativas en la fase de la Revolución Industrial y del Liberalismo. Necesidad de erradicación.....	22
2.1.1. <u>La reacción frente a las Agencias Privadas Lucrativas: la creación de las Bolsas de Trabajo Sindicales</u>	25
2.1.2. <u>La Reforma Social: el inicio de la intervención pública en la Colocación</u>	28
2.2. El nacimiento a nivel internacional y constitucional de un modelo público de Colocación.....	33
II. LA EVOLUCIÓN DE UN MODELO DE COLOCACIÓN ORGANIZADO EN ESPAÑA. LA PREDOMINANCIA DE LO PÚBLICO.....	43

1. El modelo de colocación en el año 1920 -tras la creación de la OIT-	43
2. El modelo de colocación en la Dictadura de Primo de Rivera.....	46
3. El modelo de colocación en la II República.....	52
3.1. En el marco del Convenio núm. 2 OIT sobre el desempleo	52
3.2. Un nuevo Convenio OIT ratificado durante la II República.....	60
4. El modelo de colocación en la Guerra Civil.....	63
5. El modelo de colocación en el Franquismo	68
5.1. (1939-1958) Un acentuado intervencionismo en la Colocación.....	69
5.2. (1959-1975) Flexibilización del modelo de Colocación intervenido.....	75
5.3. Nuevos Convenios OIT ratificados durante el Franquismo.....	80
6. El modelo de colocación en la Transición Política. Un cambio paulatino	85
7. El modelo de colocación posconstitucional (1978-1994).....	89
7.1. Un modelo de colocación público algo debilitado.....	92
7.2. La inexistencia -teórica- de Agencias Privadas de Colocación. Las Empresas de Selección.....	106
8. La importante “Reforma del mercado de trabajo” en materia de colocación. La década de los noventa	111

PARTE III

EL MODELO DE COLOCACIÓN. ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

I. EL MODELO DE COLOCACIÓN EN LA OIT, EN LA UNIÓN EUROPEA, Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	121
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

1. El modelo de colocación en la OIT.....	121
1.1. El modelo de Servicio Público de Empleo en la OIT	123
1.1.1. <u>Características del Servicio Público de Empleo</u>	123
1.1.2. <u>Valoración final</u>	127
1.2. El modelo de Agencias de Empleo Privadas en la OIT	129

1.2.1. <u>Tensión entre lo público y privado</u>	129
1.2.2. <u>Características de las Agencias de Empleo Privadas</u>	133
1.2.3. <u>Valoración final</u>	136
1.2.4. <u>Adaptación de la normativa española al Convenio 181 OIT</u>	137
2. El modelo de colocación en la Unión Europea	142
2.1. El modelo de Servicio Público de Empleo en la Unión Europea.....	142
2.2. El modelo de Agencias de Empleo Privadas en la Unión Europea	161
2.2.1. <u>La agresiva aceptación de las Agencias de Empleo Privadas por la doctrina del TJCE</u>	162
A. Análisis jurisprudencial individualizado	162
a.1. <i>Sentencia Hofner-Elser/Mactroton (Asunto C-41/90)</i>	162
a.2. <i>Sentencia Job Centre (Asunto C-55/96)</i>	166
a.3. <i>Sentencia Giovanni Carra y otros (Asunto C-258/98)</i>	168
a.4. <i>Sentencia Monnier (Asuntos acumulados C-9/01 a C-12/01)</i>	169
B. Críticas al modelo. Necesidad de una Directiva Marco sobre Agencias de Empleo Privadas	169
2.2.2. <u>La Libertad de establecimiento y la Libre prestación de servicios de las Agencias de Empleo Privadas en la Unión Europea. Una mención especial a Directiva Bolkestein</u>	176
3. La relación existente entre el modelo de colocación en la Unión Europea y en la OIT	187
4. El modelo de colocación en la Constitución	191
4.1. El modelo de Servicio Público de Empleo en la Constitución.....	191
4.2. El modelo de Agencias de Empleo Privadas en la Constitución.....	199
4.3. El “modelo de Colocación” en los Estatutos de Autonomía.....	201
4.4. Conclusiones.....	207
II. EL MODELO VIGENTE DE COLOCACIÓN EN ESPAÑA	210
1. “Escasa” referencia normativa. La Ley de Empleo 56/2003	210
2. La descentralización territorial de la actividad de colocación	213
2.1. Los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en el marco del Sistema Nacional de Empleo.....	213
2.2. Obligaciones de los trabajadores y empresarios con el Servicio Público de Empleo Autónomico.....	219

2.2.1. <u>Obligaciones del trabajador: la inscripción del demandante de Empleo</u>	219
2.2.2. <u>Obligaciones del empresario</u>	228
A. <i>La solicitud del trabajador ante el Servicio Público de Empleo: obligación legal inexistente</i>	228
B. <i>La comunicación del inicio de los contratos de trabajo</i>	234
C. <i>La comunicación de la terminación de los contratos de trabajo</i>	242
2.3. La Red EURES en los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.....	247
2.4. La relación de la Actividad de Colocación con las demás Políticas activas y pasivas de empleo.....	256
2.5. La Actividad de Colocación en la Administración Local	269
3. La descentralización institucional de la actividad de colocación	274
3.1. El marco de referencia: la Ley de Empleo 56/2003.....	274
3.2. Las Agencias de Colocación sin fines lucrativos (RD 735/1995)	277
3.2.1. <u>La técnica autorizatoria</u>	277
A. <i>Primer acto jurídico: el procedimiento administrativo de Autorización</i>	279
a.1. <i>Aspectos generales</i>	279
a.2. <i>Sobre el carácter reglado o discrecional de la autorización</i>	292
B. <i>Segundo acto jurídico: la firma del Convenio de Colaboración</i>	295
b.1. <i>Análisis técnico jurídico del Convenio de Colaboración</i>	297
b.2. <i>El contenido del Convenio de Colaboración</i>	300
3.2.2. <u>Condiciones de actuación de las Agencias de Colocación</u>	306
A. <i>Carecer de fines lucrativos</i>	306
B. <i>Garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo</i>	313
3.2.3. <u>El control financiero de las Agencias de Colocación</u>	316
3.2.4. <u>La renovación y extinción de la autorización</u>	317
3.2.5. <u>Un intento de clasificación dogmática de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos</u>	320
A. <i>Agencias de Colocación creadas en entidades del sector privado o mercado cuyo denominador común es el fin de lucro</i>	321
B. <i>Agencias de Colocación creadas en una persona jurídico-administrativa: en CC.AA, en Entidades Locales, en Corporaciones de Derecho Público</i>	322

<i>b.1. Agencias de Colocación creadas en las CC.AA.....</i>	322
<i>b.2. Agencias de Colocación creadas en Entidades Locales.....</i>	325
<i>b.3. Agencias de Colocación creadas en Corporaciones de Derecho Público.....</i>	329
<i>b.4. Agencias de Colocación creadas en Centros Docentes.....</i>	330
C. Agencias de Colocación creadas en Entidades pertenecientes al Sector Social.....	335
<i>c.1. Especial referencia a las Asociaciones Sindicales.....</i>	339
3.2.6. <u>Obligaciones de los trabajadores y empresarios con las Agencias de Colocación: la inscripción del demandante de empleo.....</u>	343
3.2.7. <u>La ausencia de las Agencias de Colocación en la Red EURES.....</u>	347
3.2.8. <u>Conclusiones finales tras la descripción y análisis de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.....</u>	351
3.3. Otros Agentes de la Intermediación previstos en la Ley de Empleo 56/2003	354
3.3.1. <u>Las Entidades Colaboradoras</u>	354
A. Planteamientos generales	354
B. Clasificación. Especial referencia a las Entidades Colaboradoras en la intermediación en el mercado de trabajo	356
3.3.2. <u>Los Servicios para los trabajadores en el exterior</u>	372
A. El tratamiento histórico y actual de los servicios para la contratación en el exterior de trabajadores residentes en España	373
<i>a.1. Servicios públicos</i>	373
<i>a.2. Agencias Privadas. Especial referencia a las Empresas Consignatarias, la Colocación Au pair, y las “academias” de idiomas</i>	38
B. Servicios para los emigrantes retornados	386
3.4. Agencias de Empleo Privadas no previstas en la Ley de Empleo 56/2003	388
3.4.1. <u>Empresas de Selección de Personal.....</u>	390
A. Significado práctico.....	392
<i>a.1. Clasificación</i>	392
B. Análisis jurídico	397
<i>b.1. Las diferencias que presentan con otros Agentes de la Intermediación</i>	398
<i>b.2. Aspectos jurídicos en las fases del proceso de selección</i>	400
<i>b.3. El contrato celebrado entre la Empresa de Selección y la Empresa cliente</i>	404

<i>b.4. Propuestas de lege ferenda para una regulación de las Empresas de Selección de Personal</i>	409
3.4.2. <u>Empresas de Outplacement</u>	413
A. Significado práctico	413
B. Análisis jurídico	417
<i>b.1. Actuación positiva de las Empresas de Outplacement en el Derecho del Trabajo de la Reestructuración y de la crisis de empresa</i>	421
<i>b.2. Algunas reflexiones para una regulación legal de las Empresas de Outplacement</i>	424
3.4.3. <u>Portales de Empleo en Internet</u>	431
A. Significado práctico	432
B. Análisis jurídico	433
3.5. Conclusiones finales.....	437

III. LA UTILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO Y DE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS POR COLECTIVOS CON PARTICULARIDADES ESPECÍFICAS..... 443

1. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas por colectivos con una relación laboral de carácter especial	444
1.1. El Personal de Alta Dirección	444
1.2. El Personal al Servicio del Hogar Familiar	445
1.3. Los Internos en Establecimientos Penitenciarios	451
1.4. Los Deportistas Profesionales	455
1.5. Los Artistas en Espectáculos Públicos	462
1.6. Los Representantes de Comercio	465
1.7. El personal civil no Funcionario al Servicio de Establecimientos Militares	466
1.8. Profesionales de Ciencias de la Salud en período de formación especializada	472
1.9. Abogados que prestan servicios en despachos de abogados.....	475
2. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas por colectivos con una relación laboral común con particularidades	477
2.1. Los trabajadores del campo.....	478
2.2. Los trabajadores del mar.....	481
2.3. El personal laboral de las Administraciones Públicas	491

3. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas por las personas con discapacidad.....	498
4. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas por los trabajadores extranjeros.....	515
4.1. Los Trabajadores Comunitarios (y del EEE).....	516
4.2. Los Trabajadores Extracomunitarios.....	525
4.2.1. <u>Los trabajadores extracomunitarios que vienen a trabajar a España</u>	526
A. Empresarios que contratan a través del Régimen General	526
B. Empresarios que contratan a través del Contingente	529
<i>b.1. Contingente para búsqueda de empleo distribuido por sectores de actividad y ocupaciones</i>	<i>531</i>
<i>b.2. Contingente para búsqueda de empleo para hijos y nietos de español de origen</i>	<i>536</i>
4.2.2. <u>Los extranjeros no comunitarios que se hallan y/o residen en España</u>	537
4.3. Valoración general	542
5. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas por trabajadores que están excluidos del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores	546
5.1. Funcionarios Públicos	546
5.2. Trabajadores Autónomos	548
IV. RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS IMPLICADOS EN LA COLOCACIÓN DE LOS TRABAJADORES.....	553
1. Responsabilidad de Derecho Público (Derecho Público sancionador)	554
1.1. Responsabilidad administrativa	554
1.1.1. <u>Responsabilidad administrativa prevista en el TRLISOS de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas</u>	555
1.1.2. <u>Responsabilidad administrativa prevista en el TRLISOS de los demandantes de empleo</u>	573
1.1.3. <u>Responsabilidad administrativa prevista en el TRLISOS de los oferentes de empleo</u>	578
1.2. Responsabilidad penal	578
1.2.1. <u>Responsabilidad penal prevista en el Código Penal de los terceros que intervienen en la actividad de Colocación</u>	578

A. <i>El delito de tráfico ilegal de mano de obra</i>	578
B. <i>Las diferencias existentes entre el delito de tráfico ilegal de mano de obra y otros delitos relacionados con los movimientos migratorios</i>	587
C. <i>La discriminación en el acceso al empleo en el Derecho Penal</i>	593
1.2.2. <u>Responsabilidad penal prevista en el Código Penal de los oferentes y demandantes de empleo en materia de Colocación</u>	595
2. Responsabilidad de Derecho Privado	596
2.1. Responsabilidad patrimonial de los Servicios Públicos de Empleo	597
2.2. Responsabilidad civil de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos	603
2.3. Responsabilidad civil de otras Agencias de Empleo Privadas y de los oferentes de empleo	603
CONCLUSIONES FINALES	606
BIBLIOGRAFÍA	623
ABREVIATURAS	663

PARTE I:
ASPECTOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD DE COLOCACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El propósito básico de esta Tesis Doctoral se centra en el estudio de los tres sectores que intervienen en la actividad de Colocación: el Sector Público (Estado), el Sector Privado Mercantil (Mercado), y el Sector Social o Tercer Sistema. La elección de este tema merece una justificación. De este modo, se podrían resumir en tres importantes razones que explican la necesidad de llevar a cabo un estudio completo de la Actividad de Colocación:

-En primer lugar, la doctrina científica ha mostrado muy poco interés en el estudio de la Actividad de Colocación en su conjunto. Es una materia que está actualmente en fase de análisis y que aún está sin explorar, no sólo en España -que son escasos los estudios en esta materia- sino en prácticamente todos los países de nuestro entorno, por lo que es necesario buscar nuevas orientaciones para solucionar todos los problemas que en el camino se encuentran.

Además, es un tema que normalmente se ha tratado desde una perspectiva social, destacando el campo de los Recursos Humanos. Por ello, es del todo necesario que al análisis social se aplique la técnica jurídica, aspecto que ha sido escasamente tratado por la doctrina laboralista. También es una materia muy conectada con otras ramas del Derecho, como es el Derecho Administrativo, causa por lo que los laboristas han centrado su investigación en otros campos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Así pues, la escasez de estudios desde una perspectiva jurídica es una buena justificación para abordar tal investigación.

No se trata por tanto de llevar a cabo una “revisión” de la institución, pues a pesar de que existen en la actualidad monografías que han estudiado en profundidad la Intermediación Laboral¹ o la Política de Colocación², se trata aquí de abarcar la Actividad de

¹ LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL, Sevilla, 2003.

Colocación incidiendo en algunos aspectos ya tratados y aportando o incluso consolidando determinadas tesis. La amplitud de esta materia y la escasez de estudios y posiciones consolidadas son más que suficientes para justificar esta investigación, en un momento en el que además es necesario aportar estudios en profundidad que ayuden a determinar una reforma legislativa.

-En segundo lugar, no se han producido innovaciones normativas de gran profundidad en la materia, pues éstas se vienen centrando en otros campos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Es necesario, desde una perspectiva crítica analizar el marco normativo vigente, no sólo en España sino también a nivel internacional y comunitario para realizar propuestas de *lege ferenda*. Por otra parte, los textos normativos en materia de colocación son insuficientes y en muchas ocasiones incumplidos. Ni la Ley 56/2003, de Empleo, de 16 de diciembre, ni el Estatuto de los Trabajadores están en condiciones de ser garantes de un régimen de colocación que llegue a todos los colectivos. Esto hace que se esté produciendo una desregulación absoluta de la Actividad de Colocación, pues la normativa existente no regula todas las situaciones ni todas las instituciones que se encargan de ajustar ofertas y demandas de trabajo. Se está produciendo en este campo un proceso de “desregulación laboral y en general de máxima flexibilización”³ que produce al mismo tiempo la debilitación o deterioro del Derecho Estatal del Trabajo como técnica de regulación y de control social.

-En tercer lugar, los cambios que actualmente se están produciendo de manera acelerada propios de las “sociedades informacionales”⁴, hacen que sea necesario un replanteamiento del modelo de Colocación actual. A la desaparición progresiva del empleo agrícola, se le une el incremento del sector servicios, un rápido aumento de los puestos ejecutivos y de los puestos de trabajo que requieren mayor cualificación, al mismo tiempo que necesitan mayor apoyo los colectivos de difícil inserción y con riesgo de exclusión social. La crisis del sistema *taylorista* o *fordista* de organización del trabajo repercute también en la Actividad de Colocación, pues no basta con un único Servicio Público que se encargue de ajustar ofertas y demandas, ya que se necesitan más Agentes que realicen estas funciones para cubrir las necesidades de todo tipo de demandantes de empleo y se lleven a cabo de forma más especializada. Se viene produciendo un cambio en la estructura social y la incorporación de colectivos que tradicionalmente han permanecido fuera del mercado de trabajo, y ello hace que sea necesario volver a replantearse la actividad que desempeñan los Servicios Públicos de Empleo y las diversas Agencias de Empleo Privadas que cubren las

² SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.²: *La política de colocación*, Bomarzo, Albacete, 2006.

³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 75.

⁴ CASTELLS, M.: *La era de la información, Vol. I. La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, págs. 283-284.

necesidades de ajustar ofertas y demandas de colectivos con nuevas necesidades en el mercado de trabajo. La valoración positiva de la actuación de las Agencias de Empleo Privadas y del funcionamiento del Servicio Público de Empleo se tiene que hacer teniendo en cuenta el contexto histórico del momento. Actualmente se vienen produciendo importantes cambios en la estructura productiva siendo necesaria la actuación de Agentes cada vez más especializados para la búsqueda de personal adecuado. Por otra parte, la aplicación de nuevas tecnologías merece ser tenida en cuenta para analizar los nuevos Agentes que intervienen en el mercado de trabajo. Todos estos cambios operados en el ámbito de las relaciones laborales se dejan sentir también en la Actividad de Colocación y es por tanto necesario un análisis completo para poder dar propuestas jurídicas que se ajusten a la realidad actual. Sin embargo, hasta el momento, el ordenamiento laboral es reacio a juridificar (es decir, legitimar y limitar al mismo tiempo) el ejercicio de las Agencias de Empleo Privadas que actualmente actúan sin control en el mercado de trabajo.

El análisis de la Actividad de Colocación realizada por los Servicios Públicos de Empleo y por las Agencias de Empleo Privadas se va a llevar a cabo utilizando un método que tenga en cuenta el análisis jurídico-positivo de las instituciones que se encargan de algún modo de ajustar ofertas y demandas de trabajo. Sin embargo, esta perspectiva no delimita la investigación, pues este análisis no se puede quedar en lo estrictamente jurídico sin previamente observar la problemática social que engloba la Actividad de Colocación, y de este modo se podrán realizar conclusiones críticas y observar que en esta materia el legislador debería hacer un esfuerzo por apoyarse en decisiones condicionadas por la práctica social.⁵ Esto significa que el análisis en general del Derecho, y concretamente en materia laboral, no se puede analizar sin tener en cuenta los aspectos sociopolíticos y económicos, aunque se advierte que en éstos no se profundizará, pues van a ser meros instrumentos para poder realizar un análisis normativo completo. Tampoco se pueden perder de vista todos los problemas prácticos que surgen en la Actividad de Colocación, para poder realizar un análisis jurídico de la misma, y ello porque la tarea del jurista se tiene que realizar a *posteriori* una vez que se conoce la realidad sobre la que se opera.⁶

⁵ Debido a que el Derecho no es una mera forma, sino una praxis interna de la vida política y económica social. SACARÍA, G.: *Razón jurídica e interpretación*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 35 y ss; VIOLA, F.: *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milán, 1990, págs. 23 y ss.

⁶ En efecto, basta atender a las construcciones de la doctrina científica, para comprobar que toda ella al estudiar el Derecho del Trabajo cuenta no sólo con el Derecho Positivo, sino también con otros métodos sociológicos, económicos... Véase HECK, P.: *El problema de la creación del Derecho*, traducido por Entenza, M., Comares, Granada, 1999. En la elaboración de todo trabajo científico hay que conocer primero la ciencia sociológica del Derecho que completará la dogmática jurídica. Ambas perspectivas de aproximación al fenómeno jurídico no se deben confundir, sino integrar, coordinándose al objeto de conocer todas las dimensiones del fenómeno jurídico. Véase MONEREO PEREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia,

II. ANÁLISIS CONCEPTUAL. COLOCACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL

Para la aplicación del Derecho es absolutamente necesario llevar a cabo una “construcción y ordenación sistemática de los conceptos jurídicos”,⁷ es decir, realizar un análisis técnico del lenguaje utilizado en este campo. Es, por tanto, siempre difícil en las primeras páginas del estudio de una institución definir la misma; y la dificultad parece mayor en este caso por tratarse de una noción jurídica muy amplia que supera el contenido del derecho positivo en vigor y en la que no hay ni unanimidad doctrinal ni legislativa en relación a los términos utilizados. Pero para ello va a ser necesario ir delimitando tales conceptos, pues uno de los aspectos fundamentales para la comprensión de una institución es la propiedad en el uso de las palabras.⁸ Esta delimitación conceptual va a tener una doble finalidad: en primer lugar, acotar el tema de investigación y, en segundo lugar, concretar el significado que aquí se le va a dar a los diferentes términos que se van a utilizar.

1. El término *Colocación*, desde un punto de vista jurídico-laboral, cuenta con dos acepciones diferentes: la primera significa “el acto o momento puntual de acceso o ingreso en una empresa u organización de trabajo para la prestación en la misma de trabajo asalariado”,⁹ es decir, se utiliza en este caso como sinónimo de “empleo”. Con esta acepción se utiliza en el Estatuto de los Trabajadores, concretamente en el Art. 52.a) al contemplar la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su “colocación” efectiva

1996, págs. 295-406. Para comprender el Derecho del Trabajo en su aspecto estructural y en su aspecto funcional es necesario la integración del método jurídico y los métodos sociológicos e históricos. No hay que olvidar que el Derecho es un fenómeno esencialmente social, y sólo de esta forma se evita el aislacionismo jurídico propio del formalismo. También lo expresa así BORRAJO DACRUZ, E: “Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo”. Prólogo a: SANTORO PASSARELLI, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963. En este sentido, también se manifiesta SUPIOT, A.: Transformaciones del trabajo y porvenir del Derecho Laboral en Europa. *RIT*, Vol.118, núm.1, (1999). Este autor señala que para alcanzar un objetivo jurídico a la hora de establecer un asunto, se puede alcanzar sino por medio de un análisis transdisciplinario de los cambios que acaecen en la práctica diaria de las relaciones de trabajo. En el mismo sentido, ALONSO OLEA, A.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, que en numerosos pasajes de su obra pone de manifiesto que tanto la formación de las disciplinas jurídicas como su evolución posterior una vez formadas dependen de procesos sociales, económicos, políticos, tecnológicos y demográficos.

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1852 (reeditado en 2005), pág. 205.

⁸ CARNELUTTI, F.: *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*. Estudio preliminar por Monereo Pérez, J.L.: “La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”, última edición en Comares, Granada, 2002, pág. 187.

⁹ Para los diferentes significados del término “colocación” véase MARTÍN VALVERDE, A.: “La supresión del monopolio público de la colocación”, en VV.AA.: *Reforma de la Legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 59 y ss.

en la empresa.¹⁰ Esta acepción, además de utilizarse en el ámbito laboral -que incluso ya se utilizaba en la época romana¹¹- también está presente en el campo de la Economía Aplicada, en el que la colocación o colocaciones corresponden a los puestos de trabajo cubiertos por los trabajadores. La segunda acepción del término Colocación no se refiere a un único acto, sino al conjunto de acciones destinadas a la consecución de un empleo. De esta acepción derivan a su vez algunos términos compuestos que se vienen utilizando y que presentan diferencias entre ellos.

-Así, se considera *Proceso de colocación* el conjunto de actos jurídicos previos que imponen los poderes públicos y que son necesarios para la celebración del contrato de trabajo. Tal proceso puede estar más o menos intervenido, dependiendo del momento histórico, y tiene la finalidad de tutelar al demandante de empleo sobre todo en una fase “especialmente crítica, cual es la que precede a la constitución del vínculo contractual, afectada por condicionamientos y presiones de particular intensidad”.¹²

-Se considera *Política de Colocación* las acciones llevadas a cabo o dirigidas por los poderes públicos para hacer posible la consecución de un empleo.¹³ Así, la Política de Colocación no existe sin la intervención de los poderes públicos; ahora bien, esta intervención se puede llevar a cabo de diferentes formas, pues los poderes públicos pueden optar por su actuación en exclusiva o mediante la intervención de organismos públicos y privados que colaboren en la colocación de los trabajadores. Por otra parte, la Política de Colocación no se agota en el ajuste de ofertas y demandas de trabajo, es decir, en la labor estricta de intermediación, sino que incluye otros servicios complementarios para hacer posible la “colocación” de los trabajadores, como son los programas de inserción laboral, los servicios de orientación profesional para el empleo, tutorías individualizadas, cursillos de readaptación profesionales, asesoramiento de empresas, programas especiales de promoción del empleo e incluso, asistencia al autoempleo. Cuando se pone en marcha una determinada Política de Colocación, no sólo se limita a que los poderes públicos organicen ofertas y

¹⁰ También se utiliza el término “colocación” con este significado en el Art. 35.2 ET que señala que “El Gobierno podrá suprimir o reducir este número máximo legal por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, con la finalidad de incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso”.

¹¹ “Locare” significaba “colocar o confiar”, y quien arrendaba a un esclavo se llamaba *locator* porque colocaba, ponía a disposición al esclavo. ALEMÁN MONTERREAL, A.: *El arrendamiento de servicios en el Derecho Romano*, Universidad de Almería, Almería, 1996, pág. 16.

¹² VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, VV.AA.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, pág. 194.

¹³ Sin embargo, se ha dado otra definición de Política de Colocación desde el campo de la Ciencia Política y la Administración, definida como el “nexo de unión entre la salida del sistema educativo y la entrada en el mercado laboral, como el puente por el que el individuo debe pasar de un status de estudiante a una situación de integración en el conjunto de la población activa. HERRADOR BUENDÍA, F.: “Aproximación teórica a las políticas de intermediación y colocación de empleo”, *RMTAS*, núm. 66, (2007), pág. 133.

demandas de trabajo, sino que es necesario que pongan en marcha todo el conjunto de políticas activas de empleo. La Política de Colocación ha quedado definida desde un punto de vista normativo, pues la anterior Ley Básica de Empleo la definía -de forma acertada- como el conjunto de *acciones tendentes a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas* (Art. 38 LBE).

-Y se considera **Actividad de Colocación** el conjunto de acciones no sólo llevadas a cabo o gestionadas por los poderes públicos, sino por cualquier sujeto o institución pública o privada, que tiene como fin principal procurar o facilitar el empleo. En este caso, y a diferencia de la Política de Colocación, la finalidad de la “Actividad de Colocación” no sólo se basa en llevar a cabo acciones encaminadas a la protección del trabajador, sino que también existe un componente mercantil, ya que la actividad de colocación llevada a cabo por instituciones privadas (Empresas de selección, Empresas de *Outplacement*, Empresas de Trabajo Temporal, etc.) persiguen ánimo de lucro, por lo que su intención no es simplemente tuitiva sino también lucrativa.

El término “Actividad de Colocación” queda incluido en el Título de esta Tesis Doctoral; y ello porque determina el propósito básico de ésta, pues aunque se va a analizar la Política de Colocación y el Proceso de Colocación, no es el objetivo principal de esta investigación, que tiene como fin el análisis de todas las instituciones públicas y privadas que intervienen para hacer posible la consecución de un empleo, por lo que este análisis no se va a limitar simplemente a la labor de Intermediación, término que se define a continuación.

2. Los términos **Intermediación-Mediación** no se utilizan solamente en el campo jurídico, sino que son términos que se usan con diversas acepciones en el lenguaje común. Es necesario por tanto delimitar estos conceptos desde una perspectiva jurídica, pues aunque el jurista -como todo investigador- tiene que partir del lenguaje común, no puede olvidar que al utilizar dichos conceptos en el campo del Derecho se producen algunos cambios dadas las peculiaridades que éste suscita al tener el “lenguaje jurídico su propia peculiaridad semántica”.¹⁴

Si se toma la definición de **Mediación** dada por la Real Academia Española de la Lengua, significa la “acción y efecto de mediar”, aunque tiene numerosas acepciones,¹⁵ entre las cuales cabe destacar, por ser la que más se ajusta a esta investigación, la de “interceder o

¹⁴ VILLAR PALASÍ, J.L.: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975, págs. 97-98.

¹⁵ Cabe destacar diversas acepciones de “mediar”: llegar a la mitad de algo, interceder o rogar por alguien; interponerse entre dos o más personas que riñen o contienden procurando reconciliarlos y unirlos en amistad; existir o estar en medio de otras, ocurrir entre dos momentos; pasar, transcurrir, tomar un término medio entre dos extremos. Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, Madrid, 2001, pág. 1000.

rogar por alguien e interponerse entre dos o más que riñen o contienden procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.

El término Mediación cuenta con distintos significados y modalidades de uso en la práctica jurídica. Por tanto, no se puede hablar de un concepto amplio de mediación que constituya una categoría válida para todas las ramas del Derecho y para sus diferentes dimensiones o perspectivas. De esta forma, se habla así de la mediación como medio típico de solución extrajudicial de conflictos (Ejs. Mediación familiar, Mediación penal, Mediación laboral, etc.). En el ámbito mercantil se usa para hacer referencia al contrato por el que “una de las partes (el mediador) se obliga a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que habrá de buscar al efecto”¹⁶ denominado contrato de mediación o de corretaje.¹⁷ También se utiliza en este sentido en otras ramas del ordenamiento jurídico, destacando el ordenamiento financiero, o el Derecho privado, concretamente para hacer alusión a la Mediación inmobiliaria.¹⁸

Centrando la atención en el término mediación en el ámbito laboral, éste se utiliza sobre todo para hacer referencia a un medio de heterocomposición de conflictos que le corresponde una función activa de propuesta o de recomendación en la que su proposición puede o no ser aceptada por las partes. Pero también se utiliza este término con el significado de “Intermediación”, esto es, “poner en relación a dos o más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo”.

Vistos todos estos usos del término Mediación tanto en el lenguaje común como en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, la acepción que se va a seguir en este estudio es “la actividad dirigida a ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo, y a facilitar a los empleadores la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades de mano de obra, sin que el empresario pierda su libertad de contratación.”¹⁹ Como el significado de “mediación” por el que aquí se opta es idéntico al término “Intermediación”,²⁰

¹⁶ Véase URÍA, R.: *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 740.

¹⁷ Esta figura se utiliza también con el mismo significado en el ámbito laboral. Véase HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: *La mediación mercantil en el ámbito laboral: un estudio sobre la relación laboral especial contemplada en el artículo 2.1.f) del ET*, Tecnos, Madrid, 1982.

¹⁸ Véase GARCÍA VALDECASAS, A.J.: *Mediación inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

¹⁹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Voz mediación en la colocación”, VV.AA. (Ojeda Avilés, A. Coord): *Diccionario jurídico laboral*, Comares, Granada, 1999, pág. 427.

²⁰ En el mismo sentido, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., págs. 66-67. Sin embargo, no es la opinión de VARELA AUTRÁN, B. [“Cesión de trabajadores considerada ilícita. Configuración y efectos”, VV.AA (Baylos Grau, A. (Director): *Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las Empresas de Trabajo Temporal*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 77], ya que hace una diferenciación entre las Agencias de colocación y las Empresas de Trabajo Temporal indicando que “la diferencia se revela clara, por cuanto las primeras simplemente median en la contratación laboral que otros llevan a cabo, en tanto las segundas intermedian en dicha contratación, siendo ellas mismas las que suscriben el contrato de trabajo”.

parece más conveniente utilizar este último, sobre todo porque el término “Mediación” tiene más de un significado en el ámbito laboral (Mediación en el sentido de solución de conflictos y Mediación en el mercado de trabajo), por lo que puede producir confusiones, y no hay que olvidar que el lenguaje utilizado en el campo de las ciencias sociales debe ser lo más riguroso posible.²¹

Ahora bien, que aquí se haya optado por no utilizar el término Mediación no significa que no se utilice en este campo y que plantee un problema conceptual de difícil delimitación ante los importantes cambios que se están produciendo en el mercado de trabajo,²² con numerosas consecuencias en el plano práctico. Un ejemplo clave en este sentido se encuentra -y como se analizará en su momento- en el Art. 16.1 TRLISOS, que considera infracciones muy graves “ejercer actividades de *mediación* con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores, así como ejercer actividades de *mediación* sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización o continuar actuando en la *intermediación* y *colocación* tras la finalización de la autorización, o cuando la prórroga se hubiese desestimado por el servicio público de empleo”.²³

Si se toma la definición de *Intermediación* dada por la Real Academia Española de la Lengua, significa “la acción y efecto de intermediar, esto es, poner en relación a dos o más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo”.²⁴ En el ámbito laboral, la acepción es la misma, y se puede definir como la acción de casar ofertas y demandas de empleo por medio de un tercero. Este tercero, puede ser tanto una institución pública como una institución privada que esté reconocida legalmente, o cualquier institución o persona física o jurídica que ajusta ofertas y demandas de trabajo que no esté reconocida legalmente, siendo indiferente si lo realiza de forma constante o esporádica. La esencia de la definición está en la acción de ajustar ofertas y demandas de trabajo y en que el tercero -independientemente de quien sea- termina su función en el momento en el que el demandante y oferente de empleo se conocen. De este modo, se diferencia del término *Interposición*, que “normalmente

²¹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 19.

²² En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen jurídico sancionador en materia de empleo tras la entrada en vigor del TRLISOS de 2000”, *JL*, número extraordinario, 2001, pág. 177.

²³ Así, en el Dictamen que el CES realizó al Anteproyecto de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 1999, se propuso cambiar el término mediación al que se refiere el Art. 28.2 LISOS por el de intermediación, pues el primero se refería más bien a los casos de solución y composición de los conflictos laborales. Dictamen del CES núm. 7/1998, aprobado en la Sesión Ordinaria del Pleno de 30 de septiembre de 1998, pág. 29.

²⁴ Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, op.cit., pág. 875.

incluye aunque trasciende la intermediación”.²⁵ Quien realiza estrictamente una labor de Intermediación se encarga de poner en contacto a oferentes y demandantes de empleo, pero nunca este tercero forma parte del negocio jurídico que trabajador y empresario van a celebrar, a diferencia de quien realiza una labor de Interposición. Ahora bien, esta definición de Intermediación, sin embargo no corresponde a lo que se entiende por Intermediación en otros ordenamientos de habla hispana, que más bien corresponde a lo que aquí se conoce como “Interposición”.²⁶

Así, aunque la Intermediación Laboral se va a analizar en esta investigación, no es el tema central de análisis, y ello porque el estudio se va a enfocar al análisis de los Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas, y no todas estas instituciones realizan una labor de Intermediación; así, los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Colocación sin fines lucrativos realizan una función de intermediación, pero ésta se complementa con la gestión de otras políticas activas (y pasivas) de empleo, es decir, realizan una verdadera Política de Colocación, quedando la Intermediación Laboral integrada dentro de ésta, aunque no es la única función que desempeñan.

Por otro lado, no todas las Agencias de Empleo Privadas realizan una labor de Intermediación, pues algunas se centran más en la tarea de asesoramiento, o en la de selección de personal, aunque todas estas actividades sí se podrían encuadrar en la llamada Actividad de Colocación. De ahí la elección del Título de esta Tesis Doctoral y la opción por no tomar como “referente” el término Intermediación.

A pesar de que aquí ha quedado claro el significado que se le va a dar a la Intermediación Laboral, este término se viene utilizando en la mayor parte de las ocasiones y de forma errónea como sinónimo de “Colocación” y parece haber desplazado al término Colocación en los textos legales actuales. Concretamente, la Ley de Empleo no se refiere a la “Colocación” sino a la “Intermediación Laboral”. El Art. 20 de la LE define la define como *el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de*

²⁵ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de Empleo y Servicios de Colocación”, VV.AA (Martínez Abascal, V.A. Coord.): *Política de Empleo y Protección Social*, Ediciones Gráficas Signo, Barcelona, 1996, pág. 135.

²⁶ Así, en la legislación peruana, y concretamente en la Ley núm. 27626 que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas (2002), entiende por “intermediación de servicios temporales” aquellos que consisten en “emplear uno o más trabajadores con el fin de destacarlo temporalmente a una tercera persona, natural o jurídica, denominada empresa usuaria, que dirige y supervisa sus tareas. La “intermediación de servicios complementarios o altamente especializados” consiste en “prestar servicios complementarios o especializados por una persona jurídica, que destaca a su personal a una empresa usuaria, para desarrollar laborales complementarias o altamente especializadas, en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado”.

empleo para su colocación... y tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades. Esta definición se corresponde más bien con la de Política de Colocación -como ya la definió la LBE- que con el término Intermediación.²⁷ También los Decretos de traspaso a las Comunidades Autónomas de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, se refieren al traspaso de la “Intermediación laboral” y no utilizan el término “Colocación” aunque tampoco corresponde con la definición de Intermediación que aquí se mantiene, pues se ha producido una extralimitación del término, ya que se encuadran dentro de la Intermediación Laboral funciones de control del mercado de trabajo que realizan los Servicios Públicos de Empleo incluso después de la celebración del contrato de trabajo.²⁸

III. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El análisis del lenguaje utilizado en este campo sirve -entre otras utilidades- para delimitar la investigación objeto de esta Tesis Doctoral, que concretamente se manifiesta en el propio Título. La intención no es otra que la de desarrollar la actuación de los Servicios Públicos de Empleo (y de sus Entidades Colaboradoras) y de las Agencias de Empleo Privadas, para poder dar soluciones jurídicas a su actuación y conocer además las relaciones entre todas ellas.

Se ha optado por incluir en el Título de este trabajo de investigación el término Actividad de Colocación, pues en este caso no se va a analizar simplemente el análisis de la actividad de Intermediación en el sentido de ajustar ofertas y demandas de trabajo, pues quedarían fuera del estudio numerosas instituciones que es necesario conocer su actuación y posible regulación. Así pues, el análisis de la Actividad de Colocación incluye el estudio de la Intermediación Laboral, el Proceso de Colocación que llevan a cabo los Servicios Públicos de Empleo, y también la Política de Colocación, pues se analizarán siempre y cuando sea necesario todas las acciones que llevan a cabo los poderes públicos encaminadas a la

²⁷ En el mismo sentido, MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo: el Derecho del Empleo como una nueva categoría jurídica*, CARL, Sevilla, 2005, pág. 320; SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.^a: *La Política de Colocación*, op.cit., págs. 56 y ss.

²⁸ En el mismo sentido, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “El Servicio Andaluz de Empleo”, *TL*, núm. 68, (2003), pág. 13.

obtención de un empleo. De este modo, la Actividad de Colocación va más allá del simple estudio de la Intermediación Laboral, o de la Política de Colocación o del Proceso de Colocación, pues se pretende con esta investigación tener una idea global de toda la Actividad de Colocación en general, intentando realizar un estudio detallado de todas las instituciones que intervienen en la colocación de trabajadores, tanto públicas y privadas, ampliando el objeto de análisis a todas aquellas que actúan en el mercado de trabajo, estén o no reguladas.

Para ello se ha optado en primer lugar por realizar un recorrido histórico sobre la Actividad de Colocación tanto pública como privada (*Parte II*) para comprobar la distinta posición del ordenamiento jurídico en relación a la regulación de los Servicios Públicos de Empleo y a las Agencias de Empleo Privadas, que sirve para la comprensión actual del modelo de Colocación existente.

Y no sólo ha bastado con un análisis histórico, sino que éste ha trascendido a un estudio de la normativa internacional y comunitaria, que se ha desarrollado ampliamente, ya que estos modelos no van en la misma línea que el modelo español. Y, para realizar propuestas de reforma sobre nuestro modelo, ha sido completamente necesario analizar el marco constitucional de la Actividad de Colocación para conocer los límites impuestos por ésta (*Parte III, Capítulo I*).

El análisis de lo público y lo privado en la Actividad de Colocación en España se ha realizado a través de un desarrollo exhaustivo del marco normativo existente, partiendo del análisis de la LE, enfocando el estudio de los Servicios Públicos de Empleo desde un aspecto tanto organizativo como procedimental, y teniendo en cuenta además la incompleta y ambigua externalización de sus actividades, centrando la atención en la actividad de intermediación realizada por las Entidades Colaboradoras y las “fracasadas” Agencias de Colocación sin fines lucrativos (*Parte III, Capítulo II*). Como lo que se pretende es un análisis completo de la Actividad de Colocación, es necesario que la investigación trascienda al simple desarrollo de la LE, pues es necesario conocer la Actividad privada de Colocación, que no cuenta en España con una regulación completa. Por ello, en este mismo Capítulo se han analizado todas las Agencias de Empleo Privadas -término acuñado por el Convenio núm. 181 de la OIT- que actúan en la práctica sin una regulación expresa. Por ello, no se ha centrado el estudio en las Empresas de Trabajo Temporal, y ello porque la literatura científica en este campo es abundante, y además cuentan con una regulación expresa, por lo que se ha centrado la atención en las Agencias de Empleo Privadas que actualmente no están reguladas. Pero hay que tener en cuenta que las referencias “indirectas” a las ETT son continuas para criticar que en materia de Actividad de Colocación privada el legislador sólo se ha centrado en éstas, y para poner de manifiesto que se está agrandando su campo de actuación a pesar de la exclusividad de su objeto, pues la normativa actual que las regula les impide realizar otras actividades propias de otras Agencias de Empleo Privadas no reguladas.

La necesidad de derogar su normativa va a ser una reivindicación constante en este estudio, pues se debe proceder a una regulación completa de todas las Agencias de Empleo Privadas llevándose a cabo en una única ley, en la que se reconozca la polifuncionalidad de servicios de las Agencias de Empleo Privadas. La necesidad de un replanteamiento del modelo de Colocación existente en el que es completamente necesario la regulación de las Agencias de Empleo Privadas, se comprueba en la *Parte III, Capítulo III*, que mediante un análisis de la actuación de lo público y privado en la colocación de determinados colectivos se ha comprobado que es indispensable contar con un régimen de colocación que también se aplique a colectivos con determinadas particularidades específicas.

Y, por último, dado que la actividad del jurista viene encaminada al conocimiento del Derecho precisamente para actuar en la práctica,²⁹ es del todo necesario, debido a la especial descompensación entre la normativa y la realidad práctica, y ante la poca adecuación a la normativa internacional y comunitaria, llevar a cabo soluciones jurídicas para la aplicación del régimen actual de Colocación, para que el operador jurídico sepa determinar qué actividad está prohibida y cual no. Teniendo en cuenta la postura favorable de la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas, se han dado soluciones para poder conocer el régimen de responsabilidades (tanto de Derecho Público Sancionador como de Derecho Privado) en que pueden incurrir todos los sujetos (públicos y privados) en la Actividad de Colocación (*Parte III, Capítulo IV*). Queda plenamente justificado desde la metodología utilizada en este estudio, que se lleve a cabo el análisis del régimen de responsabilidades en materia de colocación en un último y único Capítulo, y no se ha haya realizado por separado al estudiar cada una de las instituciones que intervienen en dicha actividad, pues el centro neurálgico de esta Tesis Doctoral está en la Actividad de Colocación, y por ello ha sido más adecuado, una vez que se ha conocido en su conjunto la cuestión central de este estudio, analizar desde un enfoque global el régimen de responsabilidades, para detectar sobre todo las carencias normativas de esta actividad.

Aunque es evidente que un adecuado régimen jurídico de colocación no soluciona la creación de empleo, pues el empleo lo crean las empresas (incluidas las del sector público) cuya configuración responde a factores internos y externos de la economía de una determinada región o Estado, no hay que olvidar que la estructura intermediaria es una importante herramienta para hacer posible la inserción en el mercado de trabajo.³⁰ Así, los Agentes que intervienen en la Actividad de Colocación -tanto públicos como privados-

²⁹ IHERING, R.V.: *El fin en el derecho*, Estudio preliminar por Monereo Pérez, J.L.: “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho”, Comares, Granada, 2000, pág. 315.

³⁰ AUER, P.; EFENDIOGLU, U.; LESCHKE, J.: *Active labour market policies around the world*, OIT, Ginebra, 2005, págs. 10-14.

constituyen una importante medida en el mercado de trabajo para favorecer la creación de empleo, y que, un adecuado régimen jurídico puede además garantizar la protección del trabajador en esta fase previa a la contratación.

.....

Para concluir, y como se irá comprobando, esta Tesis Doctoral se enmarca en una rama o sector del ordenamiento que se le viene denominando “Derecho del Empleo”. En un primer momento, cuando se organiza la Actividad de Colocación, ésta se incluía en el Derecho del Trabajo, pues las normas sobre la Colocación de los trabajadores iban dirigidas solamente al futuro trabajador asalariado. Sin embargo, con el paso del tiempo, la actividad tradicional de Colocación ha ido alcanzando un nivel de complejidad y extensión que ha hecho que esta materia se encuadre en un nuevo subsector del Derecho del Trabajo, que cuenta con cierta autonomía conceptual.³¹

Esta materia en concreto -la Actividad de Colocación- no se ha consolidado aún desde un punto de vista normativo, le ocurre igual que a la rama de Derecho del Empleo en la que se integra, y en la mayor parte de las ocasiones el régimen jurídico -además de criticable por muchos otros aspectos- sólo va dirigido al futuro trabajador por cuenta ajena que se le aplica la legislación laboral, lo que hace que este régimen jurídico de la Colocación no se ajuste a la realidad y además se planteen problemas de interpretación jurídica.

Aunque en este momento todavía se están delimitando los contenidos del Derecho del Empleo y las instituciones y regulaciones laborales que se integran en esta nueva categoría, es unánime considerar que aquí se encuadran todas las Políticas de Empleo y de Colocación. Otro dato relevante para incluirlo en el Derecho del Empleo es que el estudio de la Actividad de Colocación no puede ir simplemente dirigido a la fase previa a la celebración del contrato de trabajo, es decir, al trabajador por cuenta ajena, pues el término demandante de empleo no se puede identificar solamente con el futuro trabajador por cuenta ajena que se le aplica la legislación laboral. La necesidad de ajustar ofertas y demandas de trabajo y la creación y actuación de instituciones que se encarguen de ello no sólo va dirigida para un sector de “demandantes de empleo”, sino en general para todos ellos que de algún modo participan en el mercado de trabajo. De ahí la definición del Derecho del Empleo como “el conjunto de normas que se ocupa del régimen jurídico del mercado de trabajo, de los sujetos que operan en él y de las políticas que se desarrollan en su seno”.³² Cuando una persona busca un empleo lo puede formalizar mediante un contrato de trabajo, pero también existen otros instrumentos jurídicos, como es el contrato de naturaleza civil o

³¹ Se comparte aquí la delimitación del Derecho del Empleo llevada a cabo en VV.AA. (Rodríguez-Piñero Royo, M. Director): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 22 y ss.

³² VV.AA. (Rodríguez-Piñero Royo, M. Director): *Lecciones de Derecho del Empleo*, op.cit., pág. 23.

mercantil, o ser contratado en las Administraciones Públicas, o trabajar por cuenta propia (trabajador autónomo), etc., y las instituciones que se encargan de ajustar ofertas y demandas de trabajo no sólo lo hacen para las personas que van a obtener un empleo a través de un contrato de trabajo, por lo que el campo subjetivo de aplicación del régimen de Colocación es mucho más amplio.

Sin embargo, la inclusión del régimen jurídico de colocación en el Derecho del Empleo es meramente académica, pues actualmente la escasa normativa en esta materia va dirigida en la mayor parte de las ocasiones al trabajador por cuenta ajena, lo que produce que el régimen jurídico no se corresponda con la realidad social y se produzca una desregulación completa de la Actividad de Colocación. Una de las reivindicaciones que se va a mantener en toda la investigación es la necesidad de plantear un régimen jurídico completo de la Actividad de Colocación, que consolidaría además el aún escaso “Derecho del Empleo”. Quedan hoy en día muchos aspectos del régimen jurídico de la Colocación por perfilar, pretendiéndose en este estudio la aclaración de terminología, el conocimiento de la organización de dicha actividad y la necesidad de plantear un régimen jurídico completo de una actividad que está tomando una fuerte dimensión en la realidad social. Así pues, será suficiente si este estudio sirve para alentar y desarrollar en nuestro país el debate sobre la necesidad de una regulación de la Actividad de Colocación, una vez que se han estudiado en profundidad sus instituciones y se ha comprobado su desajuste con la realidad social. No se pretende por tanto dar un enfoque “inmortal” de esta parte encuadrada en el Derecho del Empleo, sino dar una base jurídica a toda la Actividad de Colocación en un nuevo tiempo en el que está enmarcado este estudio, y es el siglo XXI, pues las normas jurídicas con el tiempo acaban por no responder a las necesidades del mercado, en el que es necesario que acudan otras nuevas.

PARTE II

FORMACIÓN HISTÓRICA DEL MODELO DE COLOCACIÓN

I. EL MODELO DE COLOCACIÓN EN LA SOCIEDAD INDUSTRIAL

1. Antecedentes

Aunque se va a partir del momento en el que nace el modelo de Colocación, que arranca del siglo XIX, es necesario, al menos, tener una visión general de determinadas instituciones que se encargaron de buscar trabajo a algunos trabajadores, aunque todavía no se podía hablar de un completo modelo de Colocación organizado en el que intervinieran los poderes públicos.

En las sociedades antiguas estamentalizadas ni siquiera había instituciones que se encargaran de la colocación, y ello porque según la clase social a la que se perteneciera, directamente se le asignaba un trabajo que era libre o no en función de la clase social. Incluso la clase alta no tenía ni siquiera el problema de buscar empleo pues trabajaban siempre para ellos.

Ya en Roma, y concretamente en el período del Imperio, el negocio intermediario - en todas sus facetas- estaba perfectamente organizado, existiendo oficinas de información de toda clase.³³ Concretamente, para los hombres libres pueden destacar algunas instituciones que se encargaron del ajuste de ofertas y demandas de trabajo. Así, los *Collegia* romanos -que eran agrupaciones de artesanos y comerciantes del mismo oficio formados por asociaciones corporativas de hombres libres que tenían por finalidad proporcionar mano de obra necesaria para satisfacer sus necesidades- tuvieron principalmente un fin religioso, pero también tuvieron un carácter mutualista en los que los colegiados recibían ayuda en los casos de muerte y enfermedad, considerándose como el primer antecedente de la Previsión Social

³³ IHERING, R.V.: *El fin en el derecho*. Estudio preliminar por Monereo Pérez, J.L.: “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho”, última edición en Comares, Granada, 2000, págs 106-107.

en España,³⁴ por lo que no es extraño que se socorriera también a los colegiados en caso de paro. Pero no sólo existían *Collegia* de carácter público, sino que quien quería ejercer alguna profesión se asociaba a colegios privados, formados por todos los que ejercían profesiones liberales como artesanos, banqueros, prestamistas, trabajadores en piedra o lapidarios, sastres... por lo que también constituyó una forma de buscar trabajo para un colectivo determinado. También era frecuente en Roma, en las familias poco acomodadas y que no pertenecían a la nobleza, pero que no estaban en régimen de esclavitud, que los hijos encontrasen un trabajo acudiendo a los mercados,³⁵ en los que la colocación se organizaba de forma espontánea y se contrataba sin ningún tipo de limitación.

Tampoco existía en la Edad Media un modelo de colocación organizado, pues el paro durante esta época no era todavía un problema para el trabajador -excepto en las zonas agrícolas- ya que éste no surgió hasta la industrialización.³⁶ Pero por la importancia que adquirieron los gremios en la Edad Media, es necesario determinar si éstos realizaron labores de colocación. El acceso a las profesiones agremiadas era controlado por el propio gremio³⁷ o Corporación que prestaba sus servicios de forma gratuita,³⁸ contratándose normalmente a

³⁴ Para un estudio de la Previsión Social en la España romana a través de las asociaciones y colegios romanos, véase RUMEU DE ARMAS, A.: *Historia de la Previsión Social en España*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, págs. 10 ys.

Hay que destacar que los *Collegia* romanos nacieron en un primer momento como Colegios Profesionales y no como Asociaciones Obreras, aunque más tarde, al final de la República, se convirtieron en instrumentos de propaganda electoral. AUNÓS PÉREZ, A.: *Principios de Derecho corporativo*, Eunibar, Barcelona, 1929, pág. 375.

³⁵ BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955, pág. 59.

³⁶ RUMEU DE ARMAS, A.: *Historia de la Previsión Social en España*, op.cit., pág. 237.

³⁷ El antecedente de los gremios está en las *gildas* o *guildas* germánicas o anglosajonas -implantadas posteriormente en Dinamarca, Alemania y Francia- y tuvieron un origen primordialmente religioso aunque después se organizaron verdaderas corporaciones de artesanos por primera vez en Inglaterra bajo el reinado de Enrique I (1100-1133) y en Alemania a fines del siglo XI. Aunque la finalidad de tales asociaciones era la defensa mutua, se fueron ampliando las atribuciones. AUNÓS PÉREZ, A.: *Principios de Derecho Corporativo*, op.cit., págs. 382-383. Por tanto, no era necesario en este momento y para tales oficios una Oficina de Colocación, pues el artesano o el comerciante sabía dónde tenía que acudir y qué tenía que hacer para entrar en una *gilda* y prestar sus servicios en esta Corporación.

³⁸ PALACIOS, L.; GRIMM, H.: *Las Oficinas de Colocación principalmente en Alemania*, Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, Madrid, 1928.

trabajadores en edad avanzada³⁹, con carácter restrictivo, y de forma “local”, es decir, no podían formar parte de los gremios -salvo en excepciones- más que los vecinos de la localidad donde estuviese el gremio, y además no se podía ejercer una determinada profesión sin pertenecer al gremio que la representaba,⁴⁰ por lo que no existía libertad a la hora de acceder a éste. Así, si un obrero de un determinado sector quería trabajar en un determinado oficio, tenía que ingresar en el gremio sin tener más opciones. Normalmente el obrero que entraba como aprendiz a trabajar con un maestro estaba siempre en un mismo taller, pero en el caso de que se diera un traslado, las Corporaciones obreras les proporcionaban medio para trasladarse de un punto a otro en busca de trabajo. El acceso al empleo en los gremios también estaba limitado, pues a medida que aumentaba el carácter monopolizador de éste, eran más rigurosos los requisitos para pertenecer a éstos, excepto para los propios familiares de los maestros: se exigía limpieza de sangre, ser hijo de cristianos viejos, “excluyendo todo joven de mala raza, judío, cristiano nuevo y de otra raíz infecta, negro o de color membrillo cocido”,⁴¹ o incluso no estaba permitido el acceso de los aprendices cuyos padres hubieran ejercido un oficio que se considerase menos digno que el que iba a realizar su hijo en el gremio que iba a ingresar.

Una vez que se formaba parte del gremio -como se ha visto, era limitado su acceso- se llevaba a cabo en muchas ocasiones una labor de asistencia social haciendo una distribución general de fondos a los gremiales más necesitados, “hacer limosnas, alimentar a los cofrades indigentes, encargar misas por los muertos y ocuparse de otros menesteres piadosos”,⁴² lo que significa que la Actividad de Colocación propiamente dicha no existía, simplemente daban limosna al más necesitado.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, que en pleno período gremial también se permitía la práctica libre de determinados oficios, como la fabricación de paños bajos, el oficio de sastre, o las profesiones de herrador y albéitar en las villas que no eran capitales de provincia o de partido; es decir, en los pueblos y en las pequeñas localidades el trabajo era libre así como en las obras de carácter público y también en el trabajo doméstico,⁴³

³⁹ MALDONADO MOLINA, J.A.: *Génesis y evolución de la protección social por la vejez en España*, MTAS, Madrid, 2002, pág. 17.

⁴⁰ AUNÓS PÉREZ, A.: *Principios de Derecho Corporativo*, op.cit., pág. 381.

⁴¹ PRÁXEDES ZANCADA.: *Derecho corporativo español*, Juan Ortiz, Madrid, 1928, pág. 38.

⁴² PRÁXEDES ZANCADA.: *Derecho corporativo español*, op.cit., pág. 50.

⁴³ El prof. Bayón (BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955, pág. 242) indica que el trabajador doméstico no estaba agremiado y lo deduce además de

reuniéndose directamente con el patrono, o incluso por mediación de los conventos,⁴⁴ pero sobre todo se reunían en plazas públicas en espera de la demanda de trabajo,⁴⁵ dato que se encuentra en la *Nueva Recopilación* y que ha sido recogido por algún autor.⁴⁶ Con estos datos se puede poner de manifiesto que las “Oficinas de Colocación” que había en este momento eran principalmente las plazas públicas, sin que hubiera un modelo de Colocación organizado por los poderes públicos.

También se constituyeron en esta época las Cofradías, esto es, asociaciones de carácter predominantemente religioso que se diferenciaban de los gremios porque éstas admitían toda clase de fines: desde el auxilio y cooperación en el trabajo hasta la unión para la defensa armada. Todo ello nos demuestra su carácter sindical, y que por tanto la actividad principal de éstas no era la de Colocación, aunque dentro de la labor de “asistencia y socorro” también se incluía la de realizar ajustes entre las ofertas y demandas de trabajo. De hecho, en España, los gremios y las Cofradías de artesanos tuvieron una gran importancia durante los siglos XV y XVI y se le encontraba normalmente al obrero una colocación permanente y de por vida proporcionándole también medios para buscar trabajo en otras localidades cuando el trabajo faltaba en su residencia.⁴⁷

Durante el siglo XVI, la historia de la Colocación pública “se confunde con la lucha contra el pauperismo”,⁴⁸ pues en este momento la ayuda -incluida la de búsqueda de empleo- la realizaba la caridad cristiana. De hecho, es en este siglo cuando aparece el antecedente de

una fuente directa (Pregón de Madrid de 1599) en el que se prohibía la contratación en la plaza de Herradores de los criados que no demostraran estar despedidos por el amo o haber cumplido el tiempo de su contrato. También señala que existían verdaderas “bolsas de colocación de sirvientes, como Lonja de Sevilla, Zocodover en Toledo, y la plaza de Herradores de Madrid”.

⁴⁴ Parece que la primera institución de carácter benéfico que realiza labores de “intermediación” fue creada en París por las Religiosas del Hospital Santa Catalina y Santa Oportuna, que en el siglo XI recogían a pobres mujeres y jóvenes que carecían de vivienda y le buscaban colocación. GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo y Seguro contra el paro forzoso*, Imprenta de la Sucesora de M. Míñesa de los Ríos, Madrid, 1914, pág. 113.

⁴⁵ AUNÓS PÉREZ, A.: *Principios de Derecho Corporativo*, op.cit., pág. 83.

⁴⁶ Así, indica el prof. Bayón (BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 211) que la *Nueva Recopilación* señalaba que había obligación por parte del obrero de presentarse en las plazas de los pueblos para su destino al trabajo diario.

⁴⁷ GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo*, op.cit., pág. 310.

⁴⁸ MULLER, M.: *Control o colocación. Historia del Servicio Público de Empleo francés*, MTSS, Madrid, 1994.

lo que serán los Servicios Públicos de Empleo, al inscribirse los desempleados ante los clérigos o ante los secretarios de las comunidades de artes y oficios creándose las “oficinas de direcciones de algunas profesiones”.⁴⁹ Sin embargo, se planteó un debate teórico⁵⁰ por la necesidad de hacer responsable al Estado del problema de la pobreza, que era visto como un símbolo de peligrosidad y subversión social,⁵¹ por lo que era necesario organizar la asistencia como un verdadero servicio público, y crear un “sistema asistencial secularizado”⁵² basado en una política de intervencionismo estatal con vistas a eliminar gradualmente la pobreza.

Aunque no había por el momento creados Servicios Públicos de Empleo, sí se propuso -por Juan Luis Vives- crear en cada ciudad una Casa de Misericordia, en la que se colocaba a los trabajadores en esa misma Casa, siendo principalmente casas de recogida y oración, centros de formación profesional y producción manufacturera.⁵³ Se refleja uno de los postulados fundamentales de la doctrina de Vives: el derecho al trabajo y así lo expresaba: “quien quiera comer, trabaje” pero “quien quiera trabajar encuentre dónde”.⁵⁴ Por tanto, las ideas de secularizar la materia de asistencia todavía se encontraban en un debate teórico, pues en la lucha contra el pauperismo durante el siglo XVII la Iglesia seguía manteniendo mayor protagonismo que la Administración Pública, aunque poco a poco empieza a crecer el intervencionismo estatal.⁵⁵

⁴⁹ DE VAL TENA, A.L.: “La intermediación en el Mercado de Trabajo Comunitario: el S.E.D.O.C.”, *REE*, núm. 7, mayo-agosto, (1994), pág. 75.

⁵⁰ Una de las personas más representativas de esta corriente fue el humanista valenciano Juan Luis Vives, con su obra *De Subventionem pauperum* (publicada en Brujas en 1526). La doctrina de Vives, se basaba principalmente en señalar que la caridad cristiana no ha logrado sus objetivos de remediar la depauperación de los humildes. Véase MARZAL ZORRILLA, E.: *Pobreza y Asistencia Social en España, s. XVI al XX*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1987, pág. 80.

⁵¹ MARZAL ZORRILLA, E.: *Pobreza y asistencia social en España*, op.cit., pág. 69.

⁵² MARZAL ZORRILLA, E.: *Pobreza y asistencia social en España*, op.cit., pág. 82.

⁵³ MARZAL ZORRILLA, E.: *Pobreza y asistencia social en España*, op.cit., págs. 88 y 89.

⁵⁴ RUMEU DE ARMAS, A.: *Historia de la Previsión Social en España*, op.cit., pág. 169.

⁵⁵ Parece que ya a principios del siglo XVII se crea la primera Oficina de Colocación en Francia en el *Bureau d'adresse et de rencontre* que instaura Teofrastró Renadout -fundador del periodismo moderno- en París hacia el año 1630. Véase PÉREZ JUSTE, P.: “La economía moderna y la colocación de los trabajadores”, *RT*, núm.5, mayo, (1945), pág. 454.

Ya durante el siglo XVIII se empezaba a considerar que el Estado tenía que contar con personas útiles y trabajadoras y que por tanto la pobreza y su asistencia constituían un problema a resolver por el Estado. Así, la Orden de 1749 prohibía la limosna con la intención de canalizar la población hacia el trabajo.⁵⁶ Es decir, se pretendía por una parte socializar al pobre a través del trabajo y no de la limosna,⁵⁷ y extender la voluntad de trabajar incluso a las clases más altas de la sociedad, pues había sido una constante a lo largo de la historia considerar el ocio como una honra y el trabajo como una deshonra.

Así, comienza la autoridad pública a caer en la cuenta de la necesidad de su participación en la lucha contra la pobreza retomando las teorías formuladas en su momento por los humanistas.⁵⁸ Una de las medidas que se se llevó a cabo fue a través de la realización de obras públicas y también las particulares, bien promovidas por las Juntas de Beneficencia, los Ayuntamientos e incluso los párrocos;⁵⁹ también las Hermandades de Socorro aseguraban contra distintos riesgos, principalmente contra la enfermedad, la muerte y los gastos de entierro, aunque no hay ninguna referencia a que aseguraran contra el paro.

Una de las innovaciones ilustradas que van a tener relación con la colocación de los trabajadores fue la creación de una figura institucional llamada “Diputaciones de Barrio” creadas en 1778 principalmente en ciudades, que sucedieron a las Cofradías. Aunque el aspecto más positivo de la citada institución fue la actuación educativa, desempeñaron otras

⁵⁶ ALEMÁN BRACHO, M^a.C.: *El sistema público de servicios sociales*, Imprendisur, Granada, 1991, págs. 79-80.

⁵⁷ De esta forma aparecen los servicios de beneficencia (entre los que se encontraba la tarea de colocación de trabajadores) que se imponen como una obligación estatal al no realizar la Iglesia estas funciones. Primero se llevaron a cabo en los países protestantes con motivo de la secularización de las fundaciones religiosas que siguió a la Reforma y, después, en los países católicos durante el período de la desamortización, véase GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 302; edición que contiene la referencia a la que se alude en el texto. Hay otras ediciones posteriores, la última GARRIDO FALLA, F.; PALOMAR OLMEDA, A.; LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2006.

⁵⁸ MARSAL I FERRET, M.: *Pobreza y beneficencia pública en el siglo XIX español*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 32.

⁵⁹ Se publicó el 17 de septiembre de 1804 una Circular disponiendo que “todas las Justicias, de acuerdo con las Juntas de Beneficencia y, donde no las haya, con el de sus Ayuntamientos y párrocos, procuren proporcionar trabajo a los pobres jornaleros en obras públicas o particulares, y que a este fin, no bastando sus fondos actuales, propongan algún arbitrio proporcionado, y que a los impedidos por ancianidad y otras causas legítimas les socorra como exige la caridad en sus pueblos respectivos”. Véase GONZÁLEZ GALLEGO, R.: *El Derecho al Trabajo y su protección en la legislación española. La lucha contra el paro*, Imp. Samarán, Madrid, 1950, pág.125.

funciones como la asistencia médica o la ayuda a los necesitados y la lucha contra el paro mediante la búsqueda de empleo en la que se intentaba en primer lugar encontrar trabajo a los adolescentes que eran colocados como aprendices de maestro, a las mujeres para servir en una familia o a los adolescentes, principalmente en la artesanía.⁶⁰ El objeto fue la creación de Bolsas de Trabajo “para el alivio y socorro de jornaleros pobres desocupados, enfermos y convalecientes”.⁶¹

También hay que destacar los Montepíos, de carácter semilaico y que derivaban de las Hermandades de Socorro religiosas dirigidos sobre todo a la población artesana y trabajadora. Éstos, aunque no constituyeron una institución específicamente creada para la colocación de los obreros, pues se dedicaron principalmente a la protección de la viudedad y orfandad de los familiares de los funcionarios, en algunas ocasiones aseguraban a sus socios contra los riesgos del paro, comprometiéndose a buscarle colocación, como ocurre en el caso del Montepío de criados de los grandes de España.⁶² No estaban constituidos como Oficinas de Colocación sino que trataban de proteger a las personas que pagaban una cierta cuota semanal para recibir en un momento determinado tales servicios. Además, no se dirigían a todo tipo de trabajadores, pues para ingresar se tenían que pagar altas cuotas, por lo que no estaban incluidos los más desfavorecidos. Esta institución no se dedicó directamente a la tarea de colocación, sino que en este momento lo que adquirió más importancia fue la protección ante los riesgos que en etapas anteriores que -salvo contadas ocasiones-carecían de cobertura.

2. Factores de aparición de un modelo público de colocación

La necesidad de crear un modelo organizado de Colocación por parte de los poderes públicos se remonta aproximadamente a los orígenes del Derecho del Trabajo.⁶³ En España

⁶⁰ ALEMÁN BRACHO, M^a.C.: *El sistema público de servicios sociales*, op.cit., págs. 90-91.

⁶¹ RUMEU DE ARMAS, A.: *Historia de la Previsión social en España*, op.cit., págs. 509 y 512.

⁶² Los Montepíos de carácter oficial aseguraban principalmente la supervivencia, invalidez y vejez, y los de iniciativa particular, como es el caso del Montepío de criados, tenían la finalidad primordial de asegurar a las casadas y a los hijos contra el riesgo de muerte de sus maridos o padres. Véase RUMEU DE ARMAS, A.: *Historia de la Previsión Social en España*, op.cit., págs. 415, 432 y 458.

⁶³ En España se ha determinado una fecha para concretar el nacimiento del Derecho del Trabajo, concretamente 1902-1912 pues se contaba ya con “manifestaciones parciales pero sucesivas de un programa político legislativo” [BORRAJO DACRUZ, E.: “El nacimiento del Derecho del Trabajo: el

-al igual que en la mayoría de los países- nace en el siglo XIX y principios del siglo XX la necesidad de la intervención estatal de forma organizada para la creación de Servicios Públicos de Empleo. Ahora bien, no hay que olvidar, como ya se ha puesto de manifiesto, la importancia que tuvo la participación de la sociedad civil en materia de colocación antes de que el Estado interviniera.⁶⁴

Existen dos factores principales que de forma paralela van a incidir en la aparición de un modelo de colocación:

- El primero de ellos se produce por la necesidad de erradicar los intermediarios no organizados, que actuaban con ánimo de lucro y de forma abusiva. Ello se debió a las consecuencias sociales de la *Revolución Industrial* así como a la aplicación de las teorías del *liberalismo* en su manifestación jurídica.
- El segundo de ellos se produce por la necesidad de crear un Servicio Público de Empleo para organizar el mercado de trabajo en un mundo en ruinas y desorganizado al finalizar la I Guerra Mundial. Para ello adquiere un papel importantísimo la creación de la *Organización Internacional del Trabajo* (OIT) en el año 1919, concretamente con la aprobación del Convenio núm. 2 y la Recomendación núm. 1 sobre el desempleo, en la que aparece la necesidad de una regulación de un modelo público de Colocación, que a su vez se va a reflejar en las primeras Constituciones sociales del momento.

Este es el contexto en el que se va a impulsar la creación del Servicio Público de Empleo y en el que se entenderá la prohibición posterior de las Agencias Privadas de Colocación.

2.1. La existencia de Agencias Privadas Lucrativas en la fase de la Revolución Industrial y del Liberalismo. Necesidad de erradicación

Los efectos sociales de la Revolución Industrial -que nace en España con medio siglo de retraso y concretamente en la década de 1830-⁶⁵ también se van a ver reflejados en la

debate ideológico y la situación social en España de 1902", *AL*, núm. 9, (2002)]. Pero, sin embargo, la organización en España de un sistema de colocación fue más tardío, después de la creación de la OIT.

⁶⁴ Para un análisis de la protección al ciudadano por parte de la sociedad civil, véase HAURIUO, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, (Traducido y Estudio Preliminar por Ruíz del Castillo, C.), última edición Comares, Granada, 2003, pág. 568.

⁶⁵ Se fija la fecha de nacimiento de la Revolución Industrial en Inglaterra en 1780, pues en esta fecha las estadísticas del comercio internacional británico indican un importante movimiento en alza. Véase DEANE, P.: *La primera Revolución Industrial*, Península, Barcelona, 1975, pág. 9.

forma de organizar la colocación de los trabajadores. Una de las consecuencias sociales más importantes está en que los trabajadores sólo disponían de su fuerza de trabajo como medio de su subsistencia, e hizo que la explotación de la clase trabajadora se viniera manifestando en la participación de intermediarios con ánimo de lucro. Los abusos se cometieron debido a la industrialización que se estaba produciendo y a la necesidad de buscar trabajo, que en muchas ocasiones se realizaba a la aventura, y hacía que el obrero -en la mayoría de los casos forastero- ante la agotadora búsqueda y sin encontrar trabajo adecuado, aceptara cualquier oferta, incluso la que se producía con mayores abusos. Éste tenía que acudir bien a los anuncios en la prensa suponiéndole un gran coste, pues utilizaba distintos periódicos para difundir su oferta de trabajo, o bien acudía a las Oficinas de Colocación que le cobraban por la simple inscripción, y le exigían una cantidad anticipada que normalmente no se devolvía cuando se producía la colocación. Además, las tarifas que tenía que pagar el obrero se calculaban sobre el salario mensual o anual que éste percibía y no había proporción entre la cantidad que tenía que pagar a la Bolsa de Trabajo (o bien llamada Oficina de Colocación no gratuita) y la duración de su contrato que en muchas ocasiones era solamente de un mes, y lo que ganaba fruto de la prestación de servicios lo tenía que pagar a la Bolsa de Trabajo. En definitiva, ganaba no para vivir, sino para pagar a la Bolsa de Trabajo que le había buscado el empleo. También se subastaba el trabajo, es decir, se concedía al que mayor cantidad de dinero hubiera pagado a la Bolsa y además se fomentaba el paro obrero, pues se despedía al trabajador una vez colocado para que con el sustituto la Oficina de Colocación se llevara una cantidad de dinero por la gestión y por mandar al obrero despedido a la posada donde comía y dormía.⁶⁶ En definitiva, el trabajo se consideraba como una simple mercancía, como algo que se compraba y se vendía siendo normal desde esta perspectiva crear organizaciones mercantiles⁶⁷ que se encargaran -con fines lucrativos- del ajuste de ofertas y demandas de trabajo.

Así pues, todos los agentes que se dedican a la Mediación -tanto a la Mediación mercantil como a la Mediación laboral- aparecen relativamente tarde en el ordenamiento jurídico, y todos ellos coinciden en la fecha de aparición, fruto de la revolución económica del siglo XIX. Pero mientras que en el ámbito mercantil surge la necesidad de llevar a cabo una tipificación legal de éstos para que pudieran intervenir con una regulación normativa en el tráfico mercantil, acabándose el monopolio de la mediación liberalizándola (por Decreto

⁶⁶ HERKNER, E. (Traducido por Ballvé, F.): *La cuestión obrera*, Hijos de Reus, Madrid, 1916, pág. 58; AUNÓS PÉREZ, A.: *Principios de Derecho Corporativo*, op.cit., págs. 85-86.

⁶⁷ Instituto Nacional de Previsión.: “La previsión contra el paro forzoso. Planteamiento general de la cuestión”, Madrid, 1928, pág. 34.

de 30 de noviembre de 1868)⁶⁸, en la Mediación laboral surge el efecto contrario: la necesidad de eliminar la actuación de estos agentes privados -en vez de regularlos- y la tendencia a crear un monopolio público de la Colocación de los trabajadores.

Por otra parte, además de la Revolución Industrial, incidió también en la participación de los intermediarios privados la doctrina del *laissez-faire* imperante en la época y la imposición por tanto en el nivel jurídico de las ideas del liberalismo. De este modo, el concepto económico de *laissez-faire* introducido por Adam Smith por medio del libro *La riqueza de las naciones* había contribuido a una nueva filosofía social, donde la no intervención del Gobierno en la economía constituía uno de sus pilares fundamentales. Esta filosofía también afectó en el ámbito del mercado de trabajo pues se impuso el libre entendimiento entre patronos y obreros sin sujeción a ninguna norma siendo inexistente un modelo de Colocación organizado por los poderes públicos, pues era contrario al espíritu individualista de la época. Se implantó definitivamente la libertad de trabajo en España en 1836,⁶⁹ y esto hizo que se implantara también la libertad de acceso al mercado de trabajo primando las Oficinas privadas de Colocación con ánimo de lucro, conocidas en este momento como Bolsas de Trabajo. Así, en la colocación de los trabajadores sólo intervenían agentes privados de forma lucrativa y desorganizada sin aparecer aún ni los poderes públicos ni las Organizaciones Sindicales. La no intervención de éstas se puede entender por la filosofía imperante según la cual no podían existir agrupaciones intermedias entre el ciudadano y el Estado,⁷⁰ lo que significó la prohibición de los sindicatos como asociaciones obreras. De ahí que los únicos intermediarios existentes fueran las Agencias Privadas con importantes fines lucrativos.

⁶⁸ Para un estudio de los orígenes de la mediación mercantil, véase CAIRÓS BARRETO, D.M^a: *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil. Un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 127; ALVAREZ GARCÍA, M.D.: “El contrato de corretaje”, VV.AA.: *Contratos de gestión*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 228.

⁶⁹ BAYÓN CHACÓN, G.; PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1967. Pero hay que destacar que el principio de libertad de trabajo se afirmó en la segunda mitad del siglo XVIII, como consecuencia de la abolición de las Corporaciones. Concretamente en Francia, el edicto Turgot (1776) que disuelve el sistema gremial formuló este principio, y en sus propias palabras, señalaba: “Dios ha dado al hombre necesidades que satisfacer imponiéndole una necesidad de trabajo, otorgándole para satisfacerla, el derecho de trabajar, haciendo de este derecho una propiedad de todo hombre y esta propiedad es la más importante, la más sagrada, la más imprescindible de todas”, AUNÓS PÉREZ, A.: *Principios de Derecho Corporativo*, op.cit., pág. 77.

⁷⁰ Para un estudio del individualismo político y jurídico, véase ALONSO OLEA, M.: “La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno”, VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 15-24.

2.1.1. La reacción frente a las Agencias Privadas Lucrativas: la creación de las Bolsas de Trabajo Sindicales

Las consecuencias sociales negativas fruto del Liberalismo y de la Revolución Industrial hace que cada vez más se produzcan movimientos organizados de trabajadores para defender sus intereses así como la intervención del Estado legislando la materia adquiriendo un carácter funcionalista de control social ante el temor de revueltas populares. En este sentido, habrá que analizar si en toda la historia del movimiento obrero también está presente el tema relativo a la Colocación de los trabajadores.

El movimiento obrero tuvo una gran repercusión política, ya que fue la manifestación de la Cuestión Social como problema político al luchar para conseguir el pleno derecho de Asociación. Pero además, el movimiento obrero incidió de forma considerable en la materia de Colocación de trabajadores, destacando principalmente el movimiento obrero francés, pues de ahí derivan las primeras Bolsas de Trabajo Sindicales.⁷¹ Éstas no se limitaban solamente a la gestión de la colocación de trabajadores sino que se le llamaba así a la Federación de Sindicatos afines que se unían como “asociaciones de resistencia” contra las reducciones de trabajo, la prolongación excesiva de la duración del trabajo y el aumento exagerado del precio de los objetos de consumo,⁷² convirtiéndose en verdaderas “centrales gestoras de los intereses obreros”.⁷³ Es decir, su actividad se subdividía en cuatro clases: el *Servicio de resistencia* que ocupaba el modo de organización de las huelgas y

⁷¹ Pero, sin embargo, hay que destacar que la historia de los Servicios de Colocación en Francia comienza antes de esta fecha, concretamente en el siglo XVIII subsistiendo hasta la Revolución de 1789 como medio coercitivo. Los obreros estaban obligados a inscribirse en casa de un notario, hallándose subordinado éste a los maestros o a los patronos. En 1848 el primer Gobierno interino de la Segunda República publicó un Decreto creando Servicios públicos y gratuitos de Colocación, y fue abolido al año siguiente por la Contrarrevolución. Un Decreto de Luis Napoleón en 1852 obligó a los Municipios a crear Servicios de Colocación cuando ya existía toda una industria de Agencias de Colocación privadas, que costó mucho sacrificio, huelgas, y víctimas para poder eliminarlas, durando esta lucha cuarenta años. Sin embargo tanto los patronos como los fundadores de Agencias con el apoyo de políticos burgueses hicieron lo posible para que no se creara un Servicio Público de Colocación, pero, en 1915, la Diputación Provincial del Sena decidió crear una Oficina provincial de Colocación, que después se fueron creando por toda Francia y que ponen en relación con la pujanza industrial en Francia en aquella época. Se demostró entonces en Francia la eficacia de los Servicios de Colocación. Véase SANTIAGO, E.: *Servicios paritarios de colocaciones*, [s.n] Madrid, 1927, págs. 16-18.

⁷² Para un estudio completo de las Bolsas de Trabajo en Francia, véase PELLOUTIER, F.: *Historia de las Bolsas de Trabajo. Los orígenes del sindicalismo revolucionario*, Zero, Madrid, 1978; FOHLEN, C.: *El trabajo en el siglo XXI*, Nova Terra, Barcelona, 1969; ROSENTHAL, F.: “L’ evolution des Bourses du travail”, *Droit Social*, Vol.I, núm.17, (1954), págs. 599-605; VIER, C.L.: “La bourse du travail de Paris”, *Droit Social*, núm.2, février (1971), págs. 102-111.

⁷³ TÖNNIES, F.: *Desarrollo de la cuestión social*, Barcelona, Labor, 1917, pág. 101.

de la agitación contra los proyectos de ley para la acción económica; el *Servicio de propaganda* que comprendía los servicios estadísticos y preparatorios para la creación de sindicatos industriales, agrícolas y marítimos, de hogares del marinero, de sociedades cooperativas; el *Servicio de enseñanza* que comprendía la biblioteca y el servicio de informaciones y los cursos de enseñanza y el *Servicio de socorro mutuo* que comprendía la colocación de trabajadores, el subsidio de desempleo, el socorro de viaje o el socorro en caso de accidente⁷⁴, demostrando, una vez más, la importante relación entre la Colocación de los trabajadores, la formación profesional y el subsidio por desempleo, al gestionarse ya en una misma institución. Estas Bolsas de Trabajo Sindicales -para realizar sus funciones entre las que destacaba la colocación de trabajadores- se valían de las suscripciones de los sindicatos que estaban federados y en muchas ocasiones de las subvenciones municipales acordadas para el funcionamiento administrativo de las Bolsas de Trabajo (secretariado, tesorería, alquileres, calefacción, iluminación) además de acordar créditos extraordinarios para el Servicio de Colocación principalmente. Así pues, una Bolsa de Trabajo “Sindical” fue una unión general de sindicatos en la que su forma de constitución se diferenció según si los sindicatos de la localidad estaban aislados o sin embargo si ya estos sindicatos estaban constituidos en Uniones federativas. Si los sindicatos estaban en un principio aislados, se convocaba una asamblea plenaria exponiendo la utilidad de la Bolsa de Trabajo para después finalmente aprobar su constitución. Sin embargo, si los sindicatos estaban ya federados, la utilidad de crear una Bolsa de Trabajo era para obtener normalmente subvenciones por parte de los municipios, pues con una simple federación de sindicatos nunca la obtendrían.

Así, la lucha contra las Agencias de colocación Privadas lucrativas no se hizo en un primer momento por el Estado, sino que nació en el movimiento obrero. De este modo los trabajadores acudían a las Bolsas de Trabajo Sindicales que de forma gratuita le buscaban trabajo y le proporcionaban información que desconocían hasta el momento⁷⁵. Éstos iban en contra del ánimo lucrativo y abusivo de las Agencias Privadas de Colocación que todavía no estaban eliminadas por completo, pero tampoco compartían -ni mucho menos defendían- la intromisión del Estado en la colocación de trabajadores, pues llegaría un momento en el que los Municipios intentarían monopolizar cualquier servicio relativo a mejorar la clase obrera, entre los que destacaba la colocación de trabajadores.⁷⁶ Pero dado el carácter más político y revolucionario que propiamente de colocación de las Bolsas de Trabajo Sindicales, éstas no tuvieron una gran repercusión en Francia. Sin embargo tuvieron mucho éxito las oficinas

⁷⁴ PELLOUTIER, F.: *Historia de las Bolsas de Trabajo...*, op.cit.

⁷⁵ PELLOUTIER, F.: *Historia de las Bolsas de Trabajo...*, op. cit., op.cit., pág. 96.

⁷⁶ PELLOUTIER, F.: *Historia de las Bolsas de Trabajo...*, op.cit., pág. 97.

patronales,⁷⁷ y además, un gran número de obreros buscaban trabajo a través de la colocación no organizada, esto es, directamente o por conocimiento previo del empleo.⁷⁸ La intervención pública en materia de colocación se produjo posteriormente, mediante la creación de Oficinas Municipales que actuaban de forma subsidiaria frente a la iniciativa privada, y por tanto, conviviendo con ésta.⁷⁹

La inclusión de la materia de Colocación en las Asociaciones Sindicales no solamente se llevó a cabo en Francia, sino que del mismo modo en Inglaterra las *Trade Unions* desempeñaron una misión de agencias profesionales de colocación.⁸⁰ Y es lógico que fueran los sindicatos los que realizaban esta labor debido a la fuerte sindicación obrera en ese momento, pues la mayor parte de los obreros se afiliaban al ver en ellos una luz a la solución de sus problemas sobre todo los de desempleo que imperaban en la época. Sin embargo, la eficacia de estas bolsas fue relativa -en cualquier país- y ello porque los servicios de colocación eran inexistentes en profesiones no especializadas, y sólo iban dirigidos a los trabajadores afiliados a tales Organizaciones,⁸¹ por lo que era necesaria la intervención estatal en la materia.

Una vez analizados los instrumentos que utilizaron las Organizaciones Sindicales en Francia -y también en Inglaterra- para erradicar la colocación privada y lucrativa, es necesario saber si en los inicios del movimiento obrero español se produjo la misma reacción. También hubo una intervención activa de las Organizaciones Sindicales en materia

⁷⁷ Aunque hubo otros intermediarios posibles, no quiere decir que no se constituyeran Bolsas de Trabajo Sindicales. Véase BORRAJO DACRUZ, E.: (*El sindicalismo obrero en Francia*, Instituto Balmes de Sociología, Madrid, 1956, pág. 107) señalaba que “En 1886, la municipalidad de París decidió favorecer los esfuerzos de los trabajadores y en 1887 se constituyó la primera Bolsa de Trabajo, seguida muy de cerca por la de las ciudades de Nimes (1887), Marsella (1888) y otras capitales y centros industriales importantes. El movimiento cobró tal impulso, que el número inicial en 1887 (París y Nimes) se había elevado en 1902 al de 89”.

⁷⁸ GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo...*, op.cit., págs. 167, 171.

⁷⁹ OJEDA AVILÉS, A.: “Los Servicios de Empleo en España (I)”, *RSS*, núm. 15, (1982), pág. 306.

Pero la intención era perseguir la abolición de las numerosas Oficinas de pago existentes. Concretamente, el Senado francés votó la Ley de 14 de marzo de 1904, que imponía la creación de Oficinas de Colocación a las municipalidades de más de 10.000 habitantes. Véase Ministerio de Trabajo: *Bolsas de Trabajo u Oficinas de Colocación*, Madrid, 1920, pág. 13.

⁸⁰ OIT.: *La colocación de trabajadores: estudio internacional, Ginebra, 1933*, Publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo, M. Aguilar, 1935.

⁸¹ GONZÁLEZ GALLEGU, R.: *El Derecho al Trabajo y su protección en la legislación española*, op.cit., pág. 70.

de colocación en España desde que se gestaron las primeras organizaciones de clase antes de estar reconocido el pleno derecho de asociación, pues las Sociedades de Socorros Mutuos se encargaron de proteger al obrero de la enfermedad y del paro.⁸² Así, de los Estatutos fundacionales de la *Sociedad de Tejedores del Algodón* en 1840 se puede deducir que una vez que los obreros se hacían socios cotizaban seis cuartos cada semana, salvo en caso de enfermedad, y se comprometían -entre otros aspectos- a ayudarles a buscarle un nuevo empleo”.⁸³ Una vez que ya estaba el movimiento obrero consolidado, la mayoría de los estatutos de las asociaciones sindicales contenían la gestión de la colocación, así como el registro de parados y los socorros en metálico para éstos.⁸⁴

2.1.2. La Reforma Social: el inicio de la intervención pública en la Colocación

Realmente, donde se va a comprobar si interviene el Estado en la colocación de los trabajadores es en la *Reforma Social* llevada a cabo en este momento, es decir, en el movimiento ideológico y de propuesta legislativa, que además coincide con la fase de experimentación del Estado Social.⁸⁵ El problema social o la *Cuestión Social* se convierte en un tema central del último tercio del siglo XIX⁸⁶ y por iniciativa del Presidente del Gobierno Posada Herrera y del Ministro de Gobernación Segismundo Moret, el 5 de diciembre de 1883 (Gaceta de 10 de diciembre) se aprueba un Real Decreto por el que se crea “Una comisión para el estudio de las cuestiones que directamente interesan a la mayoría y bienestar de las clases obreras tanto industriales como agrícolas y que afectan a las relaciones entre capital y trabajo”, y que más tarde recibió el nombre de Comisión de Reformas

⁸² La intervención de las Asociaciones Obreras en materia de colocación se realiza desde que se lleva a cabo en España la gestación de las primeras organizaciones de clase (1839-1868). Además, también se deduce del movimiento obrero francés (AUNÓS PÉREZ, A.: *Principios de Derecho Corporativo...*, op.cit., pág. 85) que se creaban Bolsas de Trabajo gratuitas tanto en sindicatos como en Sociedades de Socorros Mutuos.

⁸³ ELORZA, A.: “Los orígenes del asociacionismo obrero en España: datos sobre la sociedad de protección mutua de tejedores de algodón de Barcelona, 1840-1855”, *RT*, (1972), pág. 126.

⁸⁴ Son datos según la estadística realizada por el IRS, en la que existían 590 sociedades que de una forma u otra recogía en sus Estatutos el caso del paro. GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo...*, op.cit., pág. 314.

⁸⁵ Para un estudio del Estado Social, véase RUBIO LARA, M^a.J.: *La formación del Estado Social*, MTAS, Madrid, 1999.

⁸⁶ Para un estudio completo de la Cuestión Social, véase MONEREO ATIENZA, C.: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.

Sociales tras su reorganización en 1890⁸⁷. La importancia de la citada Comisión fue manifestar que la *Cuestión Social* era un problema del Estado y su aportación más importante fue la elaboración de un cuestionario para que fuese contestado por todas aquellas instituciones y personas que decidieran aportar datos sobre la *Cuestión Social*.⁸⁸ Dentro del grupo de preguntas que contenía tal cuestionario, no se encontraba expresamente la materia de Colocación obrera,⁸⁹ aunque indirectamente se trató este tema en las preguntas referentes a la institución de previsión y a la beneficencia, dada la relación de éstas con la colocación de trabajadores. Pero en esta materia no se elaboró ningún estudio sobre las condiciones en las que estaban actuando las Agencias Privadas con fines lucrativos. Se podría destacar en este momento la intervención de Pablo Iglesias en relación a la información oral y escrita en respuesta al citado cuestionario, pues indicó que existía una libertad de acceso al trabajo pero que se veía restringida en el momento en el que el empresario por su propia voluntad decidía despedir al trabajador, y que éste en teoría quedaba libre pero sin recursos de ningún género, y que si el trabajador no quería perecer, tenía que “venderse a cualquier precio”. En este discurso indirectamente se estaba poniendo de manifiesto la falta de un intervencionismo estatal para hacer frente a la situación de desempleo del trabajador despedido, tanto en relación a sus ingresos como en relación a una política por parte de los poderes públicos para hacer frente a esa situación de desempleo. Aunque el trabajo desempeñado en general por la Comisión de Reformas Sociales no tuvo prácticamente ninguna proyección legislativa,⁹⁰ sirvió para sentar las bases para la creación del Instituto de Reformas Sociales (IRS) que simbolizó lo que se conoce como “intervencionismo científico”, creando por Real

⁸⁷ Coincidiendo con esta fecha, y en materia de colocación, hay que destacar la primera normativa en materia de colocación aunque todavía muy limitada. Así, hay que destacar el Real Decreto de 15 de noviembre de organización de las Cámaras Agrícolas, en el que en su artículo 5 se les atribuía la posibilidad de creación de Centros de colocación de obreros.

⁸⁸ Este cuestionario, aunque debía quedar cerrado en 1884, siguió un lento proceso prolongándose hasta el año 1893. Además, durante este tiempo se modifica la Comisión, concretamente por Real Decreto de 13 de marzo de 1890, consolidando su papel interventor en la vida social. ALEMÁN BRACHO, M^a.C.: *El sistema público de Servicios Sociales*, op.cit., pág. 126.

⁸⁹ Los grupos de preguntas que contiene el cuestionario se pueden encontrar en DE LA CALLE, M^a.D.: *La Comisión de Reformas Sociales, (1883-1903)*, MTSS, Madrid, 1989, págs. 330 y ss.

⁹⁰ Pero, sin embargo tuvo una gran importancia en la actividad prelegislativa y en el papel impulsor de la Comisión de Reformas Sociales en la legislación sobre el trabajo de mujeres y niños, descanso dominical, accidentes de trabajo y conciliación y arbitraje. Las propuestas legislativas en materia de colocación obrera se van a realizar posteriormente en el seno del IRS.

Decreto de 23 de abril de 1903 (Gaceta de 30 de abril)⁹¹ una institución clave en el desarrollo de la legislación laboral en España durante el reinado de Alfonso XIII,⁹² y que desempeñó funciones de consulta y de administración activa formado por una triple representación (patronal, obrera y del gobierno). En el plano normativo, el IRS realizó proyectos y una futura legislación en materia de relaciones individuales de trabajo, de relaciones colectivas y en el ámbito de la Previsión Social,⁹³ interviniendo los poderes públicos en la regulación de los problemas planteados por la *Cuestión Social*.⁹⁴ Algunos Proyectos finalizaron siendo leyes, en las que su finalidad principal fue la de consagrar una serie de limitaciones al ejercicio de la libertad de trabajar, pero siempre guiado por el respeto a la libertad individual de empresarios y trabajadores.

Incluso antes de la creación del IRS ya se podían encontrar en España diferentes acciones para organizar una verdadera colocación en el mercado de trabajo. De hecho, se creó en Madrid una Oficina de Trabajo dedicada a inscribir las ofertas y demandas de los vecinos que figurasen en el censo de la población,⁹⁵ o incluso pervivía aún la beneficencia

⁹¹ Hay que destacar una propuesta de creación de un Instituto de Trabajo en 1902, proyecto de Canalejas, Buylla y Posada, que no lograría transformarse en ley, pero que sirvió de base para la creación inmediata del IRS. Para un estudio del Instituto de Trabajo, véase BUYLLA, A.; POSADA, A.; MOROTE, L.: *El Instituto de Trabajo. Datos para la historia de la Reforma Social en España*, Instituto del Trabajo, Madrid, 1902.

⁹² Para un análisis del Instituto de Reformas Sociales, véase CES.: “El Instituto de Reformas Sociales (1903-1924); MONTALVO CORREA, J.: “Del IRS al CES, un siglo de investigación”, ambas en www.ces.es/centenario/irs.htm; QUIRÓS SORO, M.F.: “Centenario del Instituto de Reformas Sociales (1903-2003)”, *REDT*, núm.115, enero-febrero (2003); PALACIO MORENA, J.I. (Director de la Investigación): *La Construcción del Estado Social. En el centenario del Instituto de Reformas Sociales*, CES, Madrid, 2004.

⁹³ Para la consulta de toda la materia normativa del IRS, véase LÓPEZ PENA, I.: “Los orígenes del intervencionismo laboral en España: el Instituto de Reformas Sociales”, *RT*, núm.1 (1969).

⁹⁴ Para un estudio de la lógica de las primeras leyes laborales y la política de *Reforma Social*, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 100 y ss; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “En los orígenes del reformismo social”, *RL*, núm. 1, (2004).

⁹⁵ También había otras formas de hacer frente al problema del paro y era a través de la publicidad, destacando el Boletín Obrero semanario social que se publicó en Madrid en el año 1896. Existieron también Agencias de Colocación en las grandes poblaciones dedicándose principalmente a los oficios domésticos. La realización de la colocación por los Municipios cuenta también con una fracasada iniciativa, pues en el año 1895 se presentó al Congreso una proposición para que se creara una Bolsa de Trabajo en Barcelona con sucursales en otras provincias catalanas y que serviría como Agencia de Colocación, como órgano educador del obrero, para la vigilancia de las condiciones de salubridad y seguridad en el trabajo principalmente. Ora forma en la que indirectamente se hizo frente al problema del paro fue creando trabajo público para colocar a trabajadores. Así por ejemplo por Real Decreto de 9 de

pública al existir las instituciones de carácter benéfico y religioso que ayudaban a la colocación de obreras. Esto significa que el paso de la beneficencia pública al nacimiento de lo social para integrar los sectores más desfavorecidos de población se fue haciendo paulatinamente, y fruto de ello es que aún perduraban las instituciones de beneficencia pública propias del siglo XIX.⁹⁶ Y poco a poco se fue incorporando una regulación de las condiciones de trabajo para garantizar una verdadera libertad e igualdad del individuo articulando un reformismo social y positivizando las buenas intenciones. Pero, sin embargo, aunque nadie duda que a partir de este momento se estaba ante una nueva era de la regulación de todos los problemas laborales -como ya afirmaba Posada-⁹⁷ en materia de colocación no hubo en este momento una verdadera legislación social, a pesar de la considerable preocupación por el problema del paro y la forma de organizar la colocación. Los escasos intentos normativos, y las diferentes actuaciones se pueden resumir en las siguientes: el 5 de marzo de 1910 se firmó un Real Decreto encargando al IRS y al INP un Anteproyecto de Ley sobre creación de Bolsas de Trabajo en relación con la Caja de Seguros de paro y sobre Oficinas de Colocación”; a continuación se organizó una *Sociedad para el estudio del problema del paro* declarándose constituida en sesión celebrada en el IRS el 30 de marzo de 1910 para estudiar en todos sus aspectos el problema del paro aplicando las soluciones que se estimasen más convenientes; y en esta fecha se organizó, concretamente en 1912 por la Diputación Provincial de Barcelona, una Bolsa de Trabajo, aunque se comprobó su ineficacia.⁹⁸ Se indicaba que la principal función de esta Bolsa de Trabajo era la

febrero de 1906 se dispuso que el personal de la división de trabajos hidráulicos del Guadalquivir emprendiese el estudio de diversos proyectos de obras de riego para dar empleo a los obreros sin trabajo. GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo...*, op.cit., págs. 339 y 347.

⁹⁶ Concretamente, en el trabajo doméstico, se pasó de la actuación de la beneficencia pública a la publicación de ofertas y demandas de trabajo en la prensa, aunque tuvo que pasar mucho tiempo hasta que se organizara la colocación de este colectivo. Así, a partir de 1786 el trabajo doméstico se anunciaba en la prensa. Hay noticias en el “Diario Oficial de Avisos de Madrid” que en un principio se incluían en la sección “Sirvientes” y posteriormente en la general de “trabajo o colocaciones”. Pero lo que seguía predominando eran intermediarios informales, comerciantes, clérigos, vendedores ambulantes e incluso para las nodrizas los propios médicos, boticarios y comadronas; también se utilizó para la contratación de sirvientes y sobre todo de nodrizas la “plaza” y los anuncios en las calles. También hay constancia de las primeras Agencias de Colocación lucrativas, convirtiéndose en un gran negocio, siendo frecuentes los engaños y las estafas. Véase SARASÚA, C.: *Criados, nodrizas y amos. El servicio doméstico en la formación del mercado de trabajo madrileño, 1758-1868*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1994.

⁹⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Reforma Social en España: Adolfo Posada*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 341.

⁹⁸ Concretamente, se deduce la ineficacia de esta institución de las palabras expresadas por el Sr. Arcadio de Arquer en una moción presentada en 1924 a la Diputación Provincial de Barcelona.

de librar unas tarjetas que servían de presentación a los demandantes y que no contenía ningún dato de interés para el que hacía la oferta, y al ser tan ineficaz, lo utilizaban los obreros en último recurso después de haber intentado la colocación de forma directa. Y ello se convertía en un círculo vicioso, ya que la oferta de empleo no se reconducía a través de esta mediación oficial, porque sabían que los obreros que acudían lo hacían porque ya no tenían otra solución. El fracaso de esta Bolsa⁹⁹ también se dedujo por la falta de información de las condiciones de trabajo por parte de los patronos, pues se ocultaban las condiciones de trabajo que regían en su establecimiento, y también por parte de los obreros, pues temían que se les pidiese la declaración de sus ideas.

También se llevaron a cabo por los poderes públicos medidas encaminadas a remediar la situación del paro, adoptándose por Real Decreto de 9 de febrero de 1906 medidas para construir caminos y obras hidráulicas para emplear a la clase obrera.¹⁰⁰ Posteriormente se adoptaron del mismo modo por Real Decreto de 25 de mayo de 1917 bajo la Dependencia de la Dirección General de Comercio, Industria y Trabajo en el Ministerio de Fomento, creándose un centro de informaciones para la colocación de obreros en obras públicas, minas y en la agricultura.¹⁰¹

Además de la colocación de trabajadores en obras públicas, en 1911 se dictó una Ley de Bases encaminada a reorganizar las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación creándose en ellas Oficinas de Colocación, aunque tuvieron poco éxito porque los patronos solicitaban obreros muy especializados, mientras que los obreros que estaban inscritos carecían de especialización. Y además, aunque estaban previstas desde el año 1890 la creación de Cámaras Agrícolas que entre otras funciones se les atribuía la creación de “Centros para la

⁹⁹ Véase SANTIAGO, E.: *Servicios paritarios de colocaciones*, op.cit., págs. 13-16.

¹⁰⁰ Hay que destacar también el Real Decreto de 28 de marzo de 1905 para fomentar las obras públicas especialmente en Andalucía, o la Orden de 1 de mayo del mismo año para hacer frente a las peticiones sobre calificación de las obras públicas de interés preferente. Véase DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, última edición en Comares, Granada, 2003, pág. 114.

¹⁰¹ El Prof. MONTOYA MELGAR, A. (*Ideología y lenguaje en las primeras leyes de España, (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1975, pág. 97) indica que “toda la justificación de este decreto es un largo razonamiento en torno a las crisis económicas y sus causas”. El Prof. OJEDA AVILÉS, A.: “Los Servicios de Empleo en España (I)”, op.cit. pág. 315, explicó el fracaso de la creación en el Ministerio de Fomento de una Oficina central de Colocación por Decreto de 25 de mayo de 1917, pues el “Decreto pensaba en Madrid y en los concesionarios de obras y servicios públicos vinculados a las grandes contrataciones del Estado, y ni siquiera se detenía a pensar en los posibles parados que eran los destinatarios de aquella “modesta iniciativa”.

colocación de obreros agrícolas”, no aparecieron hasta el año 1919,¹⁰² y fueron encargadas a Comisiones Mixtas de obreros y patronos, creándose en las ciudades y principales pueblos de Andalucía y Extremadura, con carácter gratuito y financiadas por los fondos sociales de las Cámaras Agrícolas así como por subvenciones estatales.

Por último, y aunque no tuvo una trascendencia inmediata, no hay que olvidar la utilización “productiva” que se hizo en esta materia de la recepción del derecho comparado, aunque por el momento se quedó simplemente en un estudio teórico sin aplicación práctica en nuestro país. Concretamente se analizaron las Bolsas de Trabajo principalmente en Alemania, Francia y Bélgica, al enviarse una comisión para que las estudiara, formada por patronos, obreros y representantes del elemento científico. Este hecho hizo que se dieran algunas soluciones de los principales problemas técnicos y de política jurídica en esta materia, que hicieron que a través del aprovechamiento de la experiencia extranjera se potenciara e impulsara el desarrollo de un posterior sistema de colocación.¹⁰³ Teniendo en cuenta la importancia del elemento extranjero para la creación de un modelo público de colocación, es necesario, por tanto, conocer, en primer lugar, la experiencia de otros países y también la normativa de la OIT, que como ya se advirtió, constituye uno de los factores más importantes que contribuyeron a la creación en España de un modelo organizado de colocación, cuestión que se pasa a analizar.

¹⁰² Tal normativa es la siguiente: Real Decreto de 14 de noviembre de 1890, por el que se crean las Cámaras Agrícolas, Gaceta de 15 de noviembre; y Real Decreto de 12 de junio de 1919 sobre la Constitución de Bolsas de Trabajo en las Cámaras Agrícolas. Tal legislación se puede consultar en la obra de MARTÍN VALVERDE, A.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; PÉREZ ESPINOSA, F.; VALDÉS DAL-RÉ, F.; CASAS BAAMONDE, M^a.E.; GARCÍA MURCIA, J.: *Legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, págs. 229-230, y 438-440.

¹⁰³ Hay que destacar la importante labor de Adolfo Posada, junto con otros autores como Adolfo Buylla, en la introducción del Derecho comparado y extranjero. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Reforma Social en España: Adolfo Posada*, op.cit., pág 473. Destaca también Leopoldo Palacios, uno de los principales impulsores de las reformas sociales en España, y destaca en esta materia por la publicación de una monografía en el año 1928 sobre las “Oficinas de colocación principalente en Alemania”, destacando una primera versión de ésta en el año 1911. Para un análisis del pensamiento crítico de Leopoldo Palacios, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Moroni (1876-1952)”, *REDT*, núm. 134, (2007).

2.2. El nacimiento a nivel internacional y constitucional de un modelo público de Colocación

La necesidad de crear un servicio público para hacer frente a la colocación de los trabajadores ya se había iniciado en algunos países, aunque es en el año 1919 cuando nace el verdadero Servicio Público de Empleo al reflejarse a nivel internacional.¹⁰⁴ Es decir, se empieza a llevar a cabo un proceso de juridificación de los intereses que son propios de las personas,¹⁰⁵ entre los que destaca el que estamos analizando, el derecho social de acceder a un servicio público de colocación.

Se ha visto cómo en España, antes de esta fecha, y a pesar de la importancia del IRS a la hora de llevar a cabo una legislación laboral, fueron escasos los intentos normativos y la puesta en práctica de un Servicio Público de Empleo y ello pone en evidencia que en toda la historia “nada se conoce que no sea el resultado de penosos y continuos esfuerzos”.¹⁰⁶ Sin embargo, en otros países sí empezaron a organizarse antes de que la OIT los regulara a nivel internacional. Por ello, es importante hacer alusión, en primer lugar, a aquellos países que fueron pioneros en organizar un modelo de colocación público y, en segundo lugar, aquellos países que más han influido a la hora de crear y organizar posteriormente la colocación de los trabajadores a nivel internacional, para después pasar a analizar, en tercer lugar, el modelo público de colocación en la OIT. Y, por último, en cuarto lugar, se hará una breve referencia al tratamiento de la colocación en las primeras Constituciones sociales.

1. Fue Suecia uno de los países que primero implantó un modelo público de colocación, concretamente en el año 1902 a pesar de que no hubo en este momento una legislación al respecto.¹⁰⁷ A partir del año 1907 se pudo registrar la presencia de Servicios de

¹⁰⁴ DURAND, P. (Traducido por Vida Soria, J.): *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 614.

¹⁰⁵ VIOLA, F. (Traducido por Vicente Bellver): *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, Comares, Granada, 1998.

¹⁰⁶ IHERING, R.V.: *La lucha por el derecho*, última edición en Civitas, Madrid, 1985, pág. 66.

¹⁰⁷ Sin embargo sirvió la propuesta de un parlamentario que se plasmó en dos Proyectos de ley en 1900 y en 1901 que se basaban en la creación de Servicios públicos y gratuitos de composición paritaria formada por representantes de trabajadores y empresarios. Véase KARLSSON, M.; TIRABOSCHI, M.: “Liberalizzazione e decentramento del collocamento: alcuni spunti di riflessioni offerti dall’ esperienza svedese”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 2 (1998), pág.185.

Empleo públicos y gratuitos en más de diez ciudades principales de este país. También Noruega, a través de la ley 12 de junio de 1906 estableció Agencias de Colocación en distintos Municipios. Pero quizá la ley más remota que instauró un sistema público de colocación fue Nueva Zelanda por medio una ley de 1891¹⁰⁸.

2. Sin embargo, uno de los puntos de referencia a la hora de crear y organizar la colocación de los trabajadores a nivel internacional fue Alemania. También fue el país que más influyó en la organización del sistema de Colocación español, al enviarse desde España personal especializado para analizar las Oficinas de Colocación en este país. Aunque en un primer momento el sistema de Colocación se había formado espontáneamente, e intervinieron -al igual que en Francia y en otros países- las Organizaciones Sindicales,¹⁰⁹ hay que destacar como novedad el contenido de la Ley del Imperio de 2 de junio de 1910 que limitó la extensión de las Oficinas de Colocación retribuidas y pretendía corregir los abusos a que las mismas se prestaban.¹¹⁰ En esta ley se exigía una previa autorización para la apertura de Oficinas retribuidas pero podría ser denegada en el caso de que la persona que la solicitara no inspirase confianza necesaria para desempeñar tal función, y cuando en el mismo lugar en el que se pretendiera ubicar tal Oficina ya se hubiera creado una pública. Se fijaba una tasa de retribución que podían percibir los encargados sin cobrar cantidad alguna mientras no se hubiese efectuado la colocación. Con respecto a las Oficinas Públicas de Colocación, se fundaban sobre la autonomía municipal, encontrándose principalmente la regulación de estas Oficinas en reglamentos de carácter municipal acomodándose a las exigencias de su población,¹¹¹ que tenían que cumplir los siguientes requisitos: estar administradas por un número igual de patronos y de obreros elegidos por sufragio directo y presididos por una persona imparcial; que los empleados salieran de la clase obrera; negar los servicios que prestaban tales Oficinas a los obreros que incumplieran sus compromisos y a los patronos que se negasen a tratar con Organizaciones Obreras; también se tenía que fijar el salario y la publicación de las condiciones de trabajo con los demás resultados estadísticos, y el patrono a su vez se comprometía a cumplir las condiciones impuestas; los servicios

¹⁰⁸ En el caso de Nueva Zelanda el país se encuentra dividido en 17 distritos de colocación, con una oficina central establecida en el núcleo industrial más importante de cada uno de ellos funcionando también en las Oficinas de Correos de ciudades de menor importancia agencias locales que colaboran estrechamente. Véase OIT.: *La colocación de los trabajadores*, op.cit., pág. 31.

¹⁰⁹ Pero los sindicatos no reunían a toda la clase obrera. Véase HERKNER (Traducido por Ballvé, F.): *La cuestión obrera*, op.cit., págs. 58-59.

¹¹⁰ GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo...*, op.cit., Madrid, 1914, pág. 136.

¹¹¹ GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo...*, op.cit., págs. 137-139.

tenían que ser completamente gratuitos y los gastos tenían que ir a cargo del Municipio o del Estado e incluso se determinaba la forma de colocación en tales Oficinas.¹¹² Del mismo modo, pero ya de forma organizada y no espontánea, se crearon los Servicios de Colocación en Gran Bretaña. La colocación estaba en un principio organizada por las *Trade Unions* y por otras Asociaciones Patronales, y la organización del sistema público de Colocación se hizo por primera vez por una ley de 11 de agosto de 1905 que fue sustituida por la ley de 20 de septiembre de 1909,¹¹³ creando un sistema de Colocación con las siguientes características: nacional, al extenderse a todo el Reino; industrial, al no tener ningún carácter asistencial; gratuito, tanto para los que empleaban como para los que buscaban trabajo; y potestativo, pues ni los patronos ni los obreros podían ser obligados a recurrir a estos servicios.¹¹⁴ Posteriormente, por ley de 16 de diciembre de 1911, esta organización quedaba vinculada a la “Administración del Seguro del Paro”, lo que quiere decir que ya hace prácticamente un siglo que en Inglaterra se gestionaban de forma conjunta la colocación y el paro, en la que si el parado no aceptaba un empleo adecuado podría verse privado del derecho al subsidio.¹¹⁵ Otra de las características iniciales en la colocación en Inglaterra fue la especialización de sus

¹¹² El desarrollo de las Oficinas Públicas de Colocación se plasmó y se consolidó en dos leyes posteriores: la ley de 22 de julio de 1922, en la que la actividad de colocación consistió en la creación de Oficinas municipales que funcionaron bajo el control de comisiones paritarias compuestas por empleados y asalariados; y la ley de 16 de julio de 1927 sobre la facilitación de trabajo del seguro contra el paro en el que el radio de acción de las Oficinas se extendía a la facilitación oficial del trabajo, incluso la colocación de aprendices; seguro de paro, orientación oficial profesional; implantación de las medidas convenientes para evitar y terminar la época de paro, vigilancia e inspección de toda la facilitación de trabajo y orientación profesional que no sea oficial, es decir, Bolsas y Oficinas privadas creadas por patronos y por asociaciones profesionales. Además, el trabajo debía ser gratuito e imparcial en el que se prohibía toda investigación sobre filiación política o societaria del solicitante. En cuanto a la forma de colocación en las Oficinas, se tenía que llevar a cabo un orden de ficheros por fecha de inscripción del obrero. PALACIOS, L.; GRIMM, H.: *Las Oficinas de Colocación principalmente en Alemania*, op.cit., págs. 34, 42.

¹¹³ Hay que tener en cuenta que en febrero de 1909 se emitió en Londres por la Comisión Real sobre las Leyes de Pobres y de Alivio de la Miseria y concretamente se hizo alusión al paro en el Reino Unido, y una de las causas principales era la desorganización del mercado de trabajo, y para ello se propugnaba como remedio la creación de unas Oficinas de Colocación o Bolsas de Trabajo. Véase GÓNZÁLEZ GALLEGO, R.: *El Derecho al Trabajo y su protección en la legislación española. La lucha contra el paro*, op.cit., págs. 65-66.

¹¹⁴ GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas del Trabajo...*, op.cit, pág. 177.

¹¹⁵ Para el análisis de los Servicios de Empleo en esta época en Alemania y en Gran Bretaña, véase DURAND, P. (Traducido por Vida Soria, J.): *La política contemporánea de Seguridad Social*, op.cit., págs. 630-632.

Oficinas de Empleo, pues para la colocación de los jóvenes se disponía de oficinas especiales administradas por las autoridades escolares locales¹¹⁶.

3. Antes de que se tratara el tema de la Colocación en la Organización Internacional del Trabajo, éste fue ya objeto de debate en la *Asociación Internacional para la lucha contra el paro*, que estimuló a todos los países para el estudio del problema y además ya era partidario de crear Servicios de Empleo organizados con un sistema paritario, es decir, por asociaciones de trabajadores y asociaciones patronales.¹¹⁷ La creación a nivel internacional de la Organización Internacional del Trabajo va a plasmar cambios importantes en el tratamiento de los problemas sociales y en la legislación de medidas administrativas,¹¹⁸ incluyendo por tanto la instauración de un Servicio Público de Empleo. Esta necesidad de crear a nivel internacional un modelo público de Colocación no obedece a una sola causa de aparición, pues destacaron un conjunto de factores: incidieron los motivos por los cuales se estaban produciendo abusos en el acceso al mercado de trabajo fruto de las consecuencias negativas introducidas por la Revolución Industrial y el Liberalismo; es decir, también a nivel internacional se tenía que dejar claro que estaban prohibidos los abusos hacia los trabajadores cuando se les cobraba una importante suma de dinero antes de realizar el contrato de trabajo. Desde la creación de la OIT en la parte XIII del Tratado de Versalles se indicaba como uno de los principios de la OIT que “el trabajo no debe ser considerado como una mercancía o artículo de comercio” y por tanto implícitamente se estaba consagrando también el derecho de los trabajadores de acceder al mercado de trabajo de forma gratuita. Otro factor que incidió en la creación de un sistema público de colocación a nivel internacional fue la necesidad de organizar un Servicio Público de Empleo debido a la finalización de la I Guerra Mundial y como consecuencia de ello la situación de paro en la mayoría de los países, por lo que era necesario un sistema organizado de colocación para

¹¹⁶ OIT.: *La colocación de trabajadores*, op.cit., pág.29.

¹¹⁷ Ministerio de Trabajo: *Bolsas de Trabajo u Oficinas de Colocación*, Madrid, 1920, págs. 16-17. Además, se celebró en Gante una Asamblea General en septiembre de 1913 en la que se presentaron varios informes de las Secciones Nacionales sobre la cuestión del paro en relación con las Oficinas Públicas.

Para un análisis de los reuniones previas internacionales a la creación de la OIT para poner de manifiesto los problemas del paro, véase ARENAS POSADAS, C.: *Historia Económica del Trabajo. (Siglos XIX y XX)*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 128.

¹¹⁸ Véase GARCÉS FERRER, J.: *Administración Social Pública. Bases para el estudio de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág.45. La aparición de los Servicios Públicos de Empleo como un aparato especializado dentro del Estado ha respondido a los mismos hechos sociales que la Administración de Trabajo, pero, sin embargo soporta las crisis cíclicas del capitalismo. Véase CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Los servicios públicos de empleo”, *Información comercial española*, Septiembre (1979), pág.118.

reducir el paro y evitar sobre todo “que por falta de información pudiesen quedar vacantes unos empleos cuando existieran personas en paro forzoso y con aptitud para ocuparlos.”¹¹⁹ Es una constante, no sólo en la OIT sino también en casi todos los países, que la intervención pública en la colocación nace y se desarrolla de forma paralela a los períodos de crisis.¹²⁰ Por último, también incidió la creciente movilización de mano de obra,¹²¹ pues cada vez más se producía el desplazamiento de obreros que iban con o sin familia a establecerse en otro país diferente en busca de un trabajo mejor remunerado o también desplazamientos de temporada en época de cosechas. Esta situación hizo también que se necesitara una legislación internacional que unificara, además de las condiciones de trabajo, el acceso al mercado de trabajo, determinando en todos los países unos mínimos para que se cumplieren en esta fase.

Todos estos motivos son los que hicieron posible que en la Primera Conferencia de la OIT celebrada en Washington, se hiciera frente al problema mediante la aprobación del Convenio núm. 2¹²² y la Recomendación núm. 1, sobre el desempleo¹²³ que de su importancia se fijó el nacimiento de los Servicios Públicos de Empleo.¹²⁴ También se aprobó

¹¹⁹ Véase GALLART FOLCH, A.: *Derecho español del Trabajo*, Labor, Barcelona, 1936, pág. 61.

¹²⁰ Así, MONTOYA MELGAR, A.: “Las respuestas del Derecho del Trabajo ante la crisis económica”, *REDT*, núm. 14, abril-junio (1983), pág. 194, señala que “las instituciones jurídico-laborales se han ocupado de los problemas del empleo, y con particular intensidad en los períodos de crisis”.

¹²¹ Este hecho se produjo anteriormente considerándose como el fundamento económico de la base del Derecho Internacional Obrero. RAYNAUD, B. (Traducido por Buylla, A.): *Derecho internacional obrero*, Hijos de Reus, Madrid, 1907, pág. 23.

¹²² El Convenio núm. 2 sobre el desempleo, de 1919, dice así: Artículo 1.: “Todo Miembro que ratifique el presente convenio comunicará a la Oficina Internacional del Trabajo, a intervalos lo más cortos posibles, que no deberán exceder de tres meses, todos los datos estadísticos o de otra clase disponibles sobre el desempleo, comprendida cualquier información relativa a las medidas tomadas o en proyecto, destinadas a luchar contra el desempleo. Siempre que sea posible, los datos deberán recogerse de manera que puedan ser comunicados dentro de los tres meses siguientes a la expiración del período al que se refieran”.

¹²³ La Recomendación núm. 1 sobre el desempleo, de 1919, en lo que a la materia de colocación se refiere, dice así: “La Conferencia General recomienda que cada Miembro de la Organización Internacional del Trabajo adopte medidas para prohibir la creación de agencias retribuidas de colocación o de empresas comerciales de colocación. En cuanto a las agencias ya existentes, la Conferencia recomienda que su funcionamiento se subordine a la concesión de licencias expedidas por el Gobierno, y que se tomen todas las medidas necesarias para suprimirlas lo antes posible”.

¹²⁴ CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Los Servicios Públicos de Empleo”, *op.cit.*, pág. 118.

en el año 1920, en la Conferencia de Génova, el Convenio núm. 9, sobre la colocación de la gente del mar, en la que se aplicaron los mismos principios que en el Convenio núm. 2, sobre el desempleo.

De la lectura conjunta de este Convenio y Recomendación se pueden deducir los siguientes aspectos:

-En tal normativa se establece la necesidad de crear en cada uno de los países que lo ratifiquen un Servicio Público de Empleo, aunque no se mencionó con el término Servicio Público de Empleo sino con el término *Agencias públicas no retribuidas de colocación*, pero parece quedar claro que no fue un Servicio de Empleo que se encargara de gestionar todas las políticas activas (Ej. formación profesional, fomento del empleo, etc.), sino un servicio de desempleo, en el que la principal función de éste fue encontrar un empleo a las personas desempleadas.

-Se deduce de este Convenio la preferencia desde la OIT por la descentralización territorial del Servicio Público de Empleo, pues indicó que se iba a establecer un sistema de *Agencias públicas no retribuidas de colocación* “bajo el control de una autoridad central”, lo que daba a entender una necesidad de coordinación llevada a cabo por un Servicio Público de Empleo descentralizado.

-La estructura del Servicio Público de Empleo se componía por “comités en los que deberán figurar representantes de los trabajadores y de los empleadores, que serán consultados en todo lo que concierna al funcionamiento de dichas agencias”. Esto no significa que al participar los agentes sociales el Servicio de Empleo vaya a dejar de ser de carácter público, sino que a este carácter público se le une además la participación de los agentes sociales. Es decir, en la OIT se optó por la organización de un sistema público con representación obrera y patronal y sin embargo no se optó por la organización de un sistema sindical de colocación, que eran las prácticas que se estaban siguiendo en muchos países como protesta contra la intermediación privada, pues se pensó que una Organización Sindical que se encargue también de la colocación no se dirigía a todos los trabajadores sino sólo a los afiliados. Igualmente se pensó en una organización mixta de patronos y obreros, pero también se encontraron numerosos inconvenientes. La cuestión se solucionó organizando un sistema público de Colocación pero con la intervención de los representantes de los obreros y patronales para prevenir y evitar los peligros derivados de la intromisión del factor político en un servicio público¹²⁵.

¹²⁵ GARCÍA OVIEDO, C.: *Tratado elemental de Derecho Social*, Sevilla, 1946, pág.130. Este autor explica las ventajas que supone la creación de un Servicio público y gratuito de Colocación con el inconveniente del “favoritismo” y para ello indica que la mejor solución estaría en la implantación de un organismo de dirección compuesto por elementos patronales y obreros.

-Aunque fue un Convenio que estaba enfocado a la regulación del desempleo, sin embargo, se trató con más profundidad la Colocación de los trabajadores. Se recomendaba que cada Miembro de la OIT organizara un sistema eficaz de seguros contra el desempleo, pero no se indicaba -ni en el Convenio ni en la Recomendación- las pautas a seguir para crearlos, lo que parece indicar que en este momento preocupaba más la colocación de trabajadores que la creación de un seguro contra el desempleo, y ello tiene una explicación: después de cómo había quedado prácticamente el mundo entero tras la I Guerra Mundial, lo que se necesitaba era la creación de un adecuado sistema de empleo que pusiera en contacto a oferentes y demandantes para volver a construir el mundo en ruinas. Lo que sí deja claro -y se va a repetir más tarde en la legislación nacional- es que la necesidad de crear un sistema de Colocación nace siempre como consecuencia del paro forzoso que preocupa tanto a nivel internacional como nacional; esto es, los Servicios Públicos de Empleo se constituyeron desde su inicio como una medida de previsión contra los efectos del paro.

Ahora bien, a pesar de la indudable relación directa entre el sistema de colocación y el seguro de desempleo, no hay ninguna referencia ni en el Convenio ni en la Recomendación acerca de qué institución se encargaría de su gestión. Pero se puede deducir del propio Convenio la preferencia por instaurar tal seguro en el mismo Servicio Público de Empleo, esto es, en las *Agencias públicas no retribuidas de colocación*, ya que las privadas las trataba como accesorias a las públicas. De hecho, algunos Servicios de Empleo gestionaron desde sus inicios conjuntamente los sistemas de seguro de riesgo de desempleo.¹²⁶ Por tanto, aunque no se deje clara la opción en este Convenio por gestionar de forma conjunta la prestación por desempleo y la colocación de los trabajadores, se puede decir que desde siempre las Oficinas de Colocación se han considerado como una medida para prevenir el paro forzoso afirmándose que “está mejor preparado para la lucha contra el paro aquel país que mejor organizadas tiene las colocaciones”.¹²⁷ Cuando las Organizaciones Sindicales tenían cajas de socorros, éstas organizaban previamente Oficinas de Colocación e incluso las subvenciones oficiales se concedían a aquellos que acreditasen tener un servicio organizado para buscar empleo a los desocupados¹²⁸.

¹²⁶ Véase THUY, P.; HANSEN, E.; PRICE, D.: *El servicio público de empleo en una sociedad cambiante*, Informes OIT, MTSS, 2001, págs. 143 y ss.

¹²⁷ Véase DE LAS CASAS, F.: *El paro forzoso*, Edición Saturnino Calleja Fernández, Madrid, 1908, pág. 45. El autor afirma que para combatir el desempleo lo primero que hay que hacer es crear una institución para conseguir poner rápidamente en contacto y relación a los que ofrecen y a los que demandan trabajo.

¹²⁸ DE LAS CASAS, F.: *El paro forzoso*, op. cit., pág.43.

-No sólo se está haciendo referencia a la creación de un Servicio Público de Empleo, sino que también estaban permitidas las *Agencias privadas y gratuitas de colocación* que tenían que coordinarse con las públicas.

-En cuanto a la intervención de las *Agencias retribuidas de Colocación*, o *Empresas comerciales de colocación*, no hay referencia a éstas en el Convenio núm.2, pero sí en la Recomendación núm. 1, advirtiendo a los Estados Miembros de la necesidad de adoptar medidas para prohibir su creación, y en cuanto a las existentes, la intención fue la supresión de éstas lo antes posible, pero mientras funcionarann, se recomendaba la concesión de licencias expedidas por el Gobierno. Esto indica que existían en la mayoría de los países intermediarios privados y que la OIT al regular esta materia no las podía obviar, pues era una realidad fruto de la industrialización producida y fruto también de la implantación de las teorías del liberalismo en las que destacaba la libertad en el acceso al trabajo, por lo que la mayor parte de la intermediación era privada y por supuesto lucrativa.

Como también era una realidad que estas *Agencias retribuidas de colocación* no se podían eliminar de un día para otro, se optó por un término medio para realizar una eliminación gradual. De este modo, la solución estaría en conceder licencias (es decir, una autorización) para que pudieran funcionar las Agencias de Colocación existentes, pero no se permitía crear más. Y hay un dato que llama la atención sobre la decisión tomada por la OIT en cuanto a estas Agencias. El Convenio no adopta tales medidas, sino que se incluyen en la Recomendación. Este dato tiene una segunda lectura, y es que la OIT sabía de su existencia, pero no podía erradicarlas bruscamente y la mejor forma de ir eliminándolas dulcemente era recomendado su eliminación. En conclusión, tal y como está redactada la normativa, podían convivir tanto Agencias de Colocación públicas (Servicios Públicos de Empleo) y Agencias privadas de Colocación, ambas sin ánimo de lucro, pero con la intención de ir eliminando las *Agencias retribuidas de colocación* habiéndose iniciado una fase de “desprivatización y de socialización”¹²⁹ de forma gradual.

-Teniendo en cuenta la normativa internacional, no todos los países organizaron la colocación de la misma forma, pudiendo destacar dos tendencias mayoritarias,¹³⁰ pero siempre respetando la legislación internacional en la materia, que sin ella, “no se habrían alcanzado los límites a los que se llegó”.¹³¹ Por una parte, los legisladores franceses al

¹²⁹ Véase ROSE, J.: *En busca de empleo. Formación, paro y empleo*, MTSS, Madrid, 1987, pág. 102.

¹³⁰ MULLER, M.: *Control o colocación*, op.cit., pág. 137.

¹³¹ Véase DEL PESO Y CALVO, C.: *Regulación internacional del Derecho del Trabajo*, Bosh, Barcelona, 1958, pág.176.

regular los Servicios Públicos de Empleo estaban convencidos de que “la organización de un servicio único de Colocación coordinaría de modo eficaz las ofertas y demandas de empleo, con el fin de dirigir a los trabajadores hacia las actividades más útiles para el relanzamiento de la economía nacional”, prohibiéndose cualquier oficina que no fuese gratuita.¹³² De la misma forma se organizó el sistema de Colocación alemán, organizándose el *Bndesanstalt* como una Corporación de Derecho Público y de proporciones gigantescas y además muy efectivo en las políticas sobre el mercado de trabajo, y se mantuvo durante mucho tiempo la necesidad de monopolio público para determinar la estructura y composición del empleo, lo que no harían las Agencias Privadas. Además, en estos países se invirtió mucho en gastos de colocación que fue la clave para desarrollar las instituciones fuertes y estables en el mercado de trabajo.¹³³ Del mismo modo en Italia, y con la prohibición de las Agencias de Colocación, fueron derogadas todas las disposiciones anteriores al Convenio núm. 2 de OIT y entró en vigor el Real Decreto núm. 3159, de 30 de diciembre, de 1923, que adecuó la disciplina de la colocación a los preceptos internacionales. Con ello se pretendía proteger al trabajador no sólo de la especulación de los intermediarios privados, sino en general de los efectos negativos del desequilibrio entre la oferta y la demanda que caracteriza el mercado de trabajo.¹³⁴

Por otra parte, y en sentido contrario, los británicos sí permitían otras figuras distintas al servicio público para realizar la Actividad de Colocación mediante el ajuste de

¹³² Así se entendió la colocación en Francia en los planes inmediatamente posteriores a la posguerra. Sin embargo este modelo presentaba algunas deficiencias, que hicieron que fracasara este modelo de monopolio público de empleo debido a la extensión de las actividades privadas en materia de Colocación. El Servicio Público de Colocación era un instrumento destinado a los trabajadores obreros y de sexo masculino. Por otra parte el monopolio público de colocación prohibía pegar carteles expuestos a la vista del público. MULLER, M.: *Control o colocación...*, op.cit., pág.156.

¹³³ Véase JANOSKI, T.: *La economía política del desempleo*, MTSS, Madrid, 1992, págs. 129, 131, 132, 136.

¹³⁴ Posteriormente, entra en vigor el RD núm.1103, de 28 de marzo y el RDL. núm. 1798 de 18 de octubre, en los que se recurría a la llamada “colocación de clase o sindical” en el que los sindicatos constituyéndose como Oficinas de Empleo, se encargaban también de la protección de los trabajadores en la búsqueda de la ocupación y al mismo tiempo de reforzar su poder contractual mediante la contratación. También se prohibía al empleador contratar trabajadores no inscritos, concediéndoles la facultad de elección en el ámbito de los inscritos en las listas. Posteriormente la materia viene regulada por RDL núm. 1934, de 21 de diciembre convertido en ley n. 739, de 2 de junio. Véase CONTI, G.: “Arts. 33-34”, en VV.AA.: *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, Giuffré, Milano, 1975, pág. 1096; VERGARI, S.: “Collocamento e procedure: vecchie eredità e nuove prospettive”, VV.AA.: *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in *Quaderni di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, num. 22, (1999), pág. 54; ICHINO, P.: *Il collocamento impossibile*, De Donato, Bari, 1982, pág. 31.

ofertas y demandas de trabajo. No obstante, el Servicio Público de Empleo constituía “una red nacional de Bolsas de Trabajo y un plan de prestaciones por desempleo gestionado por el Estado”.¹³⁵ Del mismo modo, el Servicio de Empleo norteamericano no gozó nunca de un poder de monopolio y ni siquiera de preeminencia en el mercado de trabajo,¹³⁶ pues tuvo que competir desde un primer momento con numerosos oponentes de carácter privado.

4. De la misma forma que se ha hecho referencia al modelo inicial de colocación previsto en el Derecho comprado y en la OIT, hay que tener en cuenta que en la misma época también se incluyó en las primeras Constituciones sociales la materia de Colocación. La Constitución Mexicana de Querétaro de 5 de febrero de 1917 -que por sus ideales revolucionarios y por su contenido social ha sido definida como la primera Constitución Social del siglo XX en el mundo- también fue la primera que hizo alusión a la Colocación obrera. De este modo, en su Art. 123.XV, incluido en el Título Sexto que lleva como rúbrica “Del trabajo y de previsión social”, señalaba que “El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquiera otra institución oficial o particular”. En la Constitución Mexicana no había obligación expresa de eliminar las Agencias Privadas de Colocación sino que lo principal a la hora de crear el sistema de colocación era la gratuidad del servicio para los trabajadores, que también se incluyó posteriormente en el Convenio núm. 2 sobre el desempleo de 1919, como ya se ha analizado. Así pues, ni en la normativa internacional ni en la primera Constitución Social hay una prohibición expresa para crear Agencias Privadas de Colocación sin fines lucrativos.

Otra Constitución que hay que mencionar por su influencia en las demás Constituciones europeas, y por ser la primera de corte social en este continente, es la alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919. Esta Constitución era aún menos precisa que la anterior, pues la referencia expresa a la materia de colocación fue para indicar en su Art. 7.9 (en la Parte Segunda sobre los derechos y deberes de los alemanes y concretamente en la Sección Quinta referente a la vida económica) que “el Imperio podía legislar sobre... el derecho obrero, seguro y protección de trabajadores y colocación de los mismos”, pero no hay un modelo de Colocación expreso, aunque lo que sí manifestó expresamente es que iba

¹³⁵ Fue el economista británico Beveridge el que visitó Bolsas de Empleo alemanas y encontró que 400 de estas bolsas eran públicas además de que otras 35000 se gestionaban por sindicatos, empresarios o gremios. Fue entre 1910 y 1912 cuando Winston Churchill y Beveridge introdujeron en el Reino Unido una red nacional de Bolsas de Trabajo y un plan de prestaciones por desempleo gestionado por el Estado. THUY, P.; HANSEN, E.; PRICE, D.: *El Servicio Público de Empleo en una sociedad cambiante*, op.cit, pág. 27.

¹³⁶ JANOSKI, T.: *La economía política...*, op. cit., pág.142.

a existir una legislación única en materia de Colocación para todo el Imperio, concretamente en el Art. 157 de la citada Constitución.

II. LA EVOLUCIÓN DE UN MODELO DE COLOCACIÓN ORGANIZADO EN ESPAÑA. LA PREDOMINANCIA DE LO PÚBLICO

1. El modelo de colocación en el año 1920 -tras la creación de la OIT-

Si hay un antes y un después en materia de colocación desde la creación de la OIT y concretamente desde que se adopta el Convenio núm.2 y la Recomendación núm.1 sobre el desempleo, se tiene que hablar ya de la evolución de la colocación de los trabajadores, pues a partir de este momento, ya existe a nivel internacional una colocación organizada por parte de los poderes públicos. Partiendo de esta premisa, es necesario saber cómo organizó España la colocación a partir de este momento, pues hasta ahora las referencias en esta materia eran escasas. España participó en la Conferencia de Washington para elaborar el Convenio sobre el desempleo en el que cada país participó en su elaboración respondiendo al cuestionario enviado para su preparación. De las respuestas a este cuestionario se comprueba el poco interés que mostraba España para crear un verdadero sistema de Colocación y la creación de un seguro de paro forzoso.¹³⁷ Además, España no ratificó el Convenio de forma inmediata, sino que lo hizo años más tarde, el 13 de julio de 1922,¹³⁸ y durante estos años se avanzó algo en esta materia, aunque, como se va a comprobar, distaba en algunos aspectos de lo regulado en la OIT. Así, en el año 1919 se crea un seguro de paro forzoso gestionado por las Asociaciones mutuas obreras que estaban formadas por asociados que tenían una misma profesión.¹³⁹ Posteriormente, se creó el Servicio de

¹³⁷ Se tenía un escaso conocimiento del problema del paro, y eran pocas las medidas que se aportaron para afrontarlo. Véase CUESTA BUSTILLO, J.: *Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, MTSS, Madrid, 1988. Se indicó además que en estos momentos era quizá España la única excepción en Europa que no contaba con un Servicio de Colocación público y gratuito, a pesar de que en España era donde más se hablaba de promover la prosperidad nacional, desarrollar la producción y favorecer el trabajo, sin embargo no se tenía en cuenta la organización del mercado de mano de obra, “elemento más esencial de los que concurren en la producción”, véase SANTIAGO, E.: *Servicios paritarios de colocaciones*, op.cit., pág. 23.

¹³⁸ Gaceta núm. 96, de 15 de julio.

Colocación por Real Orden de 29 de septiembre de 1920.¹⁴⁰ Éste no se constituyó a nivel de Administración Estatal, sino que se constituyeron las Oficinas de Colocación de carácter gratuito y subvencionadas por el Ministerio de Trabajo en organizaciones ya existentes creadas por Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras Agrícolas y Asociaciones Profesionales,¹⁴¹ y principalmente en Ayuntamientos,¹⁴² aunque también se fomentó el establecimiento de Bolsas u Oficinas de Colocación en todas las provincias. Pero no había coordinación entre ellas y no existía un organismo central que orientara y coordinara sus esfuerzos,¹⁴³ a pesar de que se le asignaba al Ministerio de Trabajo la función

¹³⁹ Real Decreto de 18 de marzo de 1919 por el que se crea el seguro de paro forzoso (Gaceta de 19 de marzo) y Real Orden de 31 de marzo de 1919, de Reglamento para la aplicación del seguro de paro forzoso (Gaceta de 8 de abril).

¹⁴⁰ Para un estudio completo de la Real Orden de 29 de septiembre, véase Ministerio de Trabajo: *Bolsas de Trabajo u Oficinas de Colocación*, op.cit.

¹⁴¹ Se tienen datos del *Anuario Estadístico de España* y señalaban que los Sindicatos católicos introducían Bolsas de Trabajo en algunas de sus organizaciones, quedando registradas en 1920 algunas de ellas como las de los Sindicatos Obreros Femeninos de Nuestra Señora de los Desamparados de Valencia; Bolsa de Trabajo de la Sociedad Económica de Amigos del País de Málaga; Bolsa para señoritas de compañía, Maestras a domicilio y sirvientas de Zaragoza, etc. Véase CUESTA BUSTILLO, J.: *Hacia los seguros sociales obligatorios...*, op.cit., págs. 735-736.

¹⁴² Se tiene información en esta época sobre cómo estaban organizadas las Bolsas u Oficinas de Colocación en los Ayuntamientos, al disponer, entre otros, del modelo de Estatutos de la Bolsa de Trabajo del Ayuntamiento de Madrid. El objeto principal de creación de esta Bolsa de Trabajo fue “procurar la colocación de los obreros parados de todos los oficios, empleados, criados y aprendices, de uno y otro sexo, domiciliados en Madrid, poniendo en relación las ofertas y demandas de trabajo y a quienes respectivamente las formulen”. Además de señalar que las operaciones de la Oficina eran absolutamente gratuitas, tanto para los patronos como para los obreros, señalaba que el obrero tenía que comunicar si se había producido una admisión por parte del patrono dándole un plazo de tres días, y en el caso de no devolver la carta o tarjeta de presentación dirigida al patrono, este dato se anotaría en su boletín de inscripción y no se le proporcionaría colocación durante cierto tiempo o se le podía excluir, en caso reincidente, de los beneficios de la Oficina. Por otra parte, la Oficina de Empleo tenía una función de control sobre las ofertas de empleo, pues se indicaba en el artículo adicional de tales Estatutos que “La Oficina de Colocación deberá rechazar las ofertas de trabajo que no respondan a un salario mínimo y procurará que las condiciones en que se dé dicho trabajo no sean exageradas en punto a horas de jornadas o modo de desempeñarlo”. Por otra parte, hay que destacar otro aspecto importante y es el tema de las subvenciones. Concretamente esta Bolsa de Trabajo del Ayuntamiento de Madrid, según los Estatutos, estaba financiada por la subvención anual que se consignaba en el Ayuntamiento en sus presupuestos; y por las subvenciones que pudiera conceder el Estado y la Diputación Provincial y los legados y donativos de particulares. Véase Ministerio de Trabajo: *Bolsas de Trabajo u Oficinas de Colocación...*, op.cit., pág. 37.

¹⁴³ LÓPEZ BAEZA, A.: “La organización corporativa y la lucha contra el paro”, *RPS*, núms. 7-8, (1928), pág. 12. Hay que destacar las Oficinas de Colocación situadas en la Diputación de Barcelona, en el Municipio de Santander, o, entre otras, en la Cámara de la Industria en Madrid.

de coordinar las funciones de todas ellas, así como su inspección y crear una Memoria anual del servicio. En este caso las Oficinas de Colocación tenían que cumplir una serie de condiciones: llevar a cabo sus funciones con la máxima neutralidad absteniéndose de toda preferencia y de toda exclusión por motivos de finalidad política; contar con una Junta Directiva compuesta de una representación igualitaria de elementos obreros y patronales; tener relación con las demás Oficinas organizadas dentro o fuera de la localidad; tener una buena relación con las entidades benéficas de la demarcación, y realizar la estadística de parados en la localidad para facilitarle tales datos al Ministerio de Trabajo. Para poder procurar la colocación de los obreros parados de todos los oficios domiciliados en la localidad respectiva, tenían que contar con un registro donde se inscribían los obreros, que se anotaban por riguroso orden de entrada y se gestionaba de forma separada la colocación de hombres y mujeres, y además tenían que ser independientes las entradas para la sección femenina, para los patronos, y para los empleados, y los obreros no calificados se inscribían a una hora distinta que los demás. Un aspecto positivo que tuvo esta regulación fue la implicación “local” en materia de colocación¹⁴⁴ y la participación de otras instituciones -no lucrativas- que facilitaban la colocación, pero, el problema estaba en que no existía ningún tipo de coordinación entre todas ellas.

A continuación hay que analizar si la normativa cambia en un momento inmediatamente posterior a la ratificación del Convenio en 1922,¹⁴⁵ y concretamente, con la llegada de la Dictadura de Primo de Rivera.

¹⁴⁴ Por Real Orden de 17 de noviembre de 1922, los Gobernadores Civiles tenían que comunicar por telégrafo al Ministerio los obreros que estaban parados tanto en el comercio, en la industria y en la agricultura que hubiera en la provincia que gobernase y también se tenían que indicar las causas del paro e intentar dar soluciones llevando a cabo obras públicas u otras medidas alternativas. Véase DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, op.cit., págs. 158-159.

¹⁴⁵ Lo primero que se quiso hacer después de la adopción en la OIT del Convenio núm.2 sobre el desempleo fue modificar la normativa sobre el Seguro de paro forzoso de 1919, pues aunque la concesión de una subvención a aquellas sociedades mutuas obreras que practicaban el seguro de desempleo entre sus asociados constituyó el primer paso en la ayuda a remediar el problema del paro, éste resultó insuficiente al no abarcar todo este problema. De este modo, quedó redactado un Anteproyecto de Ley de Seguro contra el paro forzoso en 1921 para crear un verdadero seguro obligatorio, preparado por los Sres. Adolfo G.Posada, Gómez Latorre y González Rojas, pero debido a la mala situación del momento, a la crisis de 1917 en España, quedó solamente en un Anteproyecto, y no se volvería a retomar la necesidad de legislación en esta materia hasta 1928. Véase Instituto Nacional de Previsión: *La previsión contra el paro forzoso...*, op.cit., pág. 23 y ss; SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, MTSS, Madrid, 1988, págs. 370-371.

2. El modelo de Colocación en la Dictadura de Primo de Rivera.

Los cambios en materia de Colocación en la Dictadura de Primo de Rivera (septiembre 1923-enero 1930) no se producen nada más llegar tal régimen político sino que hay que esperar un tiempo para que se cambie la normativa vigente. Hubo dos referencias normativas que expresamente trataban el tema de la Colocación¹⁴⁶ y que se van a analizar a continuación: la primera, en el año 1923, que quedó simplemente en un Proyecto de Ley, y la segunda, en el año 1926, que reguló la materia de Colocación sin tener en cuenta en algunos aspectos la normativa internacional ya ratificada por España.

1. Hubo un intento de regular esta materia ajustándose a lo establecido en la normativa internacional,¹⁴⁷ pero el Gobierno español no manifestó demasiada atención por aproximar la legislación nacional a la ya ratificada por la OIT, pues alegó que la Real Orden de 29 de septiembre de 1920, que era la que estaba vigente, “establecía un sistema de colocación y de estadística para la creación de bolsas de trabajo, con la que consideraban que se cumplía suficientemente con lo convenido internacionalmente”.¹⁴⁸ A pesar de lo indicado expresamente por el Gobierno de la época, se va a analizar el contenido del citado Proyecto para conocer que éste se ajustaba perfectamente al Convenio núm. 2 y Recomendación núm.1 de la OIT, y, sin embargo, la normativa vigente, no se ajustaba en muchos aspectos a la normativa internacional. Tal Proyecto sobre Oficinas de Colocación y Seguro contra el paro forzoso tiene fecha de julio de 1923 impulsado por el Ministro de Trabajo Sr. Chapaprieta, que tal y como indica la Exposición de Motivos, obedecía conjuntamente “a una norma de justicia (remediar el daño que experimenta el obrero y su familia que contra su voluntad se ve privado de la única fuente de sustento) y al respeto que merece la firma de lo

¹⁴⁶ Así, el Código de Trabajo promulgado por Real-Decreto Ley de 23 de agosto de 1926, que recogió en su articulado el Libro I que trataba sobre el contrato de trabajo, no hacía alusión a la materia de colocación obrera. Tampoco en el Anteproyecto de Constitución -fechado a 17 de mayo de 1929- que no llegó a ser derecho positivo vigente, hizo referencia a la colocación, a pesar de que en el artículo 28 garantizaba dentro de las leyes la contratación libre del trabajo.

¹⁴⁷ Durante este momento a nivel internacional se organizaban Congresos para debatir principalmente sobre la Política Social. De este modo, se celebró en octubre de 1924 un Congreso de Política Social en Praga en el que se debatió sobre las “Obligaciones de la sociedad en relación con las crisis del paro, y especialmente en materia de prevención del mismo”. Se realizó una Recomendación a los Gobiernos para el establecimiento de Oficinas de Colocación públicas, de instituciones de orientación profesional y sistemas de Seguro contra el paro forzoso. Instituto Nacional de Previsión.: *Previsión contra el paro forzoso...*, op.cit., pág. 29.

¹⁴⁸ CUESTA BUSTILLO, J.: *Una esperanza para los trabajadores...* op.cit., pág. 168.

convenido (se refiere al Convenio núm. 2 de la OIT ratificado ya por España)¹⁴⁹. En este Proyecto se establecía un “Servicio Especial de Colocación” tal y como ya señalaba el citado Convenio, formado por una Oficina Central y por Bolsas de Trabajo que en unas ocasiones eran obligatorias, y en otras voluntarias, y para poder funcionar tenían que ser autorizadas. En cuanto a las Bolsas de Trabajo obligatorias, en el citado Proyecto se “imponía” a determinados Ayuntamientos en atención a su importancia o a la de las regiones en que radiquen, a crear Bolsas de Trabajo y a consignar en los presupuestos una partida para sus gastos de constitución y funcionamiento aunque también se podían subvencionar según lo que se estableciera en los Presupuestos Generales del Estado. En cuanto a las Bolsas de Trabajo voluntarias, el Proyecto señalaba que se podían crear por los demás Ayuntamientos que no se les impusiera tal obligación o bien por las Cámaras de Comercio, Industria Navegación, Agrícolas y Mineras, Corporaciones oficiales, Sociedades mercantiles y Empresas Industriales y las Asociaciones Patronales, Obreras mixtas y especiales legalmente constituidas. En este caso su constitución era voluntaria pero si se decidía la constitución de una Bolsa de Trabajo por ejemplo, en una Cámara de Comercio, sus Estatutos tenían que estar sometidos a la aprobación del Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria (Art.2) y además podían ser subvencionadas por el Estado en función de lo establecido en los Presupuestos Generales del Estado (Art. adicional).

Las condiciones que tenía que cumplir todo el Servicio Especial de Colocación eran la gratuidad, la neutralidad respecto de las tendencias políticas y religiosas y de los conflictos sociales y la representación paritaria de los elementos patronales y obreros en los órganos directivos de la Oficina Central de Colocación y de las demás Bolsas de Trabajo (Art. 3). Otro aspecto a destacar del Proyecto y en coherencia con el Convenio núm. 2 de la OIT es que se prohibía desde la promulgación de la ley el establecimiento de nuevas Agencias u Oficinas de Colocación por gestión retribuida o por comisión y de otras Bolsas de Trabajo u Oficinas de Colocación gratuitas de carácter particular que no fuesen las comprendidas en el Art. 2, y las que existieran se tenían que inscribir dentro de un plazo de tres meses en un Registro especial que se iba a llevar por la Oficina Central de Colocación (Art. 5)¹⁵⁰.

Una última alusión al Proyecto: éste regulaba de forma conjunta la Colocación obrera (Capítulo I) y el paro forzoso (Capítulo II) aunque la gestión del subsidio de paro no se realizaba por el propio Servicio de Colocación sino que se deducía del Proyecto que éste iba a depender del Instituto Nacional de Previsión, aunque con una importante colaboración con el Servicio de Colocación, pues las funciones de éste eran las de coordinar la oferta y la

¹⁴⁹ El Proyecto de ley se puede encontrar en CHAPAPRIETA, J.: *Proyectos de Ley de Oficinas de Colocación y Seguros*, Talleres Gráficos de la Editorial Nuñez Semper, Madrid, 1924, págs. 4-12.

¹⁵⁰ CHAPAPRIETA, J.: *Proyectos de ley de Oficinas de Colocación...*, op. cit., pág. 9.

demanda de trabajo y también comprobar el fenómeno del paro forzoso y auxiliar a la formación de las estadísticas relacionadas con estas materias (Art. 1).

Sin embargo, como se viene diciendo, en esta fecha la regulación de la materia de Colocación no había cambiado, pues seguía vigente la Real Orden de 29 de septiembre de 1920 que constituyó el Servicio de Colocación.

2. Sin embargo, el panorama cambió al crearse -todavía en la Dictadura de Primo de Rivera- los Comités Paritarios,¹⁵¹ dentro de la Organización Corporativa Nacional, creada por RD-Ley del 26 de noviembre de 1926 siendo su función principal la de protección al obrero, además de alcanzar la mayor productividad en el mercado, principios defendidos por Eduardo Aunós, Ministro del Trabajo del Gobierno. Concretamente, en su Art. 17.4 se atribuía la función de “organizar Bolsas de Trabajo para procurar en todo momento dar ocupación a los obreros parados, a cuyo efecto llevarán obligatoriamente un censo profesional de los patronos y obreros que existan de su ramo en la respectiva jurisdicción, pudiendo establecer un documento que acredite la incorporación en el censo de estos últimos”.¹⁵² Hay una particularidad y es que las Bolsas de Trabajo (y también el Censo) de los obreros agrícolas se les atribuían a los Comités Paritarios del trabajo rural, según el Real Decreto Ley de 12 de mayo de 1928 sobre la Organización Corporativa en la agricultura.¹⁵³ Se pensó por tanto que los Comités Paritarios -que representaban una determinada rama o especialidad de la producción y estaban constituidos como organismos de Derecho Público- eran los que mejor podían desempeñar esta función¹⁵⁴ pues los Comités realizaban cualquier

¹⁵¹ Se podría definir el Comité Paritario como un “Organismo de Derecho Público compuesto por igual número de vocales elegidos por patronos y obreros de un determinado oficio, industria o especialidad de la misma, correspondientes a una o varias localidades y que, a los efectos de las relaciones de trabajo, ostentan la representación jurídica de la respectiva unidad corporativa profesional”. Para un estudio de la Organización Corporativa, véase AUNÓS PÉREZ, E.: *Las Corporaciones del Trabajo en el Estado Moderno*, Marvá, Madrid, 1928; GALLART FOLCH, A.: *Derecho Administrativo y procesal de las Corporaciones de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1929; PRÁXEDES ZANCADA.: *Derecho corporativo español*, op.cit.

¹⁵² Se incluye de igual modo en el Real Decreto de 8 de marzo de 1929, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Organización Corporativa Nacional, Gaceta de 10 de marzo.

¹⁵³ Gaceta de 20 de mayo.

¹⁵⁴ AUNÓS PÉREZ, A.: *Principios de Derecho Corporativo...*, op.cit., pág. 304.

función que significara amparo y apoyo para el trabajador.¹⁵⁵ Se catalogó el Decreto-Ley como “el primer intento serio para reemplazar la petición del trabajo, estéril, costosa, deprimente y baldía, por un servicio eficaz y útil”.¹⁵⁶ Los Comités Paritarios¹⁵⁷ tenían la ventaja de ser un terreno adecuado para crear una red de Bolsas de Trabajo, y serían organizados por las Asociaciones patronales y obreras y de esta forma se permitiría la limitación de las Bolsas de Trabajo particulares, de acuerdo con lo que quedaba establecido en el Convenio núm.2 OIT ya ratificado por España.¹⁵⁸ Todavía la colocación de trabajadores no estaba claramente organizada, y ello se deducía del propio Decreto. La función de organizar Bolsas de Trabajo en los Comités Paritarios era potestativa,¹⁵⁹ es decir, podían ejercerla o no y por tanto al no ser una facultad inexcusable para los Comités Paritarios, no todos contenían una Bolsa de Trabajo, produciéndose diferencias y desigualdades entre los distintos oficios, industria o especialidades de la misma. Pero además, había otro inconveniente, y es que una Bolsa de Trabajo creada en un determinado Comité Paritario podía sólo actuar en el oficio o industria¹⁶⁰ que representaba el Comité Paritario sin producirse una coordinación en esta materia. De hecho, se puso de manifiesto que uno de los fallos que tenía este sistema era que la Actividad de Colocación rebasaba los intereses de la localidad, de una industria y profesión y que no podía ser obra exclusiva de un Comité Paritario, y para que un servicio diera un rendimiento positivo se tenía que poner en marcha una red de comunicación entre “la localidad, la provincia, la región, la totalidad del

¹⁵⁵ AUNÓS, E.: “La organización corporativa nacional del trabajo. Sus principios fundamentales”, *RPS*, número 1, (1928), pág. 17.

¹⁵⁶ JUBINDO, B.: *Bolsas de Trabajo*, Escuelas Gráficas de la Santa Casa de la Misericordia, Bilbao, 1932, pág.17.

¹⁵⁷ Del mismo modo, en Italia se reserva al Estado la facultad de controlar la colocación de trabajadores concretamente en la Carta del Trabajo de Italia de 21 de abril de 1927 en su Declaración XXIII señala literalmente que “Las Oficinas de Colocación a base paritaria están sometidas al control de los órganos corporativos del Estado. Los patronos deben contratar sus obreros entre las personas inscritas en las listas de estas oficinas; tienen la facultad de escogerlos de estas listas, dando preferencia a los miembros del partido y de los sindicatos fascistas y según la antigüedad de la inscripción”, AUNÓS PÉREZ, A.: *Principios de Derecho Corporativo*, op.cit., pág. 86.

¹⁵⁸ Hay que destacar que se ve empleada por primera vez la palabra Comité Paritario en el reglamento de una Bolsa de Trabajo, redactado en 1912, y fue formada para dar ocupación a los obreros madrileños de artes gráficas, JUBINDO, B.: *Bolsas de Trabajo*, op.cit., pág. 17-18.

¹⁵⁹ GALLART FOLCH, A.: *Derecho administrativo y procesal de las corporaciones de trabajo*, op.cit., pág. 105.

¹⁶⁰ GARCÍA OVIEDO, C.: *Tratado elemental de Derecho Social*, op. cit., pág. 130.

país y el extranjero, comprendiendo además a las profesiones excluidas del Decreto-Ley del 26 de noviembre de 1926, como la agricultura, trabajo a domicilio, servicio doméstico, oficinas particulares y trabajos públicos ejecutados por cuenta del Estado, Diputación o Municipio”.¹⁶¹

Se indicaba que para el buen funcionamiento de la gestión de la colocación por los Comités Paritarios era indispensable prohibir la existencia de cualquier Servicio de Colocación privado, e impedir cualquier publicidad que no fuera la que estrictamente autorizase el servicio paritario de colocaciones.¹⁶²

Por otra parte, a los Comités Paritarios no se les atribuyó la función de gestionar el seguro de paro forzoso, aunque las Reales Ordenes de 6 de febrero de 1926 (Gaceta de 12 febrero) y de 24 de septiembre de 1928 (Gaceta de 25 de septiembre) concedieron subvenciones y auxilios a las asociaciones y bolsas de trabajo aseguradoras del paro forzoso. Por Real Orden de 25 de abril de 1928 (Gaceta de 28 abril) se encargó al Instituto Nacional de Previsión la preparación de un Proyecto de seguro de paro forzoso, aunque éste no llegó a prosperar,¹⁶³ y se pensó que era el INP el que tendría que establecer Bolsas de Trabajo.¹⁶⁴ Tampoco realizaron una función completa de Colocación, pues la actividad de orientación profesional se le encargó a las “oficinas de selección y formación profesional”, según indicaba el RD de 21 de diciembre de 1928 del Estatuto de la Formación Profesional (Gaceta 28 de diciembre).

Para concluir, se puede decir que aún no estaba consolidado un verdadero sistema público de Colocación, pues la intervención de los Comités Paritarios tenía carácter potestativo¹⁶⁵ y, además, por otro lado, no estaba organizado tal y como se indicaba en la normativa internacional, pues no se constituyeron Oficinas Públicas de Colocación con

¹⁶¹ SANTIAGO, E.: *Servicios paritarios de colocaciones*, op.cit., pág. 19.

¹⁶² SANTIAGO, E.: *Servicios paritarios de colocaciones*, op.cit., pág. 16.

¹⁶³ Este proyecto señalaba que se había aplazado bastante el deseo de implantar el seguro de paro forzoso porque hasta el momento faltaban estadísticas adecuadas y eran insuficientes los órganos complementarios de la institución aseguradora, esto es, las Bolsas de Trabajo, que ahora parecía estar cubierto con la creación de los Comités Paritarios. MARTÍN VALVERDE, A.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; PÉREZ ESPINOSA, F.; VALDÉS DAL-RE, F.; CASAS BAAMONDE, M^a.E.; GARCÍA MURCIA, J.: *La legislación social en la historia de España*, op.cit., págs. 638-639.

¹⁶⁴ “Las Bolsas de Trabajo”, en *El Sol*, 6 de noviembre de 1930, publicado en *Anales del Instituto Nacional de Previsión*, Tomo XXIII, núms. 83-84, 1930, pág. 905.

¹⁶⁵ Parece ser, además, que “fue muy pequeña la actuación de los mismos”, GALLART FOLCH, A.: *Derecho español del Trabajo*, op.cit., pág. 62.

participación en su organización de representantes obreros y patronales. La representación obrera y patronal sí estaba, pero de forma exclusiva, sin participación de una Oficina Pública.

Ya a finales de la Dictadura de Primo de Rivera, y en una Memoria aparecida posteriormente en 1933 se indicó lo siguiente: “España, a pesar de sus compromisos, seguía incumpliendo el convenio de Washington; que la colocación obrera, con ligeras excepciones, quedaba en poder de agencias comerciales; que por no existir servicio no contamos con estadísticas de paro, y que tampoco podía acometerse la instauración del seguro contra el paro porque faltaba lo básico: las oficinas de colocación”.¹⁶⁶

Hay que seguir analizando, pues, si en la siguiente etapa histórica se produce algún cambio en la materia, y sobre todo si se produce un ajuste entre la normativa internacional y la nacional.

3. El modelo de Colocación en la II República

3.1. En el marco del Convenio núm. 2 OIT sobre el desempleo

La obra legislativa de la II República ha destacado por su calidad y cantidad,¹⁶⁷ produciéndose un cambio radical en prácticamente toda la legislación social y concretamente, el Decreto de 15 de abril de 1931 señalaba que cada Departamento ministerial debía revisar la obra legislativa de la Dictadura. Así, en materia de Colocación sí se produjo esta revisión, o mejor dicho, una completa renovación con respecto al sistema de Colocación anteriormente instaurado. Al igual que en la época anterior se organizaron las llamadas Bolsas de Trabajo en los Comités Paritarios de la Organización Corporativa Nacional, se podría pensar que en la II República éstas se crearon en los llamados Jurados Mixtos,¹⁶⁸ que sustituyeron a los Comités Paritarios continuando con la tradición corporativa

¹⁶⁶ LOPEZ BAEZA, A.: *El paro obrero y sus remedios*, op.cit., pág. 70, citado en DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, op.cit., pág. 160.

¹⁶⁷ DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, op.cit., pág. 293.

Para un estudio completo de la II República, véase VV.AA.: *La República de los Trabajadores. La Segunda República y el mundo del trabajo*, Editor Julio Arostegui, Madrid, 2006.

¹⁶⁸ Ley de 27 de noviembre de 1931 de creación y organización de los Jurados Mixtos Profesionales, Gaceta de 28 de noviembre.

de la Dictadura. Sin embargo, se puede encontrar una diferencia principal, y es que ya en esta época no se crearon Bolsas de Trabajo en los Jurados Mixtos, sino que se organizó un verdadero Sistema de Colocación al margen de éstos, exceptuando la colocación agrícola que se organizó en los Jurados Mixtos de trabajo rural, designados por las entidades patronales y obreras para la regulación de las condiciones del trabajo agrario, atribuyéndosele la función - entre otras- de organizar Bolsas de Trabajo para procurar en todo momento darle ocupación a los obreros parados (Decreto de 7 de mayo de 1931 por el que se crean los Jurados Mixtos en la Agricultura, Gaceta de 8 de mayo).¹⁶⁹ Hay que destacar que uno de los objetivos principales del Gobierno Provisional de la II República fue resolver los problemas del medio agrario, y sobre todo los planteados por el paro forzoso.¹⁷⁰

Apartados los Jurados Mixtos como intervinientes en materia de colocación, hay que analizar si en la Constitución de 1931 -la primera Constitución Social en España- se creó un verdadero modelo de Colocación a tener en cuenta. Los dos preceptos que hacían referencia a la materia social fueron el Art. 33¹⁷¹ y el Art. 46;¹⁷² y de la lectura conjunta de ambos preceptos se pueden hacer las siguientes conclusiones:

¹⁶⁹ Por otra parte, eran las Delegaciones de Trabajo las que se encargaban de vigilar que en la colocación de obreros agrícolas no se cometiesen abusos que constituyeran infracciones de la legislación vigente, según la Orden de 8 de noviembre de 1933 sobre la intervención de las Delegaciones de Trabajo en la colocación de obreros agrícolas (Gaceta de 9 de noviembre). Además, dada la preocupación para el Gobierno del problema del paro en los medios rurales, por Decreto de 26 de marzo de 1936 (Gaceta de 27 de marzo), se declaró obligatorio circunstancialmente, para patronos y obreros agrícolas el acudir a las Oficinas o Registros de colocación con sus avisos de puestos vacantes o de falta de trabajo. MARTÍN VALVERDE, A.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; PÉREZ ESPINOSA, F.; VALDÉS DAL-RÉ, F.; CASAS BAAMONDE, M^a.E.; GARCÍA MURCIA, J.: *La legislación social en la historia de España*, op.cit., págs. 750 y ss.

¹⁷⁰ MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op.cit; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El Derecho del Trabajo en la II República”, *RL*, núm. 8, (2006), pág. 25.

¹⁷¹ El artículo 33 señala que “Toda persona es libre de elegir profesión. Se reconoce la libertad de industria y comercio, salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes”.

¹⁷² El artículo 46 señala que “El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección de la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económica-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores.

-No se deduce el modelo de colocación de trabajadores, esto es, si se decantaba por un modelo público, privado o mixto. Sin embargo el modelo existente en esta época se extrae de la normativa internacional en este aspecto. En este momento, el Convenio vigente en la OIT era el Convenio núm. 2 y la Recomendación núm. 1 sobre el desempleo. Esto quiere decir que el sistema de Colocación creado tenía que ser o bien público o bien mixto aunque las Agencias privadas o públicas de colocación creadas no podían tener carácter lucrativo.

-La libertad de elegir profesión fue uno de los principios de mayor calado en este momento, y no podía haber ningún tipo de restricción a la hora de elegir oficio por parte del trabajador, y esto se relacionaría con la posibilidad o no de la admisibilidad de las colocaciones obligatorias, que se tratará en el estudio pormenorizado de la legislación que lo regula. Tampoco se puede deducir del Art. 1 que señala que “España es una República de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia” que hubiera una obligación para los españoles de trabajar,¹⁷³ y por tanto, no se deduce de este artículo un sistema de Colocación obligatorio para los ciudadanos españoles.

-Por otra parte, y en cuanto a la posibilidad de que en el mismo organismo se gestionara la prestación por desempleo y la colocación de trabajadores, no se indicaba absolutamente nada, la única referencia directa en la Constitución al desempleo era la obligación de la República de “regular el paro forzoso”.

A nivel infraconstitucional, la norma que reguló el Sistema Nacional de Colocación fue la Ley 27 de noviembre de 1931, Gaceta de 28 de noviembre, (en adelante, LCO), y el Decreto de 6 de agosto de 1932, Gaceta de 13 de agosto, que aprobó el Reglamento para la aplicación de la Ley de 27 de noviembre de 1931 sobre Colocación obrera (en adelante RCO), y que fue una de las grandes leyes laborales de las Cortes Constituyentes, pues fue en esta época cuando “surgió el grueso de la obra política renovadora y reformadora que la II República trajo al país”.¹⁷⁴ La finalidad que tuvo esta ley fue la de “procurar una mejor transparencia en el mismo, facilitando la casación de la oferta y demanda de trabajo y el conocimiento, por parte de los poderes públicos, de los empleos disponibles”.¹⁷⁵ La estructura del Sistema Nacional de Colocación estuvo formada por una importante red

¹⁷³ En este sentido, véase POSADA, A.: *Tratado de Derecho Político*, Estudio preliminar por Monereo Pérez, J.L.: “El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada”, última edición en Comares, Granada, 2002, pág. 648.

¹⁷⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op.cit., pág. 215.

¹⁷⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El Derecho del Trabajo en la Segunda República”, op.cit., pág. 31.

descentralizada de Oficinas Públicas de Colocación pudiéndose crear Agencias de Colocación tanto públicas como privadas sin fines lucrativos, pues expresamente se prohibían las “Empresas Comerciales de Colocación y las Agencias de Pago”.

Al comparar la normativa en materia de intermediación en el mercado de trabajo de la Dictadura de Primo de Rivera y de la II República, se puede indicar que en ambas épocas estuvo vigente el Convenio núm.2 y la Recomendación núm.1 de la OIT sobre el desempleo. Sin embargo en esta última etapa fue cuando su regulación se adaptó a la normativa internacional, creando un verdadero sistema público de Colocación con la participación de la representación obrera y patronal,¹⁷⁶ incluso la legislación nacional fue aún más restrictiva en cuanto al uso de las Agencias retribuidas de Colocación que la normativa internacional, pues durante la II República se señaló expresamente que las empresas comerciales y agencias de pago se tendrían que extinguir en el plazo de un año sin tener derecho a indemnización por haberse disuelto, por lo que aquí no cabía la posibilidad de que las que ya existían siguieran funcionando con una autorización, como se indicaba en la normativa internacional.

El Sistema Nacional de Colocación dependió del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, organizándose la Colocación obrera por el Estado con el carácter de nacional, pública y gratuita.

-El término “nacional” no hizo referencia a un sistema de Colocación centralizado, sino todo lo contrario, pues se caracterizó por su fuerte descentralización pero siempre coordinado en todo el territorio nacional. El Servicio Nacional de Colocación estuvo confiado a los Registros locales de Colocación; a las Oficinas locales; a las Oficinas provinciales y regionales; y a la Oficina central siendo los dos primeros organismos la base del Servicio Nacional.¹⁷⁷ Las Oficinas locales se tenían que establecer en los Municipios de las capitales de provincia, en los pueblos que fueran cabeza de partido judicial y en aquellos otros, que sin tener esta categoría, por su importancia agrícola o industrial, convenía que se crearan Oficinas locales. Todos los demás pueblos, debían crear el Registro local de Colocación, y en cuanto a la creación de Oficinas de Colocación en pueblos que no fueran cabeza de partido, se tenía que solicitar en el Ministerio, previo informe de las

¹⁷⁶ Parece además todo indicar que los funcionarios de las oficinas de colocación de trabajadores fueron principalmente sindicalistas de la UGT. El Prof. Montoya así lo deduce del artículo 10 de La Ley de Colocación de 1931 al señalar que “en la elección de personal para el servicio de las oficinas se considerará como mérito, en igualdad de condiciones, el conocimiento de la técnica de los oficios y la práctica probada en cuestiones sociales”. Véase MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op.cit., pág. 227.

¹⁷⁷ VV.AA.: *Manual práctico de Colocación obrera*, Editorial Emilio García Enciso, Pamplona, 1934, pág.5.

representaciones patronal y obrera tramitándose por conducto de la Delegación Provincial de Trabajo respectiva.

-El término “público” hizo alusión al carácter público de las Oficinas de Colocación aunque también estaban permitidas otras Agencias de Colocación de carácter privado sin fines lucrativos. Ni en la ley ni en el Reglamento se señalaba expresamente cuáles podían ser las Agencias de Colocación sin fines lucrativos permitidas, aunque se pudo deducir del Reglamento (Art. 62 *in fine*) que iban a ser principalmente las Cámaras Oficiales de la Propiedad, del Comercio, de la Industria y de la Agricultura, Asociaciones Patronales¹⁷⁸ y Obreras y cualquiera otras semejantes. Y ello porque eran con éstas con quien iban a mantener relaciones para “conseguir la más abundante y conveniente colocación de trabajadores inempleados”. Pero no se deduce de tal normativa que las Agencias de Colocación sin fines lucrativos estuviesen autorizadas tal y como señala la Recomendación núm.1 OIT.

-El término “gratuito” significó que las informaciones y las colocaciones eran gratuitas para los obreros y patronos, y fue motivo de sanción el establecer “derechos, impuestos, arbitrios o retribuciones...”, y sólo se les podía cobrar tanto a unos como a otros o a los dos conjuntamente por los gastos de viaje y de transporte en el caso de que el obrero fuese desplazado a otro destino.¹⁷⁹ La financiación se llevó a cabo por los Ayuntamientos, Diputaciones, Mancomunidades o regiones que debían en lo sucesivo consignar el crédito correspondiente de sus presupuestos ordinarios (Art. 16 y Disposición Adicional del Reglamento).

En cuanto a sus funciones asignadas al Sistema Nacional de Colocación, no sólo fueron las de intermediación (para todos los colectivos, pero sobre todo para “las fuerzas de trabajo más débiles, defectuosas o readaptadas en los oficios adecuados”), sino que se le atribuyeron funciones de registro de oferta y demanda de trabajo, funciones en materia de

¹⁷⁸ Se puede deducir de la Ley de Asociaciones de 8 de abril de 1932 que éstas realizaban funciones de colocación, al indicar en su artículo 40 que “estando suspendida una Asociación Profesional, no queden abandonadas ni desatendidas las acciones de previsión, cultura y beneficencia”.

¹⁷⁹ En otras épocas en los que los sindicatos eran los que contaban con cajas de socorros para hacer frente al desempleo y oficinas de colocación también proporcionaban “socorros de viaje” para poder ocupar una plaza en todos los destinos, completando así la obra de la colocación. A este socorro de viaje se le denominó “Viático”, que se establecía en la mayoría de los países. DE LAS CASAS, F.: El paro forzoso, op.cit., pág. 45.

formación profesional¹⁸⁰ incluyendo el aprendizaje, la selección y orientación profesionales, estudio de los movimientos migratorios, de inspección de las Agencias de Colocación,¹⁸¹ de colaboración con otras entidades como los servicios de asistencia, estaciones de socorro, talleres, enseñanzas, subsidios, seguros, etc., y la función de estadística de las ofertas y demandas así como cualquier otra función o servicio concerniente a la colocación.

En cuanto a la función de intermediación, ésta fue voluntaria, pues no hubo una obligación ni por parte del obrero ni del patrono de acudir a las Oficinas Públicas de Colocación. Se podía comprobar tal voluntariedad en el RCO al señalar que “tenían que ser los mismos Registros y Oficinas, quienes, por la acertada orientación y los útiles rendimientos que lograsen, se ganaran la confianza de las partes interesadas, produciéndose el convencimiento de que les sería provechoso servirse de los organismos oficiales de colocación” (Art. 4 RCO). Y en el caso de que el empresario solicitara el trabajador en la Oficina, no era obligatorio presentarse personalmente pues se podía hacer bien por escrito o por medio de mandatario.¹⁸²

Así, los trabajadores y empresarios tenían plena libertad para optar por el intermediario que más le interesara. Aunque también podían acudir -además de a las Oficinas Públicas de Colocación- a las Agencias sin fines lucrativos, se podría incluso llegar a pensar que también -aunque de forma clandestina- seguían operando otras Agencias diferentes a las creadas legalmente que actuaban con importantes fines lucrativos.

Aunque la regla general era la voluntariedad a la hora de acudir tanto obreros como patronos a las Oficinas de Colocación, había una excepción que derivaba de la propia normativa estudiada. De este modo, el Art. 13 LCO y el Art. 68 RCO señalaban que el Ministro de Trabajo y Previsión, oída la Subcomisión correspondiente del Consejo de Trabajo, podía por Decreto aprobado en Consejo de Ministros, obligar a empresarios y

¹⁸⁰ Adquiere la formación profesional “una importancia económica verdaderamente efectiva”. OIT.: *La colocación de los trabajadores*, op.cit.

¹⁸¹ Concretamente, en el Decreto de 30 de octubre de 1935 sobre el Reglamento de los servicios generales del Ministerio de Trabajo, Justicia y Sanidad (Gaceta de 3 de noviembre) se señalaba que le correspondía al Servicio de Colocación obrera dependiente del Ministerio de Trabajo “la vigilancia para el cumplimiento de las indicadas disposiciones y la inspección de los organismos encargados en la ejecución de ellas, así como de las Agencias de colocación privadas”.

¹⁸² La importancia de las oficinas de colocación se demuestra en la aparición de normativa posterior indicando que las Delegaciones Provinciales de Trabajo van a dedicar especial atención a la creación y constitución de Registros y Oficinas Locales y Provinciales de colocación de acuerdo con las disposiciones vigentes en la materia (Decreto de 18 de enero de 1934 sobre Registros Oficiales locales, provinciales de colocación, Gaceta de 20 de enero).

obreros a acudir a las Oficinas de Colocación correspondientes con sus avisos de puestos vacantes o de falta de trabajo, a que aceptaran los empresarios a los obreros de la correspondiente categoría y a que aceptaran los obreros los empleos que les designe la Oficina. A los primeros se les admitía la negativa cuando se fundase en falta probada de competencia o de probidad de los obreros, y a éstos la que fundaran en la inadecuación notoria del empleo propuesto. En todo caso se exceptuaban de estas medidas las Empresas que no ocuparan más de cinco obreros o empleados y las profesiones domésticas”. Esta excepción, de dudosa constitucionalidad al no respetarse la “la libertad al trabajo” establecida en la Constitución republicana, se aplicó a los trabajadores agrícolas, pues el Decreto de 26 de marzo de 1936 (Gaceta de 27 de marzo) declaraba obligatorio -salvo para los empleos de confianza- que aceptasen los patronos a los obreros de las correspondientes categorías que se les designasen, y a los obreros los empleos que les señale el organismo de colocación respectivo; admitiéndose tan sólo la negativa de aceptación de unos u otros cuando estuviese fundada exclusivamente en los motivos que la ley marca (Art.1). Hay que tener en cuenta que los obreros agrícolas no sólo acudían en busca de un empleo a los Jurados Mixtos del trabajo rural, sino que su colocación también estaba gestionada por el Sistema Nacional de Colocación pues tanto la Ley de Colocación obrera (Art. 4) como el Reglamento (Art.53) incluían dentro del ámbito de aplicación de esta legislación a la rama de la agricultura, junto con la industria, el comercio y los servicios domésticos.

Junto a la función de intermediación voluntaria, y por lo que aquí se está analizando, el Servicio de Colocación también realizaba funciones de control del mercado de trabajo: el empresario tenía que comunicar obligatoriamente las plazas vacantes o la falta de ocupación; el obrero tenía que inscribirse presentando una serie de documentos: rellenar el boletín de inscripción acompañado de un certificado del “Negociado de Estadística” en el que hacía constar el empadronamiento en el municipio, un certificado del último patrono que hubiese tenido en el que indicaba la fecha y el motivo del paro. Una vez presentados estos documentos y verificados por la Oficina y pasados quince días, y una vez que el médico municipal dictaminase que era útil para el trabajo,¹⁸³ el obrero adquiría los derechos como inscrito.¹⁸⁴ Había un empleado que se encargaba de hacer la inscripción e indicaba el oficio o la profesión, categoría del mismo y especialización, y se le entregaba al obrero un volante que lo acreditaba como inscrito, teniéndose que presentar todas las veces en las que se acudiera al Registro. Hay que tener en cuenta que los que estuvieran inscritos en la Bolsa

¹⁸³ Se tenía que reconocer a los obreros para que las Bolsas de Trabajo no se llenen de cojos, mancos, ciegos, etc., porque se pensaba en este momento que las labores que se precisaban no podían ser desarrolladas por éstos en la mayoría de las ocasiones.

¹⁸⁴ Esta información deriva del Modelo de Hoja Divulgadora sobre la Bolsa Municipal de Trabajo de un determinado Ayuntamiento. Véase JUBINDO, B.: *Bolsas de Trabajo*, op.cit., pág. 23.

Municipal de Parados podían obtener las atenciones del organismo “Subsidios”, entregando por tanto la Bolsa Municipal subsidios en metálico como en especie como comidas y cenas, concederles alguna prórroga en el caso de que adeuden alquileres y se fuera a proceder al desahucio; servicios de barbería a los obreros sin trabajo, alojamiento en pabellones de Albergues Municipales, etc.¹⁸⁵ Fueron medidas añadidas a la gestión de la colocación para hacer frente al fuerte desempleo de la época.

Los obreros en principio no tenían preferencia unos sobre otros, pero si existían varios inscritos de idénticas condiciones, debería proponerse al inscrito más antiguo, pero había algunas excepciones, pues tenían preferencia los anotados con mayores cargas de familia,¹⁸⁶ y también se estableció una preferencia en el empleo para los trabajadores agrícolas, pues los patronos estaban obligados a emplear preferentemente a los braceros que fuesen vecinos del municipio.¹⁸⁷

Por otra parte, es necesario hacer una referencia a la gestión del paro, para ver la relación existente con las instituciones que se encargaban de la colocación de los trabajadores. Unos meses antes de crearse el Sistema Nacional de Colocación, entró en vigor el Decreto de 25 de mayo de 1931 (Gaceta de 27 de mayo) de Previsión social contra el paro forzoso, y el Decreto de 30 de septiembre del mismo año por el que se regulaba el Reglamento de la Caja Nacional contra el paro forzoso, de enorme similitud con el anterior Anteproyecto de 25 de abril de 1928.¹⁸⁸ Aunque se indicó expresamente en esta regulación que era un seguro incompleto y por tanto no definitivo, se implantó esta medida para salir

¹⁸⁵ JUBINDO, B.: *Bolsas de Trabajo*, op.cit., págs. 62-63.

¹⁸⁶ JUBINDO, B.: *Bolsas de Trabajo*, op.cit., pág. 23.

¹⁸⁷ Fue mediante el Decreto de 28 de abril de 1931 cuando se convirtió en Ley el 9 de septiembre de 1931 y comúnmente conocido con el nombre de “Ley de Términos Municipales”. Esta ley fue una de las más polémicas de las elaboradas por Largo Caballero, pues se produjo una importante restricción para los trabajadores agrícolas de otros municipios que estaban deseosos de salir de su localidad. Esta normativa fue derogada en el bienio radical-cedista, concretamente por la Ley de 28 de mayo de 1934 sobre contratación de trabajadores forasteros. Véase MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op.cit., pág. 210.

También en la bases de los Jurados Mixtos se incluyeron determinadas restricciones, como las cláusulas de colocación numérica y también las de turno rotativo. Véase MARTÍN VALVERDE, A.: “Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola”, en *Agricultura y Sociedad*, núm. 3, (1977), págs. 109-145 y “La supresión del monopolio público de la colocación”, op.cit., pág. 67.

¹⁸⁸ SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, op.cit., pág. 376.

del paso del problema del desempleo forzoso, que se agudizó sobre todo por la crisis de 1929 y que posteriormente se adoptaron otras medidas contra el paro, entre las que destacaron el incremento de los seguros de paro, realizar obras públicas y estimular las iniciativas privadas para absorber directamente a los obreros parados.¹⁸⁹

Se creó la Caja Nacional contra el paro forzoso como servicio del Instituto Nacional de Previsión que tuvo por fines el difundir la previsión especial contra el paro; asesorar al Gobierno y a las instituciones que vayan a luchar contra el paro; colocar a los parados o proporcionarles medios para atender a sus necesidades; administrar los fondos de la Caja y contribuir a los datos estadísticos sobre el paro. Sin embargo, quien gestionaba directamente el paro eran las llamadas *Entidades primarias reconocidas*, sin ánimo de lucro y bonificadas por el Estado y tenían que llevar una cuenta separada de los fondos destinados a tal previsión, y contribuir a la formación del fondo de solidaridad creado.¹⁹⁰ Estas *Entidades primarias* fueron principalmente “sociedades ugetistas o pro-socialistas”,¹⁹¹ y más tarde los Jurados Mixtos¹⁹² sobresalieron en la lucha contra el paro.

¹⁸⁹ Ley de 7 de julio de 1934 (Gaceta de 8 de julio) sobre creación de una Junta Nacional para la adopción de medidas contra el paro y concretamente la ley de 13 de febrero de 1935 (Gaceta 14 febrero) sobre obras públicas urgentes para remediar el paro obrero.

Hay que destacar que a nivel internacional también se fomentó la creación de obras públicas como uno de los medios clásicos de lucha contra el desempleo. En la Recomendación núm. 1 de la OIT sobre el desempleo señaló que los Estados reservasen dentro de lo posible las obras públicas para los períodos de desempleo. En 1937, la Recomendación núm. 50 fue la primera que realizó una programación internacional de las obras públicas y la Recomendación núm. 51 del mismo año también tuvo en cuenta una serie de medidas entre las que destacaba la realización de obras públicas para paliar el desempleo. Esta medida ha aparecido siempre con motivo de una crisis económica y concretamente en períodos de posguerra (en el mismo sentido, la Recomendación núm. 73 de 1944). Véase VALTICOS, N.: *Derecho internacional del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 289.

¹⁹⁰ En un primer momento, los beneficiarios del régimen de previsión contra el paro necesitaban, entre otros requisitos, afiliarse a una entidad primaria. Pero a partir de 1935 se aprobó un Decreto que daba una nueva redacción al artículo 20 del Decreto de 30 de septiembre de 1931 del Reglamento de la Caja Nacional contra el paro forzoso, y a partir de aquel momento se suprimió la obligación previa de afiliarse, siendo suficiente con la justificación de haber trabajado durante los seis meses precedentes al cobro de la bonificación en una misma profesión.

¹⁹¹ Del estudio de SAMANIEGO BONEU, M. (*La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, op.cit., pág. 382) se puede deducir que hubo alrededor de sesenta entidades primarias existentes, destacando las Casas del Pueblo de Valladolid, Madrid y Segovia, estando adscritas la mayoría de de estas instituciones a la central sindicalista UGT.

¹⁹² Por Ley de 25 de junio de 1935 (Gaceta de 26 de junio), de medidas transitorias para remediar el paro obrero, se potenció la creación de Cajas de paro forzoso en los Jurados Mixtos, considerándose por tanto como *Entidades Primarias*.

Así pues, no se le atribuyó al Servicio Nacional de Colocación la gestión del paro, siendo las protagonistas las Asociaciones Obreras, pues podían ser al mismo tiempo Oficinas de colocación y *Entidades primarias* de gestión del seguro de paro forzoso. Así, el Servicio Nacional de Colocación se quedó más bien como un organismo de control a los efectos estadísticos y de control del desempleo principalmente, aunque también tuvo -al menos asignadas- importantes labores de “puesta a punto” de colectivos desfavorecidos, realizando por tanto, a través de las funciones de formación profesional, una importante política de colocación.

3.2. Un nuevo Convenio OIT ratificado durante la II República

Coincide con este período histórico la adopción a nivel internacional de un nuevo Convenio en materia de Colocación: concretamente el núm. 34, aprobado en la Conferencia de Ginebra en 1933 y la Recomendación núm. 42, del mismo año, sobre las Agencias retribuidas de Colocación y ratificado por España en el año 1935.¹⁹³ Es necesario tener en cuenta, en primer lugar, los cambios con respecto al Convenio núm. 2 y a la Recomendación núm. 1 sobre el desempleo, para conocer si las tesis que mantenía inicialmente la OIT en materia de colocación las conserva con la adopción de un nuevo Convenio en la materia, o si por el contrario se produce un distanciamiento. En segundo lugar, determinar si la legislación vigente en España al ratificarse este nuevo Convenio -LCO y RCO- iban en la misma línea o si por el contrario fue necesario realizar adaptaciones.

1. El Convenio núm. 34 no se opuso al Convenio núm. 2, sino que aclaró y desarrolló lo ya establecido en éste. No hay que olvidar que en el año 1919 el Convenio trataba sobre el desempleo, y por tanto no desarrollaba ni analizaba de forma minuciosa la colocación de los trabajadores, sino que indicaba las pautas a seguir para luchar contra el desempleo, siendo su fin principal la creación de un sistema público de Colocación con representación obrera y patronal y la eliminación “lo antes posible” de las Agencias retribuidas de Colocación. De este modo, el Convenio núm. 34 encuadró dentro del término *Agencia retribuida de colocación* tanto a las Agencias de Colocación con fines lucrativos y a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.

En cuanto a las primeras, cada Estado Miembro en el momento en que entrase en vigor este Convenio, tenía que suprimirlas dentro de un plazo de tres años, aunque la autoridad competente en casos excepcionales y previa consulta a las organizaciones interesadas de trabajadores y empleadores podía autorizar aquellas “que perteneciesen a profesiones en las que la colocación se efectuase en condiciones especiales que justificasen la

¹⁹³ Ley de 29 de marzo de 1935 (Gaceta núm. 90, de 31 de marzo).

excepción” (Art. 3.2. Convenio núm. 34). Es decir, se dejaba libertad para que cada Estado Miembro determinase las excepciones, sin realizar desde la normativa internacional una lista exhaustiva de las profesiones en las cuales estaba permitido que hubiese *Agencias retribuidas de colocación*. Además, durante el plazo de esos tres años “transitorios” en los que podían funcionar tales Agencias, tenían que estar sujetas a la vigilancia de la autoridad competente y sólo podían percibir los derechos y los gastos que figurasen en una tarifa aprobada por dicha autoridad (Art. 2.2.b Convenio núm. 34).

En cuanto a las segundas, esto es, las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, podían cobrar estrictamente por los gastos ocasionados, lo que el mismo Convenio denominaba “derecho de entrada, cotización o remuneración cualquiera” (Art. 1.1.b). Estas agencias, aunque también eran retribuidas, podían funcionar siempre y cuando poseyeran una autorización de la autoridad competente y estuvieran sujetas a la vigilancia de dicha autoridad y siempre que no percibiesen una retribución superior a la tarifa fijada por la autoridad competente (sólo para los gastos ocasionados) y no colocasen o reclutasen a trabajadores en el extranjero, a no ser que ello estuviera autorizado por la autoridad competente.

En definitiva, este Convenio con respecto al anterior lo que hace es aclarar el concepto de *agencias retribuidas de colocación* y además poner un plazo fijo (tres años) para la supresión de las Agencias con fines lucrativos aclarando lo señalado en el Convenio núm. 2 que establecía la supresión de tales Agencias “lo antes posible”. Además, se pretendía proteger al trabajador y para ello el Convenio núm. 34 señalaba que los Estados Miembros tendrían que establecer sanciones penales apropiadas (Art.6). También se recomendó la especialización por profesiones de las Oficinas públicas de Colocación y se prohibió la realización de operaciones de colocación en locales que obtuviesen beneficio por desarrollar actividades como la explotación de despachos de bebidas, hoteles, compraventa de ropas usadas, casas de préstamos y cambios de monedas.

Sin embargo este Convenio adoptado en el contexto de la Gran Depresión tan sólo tuvo 11 ratificaciones, lo que hizo reflexionar a la OIT introduciendo mayor flexibilidad en la regulación de las Agencias de Colocación de cara a una mayor aceptación por los países Miembros.¹⁹⁴

2. Tanto la LCO como el RCO se ajustaban a la nueva normativa internacional, y ello porque se indicaba en la Disposición Transitoria 1ª que las Agencias de pago se suprimirían en el término de un año, por lo que no le afectó la obligación de suspensión de las Agencias con fines lucrativos en el plazo de tres años tal y como indicaba el Convenio

¹⁹⁴ GRAVEL, E.: “ILO standards concerning employment services”, VV.AA.: *Merchants of Labour*, OIT, Ginebra, 2006, pág. 146.

núm. 34. Sin embargo, la normativa republicana no establecía ninguna excepción en relación a aceptar algunas Agencias de Colocación con fines lucrativos, pues concretamente en el RCO se señalaba que las Agencias de Colocación privadas que se dedicasen especialmente a la de artistas de teatro, frontones, toros y otros espectáculos quedaban también sometidas a las condiciones generales que imponía la LCO y el citado Reglamento.

Por otra parte, también en la LCO se aceptaban las Agencias de Colocación que fuesen gratuitas para los trabajadores,¹⁹⁵ lo que se deduce que podrían cobrar al empresario. Lo que se tendría que haber realizado para que la normativa interna se ajustara a lo establecido en la normativa internacional, era autorizar tales Agencias antes de que actuaran en la práctica, pues no estaba previsto ni en la LCO ni en el RCO. También se tendría que haber fijado la cantidad que podían cobrar tales Agencias sin ánimo de lucro al empresario, tal y como señalaba la OIT.

Para concluir, el modelo de Colocación establecido se ajustó a la normativa internacional vigente, incluso con el nuevo Convenio núm. 33 y la Recomendación núm. 42 de la OIT que ponían fin a la colocación lucrativa en el acceso al mercado de trabajo.

Además, la normativa vigente en esta época se ha catalogado como de las más avanzadas, pecando incluso de una desmesurada modernidad y ello porque lo que se hizo fue trasladar el sistema de Colocación implantado en Alemania, que ya estaba bastante experimentado, a un país (España) en el que no contaba con anterioridad con un sistema de Colocación organizado, y la consecuencia fue la ineficacia de esta normativa en algunos aspectos,¹⁹⁶ y además no tuvo a su favor que perdurara en el tiempo y se consolidara tras analizar los aspectos positivos y negativos de este sistema, debido, como a continuación se pasa a analizar, a las circunstancias históricas del momento.

¹⁹⁵ Esta normativa iba acorde con la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, que aunque no regulaba la colocación de trabajadores, sí se incluía en su articulado algunos aspectos relacionados con los estadios previos al contrato de trabajo. Concretamente, el artículo 19, primer párrafo, indicaba que “los gastos que ocasione la celebración del contrato de trabajo los pagará el patrono, si no se hubiere pactado lo contrario”. Esto significa que si se contemplaba expresamente -además se indicaba en el Convenio núm. 34 de la OIT- quiere decir que efectivamente había gastos relacionados con la colocación de trabajadores.

¹⁹⁶ LÓPEZ BAEZA, A.: *El paro obrero y sus remedios*, Artes Gráficas Municipales, Madrid, 1933, pág. 76.

4. El modelo de Colocación en la Guerra Civil

Durante el período que dura la Guerra Civil en España (1936-1939), cada bando tuvo su propia normativa, aunque una de las características comunes en materia de colocación en esta época fue el incumplimiento absoluto de la normativa internacional, y el empeoramiento del modelo hasta ahora instaurado. Y es necesario indicar para entender la Actividad de Colocación en este momento, que la Guerra Civil comenzó con una fuerte tasa de desempleo de carácter agrícola, aunque avanzada la contienda las tasas de paro fueron más elevadas en el sector industrial.¹⁹⁷

1. El bando republicano, como es lógico, pretendía conservar la legislación vigente en el período precedente, y en materia de Colocación mantuvo la legislación anterior, aunque hay algunas modificaciones que exceptuaban la legislación republicana. Concretamente, un Decreto de 23 de diciembre de 1938 obligó a todos los trabajadores a contar con un certificado oficial de trabajo, solicitándose a través del patrono o de la empresa y expedido bien por el Jurado Mixto, o en su defecto por la Oficina Local o registro de colocación obrera o por el presidente del Consejo municipal. Este certificado era obligatorio para poder gozar de cualquier derecho social y en principio su plazo de validez fue de entre un año y dos años, aunque este plazo fue ampliado por Decretos posteriores.

Pero además se produjo una modificación con respecto a la legislación republicana, pues en este momento no todas las Oficinas de Colocación que funcionaron durante la II República se mantuvieron durante la Guerra Civil y concretamente en el bando republicano, pues a partir del Decreto de 11 de agosto de 1936 sólo se iba a proceder a la colocación de obreros de aquellos que estuvieran inscritos en los registros y en las Oficinas de Colocación que pertenecieran a las Organizaciones Sindicales partidarios de la República,¹⁹⁸ convirtiéndose la inscripción en obligatoria y además en un determinado tipo de Agencia de Colocación. Salvo estos cambios producidos, no va a haber una ampliación de legislación debido a que la zona republicana iba decreciendo poco a poco, al agrandarse el bando nacional.

¹⁹⁷ Para un análisis exhaustivo del desempleo en esta época, véase SÁNCHEZ MUÑOZ, A.: “El desempleo obrero durante la guerra civil. 1936-1939”, *RTSS*, núm. 15, julio-septiembre, (2004), págs. 105 y ss.

¹⁹⁸ Se indica, además, que “de no existir en los registros y oficinas de colocación número suficiente de inscritos de la condición sindical indicada para poder cubrir las ofertas de empleo hechas por los patronos, las vacantes se distribuyen entre las aludidas organizaciones sindicales, en proporción a su importancia numérica, encomendándoles que sean provistas directamente por ellas”. Véase DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, op.cit., pág. 425.

2. Uno de los aspectos generales de la normativa del bando nacional fue no reconocer legitimidad alguna a las normas republicanas, y ello se manifestó por Decreto de 1 de noviembre de 1936, sometiendo las normas anteriores a examen por la Comisión de Justicia de la Junta Técnica del Estado y derogándose algunas que eran contrarias a los intereses nacionales.¹⁹⁹ Aunque también cambió la normativa de Colocación, en un principio tuvieron que utilizar las instituciones ya creadas para gestionar las ofertas y demandas de trabajo.

Se crea un modelo de Colocación muy diferente al establecido en la II República, con un proceso de colocación muy intervenido, con importantes restricciones a la libertad del trabajo y a la libertad de empresa, imponiendo en la mayoría de las ocasiones el trabajo por un lado, y la obligación de contratar a determinados colectivos, por otro, pues uno de los aspectos que más llama la atención fue la sobreprotección al combatiente, y también, aunque en menor medida, a la mujer, cuestiones que se pasan a analizar.

-En un primer momento se utilizaron algunas Oficinas de Colocación creadas en la II República (a excepción de las Organizaciones Sindicales partidarias de la República, como ya se ha analizado), y además se hizo uso de lo previsto en el Art. 13 LCO para obligar en el bando nacional a empresarios y obreros a acudir a tales Oficinas y no sólo esto, sino a aceptar los primeros a los obreros de la correspondiente categoría y a que aceptaran los obreros los empleos que les designase la Oficina.

Pero se produjo un importante cambio tras la promulgación del Fuero del Trabajo el 9 de marzo de 1938, pues en su Declaración XIII, epígrafe séptimo, se indicaba que la *Organización nacionalsindicalista* del Estado establecería Oficinas de Colocación para proporcionar empleo al trabajador de acuerdo con su aptitud y mérito. Es decir, la colocación se iba a gestionar por un organismo corporativo, al igual que ya ocurrió en la Dictadura de Primo de Rivera y también en los sistemas autoritarios en Alemania, Italia y Portugal.²⁰⁰ Pero hasta que se creó la *Organización nacionalsindicalista*, esto es la Organización

¹⁹⁹ Véase MALDONADO MOLINA, J.A.: *Génesis y evolución de la protección social por la vejez en España*, op.cit., pág. 74.

²⁰⁰ En el Estatuto del Trabajo Nacional portugués de 1933 en su artículo 46 señalaba que “los servicios de colocación de los trabajadores son normalmente de iniciativa de los organismos corporativos, en especial de los sindicatos. Se reconoce a las empresas la libertad de elección de sus empleados o asalariados, pudiendo sin embargo las mismas estar obligados en ciertos casos, a no tomar ninguno fuera de las listas elaboradas por los servicios de colocación dependientes de las Corporaciones...”; la *Carta del Lavoro* italiana señalaba en su Declaración XXIII y XXIV que las “Oficinas de Colocación se constituyen, a base paritaria bajo el control de los órganos corporativos del Estado. Los dadores de trabajo tienen obligación de colocar a los trabajadores por intermedio de dichas oficinas. Estos tienen la facultad de elegir entre todos los inscritos en las listas, dando preferencia a los que pertenecen al partido y a los sindicatos fascistas, según la antigüedad de su inscripción. Las Asociaciones Profesionales de Trabajadores tienen la obligación de ejercitar una acción selectiva entre los trabajadores dirigida a elevar

Sindical Española que integraba a su vez a los Sindicatos Verticales que fueron los que gestionaron la colocación, las Oficinas de Colocación dependieron del Servicio Nacional de Emigración,²⁰¹ que se desarrolló por la Orden de 18 de junio de 1938 y que comprendía distintas secciones entre las que se encontraba la de colocación y ésta a su vez se dividía en dos subsecciones: la de *Distribución del Trabajo* y el *Servicio de Reincorporación al Trabajo de los combatientes*.²⁰²

La primera de ellas se dividía en las Oficinas siguientes: los “Organismos de Colocación” que se encargaban de la reglamentación, inspección y relaciones con las oficinas y registros de colocación establecidos en las provincias, aprobación de sus presupuestos, destinos de su personal, normas para la propaganda del servicio y atribuciones del mismo; b) normas de colocación, interviniendo en los regímenes especiales de colocación (inválidos, mutilados de guerra, ex combatientes, familias de combatientes muertos en campaña, mujeres, jóvenes o aprendices en general, etc; “Crisis de Trabajo” que tuvo a su cargo el conocimiento de estas crisis y sus causas; y la “Oficina Central de Colocación” que fue el órgano superior jerárquico de todas las Oficinas Provinciales.

La segunda de ellas, esto es, el *Servicio de Reincorporación al Trabajo de los combatientes* a su vez se desarrolló en tres Oficinas: la de “Protección y Ordenamiento” que le correspondía todo lo relacionado con la legislación en general sobre esta materia; la de “Estadísticas”, y la de “Incidencias”, encargada esta última de solucionar divergencias entre patronos y obreros.

Este organismo, que fue creado por la Orden de 14 de octubre de 1937, y que fue modificado en alguna ocasión,²⁰³ sirvió para proteger a los encuadrados en Ejércitos o Milicias para que no sufriesen “perjuicio alguno el día de la victoriosa terminación de la

siempre más su capacidad técnica y su valor moral”. No se indica nada, sin embargo, en la Ley Alemana de ordenación del Trabajo Nacional de 20 de enero de 1934. La consulta de tales normas se puede realizar en SERRANO Y SERRANO, I.: *El Fuero del Trabajo. Doctrina y Comentario*, Casa Martín, Valladolid, 1939, págs. 479-520; PEDREGAL, L.J.: *Notas al Fuero del Trabajo*, Cerón, Madrid, 1938, págs. 160 y ss.

²⁰¹ El Decreto de 13 de mayo de 1938 señaló que mientras se estableciese la nueva Organización Sindical, los Servicios del Ministerio de Organización y Acción Sindical encomendarían a las Jefaturas de Servicios Nacionales y concretamente en metaría de colocación le correspondería al de Emigración.

²⁰² Hay que tener en cuenta que la organización de todas las Oficinas de Colocación se iban a distribuir de forma diferente a partir de la Orden de 31 de agosto de 1938. De este modo, los organismos de colocación seguirían divididos en tres categorías: las Oficinas provinciales de migración, las Oficinas locales de colocación y los Registros municipales, y en las Oficinas locales de colocación en las capitales de provincia se instalaron junto con las Oficinas provinciales de migración en la Central Nacional Sindicalista.

²⁰³ Se modificó por Decreto de 14 de octubre de 1938.

guerra”.²⁰⁴ Con su creación no se pretendió tanto la colocación en ese momento como la organización de su futura colocación, llevándose a cabo una labor encaminada a lograr y a conocer la situación como colocado o parado en que se encontraba cada combatiente nacional el día en el que se terminase el conflicto, y preparar la reincorporación; en definitiva, fue un “órgano dedicado a la reparación de los desastres de la guerra”²⁰⁵ en el que se pretendía conocer la situación de colocado o parado de cada combatiente el día de la desmovilización.

-La sobreprotección al combatiente no sólo se refleja en la creación de un Servicio de Colocación específico para éstos (el *Servicio de Reincorporación al Trabajo*) sino también en el compromiso que adquiría el Estado para incorporar a la juventud combatiente²⁰⁶ y en reservar puestos de trabajo para éstos: concretamente, el Decreto de 12 de marzo de 1937 reservaba el 50 por 100 de las plazas vacantes de empleados o funcionarios del Estado, Provincia o Municipio existentes el 18 de julio de 1936 y de las que en lo sucesivo quedarán en tal situación a los combatientes y sus familiares.²⁰⁷ También hubo una obligación de

²⁰⁴ La Ley de Contrato de Trabajo lo único que preveía en esta materia era no dar por terminado el contrato en caso de ausencia motivada por servicio militar. Véase SERRANO Y SERRANO, I.: El Fuero del Trabajo: doctrina y comentario, op.cit., pág. 123.

²⁰⁵ DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho español del trabajo* op.cit., pág. 433.

²⁰⁶ En la Declaración XVI del Fuero del Trabajo de 1938 se indicaba que el Estado se comprometía a “incorporar la juventud combatiente a los puestos de trabajo de honor o de mando, a los que tenían derecho como españoles y que habían conquistado como héroes”.

Hubo alguna normativa posterior al Fuero, destacando la primera de ellas, el Decreto de 5 de abril de 1938 que aprobó el Reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria.

²⁰⁷ Para promover tales plazas se tenía que anunciar concurso u oposición entre combatientes cuando se tratase de plazas reservadas a éstos, y si se tratase de plazas no reservadas se haría por concurso u oposición libre, pero en casos de empates en las calificaciones y para determinar la preferencia entre los concursantes, se tendría en cuenta una escala de méritos, como haber sido recompensado en cualquiera de las formas señaladas en el Decreto 192 de la Junta Técnica; la mayor permanencia en unidades de combate destinadas en primera línea y por último, en iguales condiciones, el que ostente mayor empleo o categoría militar y, en su defecto, la mayor edad.

En algunos países, como es el caso de Italia, también los excombatientes y mutilados de guerra se beneficiaron de una prioridad de colocación. La Carta del Trabajo estableció un orden de preferencia y también las disposiciones reglamentarias del RD del 29 de marzo de 1928 y se le otorga un derecho de prioridad a los excombatientes en igualdad de condiciones respecto a moralidad y capacidad profesional. En lo que se refiere a los mutilados de guerra, una ley de 21 de agosto de 1921 establece la proporción obligatoria en su contratación, para la cual únicamente son competentes las secciones regionales de la “Obra Nacional de Inválidos de Guerra” y éstos pueden inscribirse como parados en las agencias de colocación y hallar un empleo por mediación de éstas. Véase OIT.: *La colocación de los trabajadores...*, pág. 118.

reserva de puestos de trabajo para los mutilados tanto para los puestos vacantes en el Estado, Provincia y Municipio, en las empresas relacionadas con el Estado y asimiladas a éstas, así como un orden de preferencia para las empresas particulares.²⁰⁸

-También fue protegida la mujer, aunque de una forma muy particular, que hoy en día se puede entender más que como una protección, como una discriminación. La Orden de 27 de diciembre de 1938 exigía a los delegados de trabajo y a los sindicatos que aportaran datos para implantar “medidas informativas” (oficios en los que se debía fomentar la ocupación), “medidas preventivas” (preferencia de empleo y creación de escuelas de aprendizaje) y “medidas mitigadoras” (prohibición de empleo de hombres en los establecimientos dedicados a la venta exclusiva de artículos para la mujer, y prohibición de empleo de la mujer casada a partir de ciertos niveles de ingresos del marido).²⁰⁹ Además, otro dato “discriminatorio” fue la separación de Oficinas y Registros de Colocación de hombres y mujeres por Orden de 27 de diciembre de 1938.

5. El modelo de Colocación en el Franquismo

El régimen jurídico de la Colocación de trabajadores durante el período franquista, al igual que ocurrió con las demás materias, se basó en lo que ya se había fijado durante la Guerra Civil para el bando nacional y concretamente se tomó como base lo ya proclamado en el Fuero del Trabajo. El régimen de Colocación se caracterizó por una cierta unidad en todo el período: adquirieron un importante protagonismo los organismos corporativos a la

²⁰⁸ En general, el Estado, la Provincia y el Municipio tenían que reservar el 30 por 100 de las plazas vacantes en los empleos subalternos y en los Cuerpos llamados auxiliares de la Administración, así como también los Oficiales de Correos y Telégrafos. Y los cargos que recibían el nombre de facultativos y técnicos y de servicios especiales, en la Ley municipal, y siempre que su ejercicio requiriese un título profesional del Estado, se reservarían en Diputaciones y Ayuntamientos en una proporción de una plaza por cada cinco vacantes. Las empresas en relación con el Estado, por gozar de monopolio o disfrutar de subvención y los Bancos, Instituciones Públicas de Beneficencia, Cámaras de Comercio, de la Propiedad, etc.; tenían que reservar a los mutilados una plaza por cada siete vacantes de carácter administrativo y de los demás empleos subalternos el 20 por 100 de las vacantes. Y por último, las empresas particulares colocaron a los mutilados en toda clase de trabajos, para aquellos tengan aptitud, a razón de uno por cada veinte empleados o fracción superior a diez. Además, para que un individuo se pudiese colocar tenía que estar el individuo en la condición legal de mutilado para lo cual tenía que poseer el título de “Caballero mutilado” y una copia del acta de la declaración médica de la Junta facultativa permanente.

²⁰⁹ DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, op.cit., pág. 496.

hora de organizar la colocación, hubo un numeroso “contenido material proteccionista”²¹⁰ propio de una política social armónica²¹¹ a favor de los trabajadores, y se restringió la libertad de empresa. Estas características son simplemente una derivación de los componentes ideológicos de la época, caracterizada principalmente por un intenso protagonismo estatal en el ámbito socioeconómico y por la monopolización por parte del Estado a la hora de regular las condiciones de trabajo.²¹² A pesar de los aspectos que son comunes a todo el período franquista, es necesario hacer una división en el estudio del modelo de Colocación, pues a medida que fue avanzando la Dictadura y se producían al mismo tiempo cambios económicos, el modelo de Colocación -aunque único en todo el período- se va flexibilizando y abriendo las puertas a un cambio de modelo que tiene su inicio con la ratificación de nuevos Convenios de la OIT y que empieza a cambiar en el período de la Transición Política.

5.1. (1939-1958) Un acentuado intervencionismo en la Colocación

En un primer momento las Oficinas de Colocación dependieron del Servicio Nacional de Emigración -al igual que ocurrió durante la Guerra Civil- hasta que se crearon los Servicios de Colocación Obrera por Decreto de 3 de mayo de 1940, que dependían directamente de la Delegación de Sindicatos de Falange Española tradicionalista y de la J.O.N.S. El régimen de colocación de trabajadores durante esta etapa se consolidó con la Ley de 10 de febrero de 1943 de colocación obrera (LCOF) derogándose expresamente la LCO y el RCO de la II República. El régimen de Colocación se organizó con carácter *nacional* (creándose servicios de colocación de ámbito nacional, provincial, comarcal y local) *público* y *gratuito* (eran sostenidos económicamente por la Delegación Nacional de Sindicatos).²¹³ En este momento no había representación obrera y patronal, tal y como exigía

²¹⁰ VIDA SORIA, J.: “La Reforma del marco normativo para la ordenación de las relaciones de trabajo”, en VV.AA.: *La incidencia del Mercado Laboral sobre la estructura, el empleo, y las condiciones del mercado de trabajo en Andalucía*, CARL, Sevilla, 1997, pág. 18.

²¹¹ Para un estudio del organicismo armónico-corporativista español véase RUIZ RESA, J.D.: *Trabajo y franquismo*, Comares, Granada, 2000, págs. 35 y ss.

²¹² SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Akal, Madrid, 1982, págs. 63-64; “Bases ideológicas de las normas laborales en la primera etapa nacionalsindicalista”, VV.AA. (Galán García, A. Coord.): *Intervención pública en las relaciones laborales*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 39.

²¹³ Se discutía por el momento, no sólo en España sino en otros países, sobre la gratuidad del servicio: se pensó en cobrar una mínima cantidad a empresas y trabajadores para evitar que supusiera una carga

la OIT, pues el que estuvieran sostenidos por la Delegación Nacional de Sindicatos no significaba que intervinieran agentes sociales, ya el sindicalismo en ese momento era un instrumento al servicio del Estado y no representaba intereses distintos a los nacionales.²¹⁴

La vinculación de los trabajadores y empresarios al Servicio de Empleo era obligatoria, realizando el Servicio de Colocación obrera una función, al menos desde el punto de vista teórico,²¹⁵ muy acentuada de control del mercado de trabajo:

En cuanto a los trabajadores, éstos tenían que estar inscritos en el fichero nacional de trabajadores, en el que se iban incluyendo progresivamente todos los que se iban encuadrando en las Oficinas de Colocación, y debían tener en sus manos la “Cartilla Profesional” pues los patronos o empresas no podían admitir al trabajo a quien no la poseyera,²¹⁶ y además se fijaban multas en el caso de que el trabajador incumpliera las normas establecidas en la ley, concretamente se sancionaba el incumplimiento con una multa de cinco a mil pesetas de acuerdo al procedimiento general del Reglamento de la Inspección Nacional de Trabajo. Hay que tener en cuenta, que el contenido de las Leyes Fundamentales²¹⁷ en relación a la colocación obligatoria se flexibilizó durante este momento, pues el deber de trabajar no se manifestó como una obligación de trabajar sino como una obligación de acudir al Servicio de Colocación obrera siempre que se quisiera trabajar.

Por otra parte, había limitaciones en la inscripción de algunos colectivos, concretamente en el acceso al empleo de la mujer, pues por Orden del Ministerio de Trabajo de 17 de noviembre de 1939 se indicó que las mujeres no podrían inscribirse en las Oficinas Sindicales de Colocación, y por lo tanto adquirir un puesto de trabajo, si no eran cabezas de

para los contribuyentes, incluso no sólo cobrar por la “intermediación” sino también por la inscripción, lógicamente, como advirtió algún autor (GONZÁLEZ GALLEGO, R.: *El derecho al trabajo y su protección en la legislación española...*, op.cit., págs. 71-72) este razonamiento carecía de solidez pues los servicios de colocación eran una obligación más del Estado.

²¹⁴ Véase RUIZ RESA, J.D.: *Trabajo y Franquismo*, op.cit., pág. 103 en la que hace una crítica a la estructura del Sindicato Vertical.

²¹⁵ Se ha podido comprobar que el control de la colocación mediante la Cartilla Profesional y las Oficinas de Colocación resultaron instrumentos ineficaces. BABIANO MORA, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España (1938-1958)*, CES, Madrid, 1998, págs. 45 y ss.

²¹⁶ La “Cartilla Profesional” se establece por Decreto de 3 de mayo de 1940.

²¹⁷ La Declaración I. 5 del Fuero del Trabajo señalaba que “será exigido inexcusablemente, en cualquiera de sus formas, a todos los españoles no impedidos, estimándolo tributo obligado al patrimonio nacional”, y el artículo 24 del Fuero de los Españoles señalaba que “todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil”.

familia o no reunían determinadas condiciones, aunque esta Disposición se suavizó más tarde respecto a las mujeres con título académico.²¹⁸ Fue una medida para aplicar el principio establecido en la Declaración II.1 del Fuero del Trabajo acerca de la “liberación de la mujer casada del taller y de la fábrica”, constituyendo una clara manifestación del planteamiento “excesivamente paternalista y familiar-orgánico de la política social del Régimen en torno al trabajo femenino, pero también tenía como intención -aunque escondida, pues lo que se “vendía” era la protección a la mujer- la de liberar puestos de trabajo para los excombatientes y llevar a cabo una política demográfica.²¹⁹ De la misma forma se prohibió la inscripción y por tanto la colocación a los menores de veinte años que no fueran cabezas de familia o reuniesen determinadas condiciones, por Orden de 23 de septiembre de 1939.²²⁰

Por otra parte, a pesar de lo que quedaba establecido en el Convenio núm. 2 y la Recomendación núm. 1 sobre el paro forzoso, no se creó un subsidio de desempleo, por lo que no existió una medida directa para combatir éste, al no crearse una verdadera prestación por desempleo.

En cuanto al empresario, éste estaba obligado a solicitar a la Oficina de Colocación los trabajadores que necesitara así como comunicar, junto con el trabajador, la terminación del contrato de trabajo. Y se impusieron preferencias en el empleo,²²¹ que fueron de carácter

²¹⁸ Se constató por documentos de la época (VV.AA. (Nuñez-Samper Macho-Quevedo, A. Director): *Empleo*, Consejo Social de la Organización Sindical Española, Madrid, 1959, pág. 173) que esta Orden producía un grave perjuicio para las hijas solteras que aun queriendo trabajar no podían hacerlo ya que lo necesitaban al ser insuficiente el jornal del padre para el sustento de toda una familia. Por este motivo, se hizo una interpretación “flexible” de la citada normativa, entendiéndose que el Fuero del Trabajo se podía interpretar a favor de la colocación de la mujer soltera, incluso así lo apoyaba la propia doctrina eclesiástica. Por otro lado, también se indicó que no todo trabajo realizado por la mujer casada estaba prohibido, sino solamente el que desempeñaba en el taller y en la fábrica. Véase RUIZ RESA, J.D.: *Trabajo y franquismo*, op.cit., págs. 141-142.

²¹⁹ RUIZ RESA, J.L.: *Trabajo y franquismo*, op.cit., págs. 141-145.

²²⁰ VV.AA. (Nuñez-Samper Macho-Quevedo, A. Director): *Empleo*, op.cit., pág. 173.

²²¹ Las preferencias en el empleo consistieron en imponer que determinados puestos de trabajo sólo pudieran ser ocupados por personas de estos determinados grupos (RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo”, en VV.AA. (Borrajo Dacruz, E. Director): *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo IV, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, pág. 467. Estas preferencias en el empleo, en la teoría, se tenían que cumplir por parte del empresario pues en el caso de que se produjera el incumplimiento, la misma ley lo sancionaba con una multa también de cinco a mil pesetas de acuerdo al procedimiento general del Reglamento de la Inspección Nacional de Trabajo. Pero, sin embargo, se constató que fueron de “efectividad casi nula en la práctica”. Véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Protección al empleo de colectivos específicos”, en VV.AA. (Borrajo Dacruz, E. Director): *El Estatuto de los Trabajadores Comentarios a las leyes laborales*, Tomo IV, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, págs.475 y ss.

político para proteger a los excombatientes²²² o para “premiar” a aquellos camaradas que acreditaran estar en el Frente de Juventudes,²²³ y también hubo otras preferencias en el empleo de carácter “tuitivo” para proteger al trabajador por cuestiones familiares (a los cabezas de familias numerosas)²²⁴ o para proteger a los despedidos de forma injustificada por parte de los empresarios.²²⁵ En todas estas ocasiones, se produjo una restricción considerable a la libertad de contratación del empresario -que en algunos casos estaba muy restringida-²²⁶

²²² Los excombatientes en paro tenían preferencia para ocupar los puestos vacantes en todas las actividades de la producción, tal y como se señalaba en la Declaración XVI del Fuero del Trabajo, en el que el Estado se comprometía a incorporar la juventud combatiente. Así pues, el porcentaje para el empleo preferente era muy alto, pues se reservaban para ellos el 80 por 100 de las vacantes que se hubieran producido en las plantillas de las empresas. Véanse las Órdenes de 25 de agosto de 1939 sobre la colocación preferente en las empresas y la de 27 de mayo de 1940.

²²³ La Orden de 11 de septiembre señalaba la preferencia en la colocación de los camaradas pertenecientes a las Falanges de Voluntarios, y en igualdad de condiciones profesionales, no podía colocarse ningún otro mientras hubiera algún camarada perteneciente a dichas Falanges de Voluntarios que se encontrase en paro. Además, la ficha y documentación de los pertenecientes a dichas Falanges de Voluntarios tenían distinto color o signo fácilmente distinguible de los que no pertenecían. Y podía el Frente de Juventudes gestionar directamente la colocación de sus afiliados sin necesidad de acudir a las Oficinas de Colocación.

²²⁴ Los cabezas de familias numerosas tenían preferencia para el ingreso en las empresas privadas sobre los que no tuvieran dicha cualidad, siempre y cuando los beneficiarios reuniesen las condiciones de aptitud y conocimientos exigidos, exceptuándose de este precepto los cargos denominados de confianza. Se entiende por familia numerosa (Decreto de 31 de marzo de 1944 sobre familias numerosas) la compuesta por el cabeza de familia, el cónyuge, si lo hubiere, y cuatro o más hijos legítimos o legitimados, solteros, menores de dieciocho años o mayores incapacitados para el trabajo. Además, el límite de los dieciocho años se consideró prorrogado hasta la mayoría de edad cuando, conviviendo los hijos con sus padres, se conservasen en estado de solteros y no disfrutaran ingresos por su trabajo o rentas de cualquier naturaleza, superior a 6000 pesetas anuales. Por otra parte, también gozaron de preferencia en el empleo en la Administración Pública en los que el procedimiento fuese por oposición o concurso de méritos.

²²⁵ En el caso de que se produjera un despido de un trabajador en una empresa que no tuviese más de cincuenta operarios fijos, y ese despido fuese declarado injustificado, si el patrono se decidiera por la extinción del contrato, éste último tendría prioridad para obtener una nueva colocación, tal y como señalaba la Ley de 6 de noviembre de 1941 que modificaba en este sentido la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931.

²²⁶ Las empresas comprendidas en el Reglamento Nacional de Trabajo para la Industria Hotelera de Cafés, Bares y similares tenían la obligación de remitir a la Oficina de Colocación correspondiente la relación del personal que prestaba su servicio en la misma en el que se tenía que detallar el número y categoría de los trabajadores que exija la sustitución de los que disfrutaban del descanso compensatorio por el trabajo en días festivos no recuperables. En el que caso de que no sustituyeran al personal, la Oficina de Colocación tenía que enviar al trabajador correspondiente que no podía ser rechazado a no ser que el empresario alegara contra la persona razones poderosas que tenía que apreciar discrecionalmente el

así como una discriminación en el acceso al empleo, pues en la mayor parte de las ocasiones, estas preferencias eran injustificadas y partidistas. Por tanto, el artículo 5.3 de la LCOF que señalaba que “las empresas podrán elegir libremente entre los trabajadores inscritos en las respectivas Oficinas de Colocación, dejando siempre a salvo las preferencias establecidas en las disposiciones legales”, no tuvo una aplicación literal del precepto, pues se limitó de forma considerable la libertad de elección por parte del empresario de los trabajadores inscritos en las Oficinas de Colocación. Junto a las preferencias en el empleo, se vino utilizando en algunas ocasiones la técnica de reserva de puestos de trabajo²²⁷ que, aunque se restringía la libertad de empresa, pretendía fomentar el empleo de colectivos con más dificultades para acceder al empleo, como fueron los “minusválidos” y los trabajadores de edad madura.²²⁸

Esta era la regla general, es decir, la obligación de trabajadores y empresarios de acudir obligatoriamente a dichas Oficinas que gestionaban la colocación de forma muy intervenida. Ahora bien, para algunos colectivos, a pesar de que se seguían utilizando estas Oficinas de Colocación, existían reglas especiales:

-Se le aplicaron unas reglas de carácter especial a los trabajadores de la marina mercante (Orden de 23 de diciembre de 1952). Existía una obligación por parte del naviero o de sus representantes legales de acudir a las Oficinas de Colocación para colocar a los tripulantes de los buques mercantes; además, los gastos de locomoción y dietas correspondientes que podían ocasionar el traslado del tripulante desde la localidad en donde radicara la Oficina hasta el puerto en el que fueran a embarcar corrían a cargo del naviero, y era necesario para la contratación que el trabajador presentara la libreta de inscripción marítima con las adecuadas autorizaciones y obligatorios visados de la autoridad de la marina.

-También se le aplicaron reglas especiales a los trabajadores del campo que se regían por las normas que determinaban la estructura interna y las funciones de las Hermandades Sindicales del campo (Orden de 23 de marzo de 1945). Con carácter obligatorio se organizaba el Servicio de Colocación Obrera en el que se desempeñaban funciones de

Delegado de Trabajo, y contra esta Resolución no se podía interponer recurso alguno (Orden de 8 de febrero de 1952).

²²⁷ La técnica de reserva de empleo pretende imponer a determinadas empresas un porcentaje mínimo de determinados trabajadores, pero a diferencia de las preferencias en el empleo, la empresa puede determinar los puestos de trabajo que quiera encomendar a esos trabajadores que se benefician de la reserva. Véase RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo”, op.cit., pág. 469.

²²⁸ Las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, reservaban el 75 por 100 de las plazas vacantes que se convocaban, según lo dispuesto en la Orden Ministerial de 11 de enero de 1974.

encuadramiento profesional²²⁹ y la de realizar operaciones que le fuesen encomendadas sobre la forma de llevar a cabo la colocación de trabajadores. En este caso se produjo además una descentralización institucional para la gestión de la colocación de trabajadores agrícolas, aunque no se mantuvieron las reglas limitativas de colocación numérica o de preferencia vecinal de empleo que se utilizaron durante la II República, y aunque estuviera organizada la colocación, aún pervivían las relaciones de tipo informal al margen del sistema de colocación establecido.²³⁰

El modelo de monopolio público en la colocación y profundamente intervenido se reflejó en la prohibición de agencias u organismos privados de cualquier clase, que se dedicasen a la colocación, según señalaba la LCOF. Se trató de impedir que mediante las cesiones temporales que se estaban produciendo especialmente en las regiones de mayor volumen industrial se propagase el funcionamiento “de auténticas oficinas privadas de colocación”, según señalaba el Decreto-ley de 15 de febrero de 1952, sobre responsabilidades por incumplimiento de leyes. Esto parece indicar que en este momento, dentro del término “agencias u organismos privados” utilizado por la LCOF se incluían también las empresas dedicadas a la cesión de trabajadores, es decir, empresas que actualmente vienen denominándose Empresas de Trabajo Temporal.

Así pues, todo parece indicar que las Oficinas de Colocación no actuaban en régimen de monopolio, bien por la existencia de Agencias de cesión de trabajadores, o por la existencia de otros organismos públicos que se dedicaban a la colocación de determinados colectivos, - como fue el caso de los liberados en libertad condicional que gestionaba la colocación el *Servicio de Libertad Vigilada*²³¹; o por causas de incumplimiento aceptado de la normativa de

²²⁹ Por Orden de 1 de agosto de 1959 se estableció la Cartilla Agrícola y de Seguridad Social que constituyó el documento básico para acreditar la situación y vicisitudes profesionales del trabajador campesino, su afiliación a la Mutualidad Nacional de Previsión Agraria y la cotización en ella efectuada. La posesión de esta cartilla fue requisito indispensable para tener derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. La Orden que reguló la Cartilla Profesional Agrícola fue modificada por la Orden de 11 de enero de 1962.

²³⁰ BABIANO MORA, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España (1938-1958)*, op.cit., pág. 25.

²³¹ El Servicio de Libertad Vigilada era el que tenía el deber de incorporar al trabajo a los liberados en libertad condicional, que estarían en esta situación el tiempo que les faltase en cumplir la condena (Orden de 24 de marzo de 1944). Sólo en el caso de que se hubieran agotado estas gestiones para la colocación de éstos, se podía recabar de los Organismos dependientes del Ministerio de Trabajo para poder facilitar su colocación.

Además, fue usual en determinados sectores -como en las construcciones aeronáuticas- recurrir durante los años cuarenta a la excarcelación de trabajadores para ocupar puestos de trabajo que eran cualificados, acudiendo a esta forma de reclutamiento ante la escasez de trabajadores cualificados, aunque

colocación en algunos sectores como el de la construcción o la confección textil en el que había un importante porcentaje de empleo sumergido,²³² o bien en otras ocasiones por la no afectación de la normativa de colocación pues se entendió que el régimen establecido sobre el monopolio público y la prohibición de agencias privadas sólo les afectaba a los que estaban incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

Así pues, el modelo de colocación instaurado en esta época no se ajustó a la normativa internacional y por tanto a los Convenios que se habían ratificado hasta el momento. Este incumplimiento de la normativa internacional se vio acrecentado por la expulsión de España decidida por las Naciones Unidas de todos los organismos internacionales y por tanto, también de la OIT, concretamente desde 1946 a 1955. Ni se creó en este momento un verdadero Servicio Público de Empleo, pues éste se organizó en un organismo corporativo sin representación de obreros y patronos y, por otra parte, tampoco se permitieron las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, ya aceptadas por la normativa internacional siempre que éstas poseyeran una autorización. Estos aspectos del modelo de Colocación plasmaban las características principales de una Dictadura, y además muy semejantes a lo establecido en los fascismos europeos.²³³ De forma muy lenta se va produciendo un proceso de “modernización aparente”²³⁴ de la Administración, que se puede trasladar de igual forma a la Actividad de Colocación, y se empieza a llevar a cabo en la era del desarrollo económico: los años sesenta.

5.2. (1959-1975) Flexibilización del modelo de Colocación intervenido

Poco a poco se empezó a detectar la carencia de la operatividad de la Organización Sindical como gestor de la colocación al no ser capaz de llevar a cabo la contabilidad oficial de los parados y orientar la Política de Colocación,²³⁵ comprobándose además la escasa

a veces esta opción era arriesgada, puesto que los excarcelados estaban normalmente en prisión por ser militantes sindicales o de izquierda. Véase BABIANO MORA, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España (1938-1958)*, op.cit., pág. 28.

²³² BABIANO MORA, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España (1938-1958)*, op.cit., pág. 31.

²³³ Este modelo de colocación intervenido corresponde a los primeros períodos del franquismo, concretamente, concretamente en la *Era Azul* (1939-1945) y en la *Era de la estabilidad en el Franquismo* (1945-1959). Para un estudio de estos períodos véase MARTÍN, J.L.; MARTÍNEZ SHAW, C.; TUSSEL, J. (Tussel, J. Coord.): *Historia de España*, Taurus, Madrid, 2000, págs. 687-768.

²³⁴ CANALES ALIENDE, J.M.: *Programa actual de la Ciencia de la Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.

utilización de éstos²³⁶ a pesar de que la ley imponía la obligación de acudir a las Oficinas de Empleo. Aunque no se produjeron cambios importantes en cuanto a la normativa vigente, pues siguió vigente la LCOF, se llevó a cabo el desarrollo de ésta por el Reglamento de Colocación Obrera por Decreto de 9 de julio de 1959 (RCOF).²³⁷ La colocación siguió gestionándose por la Organización Sindical, estando obligados los trabajadores a inscribirse en los registros correspondientes de la Oficina de Colocación²³⁸ y a tener la “Cartilla Profesional”.²³⁹ Pero sí hubo algunos cambios en relación a la obligación de las empresas de solicitar a los trabajadores de estas Oficinas, pues aunque esta obligación seguía siendo la regla general, se fue flexibilizando en cuanto a los requisitos exigidos, pues ya el empresario no tenía que solicitar a los obreros de su misma localidad, sino en cualquier Oficina, aunque existiesen parados en la Oficina de su domicilio, y en estos casos eran los empresarios los que tenían que abonar los gastos de desplazamiento y proveer las viviendas de los trasladados. Por otra parte, el empresario no tenía que acudir a las Oficinas de Colocación para contratar a determinados colectivos: concretamente para contratar al personal eventual por menos de cinco días, o al cónyuge del empresario y parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado salvo que tuvieran la consideración a efectos laborales, o a quienes realizaran funciones directivas conforme a las disposiciones legales, o al personal técnico oficialmente colegiado,²⁴⁰ o a los trabajadores que se admitieran a concurso público

²³⁵ VALDÉS DAL-RE, F.: “Política de Empleo y Protección por Desempleo en España: datos para una evaluación”, *DL*, octubre-diciembre, núm. 6, (1982), pág. 43.

²³⁶ VALDÉS DAL-RE, F.: “Colocación y mercado de trabajo”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984, pág. 44.

²³⁷ Para un análisis del citado Reglamento, véase PALANCAR, M.: “El Reglamento de Colocación de 1959 y el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 35, (1951).

²³⁸ Se siguió recordando -por ejemplo, en la Resolución de 28 de febrero de 1962- que las empresas estaban obligadas a solicitar de la Oficina de Colocación que correspondiese a su residencia o encuadramiento los trabajadores que precisasen para el desarrollo de sus actividades, facultándose a aquéllas, si no existieran obreros en paro, para hacer pública la oferta de trabajo con la obligación de presentarse los aspirantes en dicha Oficina, y no habiéndose probado documentalmente en el trámite de instrucción que el recurrente haya cumplido las anteriores obligaciones, se tenía que deducir forzosamente infracción de los referidos preceptos legales.

²³⁹ De este modo, la Orden de 4 de mayo de 1960 señaló que “las Entidades patronales que tengan a su servicio trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de los Seguros Sociales unificados deberán realizar la inscripción de aquellos en los Censos del Servicio Nacional de Encuadramiento y Colocación de la Organización Sindical. Asimismo solicitarán de este Organismo la expedición de Cartillas Profesionales correspondientes a dichos trabajadores.

²⁴⁰ En cuanto a la excepción del personal técnico oficialmente colegiado surgieron en la práctica dudas de interpretación hasta que finalmente la Dirección General de Empleo por la Resolución de 24 de abril

visado por la Oficina de Colocación correspondiente y por último, no tenían que solicitar en la Oficina de Colocación a los trabajadores que no estuvieran comprendidos en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Art. 57 RCOF). También se fue admitiendo la contratación directa que reflejó el escaso uso de estas Oficinas en los procesos de migraciones y de colocación masiva de trabajadores en las zonas de desarrollo,²⁴¹ fruto del comienzo del crecimiento económico de los años sesenta. La realidad se impuso a la legalidad,²⁴² y la regla general de solicitar el empresario los trabajadores que necesitase de las Oficinas de Colocación se convirtió en una excepción, convirtiéndose en regla general el no acudir el empresario a éstas. Además, en el caso de que no hubiera trabajadores en paro con la calificación solicitada, la Empresa podía hacer pública dicha oferta en la que los aspirantes se tenían que presentar en la Oficina de Colocación correspondiente. A pesar de estas contrataciones al margen de la Oficina de Colocación, se estableció la obligación de comunicación del contrato de trabajo en el plazo de tres días así como el cese de las relaciones laborales en que hubieran sido parte, esta última obligación, compartida con el trabajador.

Además de las preferencias en el empleo que se fijaron en la primera etapa del franquismo, se añadieron otras nuevas: hubo preferencias en el empleo tanto a nivel normativo, dirigidas a trabajadores en edad madura,²⁴³ como a nivel convencional, principalmente para favorecer

de 1976 indicó que “la excepción afecta al personal técnico oficialmente colegiado que presta servicios profesionales en el ejercicio de una profesión liberal mediante contrato de arrendamiento de servicios y percepción de honorarios. Al personal técnico, colegiado o no, no le iba a afectar la excepción cuando prestase servicios en condiciones de dependencia en una empresa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944.

²⁴¹ LÓPEZ PARADA, R.: “Transferencia y privatización del servicio público de colocación”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 212, noviembre, (2001), pág. 91.

²⁴² GARCÍA NINET, J.I.: “La colocación en la Ley Básica de Empleo”, *RSS*, núm. 12, (1981), pág. 132.

²⁴³ El límite de los trabajadores en edad madura se fijó en 45 años, y se cambió a 40 años por Decreto de 30 de abril de 1970 en la que se produjo a partir de este momento un censo de trabajadores mayores de cuarenta años en el Servicio Nacional de Encuadramiento y Colocación de la Organización Sindical de trabajadores. Se inscribían de forma preferente como “desempleado involuntario” y eran propuestos con prioridad en las demandas de colocación, siempre y cuando los puestos de trabajo a cubrir exigiesen unas condiciones, específica y técnicamente reconocidas, incompatibles con la edad, según señalaba el Decreto de 13 de agosto de 1966. También se pretendieron eliminar los límites máximos de edad establecidos en las Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales, y las demás disposiciones que regulaban las relaciones de trabajo para la admisión de los trabajadores al servicio de las empresas, siempre y cuando tales limitaciones no resultasen justificadas por las características de los puestos de trabajo o que así lo determinaran los procesos productivos, según lo señalado en el Decreto de 30 de abril de 1970 acorde con el Convenio de la OIT de 25 de junio de 1958 sobre discriminación en materia de empleo y de ocupación ratificado por España el 26 de octubre de 1967.

a colectivos unidos por razón de parentesco a la empresa, con un fuerte contenido discriminatorio.

Un dato relevante fue la implantación de un Seguro de Desempleo por Decreto 2082/59 de 26 de noviembre²⁴⁴ y se le atribuyó su gestión al Instituto Nacional de Previsión aunque siempre en constante colaboración con las Oficinas Sindicales de Colocación. Además, el Servicio Sindical de Colocación fue órgano colaborador del INP en la gestión del desempleo a través de sus Oficinas y Registros Locales realizando tales Oficinas la tramitación de los expedientes de solicitud o prórroga del derecho al subsidio, notificaban también a los interesados los acuerdos del INP en orden al reconocimiento o denegación del derecho a los beneficios del régimen de desempleo. Del mismo modo comunicaba al INP los hechos determinantes de la extinción del derecho al subsidio de desempleo o de la suspensión de la percepción del mismo.²⁴⁵ Posteriormente, la Ley 62/1961, de 22 de julio, del Seguro de Desempleo, integró la gestión de la prestación por desempleo en la Seguridad Social cuando se creó la misma mediante el texto articulado de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, aunque resultó insuficiente “en su cuantía y en cuanto a la protección incluida en su ámbito”.²⁴⁶

En definitiva, el RCOF lo que hizo fue mantener el mismo organismo encargado de la colocación atribuido a la Organización Sindical, aunque se flexibilizó tal modelo, pues se empezó a admitir la contratación directa en numerosos supuestos. Aunque seguía manteniéndose la misma organización en la Actividad de Colocación, se crearon en la Administración organismos consultivos y deliberantes para que actuasen en colaboración con la propia Organización Sindical y al mismo tiempo aportaran experiencia y la iniciativa profesional de los sectores económicos y sociales a través de las representaciones de empresarios y trabajadores. El principal cambio se produjo en la participación de la Administración estatal en materia de Colocación, aunque se le atribuyeron principalmente las funciones de consulta e inspección²⁴⁷ mientras que a la Organización Sindical se le siguió atribuyendo la función de ejecución de la colocación, por lo que el peso principal en esta

²⁴⁴ Las normas de concesión del subsidio están reguladas en la Orden de 11 de diciembre de 1959; la Resolución de 30 de diciembre de 1959; y por la Orden de 14 de noviembre de 1961.

²⁴⁵ Véase Organización Sindical: *Oficinas Sindicales de Colocación*, Organización Sindical, Madrid, 1973.

²⁴⁶ LÓPEZ PARADA, R.: “Transferencia y privatización del servicio público de colocación”; op.cit., pág. 90.

²⁴⁷ Las funciones de orientar, inspeccionar y fiscalizar los Servicios Sindicales encargados de la colocación y de la prevención del paro, se le encargaron al Ministerio de Trabajo, concretamente a la Dirección General del Empleo por Decreto de 9 de mayo de 1958.

materia siguió recayendo en esta última y en la que a pesar de crearse un doble aparato en la colocación no existía control tripartito.²⁴⁸

Por lo que respecta a las Agencias Privadas de Colocación, éstas seguían prohibidas, concretamente se prohibía “la existencia de agencias u organismos privados de cualquier clase dedicados a la colocación” (Art. 3 RCOF) siendo la Inspección de Trabajo la que llevó a cabo la fiscalización del funcionamiento de organismos y empresas en cuanto al cumplimiento de la legislación vigente en esta materia.²⁴⁹ Lo que estaban prohibidas eran las agencias privadas de cualquier clase,²⁵⁰ pero el precepto no afectaba a la creación de organismos públicos al margen de las Oficinas Sindicales de Colocación. De hecho, se creó otro Organismo público que se encargó de la colocación de los españoles que querían trabajar en el extranjero, debido a la importante migración de mano de obra en los años sesenta principalmente por trabajadores afincados en las zonas menos desarrolladas de España. Así, fue el Instituto Español de Emigración -siempre en estrecha coordinación con la Dirección General de Empleo-²⁵¹ el que se encargó de la gestión de las ofertas de trabajo -colectivas e individuales- provenientes de países abiertos a la emigración española. Las empresas o particulares que desde el extranjero solicitaran titulados, técnicos, empleados u obreros españoles los tenían que solicitar en el Instituto Español de Emigración.²⁵² Por otra parte, se firmaron acuerdos con los principales países que recibían trabajadores españoles para su contratación indicándose en todos ellos que quien era competente para la migración, contratación y colocación de trabajadores en otros países era el Instituto Español de

²⁴⁸ CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Los Servicios Públicos de Empleo”, op.cit., pág. 126.

²⁴⁹ La Ley 39/1962, de 21 de julio, sobre normas para la ordenación de la Inspección de Trabajo y el Reglamento de la Inspección de Trabajo regulado por Decreto número 2122/1971, de 23 de julio. De este modo, se puede citar un ejemplo en el que se llevó a cabo la colocación con fines lucrativos. Así, por Resolución de 13 de marzo de 1963, la Inspección de Trabajo levantó acta de infracción al haber colocado a trabajadoras domésticas en Inglaterra, percibiendo por ello cantidades en concepto de honorarios.

²⁵⁰ Se incluyen dentro del concepto de “agencias privadas de cualquier clase” las Empresas que contraten o recluten, presten o cedan temporalmente a trabajadores, según lo señalado en el Decreto de 17 de diciembre de 1970, núm. 3677/70, sobre responsabilidades y sanciones por actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores, en la misma línea que el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952.

²⁵¹ Los contingentes emigratorios los fijaba la Dirección General de Empleo y ello implicaba una autorización limitada de reclutamiento con un período especificado de validez. La Resolución de 24 de diciembre de 1960 desarrolló el procedimiento para ofertas de empleo de países extranjeros.

²⁵² El Decreto de 23 de julio de 1959 desarrolló el Instituto Español de Emigración, y la Orden de 15 de noviembre de 1960 desarrolló el procedimiento para ofertas de empleo de países extranjeros.

Emigración en colaboración con el Servicio Nacional de Encuadramiento y Colocación, y que era el encargado de recibir las solicitudes que se formularan así como de la preselección de los candidatos en cuanto a su estado de salud y aptitud profesional presentando a la Comisión del país de destino los trabajadores que se preseleccionaran.²⁵³ De igual modo, se crearon Oficinas de Colocación en el Sahara principalmente para promover la creación de puestos de trabajo.²⁵⁴

La conclusión que se puede extraer es que la colocación de trabajadores durante el régimen franquista estuvo a cargo de las Oficinas de Colocación dependientes de la Organización Sindical, en un principio con un proceso de colocación muy intervenido y posteriormente un poco más flexibilizado admitiéndose en algunos casos la contratación directa. Aunque hubo algunos intentos de cambiar el modelo de Colocación,²⁵⁵ éste no se produjo hasta el final del período franquista cuando se reguló el Servicio de Empleo y Acción Formativa (SEAF) por Decreto-ley 1/1975 y posteriormente por Decreto 2357/1975, de 12 de septiembre²⁵⁶ aunque al principio convivió con las Oficinas

²⁵³ Se firmaron Acuerdos con los siguientes países: Alemania (Acuerdo de 29 de marzo de 1960); Austria (Convenio 2 de mayo de 1962 e instrumento de 8 de abril de 1965); Brasil (Convenio de 27 de diciembre de 1960); Chile (Instrumento de 8 de marzo de 1962).

²⁵⁴ Ordenanza de 30 de mayo de 1964 por la que se crearon Oficinas de Colocación Provincial y Locales en Sahara; Ordenanza de 8 de febrero de 1965 por la que se creó la Junta Económica del Servicio de Imprenta y Semanario Sahara; y de igual modo se extendió mediante las Instrucciones de 15 de abril de 1967 al territorio del Sahara y concretamente el Convenio de la OIT núm.2 sobre el desempleo de 1919, el Convenio núm. 9 sobre la colocación de la gente del mar de 1920 y el Convenio núm.34 sobre agencias retribuidas de colocación de 1933. También las competencias, facultades y atribuciones que el citado Decreto confirió a la Inspección de Trabajo las ejerció en el territorio del Sahara, previo requerimiento o a través de la Dirección General de Promoción del Sahara (Orden de 30 de julio de 1973, de Aplicación del Reglamento de la Inspección de Trabajo).

²⁵⁵ Por medio de Decreto de 2 de noviembre de 1972 sobre Política de Empleo -que a su vez desarrolla el Convenio número 122 de la OIT de 1964 sobre política de empleo y ratificado por España en 1970- se lleva a cabo el “perfeccionamiento, potenciación y coordinación de los Servicios de Empleo del Ministerio de Trabajo y de los Servicios de Colocación de la Organización Sindical” para llevar a cabo un mayor conocimiento de las ofertas y demandas de trabajo aunque por el momento la actividad de colocación seguía estando en manos de la Organización Sindical, sin que una misma institución adoptara la gestión de la prestación por desempleo y la colocación.

²⁵⁶ El SEAF era el anterior Servicio de Acción Formativa creado en 1973 como servicio común de la Seguridad Social en el que se le encomendaban cursos y programas de promoción profesional.

En el Decreto 2357/1975, de 12 de septiembre, no sólo se hacía referencia al SEAF sino que se establecieron las funciones atribuidas a los Servicios de Empleo a través de los siguientes organismos: Los *Órganos directivos* formados por la Dirección General del Empleo y Promoción Social, que asumió la programación, vigilancia, ejecución y desarrollo de la acción política, administrativa, reglamentaria y

Sindicales,²⁵⁷ por lo que no se puede indicar que hubo un cambio en el modelo de colocación, pues este nuevo Servicio se empezó a desarrollar en la Transición Política.

Así pues, se puede concluir que la normativa vigente durante el régimen franquista no se ajustó a la normativa internacional sobre colocación vigente, ni tampoco a los nuevos que se ratificaron durante esta época, que a continuación se analizan.

5.3. Nuevos Convenios OIT ratificados durante el Franquismo

*Es necesario recordar que coincide con el régimen franquista un acontecimiento mundial importantísimo que va a hacer que en materia laboral se regulen algunos aspectos en la normativa internacional (OIT). Además, se puede comprobar que desde la II Guerra Mundial el paradigma keynesiano constituye la base de las políticas gubernamentales de los países de capitalismo avanzado, comprobándose también en el modelo de Colocación: el Estado va a ejercer un importante “poder de control sobre la dinámica del funcionamiento del mercado”.²⁵⁸ En esta línea se van a adoptar Recomendaciones en la OIT, en las que surge la necesidad de involucrar al máximo a los Servicios de Empleo de los Estados Miembros para que se encargaran sobre todo del reemplazo de los trabajadores de guerra, haciendo

fiscalizadora que correspondía al Ministerio de Trabajo en materia de empleo y promoción social; y las Delegaciones Provinciales de Trabajo, que eran órganos de colaboración de la Dirección General de Empleo; el *Órgano de ejecución técnico-operativo*, que era el Servicio de Empleo y Acción Formativa (SEAF); los *Órganos colaboradores*, que eran el Instituto Español de Emigración, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, la Organización Sindical, y en general otras Instituciones, Entidades o Centros Colaboradores en relación con el empleo y/o formación profesional de los trabajadores; los *Órganos asesores*, formados por la Comisión Nacional de Empleo y las Comisiones Provinciales de Empleo y Promoción Social, y los *Órganos fiscalizadores*, formados por la Inspección Nacional de Trabajo. Véase ALVARELLOS GALVE, C.: *Ley Básica de Empleo. Textos y Comentarios*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981, págs. 179-180.

El SEAF ejerció funciones de colocación y empleo así como de formación profesional, antes asignadas al programa de Promoción Profesional Obrera. Hubo un motivo principal para la unificación de todas estas funciones y fue que todas ellas servían como complemento para poner remedio a las situaciones de desempleo, aunque esta unificación también podría plantear problemas pues al atribuirle tantas funciones se dañaba la eficacia de este servicio en materia de colocación.

²⁵⁷ La convivencia del SEAF y de las antiguas Oficinas de Colocación parece que no fue positivo para el funcionamiento de la colocación en esta época. Véase CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Los servicios públicos de empleo”, op.cit., pág. 130.

²⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.; MONEREO PÉREZ, M.; OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, Revista *Sistema*, núms. 155-156, abril (2000), pág. 85.

hincapié en la información sobre la demanda de mano de obra, y también en la readaptación profesional. Se adoptaron por tanto dos Recomendaciones en el año 1944: la Recomendación número 71 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), y la Recomendación número 72 sobre el servicio del empleo, que se encargó sobre todo de establecer de forma más extensa las responsabilidades, funciones y métodos de trabajo del servicio de empleo. De estas Recomendaciones que se adoptaron al final de la II Guerra Mundial, se pueden deducir las siguientes características:

-La intervención por parte de las autoridades públicas en la Colocación y en el Proceso de Colocación se acentuó en un momento en el que era necesario el Servicio de Empleo por la situación de crisis económica y por la falta de personal cualificado y por la dispersión de estos trabajadores, pues se tenía que llevar a cabo la orientación profesional y la repatriación de prisioneros de guerra y de las personas que habían sido deportadas y además era necesario un Servicio de Empleo que diera la máxima información sobre las ofertas y demandas de trabajo y se dieran ayudas financieras o de otra índole para el reingreso de los trabajadores en sus puestos de trabajo. En ningún momento se deduce de la normativa internacional la obligación de acudir a los Servicios de Empleo, aunque se “recomendó” que los Servicios de Empleo en colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores estimularan tanto a los trabajadores como a los empleadores a que utilizaran lo más posible el Servicio de Empleo y se propuso la posibilidad de obligar a los empleadores a que contrataran a sus trabajadores por intermedio del servicio del empleo en industrias o regiones determinadas. Además de que en algunas ocasiones se recomendó la necesidad de que el empresario acudiera de forma obligatoria al Servicio de Empleo, se intentó también llevar un control de los despidos que afectaran a un número determinado de trabajadores, debiendo ser notificados al Servicio de Empleo para que se pudieran encontrar otras posibilidades de empleo para los trabajadores interesados. Tampoco fue obligatorio para los demandantes de empleo -aunque sí recomendable- acudir a los Servicios de Empleo, pero en algunas ocasiones se aconsejaba su obligación, como es en el caso de las personas que solicitaran un empleo en trabajos patrocinados por el Estado, así como las personas que solicitaran su admisión en instituciones de formación profesional subvencionadas con fondos públicos, asistencia para su traslado o una prestación o asignación de desempleo.

-Por otro lado, en ningún momento se deduce de tales Recomendaciones una prohibición de otros organismos que se encarguen de la Colocación de los trabajadores, más bien al contrario, se recomienda una participación conjunta en esta materia con las organizaciones empresariales y sindicales, y en general con la colaboración de organismos públicos y privados para poder organizar mejor el empleo de los trabajadores industriales, agrícolas o de otra clase. La intención de estas Recomendaciones no fue pronunciarse acerca de la aceptación de Agencias Privadas con fines lucrativos, sino de potenciar al máximo la participación de los servicios de empleo.

*En el período de posguerra, y coincidiendo aún con el régimen franquista en España, se adopta en la OIT un nuevo Convenio en materia de Colocación, concretamente el Convenio núm. 88 de 1948 y la Recomendación núm. 83 sobre el Servicio de Empleo. El citado Convenio continúa la línea seguida por el Convenio número 2 sobre el desempleo de 1919 y las Recomendaciones número 1 sobre el desempleo de 1919, la número 71 sobre la organización del empleo, y la número 72 sobre el servicio del empleo, ambas de 1944. Todas las referencias al servicio de empleo han coincidido en la necesidad de regular este servicio para que participara en la gestión de las ofertas y demandas de trabajo en un período de guerra o de posguerra, coincidiendo tanto con la Primera y con la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, es la primera vez que se adopta un Convenio específico para la regulación de los Servicios Públicos de Empleo. Quedan más pormenorizadas todas las características y funciones del Servicio de Empleo: así, como novedad, se pretendió garantizar un servicio público y gratuito de empleo financiado por el Gobierno y compuesto por un sistema “nacional” de Oficinas de Empleo, lo que se deduce que la OIT siguió estando a favor de una descentralización de los Servicios de Empleo, pues señalaba que éstos deberían comprender una red de Oficinas locales, “y si ello fuere oportuno, de oficinas regionales, en número suficiente para satisfacer las necesidades de cada una de las regiones geográficas del país convenientemente situadas para los empleadores y los trabajadores (Art. 3 del Convenio núm. 88). También, al igual que ya se había hecho anteriormente, se le da una especial importancia a la representación patronal y obrera en los Servicios de Empleo. Y se deberían celebrar los acuerdos necesarios por intermedio de comisiones consultivas, para obtener la cooperación de representantes de los empleadores y de los trabajadores. También se indicaron las funciones atribuidas a los Servicios de Empleo, entre las que destacaban la ayuda a los trabajadores a encontrar un empleo conveniente y a los empleadores a encontrar trabajadores apropiados a las necesidades de las empresas; llevar un registro de las personas que soliciten empleo; organizar la compensación de ofertas y demandas de empleo de una oficina a otra y facilitar además movilidad profesional y geográfica de los trabajadores, así como disponer de toda la información disponible sobre la situación del mercado del empleo. Se pretendía cubrir por parte de los Servicios de Empleo la mayor parte de las colocaciones y para ello deberían tomar medidas para llevar a cabo la especialización por profesiones y por industrias²⁵⁹ así como satisfacer adecuadamente las necesidades de categorías especiales de solicitantes de empleo, como eran los inválidos, o llevar a cabo medidas especiales para los menores, las mujeres, técnicos, trabajadores intelectuales, empleados y el personal administrativo. Pero al mismo tiempo en que el Servicio Público de Empleo pretendía

²⁵⁹ En la Recomendación núm. 83 se enumeran algunas de las profesiones en las que deberían de existir oficinas separadas debido a la importancia de la industria o de la profesión. A modo de ejemplo señala las empresas portuarias, la marina mercante, la construcción, los trabajos de ingeniería civil, la agricultura, la industria forestal y el servicio doméstico.

absorber todas las colocaciones, se aceptaron las Agencias Privadas de Colocación sin fines lucrativos al indicar expresamente en el artículo 11 que las autoridades competentes tomarían todas las medidas necesarias para lograr una cooperación eficaz entre el Servicio Público de Empleo y las Agencias Privadas de Colocación sin fines lucrativos. Pero a pesar de que se permitieron, la intención en esta normativa fue llegar a “hacer innecesaria la existencia de oficinas privadas de cualquier rama profesional, salvo en el caso de que la autoridad competente estimase que, por razones especiales, la existencia de oficinas era conveniente o esencial”, es decir, la preferencia por la utilización del Servicio Público de Empleo quedó bien reflejada. No se indicó ni en el Convenio ni en la Recomendación que se están analizando, si el seguro por desempleo tenía que estar gestionado por los Servicios de Empleo, pues solamente se indicaba que tenía que llevar a cabo una cooperación con los servicios de seguro y asistencia contra el desempleo.

-Concretamente en lo referente a las Agencias de Colocación, se adoptó el Convenio núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1949, que revisó el Convenio núm.34 sobre agencias retribuidas de colocación. Este Convenio siguió la misma línea que el Convenio que revisó, y definió las Agencias de Colocación con fines lucrativos como “toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto”. Y definió las Agencias de Colocación sin fines lucrativos como “los servicios de colocación de las sociedades, de las instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera”. Como se puede comprobar, este Convenio no se contrapuso al Convenio núm. 88, anterior en un año al Convenio núm. 96, pues el primero se refería al Servicio Público de Empleo y éste a las Agencias de Colocación, tanto con fines como sin fines lucrativos. Pero sí se puede detectar una cierta contradicción entre el pensamiento de la OIT y la práctica del momento, pues en la Recomendación núm. 83 sobre el Servicio de Empleo se indicó que se tendría que hacer todo lo posible para eliminar la existencia de oficinas privadas. Esto significa que esta tendencia no se corresponde con la posterior regulación de un Convenio sobre Agencias Privadas, en la que se da la posibilidad a los Estados Miembros de aceptar o rechazar las Agencias Privadas con fines lucrativos, por lo que se pasó -en un año- de no estar de acuerdo con la proliferación de Agencias Privadas a admitir este tipo de Agencias; cambio de rumbo que se ha podido deber principalmente a la realidad del momento en la que existían numerosas Agencias de Colocación al margen de los Servicios de Empleo, y que a la hora de regular este tema no se podía obviar la realidad del momento si la OIT quería ajustar su normativa a la realidad existente.

Los Estados Miembros tenían la opción de ratificar una de las dos partes del Convenio: la primera consistía en la aceptación de la Parte II, que preveía la supresión

progresiva de las Agencias retribuidas de Colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás Agencias de Colocación, aunque se preveía que en ocasiones los Estados Miembros pudieran autorizar las Agencias con fines lucrativos siempre que se autorizaran para gestionar la colocación de determinadas categorías de personas previamente definidas por la legislación nacional y cuya colocación no se pudiese satisfacer por el Servicio de Empleo, con la previa consulta de las organizaciones empresariales y sindicales, y bajo la vigilancia de la autoridad competente, poseyeran una licencia anual renovable a discreción de la autoridad competente y percibieran las retribuciones y los gastos que figurasen en una tarifa fijada por la autoridad competente; la segunda opción consistía en la aceptación de la Parte III que preveía la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación comprendidas las Agencias de Colocación con fines lucrativos.

Del contenido del Convenio núm. 96, y concretamente de la Parte II, se dedujo que era una realidad que las Agencias de colocación con fines lucrativos actuaban -ilegalmente- en la mayor parte de los países, pues ya se había procedido a la supresión de todas las Agencias de Colocación en un plazo de tres años en el Convenio núm. 34 de 1933, y si se hubiera cumplido este plazo y erradicado las mismas, no hubiera habido necesidad de establecer otro Convenio para señalar de nuevo la supresión de tales Agencias, y más aún la posibilidad incluso de que se legalizaran las Agencias de Colocación con fines lucrativos (Parte III) con la condición de que estuvieran sujetas a la autoridad competente y poseyeran una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad, con la condición de que sólo percibieran las retribuciones y los gastos que figurasen en la tarifa fijada.

España ratificó tales Convenios, concretamente el Convenio núm. 88 el 14 de enero de 1960²⁶⁰ y la parte II del Convenio núm. 96 el 29 de abril de 1971, aunque no se procedió inmediatamente a la adaptación de la normativa española a estos Convenios. Se pone de manifiesto que España tiene una “mala costumbre” a la hora de ratificar Convenios OIT en lo que respecta a la normativa de colocación: y es que ratifica tales Convenios sin adaptar la normativa interna.

Así pues, se caracterizó la colocación por estar gestionada por un organismo corporativo en régimen de monopolio y sin representación obrera y patronal, aunque desde el punto de vista teórico ya se había creado el SEAF, pero gestionaba la colocación conjuntamente con

²⁶⁰ 81 Estados Miembros de la OIT de un total de 180 han ratificado el convenio núm. 88, lo que sugiere que casi la mitad de todos los países del mundo han confiado en un Servicio Público de Empleo que cumpla con los principios generales establecidos por la OIT en 1948. Asimismo hay otros países que cuentan con un SPE como China, Indonesia, Polonia, Senegal y Estados Unidos, que todavía no han ratificado el Convenio, o como Italia y el Reino Unido, que lo han rechazado. Véase THUY, HANSEN Y PRICE.: *El servicio público de empleo en un mercado de trabajo cambiante*, op.cit.,pág. 66.

las Oficinas Sindicales de Colocación, y no se aceptaron las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, como posibilidad que planteaba el Convenio núm. 96. Habrá que ver, si en el tiempo que se prepara España para una democracia, se “democratizan” a su vez los organismos encargados de la colocación de los trabajadores.

6. El modelo de Colocación en la Transición Política. Un cambio paulatino

Aunque se reguló una nueva normativa en lo que respecta a las relaciones individuales de trabajo y que incluía en su articulado el régimen jurídico de la colocación de los trabajadores -Ley 16/76, de Relaciones Laborales, de 8 de abril (LRL)- se mantuvo una línea continuista con referencia al modelo de Colocación anterior, y ello fue debido a que la gestación de esta ley se hizo todavía en las Cortes franquistas. Fue el SEAF el que, en régimen de monopolio, gestionó la colocación de los trabajadores. Éstos tenían la obligación de inscribirse en la Oficina de Empleo (se entiende que la Oficina de Empleo era del SEAF, aunque la LRL no indique nada) de su domicilio cuando tuvieran que solicitar ocupación (Art. 12.3 LRL). De este modo se confeccionaba por parte de las Oficinas de Empleo el Libro de Registro de Demandas de Trabajo y, además, una vez que el trabajador estuviera inscrito tenía la obligación de presentarse periódicamente ante la Oficina de Empleo correspondiente y en el caso de no hacerlo, se producía automáticamente la cancelación de la demanda de empleo.²⁶¹ Además, se estableció por la Dirección del SEAF un orden de preferencias entre los demandantes inscritos en las Oficinas de Empleo, para su presentación a empresas para cubrir los puestos de trabajo ofertados.²⁶²

Sí hubo algunos cambios flexibilizadores en cuanto a las obligaciones del empresario con los Servicios Públicos de Empleo. Continuó la obligación de registrar el contrato de trabajo pero se exigía que ese contrato viniera visado por la Entidad Sindical correspondiente (Art. 12.1),²⁶³ aunque parece que esta obligación de registro y visado sólo

²⁶¹ SÁNCHEZ CERVERA-SENRA, J.M.: “Colocación y empleo”, VV.AA.: *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, Madrid, 1977, págs. 147 y 154.

²⁶² Circular 17/77 del 21-3-77 del SEAF, que establecía un orden de preferencias para su presentación a empresas para cubrir los puestos de trabajo ofertados (citada en la Circular CO-54/82; Asunto: Resolución de la Dirección General del INEM sobre prioridad de distintos demandantes para ser enviados por las Oficinas de Empleo a ofertas de puestos de trabajo; Área de aplicación de la Circular: Colocación; Fecha de vigencia: 02/07/1982).

²⁶³ Pero en el caso en el que se produjera el incumplimiento del visado sindical y del registro en la Oficina de Empleo competente, parece que constituía un defecto de forma sin cuestionarse la validez del contrato de trabajo, al consagrarse el principio de libertad de forma en el artículo 15.2 LRL. Véase SÁNCHEZ CERVERA-SENRA, J.M.: “Colocación y empleo”, op.cit., pág. 153, y BAYÓN CHACÓN,

afectó a los contratos celebrados por escrito.²⁶⁴ Y también se exigía a las empresas comunicar la terminación del contrato de trabajo, obligación que en este caso no era compartida con el trabajador, pues la LRL sólo obligaba al empresario. Al mismo tiempo que se acentúa el control sobre los contratos de trabajo, se admite la contratación directa de los trabajadores, aunque se impuso la obligación previa de “pasar” por la Oficina de Empleo, una forma de disfrazar y hacer ver que la contratación directa se iba a utilizar como último remedio en el caso de no encontrar trabajador para cubrir un determinado puesto de trabajo. Así, el Art. 13.3 LRL señalaba que las empresas estaban obligadas a solicitar de las oficinas de empleo los trabajadores que necesitasen, incluso el Art. 19.3 LRL señalaba que los trabajadores adquirirán la condición de fijos en el caso en el que no hayan sido admitidos por la empresa a través de la Oficina de Empleo correspondiente. Pero esta obligación y sanción correspondiente se flexibiliza en el mismo Art. 13.3 LRL, pues señalaba que “si no los hubiera”, la obligación del empresario consistiría solamente en la comunicación del contrato de trabajo que se realizaba al margen de la Oficina de Empleo. Esto significa que al no determinar de forma taxativa los casos en los que se podía contratar de forma directa, se utilizó -y abusó- de esta forma de contratación y sólo en los casos que estaba determinado por la ley -por ejemplo, para el empleo juvenil- era obligatorio acudir a la Oficina de Empleo correspondiente, aunque en estos casos se admitía tanto la oferta genérica como la oferta nominativa.²⁶⁵

Por otra parte, no se produjo ningún cambio en cuanto a las limitaciones que se imponían al derecho del empresario de escoger libremente a los trabajadores con quienes quería celebrar un contrato de trabajo. Así, concretamente el Art. 13 LRL contemplaba previsiones especiales para proteger a determinados colectivos -trabajadores de más de cuarenta años, los de capacidad laboral disminuida, los que tuvieran a su cargo responsabilidades familiares, y los jóvenes que accedieran a su primer empleo- con objeto de facilitarles la colocación. Estas medidas, entre las que se encontraban las reservas de puestos de trabajo pero no las

G.; PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, puesta al día por Valdés Dal-Re, F., Marcial Pons, Madrid, 1978-1979, pág. 230.

²⁶⁴ BAYÓN CHACÓN, G.; PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 240; ALONSO OLEA, M.: *Derecho Del Trabajo*, 5ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1978, pág. 124; edición que contiene la referencia a la que se alude en el texto. Hay otras ediciones posteriores, la última es: ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, Mª.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2006; SÁNCHEZ CERVERA-SENRA, J.M.: “Colocación y empleo”, op.cit., pág. 153.

²⁶⁵ En los Reales Decretos 3280/1977, de 9 de diciembre y 833/1978, de 2 de mayo, que regulaban respectivamente, la contratación de los trabajadores perceptores del subsidio por desempleo y el empleo juvenil, admitían la oferta nominativa, es decir, una oferta que contiene el nombre del trabajador o trabajadores con quien (es) se va a hacer el contrato, y la genérica, en que son las Oficinas de Empleo las que seleccionan los trabajadores de entre los que reúnan los requisitos. BAYÓN CHACÓN, G.; PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 232.

preferencias en el empleo, se tenían que haber desarrollado por el Ministerio de Trabajo, pero nunca se llevaron a cabo. Esto llegó a afirmar, basándose en la propia Disposición final Segunda de la LRL, que la normativa del período anterior seguía vigente, y concretamente también en esta materia.²⁶⁶ Significa, por tanto, que durante este período no se “depuraron” ciertas preferencias en el empleo que eran totalmente discriminatorias, y que hubiera sido el momento de que quedaran únicamente vigentes y efectivas las técnicas de empleo selectivo que tuvieran como finalidad favorecer el empleo de determinados grupos o personas con más dificultades de acceso al mercado de trabajo y no -como venía ocurriendo- aplicar este tipo de técnicas para favorecer de forma indiscriminada a colectivos con otros fines muy diferentes.

Fue también difícil pasar de un régimen de monopolio a un régimen de apertura hacia otros agentes de la colocación, y se mantuvo la prohibición de agencias u organismos privados de cualquier clase (Art. 12.2 LRL). Pero no sólo se mantuvo tal prohibición, sino que se quiso dejar claro que tal prohibición afectaba también a las agencias de servicio doméstico o trabajo en el hogar, y ello porque eran las que más estaban actuando en la “ilegalidad”, y con esta inclusión en la norma se pretendió recordar que la prohibición afectaba a cualquier tipo de Agencia Privada. Ahora bien, se plantearon algunos problemas de interpretación: en primer lugar, no quedaba claro si al estar prohibidas solamente las agencias u organismos privados de cualquier clase, se podían permitir otras agencias públicas al margen del SEAF. Se pudo comprobar de la realidad la existencia de otra agencia pública, que ya había nacido en la época franquista, y fue el Instituto Español de Emigración, que gestionaba la colocación de los españoles emigrantes, por lo que se puede comprobar que tal prohibición no afectó a la existencia de organismos públicos,²⁶⁷ aunque no se crearon agencias públicas -excepto la indicada-. En segundo lugar, se podía también plantear si la prohibición afectaba a todos los trabajadores o sólo a aquellos que se les aplicaba la LRL. La respuesta es exactamente idéntica a como ya se había resuelto en la etapa anterior en relación a la LCT, es decir, no se les aplicaría tal prohibición a los trabajadores no incluidos en el

²⁶⁶ En este mismo sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Protección al empleo de colectivos específicos”, en VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores*, op.cit., págs.481 y 483.

La Disposición Final Segunda de la LRL señalaba que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo previo informe de la Organización Sindical y del Consejo de Estado, iba a aprobar en el plazo máximo de un año, un texto refundido que comprendiera las normas con fuerza de Ley sobre las relaciones laborales, entre las que se encontraba la LCOF, así como el Decreto que regulaba el SEAF. Esto significa que al no llevarse a cabo tal refundición, se mantuvieron vigentes tales normas.

²⁶⁷ En contra, SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M.: “Colocación y empleo”, op.cit., pág. 136 al señalar que la existencia de agencias públicas podría producir una invasión de competencias atribuidas expresamente al Ministerio de Trabajo.

ámbito de aplicación de la LRL, por lo que un importante colectivo excluido podría utilizar otros organismos privados para buscar colocación.

Así pues, por el momento, la gestión de la colocación se le atribuyó al SEAF, con algunos cambios con respecto al régimen anterior, sobre todo en cuanto a la utilización de la contratación directa. Se mantuvo al mismo tiempo la prohibición de la existencia de agencias u organismos de cualquier clase, sin seguir adaptándose la normativa española a los Convenios de la OIT en esta materia.

Además, hasta el momento no se había creado un verdadero Servicio Público de Empleo tal y como se indicaba en el Convenio número 88 de la OIT, aunque esta necesidad se puso de manifiesto en los Pactos de la Moncloa el 25 de octubre de 1977, firmados por el Gobierno y los partidos políticos parlamentarios. En tales Pactos no se hacía referencia expresa a la materia de colocación de los trabajadores sino a la reforma de la Seguridad Social, donde se indicaba que pasaría a la Administración del Estado el Servicio de Empleo y Acción Formativa (SEAF), lo que significaba que la materia de colocación pasaría también a la Administración del Estado conjuntamente con el Seguro de Desempleo. Se deduce de los Pactos de la Moncloa que a diferencia de lo que ocurría en otros países, el desempleo se iba a gestionar en la misma institución en donde se iba a gestionar la colocación de trabajadores y otras medidas de política de empleo. Esta conclusión se dedujo del mismo texto de los Pactos de la Moncloa, ya que al hacer referencia al seguro de desempleo señaló claramente que se establecería un control en las Oficinas de Colocación y que éstas “harán públicas las listas de parados con objeto de facilitar su reincorporación al trabajo”. A pesar de la importancia de estos Pactos ya que supusieron un importante cambio en el sistema de relaciones laborales,²⁶⁸ no se había iniciado al finalizar su vigencia una reforma de la Seguridad Social, pero sí comenzó a circular un Proyecto de Ley Básica de Empleo atribuido al Gobierno y que contenía tres partes: la política de empleo, la protección por desempleo y la organización y gestión de los Servicios de Empleo. Se preveía además la creación del Instituto Nacional de Empleo como entidad estatal autónoma al que le atribuían, entre otras funciones, evaluar en términos de empleo las medidas económicas, educativas o conexas que se estableciesen o hubiera establecido la Administración. Este Proyecto de Ley Básica de Empleo no pasó a ser ley hasta el año 1980 (Ley 8 de octubre de 1980), pero sí se elaboró inmediatamente el proyecto de Decreto-Ley por el Ministerio de Trabajo en el que se recogía

²⁶⁸ A partir de los Pactos de la Moncloa se da un cambio de rumbo en el trazado del marco institucional de las relaciones laborales, y la dinámica a partir de este momento cambió. El mercado de trabajo iba a encontrar el definitivo cauce de estabilidad para su desarrollo y mejora a partir de este momento. Véase VIDA SORIA, J.: “Los acuerdos para la Estabilidad en el Empleo y la Negociación Colectiva de 1997, en el marco de las reformas del sistema normativo para las relaciones de trabajo”, *AL*, Tomo I, (1997), pág. 592.

la concepción del INEM del proyecto del Gobierno y diseñó un Consejo General presidido por el Ministerio de Trabajo con doce representantes de cada una de las partes y tres expertos nombrados por el Presidente. El INEM se creó por *Real Decreto-Ley 36/1978 sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo*²⁶⁹ y el *Decreto núm. 439, de 20 de febrero, por el que se determinaba la estructura orgánica del INEM*. Su finalidad principal fue dar unidad y eficacia, ya que antes la política de empleo estaba encomendada de forma fraccionada a diversos Ministerios, lo que dificultaba realizar una política integral de empleo. En el Art. 5 del Real Decreto-Ley 36/1978 se creaba el INEM como organismo autónomo administrativo, dotado de personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus fines y adscrito al Ministerio de Trabajo integrándose en éste el Servicio de Empleo y Acción Formativa, Promoción Profesional Obrera, y la Obra de Formación Profesional de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales. Esto significa que en un mismo organismo se iba a gestionar la intermediación en el mercado de trabajo, la formación profesional y el fomento del empleo y la gestión y el control de la protección del desempleo.²⁷⁰ Ya se había dado el primer paso para gestionar la colocación por un organismo público con representación tripartita, pero va a ser ya en un momento posterior cuando se va a organizar normativamente toda la política de empleo y también un nuevo modelo de Colocación adaptado sobre todo a los principios establecidos en la Constitución de 1978. A pesar de que se instaura un nuevo modelo de Colocación, no se rompe bruscamente con el pasado, por lo que en muchos aspectos la nueva regulación se basa en la LRL, cuestiones que se pasan a analizar.

7. El modelo de Colocación posconstitucional (1978-1994)

Además de la normativa que crea y desarrolla el INEM, es necesario tener en cuenta todo el desarrollo legislativo que se encarga de organizar el nuevo modelo de colocación. Son concretamente la *Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores* (ET 80) y la *Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo* (LBE), que atiende a la necesidad impuesta en todos los países de llevar a cabo medidas contra el desempleo que imperaba desde los años setenta.²⁷¹

²⁶⁹ BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1978.

²⁷⁰ Hay que destacar que por Real Decreto 439/1979, de 20 de febrero, se determina la estructura orgánica del Instituto Nacional de Empleo.

²⁷¹ ARENAS POSADAS, C.: *Historia económica del trabajo*, op.cit., págs. 220 y ss.

Si se analiza la fecha de entrada en vigor de ambas leyes, se puede comprobar que el ET 80 precede a la LBE y por tanto es la primera que hace referencia a la colocación de los trabajadores en su Art. 16 que lleva como título “Ingreso al Trabajo”.²⁷² Para entender por qué se reguló la colocación de los trabajadores en el ET 80 sabiendo que estaba elaborándose una Ley que iba a regular el régimen jurídico de la colocación, es necesario conocer la tramitación parlamentaria del ET 80.²⁷³ En el Proyecto de Ley del Gobierno no aparecía en ningún artículo referencia alguna al llamado “Ingreso al trabajo”, esto es, a la colocación de trabajadores, ni tampoco referencia alguna a quiénes eran los intermediarios ni cuáles eran las funciones de control del mercado de trabajo que tenían que desempeñar las Oficinas de Empleo del INEM. Esto parece indicar que en un principio no se quiso introducir tal materia, pues estaba prácticamente a punto de entrar en vigor la LBE en la que se preveía un Título completo dedicado a la colocación y a los Servicios de Empleo. Sin embargo, se introdujeron enmiendas tanto por el grupo parlamentario comunista²⁷⁴ como

²⁷² El contenido completo del artículo 16 era el siguiente: *1. Los empresarios están obligados a solicitar de las oficinas de empleo los trabajadores que necesiten así como comunicar la terminación de los contratos de trabajo de los que fueran parte. No obstante, podrán contratar directamente cuando no existiese Oficina de Empleo en la localidad o no se les facilite por la Oficina, en el plazo de tres días los trabajadores solicitados o no contratados a los que la Oficina les haya facilitado, comunicando en todos estos casos la contratación a la Oficina de Empleo correspondiente. 2. Se prohíbe la existencia de agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo. Las empresas dedicadas a la selección de trabajadores deberán hacer constar en sus anuncios el número de la demanda en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta. 3. El contrato de trabajo se registrará por la oficina de empleo que corresponda. 4. La clasificación profesional se realizará por acuerdo entre el trabajador y el empresario con sujeción y en los términos establecidos en convenios colectivos y, en su defecto, en las normas reglamentarias laborales.*

El único apartado que no hacía referencia expresa a la colocación era el artículo 16.4, aunque sí tenía que ver con la rúbrica “Ingreso al Trabajo”. La razón que adquirió peso para que se introdujera en este artículo fue “realzar el momento precontractual de la colocación” (en este sentido véase VALDÉS DAL-RE, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit., pág. 182; y LÓPEZ GANDÍA, J.: “Artículo 16. Ingreso al Trabajo”, VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, págs. 128-129), aunque también se criticó por parte de la doctrina la ubicación de la clasificación profesional en este artículo pues se pensó que se debería haber regulado en los artículos 23 y 24 que regulaban la clasificación profesional (ALONSO OLEA, M.: *El Estatuto de los Trabajadores...*, op.cit., pág. 70).

²⁷³ La tramitación parlamentaria del Estatuto de los Trabajadores se puede ver en MERINO MERCHÁN, J.F.: *Estatuto de los Trabajadores. Trabajos parlamentarios*, Tomos I y II, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980.

²⁷⁴ Se introdujo en la enmienda número 481. Concretamente, y en lo que se refiere a esta materia, se incluían tres artículos dentro del Título VI llamado “Protección del Empleo”. El artículo 32 señalaba que “Los Servicios de Empleo dependerán de la Administración y de las Cortes Generales”, algo que a mi juicio ya no era lógico pues ya había un nuevo organismo que era el INEM que iba a depender solamente de la Administración. El artículo 33 decía así: “Se prohíbe la existencia de agencias u organismos privados dedicados a la contratación de trabajadores; y el artículo 34, en relación a las Empresas de Trabajo

por el grupo parlamentario socialista,²⁷⁵ y fue aceptada esta última, aunque con algunas modificaciones durante la tramitación parlamentaria, introduciéndose así un nuevo artículo que llevaba como título “Ingreso al Trabajo”.

En cuanto al contenido en materia de Colocación en la LBE, ésta no sufrió ninguna modificación desde que se incluyó este contenido en la Proposición de Ley Básica de Empleo.²⁷⁶ Las enmiendas que se introdujeron no afectaron al Título III “De la colocación y servicios del Instituto Nacional de Empleo” que permaneció intacto, y además con escasa discusión, pues la diversidad de opiniones y de enjuiciamiento que se plantearon en relación al texto legal inicial giraron en torno a la prestación por desempleo, principalmente en relación al período de carencia, su duración y financiación.²⁷⁷

Así pues, el ET 80 y la LBE son dos leyes diferentes, aunque, en lo que respecta a la materia de Colocación de los trabajadores, no hay contradicción entre ellas: el Art. 16 ET 80 denominado “Ingreso al Trabajo” reguló los aspectos en relación a la fase anterior del contrato de trabajo, y por tanto, este artículo no iba a modificar en nada lo ya establecido en la LBE, pues era necesario que naciera la LBE como “Ley paralela para afrontar específicamente los problemas de la colocación y el empleo”²⁷⁸ para regular los aspectos organizativos y de política de empleo,²⁷⁹ pues lógicamente no era el Estatuto de los

Temporal señalaba que “Se prohíbe el prestamismo de trabajadores. La cesión exigirá el acuerdo previo de los afectados”. Tal enmienda se puede consultar en MERINO MERCHÁN, J.F.: *Estatuto de los Trabajadores. Trabajos Parlamentarios*. Tomo I, op.cit., pág. 227.

²⁷⁵ Enmienda número 305, dentro del conjunto de enmiendas presentadas al Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores de acuerdo con los artículos 93 y 94 del Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, véase MERINO MERCHAN, J.F.: *Estatuto de los Trabajadores. Trabajos Parlamentarios*, Tomo I, op.cit., pág. 150.

²⁷⁶ La Proposición Básica de Empleo, que se llevó a cabo durante el Gobierno de la UCD, fue publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha de 22 de julio de 1980 y entró en el Senado el 10 de julio, y fue declarada con carácter urgente. Para un análisis de los debates parlamentarios véase Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria núm. 67 (extraordinaria), celebrada el miércoles 23 de julio de 1980; y Sesión Plenaria núm. 68 (extraordinaria), celebrada el jueves 24 de julio de 1980.

²⁷⁷ El grupo parlamentario socialista mantuvo una enmienda de veto, proponiendo el texto legal que ya había presentado este Grupo en el mes de mayo de 1978, denominado “Proposición de Ley de Medidas contra el paro”. También apoyó la enmienda de veto el grupo parlamentario mixto, el Grupo parlamentario Catalunya, Democracia y Socialismo, y el Grupo parlamentario socialista andaluz.

²⁷⁸ GARCÍA MURCIA, J.: “Evolución de la legislación laboral”, VV.AA.: *Estado de Bienestar, Diálogo Social y Mercado de Trabajo*, CES del Principado de Asturias, Oviedo, 2003, pág. 35.

²⁷⁹ LÓPEZ GANDÍA, J.: “Artículo 16. Ingreso al Trabajo”, op.cit., pág. 125.

Trabajadores el lugar adecuado para ubicar estos aspectos de la política de empleo en general.

Además de tener en cuenta la LBE y el ET 80 para hacer un análisis del modelo de colocación posconstitucional, es necesario también analizar el ya creado INEM por Decreto-Ley 36/78, y la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS 88) que va a servir para determinar la responsabilidad administrativa en materia de colocación, a pesar de que algunos aspectos ya se regularon en la LBE. El problema que se va a plantear es la existencia de vacíos normativos ya que no se llevó a cabo un desarrollo reglamentario de la LBE. Estas deficiencias se irán solventando con interpretaciones adecuadas, y, para ello se va a seguir el mismo esquema que ya se ha venido utilizando en las demás épocas históricas, esto es: una primera parte que determine quién es el organismo público que se encargó en ese momento de la colocación, sus funciones y sus características; la relación del trabajador y del empresario con respecto a este organismo público, y, una segunda parte que analice el papel que desempeñaron otros organismos públicos y privados en la colocación de los trabajadores.

7.1. Un modelo de Colocación público algo debilitado

El organismo que se encargó de la gestión de la colocación fue el INEM, creado en el año 1978. A partir de este momento y en la legislación posterior, se produjo un cambio con respecto a los organismos públicos que anteriormente habían gestionado la colocación, y ello porque se tuvo en cuenta, tanto a la hora de crear el INEM como en la LBE, el Convenio núm. 88 de la OIT sobre organización del servicio del empleo. Así, el INEM era un servicio de empleo, nacional, público y gratuito, y además con representación obrera en sus órganos administrativos, pues en los órganos directivos del INEM, concretamente, el Consejo General y la Comisión Ejecutiva estaban representadas la Administración Pública, las Asociaciones Sindicales más representativas y las Asociaciones Empresariales de más significación (Art. 40 LBE).

Hay que resaltar un aspecto de sumo interés que sí fue debatido en la tramitación parlamentaria de la LBE, y fue concretamente en relación a la característica del Servicio de Empleo como “nacional”. Se mantuvieron dos posiciones al respecto: por una parte, se defendió un voto particular por el grupo parlamentario *Cataluña, democracia y socialismo* y a su vez apoyado por el grupo parlamentario *Convergencia i Unió*, por el grupo parlamentario socialista y por el grupo parlamentario socialista andaluz, en el que criticaban el olvido en esta materia de las autonomías, ya que a las CC.AA les correspondía, según lo establecido en el Art. 149.1.7 y en algunos Estatutos de Autonomía que ya estaban en vigor -como fue el

Estatuto Autonomía de Cataluña- la ejecución de la legislación laboral del Estado. Argumentaban la necesidad de prever en este momento los conflictos que posteriormente surgirían cuando las Comunidades Autónomas creasen órganos autónomos para gestionar la política de empleo. Pensaban, por tanto, que en pleno proceso autonómico de construcción del Estado de las Autonomías se tenían que crear en cada Comunidad Autónoma o ente preautonómico sus propios Servicios de Empleo actuando en coordinación con los del Estado Central y de este modo aumentaría la eficacia de estos Servicios. Sin embargo, este voto particular fue rechazado, y se mantuvo la segunda posición, por el grupo parlamentario UCD. Este grupo parlamentario señaló que el INEM perseguía y ejercía ya en ese momento la descentralización administrativa al existir oficinas provinciales, comarcales y locales y a su vez existían varias oficinas en las grandes ciudades. El citado grupo parlamentario no pudo en ningún momento rebatir la argumentación manifestada por quien sostuvo y apoyó la primera posición, pues efectivamente las Comunidades Autónomas, según lo establecido en la Constitución Española, tenían competencias de ejecución de la legislación laboral. Sin embargo, UCD no estaba de acuerdo en crear Servicios Públicos de Empleo Autonómicos quizá porque no existía por el momento un Estado de las autonomías consolidado. Para ello justificó tal posición basándose en el Convenio núm. 88 OIT -a mi juicio, de forma equivocada, porque en ningún momento tal Convenio se manifiesta en contra de una territorialización de los Servicios de Empleo-, y además señaló que el problema de la participación de las autonomías en esta materia no era un problema a debatir en la LBE, sino que era un problema a resolver en la Comisión de transferencias y que además, la estructura del INEM ya estaba creada y no era la LBE la que tenía que modificar tal normativa.

Así pues, en resumen, lo que ocurrió es que ante una Comunidad Autónoma que reivindicaba -con razón- lo que la Constitución y el Estatuto de Autonomía le permitía realizar en materia de política de empleo, era aún un momento poco propicio para crear Servicios Autonómicos de Empleo pues se prefirió la estructura administrativa en materia de política de empleo y de colocación de los trabajadores tal y como se había creado en el año 1978, y dejar este tema para que se debatiera en las Comisiones mixtas de transferencias creadas. Van a tener que pasar muchos años para que estas cuestiones ya planteadas desde el inicio de la creación del INEM se planteara una solución por medio de la creación de Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.²⁸⁰

²⁸⁰ Así, en este momento, la colaboración con los entes locales fue a través de la firma de Convenios de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Federación Española de Municipios y Provincias para el mantenimiento y la creación de empleos (Resolución de 21 de noviembre de 1985, BOE, núm. 12, de 14 de enero).

Otra de las características fundamentales y novedosas en relación a la época anterior es que se integró en un solo organismo la gestión de toda la política de empleo al atribuirle al INEM las funciones de ejecución de la política de empleo, de control de las ayudas de fomento al empleo y de las prestaciones y subsidios por desempleo, y de la organización de los servicios estatales de colocación, formación profesional no reglada y orientación ocupacional, con carácter público y gratuito.²⁸¹

Pasando ya a analizar las obligaciones de los trabajadores y los empresarios en relación al INEM, se puede indicar que todo trabajador estaba obligado a inscribirse en la Oficina de Empleo cuando tuviera que solicitar ocupación (Art. 42.3 LBE). En el Art. 16 ET no se hizo ninguna referencia a esta obligación y al entrar en vigor antes que la LBE se llegó a plantear, antes de que se conociera la inclusión de esta obligación en la LBE, la desaparición de ésta.²⁸² Hubo una limitación en relación al tipo de trabajador que se tenía que inscribir de forma obligatoria. De este modo, tenían que tener, en primer lugar, capacidad de obrar; no todos los que se inscribían tenían que ser desempleados,²⁸³ y, por otra parte, el Servicio de Empleo no tenía la obligación de comprobar las aptitudes físicas del trabajador, pues esta opción le correspondía al empresario.²⁸⁴ Parece que la inscripción normalmente se hacía en las oficinas de su domicilio, pero se interpretó por parte de la

²⁸¹ Véase ALVARELLOS GALVE, C. *Ley Básica de Empleo. Textos y Comentarios*, op.cit., pág. 166. Hay que recordar que antes de la creación del INEM, existían diferentes organismos que actuaban en materia de empleo. La ordenación y desarrollo de la política de empleo estaba atribuida a la Dirección General de Empleo; la formación profesional y laboral a la Dirección General de Promoción Social; la gestión y tramitación el seguro de desempleo al Instituto Nacional de Previsión; las ayudas a los emigrantes retornados al Instituto Español de Emigración y la realización de los servicios de encuadramiento y de colocación al Servicio Nacional de Colocación de la Organización Sindical.

²⁸² Así, el Prof. ALONSO OLEA (*El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, op.cit., pág. 69) señaló literalmente que “el Reglamento de colocación como la LRL exigían al trabajador su inscripción como parado en la Oficina de empleo, requisito que desaparece, bien porque se entienda que basta con la comunicación del empresario de la terminación del contrato, bien porque se crea que las normas de seguridad social que supeditan el subsidio de desempleo a la inscripción como parado garantizan ésta”.

²⁸³ Era requisito necesario para la percepción de la prestación por desempleo que el desempleado se inscribiera en la Oficina de Empleo correspondiente en un plazo de quince días, y en caso de incumplimiento del plazo, suponía con el Reglamento de Prestaciones de Desempleo de 1981 la pérdida del derecho, y posteriormente con el Reglamento de Prestaciones de Desempleo de 1984, se produjo “una mejora innegable para los posibles beneficiarios de las prestaciones de desempleo” (STCo, núm. 119/1987, de 9 de julio, RTC 1987/119) pues únicamente suponía la pérdida de las prestaciones correspondientes a los días transcurridos.

²⁸⁴ Véase VALDÉS DAL-RE, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit., pág. 208.

doctrina que el trabajador podía elegir cualquier Oficina de Empleo, pues de otro modo se estarían violando los derechos constitucionales de libre elección de residencia y de libre circulación así como el principio de igualdad.²⁸⁵ El problema que se planteó también es si se llevó a cabo el “acto administrativo de inscripción” con plena transparencia, lo que se duda al no constar el orden de prelación de inscripción ni se comunicaba al demandante de empleo sobre el lugar que ocupaba en la lista en la que previamente se había inscrito.²⁸⁶

Ahora bien, la falta de inscripción obligatoria por parte del trabajador no se consideró infracción administrativa, ni en la LBE ni en la LISOS 88, aunque se propuso -planteando una enmienda por el grupo parlamentario UCD, que fue rechazada- considerar infracción grave “inscribirse como demandante de empleo cuando el trabajador está prestando servicio por cuenta ajena o propia”,²⁸⁷ proponiendo la creación de distintos registros de inscripción en el INEM: uno para aquellos que estuvieran desempleados y otro para aquellos que estuvieran empleados y quisieran cambiar de trabajo, con el objetivo de “regularizar bien el tema de los parados en la Oficina de Empleo”.

Por otra parte, no todo aquel que prestaba cualquier tipo de servicios estaba obligado a inscribirse en el INEM: concretamente los que realizaban un contrato al margen de la legislación laboral, bien porque eran trabajadores autónomos, bien porque la relación laboral estaba expresamente excluida de la legislación laboral en el ET o porque se le aplicaba la legislación mercantil, por lo que las estadísticas que se llevaban a cabo teniendo en cuenta los inscritos en el INEM no eran del todo completas por la razón anteriormente explicada.

Había una obligación -en principio- por parte de las empresas de solicitar *previamente*²⁸⁸ en las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesitaran (Art. 42.1 LBE y 16.1 ET). El modo de presentar las ofertas por las Empresas se plasmó en una Circular del

²⁸⁵ VALDÉS DAL-RE, F.: Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit., pág. 212.

²⁸⁶ VALDÉS DAL-RE, F.: Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit., págs. 214-215.

²⁸⁷ Diario de Sesiones del Senado. Sesión Plenaria número 68, celebrada el 2 de marzo de 1988, sobre Dictamen de la Comisión de Trabajo en relación con el proyecto de ley relativo a Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

²⁸⁸ El Prof. GARCÍA NINET (“La colocación en la Ley Básica de Empleo”, op.cit., pág. 146) señala que el adverbio temporal “previamente” se ha incluido como una medida para acabar con las prácticas habituales de contratar al margen de las Oficinas de Empleo y cumplir las obligaciones legales posteriormente, pero afirma – con razón- que esta práctica no llegó a realizarse, pues la normativa permitía libertad empresarial a la hora de contratar.

INEM.²⁸⁹ Esas ofertas se presentaban por las Empresas en las Oficinas de Empleo cumplimentando todos los campos, y las Empresas tenían que proporcionar toda la información que las Oficinas de Empleo estimaran necesarias a efectos de definir todas las características de la oferta.²⁹⁰ Y en el caso de que alguno de los puestos ofrecidos se encontraran en el ámbito de otras Oficinas de Empleo, la Oficina receptora pasaba de forma inmediata a las otras Oficinas afectadas la información referente a la oferta para que éstas pudieran realizar las correspondientes gestiones de colocación.²⁹¹

Sin embargo, esta obligación de presentar las ofertas de empleo en las Oficinas de Empleo no afectaba a todo tipo de empresarios, pues no le correspondía a aquellos que contrataban trabajadores a los cuales no se les aplicase la legislación laboral. Pero hay que hacer algunas aclaraciones en relación a esta obligación que se deducen de la lectura conjunta del Art. 16.1 ET y del Art. 44.2 LBE. En el caso de que no existiera Oficina de Empleo en la localidad -se entiende que es donde estaba situado el centro de trabajo del empresario- éste podía contratar directamente sin tener que solicitar al trabajador en otra Oficina de Empleo distinta a la de su localidad. Parece justificar esta excepción la tendencia a “liberalizar al máximo la utilización del servicio público de empleo”.²⁹² En otros dos supuestos, esto es, cuando las Oficinas de Empleo no le facilitaran los trabajadores que necesitasen en el plazo de tres días, o en el caso de que decidiera el empresario no contratar a los trabajadores inscritos en la Oficina porque no reunieran los perfiles profesionales adecuados²⁹³ -según se

²⁸⁹ Circular proporcionada por los Servicios Técnicos para Documentación del MTAS. Circular CO 4/81. Asunto: Procedimiento a seguir por las Oficinas de Empleo en cuanto a ofertas y autorizaciones de anuncios de ofertas de puestos de trabajo. Área de aplicación de la Circular: Colocación; Fecha de vigencia: 17-III-1981, que anula la Circular I-2-03-4/81 bis; Archivo: Tomo 3, Apartado 1º. Llevada a cabo por el Subdirector General de Recursos Técnicos, Eduardo Ruiz Muñoz de Baena.

²⁹⁰ Punto 1.1. de la citada Circular.

²⁹¹ Punto 1. 2 de la citada Circular.

²⁹² VALDÉS DAL-RE, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit, pág. 218; La interpretación que hizo el autor en este caso era muy restrictiva, pues señalaba que en un principio sería suficiente alegar que no hay oficina de empleo en el lugar del centro de trabajo, pero ello sería insuficiente si el domicilio social de la empresa estuviera en una localidad próxima.

²⁹³ La enmienda (rechazada) introducida por el grupo socialista en relación al artículo 16.1 señalaba que “los empresarios están obligados a solicitar de las oficinas de empleo los trabajadores que necesiten y, si no los hubiere, a comunicar los que contraten directamente; asimismo comunicarán la terminación de los contratos. Los trabajadores tendrán la obligación de inscribirse en la oficina de empleo correspondiente cuando hayan de solicitar ocupación”. En cuanto a la contratación directa, no se indicaban los distintos supuestos en los que admitía, haciéndolo de forma general.

deduce de la lectura del Art. 44.2 LBE- se podía finalmente, una vez que se había acudido previamente a la Oficina de Empleo para solicitar a los trabajadores que necesitaran, optar por la contratación directa, es decir, utilizar otros “canales extrainstitucionales de colocación”.²⁹⁴ Pero ni en el ET ni en la LBE se enumeraron los cauces que podía utilizar el empresario o los límites que se podían imponer a la hora de utilizar la contratación directa; tan sólo había una referencia establecida en el Art. 44.2 al señalar que si se daba publicidad de la oferta de empleo, se tenía que realizar “previo visado de la misma” por el INEM. La presentación de ofertas por las Empresas directamente se desarrolló por una Circular del INEM de 17 de marzo de 1981, vuelta a redactar por la Circular de 14 de febrero de 1991:

-Se indicaba cuándo y dónde se procedía al visado: concretamente se solicitaba en la Oficina de Empleo en la que se presentó la oferta y se necesitaba para publicar un anuncio en la prensa cuando hubiera transcurrido el plazo de tres días y la oferta no hubiera sido cubierta por no haber enviado demandantes las Oficinas de Empleo o por haber sido rechazados por la Empresa los que habían sido enviados. La Oficina de Empleo visaba el anuncio siempre que en su texto el puesto descrito coincidiera con el presentado en la oferta de que se tratara, y se hacía el visado para los días solicitados por la empresa, que no podían exceder de la fecha de validez de la oferta y además sólo para los periódicos que la empresa determinara. Y se podía negar el visado si de los requisitos se deducía discriminación (edad, sexo, estado civil, etc...).²⁹⁵

-En principio la empresa solicitaba el visado para publicar el anuncio en periódicos de la misma localidad en la que se presentaba la oferta o el puesto de trabajo, pero en caso contrario, la Oficina de Empleo que visara el anuncio tenía que comunicar el contenido de la oferta a las Oficinas de la localidad para la que se visaba el anuncio con el fin de que éstas tuvieran conocimiento de la misma y pudieran realizar las correspondientes gestiones de colocación.²⁹⁶

Además, desde un primer momento, es decir, desde la promulgación de la LBE se quiso sancionar el incumplimiento de esta obligación. Así, en el Capítulo VI sobre *Infracciones y Sanciones* de la LBE y concretamente en el Art. 32.2.a) se consideró infracción grave “no solicitar a las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesitasen, en los casos en los que estuviera previsto en el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores”. Y también se consideró infracción leve “hacer públicas ofertas de empleo a través de los medios de comunicación sin cumplir el requisito previo del visado por parte de la Oficina de Empleo”

²⁹⁴ VALDÉS DAL-RE, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit., pág. 248.

²⁹⁵ Puntos 1.3 y 1.4 de la Circular del INEM de 14 de febrero de 1991.

²⁹⁶ Punto 1.5 de la Circular del INEM de 14 de febrero de 1991.

(Art. 32.1.b LBE). La ubicación de estos preceptos en la LBE no fue del todo acertada, pues se incluyeron en un precepto que reguló las infracciones de los empresarios en relación a la prestación por desempleo. Sin embargo, más que ser un artículo que tipificase las infracciones en materia de protección por desempleo, fue un artículo que tipificó en general las infracciones de los empresarios en materia de empleo. Posteriormente, cuando la LISOS 88 regula de forma conjunta todas las infracciones y sanciones en el ámbito de las relaciones laborales, tipificó también como infracción leve “Hacer publicidad de una oferta de trabajo sin que haya sido visada previamente por el Instituto Nacional de Empleo” (Art. 26.4 LISOS) y como infracción grave “contratar directamente a un trabajador sin hacer, con carácter previo, la correspondiente solicitud a la Oficina de Empleo, salvo los casos excluidos legalmente de tal obligación” (Art. 27.1 LISOS 88).²⁹⁷ Esto significa que si se utilizaban los cauces extrainstitucionales de la colocación, siguiendo los pasos marcados por el Art. 16.1 ET y 44.2 LBE, a los empresarios no se les podía sancionar porque no habían cometido este tipo de infracción. Por otra parte, este incumplimiento empresarial no fue causa de nulidad del contrato de trabajo,²⁹⁸ al ser un estado previo al contrato de trabajo, y no aplicársele los efectos de éste, simplemente se consideró como infracción administrativa.

Al utilizarse otros cauces distintos al INEM, éste realizó en pocas ocasiones una verdadera labor de intermediación: sólo cuando el empresario de forma voluntaria acudía a este Servicio, o bien cuando los empresarios tenían que acudir a éste para solicitar a los trabajadores desempleados para poderse beneficiar de las medidas de fomento de empleo establecidas Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, que regulaba diversas medidas de fomento del empleo, pues se indicaba expresamente que dichos trabajadores tenían que estar inscritos en la Oficina de Empleo.

Ahora bien, incluso en los pocos casos en los que los empresarios utilizaban el INEM, se fue debilitando la pura función de intermediación de éste al admitirse además de la oferta genérica, que en un principio se pretendió utilizar para limitar la libertad empresarial de contratación,²⁹⁹ la oferta nominativa.³⁰⁰ Mientras que en la oferta genérica el INEM

²⁹⁷ Como a partir de la reforma del mercado de trabajo de 1994 queda derogado el artículo 42.1 LBE y el precepto tipificador de la infracción cometida, el artículo 27.1 LISOS, la contratación directa del trabajador que se haya realizado antes de la reforma pero que se cuestione después de la reforma, señala la jurisprudencia, que “en aplicación retroactiva de la Ley más favorable, por tratarse de norma administrativa de carácter sancionador, las sanciones impuestas por este motivo quedan anuladas. STSJ Madrid, núm. 501/1996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14 de junio, RJCA 1996/962.

²⁹⁸ SALA FRANCO, T.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1985, pág. 344.

²⁹⁹ ALVARELLOS GALVE, C.: *Sistema Institucional y normativo del empleo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, pág. 552.

desempeñaba un papel activo en la búsqueda de empleo, pues el empresario acudía antes de realizar un contrato para que el INEM le buscara el trabajador más adecuado, en la oferta nominativa, el INEM no realizaba intermediación, pues el empresario acudía simplemente a solicitar a un determinado trabajador que tenía nombre y apellidos con la única intención de poder beneficiarse de determinados incentivos a la contratación. En algunas ocasiones se imponía la utilización de la oferta genérica,³⁰¹ pero, en la mayoría de las ocasiones se admitió

³⁰⁰ Las ofertas de empleo nominativas y genéricas tienen su origen en la normativa italiana y concretamente en el período corporativo con la ley n.739, de 2 de junio. Este tipo de solicitud presuponía un absoluto anonimato en el encuentro entre el trabajador y el empresario en el que éste daba al Servicio de Empleo el número, la categoría y la cualificación profesional de los trabajadores que iban a ser contratados. El Servicio Público de Empleo era el que proporcionaba por tanto los trabajadores solicitados, respetando el orden de prelación seguido dependiendo de las cargas familiares y de la antigüedad de la inscripción. Con este tipo de solicitud se pretendió proteger al demandante de empleo contra todo tipo de actos que implicaran favoritismos y prácticas discriminatorias. Sin embargo, este tipo de procedimiento no tuvo éxito pues se ajustó la oferta y la demanda fuera de los servicios públicos, ya que lo que pensaban las empresas es que si utilizaban la petición numérica no iban a encontrar un trabajador que se ajustara a “sus” exigencias del momento. Sin embargo, la petición nominativa estaba permitida para los trabajadores de empresas con no más de cinco trabajadores y para los trabajadores destinados a otras empresas con el límite de 1/10; para los trabajadores oficinistas y para los especializados; para el personal destinado a puestos de confianza y para los trabajadores que accedieran por primera vez al empleo con un título de formación profesional, por lo que la petición genérica quedaba para los trabajadores menos especializados. Por otra parte, la petición nominativa era cada vez más amplia al ir derogándose normas del período fascista (DM 19 abril 1939, DM 30 junio 1940, DM 16 septiembre 1940, DM 21 diciembre 1940 y los Decretos Ministeriales de 1 de octubre de 1942).

Por otra parte, se admitía la contratación directa, desarrollándose una verdadera y propia “privatización de la política de colocación” en Italia (art. 11), y se autorizaba la contratación directa en los casos siguientes: familiares (cónyuge, padres y afines hasta el tercer grado) del empleador, para el personal con funciones directivas y para oficinistas o especializados, los domésticos, porteros, estudios profesionales y servicios familiares, trabajadores contratados en empresas con no más de tres empleados. En todos estos últimos casos era obligatorio comunicar los nombres de los trabajadores contratados.

³⁰¹ Así, las empresas que quisieran acogerse al programa de Empleo Juvenil tenían que solicitar mediante la correspondiente Oficina de Empleo y mediante petición genérica a los trabajadores juveniles que precisen (Decreto de 5 de enero de 1979 núm. 41/79 sobre promoción de empleo juvenil, BOE núm. 11 de 12 de enero de 1979); o las empresas que quisieran contratar a trabajadores perceptores del subsidio por desempleo, tenían que acudir a la correspondiente Oficina de Empleo, bien a través de una oferta nominativa o genérica (Decreto de 5 de enero de 1979, núm. 42/79, BOE núm. 11 de 12 de enero de 1979);

En cuanto a los trabajadores minusválidos, para recibir subvenciones y bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, tenían que solicitar de las correspondientes Oficinas de Empleo los trabajadores minusválidos, pero siempre con ofertas genéricas y no podían ser nominadas (Real Decreto 19 de junio núm. 1327/81, sobre empleo de trabajadores minusválidos, BOE núm. 162, de 8 de julio de 1981); o la Orden de 5 de marzo de 1982 sobre régimen unificado de ayudas públicas a disminuidos, BOE núm. 57, de 8 de marzo de 1982, indicaba que las empresas interesadas tenían que solicitarlos en forma innominada en la correspondiente Oficina de Empleo, acompañando a dicha solicitud descripción detallada de los puestos a cubrir, características técnicas de los mismos, así como capacidad física que

tanto la oferta genérica como la oferta nominativa, e incluso se ha admitido por la jurisprudencia³⁰² -aunque no siempre-³⁰³ la oferta nominativa presentándola en una fecha posterior a la contratación del trabajador.

Al admitirse la contratación directa, la ley refuerza el control del INEM imponiendo una obligación de comunicar la contratación a la Oficina de empleo correspondiente en los casos en los que se realice la contratación directa (Arts 16.1 ET 80 y 42.1 y 44.3 LBE) que en el caso de no realizarlo se consideró como infracción leve por parte del empresario el “no

debía tener el trabajador para cubrir dicho puesto; en el Real Decreto 1445/82 sobre medidas de fomento del empleo (BOE núm. 156 de 1 de julio de 1982) señalaba que los empresarios podían contratar a trabajadores desempleados que se encontraran en la Oficina de Empleo y lo podían hacer a través de oferta nominativa o genérica);

Por otra parte, para acogerse a los beneficios por contratación de trabajadores mayores de cuarenta y cinco años, el Real Decreto de 28 de diciembre de 1983 núm. 3239/83 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1983) señalaba que los trabajadores tenían que estar inscritos al menos un año en la correspondiente Oficina de Empleo y los podían solicitar bien de forma nominativa o bien de forma genérica (en el mismo sentido, Orden de 9 de febrero de 1984, BOE núm. 44 de 21 de febrero).

³⁰² Se planteó en una sentencia si habían sido debidamente aplicadas las bonificaciones contempladas en el Real Decreto 799/85, de 25 de mayo, y en el Real Decreto 1992/84, de 31 de octubre, al no haber cumplido la empresa el requisito de formalizar las ofertas de empleo de los trabajadores en fecha anterior o simultánea de contratación de los mismos y se indicó que se podía presentar la oferta nominativa en cualquier momento fundamentando que al ser medidas de fomento de empleo que pretenden facilitar el acceso a la práctica profesional de aquellas personas que han adquirido una formación adecuada para el desempeño de un determinado puesto de trabajo, y que por tanto no tendría sentido desvirtuar el espíritu que anima a estas disposiciones que nacen en un contexto de una política de fomento de empleo. En el caso concreto de la sentencia, la trabajadora comenzó a prestar servicios el 2 de febrero de 1988 y el contrato se formalizó quedando registrado ante el INEM el día 18 del mismo mes. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 1996, RJ 1996/6807.

Hay sentencias en las que consideran que el presentar oferta nominativa en un momento posterior sí se ajusta a lo establecido en el artículo 2.1. a) del Real Decreto 3239/1983, de 28 de diciembre, de incentivos para fomentar la contratación de trabajadores mayores de 45 años que señala que los empresarios “deberán solicitar los trabajadores mediante oferta genérica o nominativa de la correspondiente Oficina de Empleo”. Señalan que el presentar la oferta nominativa en un momento posterior no es presupuesto esencial ni imprescindible para la concesión de los beneficios solicitados, pues de todas aunque se hubiera presentado la oferta nominativa en un momento anterior a la contratación, la Oficina de Empleo se hubiera reducido a constatar la casi automática contratación del trabajador designado.

³⁰³ En la STS de 20 de diciembre de 1995, núm. 1138/1995 (RJCA 1995/1090) se interpretó que el Real Decreto 3239/1983 de 28 de diciembre sólo permitía realizar la oferta nominativa previamente a la contratación y que el motivo de denegar los beneficios establecidos en el Real Decreto 3239/1983 por la contratación indefinida de un trabajador mayor de 45 años era por haberse efectuado la oferta nominativa de empleo con posterioridad a la contratación de dicho trabajador. Aunque se le concedieron finalmente las bonificaciones al tener en cuenta la nueva redacción del artículo 16 ET a partir de la reforma del año 1994, aplicándosele la legislación más favorable.

comunicar a la Oficina de Empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviera establecida esa obligación” (Art. 26.1 LISOS 88).³⁰⁴ La comunicación del contrato cuando la colocación se realizaba al margen del INEM era necesaria para que éste pudiera proceder al registro y al visado del contrato. Lógicamente, el registro y el visado lo realizaba el INEM, pero quien estaba obligado a presentar el contrato para el visado y el registro era el empresario, y se interpretó, a pesar de que en la norma no se indicaba nada, que el registro se tenía que efectuar sólo en los contratos celebrados por escrito.³⁰⁵ Las referencias al registro de los contratos estaban en el Art. 16.3 ET y en el Art. 42.1 LBE, pero para determinar cómo se procedía al registro y también al visado, es necesario examinar la normativa interna del INEM, concretamente la Circular CO-48/81, sobre *Registro y visado de contratos por parte de las Oficinas de Empleo*, que se aprobó y entró en vigor el 12 de abril de 1981. Queda claro en la Circular que el Registro consistía en la anotación en el correspondiente Libro-Registro del contrato, y el funcionario que lo realizara no podía entrar a examinar el contenido del documento aunque el contrato fuera “manifiestamente contrario a las normas legales vigentes”, y sólo podía negar el registro por las causas que de forma tasada se señalaban, por motivos de identidad de las partes o por haber finalizado la vigencia del contrato.³⁰⁶ Si existían anomalías manifiestas -así lo indicaba la Circular- lo único que podía hacer el funcionario era remitirse de forma verbal al empresario indicándole la existencia de tales anomalías por si quisiera subsanarlas, pero si el contrato no se modificaba, de todas formas iba a ser registrado.

³⁰⁴ Antes de que entrara en vigor la LISOS 88 se podría considerar -a mi juicio- como infracción el no comunicar a la Oficina de Empleo la contratación, infracción que podría estar incluida en el artículo 32.1 a) LBE que tipificaba como infracción leve “no facilitar a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y al INEM los datos que estén obligados a proporcionar, así como consignarlos inexactamente en la documentación, certificación o declaración que presenten, por no cumplimentar éstas con arreglo a las normas o impresos oficiales que, en su caso, sean procedentes”.

³⁰⁵ RAYÓN SUÁREZ, E.: “La forma del contrato de trabajo”, en VV.AA. (Borrajo Dacruz, E. Director): *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo III, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, pág. 22.

De aquí derivaba la diferenciación entre el registro y la comunicación de los contratos. Pues la obligación de comunicación era para los contratos que no fuera legalmente obligatoria la consignación por escrito, y sin embargo el registro era para aquellos contratos que obligatoriamente se celebraban por escrito.

³⁰⁶ La citada Circular señalaba expresamente que: “La Oficina de Empleo negará el registro de los contratos únicamente en los casos siguientes: a) Cuando el empresario presente el contrato después de que haya finalizado su vigencia, de acuerdo con la fecha que figure en el mismo como de terminación. En los contratos de obra en los que en vez de fecha de terminación figure la expresión “hasta la finalización de la obra” el empresario hará constar por escrito que la obra no ha finalizado y que por tanto continúa vigente el contrato”; b) Cuando en el documento no figure el nombre de la Empresa y su domicilio, o el del Centro de Trabajo, c) Cuando en el documento no figure el nombre del trabajador, d) Cuando el documento carezca de fecha y de las firmas de las partes contratantes”.

Una vez conocido el contenido de esta normativa interna, también hay que señalar que en el caso de que no se procediera al registro -debido a que el empresario no lo comunicase- el contrato se presumía celebrado por tiempo indefinido “salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal del mismo” (Art. 8 ET 80), pero además estaba tipificada como infracción leve por parte del empresario “la falta de registro en la Oficina de Empleo del contrato de trabajo en los casos en que estuviera establecida la obligación de registro” (Art. 26. 5 LISOS 88).³⁰⁷ Este precepto, a mi juicio, no estaba bien redactado, y ello porque no se podía sancionar al empresario por la falta de registro del contrato, obligación que recae en la Oficina Pública. Por lo único que se podría sancionar al empresario era por la falta de comunicación de tales contratos a la Oficina para su posterior registro por ésta, por lo que entiendo que hubo una duplicidad de infracciones impuestas, y que el Art. 26.5 LISOS 88 fue innecesario al estar ya tipificado también como infracción leve en el Art. 26.1 LISOS 88 la falta de comunicación a la Oficina de Empleo por parte del empresario.

En cuanto al visado, no se mencionaba ni en el Art. 16 ET ni en la LBE; la única referencia genérica estaba en el Art. 42.1 LBE,³⁰⁸ por lo que hay que examinar el contenido de la Circular CO-48/81 sobre el *Registro y visado de contratos por parte de las Oficinas de Empleo*.³⁰⁹ Se puede diferenciar la función del registro y del visado, pues determinaba que el “visado de un contrato supone entrar en el contenido del documento y determinar la legalidad del mismo”. Señala además que fue la Orden del Ministerio de Trabajo de 31 de octubre de 1979 la que encomendó al INEM el visado de los contratos, que antes lo llevaban a cabo los servicios dependientes de la Organización Sindical. Se puede deducir del ET y de la LBE que el visado, es decir, el control de legalidad del contrato, no se llevaba a cabo en todos los contratos, sino en los que quedara establecido expresamente. Así, la única referencia en la que era obligatorio el visado era en el contrato de trabajo a domicilio, según lo establecido

³⁰⁷ Sin embargo, el incumplimiento de esta obligación no condicionaba la validez del contrato. SOMOZA ALBARDONEDO, F.: *El Estatuto de los Trabajadores. Textos legales y Comentarios*, MTSS, Madrid, 1982.

³⁰⁸ El artículo 42.1 LBE señalaba que “las empresas estarán obligadas a solicitar previamente en las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesiten y a presentar en las mismas para su visado y registro aquellos contratos laborales que hayan de cumplir dichos requisitos en virtud de normas legales o reglamentarias, todo ello de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores”. Pero no hay que confundir este término utilizado aquí con este sentido, con la obligación de visado que impone el artículo 44.2 al indicar que se podía hacer publicidad por parte del empresario de la oferta de empleo al margen de la Oficina de Empleo, pero previo visado de la misma por la Oficina de Empleo.

³⁰⁹ Circular proporcionada por los Servicios Técnicos para Documentación del MTAS. Circular del Servicio Público de Empleo Estatal CO 48/81. Asunto: Registro y visado de contratos por parte de las Oficinas de Empleo. Área de aplicación de la Circular: Colocación; Fecha de vigencia: 12/11/1981.

en el Art. 13.2 ET 80, quizá para evitar los distintos fraudes que se habían venido realizando durante toda la historia de este contrato, es decir, se optó por reforzar el control del INEM, aunque el registro era el mismo que para todos los demás contratos, pues no había un registro especial para este colectivo. Sin embargo, del contenido de la Circular en cuanto al visado se deduce que las Ordenanzas Laborales establecían la posibilidad de que los contratos de una determinada actividad, como la de los toreros o los músicos, fueran visados. En los casos en los que la norma lo estableciera -es decir, bien legal o bien en las Ordenanzas Laborales- se procedía al visado por la Dirección Provincial y devuelto posteriormente a la Oficina de Empleo correspondiente para que lo registrara y fuera devuelto a los interesados. Ahora bien, si no se podía proceder al visado por falta de legalidad del contrato, no obstante, indica la Circular, podía ser registrado, es decir, el registro se puede llevar a cabo aún sin haber pasado el control de legalidad.

Por último, hay otra obligación de control del mercado de trabajo por parte del INEM, aunque no tiene nada que ver con la intermediación ni con la colocación de trabajadores. Se produjo un problema de interpretación sobre quién o quiénes tenían que comunicar la terminación del contrato de trabajo. El Art. 16.1 ET 80 señalaba que la obligación era del empresario, expresándolo claramente al indicar que “Los empresarios están obligados... a comunicar la terminación de los contratos de trabajo de los que fueran parte”. El Art. 42.3 LBE señalaba, sin embargo, que “vendrán obligados tanto el empresario como el trabajador a comunicar a la Oficina de Empleo la terminación del contrato de trabajo”. Desde luego que en muchas ocasiones el cumplimiento de la obligación va a depender de la repercusión a nivel sancionador que tenga en el ordenamiento, es decir, si fruto del incumplimiento de tal norma, se le va a atribuir una sanción al empresario y al trabajador, pues las sanciones en materia de empleo estaban reguladas en los artículos 32 a 37 de la LBE en la que no se tipificaba ni la infracción ni por tanto la sanción correspondiente. La solución a este problema interpretativo se dio en la LISOS 88 que tipificó la terminación de los contratos de trabajo en la LISOS 88 considerando como infracción leve el “no comunicar a la Oficina de Empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida esa obligación” (Art. 26.1. LISOS 88). Tal infracción estaba ubicada en la sección primera del Capítulo IV referente a las infracciones en materia de empleo y prestaciones por desempleo y concretamente en la sección primera sobre las infracciones de los empresarios en materia de empleo. Esto significa que la obligación de comunicación de la terminación del contrato era del empresario, tal y como indicaba el artículo 16.1 ET 80.³¹⁰

Una última cuestión que es necesaria analizar, dado el importante cambio que se ha producido con respecto a la legislación precedente: las limitaciones a la libertad de

³¹⁰ MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y Empleo*, Edersa, Madrid, 1999, pág. 307.

contratación por la utilización -legal- de las preferencias en el empleo y de las reservas de puestos de trabajo se sometieron en este momento, aunque sin producirse su eliminación, a un fuerte control y a una nueva regulación, tanto en el ET como en la LBE. El Art. 17.2 señalaba que “sólo podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratados libremente”, y a continuación, en el Art. 17.3, señalaba en el primer párrafo que “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo, que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores en edad avanzada con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedan al primer empleo”.

A pesar de que la redacción del precepto no difería en los aspectos generales de la contenida en el Art. 5.3 LCOF, la intención fue eliminar la utilización de las reservas y las preferencias en el empleo, y las exclusiones con fines discriminatorios,³¹¹ como se venían utilizando en épocas pasadas, y que fueran utilizadas solamente en algunos casos -según lo indicado en el Art. 17.3- para el fomento del empleo de colectivos con dificultad de acceder por ellos mismos al mercado de trabajo con la intención de “reequilibrar situaciones de igualdad”.³¹² Ahora bien, no sólo se utilizaron estas técnicas para fomentar el empleo de estos colectivos, sino también otras técnicas, como otorgar subvenciones, desgravaciones y otras ayudas, utilizar la contratación temporal como medida de fomento al empleo. Todas estas medidas iban adquiriendo cada vez mayor protagonismo sobre las que se están analizando ahora.³¹³

Así, la única preferencia en el empleo que quedaba regulada en este momento era la contemplada en el Art. 52.c) ET y era más bien una medida de preferencia para la recolocación,³¹⁴ es decir, una preferencia en el mantenimiento en el empleo, más que una

³¹¹ Además, el artículo 27.5 LISOS 88 tipificaba como infracción grave el incumplimiento de esta normativa.

³¹² VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit., pág. 188. Se comparte la tesis mantenida en el que la crisis económica realza la actividad pública de colocación.

³¹³ De hecho, ya en esta época, se va perdiendo paulatinamente la importancia y relevancia de las preferencias en el empleo tan utilizadas en la época anterior y lo que se llevó a cabo fueron ayudas estatales y medidas asistenciales de la Seguridad Social. Véase ALVARELLOS GALVE, C.: *Sistema Institucional y normativo del empleo*, op.cit., pág. 560.

³¹⁴ El artículo 52.c) ET 80 señalaba que “en las empresas de menos de cincuenta trabajadores por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa contase con un puesto vacante en otro centro de trabajo en distinta localidad, el trabajador podrá ocuparlo, solicitando el traslado con

medida de preferencia al acceso en el empleo, sin haber estado previamente vinculado con la empresa.³¹⁵

Por lo que se refiere a las medidas de reserva de puestos de trabajo, sólo se llevaron a cabo -al igual que ya se hizo en el régimen franquista- para los trabajadores minusválidos por Real Decreto 1327/1981 y por la ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos,³¹⁶ en el que “las empresas públicas o privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de 50, vendrán obligadas a emplear un número de minusválidos no inferior al 2 por ciento de la plantilla” (Art. 38.1). El desarrollo de dicha previsión se llevó a cabo a través del RD 1451/1983, de 11 de mayo, que reguló el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos.³¹⁷

derecho a compensaciones económicas legales. Si en el plazo de un año se volviera a crear la plaza amortizada, el trabajador despedido tendrá preferencia absoluta para ocuparla”.

³¹⁵ Actualmente, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), ha incluido un nuevo apartado en el artículo 17 (Art. 17.4) que señala en relación a esta materia lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas de sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”.

³¹⁶ De esta forma la parte referente a los minusválidos del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo fue derogada por la disposición derogatoria del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de trabajadores minusválidos.

³¹⁷ Concretamente, los artículos 4 a 6 determinaron el régimen de reservas: “Los trabajadores minusválidos a que se refiere son los que figuren inscritos como tales en el correspondiente registro de trabajadores minusválidos de la Oficina de Empleo. Aquellas empresas con plantilla superior a 50 trabajadores fijos, habrán de remitir a la Oficina de empleo del INEM de la Provincia en que radique su sede social y a las de las provincias donde posean centros de trabajo una relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores minusválidos y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos. Dicha obligación debe llevarse a cabo en el primer trimestre de cada año, y con conocimiento de los representantes del personal. Posteriormente, las Oficinas de Empleo darán traslado de las relaciones mencionadas a los equipos multiprofesionales. También se establece la posibilidad de que, en los convenios colectivos, las partes establezcan los puestos de trabajo destinados a minusválidos”.

7.2. La inexistencia -teórica- de Agencias Privadas de Colocación. Las Empresas de Selección

A pesar de que estaba vigente y ratificado por España el Convenio núm. 96 OIT (Parte II) en el que se aceptaban las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, se mantuvo la prohibición -al igual que en la LRL- de la “existencia de agencias privadas de colocación de cualquier clase y ámbito funcional que tengan por objeto la contratación de todo tipo” (Art. 40.2 LBE y 16.2 ET 80), y además quedó tipificado como infracción muy grave “ejercer las actividades de mediación privada en la colocación de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la contratación laboral de todo tipo...” (Art. 28.1 LISOS 88). Sin embargo, se produjeron algunos cambios que es preciso matizar:

-Se suprimió la referencia expresa a la inclusión en tal prohibición de las agencias de servicio doméstico o trabajo en el hogar, por lo que se planteó si les afectaba tal prohibición. Al regularse el trabajo doméstico como una relación laboral de carácter especial, habría que estar al Decreto específico que lo regulaba según lo establecido en el Art. 2 ET. Así el RD 1424/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar señalaba que “no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 ET sin perjuicio de la prohibición de las agencias privadas de colocación”. Esto significa que se admitía la contratación al margen del INEM pero se prohibía acudir a cualquier Agencia privada de Colocación, lo que favoreció el uso de Agencias de Colocación “clandestinas” para la colocación de este colectivo.

-También se puede deducir, como se hizo ya en la LCT y en la LRL, que estaban admitidas las Agencias Privadas para gestionar la colocación de aquellos colectivos que no se les aplicase la legislación laboral. Además, también se podría plantear si estaban permitidas las Agencias Públicas de Colocación, pues el Art. 16.2 sólo mencionaba la prohibición de las Agencias Privadas. Aunque no fue el INEM el único organismo público que gestionó la colocación, pues también funcionaba el Instituto Español de Emigración, parece que salvo este organismo no se crearon otras Agencias públicas de Colocación al margen del INEM y que tal prohibición del Art. 16.2 ET permitía mantener al INEM como único intermediario del mercado de trabajo.³¹⁸

³¹⁸ Parece que la distinción entre lo público y el INEM no llegó a plantear problemas en la época anterior. Véase CALVO GALLEGO, J.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; VALDÉS ALONSO, A.: “Sobre el régimen jurídico de la colocación en España y algunos de los problemas que plantea”, en VV.AA.: (Galán García, A.; Rodríguez-Piñero Royo, M.C.): *Inserción laboral, Universidad de Huelva, Huelva, 1999*, pág. 258.

-Hay otra novedad -de suma importancia práctica- incluida en la LBE y en el ET 80. Se admite la posibilidad de que el INEM “colabore” con otras entidades para realizar la selección objetiva de candidatos para cubrir puestos de trabajo que figuren inscritos en su registro, según lo establecido en el Art. 44 LBE que lleva el título de “Colaboraciones”. Estas entidades son los “Servicios técnicos de orientación profesional y laboral” y las **“Empresas dedicadas a la selección de trabajadores”**. Es necesario hacer referencia sobre todo a estas últimas debido a los problemas prácticos que éstas plantearon promovidas por una escasa y farragosa legislación al respecto.

La mención a estas Empresas se realiza tanto en la LBE como en el ET 80, pero esta regulación era muy escasa, pues además nunca hubo un desarrollo reglamentario de estas Empresas, completándose la normativa estatal con Circulares del INEM: una del año 1981 que reguló y aclaró los aspectos específicos de la relación entre éstas y el INEM,³¹⁹ y otra, de 14 de febrero de 1991 que sustituyó la anterior y redactó de nuevo el procedimiento a seguir por las Oficinas de Empleo en cuanto a ofertas y a autorizaciones de anuncios de ofertas de puestos de trabajo,³²⁰ Circular que ya se ha analizado al tratar la presentación de ofertas por las empresas directamente.

En el Art. 40.2 LBE y en el Art. 16.2 ET, en idénticos términos se reconocía su existencia, pero en vez de aceptarlas expresamente y además llevar a cabo una regulación expresa de éstas, sólo se mencionaron algunas obligaciones con el INEM que se tenían que cumplir en su actuación.

Antes de analizar tal normativa, se podrían definir las Empresas dedicadas a la Selección de trabajadores como aquellas que se “limitaban a captar la oferta de mano de obra, generalmente a través de los medios de comunicación social, y a seleccionar, mediante pruebas psicotécnicas, por grupos y categorías a los candidatos más adecuados de entre los que pueden optar a ocupar un puesto de trabajo”.³²¹ Pero esta definición precisa matizarla y explicar su modo concreto de actuación: hay que recordar que en este momento las

³¹⁹ El contenido de la Circular de la Subdirección General de Promoción, Prestaciones y Control del Empleo del INEM de 17 de marzo de 1981 se ha podido deducir de la explicación de ésta por VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Servicios públicos de empleo y contratación laboral”, op. cit., págs. 223 y ss.

³²⁰ Circular proporcionada por los Servicios Técnicos para Documentación del MTAS. Circular del INEM CO 4/81. Asunto: Procedimiento a seguir por las Oficinas de Empleo en cuanto a ofertas y autorizaciones de anuncios de ofertas de puestos de trabajo. Área de aplicación de la Circular: Colocación; Fecha de vigencia: 17-III-1981, que anula la Circular I-2-03-4/81 bis; Archivo: Tomo 3, Apartado 1º. Llevada a cabo por el Subdirector de General de Recursos Técnicos, Eduardo Ruiz Muñoz de Baena.

³²¹ ALVARELLOS GALVE, C.: *Ley Básica de Empleo. Texto y Comentarios*, op.cit., pág. 166.

empresas como regla general tenían que acudir a las Oficinas de Empleo para solicitar a los trabajadores que estaban inscritos en el INEM. Las empresas podían cumplir esta obligación delegando su función en un representante, que eran las Empresas de Selección de trabajadores, y actuaban siempre por encargo de las empresas que representaban, y las Empresas de Selección asumían la responsabilidad de la certeza de la definición de los puestos de trabajo y de las condiciones laborales económicas ofrecidas para ellos, y además necesariamente tenían que constar en la oferta el nombre de la empresa contratante.³²² Éstas acudían a la Oficina de Empleo, cumplían la función del empresario de solicitar al demandante de empleo, y el INEM le proporcionaba los demandantes de empleo inscritos que se ajustaran a las características de la oferta presentada por la Empresa de Selección. Ahora bien, normalmente, lo que se hacía -la ley lo permitía- era que ellas mismas, una vez que habían acudido al INEM, podían dar a conocer las ofertas de empleo en el momento en el que transcurrieran tres días hábiles desde la fecha de presentación de la oferta de empleo y para ello necesitaban contar con el visado de anuncios en los que debía hacerse constar “el número de la demanda en la oficina de empleo y la identificación de ésta” (Art. 16.2 ET y 40.2 LBE), y por tanto, tenían que comunicar a la Oficina de Empleo, con carácter previo, la convocatoria pública para celebrar pruebas objetivas de acceso a la empresa. Esta obligación se deduce del Art. 27.2 LISOS 88 pues se consideraba infracción grave el no realizarlo. Es decir, la Empresa de Selección de Personal realizaba la selección tanto de los trabajadores inscritos en las Oficinas de Empleo que se ajustaran al perfil profesional que demandaba la Empresa de Selección (lógicamente, en nombre de la empresa que representaba), como de los demandantes de empleo que se hubieran enterado de la oferta u ofertas de empleo por la publicidad realizada por las Empresas de Selección. Esto significa que las Empresas de Selección utilizaban normalmente la vía de presentar la oferta de empleo a través de anuncios de prensa, siempre y cuando transcurriera el plazo de tres días y la oferta no hubiera sido cubierta por no haber enviado demandantes la Oficina de Empleo o por haber sido rechazado por las Empresas de Selección, y siempre y cuando la oferta la visara la Oficina de Empleo.³²³ De esta forma se aceptó la intervención de Agencias Privadas en la fase final del Proceso de Colocación, esto es, en la selección de los trabajadores. Estas Agencias Privadas actuaban con fines lucrativos que se le cobraban a la empresa a la cual representaban, pues aunque no se estableciera expresamente el carácter lucrativo, se entiende que se podría cobrar al empresario, aunque sin repercutir nunca en el demandante de empleo.

³²² Artículo 2.1. de la Circular del INEM CO 4/1981 redactada por la Circular de 14 de febrero de 1991.

³²³ Punto 1.3 de la Circular del INEM de 14 de febrero de 1991.

La justificación de la utilización de las Empresas de Selección se encuentra en la Circular de de 14 de febrero de 1991, que señalaba literalmente que “dentro de la generalidad de las ofertas pasadas directamente por las empresas contratantes, existe el caso particular de las ofertas pasadas a través de Empresas de Selección que, en muchos casos, por el alto contenido técnico de los puestos ofertados y por elevados niveles de profesionalización con que actúan estas empresas exigen una matización específica en las normas de actuación de ambas partes -INEM, Empresas de Selección- con el fin de compatibilizar los métodos de trabajo de éstas con las exigencias legales de atención a los demandantes inscritos en las Oficinas de Empleo de este Instituto”. Sin embargo, se ha podido comprobar que quien utilizaban las Empresas de Selección eran las pequeñas y medianas empresas para la contratación de titulados medios y superiores, pues las grandes empresas mantenían sus propios equipos de selección en la empresa.³²⁴

Pero la escasa regulación en relación a estas Empresas tuvo en cuenta solamente las obligaciones de éstas con respecto al INEM, ya que el Servicio de Empleo controlaba toda la Actividad de Colocación; pero en ningún momento se llevó a cabo una regulación del contrato entre la Empresa de Selección y la Empresa contratante, aunque se calificó por la jurisprudencia como un contrato de arrendamiento de servicios en la que una de las obligaciones de la Empresa de Selección era actuar con la diligencia necesaria, es decir, sin descuidar los rigurosos criterios de selección que se contemplan en el contrato, y si el trabajador seleccionado se revelaba como no idóneo se consideraba ilícita la reclamación solicitada por la Empresa de Selección consistente en el pago por haber realizado tal selección.³²⁵

Fue una forma de disfrazar el monopolio público de colocación, y ello porque aunque lo que se pretendió fue abrir a la iniciativa privada sólo una parte del Proceso de Colocación, poco a poco se empezó a desvirtuar la función de estas empresas, produciéndose el primer paso para la apertura de las Agencias Privadas interviniendo en todo el Proceso de Colocación.

La relación de estas Empresas de Selección con el INEM se quiso mantener con la imposición de una serie de obligaciones que tenían estas Empresas: y fue, como ya se ha visto, en primer lugar, constar en sus anuncios el número de demanda de la Oficina de Empleo, en segundo lugar, proceder a la selección de trabajadores, teniendo en cuenta

³²⁴ Véase el estudio realizado por el CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas) sobre “Nuevas tecnologías y oferta de empleo”, *CIS. Estudios y encuestas*, núm. 19, febrero (1990) al señalar que a medida que disminuye el tamaño de la empresa se incrementa su recurso a las consultoras especializadas en el reclutamiento de candidatos.

³²⁵ STS (Sala de lo Civil), de 30 de enero de 1987, RJ 1987\366.

además de los “reclutados” por la publicidad realizada, los demandantes de empleo inscritos en el INEM, y en tercer lugar, informar al INEM de sus tareas (Art. 44. 3 LBE), que en caso de no realizarlo, estaba tipificado en la LISOS 88, (Art. 27.3) como infracción grave. Una de las tareas de las que tenía que informar era remitir las pruebas que se les hacían a los demandantes de empleo que directamente eran remitidos por la Oficina de Empleo,³²⁶ y comunicar la terminación de la oferta, por ser ella la que presentaba la oferta a la Oficina de Empleo, pero también podía dar por terminada su gestión de oferta comunicando a la Oficina de Empleo que ella ya había presentado los candidatos a la empresa contratante y que se había indicado a ésta la obligación que tenía de comunicar a la Oficina de Empleo el nombre y los datos de la(s) persona(s) contratada(s) o la anulación de la oferta, en el caso de que procediera, haciendo siempre referencia al número de ésta.³²⁷

Sin embargo, como ya se ha dicho anteriormente, empezó a abrirse por la vía de las Empresas de Selección la aceptación “fáctica” de las Agencias privadas de Colocación con fines lucrativos en contra de lo que permitía la Parte II del Convenio núm. 96 OIT ratificado por España. Así, la CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT) recibió observaciones de UGT y CCOO sobre el incumplimiento de tal Convenio³²⁸ pues se estaban aceptando las Empresas de Selección de Personal indicando tales Organizaciones Sindicales que estas empresas eran muy numerosas en la práctica y que no se respetaba la prohibición legislativa de Agencias Privadas de Colocación, porque la mayor parte de las Empresas de Selección no se dedicaban simplemente a una función de asesoramiento a las empresas que contratan servicios en materia de selección de personal, fundamentalmente para el personal directivo de las empresas, como argumentaba el Gobierno, sino que realizaban una verdadera labor de intermediación con fines lucrativos con la finalidad de obtener un empleo para un trabajador, obteniendo ventajas materiales de parte del empleador o del trabajador. Y así lo corroboraron al señalar que aproximadamente 200.000 empleadas de hogar fueron colocadas

³²⁶ El punto 2.2 de la Circular del INEM de 14 de febrero de 1991 señalaba que “los demandantes que, a juicio de las Oficinas de Empleo, cumplan las condiciones exigidas, serán remitidos a la Empresa de Selección por los cauces habituales para que sean sometidos a las pruebas de selección, sin necesidad de seguir el contacto previsto en el anuncio. Esta comunicará a la Oficina, por estos mismos cauces, el resultado de la entrevista o pruebas a que se les someta”.

³²⁷ Punto 2.3 de la Circular del INEM de 14 de febrero de 1991.

³²⁸ Véanse CEACR: “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: [1992](#); “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm.96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: [1993](#); “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: [1994](#), www.ilo.org

anualmente por Agencias Privadas. Pero el Gobierno, en las numerosas ocasiones que se pronunció, siempre daba argumentaciones poco creíbles y poco ajustadas a la realidad indicando que las Empresas de Selección de Personal siempre estaban obligadas a hacer constar en sus anuncios el número de la demanda a la oficina de empleo y su identificación, y que tenían la obligación de informar de sus tareas al INEM. Era una argumentación muy poco realista intentando justificar la actuación de estas Empresas. Se ha puesto de manifiesto cómo la actuación de tales Empresas y su escasa regulación fueron un tema conflictivo, que el Gobierno intentó siempre eludir las observaciones planteadas tanto por las Organizaciones Sindicales como por la CEACR. Por el contrario, sí respondió a las numerosas observaciones que se hicieron desde todos los ámbitos en relación a las Empresas de Trabajo Temporal, al ponerse de manifiesto su actuación sin su cobertura legal, en el que desde un primer momento, en vez de omitir su regulación, como hizo con las Empresas de Selección de Personal, se estudió la conveniencia de regularlas, llevándose a cabo tal regulación en la importante “Reforma del Mercado de Trabajo” en el año 1994, que sin embargo, no corrió la misma suerte para las Empresas de Selección, que más que regularlas, se procedió a su “desregulación”, aunque no se eliminó su actuación práctica, cuestiones éstas, que se pasan a analizar.

8. La importante “Reforma del Mercado de Trabajo” en materia de Colocación. La década de los noventa.

Los cambios en materia de Colocación se iban ya anunciando, debido al debilitamiento del modelo público de Colocación ya que cada vez el INEM actuaba menos en su actividad de intermediación, influenciado por la aceptación legal de la contratación directa, y por otra parte, por la posibilidad que se le daba al empresario de gestionar la búsqueda y selección de trabajadores a través de las Empresas dedicadas a la Selección de trabajadores. Se comprobó que el INEM no realizaba ni siquiera el ocho por ciento de las colocaciones que anualmente se producían,³²⁹ debido a que no se realizaba adecuadamente las tareas de intermediación, aunque sí llevó con relativa eficacia la labor de la gestión de las prestaciones por desempleo,³³⁰ la labor de formación³³¹ y la de elaboración de datos

³²⁹ Son datos tomados de un proyecto de “Dictamen sobre Reforma del Mercado de Trabajo” que llevó a cabo el grupo de expertos del Consejo Económico y Social. Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; CABERO MORÁN, E.: *Todo sobre las primeras normas de reforma del Mercado de Trabajo*, Praxis, Barcelona, 1994, pág. 26.

³³⁰ El peso de la función gestora de las prestaciones por desempleo ha conducido a la limitada capacidad del INEM en materia de intermediación en el mercado de trabajo. Véase PALOMEQUE

estadísticos. Al estar mal gestionada la intermediación, hizo que el INEM se convirtiera en un espacio que lo utilizaban los parados y por tanto no servía para todo tipo de trabajadores, sino para la mano de obra no cualificada. Esta mala imagen debido a la obtención de resultados mediocres en la gestión de la colocación, estuvo desencadenada por muchos motivos destacando principalmente la insuficiencia de medios financieros y también la escasa cualificación de los empleados del INEM ya que procedían de actividades ajenas al desempleo.³³² Junto con estas deficiencias que se iban produciendo, se lleva a cabo además en los años noventa un replanteamiento de los gastos sociales del “Estado providencia”³³³ que influyeron también en la posibilidad de crear un nuevo modelo de Colocación en el que intervinieran las fuerzas del mercado (acción privada) primando en algunos aspectos la lógica de la mercantilización. La crisis económica y el aumento del paro, junto con la competitividad empresarial y la apertura hacia el mercado de trabajo internacional y el progreso científico y tecnológico, hizo que se impusieran en todos los campos criterios cada vez más liberalizadores, y esto incitó a que se produjera un cambio importante en la orientación de las políticas laborales primando la flexibilidad laboral dentro y fuera de la empresa.³³⁴ En lo que respecta a la materia de Colocación, en el año 1991 se empezó a plantear el tema de la reforma del Instituto Nacional de Empleo, constituyéndose en el Consejo General del INEM la mesa para la reforma.³³⁵ También se plasmó la necesidad de la reforma en el “Plan de Convergencia 1992-1996, presentado por el Gobierno en 1992,

LÓPEZ, M.C.; CABERO MORÁN, E.: *Todo sobre las primeras normas de reforma del Mercado de Trabajo*, op.cit., pág. 26.

³³¹ La formación ocupacional se benefició en estos años de otras actuaciones, en especial de la cofinanciación del Fondo Social Europeo y en algunos casos de las aportaciones de las Comunidades Autónomas. La formación continua, por otras vías, también siguió su curso con un impulso muy importante a partir de 1993 en que se empiezan a aplicar los Acuerdos de Formación Continua. Véase Consejo Económico y Social.: *Informe 1/2000, sobre movilidad geográfica, de 26 de enero*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, www.ces.es/informes/2000/info0100.pdf

³³² SEVILLA CORELA, M.: “Intermediación en el mercado de trabajo. Un modelo de gestión pública integrada”, *REDT*, núm.94, marzo-abril, (1999), pág. 124.

³³³ Para un estudio de la combinación de lo público y lo privado en general sobre el mercado de trabajo véase MONEREO PÉREZ, J.L. *Público y privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 13-128.

³³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 100.

³³⁵ Para un análisis detallado de las causas y antecedentes de la Reforma, véase LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., págs. 222-225.

así como en la Ley 38/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado. Pero el momento crucial para dar paso a una reforma del INEM fue en el Pacto Social que presentó el Gobierno en 1993, en el que se planteaba la posibilidad de regular la actividad de Intermediación privada terminando con el monopolio público de empleo. Esto significa que aunque durante un tiempo se pensó que la técnica servicial era la más idónea para hacer frente a las injusticias sociales derivadas de la estructura económica y social,³³⁶ llegó un momento en que los poderes públicos no podían hacer frente a las situaciones de necesidad socialmente relevantes y concretamente para estar al frente de toda la Actividad de Colocación, encomendando a otros sujetos públicos y privados la responsabilidad de llevar a cabo conjuntamente con la Administración el ajuste de ofertas y demandas de empleo. Todo ello explica la *voluntad política*³³⁷ de regular las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, aunque tal reforma -que no sólo afectó a la Actividad de Colocación sino que tocó todos los aspectos del mercado de trabajo- se llevó a cabo por el Gobierno sin un consenso previo debido a las numerosas confrontaciones sindicales y empresariales en la materia³³⁸ y después de enviar un documento dirigido al Consejo Económico y Social en demanda de un Dictamen para que el tema objeto de la reforma fuera debatido, no se llegaron a conclusiones consensuadas entre los miembros que la integraban.³³⁹ Ante el fracaso de celebrar un Pacto Social que añadiera un “plus de legitimación a las intervenciones

³³⁶ SERRANO TRIANA, A.: *La utilidad de la noción de Servicio Público y la crisis del Estado Bienestar*, Madrid, MTSS, 1983, pág. 84. El auge del Servicio Público de Empleo empezó a extinguirse, comenzando su retirada con los movimientos de liberalización que se iniciaron sobre todo en Inglaterra y se extendieron luego a toda Europa. Véase MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio Público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 20.

³³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Instrumentalización jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones”, *REDT*, núm. 40, (1989), pág. 589.

³³⁸ Las confrontaciones sindicales llegaron hasta el punto de convocar una huelga general de un día de duración contra la misma el 27 de enero de 1994 (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La ruptura del monopolio público de colocación y el ingreso al trabajo: supresión de la obligación de contratar a través de las oficinas públicas de empleo”, en VVAA. (Baylos Grau, A., Coord): *Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 12), ya que las organizaciones sindicales fueron particularmente reacias a la autorización de las agencias de colocación y de las Empresas de Trabajo Temporal, a no ser que se introdujeran importantes restricciones en su actuación (TRIGO, J.: “La reforma del INEM y el mercado de trabajo en España”, VV.AA.: “El mercado de trabajo español: reforma y creación de empleo”, *Círculo de Empresarios*, núm.57, diciembre, (1993), pág. 269).

³³⁹ El Consejo de Ministros celebrado el día 26 de febrero de 1993 acordó la remisión de este documento titulado “La Reforma del Mercado de Trabajo” al Consejo Económico y Social en demanda de un Dictamen. Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; CABERO MORÁN, E.: *Todo sobre las primeras normas de reforma del Mercado de Trabajo*, op.cit., pág. 218.

públicas”,³⁴⁰ el Gobierno decidió legislar de forma unilateral aprobando por vía de urgencia mediante el *Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación*, sin ser aprobada ni organizada por todos los que eran sus destinatarios directos. Aunque realmente era necesario -tal y como expresa el citado Decreto- “dar respuesta a quienes se encontraban en situación de desempleo”, no se utilizó la vía adecuada”,³⁴¹ y además la materia de colocación fue escasamente abordada ya que faltó una reforma integral y profunda para haber solventado problemas que desde antiguo se venían constatando. Esto hizo que tal reforma fuera incompleta, y no se replanteó la reforma de la estructura administrativa del INEM, es decir, proceder a su descentralización territorial tal y como ya se había planteado en los debates parlamentarios de la LBE. Pero a pesar de que la reforma, en lo que respecta a la Colocación, no se centró en la reestructuración administrativa del Servicio de Empleo, afectó a dos pilares fundamentales: por un lado, se simplificó el Proceso de Colocación y en general las obligaciones de trabajadores y empresarios en relación al INEM eliminando las excesivas cargas burocráticas que pesaban sobre éste,³⁴² y, por otro lado, se dio paso a la discreta apertura de otros Agentes de Intermediación, discreta porque no se aceptaron y regularon todo tipo de Agencias Privadas, sino las Agencias -públicas y privadas- de colocación sin fines lucrativos, siendo coherente con la Parte II del Convenio núm. 96 OIT ratificado por España.

Estos fueron los cambios introducidos en el RDL 18/1993 en materia de Colocación, que convalidado se convirtió en ley, concretamente en la *Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación*. La Exposición de Motivos de la citada ley contenía los mismos argumentos que se habían plasmado en el RDL 18/1993. Algo se

³⁴⁰ Fracasó el Pacto Social por el Empleo (septiembre- diciembre 1993). Véase RIVERO LAMAS, J.: “La Reforma del Mercado de Trabajo y el modelo español de Relaciones Laborales”, en VVAA (Monereo Pérez, J.L.Coord.): *La Reforma del Mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996, pág. 66.

³⁴¹ Se ha utilizado una vez más en el campo jurídico laboral el Decreto Ley de forma abusiva. Además, si se analiza en concreto este Decreto, no hay una concordancia entre el carácter de extraordinaria y urgente necesidad de la medida adoptada y el requisito para crear las agencias de colocación que tienen que someterlas a un largo proceso de autorización administrativa. A pesar de la urgencia con la que se ha pedido crear dichas agencias de colocación, luego en la práctica no se pueden crear inmediatamente, pues se necesita en primer lugar la técnica autorizatoria y además la firma de un convenio de colaboración sometido a numerosos requisitos y controles por parte del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo. Ver, en este sentido, GALLEGO MORALES, A.J.: “La emergencia de nuevos agentes en los procesos de colocación. Perspectivas y peligros”, en VVAA.: (Monereo Pérez, J.L., Coord.): *La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996, pág. 198.

Para un análisis de los límites a los Decretos-Leyes y la inexistencia de extraordinaria y urgente necesidad, véase la reciente STC 68/2007, de 28 de marzo de 2007, RTC2007/68

³⁴² SÁNCHEZ PEGO, F.J.: “Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral”, *DL*, núm. 42, (1994-II), pág. 119.

añadió en el contenido de la ley y fue concretamente la inclusión del principio de no discriminación en el acceso al empleo, y aunque no añadió nada nuevo por ser un principio ya fijado en los textos internacionales y constitucionales, parece volver a manifestar que las Agencias de Colocación que se iban a crear tenían que garantizar este principio.

Debido a la extensión de las reformas realizadas en el año 1994, se procedió a la elaboración de un texto refundido en el que se incorporaron las disposiciones legislativas anteriores que fueron modificando preceptos del Estatuto de los Trabajadores, por lo que también se produjeron cambios en lo referente a la materia de Colocación. De este modo, la refundición cumplida mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, cambió el Art. 16 del Estatuto de los Trabajadores para adaptarlo a las reformas que se habían llevado a cabo, y de forma paralela se derogaron algunos preceptos de la LBE contrarios al nuevo Art. 16 ET y a la reforma introducida en la materia.³⁴³ Además, al igual que otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores, la materia de colocación se desarrolló en un Reglamento, concretamente el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las Agencias de Colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el Empleo (RDAC).

De forma muy general, se puede hacer un esquema de los principales cambios en materia de colocación llevados a cabo en la llamada *Reforma del mercado de trabajo*.³⁴⁴

-Se produjo una simplificación del Proceso de Colocación y de las obligaciones de trabajadores y empresarios que tenían que cumplir en el INEM. La intención fue evitar las cargas burocráticas que hasta el momento venía soportando el INEM, y de este modo se pretendía hacer un Servicio Público más efectivo. Se mantuvo la obligación de inscribirse el demandante de empleo en el INEM para solicitar ocupación, es decir, permaneció vigente el Art. 42.2 LBE, aunque se podrían hacer algunas matizaciones que se estudiarán en otro capítulo al tratar el régimen de colocación vigente: y es que la inscripción en principio dejó de ser obligatoria en muchos casos, y ello porque ya no tenía sentido una inscripción

³⁴³ Antes de este momento se había modificado la LBE en varias ocasiones, pero nunca había afectado a la materia de colocación, sino todas en relación al desempleo (Ley 31/1984, de 2 de agosto de protección por desempleo, la ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, la Ley General de Seguridad Social de 1994).

³⁴⁴ Se ha criticado por parte de la doctrina el título de la reforma que proviene del documento remitido en febrero de 1993 por el Gobierno al CES en demanda de Dictamen sobre la materia. Y ello porque hubiera sido preferible “una terminología menos equívoca, dejando paso así a una nomenclatura más directa y descriptiva (la “reforma laboral” o la “reforma del marco jurídico de las relaciones laborales”), ambas con oportuna referencia temporal a 1993 y 1994, naturalmente”. Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La ruptura del monopolio público de colocación y el ingreso al trabajo...”, op.cit., pág. 12.

obligatoria si dejó de ser obligatoria la obligación por parte del empresario de solicitar al trabajador en el INEM. Además, la inscripción ya se podía hacer en las Agencias de Colocación sin fines lucrativos a excepción de los perceptores de la prestación por desempleo que se tenían que inscribir obligatoriamente en el INEM. Se eliminó la obligación del empresario de solicitar al trabajador en el INEM, derogándose el Art. 42.1 LBE y el Art. 26. 4 y 27.1 LISOS 88. Esto hizo que se modificaran y perfeccionaran los procedimientos de Gestión de la Oferta de Empleo con la intención de llevar a cabo una gestión activa del empleo, y para ello se acabó con la distinción hasta este momento existente entre ofertas nominativas y genéricas,³⁴⁵ pues ya no tenía sentido hacer esta distinción al desaparecer la obligación de solicitar el empresario los trabajadores del INEM. Sólo se mantuvo a efectos del necesario conocimiento del mercado de trabajo la obligación posterior del empresario de comunicar el contrato para que fueran registrados en el INEM, tal y como señalaba la nueva redacción del Art. 16.1 ET y el Art. 44.3 LBE, así como comunicar al INEM la terminación del contrato de trabajo (Art. 42.3 LBE).

-Se eliminó el monopolio público de la colocación, aceptándose las Agencias de Colocación sin fines lucrativos³⁴⁶ (nueva redacción del Art. 16.2 ET) y posteriormente reguladas en el RDAC, y se derogó el Art. 40.2 LBE, que prohibía los organismos privados de colocación, y que también permitía las Empresas dedicadas a la Selección de los trabajadores, incluido también la derogación de los preceptos de la LISOS que tipificaban como infracciones el incumplimiento de determinadas funciones de estas empresas, concretamente fueron derogados en esta Reforma el Art. 26.3 y el Art. 27.2 LISOS 88. Esto hizo que la escasa referencia normativa en relación a estas Empresas de Selección llegó casi a desaparecer, produciéndose prácticamente un vacío legislativo en esta materia, que como se verá más adelante, perdura actualmente, aunque no se puede decir que por la escasa

³⁴⁵ Véase la Circular CO-6/94; Asunto: Instrucciones por las que se establece el nuevo procedimiento para la gestión de la oferta de empleo en las oficinas de empleo; Área de Aplicación de la Circular: Colocación; Fecha de vigencia, 01/04/1994; Fecha de aprobación: 18/02/1994.

³⁴⁶ Esta reforma no sólo se produjo en el Mercado de Trabajo español, pues fue la línea predominante en los demás ordenamientos, donde la nota común fue la apertura hacia la iniciativa privada en materia de colocación. Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Público y privado en el mercado de los noventa”, *TL*, núm. 40, (1996), pág. 41.

Por otra parte, ya el Prof. Alonso García en el año 1981 reflexionaba sobre la conjunción público-privado en el sistema de colocación. Este autor venía a decir lo siguiente: “Parece claro que la colocación es una función que pertenece fundamentalmente al Estado, por su carácter público, requiriendo una organización de sus servicios que se halle en consonancia con la naturaleza de la función misma, y que esta significación estatal no descarta la posibilidad de llevar a cabo el montaje de los servicios necesarios en la relación a un sistema descentralizado, tanto territorial como institucionalmente.” Véase ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1981, pp 401-402.

referencia normativa a estas Empresas se hayan prohibido, pues no se ha hecho expresamente, al contrario, la tendencia es la apertura hacia otros agentes privados, aunque por el momento, en su versión más moderada, creando una fórmula mixta de gestión entre lo público y lo privado y desechando una fórmula más radical mediante la total privatización³⁴⁷ del sistema de Colocación.³⁴⁸ Es decir, ni se privatizó el Servicio de Empleo ni se abrió el mercado de trabajo a cualquier tipo de Agencias Privadas, sino que en materia de colocación se aceptaron las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, llevando a cabo una regulación específica, y la aceptación -tácita- sin una regulación al respecto de las Empresas dedicadas a la Selección de los trabajadores, aunque se habían reducido la información al INEM sobre las tareas que realizaban.

Además de las causas que se han analizado del por qué de esta reforma, también incidió el cambio del modelo de demandante de empleo, pues empezó a emerger en ese momento el “trabajador heterogéneo” frente al antiguo trabajador homogéneo -se entiende aquí como demandante de empleo- de la empresa fordista. Hubo un momento anterior en el que podía ser suficiente la organización de la colocación en los Servicios de Empleo. Sin embargo, debido a la escasa utilización del INEM, son necesarias otras Agencias que puedan cubrir la colocación de todo tipo de colectivos. Esto llevaría a plantearse si la aceptación de Agencias de Colocación sin fines lucrativos fue positiva. En principio, es lógico y razonable que el sistema institucional -y en particular el de la Colocación- tenga que estar a la altura de las circunstancias cambiantes de la vida empresarial. Por ello, el instaurar un sistema más flexible en la colocación de los trabajadores es positivo en la medida en que se beneficie a los propios trabajadores. En este caso el aumentar el número de intermediarios podía beneficiar tanto al trabajador como al empresario, pues iba a haber más Agencias especializadas para hacer posible también que los trabajadores más cualificados pudieran desempeñar un puesto de trabajo acorde con su formación. Así, una forma de adaptar el mercado de trabajo era ofreciendo la posibilidad de que hubiera también intermediarios especializados. No tiene que ser negativa la apertura hacia otros intermediarios privados si se establecen mecanismos de control, y no tiene que quedarse la actividad del INEM como

³⁴⁷ Aunque la creencia generalizada de que los resultados obtenidos en el sector privado son superiores tanto en eficiencia como en eficacia a los del sector público (DE LA SERNA, M^a.N.: *La privatización en España: fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 55), no se puede aplicar directamente en la materia de colocación de trabajadores y ello porque a pesar de que se pueda producir, y de hecho se está produciendo una apertura en materia de colocación hacia intermediarios privados que colaboren con el Servicio Público de Empleo, a éste se le seguía encargando en este momento por mandato constitucional y por la normativa que lo regulaba la organización de la colocación en su servicio nacional, público y gratuito (Art. 40.1 LBE) que se iba a encargar de las tareas de ajuste de ofertas y demanda de mano de obra (Art. 39 LBE).

³⁴⁸ Véase VALDÉS DAL-RE, F.: “La descentralización del mercado de trabajo”, op cit, pág. 123.

actividad marginal y residual.³⁴⁹ Ahora bien, alabar o rechazar estas Agencias sólo se podía realizar desde la realidad práctica, y para ello se aportarán más reflexiones sobre ellas cuando se analice su régimen jurídico, que al estar vigente, se tratará en la parte correspondiente al análisis del régimen actual de la Colocación de los trabajadores.

Por otra parte, hay que advertir que el cambio producido por la *Reforma del Mercado de Trabajo* no se limitó a la Actividad de Intermediación en sentido estricto, sino que se extendió a otras materias que tuvieron la característica todas ellas de flexibilizar el mercado laboral. Se legalizaron las Empresas de Trabajo Temporal³⁵⁰ y también se crearon los Servicios Integrados para el Empleo que posibilitaron la participación de entidades asociadas tanto públicas como privadas sin ánimo de lucro en la organización de las políticas de inserción laboral. De igual forma se fomentó la actividad productiva, la creación de empleo y el autoempleo a través de las iniciativas locales de empleo.

En definitiva, dicha operación legislativa conocida como *Reforma del mercado de trabajo* que culmina con la introducción de tales cambios en el Texto Refundido del Estatuto de los

³⁴⁹ De hecho, se ha podido comprobar que actualmente el Servicio de Empleo tiene más actividad de colocación que cuando actuaba en régimen de monopolio. Véase CAÑAL RUIZ, J.M.; RUBIO DE MEDINA, M^a.D.: “Pasado, presente y futuro de los servicios públicos de empleo”, *RESAE*, nú. 2, febrero (2003), pág. 40.

³⁵⁰ El proceso de legalización de las Empresas de Trabajo Temporal también se inició con el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, y la ley 10/1994, de 12 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación. Se regulan en la Ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal reformada por la ley 29/1999, de 16 de julio. La actividad de mediación en el mercado de trabajo (a través de las Oficinas de Empleo) así como la actividad de préstamo de mano de obra (a través de las ETT), facilitan la celebración de acuerdos en un mercado de trabajo. Sin embargo en las ETT existe interposición, es decir son agencias privadas en las que ellas mismas hacen de empleador y a lo que se dedican es a llevar a cabo un contrato entre ellas y el trabajador. Sin embargo, en las Agencias de Colocación, a diferencia de las ETT, no hay interposición, sino gestión de búsqueda de empleo y de aproximación de las partes que han de serlo en el contrato. Véase LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “Las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo (sobre el sentido de la ubicación del artículo 16 ET en el marco del sistema normativo de la política de empleo”, *REDT*, julio-agosto, (1998), pág. 284; SÁNCHEZ PEGO, J.: “Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral”, op cit., pág. 119; LÓPEZ PARADA, R.: “Transferencia y privatización del servicio público de colocación de trabajadores”, op.cit., pág. 134.

Sin embargo, la singularidad de las Empresas de Trabajo Temporal radica en que se desarrolla al mismo tiempo la actividad de interposición y la de selección de personal y ello porque a veces las ETT sirven como verdaderas agencias de colocación en la que los trabajadores de una ETT se ponen a disposición para que al finalizar el contrato sean directamente contratados por la empresa usuaria (IGLESIAS CABERO, M.: “La gestión privada del empleo. El papel de las Empresas de Trabajo Temporal”, *AL*, (2000-I), pág. 122), pero a pesar de que realiza también una actividad de colocación, en este caso la ETT no desaparece en el momento de la celebración del contrato de trabajo como es propio de la actividad de colocación (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La ruptura del monopolio público de colocación e ingreso al trabajo...”, op cit, pág. 26.

Trabajadores, no es en este momento la última expresión de las reformas laborales.³⁵¹ De ahí incluirlo en la parte histórica. Las reformas en materia de colocación no sólo se están produciendo en nuestro ordenamiento, sino también en la Organización Internacional del Trabajo como a nivel comunitario, aspectos que se van a tratar en los capítulos siguientes. Así, se ha producido una modificación del Sistema de Colocación en España, creándose una nueva Ley -la Ley de Empleo 56/2003 de 16 de diciembre (LE)-³⁵² que deroga la antigua Ley Básica de Empleo 51/1980, de 8 de octubre. El objetivo de esta ley ha sido fijar el sistema organizativo de la política de empleo que ya se venía gestando desde los años noventa, diseñado por el proceso de transferencias tanto en materia de gestión del trabajo, el empleo y la formación profesional ocupacional y por las leyes autonómicas que han creado y regulado los distintos Servicios Autonómicos de Empleo. Se ha creado un Sistema Nacional de Empleo formado por el Servicio Público Estatal (anterior INEM) y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Este es el marco legal en el que se va a centrar este estudio, sobre todo para plantear las novedades que se han llevado a cabo y poner asimismo de manifiesto las deficiencias que va a tener este Sistema. Por tanto, no significa que a partir de este momento toda la normativa que nació con la importante Reforma del Mercado de Trabajo

³⁵¹ Apenas transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la reforma de 1994, tanto las organizaciones sindicales como patronales denunciaron los efectos de las medidas que abarcaron buena parte de la reforma laboral. Por tanto, comenzó un nuevo período de concertación social en el que se incluyó la reforma de 1997, acordada por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT aprobada por el Gobierno mediante Real Decreto Legislativo y posteriormente convalidada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Sin embargo esta reforma no modificó nada referente a la materia de colocación de los trabajadores, siendo el objetivo principal de esta reforma la disminución de la tasa de temporalidad a través de las distintas modalidades de contratación. De igual forma la reforma del año 2001 mediante el Real Decreto-Ley 5/2001 de 2 de marzo de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad y que tras el correspondiente trámite parlamentario, el Real Decreto-Ley se transformó en la Ley 12/2001, de 9 de julio, del mismo título, no afectó tampoco al régimen de la colocación de los trabajadores, centrándose en las medidas que puede aportar los diferentes contratos laborales ya regulados, así como la creación del contrato de inserción, y en definitiva la intención fue facilitar en general la integración de los colectivos con dificultades para acceder al mercado de trabajo. Tampoco el RDL 5/2002 de 24 de mayo de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad así como la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de igual rúbrica, se ocuparon de la colocación de los trabajadores, a pesar de que años antes ya se había propuesto por parte de los agentes sociales un nuevo planteamiento de los principios básicos para la organización del Servicio Público de Empleo. Véase SANAU, J.: “Reformas laborales pendientes”, en VV.AA.: (Muñoz Machado, S.; García Delgado, J.L.; González Seara, L., (Coords): *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 32-36. Las últimas reformas en materia de colocación han sido, de forma indirecta, la Ley 45/2003 de medidas para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y de forma directa, la Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre, y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que simplemente ha hecho alusión a un compromiso de modernización del Servicio Público de Empleo Estatal.

³⁵² BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003.

se haya derogado, pues hay determinados aspectos de la citada Reforma que hoy en día se consideran vigentes. Es decir, el principal cambio se ha producido en fijar la nueva organización administrativa de los Servicios de Empleo, pero no se han producido cambios ni en el Proceso de Colocación, ni en las obligaciones que tienen que cumplir trabajadores y empresarios en relación al Servicio de Empleo, ni en la aceptación legal de intermediarios privados con fines lucrativos, manteniéndose por tanto el Art. 16 ET. La tendencia actual no sólo en España sino también a nivel internacional y europeo es la de crear un nuevo modelo de Colocación, que aunque en este momento se cuenta con un nuevo marco legislativo, no se ha producido aún un ajuste de la normativa interna a las tendencias marcadas a nivel internacional. Este estudio -y dejando ya a un lado la parte histórica, que ha servido para poder comprender el actual sistema de Colocación- consistirá en construir el modelo de colocación comunitario como internacional así como el que se puede deducir de la Constitución Española, para poder después entender y criticar el sistema de Colocación actualmente vigente, y analizar la descentralización territorial producida, las funciones y el papel que van a desempeñar los Servicios de Empleo y su posible convivencia con Agencias de Empleo Privadas, que se criticará además su escasa regulación.

Por ello, antes de analizar el régimen jurídico vigente sobre la Actividad de Colocación, necesario encuadrarlo dentro del marco europeo, internacional y constitucional, para determinar si se puede hablar de un modelo de “Colocación” que se comparta además en estos tres niveles, o si por el contrario se está produciendo una descoordinación absoluta a la hora de crear un Sistema de Colocación en todos los países de nuestro entorno, y concretamente, en España.

PARTE III

EL MODELO DE COLOCACION. ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

I. EL MODELO DE COLOCACIÓN EN LA OIT, EN LA UNIÓN EUROPEA, Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. El modelo de Colocación en la OIT

La creación de un Derecho entre Estados parte de la necesidad de llegar a “la plenitud jurídica universal” para evitar lagunas y ámbitos jurídicos vacíos.³⁵³ En el ámbito laboral y a nivel internacional este Derecho se ha creado en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que en materia de Colocación ha venido contando con numerosos instrumentos normativos que ya se han venido analizando en la parte histórica. El interés por regular la Colocación de los trabajadores se ha tenido desde los orígenes y ha llegado hasta la actualidad, por lo que constantemente se han ido realizando revisiones sobre la materia en las que no siempre se ha mantenido una misma línea, pues se ha ido produciendo una evolución progresiva hacia las tendencias más liberalizadoras en la materia, aunque siempre manteniendo un equilibrio entre la protección al trabajador y las nuevas necesidades imperantes propio de un modelo de economía de mercado.

Para analizar el modelo de Colocación en la OIT, más que analizar Convenio por Convenio -pues ya se hizo en el análisis histórico- el objetivo en este momento es plantear si se puede deducir de tales Convenios un modelo internacional de Colocación. Para ello, se hará alusión tanto a Convenios que ya están derogados como a los vigentes,

³⁵³ RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Estudio Preliminar (Monereo Pérez, J.L.: La filosofía de Gustad Radbruch: una lectura jurídica y política), Reeditada por Comares, Granada, 1999, págs. 262-263.

reconduciéndose todo el análisis a dar una posible respuesta a dos importantes preguntas: la primera de ellas trata de determinar si es obligatoria la creación de un Servicio Público de Empleo en cada Estado Miembro, y en caso afirmativo qué características y qué objetivos tiene que perseguir; y la segunda de ellas consiste en determinar si conviven con estos Servicios Públicos de Empleo otras Agencias de Empleo Privadas y determinar qué tipo de Agencias están permitidas y los objetivos principales que se pretenden con su legalización.

Para ello es necesario previamente adelantar el marco de referencia en el que se va a insertar este análisis, es decir, saber cuáles son los diferentes instrumentos normativos de la OIT que “directamente” tratan la materia de Colocación sin perjuicio de que se tengan en cuenta puntualmente Convenios y Recomendaciones que indirectamente traten este tema. De este modo, se pueden distinguir dos grupos diferenciados de Convenios y Recomendaciones -aunque por supuesto guardan una estrecha relación entre sí- que se corresponden con las cuestiones que se van aquí a tratar.

-El primer grupo estaría compuesto por los instrumentos normativos que hacen referencia a los Servicios Públicos de Empleo: el Convenio núm. 2 y la Recomendación núm. 1 de 1919, ambas sobre el desempleo; la Recomendación núm. 71 sobre la organización del empleo y la Recomendación núm. 72 sobre el servicio del empleo, ambas de 1944 y que inciden en la implantación de servicios de empleo en un momento de transición de la guerra (II Guerra Mundial) a la paz, y el Convenio núm. 88 y la Recomendación núm. 83 sobre el servicio del empleo, ambos de 1948.

-El segundo grupo estaría formado por los Convenios y Recomendaciones que hacen referencia a las Agencias de Colocación, o utilizando un término más amplio, a las Agencias de Empleo Privadas: el Convenio núm. 34 y la Recomendación núm. 83 sobre las Agencias retribuidas de colocación, ambos de 1933; el Convenio núm. 96 de la OIT de 1949 sobre Agencias retribuidas de colocación que revisa el convenio núm. 34; y por último el Convenio núm. 181 y la Recomendación núm. 188 sobre las Agencias de Empleo Privadas, ambos de 1997.

-Por otra parte, se ha regulado de forma independiente la Colocación de la gente del mar mediante el Convenio núm. 9 de la OIT de 1919 y el Convenio núm 179 y la Recomendación núm. 186, ambas de 1996 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar. Recientemente se ha adoptado el Convenio sobre el trabajo marítimo 2006, que a modo de Código pretende unificar en un único Convenio todo lo referente a la normativa sobre el trabajo marítimo, y concretamente trata de forma amplia y exhaustiva la Colocación de la gente del mar. Así, los Convenios existentes sobre trabajo marítimo se irán retirando gradualmente a medida que los Estados Miembros de la OIT que son parte en los mismos ratifiquen este nuevo Convenio.

Aunque se va a hacer referencia a todos ellos, los Convenios que están ratificados actualmente por España son el Convenio núm. 88 sobre el servicio del empleo y el Convenio núm. 181 de la OIT sobre las Agencias de Empleo Privadas -que son los últimos Convenios también vigentes en la OIT- sin olvidar la vigencia del Convenio núm. 9 relativo a la colocación de la gente del mar, pues España no lo ha denunciado ni para ratificar el nuevo Convenio número 179, ni tampoco por el momento ha ratificado el Convenio sobre el trabajo marítimo 2006.

1. 1. El modelo de Servicio Público de Empleo en la OIT

1.1.1. Características del Servicio Público de Empleo

La necesidad de crear un Servicio Público de Empleo se plantea desde los orígenes de la OIT, debido a la necesidad de crear en cada uno de los Estados que ratificasen el Convenio núm. 2 sobre el desempleo de 1919 *agencias públicas no retribuidas de colocación*. De la misma forma se indica en el Convenio núm. 9 relativo a la colocación de la gente del mar que se tiene que velar por la organización y sostenimiento de un sistema eficaz y adecuado de agencias gratuitas de colocación, y se da la posibilidad de que lo organicen directamente asociaciones representativas de armadores y de la gente de mar o en caso de falta de una acción combinada, lo podría organizar el Estado mismo, por lo que en este caso se opta por la creación de agencias gratuitas, creadas bien en organizaciones representativas o bien creadas en un servicio público. Los últimos instrumentos normativos son el Convenio núm. 88 y la Recomendación núm. 83 sobre el Servicio de Empleo, de 1948.

Si se comprueban todos estos instrumentos normativos se puede deducir una característica común a todos ellos, y es que la adopción de estos Convenios y Recomendaciones siempre han coincidido con la finalización de períodos bélicos, concretamente al terminar las dos Guerras Mundiales. Pero dejando a un lado su contexto histórico, se puede deducir el modelo de Servicios Públicos de Empleo por el que ha optado la OIT:

-Se impone una obligación de mantener u organizar un Servicio de Empleo, en los términos que se establecen en el Convenio núm. 88, aunque no se deduce una obligación de crear un modelo de Colocación en régimen de monopolio: tampoco se deduce la prohibición de crearlo, por lo que desde el ámbito internacional se podría admitir que los Estados Miembros crearan un monopolio público en materia de Colocación en manos de los Servicios de Empleo, aunque, a mi juicio, no es lo más recomendable teniendo en cuenta la citada normativa, pues siempre hace alusión a la colaboración del Servicio de Empleo con otros organismos públicos y privados, y con las Organizaciones de empleadores y

trabajadores, y además, en ningún momento, como ahora se comprobará, se elimina la posibilidad de existencia de otras Agencias de Colocación sin fines lucrativos que actúen junto con los Servicios de Empleo.

-El Servicio de Empleo es de carácter público: se deduce del Art. 1 del Convenio núm. 2, aunque es perfectamente compatible, y aconsejable, que el servicio tenga al mismo tiempo representación obrera y patronal.

-El Servicio de Empleo es gratuito: Se desprende del Art. 1 del Convenio núm.2 y no sólo que sea gratuito sino que también debería ayudar a eliminar los obstáculos de carácter económico de los traslados mediante una ayuda financiera.

-Se opta por la especialización por profesiones de las Oficinas públicas de Colocación.

-Se deduce el carácter voluntario del Servicio de Empleo: las primeras referencias al carácter voluntario del servicio datan de las Recomendaciones núm. 71 y 72, que incluso aunque pretendieron regular un Servicio de Empleo al finalizar la II Guerra Mundial, no se pretendió obligar a demandantes de empleo y empresarios a utilizar de forma obligatoria los Servicios de Empleo, aunque sí se recomendó estimular su uso y además en algunos casos se recomendó la necesidad de que los trabajadores se inscribieran en éstos (Art.14 Recomendación núm. 71). Posteriormente, cuando se adopta el Convenio núm. 88 para regular un Servicio de Empleo, también se indica de forma expresa la voluntariedad del servicio, al señalar el Art. 22.1 de la Recomendación núm. 83 que “deberían hacerse esfuerzos constantes para estimular a los solicitantes de empleo, o a las personas que busquen trabajadores, a que utilicen plena y voluntariamente la información y las facilidades que proporcione el servicio del empleo”.

-Las obligaciones de los empresarios y trabajadores con el Servicio de Empleo son escasas: como ya se viene analizando en la parte histórica, en unas épocas más que en otras se intenta, además de monopolizar la colocación en el Servicio de Empleo, afianzar las obligaciones de los empresarios y de los trabajadores con respecto al Servicio Público de Empleo e incluso limitar la libertad empresarial imponiendo obligaciones de contratar a determinados colectivos. A nivel internacional esta materia está poco regulada, pues se ha encargado más del aspecto organizativo del Servicio Público de Empleo que del aspecto procedimental. Las mayores referencias están en las Recomendaciones núm. 71 y 72, pero de éstas no se pueden deducir características generales, pues afectan a un momento histórico concreto: y es la imposición de mayores obligaciones de los empresarios y trabajadores con respecto a los Servicios de Empleo para hacer frente a la grave situación de desempleo que iba a causar la finalización de la II Guerra Mundial. En este caso, se impuso a los trabajadores la obligación de inscribirse en el Servicio de Empleo cuando se fueran a colocar en trabajos patrocinados por el Estado, o cuando solicitaran su admisión en instituciones de

formación profesional subvencionadas con fondos públicos o pidieran asistencia para su traslado o una prestación o asignación de desempleo (Art. 14 Recomendación núm. 71) y también se recomendó la posibilidad de obligar a que los empleadores comunicaran los despidos con dos semanas de anticipación cuando afectaran a más de un número determinado de trabajadores para que el Servicio de Empleo pudiera encontrar otras posibilidades de empleo para los trabajadores interesados.

Pero actualmente sólo se impone la obligación de llevar a cabo en el Servicio de Empleo un registro de las personas que soliciten empleo (Art. 6.i Convenio núm. 88), lo que implicaría -para poder proceder a este Registro- la comunicación del contrato por parte de los empresarios. Pero, además de esta obligación que se valora de forma positiva, y que de hecho en España se viene realizando, sería necesario que en la próxima regulación de un Convenio sobre el Servicio de Empleo se establecieran todas las funciones de control del mercado de trabajo que tendría que realizar el Servicio de Empleo, que implica a su vez las obligaciones de los empresarios y trabajadores con respecto a éste: así, aunque hay obligaciones que sólo se han mencionado en Recomendaciones que se aplicaron en un período concreto de transición de la guerra a la paz, sería conveniente que se estableciera la obligación de inscripción de determinados colectivos en el Servicio de Empleo, así como establecer la necesidad de comunicar la terminación de los contratos de trabajo. Desde la OIT se han encargado más bien de regular los aspectos organizativos de los Servicios de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas, pero no se ha regulado el Proceso de Colocación que se tiene que llevar a cabo.

En cuanto a la posibilidad de que se limite la libertad de contratación del empresario estableciendo obligaciones a éste para contratar a determinados trabajadores, la OIT sólo se lo ha planteado en relación a un colectivo específico: las personas con discapacidad, concretamente en el Convenio núm. 159 y en la Recomendación núm. 168, sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas, ambas de 1983. Se manifiesta la posibilidad de llevar a cabo medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato de los trabajadores inválidos y de los demás trabajadores aunque no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos (Art. 4 Convenio núm. 159). Así pues, no se manifiesta sobre la posibilidad de incluir preferencias en el empleo de determinados colectivos, y en cuanto a las reservas de puestos de trabajo, podrían incluirse como medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato, pero concretamente para las personas con discapacidad. Esto significa que la OIT se manifiesta “cautelosa” en cuanto a la implantación de medidas que limiten la libertad de contratación del empresario.

-Se opta por un Servicio de Empleo descentralizado territorialmente. Se comprueba así en el Convenio núm. 2 sobre el desempleo pues desde un primer momento se dedujo la preferencia desde la OIT por optar por la descentralización en materia de Servicios Públicos

de Empleo, pues indicó que se iba a establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación “bajo el control de una autoridad central”. Sin embargo, en el Convenio actualmente vigente, y además el único que trata directamente sobre los Servicios Públicos de Empleo, se indica que la función de estos servicios es la de “mantener y garantizar el sistema de empleo para todos y desarrollar y utilizar los recursos de producción “a través de un *sistema nacional* de oficinas de empleo, sujeto al control de una autoridad nacional...” organizado de tal manera que se garantice la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores.

Se podría pensar que al hacer referencia al *sistema nacional* no se pretende desde la OIT crear un modelo de Servicio Público de Empleo descentralizado, pero la interpretación más adecuada no sería identificar el término *sistema nacional* con organización centralizada. Más bien se deduce del Convenio núm. 88 y de la Recomendación núm. 83 de 1948 la preferencia por crear Servicios Públicos de Empleo descentralizados al señalar el Art. 2 del Convenio núm. 88 que “el servicio del empleo deberá consistir en un sistema nacional de oficinas del empleo, sujeto al control de una autoridad nacional” y del Art. 3 que señala que éste “deberá comprender una red de oficinas locales y si ello fuere oportuno, de oficinas regionales”. Del mismo modo, el Art. 1 de la Recomendación núm. 83 indica que este servicio “deberá comprender un servicio central, oficinas locales y cuando fuese necesario, oficinas regionales”.

-Se opta por una estrecha coordinación entre las políticas activas y pasivas de empleo. En el Convenio núm. 2 sobre el desempleo se indica que una de las medidas para luchar contra el desempleo es la creación de agencias públicas no retribuidas de colocación aunque no se indica expresamente la obligación de la gestión conjunta en una misma institución, aunque todo parece indicar la preferencia por una estrecha coordinación entre ellas, pues hay que recordar del análisis histórico realizado que la organización de una institución para colocar a los trabajadores ha ido siempre unida a la historia de la previsión social. La necesidad de llevar a cabo una coordinación entre ellas también se refleja en el Convenio núm. 88 de la OIT al indicar que el Servicio de Empleo tiene que “colaborar en la administración del seguro de asistencia de desempleo y en la aplicación de otras medidas destinadas a ayudar a los desempleados”³⁵⁴ (Art.6.d del Convenio) y en la Recomendación núm. 83 al señalar que se tiene que llevar a cabo una “cooperación con los servicios de seguro y asistencia contra el desempleo” así como “los trabajadores que soliciten una

³⁵⁴ El prof. OJEDA AVILÉS, A.: (“Los Servicios de empleo en España (II)”, *RSS*, núm. 17, enero-marzo (1983), págs. 48-49) señala que el Convenio núm. 88 no se muestra partidario por la gestión conjunta de las políticas activas y pasivas en una misma institución sino que lo que simplemente indica el citado convenio es “sencillamente colaborar en la administración del seguro y de la asistencia de desempleo”.

prestación o una asignación de desempleo y, siempre que fuere posible, deberán estar obligados a inscribirse en el servicio del empleo para su colocación” (Art. 8.b y 23 de la Recomendación).

En cuanto a la conexión de la colocación de trabajadores con otras políticas activas de empleo, el Convenio núm. 142 de la OIT³⁵⁵ y la Recomendación núm. 122 sobre política de empleo señalan que “los Estados Miembros tienen que establecer y financiar programas destinados a ayudar a los trabajadores a encontrar nuevos empleos entre los que habría que incluir “el funcionamiento de un eficaz servicio de empleo que tenga en cuenta las disposiciones del Convenio 88 y de la Recomendación 83”. Del mismo modo el Convenio núm. 168 OIT sobre el fomento del empleo y la protección por desempleo de 1988, al establecer que todo “Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para coordinar su régimen de protección contra el desempleo y su política de empleo (Art. 2). Esto significa que desde la OIT se ha optado por dar prioridad a garantizar una adecuada coordinación de los Servicios de Empleo, y para ello no se pronuncia acerca de la gestión conjunta de todas las políticas en una misma institución, que, aunque a mi juicio sería la mejor solución, podría ser perfectamente posible la gestión de las políticas por organismos separados aunque estableciendo una estrecha conexión y coordinación entre ellos para garantizar una eficaz política de empleo.

1.1.2. Valoración final

Se valora en general de forma positiva el modelo de Servicio de Empleo por el que ha optado la OIT en los numerosos Convenios y Recomendaciones que directa o indirectamente aluden a éstos; pero se puede criticar la falta de revisión del Convenio número 88, que data del año 1948, y que da respuesta más bien a un momento en el que se tenía que organizar un Servicio de Empleo con unas determinadas características para responder a una situación de posguerra y en la que estaban prohibidas las agencias retribuidas de colocación, que hoy en día -como se verá a continuación- están permitidas y reguladas expresamente por la OIT. A pesar del nuevo contexto en el que se insertan hoy los Servicios de Empleo, no se duda en ningún momento de la necesidad de mantenerlos, e incluso es necesario reforzarlos, y por tanto cambiar su normativa para que puedan dar

³⁵⁵ El artículo 142 de la OIT señala que “todo Miembro deberá adoptar y llevar a la práctica políticas y programas completos y coordinados en el campo de la orientación y formación profesionales, estableciendo una estrecha relación entre este campo y el empleo, en particular mediante los servicios públicos de empleo”.

respuesta a la situación actual del mercado de trabajo. Se pueden comprobar algunas contradicciones en la normativa que regula el Servicio de Empleo así como algunas deficiencias, y ello porque cuando se elaboró tal Convenio había una “predilección por los regímenes monopolísticos”,³⁵⁶ ya que aunque no se pretendió la eliminación de las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos, la OIT era partidaria de la supresión progresiva de las Agencias retribuidas de Colocación con fines lucrativos. Llama la atención que mientras que la OIT ha dedicado una especial atención a la regulación de las Agencias de Empleo Privadas, cambiando constantemente su posición inicial y revisando los Convenios anteriores, no se haya preocupado de ir adaptando la normativa sobre el Servicio de Empleo a las nuevas circunstancias. Esta descoordinación entre los Convenios de la OIT en materia de Servicios Públicos de Empleo y Agencias Privadas se puede comprobar del texto de éstos. Así, la Recomendación núm. 83 indica que se tienen que hacer esfuerzos para aumentar la eficacia del Servicio del Empleo, para que hagan innecesaria la existencia de oficinas privadas de cualquier rama profesional, salvo en el caso de que la autoridad competente estime que, por razones especiales, la existencia de dichas oficinas sea conveniente o esencial. Sin embargo, con la entrada en vigor del Convenio núm. 181 se ha cambiado la relación de coordinación entre ellas, pues se establece que todo Miembro establecerá y revisará periódicamente las condiciones para promover la cooperación entre el Servicio Público del Empleo y las Agencias de Empleo Privadas y también se indica en el Art. 16 de la Recomendación núm. 188 que “debería fomentarse la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas para la puesta en práctica de una política nacional de organización del mercado de trabajo; a este efecto, se podrán establecer organismos que comprendan a representantes de los servicios públicos de empleo y de las agencias privadas de empleo, así como de las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores”.

Esto significa que la valoración positiva de una apertura hacia otros intermediarios quedaría condicionada a un buen funcionamiento del Servicio de Empleo en cada Estado Miembro, por lo que sería necesario regular un nuevo Convenio ajustado a los demás cambios producidos en esa materia y que pueda garantizar una fuerte organización del Servicio de Empleo, pues de otro modo la OIT estaría dando un vuelco radical a su posición de defender la idea de un adecuado Servicio Público y gratuito del empleo. Para evitar que la organización del Servicio de Empleo se debilite en los Estados Miembros al ser desplazados por las Agencias de Empleo Privadas, es del todo necesario una regulación en la que además se planteen nuevas cuestiones sobre este Servicio, es decir, se vuelvan a analizar y revisar las

³⁵⁶ DEL REY GUANTER, S.; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: Iniciativa privada y nuevas tecnologías, *RL*, (2000-I), págs. 103-104.

funciones y características del Servicio de Empleo, pronunciándose sobre las obligaciones de los trabajadores y empresarios, incluido el Proceso de Colocación, y además se regulará la externalización de los Servicios de Empleo, dando participación a “Entidades Colaboradoras” para descargar las funciones del Servicio de Empleo, indicando además sus características, y todo ello facilitaría su funcionamiento, que en la actualidad realizan funciones de colocación sin estar sometidas a un régimen jurídico establecido.

No obstante, hay un dato que se valora de forma muy positiva, y es la labor que está desempeñando la Asociación Mundial de Servicios Públicos de Empleo (AMSPE o WAPES -siglas estas últimas en inglés-).³⁵⁷ Esta Asociación se creó en 1988-1989 como organización sin ánimo de lucro por varios directores de Servicios Públicos de Empleo en la que sintieron la necesidad de llevar a cabo una organización para que estuvieran en perenne contacto todos los Servicios Públicos de Empleo a nivel nacional. Fue fundada inicialmente por Estados Unidos, Canadá, Francia, Suecia, Países Bajos y Alemania, y actualmente cuenta con 89 socios. La AMSPE se encarga de fomentar la cooperación de los Servicios Públicos de Empleo incluyendo servicios tales como la organización de un Congreso mundial cada dos años, seminarios técnicos, presupuestos de formación para países en vías de desarrollo, desarrollo conjunto con la OIT para crear la primera base de datos mundial automatizada sobre el Servicio Público de Empleo, y también se ha creado una revista de publicación periódica dos o tres veces al año llamada *Public Employment Service*, contando, entre otros, con un servicio de asesoría técnica.³⁵⁸

1.2. El modelo de Agencias de Empleo Privadas en la OIT

1.2.1. Tensión entre lo público y privado

La atención que se le ha prestado en la OIT a las Agencias retribuidas de Colocación, y posteriormente a las Agencias de Empleo Privadas, ha sido mucho mayor que la que se ha prestado a los Servicios Públicos de Empleo, pudiéndose comprobar tanto en la cantidad de los Convenios adoptados que regulan estas Agencias, como en la calidad y minuciosidad con la que se han regulado. Por ello, para hacer un análisis de las Agencias de Empleo Privadas en la OIT, hay que recordar -siquiera brevemente- el tratamiento histórico desde sus inicios

³⁵⁷ El sitio en Internet de la AMSPE es www.wapes.org

³⁵⁸ THUY, P.; HANSEN, E.; PRICE, P.: *El servicio público de empleo...* op.cit., pág. 215.

para indicar, sobre todo, que en ningún momento se ha optado por una eliminación completa de estas Agencias. La filosofía inicial reflejada en el Tratado de Versalles que rechaza la consideración del trabajo como una mercancía, junto con la necesidad de crear un Servicio de Empleo gratuito que hiciera frente a los problemas de desempleo producidos al finalizar la I Guerra Mundial, hizo que se mantuviera firme la idea de eliminar las Agencias Privadas que tantos abusos estaban produciendo. Sin embargo, se era consciente de que tal supresión se tenía que producir de forma paulatina y se optó por llevar a cabo una eliminación gradual de las Agencias retribuidas con ánimo de lucro, y para ello se concedieron licencias para las ya existentes aunque se indicó que era necesario suprimirlas lo antes posible al mismo tiempo que se prohibió la creación de más Agencias (Convenio núm. 2 y Recomendación núm.1 de 1919). El mismo criterio se siguió para prohibir las Agencias comerciales de colocación para la gente de mar, pues se señalaba en el Convenio núm. 9 de la OIT de 1920 que la colocación de la gente de mar no podía ser objeto de un comercio ejercido con fines lucrativos y que se tenían que tomar medidas necesarias para abolirlas lo antes posible. De nuevo la OIT fue consciente de que en este sector existían las Agencias comerciales y permitió temporalmente su existencia siempre y cuando contaran con autorización del gobierno.

En todo caso sí estaban permitidas las Agencias gratuitas de colocación y concretamente creadas por asociaciones representativas de los armadores. Se vuelve a comprobar que desde el primer momento se produce un conflicto entre la realidad -que es la existencia de Agencias de Colocación- y la intención desde la OIT de eliminarlas lo antes posible.

Como el tema se había analizado solamente en un Convenio que trababa principalmente el desempleo, se adopta un nuevo Convenio -Convenio núm. 34- que regula específicamente las Agencias retribuidas de Colocación, término que englobaba tanto las Agencias de Colocación sin fines lucrativos como las Agencias de Colocación con fines lucrativos. Éstas últimas se tenían que suprimir dentro de un plazo de tres años. Esto lleva a pensar que a pesar de que el Convenio núm.2 las prohibía, no se pudo conseguir la supresión de todas ellas, sin que en ningún momento se produjera la derrota de éstas, venciendo sobre la intención “socializadora” de la OIT. En el plazo de esos tres años no se pudieron crear más, y éstas tenían que estar autorizadas y limitar los gastos que podían cobrar mediante un sistema de tarifa. Pero aún más para acreditar la ya inminente derrota de la OIT ante la lucha contra las Agencias de Colocación: se permitió que la legislación nacional bajo su criterio autorizara Agencias con fines lucrativos siempre y cuando la colocación se efectuara en condiciones especiales que justificaran tal excepción y vigiladas por la autoridad competente, que poseyeran licencia anual y que se limitara el fin lucrativo al establecido por una tarifa aprobada por la autoridad. Del mismo modo quedó prohibido el colocar o reclutar trabajadores en el extranjero a menos que la autoridad competente lo

autorizara y las operaciones se efectuaran en virtud de un acuerdo entre los países interesados. Sin embargo, sí se permitieron las Agencias retribuidas pero concretamente las que no tuvieran fines lucrativos siempre y cuando estuviesen autorizadas, sin percibir una retribución superior a la tarifa fijada por la autoridad competente solamente para cobrar los gastos ocasionados.

En definitiva, siempre se aceptaron las Agencias retribuidas de Colocación sin fines lucrativos, y aunque se pretendió la prohibición de Agencias de Colocación con fines lucrativos, hubo Agencias que siguieron actuando en un plazo de tres años, incluso se les permitió a los Estados Miembros regular tales Agencias en casos excepcionales, aunque esto podría ser un buen caldo de cultivo de creación ilimitada de Agencias de Colocación. Fue por tanto una **etapa de “intento de supresión” de las Agencias de Colocación con fines lucrativos**, permitiéndose las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.

Se revisa este Convenio en el año 1949 (Convenio núm. 96). Como ya se analizó en la parte histórica, se dio la posibilidad a los Estados Miembros a la hora de ratificar el Convenio de aceptar las disposiciones de la Parte II o de la Parte III. La Parte II en nada variaba con respecto al Convenio anterior, pues seguía en la línea de reglamentar las Agencias retribuidas de Colocación sin fines lucrativos con los mismos requisitos que en el Convenio anterior y también la supresión progresiva de las Agencias retribuidas de Colocación con fines lucrativos, incluso permitiéndose en casos especiales la posibilidad de crearlas para las colocaciones que no pudieran efectuarse satisfactoriamente por el Servicio Público de Empleo, y al igual que se exigía en el Convenio anterior, se tenía que hacer previa consulta a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores.

El cambio, sin embargo, estuvo en los Estados que aceptaron las disposiciones de la Parte III del Tratado, pues en este caso sí se permitieron todo tipo de Agencias retribuidas de Colocación, es decir, tanto las que carecían de fines lucrativos como las que tenían fines lucrativos con los mismos requisitos que los establecidos en el Convenio núm. 34. Se entra en una **nueva etapa** en la que se produjo una **“necesidad de apertura” de las Agencias retribuidas de Colocación**, lo que refleja la derrota total de la OIT ante el intento de eliminación de tales Agencias.

La **culminación del proceso de apertura hacia otras Agencias** se produce con el Convenio núm.181 y la Recomendación núm. 188 sobre las Agencias de Empleo Privadas, de 1997. El Convenio núm. 181 revisa el Convenio núm. 96 y prácticamente va en la misma línea que la parte III del anterior Convenio aceptando por tanto las Agencias retribuidas de Colocación, tanto sin fines lucrativos como con fines lucrativos. Sin embargo, el contenido de este Convenio supera al anterior: se pasa de utilizar el término *Agencias retribuidas de Colocación* a utilizar un término más ambicioso: *Agencias de Empleo Privadas*. Mientras que las Agencias retribuidas de colocación tienen como única finalidad la

Intermediación en el mercado de trabajo, las Agencias de Empleo Privadas engloban tanto la Intermediación como un conjunto heterogéneo de servicios. El motivo de la ampliación del campo de Agencias fue debido a la percepción por parte de la OIT -al igual que lo hizo la doctrina³⁵⁹ de la actuación en los Estados Miembros de un conjunto de Agencias que no respondían al concepto de *Agencias retribuidas de Colocación* que definía el Art. 1 del Convenio núm. 96 OIT, pero actuaban en la fase previa a la contratación del trabajador, y realizaban funciones conexas a ésta -como la de asesoramiento, o la de cesión temporal de trabajadores- con importantes fines lucrativos, y en estos casos, se eludía la normativa internacional adoptada hasta el momento por argumentar que no entraban dentro del ámbito de aplicación del Convenio núm. 96, y, sin embargo, quedaba desprotegido el trabajador -entendiéndolo como solicitante de empleo- al cobrarle importantes cantidades de dinero por la gestión de su colocación. Debido a la regulación y a la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas con este nuevo Convenio, se ha pretendido permitir el funcionamiento de éstas pero al mismo tiempo proteger a los trabajadores que utilizan sus servicios, combinando por tanto la flexibilidad -que la considera indispensable en el mercado de trabajo- y la seguridad del trabajador.

Según lo establecido en el Convenio núm. 181 y en la Recomendación núm. 188, hay varios tipos de Agencias, que aunque la OIT no las identifica con un nombre concreto, las relaciona con las funciones que a cada una le atribuye. No obstante, aquí se les va a “bautizar” con diferentes nombres, que se utilizarán a lo largo de la investigación. Así, el Convenio núm. 181 define en general *Agencia de Empleo Privada* como “toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas que presta uno o más servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo”:

-“Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”. A las Agencias que realicen tales funciones se les va a denominar en este estudio Agencias de Intermediación, y se corresponderían con las antes llamadas Agencias retribuidas de Colocación exceptuando las Agencias sin fines lucrativos creadas por los poderes públicos, ya que teniendo en cuenta la definición de la OIT quedarían excluidas.

³⁵⁹ En este sentido Ricca [RICCA, S.: “La actual transformación de los servicios públicos de empleo”, *RIT*, Vol. 107, núm. 1, (1988)] señalaba que “sería muy positivo precisar y ampliar la definición de las oficinas retribuidas de colocación que se da en el nuevo convenio de 1949, con objeto de incluir a toda una serie de nuevos agentes, de recién aparición en el mercado de trabajo y que, por una razón u otra, de un modo accesorio o exclusivo, se interponen entre una oferta de trabajo y quien lo busca. Semejante definición permitiría someter todos los elementos privados que intervienen en el mercado de trabajo a los mismos requisitos reglamentarios, en vez de que algunos, como ocurre actualmente, prescindan de esas medidas con el pretexto de que no corresponden a la definición estricta que de las actividades privadas de colocación se da en las disposiciones vigentes”.

-“Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”, y se pueden denominar Agencias de cesión de trabajadores,³⁶⁰ en la que quedarían incluidas las Empresas de Trabajo Temporal.

-“Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”. A las Agencias que realicen estas actividades se les podría llamar Agencias de Información y Asesoramiento y podrían quedar aquí incluidas, entre otras, las Empresas de Selección de Personal, o las Agencias de recolocación conocidas también como “Outplacement”.

1.2.2. Características de las Agencias de Empleo Privadas

Con la inclusión y regulación de estas Agencias se ha querido tener presente la realidad de todas las Agencias de Empleo Privadas que intervienen en el mercado de trabajo, pues una vez que se ha demostrado que es imposible eliminarlas y que tienen ventajas positivas en el mercado de trabajo, es más conveniente aceptarlas y someterlas a unas reglas específicas para que se respeten los derechos del trabajador desde la fase previa a ser contratado. Para ello se ha querido compatibilizar el funcionamiento de tales Agencias protegiendo al mismo tiempo a los trabajadores que utilicen sus servicios.³⁶¹ Para determinar las características del modelo de Agencias de Empleo Privadas, se va a tener en cuenta el Convenio núm. 181 y la Recomendación núm. 188, que son los últimos instrumentos normativos en la OIT para esta materia, y que además ha sido ratificado por España:

-La OIT acepta cualquier tipo de Agencia de Empleo Privada para todas las categorías de trabajadores y para todas las ramas de la actividad económica, excepto para el reclutamiento y colocación de la gente de mar, que se crean los “servicios de contratación y colocación privados” primero reconocidos en el Convenio núm.179 y la Recomendación

³⁶⁰ No se va a realizar un estudio de estas agencias, pues el análisis que aquí se está realizando no va enfocado al estudio de todo tipo de Agencias de Empleo Privadas, como ya se analizó al delimitar el estudio de esta investigación. No obstante, hay muchos preceptos del Convenio núm. 181 OIT que están sobre todo enfocados a la regulación de estas Agencias, entre las que podrían destacar las ETT. Es más es el grupo de servicios que prestan las Agencias de Empleo Privadas que más reguladas están en el Convenio núm. 181.

³⁶¹ Es cierto que el Convenio muestra una mayor preocupación por la defensa de los derechos fundamentales del trabajador. Véase GIL Y GIL, J.L.: “El convenio número 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas”, *DL*, número 61, (2000), pág. 96.

núm. 186, ambas de 1996 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar y actualmente en el Convenio sobre trabajo marítimo 2006 que revisa el Convenio anterior aunque en los mismos términos, pues lo que ha hecho es unificar todos los Convenios de la gente de mar en uno solo.

No obstante, quien ratifique el Convenio núm. 181 puede prohibir, previa consulta con las Organizaciones de trabajadores y de empleadores, el funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas, bien de todos los servicios o de uno: es decir, para un determinado colectivo se podrían prohibir las Agencias retribuidas de Colocación con fines lucrativos pero se podrían mantener las Empresas de Selección o las Agencias de cesión de trabajadores.

-Se ha elegido para determinar las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas un sistema de licencias o autorizaciones,³⁶² salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y práctica nacionales. Además, la Recomendación núm. 188 aconseja que junto con la legislación aplicable, se debería completar con normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional. Esto significa que desde la OIT no se aceptan las Agencias de Empleo Privadas sin más, sino que tienen que estar controladas por un régimen de autorizaciones o licencias, y que tienen que contar con una regulación específica a nivel nacional, no bastando con un simple código de conducta que se le aplique a los diferentes tipos de Agencias de Empleo Privadas.

-Se aceptan que estas Agencias de Empleo Privadas tengan fines lucrativos pero siempre y cuando no se cobre a los trabajadores, ni directa ni indirectamente ningún tipo de honorario o tarifa. Ahora bien, se podría cobrar a determinadas categorías de trabajadores algunos servicios prestados por las Agencias de Empleo Privadas, siempre y cuando se lleve a cabo una previa consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores.

No se contempla ni en el Convenio núm. 181 ni en la Recomendación núm. 188, como sí ocurrió en otros Convenios anteriores la posibilidad de limitar la retribución a recibir por las Agencias. Esto puede plantear un inconveniente y es que la retribución de estas Agencias llegue a ser desmesurada para el empresario, que es en este caso al que se le puede cobrar tal cantidad y no al trabajador. La solución estaría en que los Estados

³⁶² Se puede indicar que tanto el término autorización como el de licencia se refieren a la misma técnica de intervención administrativa. Véase LAGUNA DE PAZ, C.: *La autorización administrativa*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 32. En este estudio se va a optar por el término “Autorización”, ya que además la legislación al respecto utiliza esta calificación.

Miembros determinaran el margen en el que se podrían mover para cobrar al empresario, regulándolo en el régimen jurídico de estas Agencias de Empleo Privadas.

-La regulación de las Agencias de Empleo Privadas no excluye el funcionamiento de los Servicios de Empleo. La relación de las Agencias de Empleo Privadas y de los Servicios Públicos de Empleo se basa en un régimen de cooperación, en el que las Agencias de Empleo Privadas faciliten a los Servicios de Empleo toda la información que precise, se intercambien anuncios de puestos vacantes, o la formación profesional o realizar consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales, incluso las Agencias de Empleo Privadas no sólo van a estar destinadas a trabajadores cualificados, como se podría pensar en un primer momento, sino que pueden y deben facilitar servicios especiales o aplicar programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo, en el que se recomienda la conclusión de Convenios entre el Servicio Público de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas para la inserción de los desempleados de larga duración.

-Las Agencias de Empleo Privadas tienen que ser muy cautelosas con el tratamiento de los datos personales de los demandantes de empleo y se recomienda que las Agencias de Empleo Privadas conserven únicamente los datos personales de un trabajador mientras esté justificado con fines concretos o mientras el trabajador desee figurar en una lista de candidatos a un puesto de trabajo, así como adoptar medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales e impedir que las Agencias de Empleo Privadas utilicen datos para otros fines sin el consentimiento del trabajador afectado.

-Para que exista un buen funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas en el que se respeten los derechos de los solicitantes de empleo, es imprescindible el establecimiento de un adecuado procedimiento sancionador, estableciendo –como señala la OIT- mecanismos y procedimientos adecuados para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las Agencias de Empleo Privadas.

-Una de las preguntas que se podría formular y de importante aplicación práctica es si la OIT permite que una Agencia de Empleo Privada realice varios servicios al mismo tiempo. Es decir, si una misma Agencia de Empleo Privada puede ser al mismo tiempo “agencia de intermediación”, “Empresa de selección de trabajadores”, “agencia de cesión de trabajadores” y “agencia de outplacement”, o si cada uno de estos servicios se tiene que prestar por Agencias diferentes. Todo parece indicar que una misma Agencia de Empleo Privada puede prestar uno o más servicios. Ahora bien, como estas Agencias de Empleo Privadas tienen que contar con una licencia o autorización, se tendría que indicar en la misma las funciones que expresamente van a llevar a cabo. Se deduce que cada Estado Miembro puede legislar de forma unificada el funcionamiento de las Agencias de Empleo

Privadas en general, pero se tendría que regular de manera independiente la forma de llevar a cabo cada uno de los servicios que pueden prestar y ello porque no es lo mismo regular los servicios que realiza una Agencia de cesión de trabajadores, o los servicios que presta una Agencia que se encargue de la selección de personal.

1.2.3. Valoración final

Se puede hacer una valoración positiva de conjunto sobre el nuevo modelo de Agencias de Empleo Privadas en la OIT, pues ésta ha sabido enfrentarse a la realidad evitando eludir la situación presente de la proliferación de las Agencias de Empleo Privadas en el mercado de trabajo, pues “los convenios deben poder acomodarse a la cambiante realidad socio-internacional en la que despliegan sus efectos jurídicos, bajo pena de quedar caducos y desfasados con el transcurso del tiempo”.³⁶³ Pero habría que manifestar si este nuevo planteamiento de la OIT va acorde con la filosofía inicial de esta institución al señalar en el Art. 427 del Tratado de Versalles que “el principio fundamental del Derecho al Trabajo consiste en que el trabajo no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio”, en un momento en el que se aceptan todo tipo de Agencias de Empleo Privadas. Es perfectamente compatible la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas con este principio fundamental, pues la OIT, conociendo y haciendo frente a la realidad, las ha aceptado con el fin de seguir protegiendo al trabajador, pues se evitan los abusos cometidos en este campo y cualquier tipo de discriminación a la hora de acceder al empleo teniendo en cuenta y respetando al mismo tiempo los intereses de los trabajadores. Se ha pretendido con ello “ampliar el ámbito de actuación de los poderes públicos en el mercado de trabajo no ya como prestadores de servicios sino como controladores de los sujetos privados a los que se confía esta prestación”.³⁶⁴ Aunque es cierto que el Servicio Público de Empleo por sí solo no puede hacer frente a las nuevas demandas de la sociedad, la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas no tienen por qué, en principio, hacer resurgir las tesis liberales decimonónicas defensoras de la reducción al máximo de la intervención estatal constituyendo el *laissez-faire* su característica principal, y ello porque desde la OIT no se pretende la aceptación sin más de las Agencias de Empleo Privadas, procediendo a su “desregulación”, sino más bien al contrario, aceptarlas pero someténdolas a estrictos controles en beneficio de los solicitantes de empleo. Sin embargo, para que adquiera

³⁶³ ACOSTA ESTEVEZ, J.B.: *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 255.

³⁶⁴ CALVO GALLEGO, J.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; VALDÉS ALONSO, A.: “Sobre el régimen jurídico de la colocación en España...”, *op.cit.*, pág. 271.

efectividad el modelo de Agencias de Empleo Privadas de la OIT, la responsabilidad recae en cada uno de los Estados Miembros y depende de éstos el grado de protección que en la práctica diaria se aplique a los trabajadores. Como se dijo al iniciar el comentario del Convenio 181 OIT, con la adopción de este nuevo Convenio se ha producido una culminación de la etapa de apertura hacia otras Agencias de Empleo Privadas: pero sigue siendo una culminación “relativa”, y ello porque a pesar de que se ha adoptado este nuevo Convenio, todavía son escasos los Estados Miembros que lo han ratificado, contando solamente con 20 ratificaciones,³⁶⁵ lo que presagia una aceptación tácita de Agencias de Empleo Privadas en diferentes Estados Miembros sin que se realice un control sobre éstas.

1.2.4. Adaptación de la normativa española al Convenio 181 OIT

Aunque no es el momento de analizar el régimen de Colocación vigente en España, sí es necesario -aunque sea de forma general- determinar en qué medida se adapta a lo establecido en el Convenio núm. 181 y en la Recomendación núm. 188 OIT, y en caso de que se compruebe que no se adapta, con qué instrumentos se cuenta para denunciar su incumplimiento.

Ha sido una característica común en materia de Colocación -y así se ha podido comprobar en la parte histórica- la ratificación de Convenios de la OIT antes de que se proceda a adaptar la normativa interna a la normativa internacional. En relación a este último Convenio núm.181 OIT, hubo un consenso de la necesidad de ratificarlo y ello porque, como afirmó UGT, “la importancia adquirida en el mercado laboral por las Empresas de Trabajo Temporal hace necesaria la ratificación de este Convenio”.³⁶⁶ Pero hacer una lectura del Convenio indicando que es necesario ratificarlo por la actuación de las ETI, es a mi juicio, erróneo por incompleto, fruto de una lectura sesgada que elude los demás servicios que pueden prestar las Agencias de Empleo Privadas -como los de información, o los de colocación con fines lucrativos, o los de recolocación- que se están prestando en España sin contar con un régimen jurídico que controle su actividad.

³⁶⁵ Albania (30-6-1999); Argelia (06-06-2006); Bélgica (28-9-2004); Bulgaria (24-3-2005); República Checa (9-10-2000); España (15-6-1999); Etiopía (24-3-1999); Finlandia (25-5-1999); Georgia (27-8-2003); Hungría (19-9-2003); Italia (1-2-2000); Japón (28-7-1999); Lituania (19-3-2004); Marruecos (10-5-1999); República de Moldova (19-12-2001); Países Bajos (15-9-1999); Panamá (10-8-1999); Portugal (25-3-2002); Suriname (12-04-2006); Uruguay (14-6-2004). Véase www.ilo.org

³⁶⁶ CEACR: “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: 2000, www.ilo.org

a) Así, la primera pregunta que se podría hacer es si el régimen jurídico de colocación vigente en España se adapta al Convenio núm. 181 OIT. La respuesta, a mi juicio, es la siguiente: más que indicar que el régimen de colocación es contrario al Convenio núm. 181 y a la Recomendación núm. 188, se puede indicar que es altamente insuficiente, y ello porque no basta con señalar que con la aceptación de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos al amparo del Art. 16.2 ET y desarrolladas por el RD 735/1995, y con la aceptación de las Empresas de Trabajo Temporal por el Art. 43 ET y reguladas por la Ley 14/1994, de 1 de junio y el RD 4/1995, de 13 de enero, se está cumpliendo con lo establecido en el citado Convenio. Si se opta por esta argumentación tan simple ¿qué pasaría entonces con la prohibición de Agencias de Colocación con fines lucrativos, como señala el Art. 16.2 ET cuando el Convenio núm. 181 las acepta? En este caso son Agencias de Empleo Privadas que están prohibidas expresamente por nuestro ordenamiento; por otro lado, ¿qué pasaría con la actuación y la escasa regulación de las Empresas de Selección de Personal?; y además, ¿qué ocurriría con los Portales de Empleo o con las Agencias de Outplacement que cada vez con más auge funcionan en España? España actualmente no se adapta al Convenio núm. 181 OIT sino a la parte II de un Convenio de la OIT anterior al ratificado actualmente, y es el Convenio núm. 96 sobre Agencias retribuidas de colocación, que ya ha sido denunciado. Y ello porque en ningún momento en la legislación española se hace alusión al término Agencias de Empleo Privadas. Se ha perdido la oportunidad de regularlas en la nueva Ley de Empleo 56/2003, pero de nuevo el legislador español tira la piedra (ratificando el convenio) y esconde la mano (sin adecuar la normativa interna).

Esta es la caótica situación actual que causa problemas de interpretación práctica porque la realidad es bien diferente, ya que hay numerosas Agencias de Empleo Privadas - que se analizarán en el siguiente Capítulo- que funcionan en la actualidad sin ningún tipo de control y ningún tipo de régimen jurídico aplicable. Así que, una vez que el Convenio núm. 181 OIT ha sido ratificado, mantengo la posición -que es mayoritaria- de que hay un compromiso adquirido por el Estado de aplicar directamente la normativa internacional (posición monista);³⁶⁷ es decir, aplicándolo al caso concreto, el Convenio núm. 181 OIT que ha sido ratificado por España es una norma *self-executing* directamente aplicable en el orden interno desde el momento en el que se llevó a cabo la publicación oficial del mismo, siendo de aplicación directa a un caso en concreto, y ello se ha podido deducir del propio artículo

³⁶⁷ Según Diez de Velasco, el monismo es una posición coherente y tiene mejor técnica jurídica. Véase DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 232 y 233.

96.1 CE que mantiene también esta solución,³⁶⁸ (“Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”). Es decir, al no haber una regulación expresa en nuestro ordenamiento, e incluso en algunos aspectos del régimen sustantivo y del sancionador son contrarios a la normativa internacional, prevalecería la norma internacional sobre la norma interna,³⁶⁹ y ésta quedaría inaplicada en caso de contradicción con el Convenio núm. 181 que se aplica en España desde que ha sido ratificado.³⁷⁰ Y esta tesis la avala también el Tribunal Constitucional al señalar que “si se observa lo que dice el artículo 10.2 CE los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Los Convenios OIT, ratificados por España constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales... Los Convenios se incorporan al ordenamiento interno...”³⁷¹

Pero, por el momento, y sin una regulación específica sobre las Agencias de Empleo Privadas, habría que ser cauteloso si se afirma que las Agencias de Empleo Privadas actúan legalmente en España, pues no se puede dar una afirmación con carácter general, teniendo en cuenta que es un problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, que debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de los que conozcan.

La mejor solución, en caso de contradicción, estaría en realizar una interpretación “armonizadora” entre la normativa en España sobre la colocación y el Convenio ratificado.³⁷² Así, por ejemplo, si se plantea si una Agencia de Colocación con fines lucrativos que actúa en España es legal, teniendo en cuenta que están prohibidas en España (Art. 16.2

³⁶⁸ También se manifiesta en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de marzo de 1998, RJ 1998/2708, al señalar que “Una interpretación coherente con el artículo 96.1 de la Constitución requiere, junto a la obligación de incorporar los Tratados a nuestro Derecho por la regla “pacta sunt recipienda” la obligación de respetar las prescripciones contenidas en los Tratados de nuestro sistema de fuentes, reconociendo que éstos, con posterioridad al texto constitucional forman parte de nuestro ordenamiento interno de forma automática, previa su inserción en el BOE, excluyéndose en nuestro sistema jurídico el mecanismo dualista de la transformación o recepción especial del Derecho Internacional en nuestro Derecho interno”.

³⁶⁹ DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, op.cit., pág. 238.

³⁷⁰ Así señala MERKL, A. [*Teoría General del Derecho Administrativo*, 1927, reeditado por Comares, Granada, 2004, pág. 146] que “entre la ley y el Tratado la presunción está a favor de la preeminencia del Tratado”.

³⁷¹ STCo núm. 38/1981, de 23 de noviembre de 1981, RTC 1981\38.

³⁷² En este sentido, véase MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: *Derecho internacional público. Parte General*, Trotta, Madrid, 2005, pág. 646.

ET) y aceptadas por el Convenio núm. 181 OIT, se plantearía un conflicto entre la norma internacional ratificada por España que la acepta, y la normativa interna que expresamente las prohíbe en el Art. 16.2 y cuenta con una normativa sancionadora directamente aplicable. Al resolver tal litigio, se podrían argumentar las dos posiciones:

-La primera, que le de primacía a la normativa internacional sobre la interna, y en el caso en concreto, si una Agencia de Empleo Privada actúa con fines lucrativos respetando los principios establecidos por la OIT, podría dar como válida tal Agencia inaplicando incluso los preceptos sancionadores que actualmente están vigentes.

-La segunda solución estaría en dar primacía a una norma expresa que en España prohíbe las Agencias de colocación con fines lucrativos, sobre la normativa internacional que las acepta al señalar que una norma internacional no puede ser directamente obligatoria en el orden jurídico interno ya que para que un Convenio sea aplicable en el orden interno tiene que ser transformado en norma interna mediante un acto del legislador.

Estas son las dos posiciones que se podrían argumentar. Para ser coherente con la posición aquí mantenida, a mi juicio, sería adecuada la primera solución, aunque soy cautelosa al respecto, pues no deja de plantear problemas, pues no sería suficiente con un régimen “muy general” establecido en el Convenio. La solución no está en hacer interpretaciones que lleven a contradicciones, sino la solución está en adaptar la normativa española a la normativa internacional, y sobre todo, ajustarla a la realidad

Otro ejemplo diferente sería en el caso de que se planteara en un litigio la determinación de si una Agencia de Recolocación es legal en España. A diferencia del primer ejemplo, en este caso no hay ningún tipo de regulación en España sobre estas Agencias. La normativa española ni las acepta ni las prohíbe, pues se manifiesta sólo sobre las Agencias de colocación. En este caso “difícil”, a mi juicio, se debería dar la solución de mantener su legalidad, siempre y cuando la citada Agencia respetara –de forma global- el contenido del Convenio núm. 181 OIT.

No obstante, éstas, serían, a mi juicio, soluciones transitorias al problema, pues lo más lógico, como ya se ha manifestado, es que para evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica, se proceda a una regulación del régimen jurídico de las Agencias de Empleo Privadas, solución que evitaría muchos problemas de interpretación, y sobre todo, beneficiaría a los que utilicen tales Agencias, pues contarían con un régimen jurídico aplicable, así como con un régimen sancionador adaptado a la normativa sustantiva. La regulación de las Agencias de Empleo Privadas es totalmente necesaria, sobre todo al tener en cuenta que se vienen aceptando en la práctica y actúan en el momento actual sin ningún

tipo de control. Es decir, si existen, y además se ha ratificado el Convenio núm. 181, España viene obligada a proceder a su regulación respetando el contenido del citado Convenio.³⁷³

Al mantener aquí la posición de que los Convenios de la OIT son normas *self-executing* significa que estos Convenios, una vez ratificados, son directamente aplicables al ordenamiento interno,³⁷⁴ es decir, no necesitan forzosamente la adopción de actos normativos internos, pero esto no quita que a pesar de que sean normas *self-executing* lo más adecuado sea la adopción de medidas legislativas en el orden interno para dar un mejor cumplimiento al contenido del Convenio ratificado.

b) La segunda pregunta que se podría formular es con qué mecanismos cuenta la OIT para que se pueda controlar la aplicación correcta de un Convenio ratificado por un Estado Miembro, es decir, cómo y quien puede denunciar el incumplimiento del Convenio núm. 181 de la OIT en España.

Una organización de empleadores o trabajadores puede formular una reclamación según lo establecido en los Arts. 24 y 25 de la Constitución de la OIT ante el Consejo de Administración en el caso de que se considere que un Estado Miembro no ha adoptado medidas para el incumplimiento satisfactorio. En este caso, la actuación de la OIT ante tal reclamación consiste en la constitución de un comité tripartito compuesto por miembros del Consejo de Administración y por último éste concluye mediante Recomendaciones y en el caso de que el Estado Miembro no responda a estas Recomendaciones, el Consejo de Administración hace pública la reclamación y la respuesta.

Por otro lado, un Estado Miembro que haya ratificado el Convenio o los delegados de la Conferencia, o el Consejo de Administración, pueden presentar una queja, según lo regulado en los Arts. 26 a 34 de la Constitución de la OIT. Una Comisión compuesta por tres personalidades independientes formula sus recomendaciones sobre las medidas que son

³⁷³ Existen opiniones contrarias en la doctrina: Se piensa por una parte que no resulta obligada la legalización de las Agencias lucrativas a la vista del Convenio núm. 181 (CAVAS MARTÍNEZ, F.: El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, VV.AA. *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ponencias*. Laborum, Murcia, 2007, pág. 194); en cambio también se piensa que el Convenio núm. 181 obliga a la legalización por España de las agencias lucrativas (LÓPEZ PARADA, R.: “Transferencia y privatización...”, op.cit., pág. 149).

³⁷⁴ Para un estudio de las normas internacionales *self-executing* y las *non self-executing*, véase GONZÁLEZ CAMPOS, J.L.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; SÁEZ DE SANTAMARÍA, P.A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 2007, pág. 291 y ss.

necesarias llevar a cabo para responder a la queja, posteriormente se someten estas recomendaciones al Consejo de Administración, y si el Estado Miembro en un plazo de tres meses no las acepta, en este caso sí se puede someter la queja a la Corte Internacional de Justicia para que se pronuncie al respecto.

Sin embargo, aunque en estos últimos años se ha venido utilizando con frecuencia estos procedimientos,³⁷⁵ no se ha formulado ninguna queja ni ninguna reclamación para denunciar el incumplimiento del Convenio núm.181 OIT por los países que actualmente lo tienen ratificado. Una de las asignaturas pendientes de la OIT es la aplicación de medidas de control para la correcta aplicación de los Convenios ratificados por los Estados Miembros; es un campo que no se ha explorado de forma suficiente, y que hace que haya una fuerte descompensación entre la realidad de los Estados Miembros y el contenido de los Convenios ratificados.

2. El modelo de Colocación en la Unión Europea

Actualmente en la Unión Europea se está produciendo una transformación en el modelo de Administración, pues se pretende que ésta siga protegiendo los intereses de los usuarios pero al mismo tiempo sea capaz de enfrentarse a los constantes procesos de liberalización. Este cambio afecta al modelo de Colocación, que está pasando -al igual que en todos los países- de una gestión del Servicio Público de Empleo en régimen de monopolio a un modelo que se caracteriza por la intervención de la iniciativa privada y de competencia.

No se ha realizado por el momento un estudio global que determine si existe un modelo de Colocación en la Unión Europea a seguir por los Estados Miembros, y ello se puede deber a la dispersión normativa en la materia, pues se ha tratado desde diversos campos pero sin coordinación entre ellos. Para comenzar este análisis, la Actividad de Colocación se tiene que encuadrar, lógicamente, en el marco de la política de empleo de la Unión Europea como instrumento de ésta, pero también teniendo en cuenta la doctrina -aún no consolidada- del servicio de interés general en la Unión Europea y también desde el Derecho de la Competencia.

Para desglosar el modelo de Colocación, es necesario tener en cuenta dos grandes bloques, ya conocidos en este estudio: por una parte, el tipo de Servicio de Empleo que se defiende en la Unión Europea, y por otro, si se está a favor de la apertura hacia otras Agencias de Empleo Privadas y, en caso afirmativo, en qué situaciones se podrían crear.

³⁷⁵ PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 752.

2.1. El modelo de Servicio Público de Empleo en la Unión Europea

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 fue la primera normativa de *soft law* que hizo referencia a los Servicios Públicos de Empleo,³⁷⁶ al señalar en su Art. 6 que “toda persona debe poder beneficiarse gratuitamente de los servicios públicos de colocación”,³⁷⁷ y en términos casi idénticos se vuelve a mencionar en el Art. 29 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (en adelante CDFUE) al indicar que “toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación”. Hasta el momento, todo el texto de la Carta ha quedado como “declaración institucional solemne y formalmente no vinculante”³⁷⁸, pero representa un avance de lo que será -tarde o temprano- la Constitución Europea, que actualmente lo

³⁷⁶ No ha habido referencias expresas con anterioridad. Así, desde la versión inicial del TCEE, éste contenía un título destinado a la expresión de las llamadas libertades económicas fundamentales, y concretamente se regulaba en el capítulo primero la libre circulación de trabajadores, por lo que indirectamente se hacía referencia a un Servicio Público de Empleo común para todos los trabajadores que no acogiese discriminaciones a la hora de acceder al mercado de trabajo, pues se prohibía toda discriminación y la libre elección del empleo. Por otra parte, la inclusión de la política comunitaria en materia de empleo, aunque no se hizo referencia a los Servicios de Empleo, fue en el año 1993 en el Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo, aprobado por el Consejo de Bruselas en el año 1993. Ya desde ese momento se puede afirmar que las políticas económicas debían permanecer orientadas a la creación de empleo, por lo que desde el primer momento se refleja el carácter mínimo y ligado a la economía que presenta la Política de Empleo. Aunque en la Cumbre de Essen (1995) no estaba presente la idea de modernizar los Servicios Públicos de Empleo, sí se establecieron sectores de actuación prioritarios en el mercado de trabajo, y una de ellas fue la mejora de la efectividad de las políticas referidas al mercado de trabajo, lo que indica que indirectamente se estaba haciendo referencia a la necesidad de modernizar los Servicios Públicos de Empleo entre los Estados Miembros.

Por otra parte, aunque en el Tratado de Ámsterdam la materia de empleo se considera “asunto de interés común” de los Estados Miembros, no se hace mención a los Servicios Públicos de Empleo. Además, en los Consejos Europeos posteriores, se ha ido debatiendo en general el tema de la política de empleo, pero siempre encaminada a lograr de Europa la zona económica más competitiva del mundo. Esto demuestra que la necesidad de modernizar los Servicios Públicos de Empleo depende en definitiva de las políticas nacionales de cada Estado que ni a nivel normativo y ni siquiera a nivel político, se le ha prestado demasiado -por no decir ninguna- atención. Y ello se deriva del papel secundario que cuenta la política de empleo: si las Políticas de Empleo están poco presentes en el ámbito comunitario, menos presentes van a estar los instrumentos que ayudan a lograrlas.

³⁷⁷ Al margen de la Unión Europea, pero en el Derecho Europeo, la Carta Social Europea en su artículo 3 señala que los Estados se comprometen a “crear o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores, fórmula que se inspira en los Convenios de la OIT sobre esta materia.

³⁷⁸ FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 26.

que existe es un Proyecto de Constitución Europea (en adelante PCE) por el que se instituye una nueva Constitución para Europa, en la versión entregada al Presidente del Consejo Europeo en Roma, el 18 de julio de 2003, en el que se garantiza, al igual que lo hace hoy la CDFUE, el derecho a acceder a toda persona a un servicio gratuito de colocación (Art. II-29) ubicado en el Título IV relativo a la Solidaridad. También hay referencias indirectas en el PCE referentes a los servicios de colocación; concretamente en la sección sobre la libre circulación de personas y servicios al indicar que los trabajadores tienen derecho a responder de las ofertas efectivas de trabajo (Art. III-18); o en el Art. II-15.2³⁷⁹ señala que “todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado Miembro”.

Que se reconozca el derecho de toda persona a acceder a un servicio gratuito de colocación no significa que se pretenda desde la Unión Europea crear un único y común servicio para todos los Estados, sino que llama a los Estados Miembros para que cada uno lleve a cabo su propio Servicio de Empleo,³⁸⁰ pretendiendo que se marquen unas pautas, un contenido esencial de este derecho y un modelo a seguir por todos los Estados Miembros. Pero de la lectura de este precepto no se puede deducir ningún modelo de Colocación a seguir en éstos, aunque lo que se deja claro es que en el PCE se ha mantenido una postura favorable a un Estado social, pues la competencia privada por sí sola es insuficiente para satisfacer la oferta y demanda de trabajadores. Sería conveniente que tras la intervención por parte de la Unión Europea de crear un Servicio de Empleo se contribuya a una mayor

³⁷⁹ Concretamente, el artículo II-15 se encuentra también en la Parte Segunda sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión pero concretamente en el Título II relativo a “Libertades”. Sin embargo, el artículo III-18 se encuentra en la Parte Tercera sobre las Políticas y el funcionamiento de la Unión en el Capítulo I sobre mercado interior en la Sección segunda sobre libre circulación de personas y servicios.

³⁸⁰ En esta parte de este estudio se va a hacer alusión concretamente a si desde la Unión Europea se opta por un modelo de colocación. Por tanto, no se está haciendo aquí referencia a un sistema de información europea para garantizar la libre circulación de trabajadores, que como se verá en su momento, es una de las funciones que actualmente llevan a cabo en España los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y es la función de gestionar la red EUREs.

Indicaba el prof. LANDA ZAPIRAIN, J.P. [“La política social comunitaria entre vinculabilidad jurídica y voluntad política (II)”, *RL*, Tomo I (1992), pág. 1317] que se estaba preparando “la puesta en marcha de un Observatorio Europeo del empleo o sistema de documentación sobre la oferta y demanda de trabajo de los Estados Miembros y la coordinación informativa de la misma a nivel interregional, labor que permitiría la creación de una Oficina de Empleo Europea”. Pero sin embargo no se ha creado una Oficina de Empleo Europea, lo que existe en la actualidad es la red EURES (European Employment Services), por la Decisión de la Comisión, de 22 de octubre de 1993, relativa a la aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1612/68.

utilización de éstos ya que actualmente se calcula que tan sólo intervienen en un porcentaje comprendido entre el 10% y el 30% del total de las contrataciones.³⁸¹

Se ha pretendido intervenir desde el ámbito supranacional, al menos, fijando unos mínimos a modo de “normas de derecho necesario inderogables *in peius* dentro del derecho interno”.³⁸² Esto es lo que pretende la próxima Constitución Europea -aunque actualmente sigue teniendo el carácter de una proclamación política “extraconstitucional”-³⁸³ al garantizar el derecho de toda persona a acceder a un “servicio gratuito de colocación” y esto significa que es el mínimo que se tiene que cumplir en los Estados Miembros, sin perjuicio de que haya una regulación nacional más favorable. Aunque el contenido en materia social en el PCE y concretamente en lo que afecta a la colocación de los trabajadores no ha cambiado con respecto a la situación anterior, al menos lo ha incluido como derecho fundamental, dándose un paso importante, pues el legislador de cada Estado Miembro tiene que garantizar a los sujetos poder acudir a estos Servicios de Empleo que además “reflejan las tradiciones nacionales” de los Estados Miembros.³⁸⁴ El contenido de este derecho fundamental en el PCE y por tanto, en la futura Constitución Europea, no cambia la situación en los Estados Miembros, pues la mayoría de éstos ya tienen ratificado el Convenio núm. 88 de la OIT sobre el servicio del empleo de 1948, y adaptaron su normativa interna para plasmar el contenido de este Convenio. Lo que se pretende con la inclusión del derecho a acceder a un “servicio gratuito de colocación” en el PCE es contar con un derecho fundamental que además se equipare en todos los Estados Miembros por igual.

Ante la falta de una definición en el PCE de las facetas esenciales de este derecho - como ocurre con todos los derechos fundamentales socio-económicos-³⁸⁵ y debido a la ausencia de un “contenido esencial” de tal derecho, se va a determinar -teniendo en cuenta

³⁸¹ FONS TORRES, A.; NAVARRO DOMENICHELLI, R.; BOIX CUENCIA, A.: “Los Servicios Públicos de Empleo”, *Revista de Treball. Economia i Societat*, núm.22, octubre (2001), pág. 6.

³⁸² VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las Directivas como instrumento de política social y su relación con el ordenamiento laboral español”, *RMTAS*, núm.17 (1999), pág. 60.

³⁸³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la “cuestión social”, *RL*, (2000-I), pág. 227.

³⁸⁴ SCIARRA, S.: “Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *TL*, núm. 62 (2001), pág. 22.

³⁸⁵ En el mismo sentido, en el derecho de inserción, véase MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social”, *TS*, núm. 161, mayo (2004), pág. 26.

la escasa normativa anterior al PCE que hay sobre la materia- las características de este servicio para poder perfilar el modelo de Servicios Públicos de Empleo en la Unión Europea:³⁸⁶

-En la terminología “comunitaria”, el Servicio Público de Empleo es un “servicio de interés general”. Sorprende que en el PCE no se mencione nada acerca del carácter público del servicio de colocación, a diferencia de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989 que sí lo indicaba expresamente.³⁸⁷ Probablemente la no inclusión en el PCE de la naturaleza pública del servicio se haya debido a varias razones: por intentar eludir el término “servicio público” para evitar las connotaciones ideológicas del mismo, pues tradicionalmente ha estado ligado a la publicación y al monopolio;³⁸⁸ o por utilizarse el término “servicio público” en la mayoría de las ocasiones con otras acepciones: así, por ejemplo, se utiliza para indicar que un servicio se ofrece al público en general o para asignar a un servicio público una misión específica de interés público o para hacer referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio”.³⁸⁹

Es por lo que en el ámbito comunitario se utiliza en vez del término “servicio público” el término “servicio de interés general”. Y para determinar si el Servicio Público de Empleo (o llamado en la terminología comunitaria servicio de colocación) es un servicio de interés general, habrá primero que analizar qué se entiende por *servicio de interés general* en la Unión Europea, y para ello se va a partir del análisis del Libro Verde presentado por la Comisión “Sobre los Servicios de interés general”,³⁹⁰ que clasifica estos servicios en tres categorías:

*El primer grupo incluye los *servicios de interés económico general prestados por grandes industrias de redes*, como son las telecomunicaciones, servicios postales, electricidad, gas, transportes, que estén sujetos al régimen regulador global de ámbito comunitario.

³⁸⁶ Véase SERRANO FALCÓN, C.: “La intermediación laboral en los Servicios Públicos de Empleo (En la Unión Europea y en la Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre), en VV.AA. (Quesada Segura, R.): *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales. XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2004, págs. 285 y ss.

³⁸⁷ Y también se indicaba el carácter público en la Carta Social Europea. En el mismo sentido, véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.: “La Constitución Europea, un paso en la construcción de una Europa más social”, op.cit., pág. 8.

³⁸⁸ VÍRGALA FORURIA, E.: “Servicios Públicos y Servicios de interés económico general en la UE (art. 86.2 TCE)”, *REE*, núm.27, Ene/Abr (2001), pág. 55.

³⁸⁹ Libro Blanco sobre servicios de interés general, Bruselas, 12. 05. 2004, COM (2004) 374 final.

³⁹⁰ Bruselas, 21.05.2003, COM (2003) 270 final.

Lógicamente, aquí no quedaría incluido el Servicio de Empleo pues sus características no se corresponden con las de este primer grupo.

*El segundo grupo corresponde a *otros servicios de interés económico general*, que a diferencia del primer grupo, éstos no están sujetos a ningún marco regulador global en el que se especifiquen las obligaciones del servicio. Cita, a modo de ejemplo, la gestión de residuos, el abastecimiento de agua o los servicios públicos de radiodifusión, y están también sujetos a normas específicas comunitarias y normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales del Tratado.

*El tercer grupo estaría integrado por los *Servicios de naturaleza no económica y servicios sin efecto en el comercio*, que no están sujetos a las normas que se aplican para los otros dos grupos, aunque sí se le aplican todas las normas comunitarias aplicables a las actividades no económicas y a las actividades que no tienen efecto en el comercio intracomunitario, incluido el principio fundamental de no discriminación.

La duda está en determinar dónde encuadrar el Servicio Público de Empleo: es decir, si se considera un *servicio de interés económico general* o por el contrario se considera un *servicio de naturaleza no económica*. Y no es fácil de resolver, y ello porque no existe una lista que determine cuáles son los servicios que se encuadren en una o en otra categoría,³⁹¹ aunque sí se pueden dar argumentos sólidos para considerar al Servicio Público de Empleo como un *servicio de naturaleza no económica*. La atribución del derecho a acceder a un servicio de colocación como un servicio social se puede justificar así:

-En primer lugar, si se tiene en cuenta su historia, éste nació con fines sociales, para cubrir las necesidades de buscar empleo de trabajadores desempleados.

- En segundo lugar, la ubicación del derecho fundamental a acceder a un servicio gratuito de colocación en el PCE está incluido en el Título de “Solidaridad”, en el que se incluyen los demás servicios sociales.

-En tercer lugar, en la Comunicación de la Comisión sobre *Los servicios de interés general en Europa de 1996*³⁹² señala entre los servicios de naturaleza no económica al “empleo”, y también, en el Libro Blanco sobre los servicios de interés general señala como una de las

³⁹¹ Es necesario que se determine una lista indicando cuáles son los servicios de interés general y elaborar una definición común para todos los Estados, para crear uniformidad en esta importante materia. Para un análisis acerca de si la determinación de los servicios de interés económico general ha de llevarse a cabo a nivel nacional (tesis nacional) o a nivel comunitario (tesis comunitaria), véase FERNÁNDEZ GARCÍA, Y.: “El Servicio Público en el Derecho de la Unión Europea”, *RDUE*, núm. 7, 2º semestre (2004), págs. 88-89.

³⁹² DOCE 96/C 281/03

nuevas orientaciones para llevar a cabo una política coherente de los servicios de interés general reconocer plenamente el interés general en los servicios sociales e incluye dentro de éstos la asistencia sanitaria, los cuidados de larga duración, la seguridad social, la vivienda social y los *servicios de empleo*, todos ellos basados en el principio de solidaridad, que están centrados en la persona, garantizan a los ciudadanos el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales y refuerzan la cohesión social y territorial para protegerlos como parte integral del modelo social europeo. Ahora bien, señala la necesidad de iniciar un proceso de modernización que les permita responder de manera más adecuada a las necesidades cambiantes de los ciudadanos europeos. Y estima conveniente la Comisión desarrollar un planteamiento sistemático para reconocer las características específicas de los servicios sociales y sanitarios de interés general y precisar cómo pueden modernizarse estos servicios. La determinación del concepto de servicios sociales de interés general (SSIG) se ha plasmado recientemente en la ya anunciada Comunicación de la Comisión sobre la “Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea”,³⁹³ Comunicación que constituye una etapa adicional en la asunción de las especificidades de los servicios sociales a escala europea. Aunque no se hace alusión expresa a los Servicios de Empleo, se integran en este concepto, y se pueden incluir en el grupo denominado “servicios esenciales prestados directamente a la persona”, ya que estos servicios “aportan una ayuda personalizada para facilitar la inclusión de las personas en la sociedad y garantizar la realización de sus derechos fundamentales”, incluyendo la ayuda a las personas para afrontar los retos inmediatos de la vida o crisis, destacando el desempleo.

Por tanto, se puede incluir al Servicio Público de Empleo dentro de la categoría de *servicio de naturaleza no económica*, es decir, como un servicio social, que la sociedad (a través del Estado) presta a la persona al ser miembro de la misma, denominándose también por su significado, “servicios atinentes a la persona”.³⁹⁴

Aunque aquí se ha dado suficiente argumentación para encuadrar el Servicio de Empleo dentro de los Servicios de naturaleza no económica, es necesario -tal y como propone el Comité Económico y Social Europeo-³⁹⁵ definir a escala comunitaria mediante una Directiva Marco los principios básicos comunes que deben aplicarse a todos los Servicios de interés general (tanto los económicos, como los no económicos).

³⁹³ Bruselas, 26.4.2006, COM (2006) 177 final.

³⁹⁴ Es la terminología utilizada por VAQUER CABALLERIA, M.: “Los servicios atinentes a la persona en el Estado social”, *Cuadernos de Derecho público*, núm.11, sept/dic. (2000), pág. 33.

³⁹⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “El futuro de los servicios de interés general”, DOUE, 16 de diciembre de 2006, C 309.

A falta de una normativa específica en la materia, aquí se va a continuar con las características que definen el “Servicio de Colocación”:

-El Servicio Público de Empleo es un servicio gratuito: Al indicar el PCE que toda persona “tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación” podría plantear la duda de si el carácter gratuito le afecta tanto al trabajador como al empresario. No existe duda al afirmar que el servicio de colocación es gratuito para el trabajador, y ello porque el derecho a acceder a este servicio es una clara manifestación del principio de solidaridad, teniendo además el derecho de acceso a los servicios de colocación carácter instrumental respecto del derecho al trabajo. Así, para garantizar este derecho es necesario constituir servicios gratuitos de colocación para todos los trabajadores.³⁹⁶ Pero al ser cada vez más frecuente exigir por parte de los servicios públicos una tasa o tarifa como obligación inherente a dicho acceso, se podría plantear la duda de si esta tasa o tarifa se podría cobrar al empresario cuando el servicio de colocación le gestione la oferta de trabajo. A mi juicio, se tendría que hacer una interpretación restrictiva, para no aceptar la posibilidad de cobrar al empresario, interpretando que el término “toda persona” incluye tanto al trabajador como al empresario debido a la “vocación de gratuidad”³⁹⁷ de todo servicio público. Esta interpretación evitaría la posibilidad de cobrar una tarifa, esto es, una “contraprestación por el servicio público utilizado”³⁹⁸, ni siquiera que la tarifa fuera fijada por el Servicio Público de Empleo teniendo en cuenta circunstancias económicas y sociales relevantes (tarifa móvil³⁹⁹). Sin embargo, aunque en la mayor parte de los países europeos el Servicio Público de Empleo es gratuito tanto para trabajadores como para empresarios, en otros se cobra una determinada cantidad al empresario por el reclutamiento de trabajadores cualificados o también hay países en los que el reclutamiento se considera de más dificultad, ya que en estos casos se piensa que si no se cobra nada al empresario, éstos desvalorizan los servicios que el Servicio Público les pueda prestar.⁴⁰⁰ La característica de la ausencia de ánimo de lucro

³⁹⁶ FORTI, V.: “Divieto di oneri in capo ai lavoratori”, VV.AA. : *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffré Editore, 2005, pág. 558.

³⁹⁷ CANEDO, J.R.: “Libre competencia *versus* servicio público”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 16/1997, pág. 20.

³⁹⁸ RIVERO YSERN, E.: “La protección del usuario de los servicios públicos”, *RAP*, núm. 87, (1978), pág. 223.

³⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”, *RAP*, núm. 12, (1953), pág. 147.

⁴⁰⁰ Es el caso de Reino Unido y Alemania, véase OCDE.: *Los Servicios Públicos de Empleo*, MTSS, Madrid, 1986, págs. 15-16.

también es una de las características organizativas de los Servicios sociales de interés general, tal y como se deduce de la Comunicación de la Comisión sobre los servicios sociales de interés general en la Unión Europea.

Ahora bien, que se considere al servicio de colocación como gratuito, no significa que se extienda tal exigencia a otras Agencias de Empleo Privadas que realicen cualquier Actividad de Colocación, y ello porque, teniendo en cuenta la normativa internacional y las interpretaciones realizadas por el TJCE, la creación de éstas no es ni mucho menos obligatoria, mientras que sí es obligatorio -pues además se constituye como derecho fundamental- la creación de un Servicio Público de Empleo. Estas Agencias, siempre que se sometan a unos determinados controles para garantizar la protección del trabajador, pueden actuar en el mercado de trabajo junto con los Servicios Públicos de Empleo existentes. La Unión Europea no ha negado la existencia de Agencias de Empleo Privadas, y ello se va a constatar al analizar la jurisprudencia del TJCE, pero además, tampoco se podría prohibir si se quiere respetar a los países en los cuales siempre han existido.⁴⁰¹

-La gestión del Servicio de Colocación puede ser bien completamente pública o interviniendo entes privados. Sin perjuicio de que actúen junto con el Servicio Público de Empleo otras Agencias de Empleo Privadas, no se deduce del PCE la prohibición de que el Servicio Público de Empleo se gestione bien por él mismo o bien delegando algunas funciones en entidades colaboradoras tanto de naturaleza pública como privada, aunque éstas últimas podrían actuar pero de forma gratuita; y se deduce del PCE al señalar que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a servicios de colocación.⁴⁰² Lo que se deduce del PCE es que es obligatorio crear un servicio de colocación en los Estados Miembros, sin que se pueda sustituir directamente por Agencias de Empleo Privadas.⁴⁰³ Ahora bien, la gestión

⁴⁰¹ OLIVELLI, P.: “Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l’impiego”, VV.AA.: *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, op.cit., pág. 12.

⁴⁰² Del mismo modo, en la Comunicación de la Comisión sobre Servicios sociales de interés general en la Unión Europea (Bruselas, 26.4.2006, COM (2006) 177 final) se establece como aspectos generales de la modernización de estos servicios la “externalización de las áreas del sector público hacia el sector privado, con unas autoridades públicas que pasan a ser reguladoras, guardianas de una “competencia regulada” y de una buena organización a escala nacional, local o regional.

⁴⁰³ En una opinión contraria se manifiesta NIETO NIETO, N.: “Los derechos laborales en el Proyecto de Tratado Constitucional”, VV.AA (Gómez Gorona, E.; Gutiérrez Vega, P.; Leñero Bohorquez, R, Coords.): *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 204, al señalar literalmente que “la somera referencia a los servicios de colocación genera distintos interrogantes y, dado que únicamente establece que deben ser gratuitos para la persona que busca empleo, nada impide que sean sustituidos o gestionados por entidades privadas, especialmente por empresas de

del Servicio de Empleo es indiferente, pudiendo actuar tanto entes públicos como privados en su gestión, y además es una práctica habitual en numerosos países, como es el caso español.

-El Servicio de Colocación se tiene que adaptar constantemente a las nuevas tecnologías. Se comunica desde la Unión Europea que los Servicios de Empleo tienen que estar automatizados, para que las diferentes actuaciones de la Administración en relación con el ciudadano (relaciones *ad extra*) puedan llevarse a cabo a través de las nuevas tecnologías de la información y la telecomunicación, para que se produzca con la adecuada seguridad jurídica y por tanto contribuir en el marco de los Servicios de Empleo a lo que se llama *sociedad de la información*.⁴⁰⁴ La implantación de nuevas tecnologías va a implicar la mayor eficacia de estos servicios convirtiéndose en una necesidad de capital importancia para los Servicios Públicos de Empleo europeos.⁴⁰⁵

Se apuesta actualmente por un Servicio de Empleo eficaz. Así se ha manifestado la Unión Europea en el Informe Kok⁴⁰⁶ de 2004 y en el Consejo Europeo de Primavera celebrado en marzo de 2005, subrayando la importancia de continuar en la modernización y el refuerzo de los Servicios de Empleo, principalmente con la finalidad de ofrecer servicios personalizados a todos los desempleados y demandantes de empleo.

trabajo temporal, que encuentran su justificación en la libre prestación de servicios junto con la libertad de empresa”.

⁴⁰⁴ Véase “Europa, una sociedad de la información para todos -Informe de Desarrollo para el Consejo Europeo extraordinario consagrado al empleo, las reformas económicas y la cohesión social- hacia una nueva Europa basada en la innovación y en el conocimiento [COM (2000)130 final]. Por otra parte, hay que destacar el Consejo Extraordinario de Lisboa (2000) pues una de las medidas principales a tomar con el propósito de hacer de Europa la zona económica más competitiva del mundo, fue la de reducir los gastos vinculados a la burocracia, a través de la simplificación administrativa”.

Para analizar la implantación de las nuevas tecnologías en relación al crecimiento y el empleo, véase SOETE, L.: “Nuevas tecnologías, trabajo del conocimiento y empleo. Retos para Europa”, *RIT*, Vol. 120, núm. 2, (2001), págs. 178 y ss.

⁴⁰⁵ Así se indica en las Declaraciones comunes de los Servicios Públicos de Empleo Europeos respecto a su papel en el Mercado de Trabajo, COMISIÓN EUROPEA.: *Joint Staments of the European Public Employment Services (PES) on their Role in the Labour Market*; y *Working papers on the contributions of Public Employment Services (PES) to combating long-term unemployment and local development*, septiembre-2001. http://europa.eu.int/comm./employment_social/publications/2001_es.html, págs. 10-11.

⁴⁰⁶ Para un estudio exhaustivo del Informe Kok, véase CABEZA PEREIRO, J.: “Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo”, VV.AA.: *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ponencias*, Laborum, Murcia, 2007, págs. 50 y ss.

http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/enlargement_process/past_enlargements/communication_strategy/report_kok_es.pdf (Aquí se encuentra el Texto completo del Informe)

Además, desde la OCDE se ha señalado la necesidad de que se ajusten obligatoriamente a la rápida evolución del entorno electrónico y aprovechar las nuevas oportunidades que éste les brinda.⁴⁰⁷

-Se opta por una territorialización del Servicio de Empleo. Prácticamente, en la mayoría de los Estados Miembros se está produciendo la descentralización territorial principalmente para favorecer la transparencia del mercado de trabajo y facilitar el encuentro entre ofertas y demandas y llevar a cabo el desarrollo de una red integrada de servicios que responda más a las exigencias de los ciudadanos.

Tradicionalmente la política de empleo comunitaria se centró en acciones nacionales y sin embargo las actuaciones de índole local eran insignificantes y solían presentarse como pactos territoriales para el empleo en las que las autoridades nacionales de cada Estado Miembro seleccionaban ciudades o zonas para aplicar acciones piloto para aumentar la eficacia de los Fondos Estructurales a escala regional o local. Las referencias a la descentralización territorial han sido bastante escasas y han ido dirigidas a formular unas directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros, entre las que se encuentra la modernización de éstos, comprobándose, una vez más, que la política de empleo es asunto de los Estados Miembros. Así, en la Comunicación del Presidente de la Comisión titulada “Acción para el empleo en Europa: un Pacto de confianza”⁴⁰⁸ se dirige a los Estados Miembros invitándolos a hacer más activas las políticas nacionales de empleo, para la que da unas directrices, entre las que se encuentra llevar a cabo un adecuado funcionamiento de los Servicios de Empleo “reformando los sistemas administrativos nacionales de empleo, hacia una mayor eficacia mediante la simplificación de los múltiples mecanismos de ayuda a la contratación o a la creación de empresas y mediante el seguimiento personalizado de los solicitantes de empleo por parte de los servicios de colocación”. Por otra parte, la Comunicación de la Comisión de 13 de noviembre de 1998 sobre la modernización de los Servicios Públicos de Empleo para apoyar la Estrategia Europea de Empleo⁴⁰⁹ opta -entre otras actividades- por una

⁴⁰⁷ OCDE.: *Políticas del mercado de trabajo y Servicios Públicos de Empleo*, Conferencia de Praga, julio de 2000.

⁴⁰⁸ Comunicación del Presidente de la Comisión, de 5 de junio de 1996 (no publicada en el Diario Oficial).

⁴⁰⁹ [COM (98) 641 final]. No publicada en el Diario Oficial. También existen documentos de trabajo realizados por la Comisión con la participación de los Servicios Públicos de Empleo Europeos en los que se determina el papel de éstos en el mercado de trabajo así como sus contribuciones en la lucha contra el desempleo de larga duración y al desarrollo local. Tales documentos son los siguientes: COMISIÓN EUROPEA: *Joint Staments of the European Public Employment Services (PES) on their Role in the Labour Market; y working papers on the contributions of Public Employment Services (PES) to combating long-term unemployment and local*

descentralización de la gestión a favor de las autoridades públicas regionales y locales, “cada vez más comprometidas en la lucha contra el desempleo”. No obstante, se advierte que esto debe conciliarse con el mantenimiento de un sistema nacional unificado para los asuntos relacionados con la igualdad de trato o con la unificación del régimen del seguro de desempleo.⁴¹⁰

Uno de los motivos que han llevado a plantearse la descentralización de los Servicios de Empleo ha sido para hacer frente a la escasa intervención de éstos en la intermediación en el mercado de trabajo, pues actualmente su actuación ronda entre el “10% y el 30% del total de las contrataciones.⁴¹¹ Así, en las Directrices para las políticas de empleo se ha destacado la modernización y fortalecimiento de los Servicios de Empleo como medida activa y preventiva en favor de los desempleados y las personas inactivas.⁴¹² En cuanto a la descentralización territorial de éstos, se señala el hacer frente a las disparidades regionales en materia de empleo mediante el apoyo de creación de éste a nivel local.⁴¹³ Esto significa que indirectamente se está haciendo referencia a la descentralización territorial de los Servicios de Empleo, pues si se tiene que potenciar el nivel local, la mejor forma de realizarlo es mediante una adecuada descentralización territorial. También se comprueba esta necesidad

development, septiembre 2001,
http://europa.eu.int/comm./employment_social/publications/2001_es.html

⁴¹⁰ En el documento realizado por la Comisión (*Working papers on the contributions of Public Employment Services (PES) to combating long-term unemployment and local development*, op.cit., págs. 33-44) se indica que una de las características más importantes que deben tener los Servicios Públicos de Empleo para el apoyo a la lucha contra el desempleo de larga duración es la contribución al desarrollo local.

⁴¹¹ Por este motivo se está llevando a cabo una descentralización territorial y abriendo paso a la regulación legal de las Agencias Privadas. Esta descentralización territorial se está llevando a cabo en Alemania, Austria, Irlanda, Bélgica y Francia, y ya se ha aplicado en gran parte de los Estados Miembros.

⁴¹² Directrices para las políticas de empleo (2003-2005). Decisión nº 578/2003/CE del Consejo, En el mismo sentido se vuelve a reiterar en las Directrices (Directriz 19) para las políticas de empleo (2005-2008). Comunicación del Presidente de la Comisión, de 12 de abril de 2005, que incluye una propuesta de decisión del Consejo relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros en virtud del artículo 128 del Tratado CE) -Parte 2 [COM (2005) 141 final –no publicada en el Diario Oficial].

⁴¹³ La experiencia ha indicado que la que da mayores resultados es la descentralización local. Véase REYNERI, E.: *Sociología del mercado del trabajo*, Il Mulino, Bologna, 2002, pág. 425. Además, en las Directrices para las políticas de empleo para el año 2001 se pedía a los Estados Miembros que se movilizaran los agentes regionales y locales, incluidos los interlocutores sociales reforzando a todos los niveles el papel de los Servicios Públicos de Empleo en la detección de las oportunidades de empleo locales y en la mejora del funcionamiento de los mercados de trabajo locales.

de descentralización en la Recomendación del Consejo de 22 de julio de 2003 sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados Miembros recomendando una serie de medidas, entre las que destaca terminar en algunos Estados la reforma de los Servicios Públicos de Empleo, entendiéndose una reforma para modernizarlos, entre los que se encontraba como una medida prioritaria su descentralización regional.⁴¹⁴

En los últimos tiempos se está produciendo un gran cambio y ello porque en vez de darle protagonismo a las autoridades nacionales, se están potenciando las actuaciones locales, entre otras razones porque se ha podido detectar la poca eficiencia de la actuación e incluso los propios Estados admiten que es necesario que se lleve a cabo un reforzamiento en el desarrollo del empleo a nivel local, como queda plasmado en los Planes Nacionales de Empleo.⁴¹⁵ Se ha reforzado esta nueva tendencia en la Estrategia Europea del Empleo⁴¹⁶ y la Comisión propone vías para ayudar a los agentes locales a desempeñar una política de empleo local, siempre en colaboración con las autoridades nacionales y las instituciones comunitarias. Y recientemente la citada Comunicación sobre los servicios sociales de interés general en la Unión Europea establece como uno de los aspectos generales de la modernización de estos servicios la descentralización de su organización hacia el nivel local o regional.

Ahora bien, la tendencia de la Unión Europea de favorecer la política de empleo a nivel local hay que ponerla en conexión con el reparto de competencias de cada Estado Miembro en esta materia.⁴¹⁷ Así, en España -como se analizará más adelante- tendrá que adaptar las recomendaciones y normativa comunitaria a su propia distribución competencial. El propio Tribunal Constitucional señala que “el cumplimiento de obligaciones derivadas de

⁴¹⁴ Concretamente esta Recomendación se le hace a Grecia, Italia y a España para “completar la modernización de los servicios públicos de empleo para aumentar su eficiencia y su capacidad de mediación en el mercado de trabajo”.

⁴¹⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo. Proyecto de Informe conjunto sobre el empleo 2002, [COM (2002) 621 final], pág. 46.

⁴¹⁶ Ello se ha concretado en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: “Actuación local en favor del empleo. Una dimensión local para la estrategia europea del empleo” [COM (2000) 196 final] no publicada en Diario Oficial.

⁴¹⁷ En los Países Escandinavos y en los Países Bajos se han fortalecido las acciones de empleo locales, descentralizando los servicios y adaptándolos a las necesidades locales. De hecho, la participación presupuestaria de las entidades locales oscila entre el 3,8 del PIB de Portugal y el 33,3 % de Dinamarca. En los países escandinavos, así como en los Países Bajos, el presupuesto total administrado por las entidades locales es superior al gestionado por el gobierno central.

la normativa de la Comunidad Europea... no supone modificación alguna del reparto interno de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” (STCo 172/1992, de 29 de octubre, fund. jco.3), y que la ejecución o aplicación administrativa del derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas del derecho interno (STCo 146/1996, de 19 de septiembre, fund. jco.2), por lo que se produce una remisión a la distribución de competencias de cada Estado Miembro.⁴¹⁸

-Es preferible un servicio que gestione conjuntamente las políticas de empleo activas y pasivas. Otro de los aspectos que es necesario analizar es si el Servicio de Empleo de cada Estado Miembro debe asumir conjuntamente la gestión de las políticas activas de empleo - entre las que se encuentra la colocación de trabajadores- y la gestión de las políticas pasivas de empleo y concretamente la gestión de las prestaciones por desempleo. Aunque a nivel comunitario no hay una opción manifiesta en relación a este tema, parece que hoy en día la tendencia general es la defensa por encuadrar en un mismo Sistema las políticas activas y las pasivas,⁴¹⁹ incluso utilizando éstas como un instrumento “secundario y accesorio” de las políticas activas. Se puede comprobar también la necesidad de coordinación de estas políticas a través de instrumentos sin eficacia jurídica vinculante que tratan la protección social: concretamente, la Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a los sistemas de protección social en la lucha contra el desempleo⁴²⁰ invita a los Estados Miembros a que organicen tales sistemas “con el objeto de que puedan contribuir activamente a la reinserción económica y social de los reempleados y a promover políticas actuando de modo interactivo, ofrezcan incentivos claros para buscar un empleo”; la Comunicación de la Comisión de 12 de marzo de 1997, relativa a la modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea⁴²¹ establece entre otros criterios la necesidad de que las reformas en el marco de las estrategias para el empleo incidan en el desarrollo de las políticas activas, en lugar de las medidas pasivas; o la Comunicación de 14 de julio de 1999 sobre una estrategia concertada para modernizar la protección social,⁴²² establece en relación

⁴¹⁸ MORENO DE MOLINA, A.M.: “La Administración Pública de los Estados Miembros como Administración Comunitaria. Referencia a la situación española”, en VV.AA.: *Manual de Derecho Administrativo comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 174.

⁴¹⁹ OCDE.: *Los Servicios Públicos de Empleo*, op.cit., págs. 61 y 62.

⁴²⁰ DOCE C 386 de 20.12.1996

⁴²¹ Comunicación de la Comisión [COM (97) 102 final].

⁴²² Comunicación de la Comisión [COM (1999)], relativas al refuerzo de la cooperación para modernizar y mejorar la protección social [DOCE C 8 de 12.01.2000].

con los sistemas de protección social que deben crear -entre otras medidas- el favorecer las medidas activas y prever incentivos y cursos de integración en el mercado de trabajo.

Así, pues, la coordinación es esencial⁴²³ entre estas políticas, aunque en ocasiones ambas políticas no se gestionen por la misma institución,⁴²⁴ por lo que parece que desde la Unión Europea se opta por crear “sistemas integrados”,⁴²⁵ o lo que es lo mismo, un verdadero Servicio Integral de Empleo en el que esté en grado de combinar las funciones de colocación, de gestión de las prestaciones por desempleo y la de realizar programas de política activa de empleo. Sin embargo, se puede efectuar una crítica al término utilizado en esta materia en el PCE, pues utiliza el término “servicio de colocación” -que parece estar justificado debido a que la actividad principal de tal servicio es la Actividad de Colocación-⁴²⁶ en vez de utilizar un término más amplio, como es el de Servicio de Empleo. Ahora bien, del PCE no se deduce que se rechace la gestión conjunta en una misma institución de todas las políticas de empleo. Es decir, aunque desde la Unión Europea no se garantice una gestión conjunta por el Servicio de Empleo, la participación del servicio de colocación en la gestión del seguro de desempleo presenta algunas ventajas, destacando las siguientes: se mantiene informado de las demandas y de las ofertas de empleo; se permite orientar hacia programas de reciclaje a los colectivos más desfavorecidos; y el demandante de empleo que quiere

⁴²³ MAZZA, J.: “Servicios de intermediación laboral: un análisis de los países de América Latina y el Caribe”, www.iadb.org/sds/doc/socintermediacion.pdf, pág. 25.

⁴²⁴ Así, Francia, Irlanda y Países Bajos han puesto en marcha mecanismos de coordinación entre dichas funciones, mientras que el Reino Unido ha integrado la gestión de las políticas activas y la administración de las prestaciones por desempleo, ALUJAS RUIZ, J.A.: *Políticas activas de mercado de trabajo en España. Situación en el contexto europeo*, CES, Madrid, 2003, pág. 120.

La última reforma en materia de empleo en Francia (*Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale*) mantiene la coordinación entre todas las instituciones que se encargan de gestionar las políticas de empleo, pero no se ha procedido a la gestión conjunta de estas políticas. Para un estudio de tal reforma, véase ROUSSEAU, Y.: “Du monopole public du placement a un nouveau service public de l’emploi”, *Droit Social*, núm. 456, (2005); VÉRICEL, M.: “la réorganisation du service public de l’emploi ou la difficile mise en oeuvre d’une réforme”, *Droit Social*, núm. 12, décembre, (2005).

Además, en Alemania se ha llevado a cabo una reforma (en el marco de las reformas Hartz, en el año 2003) en la que se ha producido una reforma de los servicios de empleo en el que actualmente se gestionan tanto las políticas de empleo como la prestación de desempleo y los servicios de asistencia social en la misma institución. Para un estudio de tal reforma, véase FAGNONI, S.: “Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato”, VV.AA. (Magnani, M.; Treu, T.): *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2005, pág. 176.

⁴²⁵ ALUJAS RUIZ, J.A.: *Políticas activas de mercado de trabajo en España...*, op.cit., pág. 120.

⁴²⁶ OCDE.: *Los Servicios Públicos de Empleo*, op.cit. pág. 61.

disfrutar de las prestaciones por desempleo se limita sólo a tratar con un solo organismo. Esta posición ha sido tomada por algunos países de la Unión Europea⁴²⁷ como Alemania, Suiza o Bélgica. Pero a pesar de que aquí se mantiene la preferencia por la gestión conjunta de las políticas activas y pasivas en una misma institución, no hay que olvidar sus inconvenientes, ya que la gestión de las prestaciones puede interferir con la Actividad de Colocación y puede crear una mala imagen del Servicio de Empleo de cara a los empresarios que tienden a pensar que los desempleados no son los mejores candidatos para su elección a la hora de contratar. La gestión de la Colocación y de la prestación por desempleo por diferentes instituciones se ha seguido en algunos países, como Suecia, en el que el seguro de desempleo se ha gestionado por las Organizaciones Sindicales; en Francia en el que el seguro de desempleo se encargó a un servicio especial de la Administración, o en los Países Bajos, en el que la gestión del seguro de desempleo se lleva a cabo por un organismo independiente al Servicio de Empleo, o en Reino Unido que ha separado ambas funciones. Sin embargo, aunque los países cuentan con opiniones muy opuestas en este sentido, parece existir una “generalizada tendencia a no defender tal separación, insistiendo en la necesidad de ser muy prudente”.⁴²⁸

-Podrán acceder al Servicio de Empleo ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países en situación regular. El Art. II-29 del PCE garantiza el derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación a “toda persona”, por lo que habrá que interpretar quiénes son los titulares de este derecho. Es necesario relacionarlo con el Art. II-15.2 al indicar que “todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo” ya que al leer de forma aislada el Art. II-29 se podría pensar que se reconoce tal derecho a los ciudadanos comunitarios y a todos los ciudadanos extracomunitarios. Por ello, hay que leerlo conjuntamente con el Art. II-15.2. De este modo, el hecho de que se reconozca a toda persona el derecho a acceder al servicio de colocación no quiere decir que también se extienda a todos los ciudadanos extracomunitarios, sino sólo a los que cumplan los requisitos administrativos impuestos por cada Estado Miembro para estar legalmente en él. Se vuelve a comprobar con este derecho, una vez más, la situación de exclusión social en la que se encuentran los nacionales de terceros países en situación irregular, al no poder gozar de los derechos fundamentales de la Unión y concretamente el que se está aquí analizando.

-El Servicio de Colocación va dirigido principalmente a los colectivos difíciles de inserción. Una vez que se ha delimitado que los titulares son los ciudadanos de la Unión

⁴²⁷ Véase OCDE.: *Los Servicios Públicos de Empleo*, op.cit., págs. 19-20.

⁴²⁸ Véase OCDE.: *Los Servicios Públicos de Empleo*, op.cit., pág. 62.

Europea, los ciudadanos pertenecientes al Espacio Económico Europeo (EEE) -Noruega, Islandia y Lichstenstein- así como a los ciudadanos de la Confederación Suiza,⁴²⁹ y también a los extracomunitarios en situación regular, habría que determinar si está destinado para todos estos colectivos o sin embargo desde la Unión Europea se pretende que al menos los Estados Miembros tengan un Servicio de Empleo que garantice la inserción de colectivos con más dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo. La tendencia se manifiesta de forma clara en las declaraciones comunes de los Servicios Públicos de Empleo respecto a su papel en el mercado de trabajo realizadas por la Comisión Europea, en la que se va a tener en cuenta sobre todo la lucha contra el desempleo de larga duración.⁴³⁰ Hay que tener en cuenta además las diferentes Decisiones del Consejo relativas a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros, y se pueden deducir las siguientes conclusiones:⁴³¹

-Los Estados Miembros tienen que llevar a cabo una serie de medidas preventivas y de inserción, combinándose con medidas para reducir el número de desempleados de larga duración para fomentar la reinserción de este colectivo en el mercado de trabajo, y para ello tienen que seguir modernizando los Servicios Públicos de Empleo supervisando los progresos realizados, fijando plazos concretos y también facilitando la adecuada reconversión del personal.

-Una de las medidas activas y preventivas en favor de de los desempleados y de las personas inactivas consiste en modernizar y fortalecer las instituciones del mercado de trabajo y en especial los Servicios de Empleo. Y ello porque la situación de exclusión social es una “realidad multidimensional” que implica medidas tendentes a la reinserción social y

⁴²⁹ Desde el 1 de junio de 2002, del Acuerdo, de 21 de junio de 1999, entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas, por el que a los ciudadanos suizos y a los miembros de su familia les es de aplicación el mismo tratamiento que a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus familiares.

⁴³⁰ COMISIÓN EUROPEA.: *Joint Statements of the European Public Employment Services (PES) on their Role in the Labour Market*, op.cit., págs. 21 y *Working papers on the contributions of Public Employment Services (PES) to combating long-term unemployment and local development*, op.cit., págs. 5-32, en el que señala que los principales agentes de esta política son los Servicios Públicos de Empleo.

⁴³¹ Decisión del Consejo de 19 de enero de 2001 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros para el año 2001 [DOCE, 24.1.2001].2003/578/CE: Decisión del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de Empleo de los Estados Miembros [Diario Oficial n° L 197 de 05/08/2003]. Estas Directrices se mantienen también para 2007. Véase Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros, Bruselas, 12.12.2006, COM (2006) 815 final.

profesional tanto para facilitar el acceso a la formación y al empleo, a la vivienda, servicios colectivos o a la sanidad.⁴³²

Prueba de que los Servicios de Empleo están dirigidos a los colectivos con más dificultades para acceder al mercado de trabajo es la intención constante de la Unión Europea de que los Servicios de Empleo se encarguen de gestionar los flujos de inmigración, y mostrar la necesidad de una cooperación estrecha entre los servicios sociales y de empleo a fin de evitar la aparición de sistemas duales que dependan de las características del solicitante de empleo para promover vías para la integración.⁴³³ Todo apunta a que los esfuerzos se centrarán en los demandantes de empleo con más dificultades, pudiéndose citar ejemplos de Estados Miembros que van encaminados en esta dirección.⁴³⁴ Como última referencia para ratificar la idea aquí expuesta, se puede volver de nuevo al texto del PCE. El derecho de acceder a un servicio público de colocación está dentro del bloque dedicado a la “Solidaridad” y en este bloque se recogen también derechos de innegable conexión con la tesis que aquí se ha manifestado. Se incluyen en éste el “derecho de inserción” o bien el “derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de las medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida activa de la comunidad”, lo que significa que los servicios de colocación se han incluido aquí con la intención de que al menos sean un buen instrumento para hacer posible la colocación de estos colectivos de difícil inserción en el mercado de trabajo.

-Un servicio público de Empleo de un Estado Miembro no puede establecer medidas de colocación que puedan repercutir en la libre circulación de trabajadores.

Como se verá en el siguiente apartado, el TJCE cuenta actualmente con una jurisprudencia en materia de Colocación que se pronuncia principalmente en relación a la legalidad del monopolio público del Servicio Público de Empleo, y en relación también a la aplicación de la libre prestación de servicios de las Agencias de Empleo Privadas.

Y, recientemente, existe un nuevo pronunciamiento jurisprudencial en materia de colocación que viene a resolver otras cuestiones en relación con el principio de libre circulación de

⁴³² MARINO, M.: “Le politiche comunitarie e le misure contro l’esclusione sociale: tra coordinamento e multidimensionalità”, *Affari sociali internazionali*, núm.4, (1999), pág. 161.

⁴³³ “El futuro de la Estrategia Europea de Empleo (EEE): “Una estrategia para el empleo y mejores puestos de trabajo para todos”, en Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”, [COM (2003) 6 final].

⁴³⁴ Se pueden citar Bélgica, Dinamarca, Francia, Países Bajos y Reino Unido. Véase ALUJAS RUIZ, J.A.: *Políticas activas de mercado de trabajo en España*, op.cit., pág. 120.

trabajadores. El asunto principal a plantear es si un Estado Miembro puede establecer medidas de políticas de empleo encaminadas a la contratación de trabajadores limitándolas sólo y exclusivamente a la colocación de los trabajadores en su Estado Miembro.

Para comprender esta cuestión general, es necesario partir concretamente de la reciente Sentencia que resuelve este asunto: STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC, Asunto C-208/05*. El Código de la Seguridad Social alemán (en adelante SGB III), ha introducido (Art. 421 g del libro III) una medida de política de empleo encaminada a mejorar la colocación de los trabajadores y reducir el desempleo. Consiste en otorgar un “bono de intermediación” (válido por un período de tres meses) al demandante de empleo que no haya encontrado trabajo al término del período cubierto por las prestaciones de desempleo de tres meses. El Servicio de Empleo Alemán se compromete a abonar a la Agencia privada de Colocación la comisión establecida por haber colocado al trabajador. Ahora bien, el puesto de trabajo tiene que estar sujeto a las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social en Alemania, la jornada de trabajo semanal tiene que ser de al menos quince horas.

El problema se plantea -y aquí es donde entra en juego el Derecho comunitario- cuando el demandante de empleo -a través de la Agencia privada de Colocación- se coloca en vez de en Alemania, en otro Estado Miembro. En este momento, la Agencia de Colocación reclama al Servicio Público de Empleo que se haga cargo de la comisión que ésta cobra, en virtud del Art. 421 g) establecido en el Código de la Seguridad Social alemán.

Las cuestiones conflictivas son las siguientes: por una parte, la Agencia Privada de Colocación entiende que tal decisión del Servicio de empleo alemán es incompatible con el derecho a la libre circulación de trabajadores; pues la agencia se ha visto desfavorecida al no poder cobrar tal comisión al haber conseguido trabajo al demandante de empleo en otro Estado Miembro; sin embargo, el Servicio de Empleo alemán entiende que están justificadas las restricciones a la libre circulación de trabajadores, basándose en los siguientes argumentos:

-El sistema alemán de bonos de intermediación queda justificado para mejorar la colocación de los trabajadores y disminuir el desempleo en Alemania, y que sufriría pérdidas de cotizaciones si se colocara a los demandantes de empleo en otros Estados Miembros.

-Con la utilización del sistema de bonos sólo para la colocación de trabajadores en territorio alemán se pretende proteger el sistema de Seguridad Social alemán, y de otra forma se estaría produciendo un riesgo de grave perjuicio al equilibrio financiero de un sistema de Seguridad Social alemán.

-Se intenta además prevenir la pérdida de mano de obra cualificada que pueda desplazarse a otro Estado Miembro.

Como no podía ser de otra forma, el TJCE argumenta que el sistema alemán de bonos de intermediación es incompatible con el derecho a la libre circulación de trabajadores, porque sólo cumple con la obligación de abonar la remuneración debida a una Agencia privada de Colocación si el empleo procurado por dicha Agencia está sujeto a las cotizaciones obligatorias a la seguridad social en dicho Estado, y que las argumentaciones esgrimidas por el Servicio Público de Empleo alemán no justifican la denegación de los bonos de intermediación a los demandantes de empleo colocados en otros Estados Miembros.

En definitiva, cualquier Servicio de Empleo de un Estado Miembro puede establecer medidas para favorecer la colocación de trabajadores siempre que no vayan en contra del principio comunitario de libre circulación de trabajadores.

.....

Sin embargo, para tener una visión de conjunto del modelo de Colocación en la Unión Europea, es del todo necesario enlazar el modelo de Servicio Público de Empleo con la posición que mantiene la Unión Europea sobre las Agencias de Empleo Privadas. Los Servicios Públicos de Empleo se han encuadrado dentro de los Servicios sociales de interés general; y ello puede chocar con la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) en la que los Estados Miembros no pueden generar un monopolio público de colocación si ello causa un abuso de posición dominante (Art. 82 TCE, antiguo Art. 86), es decir, considera al Servicio Público de Empleo como una empresa que gestiona un interés económico general, posición que no siempre se ha mantenido para otras instituciones que se incluyen dentro del ámbito de las relaciones laborales.⁴³⁵ El TJCE entiende que junto con los Servicios Públicos de Empleo pueden

⁴³⁵ Al igual que ha considerado que el Servicio de Empleo es una empresa que realiza una actividad económica, también ha considerado que son empresas los fondos de pensiones encargados de la gestión de un régimen de pensiones complementarias así como las entidades con fines no lucrativos que gestionan un régimen de seguro de vejez destinado a completar el régimen básico obligatorio. [GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “Derecho comunitario y actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos)”]; *Noticias de la Unión Europea*, núm. 183, abril de 2000, pág. 28]. Sin embargo, no considera empresas a las entidades encargadas de la gestión de determinados regímenes obligatorios de Seguridad Social basados en el principio de solidaridad. La Comunicación de la Comisión del año 2000 sobre “Los servicios de interés general en Europa” señala, a título de ejemplo, aquellos servicios que el TJCE ha considerado que son actividades no económicas y en las que no entra en juego el artículo 86 TCE y sus condiciones. Señala que las organizaciones encargadas de gestionar regímenes de Seguridad Social impuestos por el Estado, tales como el seguro obligatorio de enfermedad, que se basan en el principio de solidaridad, sin ánimo de lucro y cuyas prestaciones no son proporcionales

concurrir otros servicios privados, es decir, acepta la intervención de Agencias de Empleo Privadas, cuestión que se analizará a continuación, y se llegará a la conclusión de cuál es la relación existente entre el binomio público-privado en la Actividad de Colocación desde un enfoque comunitario.

2.2. El modelo de Agencias de Empleo Privadas en la Unión Europea

2.2.1. La agresiva aceptación de las Agencias de Empleo Privadas por la doctrina del TJCE.

En el PCE no se hace ninguna referencia a la posibilidad de convivir con el “Servicio gratuito de colocación” otras Agencias de Empleo Privadas, al contrario de lo que ocurre en la OIT, que además son éstas las que están más reguladas. Ante la ausencia de una normativa en el ámbito comunitario, hay que determinar mediante un análisis de las sentencias sobre la materia dictadas por el TJCE, si se defiende la convivencia del Servicio de Empleo con otros Agentes privados. Se ha utilizado la técnica del reenvío prejudicial por diversos Estados Miembros (Alemania, Italia) para que el TJCE se pronuncie sobre la actuación de determinadas Agencias de Empleo Privadas. Los fallos de estas Sentencias van a permitir establecer conclusiones sobre el modelo de Agencias de Empleo Privadas en la Unión Europea, a pesar de que los órganos judiciales en España no han utilizado la vía prejudicial en esta materia.⁴³⁶

al importe de las cotizaciones obligatorias, cumplen una función exclusivamente social y no ejercen una actividad económica (Asunto C-159/91 y C-160/91 *Poucet-Pistre*). También la jurisprudencia del TJCE considera servicio no económico un organismo que controla y supervisa el espacio aéreo y cobra un importe por usar su sistema de navegación aérea (Asunto C-364/92 *SAT/EUROCONTROL*), o un organismo de derecho privado que lleva a cabo la vigilancia de la contaminación de un puerto de mar, pues ejercen poderes que corresponden típicamente a una autoridad pública y que no tienen carácter económico (Asunto C-343/95 *Diego Cali*). También la educación nacional, pues el Estado al establecer y mantener tal sistema no pretende dedicarse a una actividad lucrativa sino que cumple su deber para con su propia población en los campos sociales, culturales y educativos (Asunto 263/83 *Humbel*), o el sistema nacional de sanidad español por basarse en la solidaridad (STPICE de 4 de marzo de 2003-asunto Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental. [FENIN], c. Comisión; T-319/99): SNS no empresa por solidaridad). También cita la Comunicación de la Comisión que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia señala que muchas actividades llevadas a cabo por organizaciones que desempeñan en gran medida funciones sociales, que no pretenden obtener beneficios y que en teoría no se dedican a actividades industriales o comerciales, estarán por lo general excluidas del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de competencia y mercado interior (Asunto C-109/92 *Wirthl*).

Para establecer conclusiones sobre el modelo de Agencias de Empleo Privadas en la Unión Europea, es necesario analizar cada una de las sentencias por separado:

a) Análisis jurisprudencial individualizado

a.1. Sentencia *Hofner-Elser/Macroton* (Asunto C-41/90)

Aunque no es la primera Sentencia en materia de Colocación,⁴³⁷ es sin embargo la primera en la que se plantea la apertura hacia otros Agentes privados y la que va a sentar las bases de una doctrina judicial en este campo. El litigio surge en Alemania, concretamente en el año 1987, por lo que hay que tener en cuenta la normativa vigente en este país en aquel momento. En este caso en concreto, sólo está afectado un Estado Miembro. El Servicio de Empleo (*Bundesanstalt für Arbeit*, en adelante BA) estaba regulado en Alemania por la *Arbeitsförderungsgesetz* (Ley de Fomento del Empleo, en lo sucesivo AFG) y disfrutaba del monopolio de colocación, entendida esta actividad como la que se dirige a poner en contacto a los demandantes de empleo con los empresarios para establecer relaciones laborales. Sin embargo, otras instituciones o personas podían realizar tales actividades (las de colocación y las de selección) si previamente obtenían una autorización del Servicio de Empleo alemán. Por otra parte, indicaba tal ley que en casos excepcionales y después de consultar a las asociaciones de trabajadores y empresarios interesadas, el BA podía encargar a otras instituciones o personas la colocación con respecto a determinadas profesiones, actividades que permanecían bajo el control del Servicio de Empleo alemán. Éste decidió abrir una oficina para directivos, encargada de la colocación de personas altamente cualificadas para puestos directivos en las grandes empresas. En este contexto normativo, dos asesores de selección de personal llamados *Höfner* y *Elser*, ciudadanos alemanes residentes en Alemania, celebraron un contrato con la sociedad *Macroton*, con domicilio

⁴³⁶ Se viene detectando -en general en el derecho social- una falta de diálogo entre los órganos judiciales integrados en el orden jurisdiccional social y la jurisdicción comunitaria a través de la técnica del reenvío prejudicial. Para un análisis de esta cuestión, véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los tribunales laborales en España y el Derecho Social comunitario: un diálogo emergente”, *AL*, (1993-III), págs. 803 y ss.

⁴³⁷ La primera Sentencia del TJCE en materia de colocación fue la Sentencia *Van Wesemael*, de 18 de enero de 1979, Asuntos Acumulados C-110/78 y C-111/78, que se tratará detenidamente al analizar la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

Por otra parte, hay que destacar que la última Sentencia en materia de colocación tampoco plantea la apertura hacia otros agentes privados, sino que está en relación con el principio de libre circulación de trabajadores; y se ha visto más conveniente incluirla en la parte correspondiente a las características del Servicio Público de Empleo. La Sentencia es la siguiente: STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, Asunto C-208/05.

social en Munich, para la búsqueda y selección de candidatos a un puesto de director del servicio de ventas de *Macroton*. Una vez que estos asesores seleccionaron un candidato alemán (Sr.R.Dechert) para tal sociedad, ésta decidió no contratarlo, negándose a pagar los honorarios a los asesores de selección de personal, por lo que demandaron a *Macroton* ante el *Landgericht Manchen I*, solicitando que *Macroton* les pagara los honorarios convenidos. Este Tribunal desestimó la demanda, apelando los demandantes contra esta sentencia. En opinión de la Sala, debía desestimarse la demanda al señalar que el contrato celebrado entre las partes era un contrato de arrendamiento de servicios y que era nulo en virtud del Art. 134 del Código Civil alemán, al indicar que la obligación de pagar honorarios desaparece si éstos han sido convenidos para remunerar una colocación no autorizada según señalaba la AFG. Sin embargo, aunque el Tribunal desestimó la demanda en relación al derecho nacional, no lo hizo en relación al Derecho comunitario y suspendió el procedimiento sometiendo al TJCE con arreglo al Art. 177 del Tratado CEE cuestiones prejudiciales, que se van a resumir aquí las conclusiones a las que llegó la Sentencia, y concretamente las que fueron de interés en materia de Colocación.⁴³⁸

*No se encuadra este litigio en el Art. 59 del Tratado (actual Art. 49 TCE) -como se hace en el asunto *Wesemael*, como después se analizará- pues ésta es una situación interna de un Estado Miembro, es decir, no afecta a ningún otro ya que se desarrolla el litigio en el interior de Alemania. El párrafo primero del Art. 59 exige la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios “para los nacionales de los Estados Miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación”, por tanto no se puede invocar el Art. 59 para la colocación de alemanes en empresas alemanas, pues las disposiciones del Tratado sobre la Libertad de establecimiento y la Libre prestación de servicios no pueden aplicarse a situaciones meramente internas de un Estado Miembro.

* El análisis se centra principalmente en determinar si el Servicio de Empleo es un servicio que desarrolla una tarea exclusivamente estatal, en interés general -sin perseguir ningún fin económico- o si por el contrario es una empresa que ejerce una actividad económica y que al actuar en solitario abusa de su posición dominante en el mercado. La Comisión examina el monopolio legal del Servicio de Empleo desde los Arts. 86 y 90 del Tratado (actualmente, tras la reforma de Amsterdam, Arts. 82 y 86)⁴³⁹ pues las disposiciones

⁴³⁸ Para un análisis de esta sentencia, véase CAPELLI, F.: “Il monopolio nazionale dei servizi di collocamento alla luce del diritto comunitario della concorrenza”, *Revista italiana di Diritto del Lavoro*, enero-marzo, núm. 1, (1995), pág. 22 y ss; ICHINO, P.: “Lavoro interinale e servizi per l’impiego”, *Quaderni della rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 6, Giuffré, Milano (1995); MARTÍNEZ MORENO, C.: *La relación de trabajo especial de alta dirección*, op.cit., págs. 256-257.

⁴³⁹ En este análisis se va a hacer referencia a los artículos 86 y 90, pues las Sentencias que se están analizando utilizaron la numeración antigua, y aquí se ha optado por el mismo criterio para facilitar las citas directas de los textos de las Sentencias.

legislativas relativas a este monopolio y la práctica de este Servicio de Empleo producen en conjunto el efecto de limitar la producción en el sentido de la letra b) del apartado 2 del Art. 86. Se entiende que el BA ocupa una posición dominante en el mercado de selección de personal, pues goza de un monopolio legal siendo durante muchos años incapaz de satisfacer la demanda de servicios relacionados con la selección de ejecutivos. La existencia de posición dominante no es incompatible por sí misma con el Art. 86 del Tratado, sino que la incompatibilidad se da cuando la concesión de la colocación al Servicio de Empleo induce a explotar de manera abusiva la posición dominante. Es decir, en este caso el Estado ha infringido el Tratado al atribuir el monopolio a una organización económica estatal, que en este caso es el Servicio Público de Empleo. Se ha considerado contrario al Tratado reservar a un organismo público de colocación la selección de directivos de empresas en exclusiva, “obligando a los consumidores a aceptar un servicio de mala calidad”⁴⁴⁰ al no estar el BA en condiciones de prestar un servicio para los directivos como el que venían utilizando las empresas privadas. El “abuso de posición dominante” ya fue confirmado por el TJCE, en el Asunto 238/87, *Volvo/Veng*, pues en ella este Tribunal mantuvo que el ejercicio del derecho exclusivo por el titular de un monopolio relativo a piezas (para carrocería) de automóviles puede estar prohibido por el Art. 86 si abusa de su posición dominante al dejar de producir piezas de recambio para un determinado modelo cuando aún circulaban muchos vehículos de este tipo. Y por tanto, se ha comparado el monopolio del Servicio de Empleo con este caso, por lo que el empresario o ejecutivo que desea utilizar los servicios de una Agencia de Selección de Personal se verá probablemente en la misma situación que el propietario de un

El artículo 82 (antiguo artículo 86) señala así: “Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos

El artículo 86.2 (antiguo artículo 90) señala que 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a aquellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

⁴⁴⁰ PAZ-ARES, C.; ALFARO AGUILA-REAL, J.A.: “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, M.N.; Molina Navarrete, C.): *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 390.

Volvo que no puede conseguir una nueva pieza de carrocería para su automóvil porque el titular del modelo de dicha pieza ni la fabrica ni permite que otro lo haga. En definitiva, “el mantenimiento de un monopolio de colocación de ejecutivos y de directivos de empresas constituye una infracción de las disposiciones del apartado 1 del Art. 90 en relación con el Art. 86 del Tratado, cuando el beneficiario del monopolio no está dispuesto o no es capaz de realizar íntegramente esta actividad, conforme a la demanda del mercado y cuando este comportamiento puede afectar al comercio entre Estados Miembros”.⁴⁴¹ Así, la Colocación de los trabajadores se considera una actividad económica en el que se le aplica el Derecho de la Competencia, y se califica al Servicio Público de Empleo como una empresa en sentido comunitario, es decir, el concepto de empresa comprende “cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”. El concepto de empresa, en el sentido del Derecho de la Competencia “se interpreta de manera muy amplia”⁴⁴² y es un noción “extremadamente discutible, vaga y genérica”⁴⁴³ en la que se encuadra la Actividad de Colocación pero también otras actividades muy diferentes a ésta entre las que destacan la energía eléctrica, las telecomunicaciones, el sector químico, el del automóvil o servicios financieros como pueden ser la banca o los seguros.

Se ha optado por atribuirle a la Actividad de Colocación naturaleza económica y así, cuando no se está en condiciones de satisfacer la demanda del mercado no se puede impedir el cumplimiento de la misión específica de una empresa privada asesora en materia de selección de personal, y concretamente dedicada a la colocación de ejecutivos y directivos de empresa. En este sentido, se está indicando que la selección de personal está dentro del concepto de colocación, y que aunque en este caso se ha planteado el tema en relación a un determinado colectivo, esto es, a los directivos y ejecutivos, parece todo indicar que se podría también aplicar para otros colectivos, y que en el momento en el que la oficina pública no esté manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda de cualquier tipo de colectivo, se produciría un abuso de posición dominante y por tanto contrario a la normativa comunitaria sobre el Derecho de la Competencia. Se puede constatar del análisis

⁴⁴¹ Véase el comentario a esta Sentencia de LASSANDARI, A.: “Attività di collocamento e intermediazione di manodopera: la pronuncia della Corte di Giustizia”, *Il lavoro nella giurisprudenza*, núm. 3, (1996), págs. 210-211.

⁴⁴² FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C.: *Derecho de la competencia*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pág. 56. Se hace también una crítica del concepto tan amplio de empresa en ROSSEAU, Y.: “Le service public de l’emploi et la jurisprudence de la CJCE”, *Droit Social*, núm. 11, noviembre (2002), págs. 974-991.

⁴⁴³ ROCCELLA, M.: “Tutela del trabajo y razones del mercado en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *RDS*, número 12, (2000), págs. 116-117.

de esta Sentencia que se opta desde la Unión Europea por una apertura hacia otras Agencias de Empleo Privadas.

a.2. Sentencia *Job Centre* (Asunto C-55/96)

Un nuevo litigio,⁴⁴⁴ y similar al anterior, surge en Italia, por lo que de nuevo hay que tener también en cuenta en este caso la normativa que estaba vigente sobre la Colocación de trabajadores. El apartado 1 del Art. 11 de la Ley italiana n°. 264, de 29 de abril de 1949, prohibía la colocación de trabajadores y cualquier otra actividad de mediación entre la oferta y la demanda de trabajo asalariado a todos los agentes económicos salvo las Agencias de Colocación públicas, incluso si dicha actividad se ejercía con carácter gratuito. Sólo determinadas profesiones como los gremios de espectáculos, la hostelería, panadería o navegación se sometían a un régimen especial, con diferentes oficinas especiales de colocación de trabajadores. Pero en general, los empresarios sólo podían contratar trabajadores a través de las Agencias de Colocación públicas. En cuanto a los efectos del incumplimiento de esta normativa y en el caso de que se contratataran a trabajadores sin intervención de una Agencia de Colocación, estaba castigada, de conformidad con la Ley de 1949, con sanciones penales y administrativas, y los Tribunales (a instancia del Ministerio Fiscal) podían declarar la nulidad de los contratos de trabajo celebrados en contra de estas normas dentro del plazo de un año contando a partir del momento de la contratación.

Los hechos fueron los siguientes: *Job Centre* era una sociedad cooperativa en construcción con domicilio social en Milán y con un capital social de 1.300.000 de Liras y el objeto social de la cooperativa consistía entre otras actividades en la colocación de trabajadores. Se decía concretamente que tenía como objetivo dar información sobre la demanda y oferta de trabajo en el mercado de trabajo italiano y comunitario, con el fin de poner en contacto entre sí a empresarios y a trabajadores, y en el establecimiento de un servicio de localización y selección de personal italiano o extranjero destinado a aquellos empresarios italianos o extranjeros interesados en contratar dicha mano de obra. El Tribunal civil y penal de Milán denegó la tramitación de la solicitud de calificación de los estatutos,

⁴⁴⁴ Hay que tener en cuenta que con anterioridad a esta Sentencia, en la Sentencia *USSL* contra *INAIL*, Asunto C-132/95 se planteó si el contrato que había celebrado la *Unitá Socio-Sanitaria Locale n°.47 di Biella (USSL)* con la cooperativa "*La Famiglia*" para la prestación de servicios sociales y sanitarios iba en contra de la Ley de 1949 del ejercicio de la actividad de intermediación laboral y en la ley de 1960 de alquiler de mano de obra. Pero, sin embargo, el asunto principal versó exclusivamente sobre la infracción de la prohibición prevista en la Ley de 1960 de arrendar mano de obra, no refiriéndose el asunto principal a la cuestión de si la cooperativa había desarrollado actividades de intermediación laboral por cuenta de la *USSL*.

aduciendo que el objeto social de *Job Centre* era contrario a la legislación italiana.⁴⁴⁵ En este caso lo que se plantea es la incapacidad de las Oficinas de Colocación públicas para satisfacer la demanda de trabajo y por tanto si se ajusta o no a la normativa comunitaria la Ley n.º. 64, de 29 de abril de 1949 y si se ajusta o no a la normativa comunitaria la prohibición del arrendamiento de mano de obra temporal según la ley n.º 1369, de 23 de octubre de 1960. Aquí sólo se va a hacer un análisis de la compatibilidad o no de la Ley n.º.64 de 29 de abril de 1949, pues es la que trata directamente la Colocación de los trabajadores.

*No se encuadra este litigio en el Art. 59 del Tratado (actual Art. 49 TCE), pues aunque la cooperativa *Job Centre* cuenta entre sus miembros con una empresa alemana y una francesa, no entra en juego en este caso este precepto, pues *Job Centre* era una empresa italiana que pretendía establecerse únicamente en Italia.

*De nuevo, en términos idénticos a como se resuelve el asunto *Hofner-Elser/Macroton*, se considera que la Actividad de Colocación de trabajadores está sometida a las normas sobre la competencia del Tratado, ya que en un mercado de estas características, ningún monopolio podría satisfacer toda la demanda, de modo que se está ante una infracción de las disposiciones del Art. 90, en relación con el Art. 86 del Tratado, remitiéndose constantemente a la Sentencia mencionada. Se resuelve, por tanto, en términos idénticos a cómo se resolvió la Sentencia *Hofner-Elser/Macroton*.

En conclusión, la Sentencia *Job-Centre* se resuelve en términos idénticos a la Sentencia *Hofner-Elser/Macroton* aunque en ese asunto se planteaba la posibilidad de contar con Agencias de Selección de personal de directivos y eliminar el monopolio público de colocación; y en esta última Sentencia analizada se plantea la posibilidad de crear una cooperativa que realice funciones de colocación, aunque no se especifica expresamente el tipo de colectivos a la que va a ir dirigida tal Agencia de Colocación. Ya se puede ir adelantando una conclusión y es que la Unión Europea, a través del TJCE, viene aceptando la Actividad de Colocación privada, y no sólo para un colectivo específico -búsqueda de directivos- sino que parece extenderse a todo tipo de colectivos.

⁴⁴⁵ Al no estar permitidas en Italia todavía las Empresas de Trabajo Temporal, y al querer constituir una cooperativa con el fin -entre otros, en los que se encontraba la actividad de colocación- de crear una Empresa de Trabajo Temporal, se envió al Tribunal de Justicia para que se indicara si se podía crear teniendo en cuenta la normativa comunitaria. Había en ese momento un proyecto en vía parlamentaria de creación de las ETT, y el enviarlo al TJCE para que se pronunciara sobre el asunto fue para que Italia se apresurara para hacer efectiva regulación de las ETT. ICHINO, P.: “Lavoro interinale e servizi per l’impiego”, op.cit., pág. 200.

a.3. Sentencia *Giovanni Carra* y otros (Asunto C-258/98)

Este litigio vuelve a plantearse en Italia, que, aunque sigue en la línea interpretativa de las sentencias anteriores, hay un dato a añadir aquí, y es el cambio en la legislación interna italiana en el momento en el que se plantea el litigio. Ya se ha comentado que el mercado de trabajo italiano ha estado sujeto hasta el 8 de enero de 1998 al régimen de colocación obligatorio gestionado por las Oficinas públicas de Empleo, regulado por la ley n.º. 264, de 29 de abril de 1949, en la que en su Art. 11, apartado 1, prohibía el ejercicio de toda mediación entre la oferta y la demanda de trabajo remunerado, aunque tal actividad se desarrollase con carácter gratuito. Pero se puso en discusión el monopolio público en la materia debido al pronunciamiento del TJCE en el caso *Job Centre* en el año 1997, al señalar que los Servicios Públicos de Empleo no estaban en grado de satisfacer ni de hacer frente a la mediación en el mercado de trabajo, creando una nueva normativa al respecto, concretamente el Decreto Legislativo n.º. 469, de 23 de diciembre de 1997, en el que atribuye a las regiones y entidades locales funciones y competencias relativas al mercado laboral, entrando en vigor en enero de 1998. El Art. 10, en su apartado 2 preveía -pues hoy en día se ha producido un nuevo cambio en la regulación del mercado de trabajo- que la actividad de mediación entre ofertas y demandas de empleo podía ser ejercida previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por empresas, grupos de empresas o sociedades cooperativas cuyo capital desembolsado no fuese inferior a 200 millones de Liras, así como por entidades no comerciales cuyo patrimonio no fuese inferior a dicha cantidad. En este caso no se produjo una plena sustitución del Servicio Público de Empleo por las Agencias Privadas, sino que junto a éste se podían autorizar otras Agencias controladas por el Gobierno.⁴⁴⁶ Pero parece que el problema de la apertura hacia otros intermediarios privados no había quedado resuelto tras la entrada en vigor de la nueva ley, y ello se manifiesta en el asunto planteado ante el TJCE, que ahora se va a analizar. Se llevó a cabo un proceso penal seguido por el *Pretore di Firenze* contra el Sr. Carra y las Sras. Colombo y Gianassi que se les imputaba “desarrollar conjuntamente, con ánimo de lucro, actividades de mediación entre ofertas y demandas de empleo”. En el transcurso del procedimiento, los procesados solicitaron su libre absolución alegando que las sanciones penales previstas por las

⁴⁴⁶ GUERA, E.: “Occupazione e flessibilità. Legge n. 196/1997 e provvedimenti attuativi (comento a cura di Edoardo Guera)”, Jovene Editore, Napoli, 1998, pág. 19; ZOPPOLI, L.: “Attività pubblica di collocamento e mediazione dei privati”, *Revista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, suplemento núm. 3, (1999), pg. 63; TULLINI, P.: “Il Governo regionale del mercato del lavoro e l'intervento dei privati”, VV.AA.: *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 22, (1999), pág. 81.

disposiciones citadas dejaron de ser aplicadas a raíz de la STJCE *Job Centre*, es decir, lo que alegaban era que claro que se había creado una nueva normativa en Italia, pero ésta no se había ajustado a la jurisprudencia del TJCE que daba la posibilidad de llevar a cabo una apertura completa hacia intermediarios privados. El *Pretore di Firenze* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones.

Así pues, se plantea en este caso si las disposiciones de los Arts. 86 y 90 del Tratado tienen efecto directo, en el sentido de que obligan a los Estados Miembros a no imponer prohibiciones absolutas de las actividades de mediación entre ofertas y demandas de empleo, y si se considera penalmente lícito todo supuesto de mediación privada en materia de colocación, con la subsiguiente inaplicación de las normas sancionadoras correspondientes previstas en el ordenamiento interno. Se indica en la jurisprudencia del TJCE -aún en el marco del Art. 90- que las disposiciones del Art. 86 del Tratado producen efecto directo y generan, para los justiciables, derechos que los órganos jurisdiccionales deben proteger, y que el Estado Miembro que prohíbe toda actividad de mediación y de interposición entre demandas y ofertas de trabajo cuando no la realizan dichas Oficinas infringe el Art. 90, apartado 1 del Tratado si se crea una situación en la que las Oficinas públicas de Empleo se ven necesariamente obligadas a infringir los términos del Art. 86 del Tratado. Se señala además en la Sentencia que según reiterada jurisprudencia, el Juez nacional encargado de aplicar en el marco de su competencia las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de velar para que dichas normas surtan pleno efecto, dejando de aplicar, si fuera preciso, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que solicitar o que esperar la previa supresión de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional". Esto significa que la nueva normativa italiana, aunque había procedido a la apertura de otros intermediarios privados, no soluciona el problema planteado, pues actuaban Agencias aún prohibidas.

a. 4. Sentencia *Monnier* (Asuntos acumulados C-9/01 a C-12/01)

Esta Sentencia aún está sin publicar en la Recopilación, y lo único que se puede conocer de su contenido es que se vuelve a confirmar la doctrina del TJCE en esta materia, y en este caso en concreto afirma que las Oficinas Públicas de Colocación no están manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado de trabajo para la Actividad de Colocación de los deportistas profesionales, y que por tanto no pueden existir disposiciones legales que prohíban tales actividades imponiendo sanciones penales y administrativas.

b) Críticas al modelo. Necesidad de una Directiva Marco sobre Agencias de Empleo Privadas

La conclusión común a todas las Sentencias analizadas en esta materia es la consideración de la Actividad de Colocación como una actividad económica, entendiéndose que el Servicio de Empleo ocupa una posición dominante cuando goza de un monopolio legal que es incapaz de satisfacer la demanda de ciertos colectivos como directivos (Sentencia *Hofner-Elser/Macroton*), deportistas profesionales (Sentencia *Monnier*) o en general para otro tipo de colectivos (Sentencia *Job Centre* y Sentencia *Carra*). Se ha pretendido trazar una línea jurisprudencial tendente a eliminar los privilegios administrativos⁴⁴⁷ por considerarlos injustificados, al mismo tiempo que considera desproporcionado el monopolio público de la Actividad de Colocación.⁴⁴⁸ Entiende que en un mercado de estas características, ningún monopolio podría satisfacer toda la demanda, de modo que se está ante una infracción de las disposiciones del Art. 90, en relación con el Art. 86 del Tratado. Es clara entonces la intención de la jurisprudencia del TJCE de suprimir los regímenes monopolísticos para superar los monopolios legales “aunque vengan de fines sociales”.⁴⁴⁹

Sin embargo, esta doctrina en materia de Colocación choca con otras sentencias del TJCE que consideran que un organismo encargado de la gestión de un régimen especial de la Seguridad Social no constituye una empresa en el sentido de los Arts. 85 y 86 del Tratado. Cumple, por el contrario, una misión social que ha de cumplirse basándose en el principio de solidaridad, misión que ha de ser necesariamente desarrollada por un organismo público o por cuenta suya.⁴⁵⁰ Se produce una contradicción de argumentaciones por parte del TJCE en

⁴⁴⁷ ROLDÁN MARTÍN, A.: “Los nuevos contornos del Servicio Público”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.12, (2000), pág. 21.

⁴⁴⁸ ROLDÁN MARTÍN, A.: “Los nuevos contornos del Servicio Público”, op.cit., pág. 21.

⁴⁴⁹ DI MASSIMO D'ANTONA, M.: “Sistema giuridico comunitario”, VV.AA. (Baylos Grau, A.; Caruso, B.; D'Antona, M.; Sciarra, S.): *Diccionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi Editore, Bologna, 1996, pág. 23.

⁴⁵⁰ Consúltese la STJCE *Poucet-Pistre*, Asuntos Acumulados C-159, y C-160/91 y un comentario crítico a esta sentencia, MAVRIDIS, P.: “Régimes complémentaires: droit de la concurrence ou droit social communautaire”, *Droit Social*, núm. 3, marzo (1998), págs. 239-251; y la STJCE *Cisal di Battistello Venancio & C.Sas*, Asunto C-218/00, en la que se pregunta al Tribunal de Justicia si una entidad a la que la Ley encomienda la gestión de un régimen de seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales,

relación al conjunto de los servicios sociales. El descartar la condición de empresa de las entidades gestoras de la Seguridad Social y sin embargo atribuirle la condición de empresa a los Servicios públicos de colocación no se debe a una justificación puramente jurídica sino a un interés de política legislativa “que busca impedir la entrada de la iniciativa privada en el campo de la Seguridad Social y autorizarlo, en cambio, en el ámbito de las Oficinas de Colocación”.⁴⁵¹

Así pues, de la jurisprudencia del TJCE en materia de Colocación se deduce también una clara intención: y es la agresiva aceptación de las Agencias de Empleo Privadas, produciéndose como consecuencia un “debilitamiento progresivo de la función garantista del Derecho Social del Trabajo”⁴⁵² y ello por las siguientes razones:

-Acepta cualquier Agencia de Selección de Personal tanto para directivos (Sentencia *Hofner/Elser*) como para deportistas profesionales (Sentencia *Monnier*) siempre y cuando se acredite que el Servicio Público de Empleo no está dispuesto o no es capaz de realizar íntegramente esta actividad. Si en estos casos se ha aceptado la actividad de selección de estos colectivos, se aceptaría cualquier Actividad de Colocación, y la intención es clara: la de ubicar la Actividad de Colocación en una simple actividad económica solamente guiada por la fuerza del mercado.

como el INAIL, constituye una empresa, a efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado. El Tribunal falla de forma idéntica al señalar que el INAIL cumple una función de carácter exclusivamente social.

⁴⁵¹ Véase MIRANDA BOTO, J.M.: “Los servicios públicos de colocación en el Derecho comunitario: ¿derecho social o derecho de la competencia?, *AL*, número 15, (2001), pág. 359. Se ha criticado también el no haber utilizado para la actividad de colocación las razones adoptadas para negar el carácter de actividad económica de la realizada por la Seguridad Social, pues la actividad de colocación se caracteriza también por la función social perseguida y por el alejarse del fin especulativo. Véase FOGLIA, R.: “La Corte di Giustizia e il collocamento pubblico: oportuno un nuovo intervento del giudice comunitario o del legislatore nazionale?, *ADL*, número 2 (1998).

Indica VAQUER CABALLERÍA, M.: “Los problemas de la contratación entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 8, (2005), www.iustel.com, pág. 7, que “El Alto Tribunal no excluye aquí a la Seguridad Social del concepto de actividad económica por ser social, sino por ser *exclusivamente social*, conclusión que el Tribunal induce de los siguientes datos: falta de ánimo de lucro, desconexión entre cotizaciones (o financiación) y prestaciones del servicio y compensación entre regímenes excedentarios y deficitarios, de todo lo cual se colige una solidaridad que “implicaba necesariamente que los diferentes regímenes fueran gestionados por una Entidad única y que la afiliación a dichos regímenes tuviera carácter obligatorio”.

⁴⁵² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Política de empleo y migraciones en la Unión Europea”, VV.AA. (García Murcia, J. Coord.): *Derecho social comunitario y derecho del trabajo*, Consejería de Industria y Empleo, Oviedo, 2004, pág. 90.

-Se pretende eliminar cualquier control (sistema de autorizaciones) realizado a Agencias que se dediquen a la Actividad de Colocación (Sentencia *Job Centre*), quedando sin contenido cualquier regulación de los Estados Miembros en la que se impusiera alguna restricción a la hora de crear Agencias de Colocación con fines lucrativos.

-No se puede imponer un sistema sancionador administrativo y penal que considere ilícita la actividad de mediación lucrativa, al considerarse que las disposiciones de los Arts. 86 y 90 del Tratado tienen efecto directo y obligan a los Estados Miembros a no imponer prohibiciones absolutas de las actividades de mediación entre ofertas y demandas de empleo (Sentencia *Carra*). Aplicando esta doctrina se dismantlaría todo un sistema de control de una actividad de mediación que fuera ilícita por no cumplir los controles legales a los que se sometiera tal actividad.

Con esta línea jurisprudencial se ha pasado bruscamente a eliminar el monopolio público de colocación y a la aceptación sin control de las Agencias de Empleo Privadas. Aunque la jurisprudencia en materia de Colocación se basa en el puro convencimiento de que la liberalización de los mercados repercute en el bienestar de los ciudadanos, no se debe olvidar que esto sería cierto siempre y cuando se pretendan conseguir determinados objetivos sociales,⁴⁵³ y de esta forma no se conseguirían tales objetivos, pues la aceptación de estas Agencias sin un control llevaría a una absoluta mercantilización de la Actividad de Colocación quedando degradado el trabajador a la fuerza del mercado.

Acepto y comparto que se acepten las Agencias de Empleo Privadas, pero no estoy de acuerdo en la forma en la que se han aceptado si se tiene en cuenta la línea jurisprudencial ya analizada. El TJCE tendría que haber aceptado tales Agencias, pero sus argumentaciones se tendrían que haber basado -como ya ha advertido la doctrina-⁴⁵⁴ en vez de en el Derecho de la Competencia, en el principio del derecho al trabajo y a la libre circulación de trabajadores. Se hubiera llegado a la misma conclusión, esto es, a la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas, pues para que sea efectivo tal derecho de buscar trabajo sobre todo el territorio comunitario depende en gran parte de la disponibilidad efectiva sobre el territorio del mismo, es decir se podría haber justificado la aceptación de Agencias de Empleo Privadas en la necesidad de contar con servicios idóneos para que el trabajador tuviera información lo más amplia posible de los puestos de trabajo a cubrir. De este modo

⁴⁵³ RUIZ-JARABO COLOMER, D.: “EL Derecho de la Competencia en la Comunidad Europea”, VV.AA.: *Derecho comunitario. Presente y perspectivas*, CGPJ, Madrid, 1995.

⁴⁵⁴ En este sentido, véase ICHINO, P.: “Lavoro interinale e servizi per l’impiego”, op.cit., pág. 180; y también se ha indicado que no se entiende cómo en las Sentencias que han tratado el tema no hayan entrado en el problema de la libre circulación de trabajadores, véase FOGLIA, R.: *L’attuazione giurisprudenziale del Diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Milán, 2002.

se hubiera evitado una línea jurisprudencial que acepta las Agencias de Empleo Privadas sin estar sometidas a límites, basándose solamente en las reglas de mercado, y hubiera ido más en la línea del PCE, al indicar entre los objetivos de la Unión Europea (Art. 3) el “asegurar una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social”.

Por otra parte, a pesar de las críticas efectuadas a la forma en la que se viene justificando desde el TJCE la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas, esta línea es compatible con lo establecido en el PCE, pues la eliminación del monopolio del Servicio Público de Empleo no suprime éste, y además se puede pensar que el PCE, además de garantizar un servicio gratuito de colocación, acepta indirectamente las Agencias de Empleo Privadas, y ello se deduce al reiterar la confianza en el mercado para lograr el bienestar social y la ocupación plena, siendo los postulados económicos los determinantes.⁴⁵⁵ Pero se tendría que haber incluido en el PCE, al igual que se reconoce el derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación, el derecho a acceder a Agencias de Empleo Privadas siempre y cuando se garantice la protección del trabajador y el carácter gratuito -en términos generales- para éste. A pesar de que quien cumple una misión de realizar una cohesión social es el Servicio Público de Empleo,⁴⁵⁶ hay que proteger también al trabajador que acude a una Agencia de Empleo Privada.

La aceptación de las Agencias de Empleo Privadas va en la línea del nuevo modelo de Derecho Laboral del siglo XXI que establece la Unión Europea:⁴⁵⁷ la necesidad está en adaptar la legislación laboral para incrementar tanto la flexibilidad y seguridad en el empleo. La fragilidad del sistema provocada por la inestabilidad de los contratos y la discontinuidad en las relaciones laborales, requiere además de un Servicio de Empleo que se encargue de gestionar todas las políticas de empleo y además proceder a la regulación de todas las Agencias de Empleo Privadas que actúan en los Estados Miembros.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Esta es también la opinión de TORRENTS MARGALEF, J.: “La merecida normalización de la política social comunitaria”, *DL*, núm. 61, (2000-I), pág. 133.

⁴⁵⁶ HAMONIAUX, T.: “L’Agence nationale pour l’emploi, entre droit national et droit communautaire”, *Droit Social*, núm. 11, noviembre, (1995), pág. 859.

⁴⁵⁷ Comisión de las Comunidades Europeas: Libro Verde, “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Bruselas, 22.11.2006, COM (2006) 708 final.

⁴⁵⁸ En el mismo sentido, VARESI, P.A.: “Servicios para el empleo y fomento de la reinserción al trabajo en el sistema italiano”, *RL*, núms. 15-16, (2007), pág. 281.

De este modo, la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas no se puede hacer sin “una regulación protectora en el mercado laboral”.⁴⁵⁹ Es por tanto necesario la adopción de un régimen jurídico para las Agencias de Empleo Privadas, que controle una economía de mercado abierta y en libre competencia, y que suavice y limite la línea jurisprudencial marcada hasta el momento. Como la solución no es la de prohibir todos los agentes privados que actúan en la Actividad de Colocación, sería muy necesario la adopción de una Directiva Marco que regulara el régimen jurídico de la Actividad de Colocación realizada por todas las Agencias de Empleo Privadas en la que se tuviera en cuenta la regulación de éstas llevada a cabo en el Convenio núm. 181 y en la Recomendación núm. 188 de la OIT. Aunque tal doctrina de la OIT no es vinculante para la Unión Europea, sería aconsejable que tal Directiva se orientara en la doctrina de la OIT.

Por el momento no se ha planteado la necesidad de adoptar una Directiva que regule todas las Agencias de Empleo Privadas. Sólo se cuenta con una Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativo a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por ETT, de 28 de noviembre de 2002⁴⁶⁰ que pretende, como señala la Exposición de Motivos, “organizar el trabajo de forma satisfactoria y sin rigidez, entre otras aspectos mediante nuevas formas de flexibilidad regulada que garanticen una seguridad apropiada y estatuto profesional más elevado a los trabajadores en cuestión, haciendo al mismo tiempo compatibles las aspiraciones de los trabajadores y las necesidades de las empresas”. El adoptar una Directiva para las ETT refleja la importancia que se viene dando a este tipo de Agencias de Empleo Privadas sobre las demás, que sólo se han tratado en pronunciamientos jurisprudenciales, pero que es igual de importante también llevar a cabo un régimen jurídico de todas ellas.

Los motivos que tiene la UE para crear una Directiva sobre ETT serían los mismos que se necesitarían para crear también una Directiva que regulara todas las Agencias de Empleo Privadas. Es decir, si la tendencia es la flexibilización de la Actividad de Colocación, es más adecuado llevar a cabo una “flexibilidad regulada”, pero no sólo para una determinada Agencia de Empleo Privada, como son las ETT -que siempre se le ha prestado más atención- sino para todas las Agencias de Empleo Privadas, pues en estos casos se tienen que hacer compatibles las necesidades de las empresas y las aspiraciones de los trabajadores. La regulación comunitaria de esta materia mediante una Directiva haría posible

⁴⁵⁹ RIVERO LAMAS, J.: “La Reforma del Mercado de trabajo y el modelo español de Relaciones Laborales”, op.cit., pág. 58.

⁴⁶⁰ [COM (2002) 701 final]. Para un estudio completo de la citada Propuesta, véase MORENO VIDA, M^a.N.: *El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Comares, Granada, 2005, págs. 19 y ss.

que se reforzara la protección de los trabajadores (finalidad social) pero sin renunciar a la actividad de las Agencias de Empleo Privadas, y al mismo tiempo unificaría la regulación en esta materia en todos los Estados Miembros (finalidad económica). Es claro que con la regulación de la Directiva se estaría permitiendo “un espacio de negocios para las empresas privadas en la intermediación en el mercado de trabajo”,⁴⁶¹ pero si no se remedia con la adopción de una Directiva en esta materia, se avanzaría -teniendo en cuenta la línea jurisprudencial marcada por el TJCE- en un resurgir de las tesis liberales decimonónicas defensoras de la reducción completa de la intervención estatal y de la supremacía del mercado en la economía, volviendo a la doctrina del *laissez-faire* en el que llegaría a producirse una absoluta desregulación de la Actividad de Colocación realizada por las Agencias de Empleo Privadas.

Y la ausencia de regulación de una Directiva en los términos indicados también repercutiría en el modelo español de Colocación, y ello porque, como ahora se analizará, el régimen actual de Colocación en España difiere de la doctrina marcada por el TJCE, pues España cuenta con restricciones importantes a la Actividad de Colocación con fines lucrativos. Así, en el caso de que se plantee un litigio en el que se tenga que manifestar sobre la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas, dicho órgano jurisdiccional interno puede seguir la jurisprudencia comunitaria ya citada, y así inaplicar la normativa española que va en contra de la normativa comunitaria invocada en las sentencias del TJCE, es decir, teniendo en cuenta la primacía del ordenamiento comunitario se aplicaría la normativa comunitaria que produce efecto directo y además tal y como ha quedado interpretada en el TJCE en reiteradas ocasiones. Esto haría que al plantearse la licitud del régimen de colocación español, se podría considerar ilícito aplicando la normativa comunitaria así como la jurisprudencia “creativa” existente, vaciando de contenido la normativa española sobre colocación. Esto de momento, como se analizará en la última parte de este estudio, no se ha producido, pues los litigios que han surgido sobre este tema se han resuelto aplicando directamente la normativa española así como su régimen sancionador. Aplicado al caso español, la creación de una Directiva en esta materia haría que a España no le quedara más remedio que adaptar su normativa interna a la normativa europea, es decir, se regularían las Agencias de Empleo Privadas según lo establecido en la UE que a su vez debería estar inspirada en el Convenio núm. 181 de la OIT. Al mismo tiempo, con la adopción de esta Directiva, se evitarían problemas de interpretación en lo que se refiere a la aplicación de la Libertad de establecimiento y la Libre prestación de servicios, cuestiones que se pasan a analizar.

⁴⁶¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, *RL*, núm. 21, noviembre (2001), pág. 6.

2.2.2. La Libertad de establecimiento y la Libre prestación de servicios de las Agencias de Empleo Privadas en la Unión Europea. Una mención especial a la Propuesta de Directiva *Bolkestein*.

Hasta el momento se ha realizado un análisis del modelo de Colocación comunitario, es decir, qué posición mantiene la Unión Europea sobre la función e intervención de los Servicios Públicos de Empleo, y si permite las Agencias de Empleo Privadas.

El estudio que se va abordar a continuación es bien diferente, aunque no menos importante: y consiste en analizar la posibilidad de si un Estado Miembro puede crear Agencias de Empleo Privadas o bien prestar servicios de colocación en otro Estado Miembro. La respuesta a estos interrogantes de importante aplicación práctica, y que ya hay algún pronunciamiento jurisprudencial al respecto, está en uno de los principios fundamentales del Derecho Comunitario, concretamente en la Libertad de establecimiento y en la Libre prestación de servicios, recogidos en el TCE. Y es necesario también, debido al novedoso y problemático contenido en relación a este tema, analizar la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como *Directiva Bolkestein* (en adelante, DB), nombre atribuido por quien le dio vida, el anterior comisario del mercado interior, Sr. Bolkestein.⁴⁶² La inicial Propuesta data del año 2004⁴⁶³ (en adelante, PDB 1), que pretendía eliminar todas las barreras y obstáculos que se opusieran a la Libertad de establecimiento y a la Libre prestación de servicios entre los Estados Miembros. Pero debido a la importante oposición que ha suscitado en el ámbito político y sindical, la DB ha visto la luz algo transformada en relación al texto inicial, pues en su proceso de elaboración se introdujeron numerosas enmiendas.⁴⁶⁴ Por este motivo, es totalmente necesario analizar no sólo la DB,

⁴⁶² Para una primera aproximación del contenido de la DB y de su proceso de creación, véase SERRANO OLIVARES, R.: “La Propuesta de Directiva Bolkestein: ¿es razonable la alarma política y sindical suscitada?”, *Ius Labor*, núm. 5, (2005), www.upf.edu/iuslabor/022005/art01.htm; BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “El futuro de la libre circulación de trabajadores. Repensando su contenido a partir de la Directiva Marco sobre mercado”, *RMTAS*, núm. 62, septiembre (2006); FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “Presente, pasado y futuro de la Directiva relativa a los servicios sobre el mercado interior”, *RDS*, núm. 34, (2006); ROMÁN VACA, E.: “La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. La Propuesta Bolkestein”, *TL*, núm. 84, (2006).

⁴⁶³ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior del año 2004, Bruselas, 13.1.2004, COM (2004) 2 final, 2004/0001 (COD), [SEC (2004) 21].

⁴⁶⁴ Así, se aprobó en primera lectura por el Parlamento Europeo el 16 de febrero de 2006 -Bruselas, 4.4.2006, COM (2006) 160 final, 2004/0001 (COD)- texto que es idéntico a la Directiva Bolkestein.

sino también su gestación, para analizar los cambios que han afectado en materia de Colocación.

a) La Libertad de establecimiento

Queda regulada en el TCE en los Arts. 43 a 48 TCE (antiguos Arts. 52-58) y presupone “una actividad económica prolongada en otro Estado Miembro que implique un cierto grado de permanencia y de instalación de medios materiales y personales en el lugar de destino”.⁴⁶⁵ Lo primero que hay que determinar es si la Libertad de establecimiento se aplica a la Actividad de Colocación, esto es, si una Agencia de Empleo creada en un Estado Miembro puede establecerse con carácter de permanencia en otro Estado Miembro para llevar a cabo tareas de colocación, pues se señala expresamente en el Art. 44.1 TCE que se podrá establecer la Libertad de establecimiento si queda determinado por el Consejo mediante Directivas, y además en el segundo párrafo del Art. 45 TCE señala que el “Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo”. Existe una Directiva que hace referencia a la Libertad de establecimiento en materia de Colocación: la Directiva del Consejo de 19 de enero de 1967 sobre la realización de la Libertad de establecimiento y de la Libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas en: 1. El sector de los “Negocios inmobiliarios (salvo 6401) (grupo ex 640 CITI⁴⁶⁶); 2. El sector de determinados “servicios prestados a las empresas no clasificados en otro lugar” (grupo 839 de la clasificación internacional CITI, establecida por la Oficina Estadística de las Naciones Unidas). Esta Directiva incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva a las “Agencias de Colocación privadas”, porque las considera dentro del segundo sector mencionado. Hay que hacer una aclaración en cuanto a si a las Agencias de Colocación correspondientes a artistas y figurantes, al personal de teatro y de la radio pueden establecerse libremente en un Estado Miembro, y ello porque estas Agencias no se incluyen dentro del grupo 839 CITI, sino que se consideran servicios prestados a las empresas clasificados en otro lugar, concretamente en los grupos 841 y 842, y para estos grupos no existe una Directiva que determine su

⁴⁶⁵ VV.AA. (Illescas Ortiz, R.; Moreira González, C.J, Directores): *Derecho comunitario Económico*, (Vol. I), Colex, Madrid, 2001, pág. 153.

⁴⁶⁶ CITI (Clasificación internacional tipo, por industrias, de todas las ramas de la actividad económica, establecida por la Oficina Estadística de las Naciones Unidas (Estudios estadísticos, serie M, núm.4, Rev. 1, Nueva York, 1958).

liberalización, y si se tiene en cuenta el contenido del TCE, no se les aplicaría la Libertad de establecimiento, porque para que se aplique tiene que haber una Directiva que así lo determine. Sin embargo se pronunció el TJCE en la Sentencia *Van Wesemael*,⁴⁶⁷ indicando que a tales Agencias se les aplica la Libre prestación de servicios. Aunque no indica nada en relación a la Libertad de establecimiento, ni tampoco en relación a las Agencias de teatro y radio, pues sólo se refiere a los artistas, entiendo que se podría realizar una interpretación extensiva para aplicar a las Agencias de artistas, de teatro y de la radio tanto la Libre prestación de servicios como la Libertad de establecimiento. Esto significa que a todas las “Agencias de Colocación privadas” se les aplicaría la Libertad de establecimiento, entendiéndose por Agencias de Colocación privadas, como así lo denomina la citada Directiva, no sólo a las Agencias de Colocación propiamente dichas, sino que se tendría que hacer de nuevo una interpretación extensiva para poder aplicar la Libertad de establecimiento a todas las Agencias de Empleo Privadas, según la terminología utilizada por el Convenio núm. 181 OIT.

Por el contrario, quedarían excluidas de la aplicación del principio de Libertad de establecimiento las “actividades públicas de colocación”, según lo señalado en la citada Directiva, y ello es coherente con el primer párrafo del Art. 45 TCE al señalar que “las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”.

Aunque la Directiva no indica expresamente qué se entiende por “actividades públicas de colocación” se podría interpretar que abarcaría no sólo la actividad realizada por los Servicios Públicos de Empleo sino también la llevada a cabo por las Entidades Colaboradoras, incluidas las Agencias de Colocación -sin fines lucrativos- que estén creadas por cualquier organismo público.

Así pues, como a la Actividad de Colocación -excepto las actividades públicas de colocación- se le aplica la Libertad de establecimiento, es necesario saber cómo una Agencia de Empleo Privada de un Estado Miembro podría establecerse en otro Estado Miembro, es decir, cuáles son los requisitos y la forma de prestar tal actividad, teniendo en cuenta la normativa vigente, es decir, el TCE y la Directiva anteriormente citada:

⁴⁶⁷ Sentencia *Van Wesemael*, de 18 de enero de 1979, Asuntos Acumulados C-110/78 y C-111/78, Fundamentos 22 a 26. Señala que las Agencias de Colocación de artistas sí se les aplica la libertad de prestación de servicios, pues teniendo en cuenta el párrafo primero del antiguo artículo 59 del Tratado “las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad, serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados Miembros establecidos en un país de la Comunidad” y que como ha transcurrido el período transitorio y no se ha facilitado la ejecución, se entiende que aún faltando una Directiva expresa que lo liberalice se produce una aplicación directa e incondicional una vez transcurrido el citado período transitorio.

-Queda prohibida cualquier restricción a la Libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado Miembro en el territorio de otro Estado Miembro (Art. 43 TCE).

-Las Agencias de Empleo pueden abrir otras sucursales, agencias o filiales en otro Estado Miembro (Art. 43 TCE).

-Tienen que respetar las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (Art. 43 TCE).

-Tampoco pueden recibir ayudas estatales por establecerse en otro Estado Miembro (Art. 44.1.h TCE y Art. 7 Directiva).

-Los Estados Miembros tendrán que suprimir restricciones que “impidan a los beneficiarios establecerse en el país de acogida o prestar en él servicios en iguales condiciones y con los mismos derechos que los nacionales (Art. 5.1. a) Directiva).

-También tienen que suprimir restricciones que “resulten de una práctica administrativa que tenga por efecto la aplicación a los beneficiarios de un trato discriminatorio en relación el aplicado a los nacionales” (Art. 5.1.b) Directiva).

Para comprender mejor la aplicación de la Libertad de establecimiento a las Agencias de Empleo Privadas, y para aplicarlo directamente a la Actividad de Colocación realizada en España, se van a tener en cuenta dos supuestos diferentes, y se comprobará la dificultad de aplicación en este ámbito de este principio comunitario:

a) Supongamos que España quiere crear una Agencia de Empleo Privada en otro Estado Miembro, por ejemplo, Italia. Aunque el régimen de la Colocación en España se estudiará detenidamente en el siguiente capítulo, hay que anticipar, para poder analizar este supuesto, que actualmente en España sólo están reguladas -además de los Servicios Públicos de Empleo- las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, y que actúan en la práctica las Agencias de Empleo Privadas sin una regulación expresa -excepto las ETT, que sí se aceptan y regulan- incluso prohibiendo las Agencias de Colocación con fines lucrativos. Y en Italia, por el contrario, están aceptadas las Agencias de Empleo Privadas, todas ellas sometidas a un régimen de autorización para poder actuar. Teniendo en cuenta lo establecido en el Tratado y en la Directiva analizada, Italia le podría imponer su legislación, es decir, tendría que someterse la Agencia española a una autorización para establecerse en Italia, por lo que aquí se plantearía un problema: y es si España podría crear Agencias en Italia que en España están prohibidas,⁴⁶⁸ y además en el caso de realizarlo no le interesaría establecerse en Italia,

pues el régimen es mucho más restrictivo que en otros países, o que incluso en su propio país que actúan sin ningún tipo de control.

b) Supongamos, por el contrario, que es una Agencia de Empleo Privada italiana la que quiere establecerse en España. En este caso, podría plantearse el rechazo de dicho establecimiento por parte de España al no contemplar éstas en su legislación, incluso estar prohibidas por el artículo 16 ET.

Es decir, teniendo en cuenta el TCE y también la Directiva del Consejo de 19 de enero de 1967, y partiendo de la aplicación de la Libertad de establecimiento a las Agencias de Empleo Privadas, se plantean restricciones a esta Libertad, y ello porque las legislaciones de los Estados Miembros en esta materia son muy diferentes, ya que en unos casos está prohibida cualquier Actividad de Colocación privada, en otras sin embargo está permitida, y en otras, como es el caso de España, está prohibida la Actividad de Colocación con fines lucrativos, aunque nadie duda de su actuación. Teniendo en cuenta tanto el marco normativo vigente en la Unión Europea, y la situación en materia de colocación en los diferentes Estados Miembros, es absolutamente necesario para que se pueda aplicar la Libertad de establecimiento, una legislación que uniformice la actividad de colocación en todos los Estados Miembros. La intención no estaría en limitar dicha actividad, sino en regularla con una serie de limitaciones y controles -aplicados a todos los países- de acuerdo con lo establecido en el Convenio 181 OIT.

Ésta es la situación actualmente vigente en relación a la aplicación de la Libertad de establecimiento a la Actividad de Colocación. Y ahora, a continuación, hay que analizar si la DB ha afectado en algo a este régimen actual de la Libertad de establecimiento en este ámbito concreto. La DB tiene como objetivo “crear un marco jurídico que suprima los obstáculos que se ponen a la Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y a la Libre circulación de los servicios entre los Estados Miembros”, lo que hubiera supuesto en materia de Colocación la supresión de todo tipo de control y autorizaciones y licencias que se exigen en determinados Estados Miembros. La DB ha excluido del ámbito de aplicación de esta Directiva a las “Agencias de Trabajo temporal”, aunque no indica nada del resto de las Agencias de Empleo Privadas. A pesar de esta falta de referencia a las Agencias de Empleo Privadas -tanto para referirse a ellas para incluirlas o bien excluirlas- la única

⁴⁶⁸ En España se desarrolló esta Directiva por el Real Decreto 438/1992, de 30 de abril (BOE núm. 111, de 8 de mayo), hoy derogado, y excluía expresamente del ámbito de aplicación de este Real Decreto “las actividades relacionadas con las Agencias Privadas de Colocación, que están prohibidas en nuestro país, de acuerdo con lo previsto en el Convenio 96 OIT y en el artículo 16 ET”.

Podría interpretarse, por tanto, que hoy sólo se le podría aplicar la Libertad de establecimiento a las Agencias de Colocación privadas sin fines lucrativos, y quedaría prohibido para el resto de Agencias de Empleo Privadas, excepto para las ETT, que sí están permitidas.

interpretación que se puede realizar al efecto es la exclusión del ámbito de aplicación de la DB de toda la actividad de colocación,⁴⁶⁹ y ello por las siguientes razones:

-La PDB 1 incluía dentro de su ámbito de aplicación (considerando número 14) “los servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal, incluidas las agencias de trabajo temporal”; así pues se entiende que la DB ha excluido todo lo que incluía la PDB en materia de Colocación; y además, la justificación que mantiene la DB para la exclusión del ámbito de aplicación de las ETT se puede extender del mismo modo a todas las Agencias de Empleo Privadas; y ello porque a pesar de que se es consciente de los obstáculos para la realización del mercado interior en una importante gama de servicios, haciendo referencia expresamente a las “Oficinas de Empleo” (aunque hubiera estado mejor redactado indicar Agencias de Empleo Privadas, en los mismos términos que el Convenio núm. 181 OIT), ha llegado a excluirlas del ámbito de aplicación de la DB debido a que “estos servicios no pueden incluirse en el ámbito de la presente Directiva en el estadio actual, siendo necesario armonizar plenamente las disposiciones en materia de establecimiento en este sector para que exista un marco jurídico relativo a la realización del mercado”. Así pues, la DB ha “aplazado” su aplicación a este campo mientras no se lleve a cabo una legislación de armonización. -Tampoco quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la DB los Servicios Públicos de Empleo al estar excluidos de la DB los servicios de interés general no económico, y ya se indicó que así se consideran los Servicios Públicos de Empleo (Art. 2.2.a) DB).

Considero adecuada la exclusión de las Agencias de Empleo Privadas de la DB, pues de haberlas incluido se estaría produciendo un desmantelamiento de las tesis de la OIT que mantienen una posición favorable a la aceptación de las AEP pero sometidas a un control mediante un sistema de autorizaciones o licencias.

Esto no significa que el contenido de la DB no sea positivo para agilizar la realización del mercado interior; sino que no es conveniente su aplicación a esta materia hasta que no se produzca una legislación de armonización de todas las condiciones para la creación de las AEP. Tal y como ha señalado el Comité Económico y Social Europeo,⁴⁷⁰ es aún prematura

⁴⁶⁹ En contra, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, op.cit., págs. 192-193. Interpreta la inclusión en el ámbito de aplicación de las Agencias de Empleo Privadas, excepto las ETTs que están expresamente excluidas y lo justifica al indicar que la DB resulta de aplicación a las agencias que prestan sus servicios a cambio de una contraprestación económica.

la aplicación de esta Directiva a las Agencias de Empleo Privadas, ya que previamente se debería tener en cuenta el Convenio núm. 181 OIT que las autoriza con licencias o autorizaciones destinadas a proteger a los trabajadores y a facilitar un trabajo de calidad de dichas Agencias. Por el momento -reitero- ha sido muy acertado que la DB haya excluido del ámbito de aplicación esta materia.

Así pues, es necesaria una legislación que armonice toda la legislación de los Estados Miembros. Se puede anticipar casi con toda seguridad que el camino para llevar a cabo una legislación de armonización en la Unión Europea en materia de colocación va a ser muy largo, si es que se llega a producir; y ello porque lo que existe hasta el momento es una *Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por ETT, de 28 de noviembre de 2002*⁴⁷¹, y que en el caso de que se adoptara, no cubre ni mucho menos una total armonización de toda la Actividad de Colocación. Se seguiría planteando el mismo problema para el resto de las Agencias de Empleo Privadas. Una vez más se comprueba que en esta materia parece que el único tipo de Agencias de Empleo Privadas que existen son las ETT, olvidándose del resto, que cada vez más se están utilizando en todos los países.

Por el momento, no se aplica la DB, no existe una legislación de armonización, y se aplica la Libertad de establecimiento a las Agencias de Empleo Privadas con todos los obstáculos y problemas de aplicación práctica que ya se han analizado.

b) La Libre prestación de servicios

Queda regulada en el TCE en los Arts. 49 a 55 (antiguos Arts. 59-66) y comprende “la prestación de éstos, sin instalación permanente en otro país, pero con desplazamiento de uno a otro; puede suponer que el prestatario del servicio se traslade al lugar donde reside el o los destinatarios del mismo, o a la inversa, que se desplace el destinatario, o incluso que no se produzcan desplazamientos personales sino meras transferencias de mercancías, materiales, muestras, etc., las cuales sean objeto de esos servicios”. Lo primero que habría que preguntarse es si se aplica la Libre prestación de servicios a la Actividad de Colocación. La respuesta es exactamente idéntica a la dada para la Libertad de establecimiento, es decir, se le aplicaría la Libertad de prestación de servicios a todas las Agencias de Empleo Privadas (incluidas las Agencias de Colocación de artistas, de teatro y radio) pero no se le aplicaría la Libertad de prestación de servicios a los Servicios Públicos de Empleo ni a las Agencias de

⁴⁷⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior”, [COM (2004) 2 final - 2004/0001 (COD)].

⁴⁷¹ COM (2002) 701 final, 2002/0072 (COD).

Colocación de carácter público. Una vez indicado que la Actividad de Colocación -excepto las actividades públicas de colocación- se le aplica la Libre prestación de servicios, es necesario saber, cómo pueden llevar a cabo esta libertad, teniendo en cuenta el TCE y la Directiva del Consejo de 19 de enero de 1967:

-Quedan prohibidas las restricciones a la Libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados Miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación (Art. 49 TCE).

-El Art. 50 TCE señala que se considera prestación de servicios las realizadas normalmente a cambio de una remuneración, y además la Actividad de Colocación se podría incluir dentro de las actividades de carácter mercantil que señala el artículo.

-Los Estados Miembros tendrán que suprimir las restricciones que en particular impidan a los beneficiarios establecerse en el país de acogida o prestar en él servicios en iguales condiciones y con los mismos derechos que los nacionales (Art. 5 Directiva del Consejo de 19 de enero de 1967).

-También tendrán que suprimir las restricciones que resulten de una práctica administrativa que tenga por efecto la aplicación a los beneficiarios de un trato discriminatorio en relación con el aplicado a los nacionales.

Para comprender mejor la aplicación de la Libertad de prestación de servicios a las Agencias de Empleo Privadas,⁴⁷² es necesario tener en cuenta los mismos ejemplos que se han tratado para la Libertad de establecimiento, analizando los siguientes supuestos:

a) Supongamos que un empresario italiano quiere buscar a un trabajador para trabajar en su empresa en Italia. Decide acudir a una Agencia privada de Colocación en España porque las condiciones de pago en la Agencia son mejores que en la Agencia de Colocación italiana. En el caso de España, si actúa una Agencia de Colocación sin fines

⁴⁷² Hay que advertir que aquí el análisis se está realizando desde un enfoque de los requisitos de constitución y funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas, sin entrar en el análisis del régimen jurídico aplicable a los trabajadores que acuden a otro Estado Miembro para trabajar fruto de la actividad de intermediación realizada por una Agencia de Empleo. Simplemente indicar que en estos supuestos (salvo el caso de las ETTs), no se trata de un supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores en el que se aplicaría la *Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*. Sería un supuesto de emigración propiamente dicha. Para una diferenciación entre los supuestos de emigración y desplazamiento de trabajadores, véase GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I: “Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre”, VV.AA. *Empresas multinacionales. Su incidencia en las relaciones sociales. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, (2006), pág. 358.

lucrativos, se entiende, aplicando en este caso en concreto la jurisprudencia comunitaria - Sentencia *Van Wesemael*- que Italia no tendría que exigir a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos en España una autorización siempre y cuando en España estas Agencias estén supeditadas a su actuación a la concesión de una autorización y al control de las autoridades competentes. Es decir, si España, como prestador del servicio de colocación posee una autorización concedida en condiciones comparables a las exigidas por el Estado en el que se realiza la prestación, en estos casos no es necesario que posea una autorización expresa del Estado donde se va a prestar el servicio, esto es, en Italia, sino que bastaría con la autorización concedida en España.⁴⁷³ Y se puede deducir del fallo de la Sentencia *Van Wesemael* que los empresarios pueden acudir bien a una Agencia situada en su Estado o bien situada en otro Estado Miembro, pues tienen la libertad de elegir conforme a sus intereses, y no hay una obligación impuesta de acudir solamente a las Agencias de Colocación situadas en su Estado.⁴⁷⁴ Ahora bien, distinto sería si un empresario italiano acude en España, por

⁴⁷³ En parecidos términos se pronuncia el TJCE en relación a las Empresas de Trabajo Temporal. STJCE *John Webb*, de 17 de diciembre de 1981, *Asunto* 279/80.

⁴⁷⁴ El TJCE ha tenido la oportunidad de manifestarse en relación a la Libre prestación de servicios en la actividad de colocación, en la Sentencia *Van Wesemael*, de 18 de enero de 1979, *Asuntos Acumulados* C-110/78 y C-111/79:

-En el Asunto 110/78, los procesados son el Sr. Van Wesemael, domiciliado en Ath (Bélgica), y el Sr. Poupaert, que ejerce la profesión de agente artístico y que posee una Agencia de Colocación en Lille (Francia). El Sr. Wesemael organiza un espectáculo en Ath y acude a la Agencia del Sr. Poupaert para contratar a un artista francés. Acudió a esta Agencia porque la comisión que tenía que pagar por recurrir a los servicios de la Agencia de Colocación era inferior a la que tenía que abonar en una Agencia de Colocación belga que había consultado con anterioridad.

-En el Asunto 111/78, los procesados son el Sr. Follachio, domiciliado en Bon-Secours (Bélgica) y el Sr. Robert Leduc que tenía una Agencia de Colocación de artistas del espectáculo en Valenciennes (Francia). El Sr. Follachio contrató a un determinado número de artistas del espectáculo franceses en la Agencia de Colocación del Sr. Leduc, y acudió a ésta por el mismo motivo que en el anterior asunto, por el nivel mucho más reducido de los gastos que tenía que pagar en la Agencia de Colocación belga.

En los dos Asuntos tanto el Sr. Poupaert como el Sr. Leduc son titulares de una autorización concedida en Francia según la normativa francesa, pero ni son titulares de una autorización belga para ejercer actividades de colocación en este país, ni tampoco su país tiene firmado un convenio de reciprocidad con Bélgica. Y denuncian el incumplimiento de la normativa de colocación belga, concretamente el Real Decreto de 28 de noviembre de 1975, relativo a la explotación de Agencias de Colocación privadas, que en su artículo 6 prohibía la explotación de una Agencia de Colocación privada de artistas del espectáculo sin la obtención previa de una autorización del Ministerio responsable en materia de empleo y en su artículo 20 señalaba que salvo convenio de reciprocidad entre Bélgica y sus países, las Agencias extranjeras que se ocupan de la colocación de estas personas no pueden realizar colocaciones en Bélgica sin la mediación de una Agencia titular de una autorización. Como ya se ha señalado, en este caso el TJCE manifiesta que ni se necesita en estos casos de un convenio de

ejemplo, a una Empresa de Selección, o a una Agencia de Colocación privada con fines lucrativos para seleccionar o colocar a determinados trabajadores españoles en vez de acudir a Empresas de Selección o de Colocación privadas italianas. En este caso se podría plantear que Italia -como sí acepta las Agencias de Empleo Privadas, pero sometidas a un régimen de autorización- pueda exigir -según la Sentencia *Van Wesemael*- a las Agencias de Empleo Privadas que actuaran sin autorización -al no estar reguladas expresamente, excepto las ETT- una autorización para poder actuar en Italia, y en este caso se restringiría la Libre prestación de servicios.

b) Supongamos que un empresario español decide contratar a un trabajador y acude a una Agencia de Colocación italiana para buscar a un trabajador italiano y contratatarlo en su empresa en España. Si el empresario español acude a una Agencia de Colocación sin fines lucrativos en Italia, no se podría negar a que se utilizara, pues se aplicaría la Libre prestación de servicios, y no se le podría exigir ninguna autorización por España, pues en Italia estas Agencias sin fines lucrativos actúan ya con autorización en su país. Distinto y más problemático -pues además no hay ningún pronunciamiento jurisprudencial al respecto y parecido en este caso- si el empresario español acude a una Agencia de Empleo Privada italiana -por ejemplo, a una Empresa de Selección, o a una Agencia privada de Colocación con fines lucrativos- pues en este caso se podría plantear si España se podría negar a que fueran utilizadas alegando que en España la única Actividad de Colocación que se permite es la realizada sin fines lucrativos. A mi juicio, y teniendo en cuenta la normativa internacional, se podría indicar que al tener ratificado España el Convenio número 181 OIT está aceptando estas Agencias, a pesar de que su régimen interno no esté adaptado al Convenio, y que se podría aceptar la Libre prestación de servicios siempre y cuando en Italia actuaran estas Agencias de Empleo Privadas con una autorización similiar a la establecida en el Convenio de la OIT, y en este caso Italia sí cumple esta normativa.

Al determinar -en estos supuestos en concreto- cómo puede afectar la Libre prestación de servicios a la Actividad de Colocación, se ha podido comprobar que hay tantos supuestos distintos como regímenes de colocación diferentes haya en los distintos Estados Miembros. Es decir, la conclusión que se puede extraer es que actualmente es el prestador de servicios el que tiene la posibilidad de sustraerse a la autoridad y al control de las autoridades nacionales del país en el que se realicen las prestaciones siempre y cuando en el Estado Miembro en el que se están prestando los servicios, tales Agencias estén sometidas a las normas de organización, de deontología, de control y de responsabilidad equivalentes a las del Estado en el que se realiza la prestación (Sentencia *Van Wesemael*). Es decir, al margen de esta limitación, no estaría permitida la normativa que obstaculice la aplicación del principio de Libre prestación de servicios. Así se puede deducir de una Sentencia reciente del

reciprocidad, ni tampoco la Agencia de Colocación francesa tiene que contar con una autorización de Bélgica para poder prestar servicios en este Estado.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,⁴⁷⁵ en la que la Comisión presenta un recurso para que se pronuncie concretamente sobre la adecuación de la legislación francesa sobre agentes de colocación de artistas al principio de Libre prestación de servicios. La Sentencia señala que cuando una normativa nacional sujeta la concesión de una licencia para ejercer una actividad a las necesidades de colocación de artistas, constituye un obstáculo ya que limita el número de prestadores de servicios.

Se ha podido deducir del análisis efectuado, que para que se aplique la Libre prestación de servicios a la Actividad de Colocación -en concreto, a las Agencias de Empleo Privadas- es necesaria una armonización de las legislaciones de los Estados Miembros, pues en caso contrario se plantean problemas de inaplicación de este principio, por lo que sería absolutamente necesario regular mediante una Directiva el régimen legal de las Agencias de Empleo Privadas para que se pudiera aplicar sin restricciones este principio comunitario y proteger al mismo tiempo esta actividad evitando abusos en la actuación de Agencias de Empleo Privadas.

Al igual que se ha indicado para la Libertad de establecimiento, la DB en relación a Libre prestación de servicios en materia de Colocación tampoco se aplica por los motivos ya analizados. En el caso de que no se hubiera excluido la Actividad de Colocación de la DB, se hubiera eliminado toda posibilidad de que en el Estado en el que están prestando servicios otras Agencias de otros Estados Miembros pudiera exigirle algunos controles, pues simplemente se le aplicaría a estas Agencias el principio del país de origen, es decir, las normas a las que están sometidas en el país en donde estén establecidas. Esto hubiera significado que en si en su país la Actividad de Colocación (concretamente las Agencias de Empleo Privadas) no están sometidas a ningún tipo de control, se produciría una huida del empresario de un Estado Miembro en el que la colocación esté muy intervenida para buscar trabajadores hacia otros Estados Miembros en los que no estén sometidas a ningún tipo de control este tipo de Agencias; siendo por lo general los nuevos países incorporados los que cuentan con menos controles de estas Agencias de Empleo Privadas. La “desregulación” en esta materia produciría importantes beneficios al empresario, pues podría acudir sin ningún obstáculo a otro Estado Miembro en el que fuera más económico la contratación de trabajadores, produciéndose una situación de *dumping social*; y también beneficiaría a las Agencias de Empleo Privadas, pues al no estar sometidas a ningún tipo de control podrían obtener ánimo lucrativo sin ningún tipo de límite. Es decir, el empresario acudiría a estas Agencias, les pagaría una cantidad económica por proporcionarle un trabajador y no le

⁴⁷⁵ STJCE (Sala Primera), de 15 de junio de 2006, (TJCE 2006/170). Se deduce de la Sentencia que actualmente la normativa francesa sobre los Agentes de colocación de artistas se ajusta al principio de Libre prestación de servicios, y que la última reforma de la L.762-3 del Code du Travail para adaptar tal normativa se ha realizado por la Ley núm. 2005-32.

importaría pagar una importante suma de dinero a la Agencia si sabe que va a contratar a un trabajador mucho más económico que el puede contratar en su país o en otro Estado Miembro donde la legislación laboral es más protectora. Esto podría provocar una desregulación total del Derecho del Trabajo y la proliferación de Agencias de Empleo Privadas que sin escrúpulos facilitasen la colocación como si fueran los trabajadores una pura mercancía. Ha sido lógico que en esta materia no se aplique el principio del país de origen pues este principio se basa en el un nivel de protección comparable en los distintos Estados Miembros, y por el momento, en materia de Agencias de Empleo Privadas esto no sucede.

En definitiva, es necesario, tal y como indica la DB crear un auténtico mercado interior de servicios en el que se supriman las restricciones a la Libertad de establecimiento y a la Libre circulación de servicios que aún persisten en la legislación de muchos Estados Miembros y que afectan al mercado interior de servicios. Ahora bien, la solución no es en este momento la aplicación de la DB sin más, en el que efectivamente se eliminaría cualquier tipo de control, pero produciendo efectos negativos, pues es necesario que en este proceso de creación de un mercado interior de servicios se armonice la legislación de los Estados Miembros en numerosas materias, entre las que se encuentran las Agencias de Empleo Privadas. Previamente a una Directiva de “liberalización” en este campo, es necesaria una “Directiva de armonización”, que establezca unos elementos mínimos y homogéneos.⁴⁷⁶

3. La relación existente entre el modelo de Colocación en la Unión Europea y en la OIT

No se puede dudar de la positiva influencia ejercida por las normas emanadas de la OIT en política social en la legislación laboral en todos los países Miembros, al permitir establecer estándares mínimos internacionales en materia social.⁴⁷⁷ Además, en esta materia en concreto ha permitido contar con un estándar de referencia constituido por los Convenios de la OIT que contiene criterios y principios que se pretende que sean asumidos con carácter general por todos los países. Pero también es necesario establecer una coordinación entre la doctrina de la OIT y la de la Unión Europea para determinar si hay un

⁴⁷⁶ En el mismo sentido, BLÁZQUEZ AGUDO, E.M^a: “El futuro de la libre circulación de trabajadores. Repensando su contenido a partir de la Directiva Marco sobre mercado”, op.cit., pág. 121.

⁴⁷⁷ PELAGGI, L.: “Organizzazione internazionale del lavoro ed Unione Europea: necessità di coordinamento”, *Revista di Diritto Europeo*, (1994-I), pág. 84.

cierto paralelismo entre los dos modelos de colocación establecidos, y también para analizar si todos los Estados Miembros van equiparados a la hora de ir ratificando los Convenios de la OIT, pues una cosa es que se adopten Convenios de la OIT en esta materia y otra bien distinta es que los Estados Miembros los ratifiquen.

Tanto en la Unión Europea como en la OIT se ha sido partidario de la necesidad de crear en cada Estado un Servicio Público de Empleo con similares características. Además, tanto el modelo europeo como el internacional de Colocación están contruidos sobre la base de una realidad que es la del mercado capitalista, regido por el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado al aceptar y convivir con los Servicios de Empleo otras Agencias de Empleo Privadas en el mercado de trabajo.

La necesidad de abrir la Actividad de Colocación a otras Agencias de Empleo Privadas ha sido compartida tanto por la OIT como por la Unión Europea. Esto se demuestra en la realización de una encuesta entre los años 1988 y 1990 sobre la realidad de la intermediación laboral, y esta encuesta es realizada por la OIT en colaboración con la Comisión de las Comunidades Europeas para determinar las Agencias de Empleo Privadas que actuaban en el mercado de trabajo, aunque no se emprendió ninguna labor normativa ante la enorme dificultad de clasificación y se prefirió proceder a un estudio más exhaustivo del problema.⁴⁷⁸ El impulso por parte de la OIT de realizar un cambio en esta materia estuvo relacionado y provocado al mismo tiempo por las novedades introducidas en la Unión Europea en las que las decisiones de carácter judicial promovieron más tarde la normativa internacional y además la normativa de muchos Estados Miembros. Esto significa que el paso “radical” hacia la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas fue tomado por la Unión Europea, a través de la jurisprudencia en esta materia, pues la OIT, sin prohibirlas en ningún momento, se mantenía cautelosa a la hora de proceder a su total aceptación. Sin embargo, es mucho más garantista el modelo establecido en la OIT, pues la Unión Europea, por lo que respecta a las Agencias Privadas se ha limitado a aceptarlas -más bien a rechazar el monopolio público de la colocación en sede jurisprudencial- y sin embargo no se ha llevado a cabo por el momento una regulación de éstas para introducir mecanismos de protección hacia el trabajador.

Habrá que determinar, por tanto, si el modelo “garantista” establecido en la OIT se ha implantado en la Unión Europea, y la única forma de saberlo es analizando si los distintos Convenios de la OIT en esta materia han sido ratificados por los Estados Miembros, es decir, se va a conocer el estado actual de ratificaciones de estos Convenios.

⁴⁷⁸ La clasificación de estas agencias se puede encontrar en OIT.: *El papel de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento de los mercados de trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1994, págs. 13 y ss.

-En lo que se refiere a la implantación de un Servicio Público de Empleo, la mayor parte de los 27 países miembros de la Unión Europea han ratificado el Convenio número 88 de la OIT,⁴⁷⁹ aunque hay un grupo de países que lo han denunciado⁴⁸⁰ y otros países que no lo han ratificado, algunos pertenecientes a países de nueva incorporación.⁴⁸¹ En este aspecto, tendría que haber una uniformidad absoluta, y sería conveniente que todos los Estados ratificaran este Convenio -a pesar de que se haya criticado su deficitario contenido-. De todas formas, lo ratifiquen o no, en el momento en que entre en vigor la Constitución Europea, todos los Estados Miembros tendrán que respetar el derecho fundamental de acceder a los servicios públicos de colocación, y para ello surge la obligación de crear Servicios de Empleo en todos los Estados Miembros.

-En cuanto a la implantación de un modelo de convivencia con otras Agencias de Empleo Privadas, tampoco hay una uniformidad en su tratamiento. La tendencia general en la Unión Europea ha consistido en no ratificar el primer Convenio núm. 34 de 1933 sobre las Agencias retribuidas de Colocación,⁴⁸² siendo mayor el número de ratificaciones del Convenio núm. 96 de 1949, predominando la ratificación de la Parte II de éste.⁴⁸³ Sin

⁴⁷⁹ Lo han ratificado Suecia (25/11/49); Países Bajos (7/3/50), Francia (15/10/52), Bélgica (16/3/53) Alemania (22/6/54); Grecia (16/6/55); Luxemburgo (3/3/58); España (30/5/60); Chipre (23/9/60); Malta (4/1/65); Irlanda (29/10/69); Portugal (23/72); Dinamarca (30/11/72); Austria (25/9/73); Rumanía (06/06/73); Finlandia (23/11/89); Eslovenia (29/5/92); República Checa (1/1/1993); Eslovaquia (1/1/93); Hungría (4/1/94); Lituania (26/9/94). La información referente a la ratificación de los convenios de la OIT en esta materia se puede encontrar en www.ilo.org/iollex/spanish/newratframeS.htm

⁴⁸⁰ Ha sido denunciado por Bulgaria (ratificado 29/12/49 y denunciado 13/03/1961), por Italia (ratificado el 22/10/52 y denunciado 9/8/71) y por Reino Unido (ratificado 10/8/49 y denunciado 6/8/71).

⁴⁸¹ Son concretamente Estonia, Letonia y Polonia.

⁴⁸² Los únicos países que han ratificado el citado convenio han sido España (ratificado el 27/4/35 y denunciado el 5/5/71), Suecia (ratificado 1/1/36 y denunciado el 18/7/50), Finlandia (ratificado el 13/11/36 y denunciado el 22/12/51), Bulgaria (ratificado el 29/12/49, denunciado 24/03/05), República Checa (ratificado el 1/1/93 y denunciado el 9/10/00) y Eslovaquia (ratificado el 1/1/93, actualmente en vigor).

⁴⁸³ Los países que han ratificado las disposiciones de la Parte II han sido Suecia (ratificado el 18/7/50 y denunciado el 4/6/92), Finlandia (ratificado el 22/2/51 y denunciado el 30/6/92), Francia (ratificado el 10/3/53), Italia (ratificado el 9/11/53 y denunciado el 1/2/00), Alemania (ratificado el 8/9/54 y denunciado el 10/7/92), Polonia (ratificado el 25/10/54), Bélgica (ratificado el 4/7/58), Luxemburgo (ratificado el 15/12/58), España (ratificado el 5/5/71 y denunciado el 15/6/99). Los países que han ratificado las disposiciones de la Parte III han sido Irlanda (ratificado el 13/6/72), Malta (ratificado el

embargo, el actual Convenio núm. 181 sobre las Agencias de Empleo Privadas de 1997 no ha conseguido ni siquiera la mitad de las ratificaciones de los países miembros de la Unión Europea,⁴⁸⁴ y ha sido también prácticamente mínima la ratificación del Convenio núm. 179 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar⁴⁸⁵ que da paso a la apertura de otros intermediarios privados para este colectivo. Y el último Convenio sobre el trabajo marítimo 2006 -que va en la misma línea que el anterior Convenio núm. 179- aún no ha sido ratificado por ningún país de la Unión Europea.

En resumen, prácticamente todos los países de la Unión Europea están a favor de la creación de un Servicio Público de Empleo, al haber ratificado el Convenio num. 88 sobre el servicio del empleo de 1944, y sin embargo no todos han optado por la ratificación de Convenios que tratan la legalización de las Agencias privadas de Colocación.

Aunque tanto la Unión Europea como la OIT parten de la obligación de la existencia de un Servicio Público de Empleo, y de la aprobación de la posibilidad de existencia de las Agencias Privadas, el tratamiento del tema no es idéntico. La Unión Europea -a través de su jurisprudencia- ha establecido que son necesarias las Agencias de Empleo Privadas siempre y cuando el Servicio Público de Empleo no esté en situación de poder hacer frente a todo tipo de colocaciones. Ante la falta de una regulación en la Unión Europea de las Agencias de Empleo Privadas, sería necesario que los Estados Miembros ratificasen el Convenio núm. 181 OIT, pues además de aceptar tales Agencias establece mecanismos de protección hacia el trabajador. Sin embargo, se ha podido comprobar la escasa ratificación de este Convenio y de los Convenios en general sobre Agencias de Empleo Privadas por los Estados Miembros. Esto significa que en muchos Estados Miembros actúan estas Agencias sin estar sometidas a ningún tipo de regulación, bien porque no tienen ratificado tal Convenio, o porque no han ajustado su normativa nacional a este Convenio. Como las Agencias Privadas existen, y actúan en la práctica, y de hecho quedan reconocidas tanto a nivel comunitario como

9/6/88), Portugal (ratificado el 7/6/85 y denunciado el 25/3/02) y Países Bajos (ratificado el 13/12/92 y denunciado el 15/9/99).

⁴⁸⁴ El convenio número 181 OIT ha sido ratificado por Finlandia (25/5/99). Países Bajos (15/9/99), España (15/6/99), Italia (1/2/00), República Checa 89/10/00), Portugal (25/3/02), Hungría (19/9/03), Lituania (19/3/04) y Bulgaria (24/03/05).

⁴⁸⁵ Solamente Irlanda (22/4/99), Finlandia (25/5/99) y Bulgaria (12/06/03) han ratificado este Convenio.

Sin embargo, el Convenio núm. 9 sobre la colocación de la gente de mar, de 1920 sí ha obtenido numerosas ratificaciones [España (23/02/21), Suecia (27/09/21), Noruega (23/11/21); Estonia (03/03/23), Bulgaria (16/03/23 y denunciado 12/06/03), Polonia (21/06/24), Italia (08/09/24), Bélgica (04/02/25), Alemania (06/06/25), Grecia (16/12/25), Letonia (03/06/26), Francia (25/01/28 y denunciado 27/04/04), Luxemburgo (16/04/28), Rumanía (10/11/30), Países Bajos (09/01/48), Eslovenia (29/05/92),

internacional, es absolutamente necesario además que los Estados Miembros de la Unión Europea ratifiquen el Convenio núm.181 OIT, que se lleve a cabo una Directiva Marco que incluya el contenido del citado Convenio y que regule el régimen jurídico aplicable a todas las Agencias de Empleo Privadas para evitar diferentes regímenes de Colocación y se garantice la protección del trabajador (demandante de empleo) que las utilice.

4. El modelo de Colocación en la Constitución

El derecho a la Colocación de trabajadores no está expresamente reconocido en la Constitución, por lo que hay que determinar los posibles modelos existentes de colocación establecidos partiendo de diferentes preceptos constitucionales. Como ahora se comprobará, existen diversos modelos por los que se puede optar, y para ello es necesario analizar en primer lugar, el modelo de Servicio Público de Empleo en la Constitución y, en segundo lugar, si se permite y en qué forma, la creación de Agencias de Empleo Privadas. Hay que advertir que aunque la Constitución no opta por un único modelo de Colocación, se admite la posibilidad de que el sistema de Colocación vaya evolucionando para adaptarse a las circunstancias sociales y económicas del momento: ahora bien, la intervención de los poderes públicos constituye un pilar indispensable para poder articular un adecuado sistema de Colocación que de cumplimiento a los objetivos del “Estado Social y democrático de Derecho” del Art. 1 CE. Esta idea se vuelve a manifestar en los Estatutos de Autonomía, que también es necesario analizarlos, sobre todo en un momento en el que se está iniciando el proceso de reforma de éstos. Así pues, se analizará en qué medida intervienen las Comunidades Autónomas en esta materia y si existen cambios sustanciales en los Estatutos de Autonomía reformados con respecto a los Estatutos de Autonomía iniciales y a la temprana doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia.

4.1. El modelo de Servicio Público de Empleo en la Constitución

La Colocación se entiende como un instrumento de la política de empleo, por lo que hay que tener en cuenta para fundamentar la colocación de los trabajadores tanto los Arts. 35 CE y 40.1 CE. Ésta se puede considerar como una manifestación del derecho constitucional al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE⁴⁸⁶ al señalar que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u

⁴⁸⁶ SASTRE IBARRECHE, R.: *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 177.

oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”. Si se relaciona este precepto con el artículo 40. 1 CE que indica que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”,⁴⁸⁷ se puede indicar que queda descartado un modelo de Colocación en el que se eliminen por completo los Servicios Públicos de Empleo, contraria además al Derecho Comunitario y al Derecho Internacional.⁴⁸⁸

La justificación de una Política de Colocación llevada a cabo por los poderes públicos está en el Art. 40.1 CE, y se puede deducir de la propia doctrina del Tribunal Constitucional; concretamente, en la STCo 22/1981 de 2 de julio, se indica en el fundamento jurídico 8 que el derecho al trabajo tiene dos aspectos, uno individual, reconocido en el Art. 35 CE y otro colectivo reconocido en el Art. 40.1 CE; éste último implica “un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo”. La fundamentación constitucional de la creación de un Servicio Público de Empleo estaría en el Art. 40 CE, en el que se justifica al utilizar el Estado este medio para poner en funcionamiento una adecuada política de empleo. De este modo se garantiza un Estado del Bienestar al producirse una intervención pública dirigida “a la satisfacción de las necesidades sociales de los ciudadanos”.⁴⁸⁹ Ello implica la provisión pública de una serie de servicios de acción y protección social, velando el Estado por el mantenimiento de un mínimo nivel de vida para todos los ciudadanos y garantizar, al menos, las necesidades fundamentales de los individuos.⁴⁹⁰

Es una obligación y un deber por parte de los poderes públicos el crear un Servicio Público de Empleo, en el sentido de llevar a cabo una organización de unos servicios para hacer posible la colocación de los trabajadores, aunque la finalidad exigida por la

⁴⁸⁷ Hay que tener en cuenta que el “pleno empleo” que hace referencia la Constitución en el artículo 40 CE está haciendo alusión a la política de empleo, pero no se reduce a ésta en sentido estricto, sino que “puede desbordar ampliamente los límites de la misma”. MARTÍN VALVERDE, A.: “La política de empleo: caracterización general y relaciones con el derecho del trabajo”, *DL*, núm.9, (1989), pág. 75.

⁴⁸⁸ Véase, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 40 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El Derecho al empleo”, *op.cit.*, pág. 1340.

⁴⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un futuro para la política social europea”, *Agora, Revista de Ciencias Sociales*, núm.2, enero-marzo (1999), pág. 80.

⁴⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta mínima de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999, pág. 82.

Constitución no es la de dar un puesto de trabajo concreto en el que cada ciudadano tenga un derecho subjetivo a ser colocado.⁴⁹¹ Además, aunque desde la Constitución no se indique nada acerca de las características con las que debe contar este servicio, se deduce que éste tiene que contar con un servicio integral de empleo, es decir, que realice la función de intermediación laboral pero al mismo tiempo organice una verdadera Política de Colocación que se coordine con las demás políticas de empleo.

Aunque la necesidad de crear un Servicio Público de Empleo queda reconocida en la Constitución -de forma implícita en el Art. 40 CE- es necesario ir analizando cuáles son las características de este Servicio y para ello se tendrán en cuenta otros preceptos de la Constitución:

-Es un Servicio dirigido principalmente a colectivos desfavorecidos. El Servicio Público de Empleo nace en el siglo XIX con la finalidad de atender las necesidades de ajuste de ofertas y demandas de trabajo de los colectivos con más dificultades a la hora de acceder a un empleo, finalidad que persiste hasta nuestros días, pues los Servicios Públicos de Empleo tienen como finalidad la gestión integral de todas las políticas activas de empleo. Al ser la actividad intervencionista un elemento cosustancial del Estado Social, tiene que haber un Servicio Público de Empleo en el que intervenga el Estado y que se encargue principalmente de ayudar a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.⁴⁹² Por tanto, la finalidad del Servicio Público de Empleo desde sus orígenes corresponde con la finalidad de todo Servicio Social si se entiende éste como “instrumento de la Política Social, de los que dispone tanto la sociedad como los poderes públicos para dar respuesta válida a las necesidades de los individuos, grupos o comunidades para la obtención de un mayor bienestar social y en definitiva para alcanzar una mayor calidad de vida”.⁴⁹³ Y atribuirle al

⁴⁹¹ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1964, pág. 413. De la misma forma indica el prof. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. [“Política de Empleo y Protección Social en el sistema Constitucional de Relaciones Laborales”, VV.AA.: (Martínez Abascal, V.A., Coord.): *Política de Empleo y Protección Social*, Editorial Gráficas Signo, Barcelona, 1996, págs. 30-31] que “el derecho al trabajo no puede significar la garantía por parte del ordenamiento jurídico del acceso seguro a un puesto de trabajo”. En el mismo sentido se manifiesta IGLESIAS CABERO, M. [“Gestión privada del empleo. El papel de las Empresas de Trabajo Temporal”, op.cit., pág.120], al indicar que “no quiere decir que se ofrezca en la Constitución una garantía suficiente a los españoles de que van a encontrar un empleo, ni se impone al empresario ni a los poderes públicos la obligación de proporcionarlo”; en el mismo sentido véase MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 40 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza...”, op.cit., pág. 1341.

⁴⁹² La técnica servicial es la técnica más idónea para remediar las injusticias derivadas de la estructura económica y social. Véase SERRANO TRIANA, A.: *La utilidad de la noción de Servicio Público y la crisis del Estado del Bienestar*, op.cit., pág. 84.

Servicio de Empleo naturaleza social implica además determinar a qué colectivos se dirige principalmente. Aunque en la Constitución no se hace ninguna referencia a si las Políticas de Empleo son selectivas, es decir, si están orientadas a favorecer a determinados colectivos, o si son indiscriminadas, esto es, protegen toda situación de desempleo, parece que aunque las dos opciones son perfectamente válidas, “una lectura integrada de la norma constitucional evidencia la mayor concreción y racionalidad de las políticas selectivas”,⁴⁹⁴ y ello porque no se deben interpretar los preceptos constitucionales de manera aislada, sino en su conjunto. En este sentido, teniendo en cuenta el Art. 9.2 CE, se corrobora la idea de que los poderes públicos son los que tienen que proteger a los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad. El papel del Estado -a través de los Servicios Públicos de Empleo- en la labor de una organización adecuada de una Política de Colocación encuentra su fundamento en la propia naturaleza y funciones del Estado Social reconocido en el Art. 1 CE.

-Se opta por un Servicio descentralizado territorialmente. En relación a si desde la Constitución se opta por un Servicio de Empleo descentralizado, actualmente no tiene mucho sentido tratar de argumentar cómo se podría proceder a una descentralización territorial de la Actividad de Colocación, debido a que está prácticamente consolidada. Entonces, el análisis está más en determinar cómo se ha fundamentado el proceso de descentralización territorial, que en indicar cómo se tendría que realizar.

En lo que se refiere a la fundamentación constitucional de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, hay que partir del Art. 149.1.13 CE al señalar expresamente que el “Estado tiene competencia exclusiva sobre... las bases y coordinación de la planificación económica”. Que el Servicio de Empleo tenga una naturaleza social,⁴⁹⁵ no significa que

⁴⁹³ Es la definición aportada por ALEMÁN BRACHO, M.C.: *El sistema público de servicios sociales*, op.cit. En el mismo sentido el prof. Ojeda Avilés aporta otra definición de Servicio Social análoga a la primera que literalmente indica que “los servicios sociales configuran un servicio público dirigido a colectivos en situación de desventaja social, para colaborar con ellos en su plena equiparación e integración”, que además es una definición que está en la misma línea que la ya dada en la Conferencia Internacional de Servicio Social en el año 1928: “Todo esfuerzo tendente a aliviar el sufrimiento proveniente de la miseria, a devolver a los individuos y las familias a condiciones normales de existencia a prevenir plagas sociales, a mejorar condiciones sociales y a elevar el nivel de vida mediante el servicio social de los casos individuales, los servicios sociales colectivos, la acción administrativa y legislativa de la colectividad y las encuestas sociales. El servicio social comprende por ello no sólo la seguridad, la asistencia y la acción social, sino también, hasta cierto punto, la higiene y la educación”. Véase OJEDA AVILÉS, A.: “El servicio público de empleo como servicio social: implicaciones autonómicas”, VVAA. (Prados de Reyes, F. Coord.): *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 44, 45, y 49.

⁴⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 40 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza...”, op.cit., pág. 1343.

desaparezca su contenido económico. Como éste se encarga de la gestión de las políticas de empleo, la fundamentación de la creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos se ha basado en la política económica. Así, el Servicio de Empleo ha sido, y sigue siendo un servicio social, pero con un fuerte contenido económico.

Además del Art. 149.1.13, la materia de política de empleo en general se podría considerar encuadrada en más de un título competencial, pues también se refiere a la actividad económica el Art. 148.1.13 CE indicando que las “Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en... el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”. En este caso le corresponden al Estado las “bases y coordinación” de la misma (Art. 149.1.13) mientras que las Comunidades Autónomas fomentan su propio desarrollo económico “dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional” (Art. 148.1.13 CE).⁴⁹⁶

La creación de los Servicios Públicos de Empleo también encuentra su fundamentación en el artículo 131 CE, que determina que “el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y de su más justa distribución”, solicitando para ello la colaboración de las Comunidades Autónomas, de los sindicatos y de otras organizaciones profesionales empresariales y económicas”. Este precepto no contradice los Arts. 149.1.13 y 148.1.13, sino que todos ellos están encuadrando la política de empleo en general dentro del marco de la política económica.⁴⁹⁷

Todavía se pueden enumerar otros preceptos que ya determinan claramente la posición que aquí se mantiene. Cuando el Art. 40 CE hace referencia a los “poderes públicos” no sólo está haciendo referencia al Estado sino que también se incluyen las

⁴⁹⁵ Para un estudio de la naturaleza social de este Servicio, véase SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo e Intermediación Laboral en las Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs.63 y ss.

⁴⁹⁶ Así justifica también el prof. ALARCÓN CARACUEL [La Política de Fomento del Empleo de las Comunidades Autónomas”, VV.AA (Castiñeira Fernández, J., Dirección): *III Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia laboral*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985, pág. 220] la fundamentación constitucional de la política de empleo, pues indica que en la Constitución no se indica la política de empleo “expressis verbis”.

⁴⁹⁷ De forma muy acertada, indica el profesor Cabrera Bazán que “en política de empleo hay mucho más de política económica que de Derecho Laboral”, CABRERA BAZÁN, J.: “Aproximación a una política de empleo para Andalucía”, VV.AA (Prados de Reyes, Coord.): *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.

Comunidades Autónomas,⁴⁹⁸ por lo que se podría indicar que están perfectamente encuadrados los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en este artículo, pues tienen como finalidad principal la gestión de las políticas de empleo y a su vez la consecución del pleno empleo.⁴⁹⁹ De este precepto se puede deducir que junto a la política estrictamente económica que va a incidir para la consecución del pleno empleo, hay que tener en cuenta otras políticas instrumentales que influyen en conseguir tal objetivo. Es decir, no interviene solamente la política económica, aunque como se viene diciendo es donde se va a encuadrar la actuación de los Servicios de Empleo, sino que para su consecución es necesario conjugar la política económica principalmente con la política social y la política educativa, y además es una tarea que le corresponde a los poderes públicos, pues los mercados por sí solos no llevan al pleno empleo, sino que es necesario que el Estado intervenga para “fomentar el empleo y mantener una economía de pleno empleo”.⁵⁰⁰

Se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional (STCo 195/1996 de 28 de noviembre, antecedente, núm.4), que “no puede decirse... que el empleo... esté ausente de la Constitución, como evidencia el artículo 40.1 del texto constitucional. [...] El sector legislativo “empleo” goza de “consistencia constitucional” específica; que la Constitución no lo atribuyó expresamente al Estado...”.⁵⁰¹ Esta tesis del Tribunal Constitucional, aunque fue planteada por un tema diferente al que se está tratando ahora,⁵⁰² puede servir para afirmar

⁴⁹⁸ “No hay ninguna duda para incluir a las Comunidades Autónomas dentro del término “poderes públicos”, MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 40.1 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza...”, op. cit., pág. 1354.

⁴⁹⁹ El prof. López Gandía ya se basó en estos preceptos constitucionales para justificar el desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas de la política de empleo, “en la medida en que la política de empleo forma parte de la política económica y sobre ella los artículos 148.1.13, 149.1.13”, y también lo justifica en el artículo 40 CE”. Véase LÓPEZ GANDÍA, J.: “La política de empleo de la Generalitat Valenciana”, *Revista de Treball*, núm.9, (1989), págs. 43-45.

⁵⁰⁰ STIGLITZ, J.E.: “Empleo, justicia social y bienestar”, *RIT*, vol. 121, (2002), núm.1-2, pág. 19.

⁵⁰¹ Sin embargo en la STCo se indicaba que la legislación laboral no es la que se refiere genéricamente al mundo del trabajo, sino en sentido concreto y restringido, la que “regula directamente la relación laboral, es decir, la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios a favor de los que bajo la dirección de quienes prestan estos servicios” (STCo 35/1982, f.2). Sin embargo, fue la STCo 195/1996, f.5, la que amplía esta estricta delimitación, considerando que las materias de colocación, empleo, ayudas de fomento de empleo y formación profesional ocupacional se insertan en la materia “legislación laboral”. Véase ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 768.

⁵⁰² Concretamente esta Sentencia trata sobre un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco contra la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el orden social.

con rotundidad que si el empleo no se le atribuyó de forma exclusiva al Estado, perfectamente se puede llevar a cabo la descentralización de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.

Junto al Art. 40.1 CE, hay que destacar también el Art. 35 CE, que al igual que ocurre con el Art. 40.1 CE, no se menciona expresamente en tales artículos los Servicios de Empleo, pero se puede deducir de su redacción la referencia a éstos, aunque de forma más genérica, pues estos preceptos no se refieren concretamente a la descentralización territorial de tales servicios. La creación de Servicios de Empleo representa una de las manifestaciones “del derecho social al trabajo en su dimensión de derecho a un empleo”, y por tanto se podría fundamentar también la creación de tales servicios en el derecho constitucional del derecho al trabajo, “en el que se justifican todos los medios que el Estado tiene que utilizar para poner en funcionamiento una eficaz política de empleo”.⁵⁰³

Hay que tener en cuenta otro precepto constitucional para justificar la creación de los Servicios Públicos Autonómicos de Empleo. Al margen de su encuadramiento en la actividad económica, indica el Art. 148.1 de la CE que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en la “organización de sus instituciones de autogobierno”. Así, “el propio Tribunal Constitucional ha reconocido en favor de las CCAA la posibilidad de “creación de órganos destinados a servir la acción política de las CCAA en materia laboral...”, todo ello dentro de los límites propios de la Sentencia 35/1982, de 14 de junio.⁵⁰⁴ Ahora bien, este poder de autoorganización que va implícito en el concepto de autonomía tiene que ser matizado y limitado, pues hay que tener en cuenta la materia en concreto que se trata y “el reparto de competencias constitucionales y de las normas del propio Estatuto de Autonomía”,⁵⁰⁵ por lo que ha sido necesario en primer lugar encuadrar y sistematizar la Política de Empleo en su conjunto y de forma global, y en segundo lugar fragmentar las diferentes políticas de empleo y determinar en cada una de ellas el reparto competencial entre el Estado y las CCAA.

Por otra parte, hay algunos preceptos en la Constitución que podrían plantear algún problema porque parecen defender la tesis contraria a la descentralización territorial: son los

⁵⁰³ MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 35 CE: el Derecho al Trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pág. 324.

⁵⁰⁴ En esta Sentencia se resolvía un recurso de inconstitucionalidad sobre la creación del Consejo de Relaciones Laborales por la Ley 9/1981, de 30 de septiembre, del Parlamento Vasco. Véase PÉREZ AMORÓS, F.: Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materia de Política de Empleo”, *REDT*, núm.26, (1986), pág. 271.

⁵⁰⁵ ALVAREZ DE LA ROSA, M.: “Las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia laboral y de Seguridad Social”, *REDT*, núm.44, (1990), pág. 632.

Arts. 131 y 132 CE, que hacen referencia a la organización territorial del Estado. Se podría pensar que mediante la descentralización territorial se viola el contenido de estos preceptos; esto es, la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación en todo el territorio español implicando además privilegios económicos o sociales. La descentralización territorial, como se está comprobando desde el ámbito de la Unión Europea, está teniendo más ventajas que inconvenientes, pues al estar más cerca del oferente y del demandante de empleo, se pueden gestionar con más facilidad las políticas activas de empleo; por lo que parece exagerado pensar que por el simple hecho de la descentralización se vaya a producir la violación de la libre circulación de las personas y de privilegios económicos y sociales. Desde luego que al producirse la “descentralización”, ya en su propio término indica que puede haber diferencias entre unas Comunidades y otras, pero para ello está la labor del “Servicio Estatal de Empleo” que va a realizar una coordinación entre todos los Servicios Públicos de Empleo existentes, y para ello se ha implantado un programa informático nacional para poder realizar a través de medios informáticos compartidos un adecuado y eficaz -y sin discriminaciones- ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo. Hoy en día sería absurdo pensar en la posible inconstitucionalidad de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Para evitar las posibles discriminaciones al realizar la actividad de intermediación también se están creando organismos de control y de seguimiento, así como la actuación de la Administración para las tareas de coordinación.⁵⁰⁶

Se ha podido comprobar que la creación de los Servicios Autonómicos de Empleo no cuenta con obstáculos jurídicos. Sin embargo, como después se comprobará, la creación de estos organismos es bastante actual, siendo la causa de la tardanza de inspiración política,⁵⁰⁷ pues ya desde los años ochenta, cuando ya estaba el sistema constitucional instaurado, se debatía la posibilidad de transferir los Servicios de Empleo y las funciones que desempeñaban a nivel estatal, pero ya se venía indicando que el Gobierno central no parecía interesado “ni siquiera a aquéllas donde mayores peculiaridades parece tener la colocación, pues nadie le quita al Estado la coordinación de las diversas políticas autonómicas al

⁵⁰⁶ El prof. Ojeda [OJEDA AVILÉS, A.: “El Servicio Público de Empleo como Servicio Social: Implicaciones autonómicas”, op.cit., págs. 53-54] rechaza también este argumento, en un momento en el que se discutía la posibilidad de descentralización territorial de la materia, indicando que por el simple hecho de llevar a cabo las transferencias no se va a cerrar el mercado a los originarios de otras Comunidades.

⁵⁰⁷ De este modo, se puede indicar que la ciencia no es neutral y que se ha puesto “descarada y mercenariamente al servicio de la política”. NIETO GARCÍA, A.: *El pensamiento burocrático*, Granada, Comares, 2002, pág. 22.

respecto”,⁵⁰⁸ siendo una constante en las Relaciones Laborales la “relativa intrascendencia del fenómeno regional”.⁵⁰⁹

Aquí se ha argumentado la constitucionalidad de la creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, y en el apartado en el que se analiza el contenido de los Estatutos de Autonomía en esta materia se analizará qué pueden realizar los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en materia de colocación, es decir, en qué título competencial se incluyen para poder determinar el margen de actuación de las Comunidades Autónomas en esta materia.

4.2. El modelo de Agencias de Empleo Privadas en la Constitución

La Constitución española no contiene un modelo delimitado y estático de colocación, sino que se admiten varios modelos que son más o menos aplaudidos en el marco de un determinado contexto social. Ahora bien, hay aspectos “intocables” a la hora de perfilar un posible modelo: concretamente, es necesario garantizar la existencia de un Servicio Público de Empleo, aunque se podría admitir que éste sea gestionado conjuntamente por instituciones públicas y privadas (es decir, que intervengan Entidades Colaboradoras). Del análisis detenido de los Arts. 35 y 40 CE se deduce que no se puede cuestionar la intervención pública en la Actividad de Colocación ni pensar en su eliminación. El derecho a acceder a servicios públicos de empleo es un derecho que aparece ya delimitado en el texto constitucional, por lo que “dentro de este círculo delimitado no cabe ninguna restricción”.⁵¹⁰ Esto significa que aunque en un determinado momento se den argumentos y buenas razones para limitar o eliminar el acceso al Servicios Públicos de Empleo, no se puede realizar porque “la fuerza normativa de la Constitución impide que el legislador ordinario o cualquier otro poder público someta a debate lo que confieren los

⁵⁰⁸ OJEDA AVILÉS, A.: “El Servicio Público de Empleo como servicio social...”, VV.AA.: *II Jornadas...* op.cit., pág. 58.

⁵⁰⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.; DEL REY GUANTER, S.: “Regionalización del sistema de relaciones laborales, autonomía colectiva y política de empleo”, VV.AA. (Prados de Reyes, F. Coord.): *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985* pág. 120.

⁵¹⁰ PIETRO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 218.

derechos constitucionales”,⁵¹¹ y este derecho está indirectamente determinado en la Constitución, como ya se ha comprobado.

Pero de la lectura de estos preceptos se deduce también que se admite una opción legislativa de configuración de un Servicio Público de Empleo que comparta sus funciones con Agencias de Colocación, de carácter público y privado”,⁵¹² sin entender por este motivo que debido a la intervención privada la iniciativa pública en una economía de mercado quede en un segundo plano.⁵¹³ A mi juicio, no se puede entender por tanto que el servicio público es capaz de absorber toda actividad del Estado y de los particulares, a diferencia de lo que señalaba la Escuela de Burdeos advertido en su momento por Hauriou,⁵¹⁴ y ello porque la actividad de todo servicio público “siempre ha sido compatible con el ejercicio por los particulares al amparo de una actividad que ni de *iure* ni de *facto* podrían desconocer los gobernantes”.⁵¹⁵

Es decir, es posible que intervengan Agencias de Empleo Privadas en la Actividad de Colocación, por lo que se puede admitir tanto un modelo de Colocación público en régimen de monopolio, como un modelo -más acorde con la realidad social- en el que intervenga el Servicio Público de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas. Y ello se puede fundamentar en el Art. 38 CE que reconoce la economía de mercado, esto es, “la libre y leal competencia entre los distintos agentes económicos”.⁵¹⁶ Para justificar la aceptación de

⁵¹¹ PIETRO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional...*, op.cit., pág. 218.

⁵¹² CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “El reconocimiento de otros intermediarios privados en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, en VV.AA. (Baylos Grau, A. Coord.): *Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, Madrid, CGPJ, 1995.

⁵¹³ ARIÑO ORTIZ, G.: “El Estado-empresario: iniciativa pública y reservas al sector público”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, M^a.N.; Molina Navarrete, C. Coords.): *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 447.

⁵¹⁴ HAURIUO, M.: *Obra escogida* (Santamaría Pastor, J.A.; Muñoz Machado, S.), Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976. Véase también CASSAGNE, J.C.: “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, VV.AA.: *Administración Pública y Economía. Balance del papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de liberalización*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001, págs. 16-17.

⁵¹⁵ RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: “Del Servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, num.150 (1999), pág. 60.

⁵¹⁶ ARIÑO ORTIZ, G.: “El Estado-empresario: iniciativa pública y reservas al sector público”, op.cit., pág. 444.

Agentes Privados en la Actividad de Colocación, ésta se tiene que enmarcar en la actividad económica, aunque la actividad específica que realice el Servicio Público de Empleo se considere una actividad social. Ahora bien, aun considerando la Actividad de Colocación como actividad económica se podría plantear la posibilidad de que no tuvieran cabida las Agencias de Empleo Privadas;⁵¹⁷ y ello se podría argumentar en el Art. 128 CE que señala que “mediante ley se podrá reservar al sector público... servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, cuando así lo exigiere el interés general”. Pero esta no sería la interpretación correcta, pues la posibilidad de que los poderes públicos creen monopolios tiene carácter excepcional ya que en este caso se estaría limitando el principio de libertad de empresa y de libre competencia económica. Es decir, el Art. 128 CE hay que entenderlo necesariamente en el marco del Art. 38 CE que reconoce la economía de mercado, esto es, “la libre y leal competencia entre los distintos agentes económicos”.⁵¹⁸ Y por consiguiente la intervención privada en la Actividad de Colocación queda justificada.

4.3. El “modelo de Colocación” en los Estatutos de Autonomía

Para contar con un análisis completo del modelo de Colocación, es necesario tener en cuenta también los Estatutos de Autonomía, y más en este momento cuando se ha iniciado el proceso de Reforma que aún no ha finalizado. Una vez que se ha determinado la compatibilidad con la Constitución de un modelo de Colocación descentralizado territorialmente, habrá que analizar los Estatutos de Autonomía para determinar si hay alguna referencia concreta a la actividad de Colocación.

Algunos Estatutos de Autonomía, en su versión inicial atribuían a la Comunidad Autónoma las competencias en materia de trabajo... “en especial los Servicios de Empleo y Acción Formativa”⁵¹⁹, que, como se recordará, era la terminología que se utilizó para organizar la Intermediación laboral en el final del período franquista. En algunos de los Estatutos de Autonomía ya reformados incluyen un nuevo capítulo referente a los derechos y deberes, entre los que se incluye el acceso gratuito a los Servicios Públicos de Empleo,⁵²⁰

⁵¹⁷ Para un estudio del artículo 128.2 CE, véase FONT GALÁN, J.I.: *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.

⁵¹⁸ ARIÑO ORTIZ, G.: “El Estado-Empresario: iniciativa pública y reservas al sector público”, op.cit., pág. 444.

⁵¹⁹ Estatuto de Castilla y León (LO 4/1983, de 25 de febrero, Art. 29.1.10 ET).

en los mismos términos que lo hace el Proyecto de Constitución Europea y que se ha podido también deducir de la Constitución Española aunque no se indique expresamente. Sin embargo, no hay una referencia expresa a la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas, ni para prohibirlas ni para aceptarlas, pero teniendo en cuenta la misma argumentación al analizar la Constitución, éstas quedan perfectamente admitidas, aunque lógicamente conviviendo con los Servicios Públicos de Empleo, que sí son obligatorios.

También es necesario analizar los Estatutos de Autonomía para determinar qué competencias tienen en materia de colocación. En todos los Estatutos de Autonomía, en su versión inicial, en el capítulo referente a las competencias de la Comunidad Autónoma, no se señalaba expresamente qué tipo de competencia tenían atribuidas en relación a las políticas de empleo, ni tampoco en materia de Colocación. Esta materia fue inicialmente polémica,⁵²¹ pues no había un consenso determinado a la hora de determinar dónde encuadrar la política de empleo, debido a la diversidad de títulos competenciales en las que las políticas de empleo se pueden encuadrar. De hecho, si se recuerda al analizar la parte histórica de la Actividad de Colocación, se pudo comprobar que el problema de la intervención de las Comunidades Autónomas en materia de políticas de empleo ya se planteó en los debates parlamentarios de la Ley Básica de Empleo y que finalmente se mantuvo al Estado como gestor único de estas políticas. Finalmente fue el Tribunal Constitucional quien se pronunció sobre este tema. Concretamente, la STCo 195/1996, de 28 de noviembre, antecedente 4, señalaba expresamente que *“colocación, fomento del empleo, formación profesional ocupacional son estadios previos a contrato de trabajo o a la relación laboral, que deben o pueden preceder ésta, cuya constitución en todo caso, favorecen. Las leyes laborales regulan todos estos estadios previos (por ejemplo, arts. 12.5, 16.1. y 3 y 17.3 ET), que, desde el punto de vista constitucional, han de encuadrarse en la norma de competencia del artículo 149.1.7 CE: Legislación laboral”*. La argumentación seguida por el Tribunal Constitucional para incluir la colocación de trabajadores en el Art. 149.1.7 CE fue la siguiente: la colocación de trabajadores se ha incluido dentro de los estadios previos al contrato de trabajo y como éstos se han incluido a su vez en el ET y concretamente en el Art. 16.2 ET, ésta por tanto

⁵²⁰ Estatuto Autonomía Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio, Art. 25.1); Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo, Art. 26); y también se incluye en el Proyecto de Estatuto de Autonomía Gallego.

⁵²¹ Así, GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: “La gestión de la protección por desempleo: el Instituto Nacional de Empleo”, *RSS*, núm. 12, (1981), págs. 254-255, fue contrario a la inclusión de la materia de colocación en el artículo 149.1.7 CE, pues indicaba que “en razón al carácter nacional del mercado de trabajo..., se trata de una competencia difícilmente descentralizable”.

Pero, sin embargo, y en opinión contraria a la citada anteriormente, mucho antes de que se produjera la descentralización territorial de los Servicios de Empleo, se argumentaba la necesidad de realizar la descentralización de los Servicios Públicos de Empleo. RICCA, S.: “Modelos alternativos de Servicios Públicos de Empleo: aspectos institucionales”, *VV.AA.: Jornadas Europeas sobre Servicios Públicos de Empleo y política de empleo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, pág. 32.

pertenece a la materia laboral, y se le aplica el Art. 149.1.7 que atribuye al Estado la competencia sobre la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

Esto significa que el modelo de Colocación se ha construido partiendo de la base de la competencia de ejecución de la legislación laboral atribuida a las Comunidades Autónomas; es decir, se han creado los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, pero tenían que tener en cuenta la interpretación del Tribunal Constitucional para determinar lo que puede realizar la Comunidad Autónoma, y en este caso es ejecución, es decir, gestión de la colocación, que le compete legislar en esta materia al Estado.

Si se compara la doctrina del TCo en esta materia con la práctica actual de las políticas de empleo en las Comunidades Autónomas, se puede comprobar que en la mayoría de las ocasiones se produce una extralimitación competencial de estas últimas, que va más allá de la mera ejecución, llevando a cabo su propio modelo de Colocación y regulando en esta materia. Por este motivo, en un principio, tal y como está estructurado el Sistema de Empleo, así como teniendo en cuenta la doctrina del TCo, sólo puede existir un modelo general de Colocación gestionado por las Comunidades Autónomas, pero no pueden existir tantos modelos de colocación como Comunidades Autónomas existan.

En este momento actual en el que se está produciendo una Reforma de los Estatutos de Autonomía,⁵²² es necesario volver a “revisitar” esta materia y analizar si los Estatutos de Autonomía incluyen en su articulado la colocación (en general las políticas de empleo), y de qué forma lo hacen: es decir, si lo han incluido en otro título competencial ampliando las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia, o por el contrario siguen manteniendo la doctrina del Tribunal Constitucional incluyendo las políticas de empleo en las competencias ejecutivas de la legislación del Estado. Dicho de otro modo, si se pretende que exista un único modelo de colocación, o si por el contrario las Comunidades Autónomas son partidarias de crear modelos de colocación diversos.

⁵²² Para un análisis de la Reforma de los Estatutos de Autonomía, véase VV.AA.: *La Reforma de los Estatutos de Autonomía*, Revista Jurídica de Castilla y León, Valladolid, 2003; VIVER I PI-SUNYER, C.; BALAGUER CALLEJÓN, F.; TAJADURA TEJADA, J.: *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; MOLINA NAVARRETE, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto competencial de competencias en las “maerías” de empleo, trabajo y protección social”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 283, octubre (2006); VV.AA. (Balaguer Callejón, F. Director): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007; VVAA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, CARL, Sevilla, 2007.

No se puede dar una respuesta unánime en este sentido, y ello porque no existe el mismo tratamiento en los Estatutos de Autonomía reformados, aunque se va a poder comprobar que la nueva redacción de los nuevos Estatutos de Autonomía se mueve entre la tradición y la tendencia a la expansión de las competencias de las Comunidades Autónomas disfrazada por la ambigüedad en la redacción de sus preceptos.⁵²³

*Así, hay Estatutos de Autonomía,⁵²⁴ que siguiendo la línea anterior, no hacen alusión directa a las políticas de empleo y vuelven a reiterar que la Comunidad Autónoma tiene competencias ejecutivas de la legislación laboral del Estado, por lo que se entiende que no se ha producido ningún cambio con respecto a los iniciales Estatutos de Autonomía y han “conservado” la doctrina del TC que ya se manifestó sobre dónde incluir la colocación de los trabajadores.

*Otros Estatutos de Autonomía, en cambio, sí incluyen en su articulado las políticas de empleo, aunque el contenido de estos Estatutos en esta materia también difiere de unos a otros.

-El Estatuto de Autonomía de Aragón⁵²⁵ incluye en las competencias ejecutivas las políticas de ocupación y la intermediación laboral, lo que significa que mantiene la doctrina trazada por el Tribunal Constitucional, la única novedad es que en vez de hacer referencia a la “legislación laboral” en general, incluye expresamente dentro de las competencias ejecutivas las políticas de empleo.

-El Estatuto de Autonomía de Cataluña⁵²⁶ manifiesta expresamente que corresponde a la *Generalitat* la competencia ejecutiva en “la intermediación laboral, que

⁵²³ En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La distribución de competencias en el Estado Social Autonomático en materia de políticas de empleo e inmigración”, *Tribuna Social*, núm. 198 (2007), pág. 20, y publicado en VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de AUtonomia*, op.cit., págs. 145 y ss.

⁵²⁴ LO 1/2006, de 10 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Art. 11.1.3); Borrador del Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia. En el Estatuto de las Islas Baleares (LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears) indica, de forma muy incompleta, que la Comunidad Autónoma tiene competencia ejecutiva en la legislación laboral y en la Formación Profesional Continua, y no indica nada acerca del resto de las políticas activas de empleo.

⁵²⁵ LO 5/2007, de 20 de abril, Art. 77.

⁵²⁶ LO 6/2006, de 19 de julio, Art. 170.d)

incluye la regulación, la autorización y el control de las agencias de colocación con sede en Cataluña”. En cuanto a esta redacción, hay algunos aspectos que hay que analizar:

-En primer lugar, si incluye la “intermediación laboral” en el Art. 149.1.7 CE -coherente además con la doctrina constitucional- la Comunidad Autónoma no puede llevar a cabo una regulación de las Agencias de Colocación -como así consta en la redacción del Estatuto de Autonomía- diferente a la que realice el Estado. En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados del grupo popular el 31 de julio de 2006,⁵²⁷ se ha alegado que no es constitucional el Art. 170.1.d) EAC al atribuir a la Generalidad de Cataluña la “regulación de las agencias de colocación con sede en Cataluña”. Así, el Parlamento de Cataluña realiza las alegaciones el 13 de noviembre de 2006 contra el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, y manifiesta que no tiene inconveniente en asimilar “regulación” con “reglamentación”, es decir, reconoce la extralimitación legislativa en esta materia ya que la CA de Cataluña no puede llevar a cabo una nueva regulación de las Agencias de Colocación, pues le corresponde al Estado hacerlo, pero, por el contrario considera -como está previsto en el Estatuto de Autonomía de Cataluña- que al estar atribuida a las Comunidades Autónomas la ejecución de la legislación laboral, abre la posibilidad para que la CA de Cataluña dicte reglamentos ejecutivos autonómicos, llevando a cabo una normativa de desarrollo complementaria a la establecida por el Estado⁵²⁸; es decir, el Estado es el que tiene competencia para legislar (incluyendo también la potestad reglamentaria externa), pero además, la Comunidad Autónoma puede dictar reglamentos que complementen la legislación laboral. La interpretación que se podría dar a esta competencia es que el Estado es el único que puede regular la materia de intermediación laboral, es decir, tanto con leyes como con reglamentos de desarrollo, pero sería compatible que la Comunidad Autónoma además pudiera dictar reglamentos de desarrollo complementarios. A pesar de que esta competencia está incluida en el Estatuto de Autonomía y se mantiene por parte de la doctrina la posición de su legalidad,⁵²⁹ hay otro sector doctrinal⁵³⁰ que no está

⁵²⁷ Para un completo análisis del citado recurso de inconstitucionalidad, véase ROJO TORRECILLA, E.: “Una primera, y provisional aproximación al contenido sociolaboral del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía...*, op.cit., págs. 43 y ss.

⁵²⁸ Art. 112: “Corresponde a la Generalitat en el ámbito de sus competencias ejecutivas, la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado, así como la función ejecutiva, que en todo caso incluye la potestad de organización de su propia Administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública”.

⁵²⁹ Véase, en este sentido, BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Competencias de ejecución. Legislación-ejecución, VV.AA.: *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pág. 58.

de acuerdo en hacer una interpretación amplia del término “ejecución de la legislación laboral”, y mantienen la doctrina constitucional en esta materia -STCo 18/1982, de 4 de mayo- en el que las Comunidades Autónomas lo que pueden hacer es dictar reglamentos internos de organización de los servicios mientras que la legislación laboral (incluyendo los reglamentos de desarrollo de la legislación laboral) le corresponde al Estado. En definitiva, la CA de Cataluña no puede llevar a cabo una regulación diferente de las Agencias de Colocación, le corresponde al Estado legislar; ahora bien, no hay unanimidad al respecto sobre si la CA podría llevar a cabo reglamentos de desarrollo que complementen la regulación estatal (en este caso en materia de Agencias de Colocación), o por el contrario se mantiene una interpretación “tradicional” siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, en la que sólo permita a la CA en materia de legislación laboral llevar a cabo reglamentos internos de organización. Esta cuestión está pendiente de resolver en el recurso de inconstitucionalidad ya interpuesto, como se viene analizando.

-En segundo lugar, por el contrario, parece coherente con la distribución competencial que el Estatuto de Autonomía asuma la competencia ejecutiva en la autorización y control de las Agencias de Colocación, en el mismo sentido que ya se ha venido atribuyendo tanto en las leyes de creación de los Servicios Autonómicos de Empleo como en la propia Ley de Empleo. Por lo que en este aspecto, no estoy de acuerdo con el contenido del recurso de inconstitucionalidad ya mencionado anteriormente que critica que se le atribuya a la Generalidad la competencia ejecutiva en materia de autorización y control de estas Agencias.

-En tercer lugar, el Estatuto de Autonomía hace referencia a las Agencias de Colocación y no indica nada si son públicas, privadas, con o sin ánimo de lucro. Esto significa que ha incluido un término más amplio, pero esto no significa que pueda regular cualquier Agencia de Colocación, sino que tiene que respetar los límites establecidos por la normativa estatal, y que por el momento, son Agencias de Colocación sin fines lucrativos, aunque puede existir la posibilidad de una regulación a nivel estatal de las Agencias de Empleo Privadas en general.

⁵³⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El reparto constitucional de competencias en materia laboral a la prueba de las reformas estatutarias”, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los Nuevos Estatutos de Autonomía...*, op.cit., pág. 142.

*Por último, el Estatuto de Autonomía de Andalucía⁵³¹ lleva a cabo una regulación de la “intermediación laboral” un tanto confusa, ya que por un lado la incluye dentro de las competencias ejecutivas, pero al mismo tiempo señala en el Título referente a “Economía, Empleo, Hacienda” que la Comunidad Autónoma tendrá “política propia de relaciones laborales, que comprenderá en todo caso las políticas activas de empleo, la intermediación y el fomento del empleo y del autoempleo”. Esta doble inclusión de la intermediación laboral en dos apartados diferentes, puede confundir sobre cuál es la competencia específica de la Comunidad Autónoma en esta materia. La interpretación más adecuada, de acuerdo con la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional, es que la Comunidad Autónoma en este caso no puede legislar sino llevar a cabo reglamentos de organización, y en este sentido, podrá “gestionar” su política de relaciones laborales (en este caso, la intermediación laboral) siempre y cuando se tenga presente que la regulación de la intermediación laboral se lleva a cabo a nivel estatal.

Para concluir se puede indicar que a pesar de que los Estatutos de Autonomía no son unánimes al respecto, la materia de Colocación y en particular la Intermediación laboral es competencia del Estado, es decir, la Comunidad Autónoma no puede legislar en esta materia, aunque sí puede llevar a cabo una gestión propia de la intermediación laboral tal y como se viene haciendo en las Comunidades Autónomas. Aún teniendo en cuenta que no todas las políticas de empleo se pueden incluir en el mismo título competencial, parece correcto que la materia de intermediación laboral se incluya dentro de las competencias ejecutivas, tal y como ya señaló el Tribunal Constitucional. Parece adecuada esta interpretación,⁵³² y así lo vienen haciendo los nuevos Estatutos de Autonomía reformados, a pesar de que la redacción de alguno de ellos es algo confusa. Pero es totalmente necesario que si la competencia de legislación es del Estado, éste lleve a cabo una regulación adecuada que le permita a las Comunidades Autónomas tener un marco legal de referencia y evite que cada una regule la Actividad de Colocación de forma diferente. Es decir, el modelo de

⁵³¹ Para un completo análisis del Estatuto Andaluz en su vertiente socio-laboral, véase MOLINA NAVARRETE, C.: “La segunda fase en la construcción del nuevo Estado Social Autonómico: claves socio-laborales del Estatuto de Andalucía”, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía...*, op.cit., pág. 43.

⁵³² Sin embargo, algunos grupos parlamentarios durante la tramitación de la Ley de Empleo consideraron que la citada ley no se adaptaba correctamente al marco de distribución competencial establecido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía (Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progres (GPECP) y que la ley lo que pretende es eliminar “la condición de transferible de las políticas activas de empleo, ya que difícilmente puede hablarse de servicios públicos de empleo autonómicos si éstos carecen de capacidad normativa alguna” (Grupo Mixto (GPMX). BOCD. Senado Núm.II-169-b) de 10/11/2003, pág.15.

Colocación tendría que ser único, regulado a nivel estatal, dejando margen de actuación a las Comunidades Autónomas en materia de organización y gestión de la Actividad de Colocación, pero en ningún caso de regulación.

4.4. Conclusiones

Del análisis de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía se puede deducir que hay varias opciones de modelos de colocación, aunque hay una serie de características que son invariables si se quieren respetar los diferentes preceptos constitucionales analizados. Actualmente en España -y se refleja en la Constitución- se ha asumido, en lo referente a la materia de Colocación un modelo “institucional o desarrollista del Estado del Bienestar” pues parte de la consideración del Estado como la instancia principal de provisión del bienestar (proporcionar colocación) para todos los ciudadanos. Es obligatoria la existencia de un Servicio Público de Empleo, quedando prohibido un modelo de colocación propio de la doctrina del *laissez-faire* o modelo de mercado que llevaría a defender la más absoluta disponibilidad privada sin “intromisión alguna del poder público”,⁵³³ propio de otras épocas y hoy en día rechazado. Pero sería posible, según el modelo internacional, comunitario y el establecido en la Constitución Española, el crear un modelo de monopolio público de colocación, aunque éste es propio de épocas pasadas en las que como se ha venido señalando se pretendía poner fin a la existencia de Agencias de Colocación con importantes fines lucrativos. Este modelo, aún siendo compatible con el contenido de la Constitución, hoy en día no es el más apropiado, de hecho España ya ha abandonado este modelo. El Servicio Público de Empleo -que no actúa ya en régimen de monopolio- tiene la finalidad de proporcionar un servicio integral de empleo, pero nunca entendido como un derecho subjetivo a ser colocado. Por otra parte, se ha optado -teniendo en cuenta la normativa constitucional- por un Servicio Público de Empleo que se encargue principalmente de buscar empleo a los sectores más desfavorecidos de la sociedad, y para ello, además, la Constitución permite que las Comunidades Autónomas puedan crear su propio Servicio Autonómico de Empleo y concretamente en materia de Colocación pueden ejecutar lo ya legislado a nivel estatal, aunque se está produciendo en la actualidad una extralimitación de las competencias que tienen asumidas las Comunidades Autónomas en materia de colocación debido a la falta de un régimen jurídico fuerte que regule tal actividad a nivel estatal y se ejecute por las Comunidades Autónomas. Por último, y para argumentar un modelo de Colocación en el que se acepten los intermediarios privados, se ha considerado la Actividad de Colocación como una actividad económica, pero con alguna

⁵³³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El negocio jurídico como categoría problemática”, Estudio preliminar a la obra de BETTI, E.: *Teoría General del Negocio Jurídico*, Comares, Granada, 2000, pág. XXVIII.

limitación: el Estado sigue teniendo en este modelo un papel fundamental como intermediario de inserción, por lo que se ha optado por un modelo mixto de colocación, que es el que va más acorde con la normativa analizada.⁵³⁴

En definitiva, la Actividad de Colocación puede estar basada en un modelo de monopolio público que sería compatible con la Constitución, pero también admite un modelo abierto a Agencias de Empleo Privadas aunque controladas por el Estado. Este es el modelo que se está siguiendo en la mayoría de los países desarrollados, dejando claro, que aunque la actividad deje de ser pública (considerado como monopolio de colocación), sigue siendo de interés público, que es lo que garantiza la Constitución.

Ahora bien, aunque tanto a nivel internacional, como a nivel comunitario, e incluso en nuestro país a través de la Constitución, hay un dato claro en el modelo y es la presencia del Servicio Público de Empleo y la posibilidad de convivir con éste Agentes Privados, ningún país tiene un idéntico modelo de colocación con respecto a otro. Así, existen modelos de colocación en los que conviven Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas, que actúan sin ningún tipo de coordinación y en la más absoluta independencia, aunque este modelo no iría muy acorde con la línea marcada en la OIT que hace una especial referencia a la coordinación necesaria entre los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas; existen otros modelos en los que conviven Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas pero con una relación de colaboración sin estar basada en razones de competitividad. Éste es un modelo mucho más consolidado y más acorde con la normativa internacional y comunitaria, en el que se aceptan las Agencias de Empleo Privadas pero también se regulan, sometándose a unos controles tanto para su posible creación como para su posterior funcionamiento; también cabe la posibilidad de que el Servicio Público de Empleo se reemplace por una “red” de servicios competitiva integrada por organizaciones privadas, comunitarias y gubernamentales que reciben financiación pública consistente en el pago individual por la colocación de los demandantes de empleo.⁵³⁵ Son posibles modelos que todos tienen cabida en la normativa

⁵³⁴ Sin embargo, puede haber varios sistemas de colocación: Un sistema de monopolio, que puede ser estricto (Turquía) o moderado (Bélgica, España, Francia, Luxemburgo, Japón y Noruega) donde las Agencias Privadas están permitidas sólo en casos excepcionales. Está el sistema de coexistencia que puede ser regulada (Alemania, Austria, Holanda, Irlanda, Islandia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza) o libre (Australia, Dinamarca, Estados Unidos y Nueva Zelanda) y la diferencia está en la exigencia o no de licencias especiales de funcionamiento. El sistema de mercado consiste en que las agencias privadas proveen servicios de empleo de cualquier tipo, y que no hay ejemplos en los países de la OCDE. Para un estudio de estos tres sistemas véase ALUJAS RUIZ, J.A.: “Políticas activas de mercado de trabajo en España...”, op.cit., págs. 40 y 41.

⁵³⁵ Este último modelo se ha implantado en Australia, que además de funcionar Agencias Privadas con previa autorización, se llevó a cabo una reforma del Servicio Público de Empleo para hacer posible que no fuera éste sólo un intermediario de los colectivos difíciles de inserción. En la pasada década se llevó a

internacional y comunitaria, y también en nuestra Constitución Española, aunque unos se pueden preferir sobre otros. Al analizar el modelo de Colocación en España, se analizará el modelo actual y se hará una crítica de éste así como propuestas de reforma.

cabo una transformación de este servicio produciéndose una externalización entrando en juego una red de proveedores privados. O'DONNELL, A.; MITCHEL, R.: "Employment agencies: the regulation of public and private employment agencies in Australia: an historical perspectiva", *23 Comp.Lab.L & Pol'y J.7 (Comparative Labour Law & Policy Journal)*, (2001), pág. 43.

II. EL MODELO VIGENTE DE COLOCACIÓN EN ESPAÑA

1. “Escasa” referencia normativa. La Ley de Empleo 56/2003

Recientemente, con la Ley de Empleo 56/2003 se ha producido la culminación del proceso de cambio que ya se venía realizando en relación a la organización de las políticas de empleo y concretamente en relación a la distribución y organización de los Servicios de Empleo. Se ha creado el Sistema Nacional de Empleo formado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Este cambio, como ahora se comprobará, ha ido haciéndose de forma paulatina, y lo que se ha pretendido con esta nueva ley ha sido sentar las bases de una nueva organización, de una descentralización territorial en esta materia. Esto significa que el marco de referencia legal hasta el momento - la LBE- ha sido derogado por la Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre. Los cambios producidos con respecto a la LBE se pueden apreciar desde el mismo título, pues se ha eliminado el término “básica”. El Consejo Económico y Social se manifestó al respecto en el Dictamen realizado sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo, y criticó la eliminación del término “básica”, pues según éste las normas aludidas seguían teniendo un carácter básico. Pero se puede dar una explicación de la eliminación de este término: el texto inicial de la LBE incluía en su Título II los Sistemas de Protección por Desempleo, y por ello se entendió que todo era legislación básica. Sin embargo, actualmente, aunque hay referencias a la protección por desempleo, ésta queda regulada en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y al quedar la Ley de Empleo principalmente para hacer referencia a las políticas activas de empleo, se ha eliminado el término “básica” por este motivo, para que no haya confusiones del encuadramiento constitucional del contenido de la Ley de Empleo.⁵³⁶

El actual modelo de Colocación en España opta por la creación de un Sistema Nacional de Empleo que consta de un Servicio público y gratuito formado por un Servicio Público de Empleo a nivel estatal y por Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, en el que se gestionan tanto las políticas activas como las políticas pasivas de forma coordinada y en el que participan también agentes sociales y otras instituciones de derecho público y de derecho privado. Dicho Sistema Nacional de Empleo prevé un Servicio Público que en parte está “externalizado”, en el que la gestión de las políticas activas de empleo se realiza también

⁵³⁶ En este sentido también se manifiesta MONTOYA MELGAR, A.; CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 50.

por una red de Entidades Colaboradoras hasta ahora poco definidas “legalmente”, y que se han previsto en la LE como Agentes de la Intermediación. Esto no significa que todas las políticas de empleo las gestionen entidades diferentes a los Servicios Públicos de Empleo y que estos servicios no lleven a cabo tal gestión, pero cada vez más se está dejando en manos de las Entidades Colaboradoras la gestión de estas políticas. Esta externalización de los Servicios Públicos de Empleo se va a poder llevar a cabo, pero siempre con la colaboración de entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro, como en este estudio se analizará.

Al margen del Sistema Nacional de Empleo, aunque incluidas en la Ley de Empleo 56/2003, se prevén otros Agentes de la Intermediación además de los Servicios Públicos de Empleo. Esta ley es continuista con el modelo anteriormente vigente puesto en marcha a partir de la Reforma de 1994, pues se sigue optando por un modelo mixto de Colocación en el que participan servicios públicos y privados, éstos sin fines lucrativos. En este caso, prevé las Agencias de Colocación debidamente autorizadas, entendiéndose que son éstas las Agencias de Colocación sin fines lucrativos previstas en el Art. 16 ET y reguladas en el RDAC e introduce un nuevo Agente de la Intermediación, aún sin desarrollo reglamentario denominado “Servicios para los trabajadores en el exterior”.

Pero al margen de lo establecido en la LE, actúan en España numerosas Agencias de Empleo Privadas que no están actualmente reguladas -salvo las ETT-. Como ahora se comprobará, existe un modelo de Colocación aparente que es el que da a conocer la Ley de Empleo, pero coexiste con Agencias de Empleo Privadas que actúan para diferentes colectivos en un marco legal inexistente, a pesar de que España ha ratificado el Convenio núm. 181 OIT. La ausencia de una legislación específica para estas Agencias está planteando numerosos problemas sobre todo en relación a los efectos que se producen para los demandantes de empleo y oferentes de empleo que las utilizan. La inexistencia de regulación no es excusa para dejar al margen su estudio, y para ello se van a analizar aquí todas las Agencias de Empleo Privadas que actúan en España, anticipándose aquí la crítica de la ausencia de control en su actuación.

De este modo, se va a dividir el estudio del modelo de Colocación actual en España, por una parte, en el estudio de la descentralización territorial, analizando los diferentes Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y las funciones que en esta materia se les asignan, así como las funciones que se mantienen para el Servicio Público de Empleo Estatal. Y por otra parte, también se analizarán los Agentes de la Intermediación previstos en la Ley de Empleo, en el que se analizará por separado cada régimen jurídico en caso de que exista, y en los casos en que los que no exista tal régimen jurídico, se determinarán sus características generales, esperando a que se lleve a cabo un desarrollo reglamentario de la norma. Pero como la Ley de Empleo es incompleta en este sentido, es necesario analizar las demás Agencias de Empleo Privadas que actúan en la práctica y que carecen de régimen

jurídico, ya que su implantación en el mercado de trabajo supera a los Agentes de la Intermediación previstos legalmente.

3. La “descentralización territorial” de la Actividad de Colocación

Antes de proceder al análisis concreto de la descentralización territorial de la Actividad de Colocación, es necesario explicar y justificar el título de este apartado: “descentralización territorial”. Descentralizar, siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa “transferir a diversas corporaciones u oficios parte de la autoridad que antes ejercía el Gobierno Supremo del Estado”.⁵³⁷ Esto significa, y aplicándolo en este caso, que la descentralización territorial es una técnica administrativa que se ha utilizado para que las Comunidades Autónomas tengan participación en la gestión de las políticas de empleo, y para ello se ha procedido al traspaso de competencias, concretamente en materia de “Intermediación laboral”, y a su vez se ha creado un organismo que gestione esta actividad, y son los Servicios Autonómicos de Empleo.

Y para que quede coordinada toda la gestión de las políticas de empleo, se ha creado un Sistema Nacional de Empleo formado por el Servicio Estatal de Empleo y los Servicios Autonómicos de Empleo, aunque en materia de políticas activas, y en concreto en materia de Colocación, las “protagonistas” van a ser las Comunidades Autónomas. Hay que hacer algunas advertencias para que se pueda comprender el análisis de la “descentralización territorial de la actividad de colocación”:

-En primer lugar, la descentralización territorial no se ha producido de forma brusca e inmediata, sino que ha sido un proceso lento, que inicia en la década de los noventa, y que actualmente no ha terminado, y que además se llevó a cabo sin determinar los elementos fundamentales que se tenían que seguir en el proceso de descentralización, y ello ha hecho que se produzcan diferencias importantes en la gestión de la intermediación en las Comunidades Autónomas.⁵³⁸

⁵³⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.: *Diccionario de la Lengua Española*, op.cit., pág. 520

⁵³⁸ En el mismo sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional”, *RL*, núm. 19, octubre, (2006), pág. 6.

-En segundo lugar, la forma de organizar la gestión de las políticas de empleo se ha podido estructurar de diversas formas, habiendo más opciones para ello,⁵³⁹ pero en un principio se determinó en un centralizado Servicio Público de Empleo (INEM), aunque con su propia organización territorial, y en un segundo momento, por una descentralización administrativa, dando paso a la intervención de las Comunidades Autónomas mediante la gestión de la Actividad de Colocación.

-En tercer lugar, antes de procederse a la descentralización territorial de la Actividad de Colocación, el Servicio de Empleo era gestionado en su totalidad por el INEM, pero dentro de su organización territorial contaba con una amplia red de Oficinas distribuidas por todo el territorio, aunque éstas dependían del INEM y no de las Comunidades Autónomas.

Así pues, la creación del Sistema Nacional de Empleo como una forma de llevar a cabo la territorialización de las políticas de empleo mediante una descentralización administrativa, no deja de plantear en la actualidad problemas de coordinación y diferencias importantes entre unas Comunidades Autónomas y otras, lo que hace que no se haya creado un verdadero Sistema Nacional de Empleo.

En todo Sistema, existen dos notas que lo definen: orden, en el sentido de coherencia interna, y unidad, reconduciéndose tal Sistema a unos principios básicos.⁵⁴⁰ Pero se va a poder comprobar, del estudio en el siguiente apartado de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y también de las Entidades Colaboradoras, que a pesar de que se ha creado tal Sistema Nacional de Empleo, éste no cuenta con las dos notas características que lo definen.

2.1. Los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en el marco del Sistema Nacional de Empleo

La Ley de Empleo ha creado el Sistema Nacional de Empleo compuesto por el Servicio Estatal de Empleo y los Servicios Autonómicos. Sin embargo, éstos últimos no han aparecido con esta nueva Ley sino que se ha ido produciendo un cambio paulatino, y lo que ha hecho la LE es fijar el sistema organizativo que ya estaba prácticamente creado y que va a sustentar la política de empleo.⁵⁴¹ Es decir, la LE no comienza el SNE, no se ha creado a

⁵³⁹ Así, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M^a: *La política de colocación*, Bomarzo, Albacete, 2006, señala que “quizás la descentralización del INEM en lugar de geográfica debiera haberse llevado a cabo por especialidades profesionales vinculadas a los diversos sectores productivos”.

⁵⁴⁰ CLAUS-WILHELM CANARIS: *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1998, págs. 20-21.

partir de esta Ley, sino que ya estaba prácticamente formado, a diferencia de lo que ocurrió con el Sistema Nacional de Salud en la que la mayor parte de los Servicios Autonómicos de Salud se crearon después de la regulación de este Sistema por la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad.⁵⁴²

En el marco de la organización del Sistema Nacional de Empleo es necesario determinar a quién se le encarga la función de Colocación. Ésta se ha asignado a los Servicios Autonómicos de Empleo siempre y cuando hayan asumido tal competencia, y al Servicio Estatal de Empleo se le atribuye una función específica y es la de realizar “programas de intermediación y políticas activas de empleo cuyo objetivo sea la integración laboral de trabajadores inmigrantes, realizados en sus países de origen, facilitando la ordenación de flujos migratorios” (Art. 13 LE) y gestiona las políticas activas de empleo relativas a la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo en el ámbito estatal, formación profesional y continua, mientras la gestión de la misma no haya sido objeto de transferencia a las Comunidades Autónomas (Disposición Transitoria Segunda LE).

Aunque la mayor parte de las Comunidades Autónomas tienen traspasadas las competencias en materia de Colocación (excepto País Vasco), la asunción de estas competencias no se realizó de la misma forma ni al el mismo tiempo. Así, para que actúe el Servicio Público de Empleo Autonómico, no sólo hace falta su creación, sino también tienen que estar traspasadas las competencias en la materia, que en la mayor parte de las ocasiones se produjo antes de la promulgación de la LE. Ahora bien, con la LE se ha fijado el marco normativo y se ha consolidado el proceso de descentralización territorial que se venía haciendo desde los años 90.⁵⁴³ En este sentido, la situación actual en las distintas Comunidades Autónomas es la siguiente, pudiéndose agrupar de la siguiente forma:⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Para un estudio del proceso de descentralización territorial en materia de colocación, véase SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo e Intermediación laboral en las Comunidades Autónomas*, op.cit., págs. 37 y ss.

⁵⁴² Véase TEMES MONTES, J.L.; GIL REDRADO, J.: *Sistema Nacional de Salud*, McGraw Hill, Madrid, 1996, págs. 22-23; y PEMÁN GAVÍN, J.M^a: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional dae Salud*, Comares, Granada, 2005, págs. 125 y ss.

⁵⁴³ Es cierto, como afirma CAVAS MARTÍNEZ, F. (“El nuevo Derecho del Empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo”, *AS*, núm.19, marzo (2004), pág. 17) que “La ley llega en cierta medida tarde, pues hubiera sido oportuno contar con este nuevo marco normativo general de forma previa al inicio del proceso de transferencias de gestión de las políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas, después de haberlo consultado con éstas”.

⁵⁴⁴ El análisis por grupos de la situación actual en las distintas Comunidades Autónomas no corresponde a una diferenciación entre Comunidades de autonomía gradual y Comunidades de autonomía

1. El primer grupo comprende las Comunidades Autónomas en las que antes de que entrara en vigor la Ley de Empleo ya contaban con Servicios Autonómicos de Empleo y con Decretos sobre traspaso de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo (hoy, SPEE) en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación. Dentro de este grupo están, por un lado, las Comunidades Autónomas en las que se produjo primero el traspaso de competencias en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y una vez que tenían atribuidas competencias en materia de gestión de las políticas activas de empleo crearon los Servicios Públicos Autonómicos de Empleo como órganos gestores de las políticas activas. Se incluyen aquí Cataluña, Valencia, Canarias, Navarra, Madrid, La Rioja, Cantabria, Castilla La-Mancha, Castilla y León y Asturias.⁵⁴⁵ Por otro lado, están las Comunidades Autónomas en las que se ha creado primero el Servicio de Empleo y posteriormente se ha producido el traspaso en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación. Ha sido el caso de Extremadura, Andalucía, Murcia y las Islas Baleares.⁵⁴⁶

plena, pues al haberse producido de forma tardía el proceso de traspaso de competencias en materia de intermediación laboral, en este momento todos los Estatutos de Autonomía ya tienen asumida tal competencia.

⁵⁴⁵ En el caso de Canarias, hay que hacer algunas aclaraciones. Se creó por Ley 7/1992, de 25 de noviembre el Instituto Canario de Formación y Empleo que tenía por finalidad la aplicación de la política de empleo, aunque por el momento no tenía asumida la gestión de las políticas de empleo. Posteriormente por Real Decreto 150/1999, de 29 de enero se llevó a cabo el traspaso a la Comunidad Autónoma de Canarias la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y se le atribuyeron al Instituto Canario de Formación y Empleo (ICFEM) estas funciones (Decreto del Gobierno de Canarias 111/1999, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Instituto Canario de Formación y Empleo). En este caso no se puede decir que se había creado el órgano específico para su gestión, sino que se adaptó tal órgano para que gestionara las funciones y servicios en materia de gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (esto es, incluida la intermediación laboral). Cuando se crea un nuevo organismo específico, estas funciones se le atribuyen al nuevo Servicio Canario de Empleo (Ley 12/2003).

En cuanto a Asturias, se ha creado recientemente la Ley del Principado de Asturias 3/2005, de 8 de julio, del Servicio Público de Empleo (BOPA núm. 165, de 18 de julio de 2005; o BOE núm. 219 de 13 de septiembre de 2005). Hasta este momento, la gestión de la intermediación laboral la realizaba la Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo de Asturias, concretamente por el Servicio de Intermediación Laboral incluido en la Dirección General de Trabajo y Seguridad Laboral (Decreto 9/2000, de 3 de febrero, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Trabajo y promoción de empleo, modificado por Real Decreto 20/2001).

⁵⁴⁶ Este orden de llevar a cabo el proceso de descentralización territorial ha tenido su repercusión en el contenido de las leyes de creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Así, en el caso de Andalucía se produce una descompensación entre la dimensión funcional y la dimensión institucional, fruto de haber comenzado creando el órgano sin tener aún traspasadas la mayor parte de las funciones, pues sólo tenía atribuidas las funciones de la gestión de la formación profesional ocupacional. Para un estudio de las leyes de los Servicios Autonómicos de Empleo y concretamente el análisis de la creación del Servicio Andaluz de Empleo, véase SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo e intermediación laboral en las Comunidades Autónomas*, op.cit., págs. 51 y ss.

2. Un segundo grupo está formado por aquellas Comunidades Autónomas que no han creado un Servicio Público de Empleo Autónomo, aunque sí gestionan la totalidad de las políticas activas de empleo. En este caso, como en el primer grupo ya analizado, quien gestiona las políticas activas (incluyendo la colocación) es la propia Comunidad Autónoma pero no a través del Servicio Público de Empleo Autónomo sino a través de la Consejería de Empleo de la Comunidad Autónoma correspondiente. Lo que sí está claro es que una vez que tienen traspasadas tales competencias no es competente el Servicio Público de Empleo Estatal y ello se deduce de la propia Disposición transitoria segunda de la LE al indicar que “El Servicio Público de Empleo Estatal gestionará las políticas activas de empleo relativas a la intermediación y colocación en el mercado de trabajo... mientras la gestión de la misma no haya sido objeto de transferencia a las Comunidades Autónomas”.

Es el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, en la que actualmente funciona un Servicio Gallego de Colocación adscrito a la Subdirección General de Formación y Colocación de la Consejería de Familia y Promoción de Empleo, Mujer y Juventud. Esta es una de las Comunidades Autónomas que se aparta de las reglas generales que se aplican a las demás, según lo establecido en la normativa vigente. El Servicio Gallego de Colocación se estructura en centros asociados y distribuidos por toda la Comunidad Autónoma regulados en la “Orden de 6 de mayo de 2005 por la que se regula el funcionamiento de los centros asociados al Servicio Gallego de Colocación y se establecen las bases y la convocatoria para la concesión de las compensaciones económicas de las acciones que van a realizar los centros asociados”.⁵⁴⁷ Estos centros asociados o centros colaboradores realizan verdaderas tareas de intermediación, al introducir toda la información en la base de datos de demandantes del Servicio Gallego de Colocación para casar con otras ofertas de empleo.

Al haber entrado en vigor la Ley de Empleo en el que se ha organizado el Sistema Nacional de Empleo en el Servicio Público de Empleo Estatal y en los Servicios Públicos de Empleo Autónomos, sería conveniente que esta Comunidad Autónoma se ajustara a lo establecido en la LE y se creara un Servicio Público de Empleo Autónomo con las características atribuidas a éstos en la LE y como prácticamente todas las Comunidades Autónomas lo han realizado. Además, al gestionar las políticas activas por otras instituciones diferentes al Servicio Público de Empleo Autónomo puede ocurrir que la coordinación entre todos estos Servicios Públicos no sea eficaz, y que se cree -y no se gestione- un sistema propio de colocación sin ajustarse a las referencias normativas a nivel estatal ya existentes.

3. El tercer grupo está formado por aquellas Comunidades Autónomas en las que no se ha creado un Servicio Público de Empleo ni se ha producido el traspaso de competencias en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación. La única Comunidad Autónoma en esta

⁵⁴⁷ DOG, núm. 93, de 16 de mayo de 2005.

situación es el País Vasco en el que se ha creado un Servicio de Colocación (LANGAI) como Agencia de Colocación sin fines lucrativos según el RDAC, y que ha sido creado por el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social y está gestionado directamente por la Sociedad Pública EGAILAIN, siendo sus objetivos básicos los de ofrecer a las empresas los candidatos adecuados para cubrir sus necesidades y ponerlos en contacto con los demandantes de empleo.⁵⁴⁸ Sería conveniente, una vez que ya ha entrado en vigor la Ley de Empleo 56/2003 y creado entonces el Sistema Nacional de Empleo formado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, que se culmine el proceso de creación de los Servicios de Empleo, creando el Servicio Vasco de Empleo, así como proceder al traspaso de competencias en la materia. La falta de traspaso de competencias se debe en parte a la falta de acuerdo en la Comisión Mixta de Transferencias, pues el proceso de aprobación del Decreto de traspaso de competencias requiere el consenso de los miembros de la Comisión Mixta, y en el caso en el que no se llegue a un acuerdo, no existe actualmente una previsión normativa para intentar desbloquear la decisión de los miembros de dicha Comisión.⁵⁴⁹ Esta falta de acuerdo provoca la duplicidad de medios empleados en esta Comunidad Autónoma y la realización de la actividad de colocación de forma diferente a como se hace en el resto de las Comunidades Autónomas.

4. El cuarto grupo, es el más diferente con respecto a los otros tres. Es el caso de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en el que no hay creado ni un Servicio de Empleo ni se han traspasado las competencias en la materia. Esta ausencia no responde a cuestiones políticas, sino a cuestiones jurídicas. Si se analizan las Leyes Orgánicas 1 y 2/1995, de 13 de marzo, de Estatutos de Autonomía de las Ciudades de Ceuta y Melilla, se puede comprobar que en su Art. 21, respectivamente, ambas Ciudades ejercerán competencia sobre el “fomento del desarrollo económico de la Ciudad dentro de los objetivos, planes y programas aprobados por el Estado” y también de “Asistencia Social”. Pero, sin embargo, en su Art. 22, al determinar qué materias pueden ejecutar estas Ciudades, no incluye la ejecución en materia laboral, y por lo tanto no tiene competencia en materia de gestión de la Colocación. Esto significa que las funciones de intermediación laboral se siguen realizando a nivel estatal

⁵⁴⁸ El funcionamiento del Servicio Vasco de Colocación (LANGAI) está de una forma muy completa explicado por LÓPEZ PARADA, R. (“Transferencia y privatización del servicio público de colocación”, op.cit., págs. 122-123); ARRÚE MENDIZÁBAL, M.: “El Servicio Vasco de Colocación/Langai”, VV.AA.(Goñi Sein, J.L.; Landa Zapirain, J.P. Directores): *Derecho Social Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1999, pág. 103; y en SOBRINO GONZÁLEZ, G.M^a: *La política de colocación*, op.cit., págs. 204 y ss.

⁵⁴⁹ TORNOS MAS, J.: “La reforma de la Administración Periférica del Estado”, VV.AA.: *La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas*, Generalitat de Cataluña. Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1997, pág. 40.

a través de las Oficinas de Empleo del Servicio Público de Empleo Estatal y también por las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, que aunque su ámbito se reduzca al de la Comunidad Autónoma, van a depender del SPEE. Al fundamentar la creación de los Servicios Públicos de Empleo dentro de la política económica, se podría crear también un verdadero Servicio de Empleo en cada una de las Ciudades -al tener asumida la competencia sobre el fomento del desarrollo económico- aunque las competencias que se le podrían atribuir estarían limitadas, como es el caso de la intermediación laboral, que no asumiría ninguna competencia. En definitiva, la única función en esta materia que pueden realizar ambas Ciudades Autónomas es la ejecución de la participación de los agentes sociales y económicos en el fomento del empleo así como la intermediación en el mercado de trabajo. Éstos asisten a la Conferencia Sectorial⁵⁵⁰ para Asuntos Laborales y asisten de igual modo al Grupo de Trabajo de Directores Generales de Empleo y Formación y se les da audiencia en la elaboración de textos normativos relacionados con el empleo, y por tanto también con la intermediación laboral.

.....

Todas las Comunidades Autónomas en las que se ha producido el traspaso de la gestión realizada anteriormente por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación asumen funciones en materia de “Intermediación”, como señalan los Decretos de traspaso. En este grupo se incluye en la citada normativa un conjunto de funciones variopintas y que no todas ellas se corresponden estrictamente con la labor de Intermediación: se podrían dividir en tres grupos: el formado por las obligaciones de los trabajadores y empresarios en materia de colocación, la función de gestionar la red EURES y la de autorizar las Agencias de Colocación sin fines lucrativos. A continuación se van a analizar las dos primeras, pues la última se analizará en el apartado específico que trata la regulación de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.

Y antes de realizar un análisis detenido de estas funciones, es necesario advertir que todas éstas se realizan con carácter gratuito, pues la Ley de Empleo le atribuye el carácter gratuito al Sistema Nacional de Empleo (Art. 6.1.b) tanto a trabajadores como a empresarios, y en el Art. 22.4 señala expresamente que “la intermediación laboral realizada por los Servicios Públicos de Empleo, por sí mismos o a través de las Entidades que colaboren con ellos, se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores”. Según la normativa vigente, todos los servicios que presten los Servicios

⁵⁵⁰ Para un estudio de las Conferencias Sectoriales en general, véase TAJADURA TEJADA, J.: *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Comares, Granada, 2000, págs. 120 y ss.

Públicos de Empleo son gratuitos, a diferencia de lo que ocurre en otros países, en los que los servicios básicos son gratuitos y los empleadores pagan los servicios adicionales, tales como los procesos de selección más especializados o para altos directivos, o efectuar los servicios de *Outplacement*.⁵⁵¹

2.2. Obligaciones de los trabajadores y empresarios con el Servicio Público de Empleo Autónomo.

No hay ningún apartado en la LE que se refiera a las obligaciones de los usuarios con respecto al Servicio Público de Empleo y, concretamente, en relación a la materia de Colocación. Aunque no haya ninguna referencia expresa, estas obligaciones se vienen realizando ya en los Servicios Públicos de Empleo Autónomos desde los años 90, y en otras, desde tiempos más recientes. La única referencia -genérica- en la Ley de Empleo en relación a esta materia es la atribución a los Servicios Públicos de Empleo Autónomos el “ejercicio de las funciones necesarias para la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo...” (Art. 17.1 LE). Aquí se podrían englobar las obligaciones de los trabajadores y de los empresarios con el Servicio Público de Empleo como medidas que tiene que adoptar éste para controlar el mercado de trabajo, y que constituyen funciones necesarias para la gestión de la intermediación laboral. Para analizar concretamente las obligaciones -vigentes- de los trabajadores y empresarios en materia de Colocación, hay que tener en cuenta otro conjunto normativo, concretamente, las Leyes de creación de los Servicios Públicos de Empleo Autónomos y sobre todo, los Decretos sobre traspaso a las diferentes Comunidades Autónomas de la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, destacando en todos ellos un apartado en concreto de las funciones en materia de “intermediación” traspasadas a la Comunidad Autónoma correspondiente, y dentro de estas funciones destacan las obligaciones de los trabajadores y de los empresarios con el Servicio Público de Empleo Autónomo de Empleo. La mayor parte de estas obligaciones se encuadran o bien antes de la relación laboral o en el inicio de ésta, aunque también se incluye una obligación del empresario en el momento de poner fin a la relación laboral, y es la comunicación de la terminación del contrato de trabajo. Así pues, aunque no todas constituyen obligaciones de los usuarios en el “proceso de colocación”, se van a analizar todas ellas para tener una visión global de la finalidad de incluir estas obligaciones, que consisten en controlar el mercado de trabajo por parte de los Servicios Públicos de Empleo.⁵⁵²

⁵⁵¹ SOL, E.: “Employment Agencies: targeting on transitions: employment services in the Netherlands”, *23 Comp.Lab.L. & Pol’y J.* 81, 2001, pág. 81.

2.2.1. Obligaciones del trabajador: la inscripción del demandante de empleo

Aunque el tema del “acto administrativo de inscripción” se ha venido tratando desde la parte histórica, es necesario analizar con detalle la situación actual debido a los cambios que se han ido produciendo tanto en la organización -ahora descentralizada- de los Servicios Públicos de Empleo, como con la nueva redacción dada a esta función en la LE. Hasta la entrada en vigor de esta ley, se contaba con el Art. 42.2 LBE que obligaba a los trabajadores a inscribirse en las Oficinas de Empleo cuando solicitaran ocupación. Este precepto, como ya se analizó, planteó algunos problemas de interpretación, y aunque no se derogó con la Reforma del Mercado de Trabajo del año 1994, se vació de contenido, pues no existía una obligación como tal de inscribirse -excepto en determinadas ocasiones entre las que destacaba la de ser perceptor de las prestaciones por desempleo o para poder recibir el empresario incentivos a la contratación- debido a que se derogó la obligación de solicitar a los trabajadores de las Oficinas de Empleo del INEM. Es decir, si se admitía la contratación directa -en general- no tenía sentido mantener la obligación de inscribirse los trabajadores.

Actualmente este precepto está derogado al haber sido sustituida la LBE por la LE. Y entonces cabe plantearse si ante tal derogación sigue vigente la obligación por parte de los trabajadores de inscribirse cuando han de solicitar ocupación, pues la LE sólo hace referencia a la inscripción en relación a los perceptores de prestaciones por desempleo. La única alusión a la inscripción está en el Art. 27 LE encuadrado en el capítulo III sobre la coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo rubricado como “la inscripción de beneficiarios de prestaciones como demandantes de empleo y su participación en las políticas de empleo”. Concretamente este artículo señala que “Los solicitantes y perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo deberán inscribirse y mantener la inscripción como demandantes de empleo en el servicio público de empleo” y el Art. 27.2 señala que “La inscripción como demandante de empleo se realizará con plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada”. Pero el contenido de la inscripción en la LE no ha venido a señalar nada nuevo con respecto a la situación anterior y ello porque la LGSS en el Art. 209 ya señalaba que “la solicitud (de la prestación por desempleo) implicará la inscripción como demandante de empleo, si la misma no se hubiese efectuado previamente” o para tener derecho al subsidio por desempleo es requisito obligatorio figurar inscrito como demandante de empleo” (Art. 215 LGSS).

Así, la única referencia parcial en la normativa vigente sobre la inscripción del demandante de empleo no puede suscitar una interpretación incorrecta por incompleta, en el

⁵⁵² MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “El Régimen jurídico sancionador en materia de empleo tras la entrada en vigor del TRLISOS de 2000”, op.cit., pág. 166.

sentido de afirmar que los únicos que actualmente se tienen que inscribir son los perceptores de las prestaciones por desempleo. Lo que se ha querido resaltar en la LE con la inclusión de este precepto es la necesaria coordinación entre las políticas activas y la prestación por desempleo.

En este sentido, ni era correcta la redacción de la antigua LBE en cuanto a la inscripción, pues no todos los trabajadores se tienen que inscribir como demandantes de empleo, ni tampoco es correcto regular el acto administrativo de inscripción sólo en referencia al perceptor de las prestaciones por desempleo, pues es del todo incompleto, ya que en otros supuestos sigue siendo obligatoria la inscripción como demandante de empleo, situaciones que se van a enumerar:

a) Para poder contratar a trabajadores bajo una determinada modalidad contractual es necesario que éstos estén inscritos como demandantes de empleo, como es el caso del contrato para el fomento de la contratación indefinida,⁵⁵³ o en el contrato de inserción, cuando éste estaba aún vigente.⁵⁵⁴ Es obligatoria también la inscripción para los trabajadores con discapacidad que vayan a ser contratados en Centros Especiales de Empleo.⁵⁵⁵

b) No sólo en estos casos es obligatoria la inscripción, sino que incluso las propias Comunidades Autónomas para otorgar incentivos a la contratación pueden establecer como requisito previo estar desempleado durante un cierto período de tiempo:⁵⁵⁶ de hecho, tienen que estar inscritos como demandantes de empleo aquellos que se quieran beneficiar de acciones, por ejemplo, de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo.

⁵⁵³ Ley 12/2001 de 9 de julio (Disposición Adicional Primera relativa al Contrato para el fomento de la contratación indefinida).

⁵⁵⁴ El Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, convalidado por la Resolución de 29 de junio de 2006 (BOE núm. 159, de 5 de julio de 2006) deroga en la Disposición derogatoria única, la letra d) del apartado 1 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, referida al contrato de inserción, así como las referencias a esta modalidad contractual en otros artículos del Estatuto de los Trabajadores (Artículos 8.2, 15.6 y 49.1.c) y Disposición Adicional decimosesta).

⁵⁵⁵ Artículo 4 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

⁵⁵⁶ Se puede citar a modo de ejemplo, a nivel de Comunidad Autónoma de Andalucía el Decreto 149/2005 de 14 de junio por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido (BOJA núm. 122 de 24 de junio de 2005) y desarrollado por la Orden de 21 de julio (BOJA núm. 146, de 28 de julio de 2005).

c) En otras ocasiones para poder acceder en la Administración Pública con un contrato laboral, se establece como requisito en la convocatoria pública para la provisión de plazas vacantes estar inscrito como demandante de empleo en la Oficina de Empleo.

d) En un momento anterior a la entrada en vigor del Subsistema de formación profesional para el empleo⁵⁵⁷ se tenían que inscribir en la Oficina de Empleo aquellos que querían ser contratados en un proyecto de Escuela Taller, Casas de Oficio o Talleres de Empleo,⁵⁵⁸ pues para acceder a tales programas era obligatoria la inscripción como demandante de empleo y lógicamente, estar desempleado, y también para acceder a un Plan de Formación e Inserción Profesional (Plan FIP) tenían preferencia colectivos que estuvieran inscritos durante un determinado período de tiempo en la Oficina de Empleo.⁵⁵⁹ A partir de la creación del Subsistema de formación profesional para el empleo, no se indica nada en el Real Decreto que lo regula sobre la obligación de los destinatarios de la formación de inscribirse en las Oficinas de Empleo. Ahora bien, este requisito se tendría que determinar en la normativa específica que va a regular este Subsistema, sobre todo en relación a la inscripción de los desempleados que participen en tales programas.

En los demás supuestos en los que la normativa no indique nada expresamente sobre la necesidad de estar inscrito -bien para percibir la prestación por desempleo, o para poder ser contratado por una determinada modalidad, o para poder recibir el empresario algún incentivo económico (fomento del empleo), entre otras- en principio, la inscripción es voluntaria,⁵⁶⁰ aunque siempre es aconsejable que cualquier demandante de empleo

⁵⁵⁷Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, BOE, núm. 87, de 11 de abril de 2007.

⁵⁵⁸ Artículo 10.2. b) de la Orden de 14 de noviembre de 2001 por la que se regulan el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas; y Artículo 7.2.b) de la Orden de 14 de noviembre de 2001 por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de Talleres de Empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho programa.

⁵⁵⁹ Artículo 1 del Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, Decreto derogado expresamente por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

⁵⁶⁰ La voluntariedad de la inscripción queda reflejada también en la normativa sancionadora.

Por otra parte, en otros ordenamientos se establece que todo demandante de empleo tiene que requerir su inscripción en el Servicio de Empleo, aunque puede ser delegada por convenio a otras instituciones que aseguran el desempleo. Véase el artículo 311.2 del Código de Trabajo Francés modificado por la *Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale*.

“desempleado” (y no sólo perceptor de las prestaciones por desempleo), se inscriba como demandante de empleo, incluso también se puede extender a aquellos que estén trabajando pero quieran mejorar su empleo inscribiéndose como demandantes de mejora de empleo. Por otro lado, hay que advertir que la voluntariedad de inscribirse como demandante de empleo no sólo va dirigida para aquellos que van a ser contratados según la normativa de Derecho del Trabajo, pues cuando se hace referencia a demandante de empleo no se equipara a “futuro trabajador por cuenta ajena que se le aplicará el ET”, sino que el término es más amplio, por lo que se puede inscribir todo el que quiera buscar trabajo incluyendo tanto a los trabajadores que van a prestar servicios para otra persona, sea aplicable posteriormente el ET, o sea personal laboral de las Administraciones Públicas, o incluso los trabajadores autónomos, tanto el trabajador autónomo dependiente como el trabajador por cuenta propia, pues en este caso a pesar de que no se realiza en el Servicio de Empleo una estricta labor de intermediación se inscriben para beneficiarse de determinadas acciones que ayudan a montar su propio negocio.

Así pues, hay razones suficientes para considerar ventajosa la inscripción del demandante de empleo aún en los supuestos en los que no sea obligatoria tal inscripción: en primer lugar, para el propio demandante de empleo, por el hecho de estar inscrito no cierra las puertas para buscar empleo por otros medios diferentes y sin embargo, cuando se inscriba como demandante de empleo le permite el acceso a las acciones de comprobación de profesionalidad, de información profesional, orientación profesional, búsqueda de empleo, cursos de formación profesional ocupacional o cualesquiera de las acciones tendentes a la mejora de la ocupación de los demandantes desempleados, es decir, se podrá beneficiar de los programas de fomento del empleo, pero no hay que olvidar que al manifestar la voluntad de trabajo está generando también determinadas obligaciones que en caso de incumplimiento pueden ser sancionadas administrativamente; en segundo lugar, es ventajosa la inscripción también para los empresarios pues les puede facilitar la búsqueda de demandantes de empleo, ya que a mayor número de éstos, más posibilidades tienen de elegir entre los inscritos; y en tercer lugar, es ventajoso para el sistema estadístico español, pues el Paro Registrado (PR) desempeña en este campo un papel importante como fuente complementaria -pero diferenciada- de la Encuesta de Población Activa (EPA). Que sea adecuada la utilización del PR como fuente para realizar una estadística del mercado de trabajo español depende de la voluntad de las personas de inscribirse en el Servicio Público de Empleo y es necesaria la máxima inscripción de todos los demandantes de empleo para que esta fuente de conocimiento del mercado de trabajo se ajuste lo máximo posible a la realidad.⁵⁶¹ De todas formas siempre va a contar con deficiencias, pues gran parte de la

⁵⁶¹ Para un estudio de las ventajas e inconvenientes del Paro Registrado en el Sistema Estadístico Español, véase TOHARÍA, L.: “Los efectos estadísticos de la implantación del SISPE”, *RESAE*, núm.11, febrero (2005), pág. 41.

población activa no está inscrita en las Oficinas de Empleo, bien porque voluntariamente deciden no inscribirse, o bien porque trabajan en la economía sumergida, y éstos ni se inscriben como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo ni canalizan su oferta a través de las instituciones regulares del mercado. En otras ocasiones se decide voluntariamente no acudir al Servicio Público de Empleo y se acude a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos en vez de al Servicio de Empleo. En estos dos últimos casos, es necesario un adecuado sistema informático que envíe tales inscripciones para estos efectos al Servicio Público de Empleo.

Una vez que se han aclarado las dudas planteadas en torno a la inscripción obligatoria o voluntaria del demandante de empleo, se plantean otras cuestiones susceptibles de interpretación:

-La inscripción como demandante de empleo se realiza en los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Aunque ni en las leyes de creación de estos Servicios ni tampoco en los Decretos sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación se hace alusión a esta función, se deduce claramente que la recepción de la inscripción del demandante de empleo le compete a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y ello porque de entre las funciones que se han traspasado está la de Intermediación así como otras funciones de control del mercado de trabajo, por lo que se entiende que tal función es desempeñada por las Comunidades Autónomas que tienen traspasada la gestión en materia de políticas activas de empleo.

En el caso de que el demandante de empleo sea al mismo tiempo perceptor de la prestación por desempleo, se podría plantear la duda de a qué lugar tienen que acudir los perceptores de la prestación por desempleo para inscribirse como demandantes de empleo, pues el desempleo lo gestiona el Servicio Público de Empleo Estatal, mientras que la gestión de las políticas activas las gestionan -en todas las CC.AA excepto en País Vasco- los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Es decir, la inscripción como demandante de empleo se lleva a cabo en el Servicio Público de Empleo Autonómico mientras que la solicitud de la prestación por desempleo se realiza en el Servicio Público de Empleo Estatal. ¿Esto significa que el perceptor de las prestaciones por desempleo tiene que acudir a dos Oficinas diferentes? En la práctica, los gestores de las prestaciones por desempleo y los gestores de las políticas activas de empleo van a desempeñar su trabajo en la misma Oficina de Empleo, lo único que unos dependen ya de la Comunidad Autónoma correspondiente y otros dependen del Servicio Público de Empleo Estatal. Por tanto, el perceptor de la prestación por desempleo se ha podido inscribir previamente en la Oficina de Empleo como demandante de empleo llevándose a cabo dicha solicitud ante el personal transferido a la Comunidad Autónoma. Pero en el caso de que no esté inscrito, la simple solicitud de la prestación por desempleo “implicará la inscripción como demandante de empleo, si la misma no se hubiese efectuado previamente”, como expresamente dispone el Art. 209.1

LGSS. Y la coordinación entre la forma de llevar a cabo la prestación por desempleo y las políticas activas de empleo se va a plasmar en un Convenio de Colaboración entre ambas Administraciones, donde el SPEE exige la inscripción previa como demandante de empleo en las Oficinas de Empleo para tramitar la solicitud posteriormente de alta inicial en las prestaciones y subsidio, además de su reanudación y percepción. Y por otro lado, para que la inscripción sea la misma en todo el territorio español, la forma de llevar a cabo tal inscripción en las Comunidades Autónomas se va a realizar de la misma forma y a través de medios informáticos se va a poder realizar la consulta informática sobre la inscripción como demandante de empleo.⁵⁶²

-Cuando se lleve a cabo tal inscripción, parece que lo más conveniente es que se realice en la Oficina de Empleo (del Servicio Público de Empleo Autónomo) más cercana al domicilio del trabajador,⁵⁶³ y en todos los casos se tiene que hacer de forma presencial, es decir, el demandante de empleo tiene que acudir directamente a tal Oficina de Empleo, y no cabe la posibilidad de hacerlo a través de medios telemáticos, aunque sí se prevé en algunos Servicios Públicos de Empleo la tramitación telemática de los procedimientos de renovación, consulta y modificación de la demanda de empleo, logrando con ello una mayor eficacia en el desempeño de estas funciones.⁵⁶⁴ Además, no cabe la posibilidad de la inscripción múltiple,⁵⁶⁵ es decir, la inscripción en varias Oficinas, aún siendo de diferente Comunidad Autónoma y ello porque iría en contra del principio de igualdad de oportunidades. Así, el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE) permite compartir la información básica de todos los Servicios Públicos de Empleo, por lo que se detecta si hay ya una inscripción rechazando una nueva inscripción del mismo demandante.

⁵⁶² Así se realiza, entre otras, en la Resolución de 26 de marzo de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad al Convenio de Colaboración entre el Instituto Nacional de Empleo y la Comunidad Autónoma de Aragón, por la coordinación de la gestión del empleo y de las prestaciones por desempleo (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2003).

⁵⁶³ El Prof. MARTÍN VALVERDE, A. [“La supresión del monopolio público de colocación”, op.cit., pág. 72] señaló que aunque la solicitud se hará normalmente en la Oficina del lugar de residencia, “podrá hacerse fuera de ella si existe el propósito de trabajar en localidad distinta”.

⁵⁶⁴ Así lo viene haciendo el SAE, regulado por la Orden de 13 de marzo de 2006, por la que se establece la tramitación telemática de los procedimientos de renovación, consulta y modificación de la demanda de empleo en el Servicio Andaluz de Empleo (BOJA núm. 62, de 31 de marzo de 2006).

⁵⁶⁵ En el mismo sentido, VALDÉS DAL-RE, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit., pág. 212, y MARTÍN VALVERDE, A.: “La supresión del monopolio público de colocación”, op.cit., pág. 72.

-A la hora de cubrir una oferta de trabajo solicitada por el empresario, el Servicio de Empleo va a seguir un criterio para el envío de demandantes para cubrir puestos de trabajo, según se deduce de una Circular del Servicio de Empleo sobre prioridad de distintos demandantes de empleo para ser enviados por las Oficinas de Empleo a ofertas de puestos de trabajo.⁵⁶⁶ Se va a tener en cuenta, en primer lugar, “la idoneidad o aptitud del trabajador para el puesto que se trate, tanto en su aspecto profesional, como por reunir requisitos de cualquier otro tipo que la oferta requiera, siempre que estos requisitos no contengan discriminaciones por razón de edad, sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos, vínculos de parentesco con otros trabajadores y lengua dentro del Estado Español”. Esto significa que la Oficina de Empleo no establece un orden de preferencias en la inscripción del demandante de empleo para después ser enviados a cubrir un puesto de trabajo. Se ha querido resaltar la libre elección por el empresario del solicitante entre la lista de parados inscritos,⁵⁶⁷ por lo que en este caso ha primado la libertad de elección del empresario sobre la posibilidad de limitar esta restricción “obligando” a elegir a determinados trabajadores que pueden estar más desfavorecidos.⁵⁶⁸ La citada Circular, además de seguir el criterio de la idoneidad o aptitud del puesto de que se trate, indica a continuación que “en el caso de que hubiera en la Oficina más de un demandante apto para el puesto ofertado, se concederá preferencia por riguroso orden de inscripción de la demanda, con exclusión de cualquier otra consideración”. Que se establezca un orden de los inscritos valorando primero su idoneidad y después ordenarlos en función de la antigüedad en la inscripción, es un criterio muy adecuado y además le da mayor transparencia al Proceso de Colocación.⁵⁶⁹ Pero esto no significa que se imponga una

⁵⁶⁶ Circular CO-54/82, Asunto: Resolución de la Dirección General del INEM sobre prioridad de distintos demandantes para ser enviados por las Oficinas de Empleo a ofertas de puestos de trabajo. Área de aplicación de la Circular: Colocación; fecha de vigencia: 02/07/1982; fecha de aprobación: 02/07/1982.

⁵⁶⁷ En el mismo sentido ya se manifestó GONZÁLEZ GALLEGO, R. [*El Derecho del trabajo y su protección en la legislación española*, op.cit., pág. 71] al señalar que este sistema era el “fundamental” en todo caso, pero sobre todo cuando se trata de ciertos cargos de gran responsabilidad técnica o moral para las empresas.

⁵⁶⁸ Estas ayudas a este colectivo se vienen haciendo para respetar el principio de libertad de empresa, como ahora se analizará, mediante la inclusión de éstos en programas de fomento del empleo y además incentivando la contratación de estos colectivos, que a mi juicio es una forma más acertada para proteger y favorecer a este colectivo, más que con la restricción a la libre elección del empresario del demandante de empleo que él considere más adecuado.

⁵⁶⁹ En el mismo sentido ya se manifestó VALDÉS DAL RÉ, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit., pág. 215.

obligación al empresario de contratar al primero de la lista, sino que en este caso intervendría cuando el empresario no tome ninguna decisión sobre la selección del puesto vacante realizándolo por tanto el Servicio de Empleo, y este criterio de ordenar a los trabajadores inscritos es muy adecuado ya que se elige al que lleva más tiempo en un período de desocupación.⁵⁷⁰

Pero aunque sea el empresario el que tenga la última palabra a la hora de elegir el solicitante de empleo para el puesto de trabajo que él oferta, se establecen criterios indirectos para que el empresario opte por el que esté en la Oficina de empleo en situación de desempleado y que además lleve inscrito un determinado período de tiempo: y ello porque a la hora de beneficiarse de determinados incentivos a la contratación tiene que elegir a un demandante de empleo con determinados requisitos, que normalmente tal normativa favorece y da preferencia al orden de inscripción de tales demandantes.

Es indispensable, para evitar confusiones, diferenciar entre el orden de inscripción del demandante de empleo -que como se ha visto se sigue el criterio de la idoneidad seguido de la preferencia por riguroso orden de inscripción de la demanda- y el orden de preferencia de los inscritos como demandantes de empleo para aplicarle las diferentes acciones de inserción cuando el Servicio de Empleo lo estime oportuno, que suelen tener como criterios tanto el tipo de colectivo (en función de la edad o el sexo, principalmente) como la antigüedad en la inscripción; y este orden de preferencia está regulado individualmente en cada uno de los programas de inserción, y de forma subsidiaria el Servicio de Empleo dicta Circulares para establecer los criterios de selección de los demandantes de empleo para las acciones de mejora de la capacidad e inserción.⁵⁷¹

-Por otra parte, en el caso de que sea obligatorio contratar a un trabajador que esté inscrito previamente en la Oficina de Empleo y el empresario lo incumpla, se considera intrascendente a los efectos de validez del contrato.⁵⁷²

⁵⁷⁰ Por el contrario, González Gallego, R. [*El Derecho del trabajo...*, op.cit., págs. 74-75] señaló que la Oficina debía de proponer en este caso al trabajador con más obligaciones familiares que cumplir, y en igualdad de circunstancias, siempre al de mayor antigüedad en la inscripción.

⁵⁷¹ Concretamente, hay que destacar la Circular CO-5/99; Asunto: Instrucción de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo por la que se establecen los criterios de selección de los demandantes de empleo para las acciones de mejora de la capacidad e inserción en el marco del Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España de 1999; Área de Aplicación de la Circular: Colocación; Fecha de vigencia: 28/07/1999; Fecha de aprobación: 28/07/1999.

⁵⁷² STS (Sala de lo Social), de 21 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10346); STS (Sala de lo Social), de 22 de mayo de 1997, RJ 1997/14420).

-La inscripción como demandante de empleo es voluntaria, y a partir de la Reforma del año 1994 se optó por admitir la inscripción también en cualquier Agencia de Colocación sin fines lucrativos autorizada, según lo establecido en el RDAC que las regula. El análisis de la inscripción como demandante de empleo en las Agencias de Colocación se realizará detenidamente al tratar éstas. Advertir aquí simplemente que los perceptores de prestaciones por desempleo, según lo indicado en el Art. 10 del RDAC tienen la obligación de inscribirse en las Oficinas de Empleo del Servicio Público de Empleo correspondiente, sin perjuicio de que utilicen también las Agencias de Colocación.

-Cuando se exige -en cualquier normativa- que el trabajador tiene que estar inscrito como demandante de empleo en la Oficina de Empleo, se entiende normalmente que sólo se cumple tal requisito si es desempleado,⁵⁷³ no valiendo entonces estar inscrito como demandante de mejora de empleo, pues la inclusión de este requisito en la convocatoria persigue la finalidad de dar oportunidad de empleo a los desempleados y además se interpreta en el sentido de que los trabajadores tienen que estar inscritos como demandantes de empleo antes de su contratación por la empresa solicitante,⁵⁷⁴ pues normalmente cuando la norma en concreto exige esta obligación es porque su espíritu es el de fomentar la contratación de personas desempleadas.

2.2.2. Obligaciones del empresario

a) La solicitud del trabajador ante el Servicio Público de Empleo: obligación legal inexistente.

Si se tiene en cuenta la normativa anterior a la Reforma del año 1994 llevada a cabo en esta materia, los empresarios tenían la obligación legal de solicitar previamente en las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesitasen (Art. 42.1 LBE). El panorama actual ya ha cambiado al derogarse tal precepto -incluso ya se ha derogado toda la LBE- además de la eliminación del monopolio público y nacional del Servicio Público de Empleo. Esto significa que por regla general no existe una obligación por parte del empresario de acudir al Servicio

⁵⁷³ STSJ Castilla-La Mancha núm. 1110/2000 (Sala de lo Social), de 5 de octubre, JUR 2000\303210.

⁵⁷⁴ STSJ Madrid núm. 364/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28 de marzo, JUR 2001/221956.

Público de Empleo para solicitar los trabajadores que necesite y que se ajusten al puesto de trabajo que necesita cubrir. Sin embargo, existen algunos casos en los que hay una obligación legal de acudir al Servicio de Empleo para poder contratar a un determinado tipo de trabajadores,⁵⁷⁵ y en este caso se acude al Servicio Público de Empleo Autónomo.

Se ha suprimido la obligación empresarial de contratación a través de las Oficinas de Empleo del Servicio Público de Empleo salvo en algunas excepciones. Esto no quiere decir que al suprimirse la obligación ya no se pueda presentar una oferta de empleo en el Servicio Público de Empleo, sino que ésta ya se puede efectuar de forma voluntaria y no de forma obligatoria, y que se solicitará siempre que el oferente de empleo (empresario) lo estime oportuno,⁵⁷⁶ aunque en la práctica, la actividad de intermediación ha sido en torno a un 15 por 100, escasamente representativo del panorama de los procesos de ajuste de oferta y demanda de trabajo,⁵⁷⁷ pues normalmente el empresario sólo acude al Servicio Público de Empleo para contratar a personas pertenecientes a determinados colectivos cuyo empleo está incentivado.

Actualmente, con la completa aceptación de la contratación directa -excepto en contadas excepciones- ya no tiene sentido hacer una diferenciación entre ofertas nominativas y genéricas, por lo que desaparece esta diferenciación desde la Reforma de 1994, y tal dato se comprueba en una Circular del INEM desde ese año, que aunque se ha mencionado en el período histórico, es necesario recordarla aquí por su vigencia actual. Se señala que “es necesario acabar con la distinción existente entre ofertas “nominadas” y ofertas “genéricas”, entendiéndose, a partir de ahora, por Ofertas de Empleo, únicas a gestionar en las Oficinas de Empleo, aquellas para la que el empresario busque el trabajador adecuado, y no las

⁵⁷⁵ Es el caso de la relación laboral de carácter especial de los minusválidos en Centros Especiales de Empleo. Los titulares de éstos sí tienen que solicitar de las Oficinas de Empleo los trabajadores que pretendan emplear, describiendo las características del puesto a cubrir como las que deba reunir el trabajador (Art. 4.2 RD 1368/1985); por otra parte, la gestión de la oferta de empleo ha de hacerse necesariamente ante el Servicio Público de Empleo cuando el resultado negativo de dicha gestión actúa como requisito para solicitar el permiso de trabajo de un trabajador extranjero o también en el caso en el que se quiera contratar a un trabajador para recibir un incentivo por su contratación.

⁵⁷⁶ Se ha indicado que la solicitud del demandante de empleo por parte del empresario se puede hacer en “modelo oficial ante cualquier Oficina de Empleo del INEM pudiéndose presentar personalmente o por teléfono, debiendo en este último caso ratificarse posteriormente por escrito” Véase ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M.; FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo, reclutamiento y formación en España*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996.

⁵⁷⁷ Es información obtenida del CES.: *La movilidad geográfica, (Informe 1/2000)*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.

solicitudes en las que se pretenda la simple formalización de la designación de un trabajador determinado, previamente elegido por el empresario”.⁵⁷⁸ Es decir, actualmente el procedimiento de Gestión de la Oferta de Empleo realizada por los Servicios Públicos de Empleo se realiza siempre que haya voluntad del empresario de acudir a estas Oficinas. Y además, un dato importante a tener en cuenta es que según las Instrucciones de la citada Circular, la Oficina de Empleo correspondiente va a gestionar todas las ofertas de empleo que se presenten, tanto si se ofrece una contratación mercantil como laboral, y no contradigan lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente. Esto significa que el Servicio de Empleo no se encarga solamente de la gestión de ofertas de trabajo en la que posteriormente se celebre un contrato de trabajo, sino que si el empresario decide contratar al trabajador bajo una fórmula mercantil, también se acepta, es decir, no le compete al Servicio Público de Empleo determinar qué relación contractual es la más adecuada y cual se ajusta más al ordenamiento vigente, pues sólo comprobará aspectos generales, es decir, que la oferta no contradiga -a grandes rasgos- el ordenamiento vigente, pero no va a determinar cuál es la modalidad contractual más acertada.

Por otra parte, no existe ninguna referencia en la normativa que regula la intermediación laboral en relación a qué Oficina de Empleo tendría el empresario que acudir para solicitar al trabajador. En primer lugar, hay que interpretar este hecho teniendo en cuenta la descentralización territorial producida en esta materia. Así, aunque el empresario podría utilizar cualquier Oficina de Empleo situada en todo el territorio español, lo más lógico sería solicitar al trabajador en donde va a proceder a celebrarse el contrato de trabajo y por tanto la prestación de servicios.⁵⁷⁹

Si se compara la situación actual con la anteriormente vigente, hay muchos aspectos que han cambiado, y haciendo una valoración global, estos cambios han sido positivos, pues no tenía sentido que se estuvieran manteniendo obligaciones que se incumplían y que los empresarios utilizaran el Servicio de Empleo sólo para cumplir la obligación legal, sin una intención en la mayoría de las ocasiones de acudir a éste para que realizara una verdadera

⁵⁷⁸ Circular CO-6/94; Asunto: Instrucciones por las que se establece el nuevo procedimiento para la gestión de la oferta de empleo en las Oficinas de Empleo; Área de aplicación de la Circular: Colocación; Fecha de vigencia: 01/04/1994; Fecha de aprobación: 18/02/1994.

⁵⁷⁹ Estos autores indican que a pesar de que no se señala nada en la ley sobre cuál es la Oficina más adecuada para solicitar ocupación, se podría elegir cualquier Oficina de Empleo, bien en la que exista en la localidad en la que hayan de prestarse los servicios u otra distinta. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Ingreso al trabajo y colocación”, VVAA (Borrajo Dacruz, E. Coord): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*, Actualidad Editorial S.A., Madrid, 1995; CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores”, *TL*, núm. 32, (1994), pág. 21; GARCÍA MURCIA, J.: “Las nuevas normas sobre cesión y colocación de los trabajadores”, *TL*, núm.31, (1994), pág. 7; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de Empleo y Servicios de Colocación”, VV.AA. (Martínez Abascal, V.A. Coord.): *Política de Empleo y Protección Social*, Ediciones Gráficas Signo, Barcelona, 1996, pág. 129.

labor de intermediación. Pero había un dato positivo en la anterior normativa y es que en los casos en los que se admitía la contratación directa, ésta estaba controlada, es decir, cuando se solicitaban trabajadores a través de anuncios, éstos tenían que estar visados por la Oficina de Empleo. Hoy en día se ha admitido la contratación directa pero de forma incontrolada, pues aunque se quisieron aumentar los canales de colocación, sólo se han regulado las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, pero no existe ningún control ni ninguna regulación para las demás Agencias de Empleo Privadas. Así pues, es necesario llevar a cabo una regulación de éstas y es muy necesario sobre todo que la publicidad de determinadas ofertas de empleo se controle, principalmente las ofertas de empleo que se depositan en Internet.

Por último, un tema importante que es necesario analizar con detenimiento: la inclusión en los Convenios Colectivos de cláusulas que obligan a las empresas a acudir al Servicio Público de Empleo. Para ello es necesario hacer una clasificación de tales cláusulas en función de su contenido, que es bastante variado y que van desde cláusulas muy radicales hasta las más flexibles, y de ello va a depender su posible legalidad:

-Algunas cláusulas de Convenios Colectivos copian literalmente el antiguo Art. 42.1 LBE en el que existía una obligación legal de acudir al Instituto Nacional de Empleo;⁵⁸⁰ y en otros Convenios obligan a tramitar todas las ofertas ante el INEM,⁵⁸¹ o dicho en otros términos, que efectúen las contrataciones por trabajadores inscritos en el “INEM”.⁵⁸² Incluso, aún más radical, también se pueden citar Convenios Colectivos que no sólo obligan a la empresa a tramitar las ofertas ante el “INEM”, sino que obligan incluso a contratar de entre los que éste proponga.⁵⁸³ Sin duda alguna, estas cláusulas plantean problemas de

⁵⁸⁰ Convenio Colectivo provincial de Transportes de Viajeros regulares y discrecionales de Guadalajara (BO. Guadalajara núm. 129, de 28 de octubre de 2005).

⁵⁸¹ Convenio Colectivo de detallistas de alimentación y establecimientos polivalentes, tradicionales en régimen de autoservicio de hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas-lecherías y legumbres cocidas de Barcelona, (DO. Generalitat de Catalunya núm. 2559, de 19 enero de 1998).

⁵⁸² Convenio de Artes Gráficas e Industrias Auxiliares de Navarra (BO. Navarra, núm. 70, de 10 de junio de 1992); Convenio del Metal de la Comunidad Foral de Navarra, (BO. Navarra, núm. 95, 9 de agosto 2004); Convenio Colectivo de sector de industria de Panadería de Ceuta, (BO. Ciudad de Ceuta núm. 4331, de 18 junio 2004).

⁵⁸³ Convenio Colectivo de “Contratas de Limpieza de Centros Educativos dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco UPV/EHU e IVEF, BO. País Vasco núm. 197, de 13 octubre 2000; Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de Álava, (BO. Territorio Histórico de Álava núm.100-separata, de 29 agosto de 2003).

legalidad, y si se tiene en cuenta el último ejemplo, el empresario, al contrario de lo que indica la cláusula, no queda obligado a contratar a los trabajadores que el Servicio Público de Empleo en su actividad de Intermediación le proporcione.⁵⁸⁴ Es mucho más adecuado para fomentar la contratación de trabajadores implantar modalidades de contratación incentivadas, y no a través de “imposición de condicionamientos sobre la libertad empresarial de contratación”,⁵⁸⁵ como ha ocurrido en todos estos casos.

Por tanto, todas estas cláusulas van en contra de lo establecido legalmente tras la Reforma llevada a cabo en 1994 en el que se suprime la obligación de solicitar a los trabajadores del Servicio de Empleo, y además, deja a un lado también la posible utilización de Agencias de Colocación autorizadas que también son Agentes de Intermediación. Así, las cláusulas que contengan una obligación de acudir al Servicio de Empleo sin ningún tipo de justificación e incluso obligando a los empresarios a contratar de entre los proporcionados por dichas Oficinas, son cláusulas ilegales por ir en contra de lo establecido legalmente, y además, no constituyen cláusulas progresistas en la materia, pues sólo limitan la libertad contractual sin más, sin ningún tipo de motivo que argumente tal restricción.

-Otro grupo de cláusulas que es necesario analizar para determinar si plantean problemas de legalidad son aquellas que “limitan parcialmente” acudir a otro tipo de intermediarios que no sean los Servicios Públicos de Empleo. Así, existen cláusulas en las que las empresas, para un determinado tipo de actividades, se comprometen a contratar al menos un concreto porcentaje del personal que precisen vía oferta genérica de empleo ante el “INEM”, aunque se admite la contratación directa una vez que el empresario haya acudido a las Oficinas Públicas de Empleo para gestionar la totalidad o parte de los solicitados.⁵⁸⁶ También hay cláusulas que obligan a que el personal “extra” se solicite en el Servicio Público de Empleo con el fin de contratar al personal desempleado del sector y buscar una fórmula de contratación eficaz para todas las partes implicadas.⁵⁸⁷ Y aunque no se

⁵⁸⁴ El ya derogado 42.4 LBE por la Ley 56/2003 señalaba que “las empresas podrán elegir libremente entre los trabajadores inscritos en las respectivas oficinas de empleo, dejando siempre a salvo las preferencias establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias (Art. 42.4 LBE).

⁵⁸⁵ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “El reconocimiento de otros intermediarios privados en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, op.cit., pág. 52.

⁵⁸⁶ Convenio Colectivo del sector de Construcción y Obras Públicas de Jaén (BO. Jaén núm. 182, de 8 agosto de 2005); Convenio Colectivo de Industrias de la Construcción y Obras Públicas de Córdoba, (BO. Córdoba núm. 71, de 17 mayo de 2004).

⁵⁸⁷ Convenio Colectivo para la Industria de Hostelería de Burgos, (BO. Burgos núm. 152, de 11 de agosto de 2005).

indique expresamente, con la inclusión de estas últimas cláusulas lo que se pretende es, además de contratar a trabajadores desempleados, evitar contrataciones que recurran a la vía de la externalización de servicios, como acudir a Empresas de Trabajo Temporal o a las subcontratas. De todas formas, una crítica que se le podría hacer a este tipo de cláusulas es que podrían haber incluido la posibilidad de acudir, además de al Servicio Público de Empleo correspondiente, a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, pues son pocos Convenios los que hacen referencia a estas Agencias,⁵⁸⁸ por lo que de este dato se puede ya anticipar el escaso uso de estas Agencias que se viene haciendo.

A mi juicio, a pesar de que estas cláusulas limitan la libertad contractual del empresario al obligar que se utilice el Servicio Público de Empleo como intermediario, no plantean problemas de legalidad, y podrían tener acogida en la negociación colectiva siempre que esta limitación se justifique (Ej. para contratar a trabajadores difíciles de inserción, indicando por qué le afecta sólo a un determinado colectivo) y además no se prohíba la contratación directa de forma subsidiaria. Si estas cláusulas se llevan a cabo de esta forma, quedarían configuradas como medidas de fomento de empleo que se podrían incluir como cláusulas legales en la negociación colectiva. Y además podrían incluso aumentar el porcentaje de contrataciones realizadas por el Servicio de Empleo y obligar al empresario a acudir a las Oficinas Públicas de Empleo, pues en la mayor parte de las ocasiones se muestran recelosos sobre la operatividad de éstas.

-Muy respetuosas con la legislación actual en esta materia son las cláusulas que simplemente recomiendan a las empresas dar prioridad en la contratación a determinados colectivos difíciles de inserción, entre los que destacan los mayores de 45 años beneficiarios de prestaciones o subsidios por desempleo inscritos en el INEM.⁵⁸⁹ Este tipo de cláusulas, además de ser legales, son positivas, pues se está incluyendo una medida de fomento de empleo en el que queda reflejado el compromiso por parte de los negociadores de crear empleo teniendo en cuenta a determinados colectivos.

-Y existen otro tipo de cláusulas, que tampoco son conflictivas pues se limitan a reconocer la capacidad y libertad contractual que tienen las empresas admitiendo la contratación directa, aunque recomiendan al mismo tiempo la utilización del INEM o cualquier otra entidad social sin ánimo de lucro legalmente autorizadas.⁵⁹⁰ Estas cláusulas,

⁵⁸⁸ Se puede destacar el Convenio Colectivo del sector de Comercio de Materiales de Construcción para Cantabria, (BO. Cantabria núm. 166 de 26 de agosto de 2004).

⁵⁸⁹ Convenio Colectivo de la industria de Tarragona, (DO. Generalitat de Catalunya núm. 1947, de 14 de septiembre de 1994).

similares al tercer grupo de cláusulas ya analizadas, no plantean ningún problema de legalidad, sino que manifiestan la preferencia por los intermediarios legalmente reconocidos para conjugar al mismo tiempo la libertad de empresa con el fomento del empleo de colectivos de difícil inserción. Así pues, las únicas cláusulas ilegales son las del primer grupo, por las razones ya expuestas, en el que se hace un mal uso de la negociación colectiva como fuente del derecho del empleo.

b) La comunicación del inicio de los contratos de trabajo

Una de las funciones traspasadas a las Comunidades Autónomas, y concretamente a los Servicios Autonómicos de Empleo, ha sido la de recibir la comunicación del inicio de los contratos de trabajo, función ésta que consiste en que los empresarios que hayan contratado a trabajadores dentro del ámbito de una determinada Comunidad Autónoma tienen que comunicar el inicio de la relación laboral. En este caso no se está ante una función propia de colocación que se lleva a cabo antes de realizar el contrato de trabajo, ya que la obligación de comunicar los contratos por parte de los empresarios es poscontractual.

Para analizar esta obligación de los empresarios, hay que tener en cuenta la normativa estatal en la materia y analizar los problemas que se van planteando en el ámbito de las Comunidades Autónomas, ya que éstas, en cuanto a la colocación, se tienen que atener a lo legislado a nivel estatal. Así, el precepto que determina dicha obligación es el Art. 16.1 ET, al señalar que “los empresarios tienen la obligación de comunicar a la Oficina de Empleo en el plazo de los diez días siguientes a su concertación y en los términos que reglamentariamente se determinen, el contenido de los contratos de trabajo que celebren o las prórrogas de los mismos, deban o no formalizarse por escrito”.⁵⁹¹ Esta nueva redacción

⁵⁹⁰ Convenio Colectivo del sector de la Construcción y Obras Públicas de Sevilla (BO. Sevilla núm. 161, de 13 de julio de 2004); Convenio Colectivo del sector del comercio del Mueble y de la madera en Cantabria, (BO. Cantabria núm. 91 de 14 de mayo de 2003). Otros Convenios le atribuyen a las Comisiones de Empleo y Formación la tarea de divulgar la utilización de los instrumentos de empleo y colocación como el INEM: Convenio Colectivo del sector del comercio del metal de Zaragoza, (BO. Zaragoza núm.21, 27 de enero de 2004); y Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Huesca, (BO. Huesca núm. 175, de 31 julio de 2003).

⁵⁹¹ En Italia también existe la obligación de comunicar el inicio del contrato de trabajo. Se regula por el d.lgs n. 276/2003 que reduce las obligaciones de los empleadores y el d.lgs. n.251/2004, de 6 de octubre, sobre Disposiciones correctivas del d.lgs. de 10 de septiembre de 2003, n. 276 en materia de ocupación del mercado de trabajo”. La comunicación se puede realizar tanto en el Servicio de Empleo competente según el territorio pero también a otros sitios habilitados para ello como puede ser el Istituto Nazionale di Previdenza Sociale o la Dirección provincial de trabajo. Se especifican los contenidos esenciales de la comunicación: los datos anagráficos del trabajador, la fecha de inicio y de resolución del contrato, la cualificación profesional, el tratamiento económico y normativo, y la comunicación tiene que ser contextual al evento, es decir, se tiene que hacer el mismo día de la contratación. Véase GHIROTTI, M.:

del Art. 16.1 ET se le dio en la reforma introducida en esta materia en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (LMFAS/00).⁵⁹² Pero también es necesario tener en cuenta el desarrollo reglamentario de este precepto por el Real Decreto 1424/2002, de 27 de diciembre, *por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de los medios telemáticos en relación a aquella*. Aunque es un Reglamento ejecutivo o de desarrollo del Art. 16.1 ET y se haya elaborado a nivel estatal, al ser la materia referente al ingreso al trabajo - regulada en el Art. 16 ET- competencia exclusiva del Estado,⁵⁹³ los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas son los que desempeñan la función de llevar a cabo la recepción de la comunicación de los contratos de trabajo. Y a partir del desarrollo reglamentario, existen dos procedimientos para hacer posible la comunicación de los contratos de trabajo y de sus prórrogas:

a) Se mantiene el *procedimiento "tradicional"* a través de la presentación en mano de la copia de los contratos de trabajo o de sus prórrogas. En este caso no se indica nada ante qué Oficina dentro del Servicio Público Autonómico de Empleo se tiene que realizar la comunicación. Pero parece lógico que se comuniquen en la Oficina de Empleo en la que tenga el domicilio social el centro de trabajo en el que se haya contratado al trabajador y lo tiene que hacer en el plazo de los diez días "hábiles" siguientes a su concertación, siendo el *dies a quo* el del inicio de la relación laboral o el de la formalización del contrato si ésta es

"Il collocamento dopo i piú recenti provvedimenti di riforma", VV.AA. (A cura di Magnani, M.; Varesi, P.A.): *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n.251/2004*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pág. 122.

⁵⁹² Para un análisis de tal reforma, véase FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La forma en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2002, págs. 117-119.

⁵⁹³ La argumentación de la realización del Reglamento por parte del Estado está en la doctrina del Tribunal Constitucional entre la que se puede destacar la STCo 18/1992, de 4 de mayo, (Fj.3), indicando que "cuando la Constitución emplea legislación laboral y la atribuye a la competencia estatal, incluye también en el término los reglamentos de desarrollo de la ley, y por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que sólo mediante una colaboración entre ley y reglamento puede lograrse".

De la misma forma la Ley de Empleo 56/2003 señala en su artículo 3 que "corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y previo informe de este Ministerio a la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, la aprobación de los Proyectos de normas con rango de Ley y la elaboración y aprobación de las disposiciones reglamentarias en relación con la intermediación y colocación en el mercado de trabajo...".

anterior, y jugando este plazo con carácter general incluso para los contratos de duración inferior a los diez días.⁵⁹⁴

En algún Convenio Colectivo se incluye una cláusula convencional reduciendo el plazo de presentación del contrato en la Oficina Pública de Empleo.⁵⁹⁵ Este tipo de cláusulas son legales, pues la norma estatal (Art. 16.1 ET) no impide introducir mejoras respecto de esta normativa al considerarse el Art. 16.1 ET una norma de derecho necesario relativo. Al reducir en estas cláusulas de los Convenios Colectivos el plazo de los diez días, se mejora la norma estatal pues queda comunicado en un momento anterior actualizándose antes del tiempo establecido legalmente las informaciones de la vida laboral de una persona, y además tiene sentido sobre todo en los contratos temporales de escasa duración.

b) Un *procedimiento “innovador”* a través de medios telemáticos.⁵⁹⁶ La adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas a la que se está sometiendo la Administración Pública también está presente en la Administración Laboral y concretamente en los Servicios Públicos de Empleo. Esto aumenta el número de cambios que se están produciendo en esta materia, pues al proceso de descentralización de éstos se le añade el proceso de modernización que incorpora nuevas técnicas que permiten una mayor “celeridad y eficacia”⁵⁹⁷ en sus actuaciones a través del documento electrónico, sin prescindir del documento papel o procedimiento tradicional, pues se ha visto que permanecen los dos como medios alternativos. Se cuenta, pues, con normativa suficiente para desarrollar una Administración automatizada para que las diferentes actuaciones de la Administración en relación con el ciudadano (relaciones ad extra) puedan llevarse a cabo a través de las nuevas

⁵⁹⁴ CASAS BAAMONDE, M^a.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La ruptura del monopolio público de colocación y fomento del empleo”, *RL*, núm.5-6 (1994), págs. 13-14.

⁵⁹⁵ Convenio Colectivo de sector de Hostelería de la Ciudad de Melilla, (BO. Ciudad de Melilla núm. 3772, de 11 de mayo de 2001), que señala que “las empresas presentarán los contratos en dicha Oficina dentro de los cinco días desde el inicio de la relación laboral.

⁵⁹⁶ Se indica en la Disposición Adicional Primera del RD 1424/2002 que el MTAS aprobará, previa consulta con las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, los programas, aplicaciones, diseños y estructuras de datos e impresión que vayan a ser utilizados en las comunicaciones de la contratación por vía telemática y difundirá públicamente sus características”. Esto quiere decir que se ha excluido a las Comunidades en las que no se había llevado a cabo hasta el momento el traspaso por motivos que no se pueden imputar a la propia Comunidad Autónoma, sino por problemas principalmente de consenso político entre la Administración Central y la Comunidad Autónoma.

⁵⁹⁷ TORRES LÓPEZ, M.A.: “El documento electrónico en las relaciones jurídico-administrativas: especial referencia a los actos de comunicación”, *RAP*, núm.55, (1999).

tecnologías de la información y la telecomunicación,⁵⁹⁸ para que se produzca con la adecuada seguridad jurídica y contribuir al desarrollo de lo que se llama desde la Unión Europea, la sociedad de la información.⁵⁹⁹

El uso de los medios telemáticos en esta materia va a ser ventajoso para los empresarios, pues ya no van a tener la necesidad de desplazarse a las Oficinas de Empleo a cumplir con su obligación,⁶⁰⁰ produciéndose un “ahorro de tiempo y una mayor eficacia en la fiscalización de la contratación laboral”.⁶⁰¹

⁵⁹⁸ Véase GÓMEZ FERNÁNDEZ-CABRERA, J.: *Derecho y Administración Pública en Internet*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000, pág. 28.

Hay que destacar la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en la que se incorporan las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la actividad administrativa. Concretamente el artículo 45 se refiere al empleo y aplicación de las técnicas y de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, por las Administraciones Públicas. Este artículo 45 viene a desarrollarse a través del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero que regula el uso de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en la actividad administrativa, que aunque su objeto es delimitar las garantías, requisitos y supuestos de utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, solamente incluye una “amplia repetición de lo dicho en el artículo 45” (esta es la opinión de TORRES LÓPEZ, M.A.: “El documento electrónico...”, op.cit., pág. 262.

Por otra parte, hay que destacar también el RD 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitantes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias y documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro.

⁵⁹⁹ Véase “eEuropa, una sociedad de la información para todos -Informe de Desarrollo para el Consejo Europeo extraordinario consagrado al empleo, las reformas económicas y la cohesión social- Hacia una nueva Europa basada en la innovación y en el conocimiento” [COM (2000) 130 final].

Por otra parte, hay que destacar el Consejo Europeo Extraordinario de Lisboa (2000), pues una de las medidas principales a tomar con el propósito de hacer de Europa la zona económica más competitiva del mundo, fue la de reducir los gastos vinculados a la burocracia, a través de una simplificación administrativa”.

⁶⁰⁰ Ya se indicaba después de la última reforma del artículo 16.1 ET pero antes de la entrada en vigor del Reglamento que había cambiado el contenido de este artículo, “pues el término comunicación va a tener los mismos efectos que el Registro, pues lo que se está haciendo en realidad es llevar a cabo una forma de registro indirecto del contrato de trabajo”. Véase LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “El actual sistema de comunicación de los contratos de trabajo a la Oficina de Empleo”, *DL*, núm. 64, (2001), pág. 329.

⁶⁰¹ FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: “La aplicación de las tecnologías de la infocomunicación en los actos de empleo de las empresas a propósito del Real Decreto 1424/2002, por el que se regula la comunicación de los contratos de trabajo a los Servicios Públicos de Empleo”, www.derecho.com, marzo, (2003). También se pueden encontrar de este mismo autor, en *Revista electrónica de Derecho Informático (REDI)*, núm. 56, marzo (2003) http://v2.vlex.como/es/ppu/doctrina/fuente_29 y en *Revista Derecho y Conocimiento*, Volumen II, (2002), <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/contenido.htm> La fiscalización de la contratación laboral significa que el propio programa informático no acepta, o rechaza los datos incorrectos según la normativa de aplicación y por tanto se puede luchar contra el fraude, tal y

Según dispone la Disposición Final Segunda del RD 1424/2002, se autoriza al MTAS a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en este RD y sobre todo, “definir los datos que obligatoriamente deberán comunicarse a los Servicios Públicos de Empleo”. De esta manera, se ha aprobado la Orden TAS/770/2003, de 14 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 1424/2002. Así, a partir de esta Orden ya se sabe cuál es el contenido concreto de las comunicaciones que de forma general indicaba el Art. 3 del RD 1424/2002, pues define los datos que obligatoriamente deberán comunicarse a los Servicios Públicos de Empleo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el régimen jurídico de la comunicación de los contratos es exactamente el mismo que si se hiciera a través del medio tradicional y por tanto el plazo para realizar las comunicaciones de los contratos laborales será el de los diez días siguientes a la concertación del contrato de trabajo según lo establecido en la Ley 14/2000, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que modificó el Art. 16 ET. Pues bien, lo único es que a través de esa vía se exigen unos requisitos añadidos por realizarlo a través de medios telemáticos y para garantizar la seguridad jurídica de la misma forma que si se hiciera a través del procedimiento tradicional, pues en este caso ocurre igual que en la modernización que se está llevando a cabo en la Administración en general, y es que no se ha llevado a cabo un nuevo conjunto de técnicas, sino la modernización entendida como la adaptación al cambio de las circunstancias.⁶⁰² La citada Orden indica los sujetos que pueden realizar la comunicación a través de estos medios: se señala expresamente que están autorizados para el uso de medios telemáticos (Art. 3) los sujetos obligados a comunicar el contenido de la contratación laboral a los Servicios Públicos de Empleo así como las empresas y profesionales colegiados que en el ejercicio de su actividad profesional realicen las comunicaciones y que ostenten la representación de las empresas en cuyo nombre actúan, según lo establecido en el ordenamiento jurídico. En primer lugar, hay que aclarar que éstos no pueden directamente acudir a la página Web correspondiente para comunicar el contrato, pues previamente han tenido que solicitar -y que el Servicio Público de Empleo le conceda- la autorización para poder llevar a cabo la comunicación a través de estos medios telemáticos. Aunque en un primer momento indica de forma general que pueden comunicar los contratos los sujetos obligados a la comunicación, posteriormente a lo largo de todo el articulado hace referencia a las “empresas” y no a los empleadores como sujeto obligado. Todo parece indicar que el uso de esta vía está pensada más para las

como ya se está haciendo en el sistema RED (Remisión Electrónica de Documentos) de la Seguridad Social.

⁶⁰² OCHOA MONZÓ, J.: ¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?, en VVAA (Sosa Wagner, F, Coord.): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 154.

empresas que para un empleador concretamente que ni siquiera tenga constituida una empresa, y ello porque quizá no le interesa realizar todo el procedimiento previo para que le concedan la autorización,⁶⁰³ para después realizar contrataciones puntuales.

Para la identificación del solicitante, se realizará bien mediante la aportación de documentación o el uso de medios telemáticos con utilización de la firma electrónica, opción esta última más acorde con el medio utilizado que consiste en una firma asociada a un documento electrónico, que no va a consistir en un trazo personal impreso sobre el documento como sí se hace en una firma tradicional, sino que se realizará a través de códigos secretos y que van a garantizar la función de identificación de quien suscribe el documento y una función declarativa en la que se indica el propio contenido del documento.⁶⁰⁴

Una vez que se ha determinado cuáles son los dos tipos de procedimientos por los cuales se puede optar para la comunicación de los contratos de trabajo, es necesario hacer algunas aclaraciones:

-Tal función de control la van a realizar los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, aunque cuando la comunicación se realiza por medios telemáticos, los solicitantes la pueden realizar bien en el Servicio Público de Empleo Estatal, bien en el Servicio Público de Empleo de la CCAA correspondiente mediante conexión con la dirección www.inem.es o con la que se habilite al efecto en cada Comunidad Autónoma.

⁶⁰³ Según indica el Art. 11 de la Orden TAS/770/2003, “Las empresas y colegiados profesionales que vayan a utilizar esta aplicación deberán solicitar a los Servicios Públicos de Empleo una autorización de uso de la misma mediante una cumplimentación telemática del “Formulario de Solicitud de Autorización” que figura como Anexo II de esta Orden Ministerial y de la confirmación por la misma vía de dicho formulario. El trámite de solicitud finaliza con la presentación ante el Servicio Público de Empleo al que se solicita la autorización, en el plazo de los treinta días siguientes a la cumplimentación...” y “Los Servicios Públicos de Empleo procederán a resolver las solicitudes de autorización y notificarlas en el plazo máximo de quince días” (Art. 7.1.) “Y a partir de la concesión de la autorización dispone del plazo de tres meses para comenzar a realizar comunicaciones de la contratación” (Anexo III, apartado 6).

⁶⁰⁴ Véase GARCÍA INDA, A.: “Firma electrónica y servicios de certificación. El Real Decreto Ley 14/1999, sobre firma electrónica”, *RVAP*, núm. 55, (1999), págs. 315- 316. La firma electrónica está regulada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003), que ha derogado el RD 14/1999 de 17 de septiembre.

-La normativa actual señala que los contratos -tanto si se realizan por escrito o no⁶⁰⁵- se van a comunicar en el Servicio Público de Empleo correspondiente y ya no se vuelve a hacer alusión al término Registro. Vuelve a reiterar la Exposición de Motivos del Real Decreto 1424/2002 que el cambio del registro por la comunicación de los contratos ha sido para “modernizar los Servicios Públicos de Empleo y acercarlos al ciudadano para eliminar las cargas burocráticas que los han caracterizado”. De este modo, y desde las recomendaciones dadas desde la propia Comisión Europea, el Estado español se comprometió en el Plan Nacional de Acción para el Reino de España “a poner en marcha sistemas alternativos para el registro de los contratos de trabajo... simplificando las relaciones de la Administración con los ciudadanos”.

Sin embargo, no significa que actualmente no se registren los contratos, al contrario, se van a registrar todos, incluso se ha creado un “Registro telemático”⁶⁰⁶ en el Servicio Público de Empleo Estatal (Art. 9.1.) y además se atenderá con los medios personales y materiales del Servicio Público de Empleo Estatal (Disposición Adicional primera). Lo que se ha querido simplificar es el procedimiento, es decir, se ha querido poner de manifiesto que todos los contratos laborales se tienen que presentar ante la Oficina de Empleo, y posteriormente en ésta se va a anotar en el correspondiente Libro-Registro del contrato, aunque se permite realizarlo por medios telemáticos que agilizan esta obligación del empresario. Es más adecuado el uso de estos términos que los que se utilizaban anteriormente. Así pues, aunque se sigue manteniendo en el TRLISOS como infracción leve la “falta de registro en la Oficina de Empleo del contrato de trabajo y de sus prórrogas en los casos en que estuviere establecida la obligación de registro”, se puede afirmar que es una infracción que nunca se impondrá por faltar la norma sustantiva, quedando vigente la infracción leve de “no comunicar a la Oficina de Empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida la obligación de registro (Art. 14.1. LISOS).

⁶⁰⁵ Así, se tiene que entender derogado el Artículo 6.3 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, ya que sólo exige la comunicación a la Oficina de Empleo de los contratos que se formalicen por escrito. La derogación se justifica porque existe una normativa más proteccionista y además es una norma con rango de Ley posterior en el tiempo. VVAA (Sempere Navarro, A.V. Director): *Los contratos de trabajo temporales*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 149.

⁶⁰⁶ En el apartado tercero del Art. 4º se indica que el Servicio Público de Empleo Estatal creará los oportunos registros telemáticos para la recepción o salida de comunicaciones...”. El tratamiento legal de los Registros Telemáticos se encuentra en el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de aportación de certificados por los ciudadanos (BOE-28-02-2003). Véase FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: “La aplicación de las tecnologías de la infocomunicación...”, op.cit.; BAUZÁ MARTORELL, F.J.: “Régimen jurídico de los registros telemáticos”, *REDA*, núm. 118, abril-junio (2003), págs. 181 y ss.

El cambio que se ha producido con la sustitución del término Registro por el término “comunicar el contrato” no es de suma importancia, sino simplemente conceptual, pues ni antes -cuando se hacía referencia a Registro- ni actualmente, supone que se vaya a controlar la legalidad de los contratos, pues esto se hace cuando hay una obligación legal de visado, y actualmente sólo existe tal obligación para el contrato a domicilio (Art. 13 ET). Es decir, ni con la comunicación de los contratos, ni con el Registro de éstos se procede a examinar por parte del Servicio de Empleo el contenido del contrato y determinar la legalidad del mismo. Así, el Servicio de Empleo no se implica en determinar la legalidad del contrato.⁶⁰⁷ Ante la inexistencia de una obligación legal de visado del contrato,⁶⁰⁸ algunos Convenios Colectivos establecen cláusulas en las que hacen obligatorio el visado por parte del Servicio de Empleo.⁶⁰⁹ Aquí se podría plantear la cuestión de si el Servicio de Empleo correspondiente tiene la obligación de visar un contrato cuando así lo dispone el Convenio Colectivo de aplicación. Si se tiene en cuenta una Circular del INEM, CO-48/81 sobre el Registro y visado de contratos por parte de las Oficinas de Empleo,⁶¹⁰ ésta establecía la posibilidad de que en las Ordenanzas Laborales pudieran exigir el visado de contratos de una determinada actividad. Teniendo en cuenta esta Circular, se podría decir que son legales las cláusulas de los Convenios Colectivos que establecen la obligación de visado por el Servicio

⁶⁰⁷ Sin embargo, no es la posición que mantiene MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional*, CES, Madrid, 2001, pág. 234, al indicar en sus propias palabras que “... cabría plantear como posibilidad una eventual denegación del registro por el INEM. Esta cuestión enlaza con la actividad que corresponde llevar a cabo el organismo autónomo en esta materia y si es o no posible realizar un control formal (control de regularidad formal del documento) o incluso material (salario, jornada, etc.) del contenido de lo pactado que permitiese, en su caso, denegar el registro. A nuestro juicio, la existencia misma del registro implica cierta actividad de control por el INEM. En caso contrario, los contratos no se registrarían, sino que simplemente se comunicarían. Por esta razón cabe pensar, cuando menos, el INEM controla la regularidad formal del documento en que se contiene el contrato. Por tanto, cabría admitir una eventual denegación del registro”.

⁶⁰⁸ Se ha criticado la falta de control por parte de los Servicios Públicos de Empleo del uso reincidente por parte de una empresa de modalidades contractuales de carácter temporal. Se toma como posibilidad que los Servicios de Empleo pongan -de oficio- estos hechos en conocimiento de la autoridad judicial. Véase MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo: el derecho del empleo como nueva categoría sistemática*, op.cit., pág. 303.

⁶⁰⁹ Convenio Colectivo de Serrerías, Personal de Monte, Serrerías de Leña y Rematantes de Madera, (BO. del Principado de Asturias y de la Provincia, núm. 213, de 14 de septiembre de 1994).

⁶¹⁰ Circular proporcionada por los Servicios Técnicos para Documentación del MTAS. Circular del Servicio Público de Empleo Estatal CO 48/81. Asunto: Registro y visado de contratos por parte de las Oficinas de Empleo. Área de aplicación de la Circular: Colocación; Fecha de vigencia: 12/11/1981.

Público de Empleo. Otras cláusulas, en cambio, establecen la obligación de visar el contrato por una Asociación Empresarial y por una Central Sindical representativa.⁶¹¹

Al margen de estos posibles “controles de legalidad” que se determinan en la Negociación Colectiva, el Servicio de Empleo -salvo para el contrato de trabajo a domicilio- no realiza una función de visar los contratos de trabajo. Ahora bien, el único control que por ley se determina actualmente es el que realizan los representantes de los trabajadores, según lo dispuesto en el Art. 8.3 ET⁶¹² que señala que “la copia básica se entregará por el empresario en un plazo no superior a diez días desde la formalización del contrato, a los representantes legales de los trabajadores, quienes la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega. Posteriormente, dicha copia básica se enviará a la Oficina de Empleo. Cuando no exista representación legal de los trabajadores también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la Oficina de Empleo”. Esto significa que el empresario tiene la obligación de enviar -bien directamente a la Oficina de Empleo o por medios telemáticos- dos documentos diferentes: uno para cumplir con la obligación de comunicar los contratos, y otro documento que contenga la copia básica de los contratos firmada -o sin firmar en el caso de que no haya representación legal- a la Oficina de Empleo. El contenido de estos documentos viene determinado expresamente en la Orden TAS/770/2003, donde indica, por un lado, la relación de datos comunes a todas las comunicaciones (Anexo I, apartado 1º), y a continuación se indican los datos de la comunicación de la copia básica (apartado 3º).⁶¹³ Cuando se entrega la copia básica de los contratos a los representantes de los trabajadores se está cumpliendo con el derecho a recibir información por parte de éstos en el que van a comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente [Cfr.

⁶¹¹ Convenio Colectivo de Serrerías, Personal de Monte, Serrerías de Leña y Rematantes de Madera, (BO. del Principado de Asturias y de la Provincia, núm. 213, de 14 de septiembre de 1994); Convenio Colectivo de Derivados del Cemento, (BO. del Principado de Asturias núm. 24, de 30 de enero de 2004).

⁶¹² Antes de que se derogara por el Art. 37 de la Ley 34/2001, de 27 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el artículo 101 TRLGSS establecía la obligación como requisito previo a la iniciación de actividades por parte de los empresarios de llevar en orden y al día un Libro de Matrícula del personal, para inscribir a todos los trabajadores desde el momento en el que iniciaban la prestación de sus servicios, y que permitía un control de la contratación por parte de la Inspección de Trabajo, incurriendo en infracción grave según el Art. 22.3 TRLISOS. Esta obligación del empresario ha desaparecido, por lo que existe actualmente menor control de los contratos de trabajo.

⁶¹³ Se puede deducir de la citada Orden que el contenido de la copia básica de los contratos va a ser más completa que el contenido del contrato que se va a comunicar. De esta forma da cumplimiento a la función principal de entrega de copia básica, que como advertía ya la doctrina, lo más lógico es que ésta consistiera en una “copia no íntegra con exclusión de los datos que puedan afectar a la intimidad personal de las partes contratantes”. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 467.

Art. 64.1.8 a) ET]. Ahora bien, como indica el Art. 8.3 ET, aún sin firma de los representantes legales -en el caso de que no existieran éstos en la empresa- esta copia básica se tiene que remitir al Servicio Público de Empleo, y la Negociación Colectiva interviene en ocasiones supliendo esta falta de representantes para que se pueda comprobar el contenido del contrato, y así señalan que tal información del contrato se haga por las Comisiones Provinciales del “INEM”.⁶¹⁴

Por otra parte, los representantes de los trabajadores, además de recibir la copia básica de los contratos, pueden acudir directamente a los Servicios Públicos de Empleo para recabar información relativa a los datos de los contratos de trabajo provenientes de las copias básicas de los mismos (Art. 5.2 RD 1424/2002).

c) La comunicación de la terminación de los contratos de trabajo

La obligación de comunicar la terminación de los contratos de trabajo obedece también a una finalidad de control del mercado de trabajo. En un primer momento, en la redacción del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se incluyó en el Art. 16.1 la obligación por parte de los empresarios de comunicar la terminación de los contratos de trabajo. Sin embargo, tras la Reforma del Estatuto de los Trabajadores en el año 1994 no se incluyó en el Art. 16.1 tal obligación, ni tampoco se ha incluido en la actual y nueva redacción dada al Art. 16.1 por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre de Medidas Administrativas y del Orden Social que modificó el procedimiento anterior de comunicación y registro como la primera obligación por parte de los empresarios ante el Servicio Público de Empleo una vez ya realizado el contrato de trabajo. Es decir, se suprimió tal función que estaba expresamente indicada en el artículo 16 ET, pero, sin embargo no se incluyó en ningún otro precepto del ET. Por otra parte, hasta que entra en vigor la Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre que deroga la LBE, estaba vigente el Art. 42.3 LBE que señalaba que “vendrán obligados tanto el empresario como el trabajador a comunicar a la Oficina de Empleo la terminación del contrato de trabajo”. Este era el único precepto vigente sobre la recepción de comunicar la terminación de los contratos de trabajo por parte de los Servicios de Empleo, que, aunque la redacción no era la más adecuada, pues planteaba algunos problemas interpretativos al no recoger todos los cambios que se estaban produciendo en esta materia, se contaba, al menos, con un precepto aunque “arcaico y antiguo”.

⁶¹⁴ Convenio Colectivo para el sector “Obradores y Fábricas de Pastelería, Confitería y Repostería” de la Comunidad Foral de Navarra, (BO. Navarra, núm. 98, 16 de agosto de 2004); Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de “Comercio del Metal” de la Comunidad Foral de Navarra, (BO. Navarra núm. 95, de 9 de agosto de 2004).

Por tanto, si se realiza una lectura formalista del marco legal tal como resulta de la LE -al no incluir tal obligación- y de la redacción actual del artículo 16 ET -que tampoco la incluye- hubiera desaparecido esta función de control del mercado de trabajo.

No obstante, sería adecuado realizar una lectura teleológica para indicar que esta función de control no tiene razón de ser que desaparezca, pues desempeña un papel importante en el control del flujo de la mano de obra. Ante esta situación, y ante todo, apostando por mantener tal obligación de control, sería adecuado proponer una incorporación explícita para evitar todo posible margen de inseguridad jurídica. Esta incorporación se debería realizar bien en el Estatuto de los Trabajadores, o preferiblemente en la Ley de Empleo en un nuevo apartado que se encargara de regular la actividad de control público del mercado de trabajo, entre las que se incluyera la función de comunicar la terminación de los contratos de trabajo. Para una más completa regulación de esta función, se debería tener en cuenta el siguiente contenido que se propone a continuación:

-Se tendría que indicar quién -de las dos partes del contrato de trabajo- tiene la obligación de comunicar la terminación del contrato de trabajo. El derogado Art. 42.3 LBE obligaba tanto al trabajador como al empresario, pero, sin embargo el Art. 14.2.del TRLISOS se encuentra en la sección referente a las infracciones en materia de empleo de los empresarios⁶¹⁵ y no de los trabajadores, pues en la sección correspondiente a las infracciones de los trabajadores no se contempla como infracción el incumplimiento de la obligación de comunicar la terminación de los contratos de trabajo.⁶¹⁶ En definitiva, en el caso de regular tal función, la obligación de comunicar la terminación de los contratos correspondería al empresario. Se llega a la misma conclusión si se tienen en cuenta también los antecedentes históricos de preceptos relacionados con esta obligación, pues en primer lugar, en la redacción del Estatuto de los Trabajadores del año 1980 se incluyó en el Art. 16.1 la obligación por parte de los empresarios a comunicar la terminación de los contratos de trabajo.⁶¹⁷ De igual forma se podía encontrar en la antigua LISOS 88, en su Art. 26.2, la

⁶¹⁵ Subsección primera de la Sección Tercera del Capítulo II relativa a las “Infracciones de los empresarios y de las agencias de colocación en materia de empleo, ayudas al fomento del empleo en general y la formación profesional ocupacional” en la Sección Tercera de la LISOS “en materia de empleo”.

⁶¹⁶ Subsección Segunda de la Sección Tercera del Capítulo II, relativa a las “infracciones de los trabajadores”.

⁶¹⁷ Siguiendo esta argumentación, la función que se atribuye en la Ley del Servicio Canario de Empleo (Ley 12/2003, BOE núm. 134, de 5 de junio) a los trabajadores de comunicar la terminación del contrato de trabajo se tendría que interpretar en sentido contrario, es decir, atribuirle al Servicio Canario de

calificación como infracción administrativa leve el incumplimiento de este deber de comunicación.⁶¹⁸

- Se tendría que indicar expresamente que la comunicación se tiene que hacer a la Oficina de Empleo del Servicio Público de Empleo Autónomo correspondiente, para así tener en cuenta la descentralización territorial que se ha producido en esta materia. Se podría indicar la posibilidad de comunicar a cualquier Oficina de Empleo, pero lo más lógico es que se comunique en la Oficina de Empleo más cercana al lugar donde se haya prestado la relación laboral entre el trabajador que pone fin a su contrato y entre el empresario. Se debería de incluir -al igual que se ha realizado con la obligación de comunicar el inicio del contrato- la posibilidad de que esta comunicación se hiciera a través de medios telemáticos, de la misma forma en que las nuevas tecnologías se hacen sentir en todos los campos y concretamente en el ámbito de la empresa.

-El precepto que regule tal función debería incluir además cuáles son los contratos que tienen que comunicar la terminación, pudiendo ser todos los contratos laborales, sean celebrados o no por escrito, y ello tiene una justificación: en el Art. 16.1.ET que trata sobre la obligación de comunicar el contenido de los contratos tras la Ley 14/2000 de 29 de diciembre de medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, tanto los contratos celebrados por escrito, como los que no, tienen que comunicar su contenido. Por tanto, se puede indicar que todos los contratos laborales, sean o no celebrados por escrito, tienen que comunicar su terminación. Además de esta interpretación, también encuentra su apoyo en el Art. 14 TRLISOS en la que como se ha indicado anteriormente se considera infracción leve “no comunicar... la terminación de los contratos de trabajo”, por lo que al no especificar nada, se entendería que la comunicación de la terminación de los contratos afectaría a todo tipo de contratos.

-También se tendría que incluir el plazo que tiene el empresario para comunicar la terminación del contrato de trabajo, ya que en el Art. 42.3 LBE no se hacía referencia a éste. El único precepto que hay vigente en cuanto al plazo de la terminación del contrato de trabajo es el Real Decreto 488/1998 de 27 de marzo por el que se desarrolla el Art. 11 ET en materia de contratos formativos, que indica la obligación por parte del empresario de comunicar la terminación de los contratos en la Oficina de Empleo en el plazo de diez días” (Art. 17.2).⁶¹⁹ Este precepto sólo se refiere a los contratos formativos, y no a todo tipo de

Empleo el “control de la obligación de *los empresarios* de comunicar la terminación del contrato de trabajo, en los términos legalmente establecidos”.

⁶¹⁸ GARCÍA MURCIA, J.: “Agencias de Colocación y Empresas de Trabajo Temporal. A propósito de las reformas legales de 1994”, *RAE*, n.2, (1995), pág. 83.

contratos, y se ha señalado el plazo de diez días para determinar el mismo plazo que se tiene para comunicar el inicio de los contratos. Se podría optar por este plazo, pero para darle más margen al empresario, se podría optar por establecer un plazo de quince días, según establece el Art. 209 LGSS como plazo para que se reconozca la situación legal de desempleo. No creo que haya que establecer el mismo plazo que se determina en la normativa de Seguridad Social para la solicitud de la baja del trabajador, que es de seis días naturales siguientes al del cese en el trabajo.⁶²⁰

*Mientras no se produzca la nueva regulación de tal función, se tendría que hacer una lectura integradora de la laguna actualmente existente en esta materia, teniendo en cuenta que no hay nada en el marco legal actualmente vigente -Ley de Empleo- que haga referencia a tal omisión, lo que parece que ha sido una omisión sin la intención de suprimir tal función. Por otra parte, se tienen que tener en cuenta tres piezas normativas clave actualmente vigentes que argumentan la idea de mantener tal función de control:

- El TRLISOS considera infracción leve en el Art. 14 “no comunicar a la Oficina de Empleo la terminación de los contratos de trabajo, en los supuestos en que estuviere prevista tal obligación”.

-El Real Decreto 488/1998 de 27 de marzo por el que se desarrolla el Art. 11 ET en materia de contratos formativos, indica expresamente en el Art. 17.3 que “el empresario está obligado a comunicar a la Oficina de Empleo la terminación de los contratos a que se refiere el presente Real Decreto, en el plazo de los diez días siguientes a dicha terminación”.

-Por último, la mayor parte de las leyes de creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, y sobre todo, los Decretos sobre traspaso a las Comunidades Autónomas de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo (hoy, SPEE) en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, incluyen en las funciones de intermediación en el mercado de trabajo la de “comunicar a la oficina de empleo de la terminación del contrato de trabajo, de acuerdo con el Art. 42.3 de LBE”.

La posición que aquí se mantiene al respecto es evidente: que continúe la obligación por parte del empresario de comunicar la terminación del contrato de trabajo en la Oficina de Empleo correspondiente del Servicio Público de Empleo Autonómico, pues sirve como

⁶¹⁹ Hay que tener en cuenta que de este Decreto se han derogado únicamente los artículos 10 y 12, por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, por lo que este precepto en concreto no ha sido derogado.

⁶²⁰ Arts. 32.2.2 y 35.2.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en Seguridad Social.

una medida de control del mercado de trabajo, al igual que también se mantiene la obligación de comunicar tales contratos, incluso ésta ya se puede hacer por medios telemáticos.

Sin embargo, es necesario hacer alguna aclaración en relación a esta obligación, pues cuando se termina la relación laboral, también existe la obligación -con fines totalmente diferentes- de acudir a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) para solicitar la baja del trabajador, acto administrativo que tiene la finalidad de extinguir la obligación de cotizar.⁶²¹ Por este motivo, esta solicitud sí se lleva a cabo debido a las consecuencias negativas (sobre todo económicas) que pueden repercutir en el trabajador y en el empresario. Esto significa que normalmente se cumple esta obligación y se incumple la obligación de comunicar al Servicio Público de Empleo la terminación del contrato de trabajo, y ello porque si se incumple esta última obligación, no tiene consecuencias negativas, tan sólo se considera una infracción leve según el TRLISOS, y además no se suele aplicar en la práctica esta sanción.

Pero a pesar de que se incumpla en la práctica y que tal obligación no esté recogida ni en el Estatuto de los Trabajadores ni en la Ley de Empleo, no son motivos -a mi juicio- para eliminar esta obligación. Como ya he apuntado, es necesaria esta obligación de control, y además, al igual que nadie se ha planteado la eliminación de la obligación de comunicar el inicio del contrato de trabajo (y ésta coincide también con la obligación de solicitar el alta en la TGSS), de la misma forma es necesaria la comunicación de la terminación de éste. La función principal que desempeña es controlar el mercado de trabajo, pero también incluso puede servir como medio de prueba para constatar la fecha de terminación -real- del contrato de trabajo, sobre todo para contratos temporales de duración incierta, como el contrato de obra (Art. 15.1.a) o para todos los contratos de duración indefinida.⁶²²

Así pues, se entiende, dadas las argumentaciones necesarias, que permanece la obligación de comunicar por parte del empresario la terminación del contrato una vez que éste finaliza. Distinta de esta obligación es la de comunicar previamente a la terminación que el contrato va a finalizar por producirse un despido -o por circunstancias objetivas o en los despidos colectivos-. Aunque es una obligación diferente a la analizada, la comunicación al Servicio Público de Empleo de un despido se podría establecer como obligatoria en

⁶²¹ (Arts. 13 y 106 LGSS y Arts. 32 y 35 del RD 84/1996).

⁶²² En Italia, actualmente con el d.lgs. n. 276/2003 que regula el sistema de colocación también se exige la obligación por parte del empresario de comunicar la terminación de los contratos de trabajo, en los cinco días siguientes en la Oficina de Empleo en el cual el ámbito territorial esté ubicada la sede de trabajo, y sólo existe tal obligación si se trata de una relación a tiempo indeterminado o bien si la terminación del contrato se haya realizado en fecha diversa a la que se indicó en el momento de comunicar el inicio del contrato. Véase GHIROTTI, M.: "Il collocamento dopo i piú resenti provvedimenti di riforma", op.cit., pág. 122.

cláusulas de Convenios Colectivos para hacer posible la recolocación del trabajador gestionada por los Servicios Públicos de Empleo.⁶²³

2.3. La Red EURES en los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos

Al analizar todas las leyes de creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos se puede comprobar la coincidencia general de atribuirle la función de la gestión de la Red EURES, o conocida también como Portal europeo de la movilidad profesional. Del mismo modo, en los Decretos de traspaso de competencias a cada una de las Comunidades Autónomas se indica también que en materia de Intermediación en el mercado de trabajo se le traspasan las funciones relativas a esta actividad.⁶²⁴ Esta Red EURES está siendo un instrumento clave para “el seguimiento de la movilidad, el apoyo a la Libre Circulación de Trabajadores y la integración de los mercados europeos de trabajo, así como para informar a los ciudadanos sobre la legislación comunitaria pertinente”.⁶²⁵ EURES se consolida como un agente eficaz para la europeización de los Servicios Públicos de Empleo, destacando sus funciones principales: encontrar un empleo, dar información sobre los solicitantes de empleo a través de los *curriculum vitae* en línea, dar a conocer las condiciones de vida y de trabajo en los países del EEE, y dar oportunidades de educación y formación en toda Europa.

⁶²³ La Recomendación núm. 71 OIT sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) de 1944 señalaba en el Art. 12.3 que “Los empleadores deberían notificar al servicio del empleo, por lo menos con dos semanas de anticipación, todos los despidos previstos que afecten a más de un número determinado de trabajadores, a fin de que dicho servicio pueda encontrar otras posibilidades de empleo para los trabajadores interesados”.

⁶²⁴ Sin embargo, los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos no sólo van a gestionar las ofertas y demandas de trabajadores dentro del ámbito europeo sino también se van a encargar de la colocación de los trabajadores extracomunitarios aunque expresamente no se diga en las leyes que crean los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos ni en los Decretos de traspasos de competencias.

⁶²⁵ Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 2002 por la que se aplica el Reglamento (CEE) del Consejo núm. 1612/68 por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo.

En particular la Red EURES tiene asignadas las funciones de promover el desarrollo de unos mercados de trabajo europeos abiertos y accesibles a todos; el intercambio transnacional, interregional y transfronterizo de ofertas y demandas de empleo; la transparencia y el intercambio de información sobre los mercados de trabajo europeos, incluida la información sobre las condiciones de vida y las oportunidades para la adquisición de las competencias.

Cuando se crea la Comunidad Económica Europea no estaba tan presente la materia social, pues primaba sobre todo la materia económica. La Intermediación laboral tiene un gran componente económico, fruto de la Libre Circulación de Trabajadores que fue proclamada en los Arts. 48 a 51 del Tratado de Roma en 1957 como un derecho fundamental para abolir toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados Miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo, según dispone el Art. 48.2 del Tratado. De esta forma, la Libre Circulación de Trabajadores y concretamente el establecimiento de los requisitos por los que se iba a crear un verdadero sistema de Intermediación laboral comunitario tuvo su base en el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la Libre Circulación de Trabajadores dentro de la Comunidad y el Reglamento (CEE) núm. 1434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, por el que se modifica la segunda parte del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 relativo a la Libre Circulación de Trabajadores dentro de la Comunidad.⁶²⁶ A pesar de que el derecho y la posibilidad de vivir en un Estado Miembro de la Unión Europea y trabajar en otro fue uno de los principios consagrados en el Tratado de Roma, se comprobó que el volumen real de los desplazamientos entre los Estados Miembros no ha sido tan alto como se esperaba.

Así, pronto se necesitó crear un “Sistema europeo de difusión de ofertas y demandas de empleo registradas en compensación internacional” -SEDOC- creado por las Decisiones de la Comisión de 8 de diciembre de 1972 y 14 de diciembre de 1972,⁶²⁷ pero se comprobó

⁶²⁶ Una de las principales modificaciones es que hoy en día se les concede “la misma prioridad a los trabajadores de los Estados Miembros que a los trabajadores de los Estados no Miembros (Art. 16.3). Sin embargo, sin la modificación introducida por la Segunda Parte por el Reglamento 1434/92, la regla de igual prioridad no se aplicaba en los siguientes supuestos: cuando el Estado Miembro consideraba insuficientes los trabajadores de la Comunidad disponibles en la profesión correspondiente a la oferta (Art. 16.2 del Reglamento 1612/68); cuando las ofertas eran nominativas a un trabajador no comunitario, y presentaban un carácter especial (Art. 16.3.a); cuando la oferta se dirigía a contratar grupos homogéneos de trabajadores, de los cuales uno hubiera recibido una oferta nominativa (Art. 16.3. b); cuando la oferta fuese entre empleadores y trabajadores de regiones limítrofes, entre un Estado Miembro y un tercer Estado (Art. 16.3. c); cuando fuesen ofertas dirigidas expresamente a trabajadores no comunitarios, motivadas por razones inherentes a la empresa (Art. 16.3.d). Véase DE VAL TENA, A.L.: “La intermediación en el mercado de trabajo comunitario”, op.cit, págs. 85 y 86.

⁶²⁷ El S.E.D.O.C realizaba principalmente dos actividades: la actividad de compensación de ofertas y demandas y una labor de información principalmente sobre las condiciones de vida y trabajo y la situación del Mercado Laboral de los Estados Miembros. En cuanto a la primera actividad, ésta consistía en que el Servicio especializado de cada Estado Miembro remitía regularmente a los servicios especializados de los otros Estados Miembros y a la “Oficina Europea de Coordinación” tanto las ofertas de empleo que podían ser cubiertas en otros Estados Miembros, así como las dirigidas a otros Estados no Miembros y las demandas de empleo de aquellas personas que declaren expresamente su voluntad de trabajar en otro Estado Miembro. Estas ofertas de empleo son acogidas por los Servicios de Empleo de otros Estados Miembros y que remiten las posibilidades de ofertas de empleo para una posible compensación de éstas.

que este Sistema no consiguió importantes resultados en materia de Intermediación laboral, ya que existía “inadecuación cualitativa de la oferta y demanda de trabajo” y en la que hacía falta un cambio para que en definitiva se acercara más este sistema a los ciudadanos y para mejorar además los sistemas informáticos.⁶²⁸ Éste se sustituyó en 1993 por un nuevo sistema de ajuste de ofertas y demandas en el ámbito europeo conocido como Red EURES (European Employment Services), por la Decisión de la Comisión, de 22 de octubre de 1993, relativa a la aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo relativo a la Libre Circulación de Trabajadores dentro de la Comunidad.⁶²⁹ Este cambio se ha producido tras la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992 pues se indicó que si realmente se quería hablar de Unión Europea, se tenía que garantizar la transparencia de los mercados de trabajo y favorecer la Libre Circulación de Trabajadores a través de organismos específicos creados para ello. De esta forma, la Red EURES entró en funcionamiento en 1993 creando una red de Euroconsejeros y llevando a cabo intercambios de información general y en particular sobre las condiciones de vida y de trabajo y en 1994 comenzaron los intercambios de ofertas de empleo comunitarias que eran ya tan necesarias para un buen desarrollo económico de toda la Unión Europea, pues de nuevo, el origen de la creación de esta red de Intermediación fue más con finalidad económica que con una finalidad social pues para un alto crecimiento económico es necesario “intercambiar” y conocer los mercados de trabajo de los Estados Miembros ya que con anterioridad bastaba solamente con el ajuste de ofertas y demandas de forma individualizada en cada uno de los Estados.⁶³⁰

Los cambios sociales y económicos que han ido afectando a la Unión Europea también se han sentido en la Libre Circulación de los Trabajadores de los Estados Miembros, por lo que ha sido necesario renovar la red de servicios de empleo europeos (EURES), definiendo con mayor precisión su composición, constitución y funciones. De este modo, la Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 2002 por la que se aplica el Reglamento (CEE) del Consejo núm. 1612/68 por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y

A esta operación de compensación se le denomina “puesta en relación”. Véase DE VAL TENA, A.L.: “La intermediación en el mercado de trabajo”, op.cit., pág. 86.

⁶²⁸ DE VAL TENA, A.L.: “La intermediación en el mercado de trabajo”, op.cit.págs. 86-87.

⁶²⁹ Antes de la creación de la Red EURES fue modificado el Reglamento 1612/68 por el Reglamento (CEE) 2434/92, del Consejo, de 27 de julio de 1992.

⁶³⁰ En un principio no estaba delimitada una verdadera política comunitaria del empleo, y además, más del 90% de las intermediaciones tenían lugar en el plano local, pues se cubrían las ofertas y demandas en cortos trayectos. Véase RIFFLET, R.: “Perspectivas de política del empleo en las Comunidades Europeas”, en *RIT*, Vol. 93, núm. 2, (marzo-abril) (1976), pág. 157.

demandas de empleo, ha derogado la Decisión 93/569/CEE,⁶³¹ simplemente porque era necesaria su reforma después de una década de instauración de dicho servicio a nivel europeo, debido a los constantes y grandes progresos desde su puesta en marcha. A partir de este momento se produce una revisión del fundamento jurídico de EURES,⁶³² en la que se establece la posibilidad de acceder en toda la Comunidad a todas las ofertas y demandas de empleo publicadas por cualquiera de los miembros y socios de EURES, y se definen los actores clave, sus principales instrumentos de programación y seguimiento y el mecanismo de toma de decisiones y funcionamiento. Además, se adopta en abril de 2003 la Carta de EURES, que contiene todas las descripciones detalladas de este nuevo cambio. Así pues se produce a partir de este momento un cambio de todas las disposiciones normativas que componen el fundamento jurídico de EURES.⁶³³

Con este cambio normativo lo que se ha pretendido ha sido dar mayor información sobre la movilidad entre los solicitantes de empleo de los Estados Miembros. Así pues, no ha desaparecido la Red EURES como tal, sino que se han añadido nuevas competencias y funciones, potenciando además el servicio electrónico de esta Red.⁶³⁴

Uno de los cambios importantes con la nueva Decisión, ha sido la ampliación de miembros de la Red EURES, pues va dirigido a los demandantes de empleo y a los empresarios de la Unión Europea y de Islandia, Noruega y Suiza⁶³⁵ y además se extendía a

⁶³¹ No obstante, se indica en la citada Decisión que “continuará aplicándose a las operaciones para las que se haya presentado una demanda antes de la entrada en vigor de la presente Decisión”.

⁶³² EURES.: Fundamento jurídico: una recopilación de textos que constituyen el fundamento jurídico de EURES. http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2004/ke5603271_es.pdf

⁶³³ Actualmente, el fundamento jurídico de EURES, a partir de 2002, lo componen las siguientes disposiciones: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (artículos 3-39 y 40); Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 2002 por la que se aplica el Reglamento (CEE) del Consejo núm. 1612/68 por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo, y la Carta de EURES, adoptada el 4 de abril de 2003.

⁶³⁴ La Red EURES constituye un ejemplo excepcional de servicio paneuropeo de Administración electrónica dirigido a los ciudadanos y a las empresas. Véase AMUTIO GÓMEZ, M.A.: “Los servicios paneuropeos de Administración electrónica”, Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, núm. 2 (2006), <http://www.uoc.edu/idp/dt/esp/amutio.html>

⁶³⁵ El Acuerdo bilateral entre la UE y Suiza sobre libre circulación de los trabajadores que entró en vigor el 1 de junio de 2002 también prevé que la Unión Europea y Suiza cooperen en el marco de la Red EURES.

los países candidatos (que hoy en día ya son países miembros de la Unión Europea⁶³⁶) recogiendo ya una propuesta realizada con anterioridad de la necesidad de inclusión de estos países candidatos habida cuenta de la ampliación de la Unión Europea. Por el momento, no se puede decir que se esté ante una Red Comunitaria, sino más bien ante una Red Europea al estar formada por países que no forman parte de la Unión pero sí del Espacio Económico Europeo.⁶³⁷

Una vez descrita la situación actual de la “Intermediación en el ámbito europeo”, hay que determinar cómo es la situación en nuestro ordenamiento y cómo se gestiona en España. Hay que recordar, por otra parte, que el inicio de la Intermediación europea en España se inicia en el año 1985, en el momento en que se adhiere España a las Comunidades Europeas.⁶³⁸ Desde el inicio hasta el momento actual, se han producido numerosos cambios en la materia, pues ya intervienen en la intermediación las Agencias de Colocación sin fines lucrativos y se ha producido recientemente la descentralización territorial con el traspaso de la gestión de la Intermediación a las Comunidades Autónomas a través de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. A estos cambios internos en la materia se le suman los nuevos cambios normativos tan recientes en materia europea, por lo que hay que tener en cuenta estas dos situaciones, unir las y confrontarlas, para hacer las siguientes aclaraciones:

a) Al iniciar el análisis de la Red EURES se ha indicado que la necesidad de su estudio en el que se está haciendo referencia a la Intermediación laboral en los Servicios Públicos Autonómicos de Empleo, ha sido por la inclusión como una de las funciones de éstos. Está plenamente justificada que sean las Comunidades Autónomas las que lleven a cabo la gestión de la Intermediación europea, de igual forma que se les atribuye a las Comunidades Autónomas -en virtud del Art. 149.1. 7 CE- la competencia en materia de ejecución de la legislación laboral en la que se integra en ésta la materia de Intermediación

⁶³⁶ Además, de una encuesta efectuada en el año 2005 se ha podido comprobar que la actividad de EURES es mayor en los nuevos Estados Miembros que de los antiguos. Comisión de las Comunidades Europeas: “Informe sobre las actividades de EURES en el período 2004-2005 presentado por la Comisión con arreglo al artículo 19, apartado 3, del Reglamento (CEE) núm. 1612/68: “Hacia un único mercado de trabajo europeo: la contribución de Eures”, Bruselas, 16.3.2007, COM (2007) 116 final.

⁶³⁷ En una conferencia que se celebró en Londres sobre este tema, un grupo de países recomendó la integración de los países candidatos a la adhesión a la red EURES. Véase VANDAMME, F.: “Movilidad de los trabajadores en la Unión Europea. Constataciones, asuntos en juego y perspectivas”, *RIT*, Vol. 119, (2000), núm. 4, pág. 490.

⁶³⁸ La integración de España en las Comunidades Europeas fue autorizada por LO 10/1985, de 2 de agosto.

laboral,⁶³⁹ y ello porque el Estado no tiene una “competencia específica para la ejecución del Derecho Comunitario”,⁶⁴⁰ por lo que hay que determinar a quién le corresponde dicha competencia, y en este caso ya se ha determinado que se incluye dentro de la legislación laboral y por tanto gestionada por las Comunidades Autónomas.

b) Es esencial la buena gestión de la Intermediación europea, y ello se puede conseguir -entre otras- por un buena ubicación de los medios personales que se van a encargar de informar y gestionar la Red en cada uno de los Estados Miembros. En la Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 1993 se hacía referencia a los llamados Euroconsejeros en los que se determinaba detalladamente las funciones que se le atribuían. En un primer momento fueron las únicas personas que proporcionaban los servicios EURES y los únicos que tenían acceso a las dos bases de datos.⁶⁴¹ Pero se ha producido una modificación del personal en la Carta de Eures, con el fin de asegurar el éxito de esta Red, y para ello se ha creado una red técnica eficaz y personal cualificado formado por un administrador EURES y los Consejeros EURES que necesitan de una adecuada especialización para la realización de las funciones que se les asignan.

c) Otro problema que se plantea al haber derogado la Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 1993 es si el acceso y la utilización de la Red EURES serán gratuitos para los trabajadores y empresarios, pues en la citada Decisión se señalaba el carácter público de la Red, sin embargo en la nueva Decisión de 23 de diciembre de 2002 no aclara nada en este sentido y tampoco aclaran nada los Reglamentos núm.1612/68 y núm. 2424/92 del Consejo. Pero al no señalar expresamente el carácter lucrativo de la Red EURES, se consideraría gratuita deduciéndose además de la finalidad de esta Red creada en el ámbito europeo y de la financiación europea de estos Servicios. Esta cuestión no plantea problemas en el ordenamiento español, aún en el caso de que intervinieran las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, pues los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos son todos gratuitos y

⁶³⁹ Indirectamente, desde el propio Reglamento (CEE) 1612/68 se puede deducir que en el ámbito comunitario se está a favor de la descentralización de los Servicios Públicos de Empleo, aunque utiliza diferente terminología para referirse a ellos (oficinas de colocación, oficinas de empleo, servicios de colocación).

⁶⁴⁰ (SSTC 64/1991, de 22 de marzo, F.j. 4; 76/1991, de 11 de abril, F.j.3; 115/1991, de 23 de mayo, F.j.1; 236/1991, de 12 de diciembre, F.j.8; 79/1992, de 28 de mayo, F.j.1 y 141/1993, de 22 de abril, F.j.2), Sentencias citadas por CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Convergencia, reformas del Mercado de Trabajo y territorialización de las políticas y de los servicios públicos de empleo”, *AL*, (1993-II), págs. 28-29.

⁶⁴¹ Para una evolución de la figura de los Euroconsejeros, véase Comisión de las Comunidades Europeas: Informe sobre las actividades de la Red EURES en 1998-1999: “Hacia un mercado integrado de empleo a escala europea: la contribución de EURES”, Bruselas, 02-10-2000, COM (200) 607 final.

las Agencias de Colocación sólo cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados, que en este caso, ni siquiera podrían cobrar esta cantidad por los servicios prestados pues la actividad está financiada. Además, el acceso a la página Web EURES es gratuito. Sin embargo, tal Red no es obligatoria, en el sentido de que cuando se quiera solicitar un empleo para trabajar en el exterior no se tiene que tramitar la oferta a través de la Red EURES. Y, además, no es la única que actúa en el ámbito de la intermediación a nivel europeo, pues de hecho funcionan a nivel europeo otras Agencias de máxima especialización para cubrir puestos de trabajo en otros países en las que sí cobran una cantidad monetaria por los gastos ocasionados por los servicios prestados, al igual que ocurre en los países europeos a nivel interno.

d) Por otra parte, se podría determinar si existe algún tipo de responsabilidad si como consecuencia de la Intermediación laboral realizada por dicha Red no surge la contratación prevista. En la normativa comunitaria que trata el tema no se establece ningún tipo de responsabilidad para los miembros de la Red EURES en este caso, y esto se puede deducir al estudiar nuestro ordenamiento español en la que las conversaciones entre un intermediario y un demandante de empleo/oferente de empleo son estados previos a la celebración de un contrato de trabajo, y en la que las partes no han manifestado todavía su voluntad de obligarse. Solamente se refiere en la normativa comunitaria y concretamente en el Art. 16 del Reglamento (CEE) núm. 2434/92 que las demandas de empleo presentadas por personas que hayan declarado formalmente que desean trabajar en otro Estado Miembro tienen que recibir una respuesta de los servicios implicados de los Estados Miembros en plazo “razonable”, no debiendo ser superior a un mes. Esto significa que no supone que se encuentre el puesto adecuado para el demandante de empleo, sino que la contestación se hará de la búsqueda realizada hasta el momento, en la que ni hay una preferencia en la colocación ni una obligación de contratar.

e) Otro aspecto que hay que comentar en relación a la Red EURES y los Servicios de Empleo Autonómicos, y es la importancia que se le ha dado desde el inicio de la regulación comunitaria en la materia a la “Intermediación transfronteriza”, que está produciendo un crecimiento del conjunto de ofertas de empleo existentes en EURES.

Este tipo de Intermediación afecta a nuestro país dada su situación geográfica, y en la que pueden tener una importante actividad en este sentido diversas Comunidades Autónomas como son Andalucía (con Portugal y Gibraltar); Extremadura y Galicia (con Portugal) y País Vasco y Cataluña (con Francia).⁶⁴² Así pues, en el Art. 16.2.b) del Reglamento (CEE) núm.

⁶⁴² De los datos proporcionados por el Informe sobre las actividades de la Red EURES en 2000-2001 presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (“Hacia un mercado de trabajo europeo integrado: la contribución de EURES”, págs. 11- 18) se ha podido comprobar que hasta el momento se había creado una asociación transfronteriza con Francia y otra entre España por la zona de Galicia y

2424/92 se indica que es obligación de los “servicios territorialmente responsables” de las regiones limítrofes estar en constante coordinación intercambiando ofertas y demandas de empleo al mismo tiempo que ofrecer la información de datos sobre la movilidad. Esto significa que dado que en materia de Intermediación y concretamente en materia de Red EURES se les ha atribuido la gestión a las Comunidades Autónomas, son éstas a través de sus Servicios Públicos de Empleo las que tienen que hacer esta labor de “Intermediación transfronteriza” además de la Intermediación comunitaria común a todos los Estados pertenecientes a la Red EURES. Para ello no sólo se involucran los Servicios Públicos de Empleo sino que se crean “Asociaciones Transfronterizas de EURES” que comprenden además de los Servicios Públicos de Empleo de todas las regiones afectadas, las Organizaciones Sindicales y Empresariales, incluso también pueden ser socios las autoridades regionales y locales o sus asociaciones, la organizaciones dedicadas a la formación profesional, las Universidades y los centros de enseñanza superior, y otros agentes pertinentes del mercado de trabajo transfronterizo.⁶⁴³ Aquí se propone, siguiendo la regulación de las Asociaciones Transfronterizas en la Unión Europea, se determine que los miembros de estas Asociaciones en España deberían constituirse como Entidades Colaboradoras de acuerdo al nuevo régimen jurídico que se proponga para este tipo de Entidades.

En definitiva, la conclusión que se puede extraer después de haber analizado la Red EURES es la necesidad de seguir avanzando en la intermediación en el marco europeo, teniendo en cuenta todos los aspectos positivos que esta Red está teniendo. Ahora bien, aún sigue siendo bastante baja la tasa de movilidad de los ciudadanos comunitarios en el territorio de la Unión Europea (no llega al 0.4% de la población residente⁶⁴⁴), y ello no se debe a la falta de medios para facilitar la intermediación, pues el Sistema EURES funciona bien en términos generales, sino se debe a otros obstáculos destacando los obstáculos lingüísticos, económicos, las dificultades a la hora de obtener el reconocimiento de cualificaciones profesionales o las barreras informativas, como es la falta de información adecuada sobre los mercados de trabajo europeos. Pero al margen de estos obstáculos, se

Portugal. Por otra parte se estaba estudiando la posibilidad de crear una asociación entre las regiones de Alentejo y Algarve, en Portugal y Andalucía y Extremadura, en España, denominada Guadiana.

⁶⁴³ Para un análisis detallado de las Asociaciones transfronterizas, véase la CARTA de EURES (2003/C 106/2003).

⁶⁴⁴ Comisión de las Comunidades Europeas: “Nuevos mercados de trabajo europeos abiertos a todos y accesibles para todos”, Bruselas, 28.02.2001, COM (2001) 116 final, pág. 7.

podría también introducir mejoras en el funcionamiento de la Red EURES que se detallan a continuación:

-Es necesaria una mayor participación de los intermediarios legales en cada uno de los Estados Miembros para que acudan a estos servicios, no sólo de los Servicios Públicos de Empleo,⁶⁴⁵ sino de todos los Agentes de la Intermediación que participen en el ajuste de ofertas y demandas de trabajo.

-Sería también necesario llevar a cabo un mejor sistema de codificación de los empleos, incluyendo las nuevas profesiones en el sistema EURES de codificación de profesiones, que aunque ha sido uno de los objetivos propuestos en la Carta de EURES, todavía no se puede acceder a todas las ofertas que haya publicado un miembro o socio de EURES. Además, sería necesario que no sólo se conectaran con las ofertas publicadas por un Servicio de Empleo de un Estado Miembro, sino que a éstas también se unieran las ofertas que se determinan en otros agentes de la intermediación que funcionan en los Estados Miembros.

-También se tendría que analizar la fórmula a determinar para que la Red EURES se pueda utilizar en la gestión de flujos migratorios en la que se relacionen tanto las ofertas y las demandas existentes en los Estados Miembros, incluyendo en el sistema también a los trabajadores inmigrantes, que tienen muchísima mayor disponibilidad para la movilidad.⁶⁴⁶

2.4. La relación de la Actividad de Colocación con las demás Políticas Activas y Pasivas de Empleo

Los Servicios Públicos de Empleo no sólo se van a encargar de la Actividad de Intermediación⁶⁴⁷ aunque se considera como actividad central y además ha sido el origen de

⁶⁴⁵ Concretamente se registró en Andalucía desde el año 2004 hasta abril de 2005 un total de 706 colocaciones, el 34,8% del total nacional, a través de la red Eures del SAE. Las ofertas se concentran principalmente en ocupaciones de restauración, hostelería, cajeros, taquilleros y administrativos de información al público, en las profesiones sanitarias de médicos, enfermeros y comadronas y en la de profesor español en el sector educativo. Concretamente, en España, la Red EURES registró en el año 2004 2141 colocaciones (*RESAEo*, número 9, junio 2005).

⁶⁴⁶ Se ha propuesto en la Unión Europea que se establezca un sistema a través del cual una oferta de empleo, si no ha sido cubierta en el mercado de trabajo comunitario en un plazo máximo de 60 días, se oferte a los candidatos en el país de origen a través de los servicios consulares. CESE: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Libro Verde: el planteamiento de la Unión Europea sobre la gestión de la inmigración económica”, COM (2004) 811 final.

⁶⁴⁷ OCDE.: *Los servicios públicos de empleo*, op.cit., pág. 11.

todo Servicio de Empleo.⁶⁴⁸ Sin embargo, no hay que olvidar el conjunto de políticas activas y pasivas que se le encargan en general al Sistema Nacional de Empleo, pues éste no es simplemente una Agencia de Colocación, sino que gestiona políticas que intervienen de forma decisiva para lograr una mejor organización del empleo⁶⁴⁹ atribuyéndosele una función más general de “regulación del mercado de trabajo”.⁶⁵⁰ Que la Actividad de Colocación sea la principal actividad llevada a cabo por los Servicios Autonómicos de Empleo se demuestra en el importante cambio que se ha producido en la prestación por desempleo. Así, con la nueva organización de los Servicios Públicos de Empleo, la gestión de la prestación por desempleo se le atribuye al Sistema Nacional de Empleo y concretamente al Servicio Público de Empleo Estatal y no se ha optado por la posibilidad de la gestión de la prestación por desempleo por otra institución diferente al margen del Sistema Nacional de Empleo.⁶⁵¹ Aunque hubo algunas críticas sobre la gestión conjunta por una misma institución de las políticas activas y pasivas de empleo,⁶⁵² se ha seguido optando por su gestión conjunta para organizar el Sistema Nacional de Empleo como una verdadera “Agencia Integral de Empleo”.⁶⁵³ Ha sido

⁶⁴⁸ MTSS.: *La reforma de la política de empleo y de los Servicios Públicos de Empleo en España*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 44.

⁶⁴⁹ OLVERIA ASCENSAO, M. de.: “Los servicios nacionales de empleo”, *RT*, núm.1 enero-febrero (1960).

⁶⁵⁰ MULLER, M.: *Control o colocación. Historia*, op.cit., pág. 21.

⁶⁵¹ Hubo una propuesta previa para que fueran la Patronal y los Sindicatos los que de manera conjunta gestionaran la prestación por desempleo. Sin embargo esta oferta fue rechazada por los Sindicatos, decidiendo el Gobierno que fuera la Seguridad Social la que gestionase a partir del 1 de enero de 1993 el reconocimiento y pago de prestaciones y subsidios por desempleo. GONZALO VIDAL.: “El ordenamiento legal vigente y su reforma: un tejido social en crisis”, VV.AA.: *El mercado de trabajo español: reforma y creación de empleo*, Círculo de Empresarios, núm. 57, diciembre (1993), pág. 304.

⁶⁵² Hay algunos autores que han estimado aconsejable “descargar al INEM de las prestaciones y subsidios de desempleo para centrar su actividad en la intermediación del mercado de trabajo”. Véase SAGARDOY, J.A.; RIVERO LAMAS, J.: “La regulación legal del mercado de trabajo”, en VV.AA. *El mercado de trabajo español: reforma y creación de empleo*, Círculo de Empresarios, núm. 57, diciembre, (1993); OJEDA AVILÉS, A.: “Los Servicios de Empleo en España (II)”, op.cit., págs. 48-49, que indica que “no debe postularse la actual unificación bajo el INEM, sino todo lo contrario, el retorno al mismo INSS que hoy mantiene la competencia general en materia de prestaciones económicas”.

⁶⁵³ CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Los servicios públicos de empleo”, op.cit., págs. 132-137. “Sólo si es capaz de dominar la información sobre el mercado de trabajo y su previsible evolución; de controlar los instrumentos de intervención disponibles y de integrarlos en un plan coherente de actuación; de dotarse de los medios humanos necesarios en cuanto al número y a la preparación técnica requerida y de

una decisión acertada, pues si se pretende que las políticas activas sean un instrumento imprescindible para la búsqueda de empleo del beneficiario de la prestación por desempleo, no sólo tiene que haber entre ellas una coordinación⁶⁵⁴ -que es absolutamente necesaria- sino que es más cómodo incluso para el ciudadano, que la ayuda para buscar empleo se haga en la misma Oficina de Empleo en la que se lleve a cabo la gestión de la prestación por desempleo, aunque como ya se analizó al estudiar la inscripción del demandante de empleo en los Servicios Públicos de Empleo, la gestión de la prestación por desempleo la lleva el Servicio Público de Empleo Estatal y la gestión de las políticas activas las lleva a cabo el Servicio Público de Empleo Autonómico, aunque entre ellas tiene que haber una adecuada coordinación, que a su vez queda regulada en los Convenios de Colaboración firmados entre el Servicio Público de Empleo Estatal y las Comunidades Autónomas para la coordinación de la gestión del empleo y la gestión de las prestaciones por desempleo.⁶⁵⁵ Lo que ocurre es que en muchas ocasiones tal coordinación es inexistente, y algunas Comunidades Autónomas aún no han firmado Convenios de Colaboración que se encarguen de la coordinación de tales políticas. Fruto de tal descoordinación, el Servicio Público de Empleo se encarga en muchas ocasiones de la gestión de las políticas activas, concretamente en materia de inserción, conforme al artículo 13 d) de la Ley de Empleo.⁶⁵⁶

funcionar con la participación y bajo el control de trabajadores y empresarios, sólo así podrá convertirse en una Agencia Integral de Empleo”.

⁶⁵⁴ Así, indica AJUJAS RUIZ, J.A.: (*Políticas activas de mercado de trabajo en España*, op.cit., pág. 310) que “el peligro de desconexión entre las funciones de colocación y el control de las prestaciones es mayor cuando la primera se traspaasa a las regiones, mientras la segunda continúa administrada a nivel nacional. La cooperación y la coordinación entre ambos niveles deviene entonces imprescindible”.

⁶⁵⁵ Así, en la Resolución de 26 de marzo de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad al Convenio de Colaboración entre el Instituto Nacional de Empleo (Hoy Servicio Estatal de Empleo) y la Comunidad Autónoma de Aragón, para la coordinación de la gestión del empleo y de la gestión de las prestaciones por desempleo, se indica que hay una exigencia de coordinación de las obligaciones como demandantes de empleo de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo recogidas en las letras c) y d), g), h), e), i) del artículo 231 LGSS y además se tiene que comunicar al Servicio Estatal en las Oficinas de Empleo de los incumplimientos de las obligaciones que pueden suponer infracciones leves y graves, incluidas en los apartados 1 y 2 del Artículo 17 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo, por la incomparecencia a citaciones relacionadas con la gestión del empleo o la formación; la no renovación de la demanda del empleo; el rechazo de una oferta de colocación adecuada, o de la participación en los trabajos de colaboración social o la participación en las políticas activas de empleo o en las acciones de formación; o por no devolver el justificante de comparecencia para cubrir una oferta de empleo, o por no cumplir las exigencias del compromiso de actividad, incluida la no acreditación de la búsqueda activa de empleo, a los efectos sancionadores que a dicho Instituto le corresponden.

⁶⁵⁶ Véase VALLECILLO GÁMEZ, M.R.; MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen de estabilidad de la “Renta Activa de inserción” como subsidio no contributivo de Seguridad Social: ¿Realidad o

A pesar de que en las Normas Generales de la LE, concretamente el Art. 3.1⁶⁵⁷ titulado “Planificación y ejecución de la Ley de Empleo” no señala claramente que se gestione la prestación por desempleo dentro del Sistema Nacional de Empleo -imprecisión que fue criticada por el Consejo Económico y Social al realizar el Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Empleo-⁶⁵⁸ no plantea duda alguna de que sea el Servicio Público de Empleo Estatal el que gestione y controle las prestaciones por desempleo (Art. 13.h).

La gestión conjunta de la prestación por desempleo y las demás políticas activas se deduce también del significado de esta ley, pues se incluyen como objetivos generales de la política de empleo mantener un sistema eficaz de protección ante las situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo y también se le atribuye al Sistema Nacional de Empleo el garantizar la aplicación de las políticas activas de empleo y de la acción protectora por desempleo y una adecuada coordinación entre ellas, dando a entender sin lugar a dudas la gestión conjunta de todas las políticas de empleo, tanto activas como las pasivas. A partir de la Ley de Empleo 56/2003, es el Sistema Nacional de Empleo quien gestiona por completo las políticas activas de empleo, aunque se tiene que seguir respetando la limitación de no poder ser gestionadas las prestaciones por desempleo por las Comunidades Autónomas al mantenerse la reserva estatal de la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (149.1.7 CE).

Por otra parte, el Servicio Público de Empleo Estatal no sólo se va a encargar de la gestión de la prestación por desempleo sino que “tendría” que desempeñar la función de vigilancia para comprobar que las Administraciones autonómicas a través de los Servicios Públicos de Empleo ejecutan correctamente la legislación laboral.⁶⁵⁹ Lo que ocurre es que si se analiza cada uno de los Servicios Autonómicos de Empleo por separado se llegaría a la conclusión de que en muchas ocasiones no se ejecuta correctamente la legislación laboral. Este problema ha surgido, más que por una falta de control por parte del Servicio Público de Empleo Estatal, por una falta de legislación completa a este nivel para que se pueda ejecutar

pretensión? (Impacto jurídico y social del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 286, (2007), págs. 130-131.

⁶⁵⁷ El Art. 3.1. *in fine* señala que “En cualquier caso, corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la gestión y control de las prestaciones por desempleo”.

⁶⁵⁸ CES.: “Dictamen 7/2002 de 24 de junio sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo”, CES, Madrid, 2002, pág. 9.

⁶⁵⁹ BALAGUER CALLEJÓN, F., et altri.: *Curso de Derecho Público de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 78.

correctamente en cada una de las Comunidades Autónomas que tienen traspasadas las competencias en materia de políticas activas de empleo.

Para resolver estos problemas de descoordinación, se han llevado algunas propuestas de reforma por parte de la doctrina laboralista,⁶⁶⁰ manifestando su posición a favor de la gestión de la prestación por desempleo por los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en vez de por el Servicio Público de Empleo Estatal. Y piensan que hubiera sido adecuado incluir esta reforma de manera expresa en los nuevos Estatutos de Autonomía que se están reformando, pero que por el contrario no se ha realizado.

Pasando a analizar concretamente la relación existente entre la prestación por desempleo y la Actividad de Colocación,⁶⁶¹ se puede indicar que la prestación por desempleo hace gala de “su carácter extraordinariamente cambiante y su manifiesta inestabilidad o movilidad internormativa”.⁶⁶² El cambio actual en esta materia va a afectar también a la mayor implicación que adquieren hoy en día los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en la gestión de la prestación por desempleo. La reforma iniciada en esta materia fue con el *RD 5/2002 de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*, que suscitó una intensa polémica tanto por la inadecuada utilización de un Decreto-Ley para hacer una reforma de tanta repercusión y que afectaba a una gran parte de la población, y en segundo lugar por el contenido de tal Reforma, que incluso llegó a convocarse -y secundarse- huelga general el 20 de junio de 2002. Esta reforma no se inició de forma exclusiva en España sino que también se ha ido llevando a cabo en todos los Estados Miembros de la Unión Europea, pues la presente reforma se inspira en la Estrategia Europea de Empleo que reconoce el Título VIII del Tratado de la UE y en las Directrices Comunitarias de Empleo. Se pretende otorgar un mayor papel al aspecto formativo y a las

⁶⁶⁰ GALA DURÁN, C.: “L`exercivi de competències autonòmiques en matèria de Seguretat Social”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals -REAF-*, núm. 3, any 2006, pág. 324; ROJO TORRECILLA, E.: “Una primera y provisional aproximación al contenido sociolaboral del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía...*, op.cit., pág. 88.

⁶⁶¹ Para un análisis conjunto de la coordinación entre las políticas activas y pasivas de empleo, véase VV.AA. (Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J.L.; García Valverde, M. Coords.): “Los Servicios Públicos de Empleo”, en VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2005, págs. 203 y ss.

⁶⁶² MERCADER UGUINA, JR., TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 208.

políticas de recolocación, produciéndose un cambio de rumbo en las políticas de mercado, al darle más importancia a las políticas activas, pues se entiende que el aumento del empleo depende en mayor parte de la intensidad con que los individuos lo busquen,⁶⁶³ considerándose además que la indemnización por desempleo debe ser la última solución, pues se entiende que la prestación económica por desempleo genera numerosos desincentivos e incide negativamente y de forma muy significativa en el proceso de salida del paro hacia el empleo.⁶⁶⁴ Además, se piensa que el gran gasto en prestaciones por desempleo que se desembolsa no está contribuyendo a reducir el problema del desempleo,⁶⁶⁵ por lo que se considera cada vez más que las políticas activas sean la verdadera forma de abordar la solución del problema del paro. Se ha demostrado también que el aumento de las políticas activas y sobre todo de un adecuado proceso de asesoramiento supone una reducción de las prestaciones por desempleo,⁶⁶⁶ y concretamente a través de esta reforma se ha reconocido la importancia del asesoramiento en la que se están ya desarrollando sistemas para atender las necesidades existentes.⁶⁶⁷ En definitiva, se ha llevado a cabo un nuevo sistema de protección activa por desempleo, pero esta tendencia fijada desde la Unión Europea de sustituir las políticas activas por las pasivas puede plantear problemas y ello porque en vez de que estas políticas se complementen, lo que se pretende es “desnaturalizar los derechos sociales de contenido prestacional”.⁶⁶⁸

⁶⁶³ LAYARD, R.; NICKELL, S.; JACKMAN, R.: “La crisis del paro”, Alianza, Madrid, 1996, pág. 27 y 71 y ss.

⁶⁶⁴ TOHARIA, L.; ALBERT, C.; CEBRIAN, I.; GARCÍA SERRANO, C.; GARCÍA MAINAR, I.; MALO, M.A.; MORENO, G.; VILLAGOMIZ, E.: *El mercado de trabajo en España*, McGrawHill, Madrid, 1998, págs. 209-212.

⁶⁶⁵ FINA SANGLÁS, L.: *El reto del empleo*, McGrawHill, Madrid, 2001, pág. 408.

⁶⁶⁶ Concretamente, en Dinamarca, la Secretaría de Trabajo decidió examinar el tiempo que tardaban los universitarios recién licenciados en conseguir un empleo tras haberse sometido a una interacción de asesoramiento. Se comprobó que el período de desempleo se podía reducir de un año y tres meses a entre nueve y diez meses, suponiendo por tanto una reducción de las prestaciones por desempleo. WATT, G.: “En apoyo de la empleabilidad. Guías de buenas prácticas en materia de orientación y asesoramiento sobre empleo”, Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, Luxemburgo, 1999.

⁶⁶⁷ EUROCOUNSEL.: “El papel de la Orientación de Adultos y el Asesoramiento sobre el Empleo ante la evolución del Mercado de Trabajo”, Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, Luxemburgo, 1997, pág.10.

⁶⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Política de Empleo y migraciones en la Unión Europea”, op.cit., pág. 59.

El RD 5/2002 se convirtió en *Ley 45/2002 de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad* y por tanto máximo referente legal del cambio efectuado en esta prestación. Ya en el Título de esta Ley se puede comprobar el alcance de la reforma pues es la “reforma de la prestación por desempleo” de un lado, y la “mejora de su ocupabilidad” de otro, por lo que ya se deduce la fuerte relación entre la prestación por desempleo y las políticas activas de empleo. En la Exposición de Motivos también se comprueba el alcance de esta reforma, al indicar que “junto con las prestaciones económicas necesarias para afrontar las situaciones de paro, los poderes públicos den oportunidades de formación y empleo que posibiliten que los desempleados puedan encontrar un trabajo en el menor tiempo posible”. El aspecto más positivo que ha tenido la reforma ha sido el de potenciar las políticas activas de empleo⁶⁶⁹ para una buena inserción de los desempleados, haciendo del desempleado pasivo un verdadero desempleado activo, en el que se ha demostrado que dando asistencia al desempleado y aplicándole políticas activas, el tiempo en situación de desempleo es menor que para aquellos que no reciben ningún tipo de asistencia en el empleo.⁶⁷⁰

Este cambio supone entender el Sistema Nacional de Empleo desde otra perspectiva, más activo y evitar que se entienda éste únicamente como una entidad gestora de la prestación por desempleo como ha ocurrido a lo largo de todo el tiempo que ha estado vigente el INEM.⁶⁷¹ Ahora bien, no por modificar el texto de una norma se va a producir ya un cambio radical, sino que es necesaria una reforma de los Servicios Públicos de Empleo, que en teoría está prácticamente consolidada, en la que se ha creado el Sistema Nacional de Empleo formado por el Servicio Público de Empleo Estatal y por los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos creado por la Ley de Empleo 56/2003, y en la que se hace mucho

⁶⁶⁹ Incluso antes de que se produjera tal reforma, se pudo comprobar que España iba mejorando - aunque de forma muy lenta- su nivel de gasto activo llegando en el año 2000 a alcanzar la media europea. ALUJAS RUIZ, J.A.: “Las políticas activas de mercado de trabajo en España en el contexto de la Unión Europea”, *RMTAS*, núm. 61, (2006), pág. 91.

⁶⁷⁰ THOMAS, J.M.: “Public employment agencies and unemployment spells: reconciling the experimental and nonexperimental evidence”, *50 Ind&Lab.Rel.Rev.*660,(1997), pág. 670.

⁶⁷¹ Aunque el INEM no nació como entidad gestora de la Seguridad Social, en los artículos 226, 227, 228. 233 LGSS lo denominan así. “La realidad, sin embargo, es que el INEM concentra su esfuerzo en la gestión del desempleo; que la mediación en el mercado laboral es un apéndice de dicha gestión y que las subvenciones y ayudas podrían gestionarse directamente por quienes las conceden: Estado y CCAA”. Véase MERCADER UGUINA, J.R.; TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Derecho Administrativo laboral*, op.cit., págs. 208-209.

hincapié en la necesidad de una adecuada coordinación entre las políticas activas y las políticas pasivas de empleo.

Antes de que se creara un Sistema Nacional de Empleo, ya existía un monopolio nacional de la gestión de las políticas activas y por supuesto pasivas, en el que la gestión de la prestación por desempleo la realizaba el INEM. Pero tras esta reforma que ha acentuado la importancia de las políticas activas, y tras la descentralización territorial, el panorama ha cambiado. Así, aunque el Art. 203.1 LGSS no se haya modificado, tras esta reforma se han añadido requisitos para poder acceder a la prestación por desempleo muy relacionadas con la actividad de colocación; y ello porque para acceder a la prestación por desempleo no solamente se tiene que haber cotizado el período correspondiente y que pudiendo y queriendo trabajar se halle en situación legal de desempleo, sino que tiene que acreditar además ante los Servicios Públicos de Empleo que quiere y puede trabajar. Ello se ha deducido de la nueva redacción del Art. 231.2 LGSS, en el que se indica que el desempleado, para poder acceder a la prestación por desempleo, tiene que suscribir un “compromiso de actividad”.⁶⁷² En relación a esta obligación se plantean algunas cuestiones que merecen ser aclaradas:

-Hay que determinar si significa lo mismo inscribirse en la Oficina de Empleo y suscribir un compromiso de actividad. Son obligaciones diferentes ubicadas en preceptos diferentes, pues mientras la obligación de firmar un compromiso de actividad se encuentra en el Art. 231.2 LGSS, la obligación de inscribirse en la Oficina de Empleo se encuentra en el Art. 209 LGSS al indicar que “la solicitud (de la prestación por desempleo) implicará la inscripción como demandante de empleo, si la misma no se hubiese efectuado previamente”. Mientras que la inscripción se puede hacer de manera previa -aunque también se permite en un momento posterior- el compromiso se suscribe una vez que se haya solicitado la prestación por desempleo.

Además, mientras que la inscripción del desempleado en la Oficina de Empleo correspondiente constituye un acto administrativo, el compromiso de actividad es “un innovador instrumento negocial anudado a la situación jurídica de desempleo protegido, un contrato de inserción coligado a la relación jurídica de protección por desempleo”.⁶⁷³ Ahora

⁶⁷² Para el estudio del compromiso de actividad y del concepto de colocación adecuada tras la nueva reforma, véase ALBIOL MONTESINOS, I.; BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Decreto-Ley 5/2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 15-22; MELLA MÉNDEZ, L.: *El compromiso de actividad del desempleado*, Centro de Estudios Financieros, 2005; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (I, II)”, *RL*, núms. 15-16, (2002).

bien, tanto la inscripción como el compromiso de actividad se pueden llevar a cabo en el mismo momento, aunque también se pueden realizar en momentos separados en el caso de que la inscripción del demandante de empleo se hubiera realizado ya previamente.

-También nos podríamos preguntar dónde se tiene que firmar el compromiso de actividad, es decir, si es en el Servicio Público de Empleo Estatal porque en realidad es un requisito para acceder a la prestación por desempleo que es gestionada por éste, o si se tiene que firmar en el Servicio Público de Empleo Autónomo correspondiente, pues el compromiso de actividad involucra el conjunto de políticas activas gestionadas por el Servicio Público de Empleo Autónomo. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, este planteamiento pierde interés y ello porque de todas formas el desempleado va a acudir a la misma Oficina de Empleo, pues los gestores de las prestaciones por desempleo y de las políticas activas de empleo van a desempeñar su trabajo en la misma Oficina de Empleo, lo único que unos dependen ya del Servicio Público de Empleo correspondiente y otros dependen del Servicio Público de Empleo Estatal. Parece todo indicar que el compromiso de actividad se firma con el Servicio Público de Empleo Estatal, y éste remite al Servicio Público de Empleo Autónomo para que éste ponga en marcha el contenido de este compromiso. Sería necesario que entre el Servicio Público de Empleo Estatal y cada uno de los Servicios Públicos de Empleo Autónomos se firmaran Convenios de Colaboración para que se determinaran las obligaciones de cada uno de los Servicios en relación a este compromiso para que además éste no se convierta en un simple trámite burocrático para cumplimentar los requisitos para acceder a la prestación por desempleo y cumpla su finalidad, que es la de involucrarse lo máximo posible para encontrar un empleo adecuado al perceptor de la prestación por desempleo.

-Lo que sí está claro, que el peso de la realización del compromiso de actividad depende del Servicio Público de Empleo Autónomo, en el que va a llevar a cabo una simple actividad de control y de comprobación del contenido que implica tal compromiso de actividad, pero en otros va a depender de su buena gestión y de una adecuada Política de Colocación, pues en definitiva lo que tiene que hacer el Servicio Público de Empleo Autónomo es gestionar todo el conjunto de políticas activas para hacer posible una adecuada colocación. Así, el Art. 231.2 LGSS define el compromiso de actividad vinculándolo a los siguientes contenidos, en los que se tiene que determinar el grado de intervención del Servicio Público de Empleo Autónomo, pues este compromiso que en principio se firma con un contenido muy genérico, luego, y mediante también la intervención de los Servicios Públicos de Empleo, se va perfilando. Así, cuando el

⁶⁷³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 69. En el mismo sentido señala el Prof. GARCÍA MURCIA, J. (“Evolución de la legislación laboral”, op.cit., pág. 41) que “El compromiso de actividad es una especie de contrato *sui generis* que el desempleado debe firmar con la oficina de empleo...”.

desempleado suscribe el compromiso de actividad se obliga a “buscar activamente empleo”, y por el momento, al no concretarse nada más acerca de esta obligación se entiende que quedaría cumplida en el momento en el que se suscribe el compromiso de actividad. Se necesita un desarrollo reglamentario que fije los contenidos y los requisitos que se exigen para determinar cómo va a proceder a buscar el desempleado activamente empleo. Pero por el momento, y sin desarrollo reglamentario, hay que entender que basta con firmar el compromiso de actividad para entender que se ha cumplido con la obligación de buscar activamente empleo,⁶⁷⁴ y ello porque cada Servicio Público de Empleo Autónomico no puede decidir de forma arbitraria sobre cuándo el desempleado tendría derecho o no a recibir la prestación por desempleo, pues cada uno de ellos no puede fijar una normativa expresa sobre la forma de acreditar la búsqueda activa de empleo.

-Este compromiso de actividad obliga, además, a aceptar una oferta de colocación adecuada, indicándose en el Art. 231.3 LGSS los criterios de adecuación de la oferta, pero aunque estén fijados, no deja de intervenir la discrecionalidad de la Administración Autonómica a la hora de determinar si se ha aceptado o no una oferta de colocación adecuada. Los criterios de adecuación de la oferta son el elemento funcional, el elemento geográfico,⁶⁷⁵ el elemento económico de la adecuación,⁶⁷⁶ y el elemento sociológico de la

⁶⁷⁴ A pesar de que no está concretado cómo se tiene que acreditar la búsqueda activa de empleo, se ha añadido un nuevo párrafo al Art. 17.1 concretamente la letra c) que considera infracción leve “no cumplir las exigencias del compromiso de actividad, incluida la no acreditación de la búsqueda activa de empleo, salvo causa justificada, siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve o grave en este artículo”.

⁶⁷⁵ El elemento geográfico es el que ha planteado (en teoría) mayores transformaciones al concepto de colocación adecuada tras la última reforma. Con anterioridad a la reforma la oferta de empleo no podía suponer un cambio de residencia habitual del trabajador, salvo que tuviera la posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo, aunque se podría estimar la validez en algunas ocasiones del rechazo de una oferta de empleo adecuada cuando el desempleado acreditara la existencia de una causa justificada importante. Sin embargo se le daba poca utilidad a esta cláusula excepcional pues cada vez se estaban admitiendo menos razones para rechazar los trabajos que se ofrecían, por lo que ya con anterioridad primaba “el principio de colocación sobre el criterio de preferencia del trabajador”, aunque se ha acentuado tras la reforma. Con la nueva reforma, además de los requisitos ya establecidos con anterioridad, se añade que la colocación se entenderá adecuada cuando se ofrezca en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros de la localidad de residencia habitual. Este supuesto admite a su vez dos excepciones: que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento de ida y vuelta supera dos horas diarias de duración, y, la segunda, que acredite que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20 por ciento del salario mensual, pero parece dar a entender la ley que estas dos excepciones no se utilizarán en el caso de que el trabajador tenga posibilidad de alojamiento fuera de su residencia habitual. Este requisito que se ha añadido de considerarse una oferta de empleo adecuada el trabajo ofertado en un radio inferior a 30 kilómetros de la localidad de la residencia habitual, ha provocado un gran debate social, pero ya se estaba imponiendo este requisito a través de las interpretaciones judiciales con anterioridad a esta reforma, pues se venía entendiendo adecuada “la oferta que no implica cambio de residencia y que puede ser realizada sin dificultad en transporte público o con

adecuación, y concretamente, en los que va a intervenir el Servicio Público de Empleo de forma discrecional en la decisión de si se otorga la prestación por desempleo o se deniega, son concretamente en el elemento funcional y en el elemento sociológico. Así, en el elemento funcional se va a considerar colocación adecuada cuando haya una profesión demandada por el trabajador, o la que se corresponda con su profesión habitual, o en tercer lugar, “cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas o formativas, o la coincidente con la última actividad desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses”. En último lugar, y en el caso de que no se haya encontrado colocación adecuada, “transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, además de las anteriores, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador”. En este caso tiene una importante participación el Servicio Público de Empleo Autónomico, pues de él depende que el desempleado pueda o no acceder a la prestación por desempleo. Parece que en estos casos quien decide si se cumple o no el compromiso de actividad es el Servicio Público de Empleo Autónomico, aunque en el criterio sociológico lo determina el Servicio Público de Empleo Estatal, pues aquí lo que está determinando es si la oferta de colocación se ajusta a la concreta situación del beneficiario. Así, “para la aplicación de los anteriores requisitos, el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial... el Servicio Público de Empleo tendrá en cuenta las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral, el itinerario de inserción fijado, las características del puesto de trabajo ofertado, la existencia de medios de transporte para el desplazamiento, así como las características de los mercados laborales de empleo”.

-Por último, otro contenido del compromiso de actividad es que los perceptores de la prestación por desempleo tienen que participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación o reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad. Se constituye como una obligación para el desempleado, pero también es una obligación para los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades

algún compañero al dista la empresa 30 km de su lugar de residencia. Por tanto, habrá que esperar a determinar cuál es la aportación jurisprudencial en este aspecto, pues lo único que se ha hecho hasta ahora es incluir en la reforma legal un criterio de interpretación jurisprudencial, por lo que ya no afecta a un supuesto concreto, sino que afecta a todos los supuestos en general al estar determinada esta interpretación en la normativa vigente.

⁶⁷⁶ El criterio económico significa que el nuevo trabajo implique un salario o retribución equivalente al establecido en el sector en el que se le ofrezca un puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho, o aunque se trate de trabajos de colaboración social. El precepto incluye que “el salario correspondiente a la colocación para que ésta sea considerada adecuada no podrá, en ningún caso, ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento”, que habrá de entender en función del tiempo, completo o parcial ofertado.

Autónomas realizar “itinerarios de inserción” adecuados e individuales y ajustados a cada uno de los desempleados. Para ello es absolutamente imprescindible reforzar la política de formación profesional sobre todo para desempleados que han perdido su empleo y no cuentan con la cualificación que exige el mercado de trabajo.⁶⁷⁷ Es absolutamente positivo, tal y como afirma el CES, que haya una atención más personalizada del desempleado. Por otra parte, y ésta es una crítica -y que comparto- que se le hace a la fijación del compromiso de actividad por el CES, es que en un principio se firma un compromiso de actividad sin contenido, es decir y se va fijando en un momento posterior, pero sería conveniente que el compromiso de actividad se fijara “sobre la base del itinerario inicial de inserción laboral elaborado entre el desempleado y el Servicio Público de Empleo”.⁶⁷⁸ Posteriormente, en la LE tampoco se ha indicado nada nuevo al respecto, pues lo único que señala el Art. 24.2 es que “la articulación de los servicios y políticas activas a favor de los desempleados se ordenará por los servicios públicos de empleo en un itinerario de inserción laboral individualizado, en colaboración con el demandante de empleo de acuerdo con las circunstancias profesionales y personales de éste”.

La estrecha relación entre la gestión de las políticas activas y las pasivas y concretamente la prestación por desempleo no significa que se convierta el Servicio Público de Empleo en un “intermediario” solamente de los perceptores de la prestación por desempleo. Aunque esto no es completamente cierto, la mayor parte de las políticas gestionadas por el Servicio Público están orientadas principalmente a hacer del Servicio Público de Empleo un intermediario de “inserción” y no solamente de aquellos que están percibiendo la prestación por desempleo sino de todos los colectivos que tienen más dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo. De hecho, cuando el “trabajador” se inscribe como demandante de empleo inicia un compromiso de colocación, es decir, realiza un itinerario de inserción, que en caso de incumplimiento queda sancionado en el TRLISOS. Esto significa que el Servicio de Empleo en la mayor parte de las ocasiones no se limita a una labor estrictamente de intermediación, sino que para que pueda llegar a realizar una labor de intermediación tiene que realizar una adecuada política de colocación, poniendo en funcionamiento numerosos mecanismos en el que participen las demás políticas activas de empleo.

Existe la tendencia de considerar al Servicio Público de Empleo como un intermediario de inserción produciéndose una revalorización de estos Servicios.⁶⁷⁹ Esta afirmación también se

⁶⁷⁷ MTSS.: *La Reforma de la Política de Empleo...*, op.cit., pág. 16.

⁶⁷⁸ CES.: “Dictamen 7/2002, de 24 de junio sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo”, op.cit., pág. 11.

deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley 45/2002 al señalar que “el desempleado tendrá derecho a que los Servicios Públicos de Empleo determinen el mejor itinerario de inserción, de acuerdo con sus capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo”. Además, también se indica en la propia Exposición de Motivos que “los beneficiarios de prestaciones por desempleo durante los cien primeros días del cobro de su prestación no estarán obligados a participar en acciones de mejora de su ocupabilidad, pues intactas sus capacidades para encontrar un empleo, podrán ponerlas en práctica por sí mismos, sin ayuda, si así lo desean, de otro tipo de acciones del Servicio Público de Empleo. En cualquier caso, todas las acciones estarán a su disposición”. Esto vuelve a corroborar la tesis aquí manifiesta de calificar al Servicio de Empleo como un intermediario de inserción, pues en los casos en los que el desempleado no le hace falta realmente la inserción, no considera al Servicio de Empleo como un intermediario prioritario, y busca empleo por otros medios diferentes.⁶⁸⁰ Esta tesis también se contempla en la Ley de Empleo 56/2003 al determinar una serie de colectivos prioritarios señalando que “el gobierno y las comunidades autónomas adoptarán... programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, mujeres,⁶⁸¹ parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, discapacitados e inmigrantes”. Concretamente, en el Plan para el Empleo del Reino de España de 2003 se puso de manifiesto que los Servicios Públicos de Empleo son los encargados de promover la integración de las personas desfavorecidas en el mercado de trabajo -tales como jóvenes que abandonan prematuramente el sistema escolar, trabajadores poco cualificados, personas con discapacidad,⁶⁸² inmigrantes, miembros de minorías étnicas-

⁶⁷⁹ De hecho, y para el caso de Andalucía, aunque de la misma forma se está haciendo en otros servicios, el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía incide en que es necesario realizar una entrevista de empleo en profundidad en los primeros momentos de su incorporación al Servicio Andaluz de Empleo, detectando sus necesidades para su integración en el mercado de trabajo; y establecer un itinerario personalizado de inserción, que incluya medidas que el SAE ponga a su disposición para ayudarle en la búsqueda de empleo. También es necesario la asignación de un técnico asesor, para su asistencia y seguimiento permanente y la actualización de los servicios de orientación profesional.

⁶⁸⁰ Para un estudio sociológico del “compromiso del parado”, véase SANTOS ORTEGA, A.; MONTALBÁN OCAÑA, C.; MOLDES FARELO, R.: *Paro, exclusión y políticas de empleo Aspectos sociológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 254 y ss.

⁶⁸¹ La tasa de paro de mujeres ha sido siempre mucho más elevada que la de los hombres. Así, en 1999, la tasa de paro de larga duración de la UE representaba el 4,2 % de la población activa. Por el contrario, en España y en Italia el 7% se encontraba en situación de paro de larga duración. En general, el desempleo de larga duración es ligeramente más frecuente en mujeres que en hombres, especialmente en Grecia y en España, pero no así en Reino Unido, Países Bajos, Irlanda y Suecia. Véase DITCH, J.; ROBERTS, E.: *Enfoques integrados de políticas activas de bienestar y empleo*, Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, Luxemburgo, 2002, pág. 12.

principalmente para aumentar las oportunidades de trabajo e impedir todas las formas de discriminación. A todos estos colectivos de difícil inserción mencionados expresamente, hay que añadir el colectivo de personas mayores, con la intención de promover prácticas por parte del Servicio de Empleo a favor del envejecimiento activo, promoviendo oportunidades de trabajo para los trabajadores mayores a través de medidas de reinserción, tal y como se propone en la Unión Europea.⁶⁸³

Esta es la tesis que aquí se mantiene, aunque ni en la normativa internacional ni constitucional se indica expresamente a qué colectivos va dirigido principalmente la labor de los Servicios Públicos de Empleo, es decir, no existe ninguna referencia en el Art. 40.1 CE acerca de si las políticas de empleo que gestiona el Servicio Público de Empleo se dirigen a determinados colectivos y principalmente a aquellos que tienen especiales dificultades de inserción (titularidad selectiva) o se dirigen a todos los sectores de la población (titularidad indiscriminada de todo demandante). Desde luego, se está ante “un derecho social de ciudadanía de todos los sectores de la población”,⁶⁸⁴ pero la experiencia práctica indica además ya desde hace tiempo que la mayor parte de los trabajadores cualificados no utilizan como vía de intermediación los Servicios Públicos de Empleo, utilizando otros cauces que no están expresamente regulados en el ordenamiento jurídico-laboral, aunque sí indirectamente permitidos. Delimitando el campo de actuación de los Servicios Públicos de Empleo hace posible su plena efectividad.⁶⁸⁵ Y hoy en día los Servicios Públicos de Empleo están adquiriendo una gran importancia como verdaderos intermediarios de inserción y por

⁶⁸² Se indica además, que la labor de intermediación de los Servicios Públicos de Empleo se ha concretado en el 2002 en 22.382 colocaciones gestionadas de demandantes minusválidos (pág. 35) y también se pretende “mantener la participación prioritaria de las personas con discapacidad en los programas de formación y empleo, así como en los programas experimentales en colaboración con entidades asociadas a la atención de trabajadores con discapacidad, incrementando al menos en un 10% el número de colocados. Igualmente, se potenciarán planes personalizados para desempleados, a través de la colaboración del SPEE con Agencias de Colocación representativas del sector y entidades especializadas” (pág. 37).

⁶⁸³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre “La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial. Promover el progreso económico y social en un mundo en proceso de envejecimiento. Contribución de la Comisión Europea a la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento”, Bruselas, 18.3.2002, COM (2002) 143 final.

⁶⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 40.1 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza...”, op.cit., págs. 1343 y 1353.

⁶⁸⁵ Esta es también la opinión de REYNERI, E. (*Sociología del mercado del trabajo*, op.cit., pág. 435) al señalar que el Servicio Público de Empleo se encarga de gestionar ofertas de empleo de trabajadores difíciles.

tanto se ha demostrado que es falsa la idea ya consolidada de que a los Servicios de Empleo les quedaba una vida de corta duración.⁶⁸⁶ Esta revalorización de los Servicios de Empleo hay que ponerla en práctica, y la responsabilidad recae -al margen de la coordinación con el Servicio Público de Empleo Estatal- en los Servicios Autonómicos de Empleo. Claramente se puede comprobar que el Servicio de Empleo en general se considera como un intermediario de inserción y no significa que al ser intermediario de inserción tenga que ser “residual e incompetente”, sino más bien al contrario, aunque principalmente se va a limitar su campo de actuación para los sectores más desfavorecidos de la sociedad, lo que perfectamente es compatible con otros intermediarios apropiados para otros colectivos.

2.5. La Actividad de Colocación en la Administración Local

Como se ha podido comprobar en esta investigación, en España se ha producido una importante descentralización administrativa, al pasar de un Estado centralista que arranca de un sistema totalitario como fue el franquismo a un modelo descentralizado, que ha cambiado la organización administrativa española y que ha afectado en su totalidad a la Actividad de Colocación y en general al ámbito de las políticas de empleo.

Así pues, el modelo de estructura territorial del Estado está compuesto por tres niveles: Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Por el momento se ha analizado el nivel estatal y autonómico, debido a que dicho modelo se ha ido perfilando sobre la base de un reforzamiento de las Comunidades Autónomas, aunque hay que recordar que el proceso descentralizador en las Comunidades Autónomas no está aún cerrado y además cuenta con un importante nivel de desorden en su organización.

Ante esta diversidad en el modelo de estructura territorial del Estado, es preciso detenerse en el papel que está desempeñando en este ámbito la Administración Local y además hacer referencia al debate de la “Segunda descentralización”.

Antes de analizar la Actividad de Colocación en la Administración Local, es necesario tener en cuenta la escasa atribución de competencias de la Administración Local, aunque también es rara la ocasión en la que no entre en juego el interés local,⁶⁸⁷ ya que se ha demostrado que este ámbito permite una “identificación más precisa y aproximada de buena parte de las

⁶⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 70.

⁶⁸⁷ CATELLO RODRÍGUEZ, J.; GONZÁLEZ QUINZÁ, A.; VILLAR EZCURRA, M.: *Régimen Local y autonómico*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pág. 256.

necesidades sociales”,⁶⁸⁸ pues a mayor proximidad, mayor conocimiento de la realidad socio-económica en cada ámbito territorial y permite además atender de un modo más ágil y directo las necesidades.⁶⁸⁹

En un momento en el que aún actuaba el INEM en régimen de monopolio, la Administración Local actuaba a través de diferentes vías mediante la realización de labores de promoción de empleo para hacer posible la inserción de colectivos en el mercado de trabajo. Hoy en día las competencias en materia de Colocación se encuentran atribuidas a las Comunidades Autónomas, y ello se ha reflejado tanto a nivel constitucional como en la normativa específica en esta materia, como ahora se va a comprobar.

-En la distribución competencial establecida en la Constitución, y concretamente en el Art. 149.1.7 CE, se indica que son las Comunidades Autónomas las que van a llevar a cabo la ejecución de la legislación laboral, por lo tanto otorga una posición de superioridad al Estado y a las Comunidades Autónomas con respecto a los Entes Locales en relación a la acción autónoma de esta última. Esto significa que en la organización administrativa se pensó en las Comunidades Autónomas para que éstas dieran “solución a los males que aquejaban la vida política, social y administrativa del Estado”.⁶⁹⁰

-En las leyes de creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos de Empleo queda también reflejada la participación de la Administración Local, aunque no se indica nada nuevo al respecto. Le atribuyen una función de “promoción y desarrollo del empleo local, atendiendo a las necesidades específicas de cada territorio y en coordinación con las Administraciones Locales”.⁶⁹¹ Esto significa que en los órganos de los Servicios de Empleo Autonómicos queda representada la Administración Local⁶⁹² o han participado en el

⁶⁸⁸ GARCÍA MURCIA, J.: “Desempleo”, en VV.AA. *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, 2004, págs. 27-97.

⁶⁸⁹ Grupo Parlamentario Andalucista. DSPA 88/VI Legislatura, Sevilla, 25 de septiembre de 2002, pág. 5463.

⁶⁹⁰ VVAA (Sosa Wagner, F.Coord.): *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, Tomo I*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 459.

⁶⁹¹ Artículo 2.i) Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de Creación del Servicio Andaluz de Empleo.

⁶⁹² En la Ley de Creación del Servicio Andaluz de Empleo, la Federación Andaluza de Municipios y Provincias está representada por un vocal en el Consejo de Administración (Art. 8); en las Comisiones Provinciales también tienen que estar representados por la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (Art. 12); el Consejo Asesor también estará integrado por cuatro vocales designados por la Federación Andaluza de Municipios y provincias.

proceso de elaboración de los Servicios Autonómicos de Empleo,⁶⁹³ aunque no hay una atribución de competencias a la Administración Local, denunciándose en muchas ocasiones la falta de definición en las leyes de creación de los Servicios Autonómicos de Empleo del papel que desempeña la Administración Local en esta materia.⁶⁹⁴

-Las referencias al ámbito local en materia de empleo en la LE son también muy escasas, pues tan sólo se refiere al ámbito local en el Art. 4 al tratar la “dimensión local de la política de empleo” señalando que las políticas de empleo deben tener en cuenta su dimensión local para favorecer y apoyar las iniciativas de generación y empleo en el ámbito local. Además, se indica que “los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas establecerán los mecanismos de colaboración oportunos y, en su caso, de participación con las Corporaciones Locales para la ejecución de los programas y medidas de las políticas activas de empleo”. Volvemos a una imprecisión en esta norma de la actuación del ámbito Local, sólo se hace un llamamiento a las Comunidades Autónomas para “recordarles” que existe la Administración Local y que se tenga en cuenta,⁶⁹⁵ aunque no se establece el campo de actuación de la Administración Local.

Ante la falta de precisión en la normativa específica de la actuación de la Administración Local en la Actividad de Colocación, es necesario partir de un análisis más práctico para conocer la realidad de su actividad y poder plantear así propuestas de reforma.

Por una parte, la actividad de ajustar ofertas y demandas de trabajo en la Administración Local se realiza en las Oficinas de Empleo del propio Servicio Público de Empleo Autonómico situadas a nivel local. Es decir, la Administración Local no tiene por el momento competencia para crear sus propios Servicios Locales de Empleo, sino que es la propia Comunidad Autónoma la que se instala a nivel local y por tanto la organización y

⁶⁹³ En el proceso de concertación para la elaboración de la reforma del Servicio Catalán de Empleo, han participado fundamentalmente el Departamento de Trabajo de la Generalidad de Cataluña, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales y las entidades representativas de las Administraciones Locales de Cataluña (la Federación de Municipios de Cataluña (FMC) y Asociación Catalana de Municipios (ACM). Esto refleja la importancia de la presencia de la Administración Local. VV.AA.: *Servicios Regionales de Empleo: Estudios del caso de Cataluña*, Instituto de Desarrollo Regional, Sevilla, 2002.

⁶⁹⁴ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Creación del Servicio Andaluz de Empleo se puso de manifiesto por algunos grupos parlamentarios la “falta de definición del papel de los Ayuntamientos en el Servicio Andaluz de Empleo... al ser los Ayuntamientos la parte más importante de esta red de agentes que llevan acabo dicha ejecución” (Portavoz del Grupo Parlamentario Mixto, en Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía 88/VI Legislatura, Sevilla, 25 septiembre 2002, pág. 5461).

⁶⁹⁵ En el mismo sentido, MOLINA HERMOSILLA, O.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Más acá y más allá del trabajo. Comentario a la Ley 56/2003, de Empleo”, VV.AA (Molina Navarrete, C. Coord.): *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, Estudios financieros, Madrid, 2004, págs. 56-57.

funcionamiento de tales Oficinas depende de la Comunidad Autónoma que es la que ha organizado el aparato administrativo para llevar a cabo la legislación estatal en materia de Colocación.

Ahora bien, para que haya una buena gestión del Desarrollo Local, se debería potenciar la adecuación y preparación del personal de estas Oficinas de Empleo.⁶⁹⁶ Otra solución sería la creación de puntos de atención personalizada a través del uso de medios informáticos, tal y como se está haciendo en algunas Comunidades Autónomas como es el caso de Cataluña, dada la gran aceptación entre los usuarios de estos medios para poder acceder a la información del Servicio Público de Empleo correspondiente.⁶⁹⁷

Así pues, por lo dicho hasta el momento, la Administración Local no lleva a cabo la gestión de las políticas de empleo de forma independiente, sino que la Actividad de Colocación en la Administración Local queda organizada por las propias Comunidades Autónomas.

-Una forma de organizar la actividad de colocación de la Administración Local dando mayor protagonismo a ésta es mediante la creación de Agencias de Colocación en Entidades Locales, como se analizará al estudiar las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC. Pero a pesar de que sería necesario potenciar esta vía de participación de los Entes Locales, ha tenido poco éxito, pues en pocos Municipios se han creado dichas Agencias de Colocación. De hecho, en algunos Ayuntamientos, como es el caso del Ayuntamiento de Madrid se ha creado un Organismo Autónomo Local dotado de personalidad jurídica pública con la finalidad de gestionar las “políticas municipales de Empleo”⁶⁹⁸ sin constituirse previamente como Agencia de Colocación según el RDAC.

-Otra forma de intervenir la Administración Local es mediante la firma de Convenios de Colaboración con el Servicio Público de Empleo Autónomo

⁶⁹⁶ Han sido constantes las críticas de la falta de personal del Servicio Público de Empleo, concretamente por parte de UGT ante la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el año 1993 y 1994 al señalar el personal del INEM era insuficiente para garantizar la eficacia de la contratación y la colocación de trabajadores. CEACR.: Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 88, Servicio del empleo, 1948 España (ratificación:1960), Envío: 1994 (www.ilo.org)

⁶⁹⁷ En Cataluña existe la Red Servi-Caixa, que permite al usuario a través de una tarjeta digital acceder al Servicio Catalán de Colocación desde cualquier punto del territorio español. Del estudio que se ha realizado en el *Instituto de Desarrollo Regional* (Sevilla), se ha podido comprobar que esta iniciativa está teniendo una gran aceptación entre los usuarios y quizá se ha debido a la existencia de una cierta tradición en este tipo de servicios y además gracias a la extensa red de cajeros de esta entidad existente en la Comunidad Autónoma. VV.AA.: *Servicios regionales de Empleo...*, op.cit.

⁶⁹⁸ Organismo Autónomo Local Agencia para el Empleo de Madrid, BO Ayuntamiento de Madrid, 29/07/2004, núm. 5610, que sustituye al Instituto Municipal para el Empleo y la Formación Empresarial (IMEFE), BAM, 12/09/1991, núm. 4937.

constituyéndose como Entidades Colaboradores para el desarrollo de diferentes políticas de empleo, entre las que se encuentra la Intermediación laboral, como ahora se analizará. La Administración Local realiza una labor muy importante en la Actividad de Colocación mediante la “puesta a punto”⁶⁹⁹ de colectivos más desfavorecidos en el mercado de trabajo para hacer posible su colocación. El problema está en que no existe una coordinación de tales Programas y que en la mayoría de las ocasiones no corresponden a las exigencias de los colectivos a los que se tendría que dirigir tales políticas.

Después de tener una visión de la situación actual de la Administración Local en la Actividad de Colocación, se podría plantear si es necesario reforzar los entes locales de forma que pudieran asumir el protagonismo que les corresponde en esta materia. Existen diversas fórmulas jurídicas que posibilitan la segunda descentralización,⁷⁰⁰ aunque aquí se opta por la participación de la Administración Local pero siempre en coordinación tanto con las Comunidades Autónomas como a nivel estatal. La Administración Local es la que tiene el mayor contacto con los ciudadanos, por lo que sería necesario que hubiera una coordinación con la Administración Autonómica para que se pudiera poner en marcha de forma adecuada las políticas de empleo a nivel local. De momento se firman Convenios de Colaboración entre la Comunidad Autónoma y las Administraciones Locales, pero no hay una estructura organizada que permita desarrollar estas políticas para que tengan mayor eficacia a nivel local.

La Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) reclama la competencia en materia de empleo en su ámbito, llevando a cabo una transferencia de esta materia en virtud de un pacto local desde las CCAA a las entidades locales. En esta línea va el contenido del Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local⁷⁰¹ al

⁶⁹⁹ Las actuaciones realizadas en la Administración Local van dirigidas tanto a empresarios y a trabajadores, destacando los Agentes de Empleo y Desarrollo Local, las Iniciativas Locales de Empleo, los Planes de los Servicios Integrados para el Empleo, las Rentas Activas de Inserción, Escuelas Taller y Casas de Oficio. Para un estudio de estas actuaciones y su implicación en la actividad de colocación véase SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo e intermediación Laboral en las Comunidades Autónomas*, op.cit., págs. 151 y ss.

⁷⁰⁰ GARCÍA RUBIO, F.: *La Segunda descentralización. Bases para pactos Locales en las Comunidades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

⁷⁰¹ Documento de Trabajo. LEGAL 03-05-2006.

http://www.map.es/iniciativas/nueva_agenda_territorial/reforma_gobierno_local/parrafo/03/document_es/ANTEPROYECTO_DE_LEY_BASICA_DEL.pdf

señalar en el Art. 24 que le corresponde al Municipio, en el marco que como mínimo fijen las normas con rango de Ley del Estado y de las Comunidades Autónomas, la potestad normativa en materia de empleo.

Aunque esta solución va en la línea de atribuir a los Entes Locales la gestión inmediata en materia de políticas de empleo, puede plantear un problema de distribución competencial, teniendo en cuenta que por el momento, según la CE, la competencia de legislar en materia laboral le corresponde al Estado, y la ejecución de ésta a las Comunidades Autónomas. Lo que se podría llevar a cabo no es la potestad normativa por parte de la Administración Local, sino la ejecución de esta legislación, es decir, la gestión de las políticas de empleo, pero en ningún momento la Administración Local puede tener potestad normativa en este campo.

Además, se plantearía el problema de la dispersión normativa en este campo y la desigualdad en la gestión de unos Ayuntamientos a otros.

Por ello, aquí se mantiene la posición de dar protagonismo a la Administración Local pero sin que se produzca una gestión independiente de la Comunidad Autónoma. Se tendría que ir en la línea de la coordinación entre las distintas Administraciones.

3. La descentralización institucional de la actividad de Colocación

3.1. El marco de referencia: la Ley de Empleo 56/2003

En el momento en el que se produce una apertura de la Actividad de Colocación y se suprime el monopolio público del INEM que hasta el año 1994 había funcionado -con numerosas deficiencias- en nuestro país, se puede hablar de una descentralización “institucional” de la Actividad de Colocación, pues no sólo interviene como Agente de la Intermediación el Servicio Público de Empleo, sino que ya existen más instituciones que se encargan de tal actividad. A partir del año 1994, se acepta la creación de Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el Art. 16.2 ET y desarrolladas en el RDAC. Sin embargo, para analizar tal descentralización en el momento actual, es necesario tener en cuenta la Ley de Empleo 56/2003, y no precisamente por su contenido en esta materia, que es escaso y ambiguo al mismo tiempo, sino porque es la ley actualmente vigente en materia de empleo. Uno de los elementos innovadores en la LE, ya que no tienen antecedentes en la historia de la colocación, es la de introducir una definición de Intermediación laboral, definiéndola en el Art. 20 como el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación. La

Intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades. A continuación de la definición, parece que la ley pretende determinar quiénes son los Agentes de la Intermediación, es decir, quiénes son los que se van a encargar de la Intermediación, y concretamente determina cuatro tipos de intermediarios (Art. 21):

- Los Servicios Públicos de Empleo,
- Las Entidades Colaboradoras con los Servicios Públicos de Empleo.
- Las Agencias de Colocación debidamente autorizadas.
- Aquellos otros Servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior.

Esta enumeración parece exhaustiva y no ejemplificativa, pues de su lectura se deduce una enumeración cerrada de los intermediarios permitidos en la LE. Sin embargo, la LE se ha limitado a enumerarlos sin hacer referencia al perfil de éstos, y se ha limitado estrictamente a determinar los “intermediarios” laborales, sin regular las Agencias de Empleo Privadas en general, que son las que están actuando en la práctica. Por el momento esta enumeración plantea más dudas que soluciones, pues se produce un importante desajuste entre la realidad y la regulación normativa existente. De todos los intermediarios citados, los que cuentan con una regulación para su actuación -aunque en muchas ocasiones deficiente- son los Servicios Públicos de Empleo, que además se ha producido una casi completa descentralización territorial de éstos, y por otro lado las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas mucho antes de que entrara en vigor la LE por el RDAC, aunque su implantación en la práctica es escasa.

Por otra parte, no existe un régimen jurídico unificado de todas las Entidades Colaboradoras, como ahora se analizará detenidamente, y además, en cuanto a los Servicios para los trabajadores en el exterior, no se han creado, pues la LE remite a un reglamento de desarrollo para la creación de éstos, que por el momento es inexistente.

La escasa y ambigua redacción de la LE lleva a plantear algunos problemas que no son meramente teóricos, sino que van a afectar a la práctica diaria:

-Es necesario determinar si con la LE se ha derogado el contenido del Art. 16 ET. Desde sus inicios, el ET, y concretamente el Art. 16 ET ha regulado la fase anterior de la colocación de trabajadores sólo en lo que incide en el contrato, pues los aspectos organizativos y de política de empleo quedaron regulados en la LBE. Ahora pasa exactamente igual, pues los aspectos organizativos y de política de empleo los regula la actual

LE. Lo único que ocurre es que la LE menciona a un conjunto de Agentes de la Intermediación que sin embargo no se encuentran en el Art. 16 ET. Pero la LE no deroga el Art. 16 ET; lo único que hay que tener en cuenta es que el Art. 16 es incompleto, pues sólo hace referencia a la prohibición de la existencia de Agencias de colocación con fines lucrativos; y esto no significa que sólo sean los Servicios de Empleo y las Agencias de Colocación sin fines lucrativos los únicos intermediarios permitidos, pues la LE prevé más Agentes de la Intermediación de los estrictamente previstos en el Art. 16.2 ET.

-Otro problema que plantea la LE es que no ha utilizado el término Agencias de Empleo Privadas, término que utiliza el Convenio núm. 181 OIT y hubiera sido mejor incluir esta terminología que la de “Agentes de la Intermediación”. No es un término correcto, pues al utilizar éste ha dejado sin regulación legal las numerosas Agencias de Empleo Privadas - excepto las ETT, que sí tienen cobertura legal- que desempeñan una importante actividad en la práctica. Aunque la LE ha querido innovar en esta materia, y se puede deducir de la Exposición de Motivos al señalar que se ha tenido en cuenta para su elaboración factores que han afectado al mercado de trabajo recientemente como es el desarrollo fulgurante de las tecnologías de la información y de la comunicación, y la apertura a los agentes privados de los servicios de información, orientación e intermediación, sin embargo, a la hora de llevar a cabo una regulación en la materia no se han tenido en cuenta las buenas intenciones plasmadas en la Exposición de Motivos. Actualmente no existe una regulación completa de la Actividad de Colocación, sólo una regulación incompleta de ésta, llevada a cabo en la LE, y hasta el momento sin un desarrollo reglamentario.

Son muchos los aspectos que se tienen que aclarar en relación a la Intermediación en el mercado de trabajo partiendo de la clasificación hecha por la LE. No obstante, para realizar un análisis de estos intermediarios, no se analizarán aquí los Servicios Públicos de Empleo, pues ya se han analizado en el apartado anterior, y por tanto se comenzará con el análisis de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, único Agente de la Intermediación que se puede estudiar en profundidad al tener ya unos resultados prácticos de su funcionamiento, pues su régimen jurídico entró en vigor hace más de una década. Y, además, desde que se ha ido produciendo la descentralización territorial en materia de políticas activas, las Agencias de Colocación se han enfrentado a varios cambios, no tanto en su legislación, pues no se ha cambiado el RDAC, sino en su gestión, que depende de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.

La justificación de un estudio exhaustivo de estas Agencias está en la necesidad de conocer su régimen jurídico para analizar sus deficiencias y proponer un nuevo régimen jurídico de todas las Agencias de Empleo Privadas que actúan en la práctica. Y ello porque a pesar de que el Decreto que regula estas Agencias sigue vigente, su aplicación práctica es cada vez menor.

Una vez analizadas éstas se procederá al análisis de las Entidades Colaboradoras y de los Servicios para los trabajadores en el exterior. Pero como la enumeración realizada por el Art. 21 es absolutamente insuficiente desde una perspectiva práctica y desde una perspectiva normativa (al tener en cuenta su análisis internacional y comunitario), se analizarán las demás Agencias de Empleo Privadas que cada vez más están adquiriendo mayor protagonismo en la Actividad de Colocación, y que por el contrario no se han regulado por el momento.

3.2. Las Agencias de Colocación sin fines lucrativos (RDAC)

3.2.1. La técnica autorizatoria

De acuerdo con el *RD 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las Agencias de Colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el Empleo (RDAC)*, la actividad de las Agencias de Colocación requiere la previa obtención de un título jurídico que la legitime en este caso para poder ajustar ofertas y demandas de trabajo. La técnica utilizada para identificar el título administrativo por medio del cual la Agencia de Colocación se constituye legalmente, es la técnica de la autorización, seguida de la firma de un Convenio de Colaboración entre la propia Administración y la Agencia de Colocación que se va a crear.

La autorización administrativa es un elemento imprescindible para el legal funcionamiento de una Agencia de Colocación regulada en el RDAC, pues tras la Reforma del Mercado de trabajo no se declara directamente la legalización de éstas (tampoco se hace para las ETT), sino que es requisito esencial la autorización por parte del Servicio Público de Empleo (actualmente, es el SPEA) para facilitar su ejercicio.⁷⁰² Es además el primer y fundamental instrumento de control al que se somete el ejercicio de esta actividad. Se considera un acto administrativo unilateral que va a ser necesario para la existencia y la

⁷⁰² MEILÁN GIL, J.L.: “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión”, *RAP*, núm. 71 (1973), pág. 81.

actividad de las Agencias de Colocación no lucrativas,⁷⁰³ pues opera como una *conditio iuris* de la existencia del derecho a actuar en los términos que las normas referentes a la colocación de los trabajadores prevean.⁷⁰⁴ En el momento en el que se optó por la eliminación del monopolio público de empleo y se abrió paso a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos (también se aceptaron en este mismo momento las ETI) se pensó que éstas no podían aceptarse sin más, sino que se tenían que imponer controles estrictos de la actividad realizada⁷⁰⁵ que en este caso, con la obligación de autorización, excedían de la mera actividad de policía administrativa general. Es decir, la apertura hacia otros intermediarios -públicos y privados- se aceptó a cambio de que la actividad de colocación siguiera siendo de interés público,⁷⁰⁶ y ello se podría hacer si intervenía la Administración en toda la Actividad de Colocación. Se optó por el mantenimiento de un modelo intervencionista frente a un modelo no intervencionista o neoliberal,⁷⁰⁷ y además acorde con el Convenio núm. 96 (Parte II) que era el ratificado en ese momento. La intención del legislador fue intachable, pues muy acorde con la normativa internacional permitió la Actividad de Colocación a otros agentes distintos del Servicio Público de Empleo sometidos a fuertes “requisitos y controles particularmente rigurosos”.⁷⁰⁸ Se ha exigido por tanto autorización administrativa, técnica que es utilizada como instrumento de control del mercado de trabajo por los poderes públicos en muchas ocasiones, y a pesar de sus diferencias en cada caso en concreto,⁷⁰⁹ su

⁷⁰³ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “El reconocimiento de otros intermediarios en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, op cit, pág. 49.

⁷⁰⁴ MEILÁN GIL, J.L.: “Sobre la determinación conceptual de la autorización...”, op cit, pág. 81.

⁷⁰⁵ DE LA CUÉTARA, J.M.: [*La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1986] afirma que tal intervención de la Administración se justifica en el llamado servicio público compartido.

⁷⁰⁶ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “El reconocimiento de otros intermediarios en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, op.cit., pág. 34.

⁷⁰⁷ LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “La reforma necesaria del Servicio Público de Colocación”, *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, núm. 5, (2001-II), pág. 209.

⁷⁰⁸ IGLESIAS CABERO, M.: “La gestión privada del empleo. El papel de las Empresas de Trabajo Temporal”, op.cit., pág. 21.

⁷⁰⁹ Se ha utilizado en este caso la misma técnica, con algunas diferencias concretas, a la usada con las Empresas de Trabajo Temporal, siendo la autorización administrativa un instrumento de control y factor determinante de la legalidad de una determinada actividad en el mercado de trabajo. Véase CALVO GALLEGU, J.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; VALDÉS ALONSO, A.: “Sobre el régimen jurídico de la colocación en España y algunos de los problemas que plantea”, op.cit., pág. 260.

régimen jurídico es similar: una misma actividad puede ser lícita o ilícita en función de que el sujeto se encuentre autorizado para ello; esto es, se prohíbe el ejercicio de una determinada actividad -en este caso, las AC- y una vez que la autorización es otorgada desaparece la prohibición que presentaban previamente.⁷¹⁰ Así, la legalización de las Agencias de Colocación se ha sometido a unos parámetros formales como son los del procedimiento administrativo para que dicha legalización se realice bajo las mayores garantías de transparencia, seguridad jurídica y objetividad e interés público y al mismo tiempo realizar un control sobre la misma⁷¹¹, procedimiento administrativo de autorización que se pasa a analizar.

a) Primer acto jurídico: el procedimiento administrativo de autorización

a.1. Aspectos generales

El procedimiento de autorización se inicia con la solicitud de autorización presentada “por la persona física o jurídica” correspondiente (Art. 11 RDAC) en un modelo oficial que se encuentra en el Anexo a este RDAC, en el que además se tienen que cumplimentar los datos identificativos de la Agencia de Colocación (denominación de la entidad, domicilio de la entidad, número de identificación fiscal, código de cuenta de cotización a la Seguridad Social, y ámbito de actuación, Art. 11.1 RDAC). El escrito de solicitud debe expresar las circunstancias que permitan la identificación del interesado o de su representante (nombre y apellidos),⁷¹² así como la identificación del medio o del lugar que se señale a efectos de notificaciones, la autentificación de la voluntad del solicitante a través de la firma o por cualquier otro medio, así como el órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige. Así pues, tiene que constar la identificación del solicitante, y lo único que señala el RDAC es que el solicitante puede ser tanto persona física como persona jurídica de naturaleza pública

⁷¹⁰ PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 489. Edición que contiene la referencia del texto. La última edición es del año 2001.

⁷¹¹ DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 212.

⁷¹² Hay que entender que aunque no se diga nada expresamente en el RDAC, la solicitud se puede presentar por el propio interesado o un representante, según señala la normativa supletoria al RDAC, concretamente el Art. 32 de la Ley 30/1992: así puede serlo cualquier persona física que tenga capacidad de obrar, sin ser necesarios otros requisitos o cualificaciones profesionales con la única obligación de acreditar la representación “por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia auténtica, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado”. Véase PARADA, R.: “Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 144.

o privada.⁷¹³ Tanto las personas físicas como jurídicas tienen la capacidad de ser sujetos de derechos, ya que además de estar el individuo como persona física a quien le corresponde la capacidad jurídica en virtud de su ser personal, el ordenamiento jurídico reconoce por analogía a las llamadas personas jurídicas como jurídicamente capaces, esto es, como posibles titulares de derechos y destinatarios de deberes. Aquí se incluirían también a los extranjeros como posibles solicitantes de una autorización para crear una Agencia de Colocación siempre que acompañen en la solicitud de autorización el pasaporte o permiso de trabajo y residencia.⁷¹⁴ Sin embargo, las Comunidades de bienes⁷¹⁵ u otras figuras de naturaleza normalmente temporal previstas en la legislación civil o mercantil quedan excluidas de esta posibilidad al ser entes sin personalidad jurídica.⁷¹⁶ Ahora bien, como el RDAC no señala nada más acerca de quién puede solicitar una autorización, y por tanto crear una Agencia de Colocación, se podría hacer una interpretación amplia acerca de quiénes pueden solicitar la autorización:

-Podrían solicitar la autorización tanto una persona física y/o jurídica que decidan crear una Agencia de Colocación, es decir, que no desarrollen previamente otra actividad, sino que soliciten la autorización para -sin añadirla a otra actividad- ajustar ofertas y demandas de trabajo y sin que dicha actividad realice otras actividades diferentes a la propia de intermediación laboral. Pero esto no suele ocurrir en la práctica, y ello tiene una explicación: como la ley exige además de que esta institución tenga personalidad jurídica, que no persigan fines lucrativos (aunque sólo se permite cobrar por los gastos ocasionados por los servicios prestados), ¿qué persona física o jurídica va a “emprender” la creación de una AC en la que no obtenga ningún beneficio? Cuando se crean estas Agencias de Colocación

⁷¹³ De la misma forma queda establecido en el Art. 1.2 del Convenio núm.96 haciendo referencia a “sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones”.

⁷¹⁴ Aunque no se indique nada expresamente en el RDAC, sí se contiene concretamente en el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/1994 sobre Empresas de Trabajo Temporal e indica que pueden solicitar la autorización para crear una Empresa de Trabajo Temporal aquellos que acompañen fotocopia del documento nacional de identidad, pasaporte o permiso de trabajo y residencia del solicitante”.

⁷¹⁵ Para una explicación del por qué una comunidad no es una persona jurídica, véase FERRARA, F.: *Teoría de las personas jurídicas*, Estudio Preliminar por Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.: “¿Una persona inerte? De la “teoría” al “problema de la interpretación” de las personas jurídicas”, última edición en Comares, Granada, 2006, págs. 313 y ss.

⁷¹⁶ De igual forma quedan excluidas para crear Empresas de Trabajo Temporal. Véase VV.AA.: (Rodríguez-Piñero Royo, M., Coord.): *El impacto de las Empresas de Trabajo Temporal en España: de la legalización a la reforma*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 60.

se sabe de antemano -al conocer la normativa existente- que no se puede obtener ánimo de lucro y no se va a obtener de su actividad ningún beneficio.

-Mas realista es que las personas físicas o jurídicas que realicen con anterioridad otra actividad soliciten además autorización para realizar la actividad de intermediación laboral mediante la creación de una Agencia de Colocación sin fines lucrativos; es decir, dentro de tal institución que tienen ya creada, solicitan contar también con una AC.⁷¹⁷ Además, se deduce claramente que la intención del legislador es la creación de Agencias de Colocación en instituciones ya creadas para otros fines de interés general,⁷¹⁸ pues no se prohíbe que la AC se dedique exclusivamente a la Actividad de Colocación, a diferencia de lo que ocurre con las ETT,⁷¹⁹ en el que el legislador no ha visto conveniente “extremar las cautelas sobre este tipo de actividad”.⁷²⁰ En estos casos, es decir, en los casos en que la institución ya esté

⁷¹⁷ Ya se planteó recién entrada en vigor la reforma del sistema de colocación qué tipo de agencias o entidades se podían encuadrar en el concepto de “agencias de colocación sin fines lucrativos”. Se decía en este momento que ya había Agencias de Colocación que dependían de alguna entidad, institución u organización (instituciones benévolas, religiosas, de organizaciones sindicales o empresariales o en Universidades, Ayuntamientos, etc.) que podían tener o no naturaleza privada, aunque generalmente aparecían como servicios públicos colaboradores de los que dirige y gestiona el INEM. Pero también se decía que se incluían agencias o entidades que no dependen (ni orgánica ni económicamente) de otra institución y que tendrán que cubrir sus gastos con sus propios ingresos. Véase GARCÍA MURCIA, J.: “Agencias de colocación y Empresas de Trabajo Temporal...”, op cit, págs. 86-87.

⁷¹⁸ En el Proyecto de Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la Reforma del Mercado de Trabajo elaborado por el grupo de expertos del mismo, sometido a la consideración del Pleno del CES celebrado los días 28 de octubre y 4 de noviembre de 1993, dice literalmente que “cabría así admitir la participación de las Comunidades Autónomas, los municipios, instituciones educativas o universitarias, fundaciones o asociaciones sindicales y patronales –preferentemente conjuntas- y otras organizaciones similares. Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; CABERO MORÁN, E.: *Todo sobre las primeras normas de reforma del Mercado de Trabajo*, op.cit.,pág. 254.

⁷¹⁹ Hubo un intento de ampliar el objeto social de las ETT a la selección de personal y se les permitiera colaborar con las Agencias de Colocación sin fines lucrativos mediante la cesión de sus bases de datos. Este intento fue llevado a cabo por el Grupo Parlamentario Catalán, que en el Congreso presentó las enmiendas 74 y 75, pero fueron rechazadas. Véase BODAS MARTÍN, R.: “El reconocimiento de las empresas de trabajo temporal. Requisitos para su constitución y funcionamiento. Las cooperativas y las ETTs”, VV.AA. (Baylos Grau, A. Coord.): *Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, Madrid, CGPJ, 1995, pág. 108.

⁷²⁰ PÉREZ ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: “Las empresas de trabajo temporal a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra”, VV.AA.: *La Reforma del Mercado Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 113.

Sin embargo, en las ETT se exige la dedicación exclusiva para “evitar que actúen de forma más o menos oculta como agencias privadas de colocación, y en especial como agencias de fines lucrativos”, Véase VV.AA.: (Rodríguez-Piñero Royo, M. Coord.): *El impacto de las Empresas de Trabajo Temporal en España*, op.cit., págs. 64-65.

creada y soliciten actuar como Agencia de Colocación se puede plantear la duda de si a la hora de rellenar el modelo oficial e indicar el nombre de la entidad, se puede utilizar otro nombre distinto para actuar como Agencia de Colocación o si por el contrario tiene que utilizar su nombre original. En principio, no habría ningún problema en que la AC se denominara de forma distinta, siempre que no se produzcan confusiones con otras Agencias de Colocación creadas.

Tampoco se indica en el RDAC cuál es la fórmula elegida (sociedades civiles, mercantiles, fundaciones, etc.) por quien solicita la autorización para constituir una Agencia de Colocación, aunque sí se cuenta con una Sentencia⁷²¹ al respecto, de las pocas existentes en esta materia. Concretamente la Sala Tercera del Tribunal Supremo desestima un recurso de casación interpuesto por una Sociedad de naturaleza civil contra una Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Burgos, que confirmó la Resolución de la Administración que denegaba a una Sociedad Civil la solicitud de autorización como Agencia de Colocación, al considerar que la fórmula elegida (Sociedad civil) implica ánimo de lucro. El problema se plantea porque en el contrato de sociedad se indicaba que “las percepciones de los socios serán las adecuadas como contraprestación a su aportación y trabajo personal a la sociedad, careciendo de la misma de cualquier fin de lucro, conforme a la normativa aplicable a las Agencias de Colocación. La Sentencia señala que independientemente del pacto establecido, el ánimo de lucro es elemento esencial del contrato de la sociedad, y que al elegir tal figura jurídica para constituir la Agencia de Colocación se está infringiendo la esencia del RDAC, y concretamente sus Arts. 1.2.1 y 11.2. También señala que al pedir la citada Sociedad indemnización de los daños y perjuicios se corrobora que tal sociedad pensaba lucrarse por tal actividad, pues la indemnización se solicita siempre que haya daño emergente y lucro cesante. En conclusión, considera que el RDAC resulta incompatible con las sociedades civiles que regula el Código Civil en sus Arts. 1665 y ss. Es acertado que a la hora de comprobar quién solicita una Agencia de Colocación se analice cuál es la fórmula jurídica utilizada pues ésta da indicios claros de si se persigue ánimo lucrativo, por lo que la Sentencia en este sentido ha sido congruente con el texto del RDAC y por tanto con la regulación actual existente. Ahora bien, más que una crítica a la Sentencia, lo que se puede criticar es el hecho de que a las instituciones ya creadas que solicitan una autorización para crear una AC no se examine tan detalladamente tanto la fórmula legal elegida porque éstas ya están funcionando en la práctica, y además el resto de actividades que desempeñan lo hacen con ánimo de lucro. De hecho, hay Agencias de Colocación autorizadas, como se verá más adelante, en que la institución en sí persigue ánimo lucrativo y se ha concedido la autorización para realizar la colocación “como actividad complementaria”. Esto demuestra que a la hora de conceder una autorización para actuar

⁷²¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de abril de 2003, RJ 2003/3614.

como AC, la Administración es más permisiva si quien lo solicita tiene ya otras actividades que si se presenta una solicitud para constituir una Agencia de Colocación *ex novo*.

Junto con la solicitud de autorización se acompañará una Memoria-Proyecto técnico y de gestión para el ámbito solicitado, que tiene como principal objetivo garantizar que la gestión de colocación se haga sin fines lucrativos.⁷²² Esta Memoria tiene el siguiente contenido, de acuerdo con el Art. 11.3 RDAC.

-Se tienen que incluir los medios materiales, así como determinar la ubicación y descripción del local o locales donde vaya a desarrollarse la actuación;⁷²³ previsión del volumen de usuarios a atender y de servicios a prestar así como las instalaciones, mobiliarios y recursos materiales y métodos e instrumentos de trabajo.

-También se tienen que incluir los recursos humanos, aunque sólo tienen que indicar las previsiones de dotación del personal. No se tiene en cuenta para evaluar si se concede o no la autorización si la AC dispone de una estructura organizativa que le permita cumplir los fines por la que se ha creado, esto es, ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades. Es un requisito que sí se exige para la creación de las Empresas de Trabajo Temporal para garantizar las obligaciones que asume como empleador, teniéndose en cuenta la dimensión, equiparamiento y régimen de titularidad de los centros de trabajo.⁷²⁴ En cambio, para las Agencias de Colocación no se planteó la cuestión de incluir este requisito; lo único que sí señala el RDAC es que la solicitud de la autorización incluya la dotación de personal, sin hacer referencia expresa al número fijo de recursos humanos ni a su grado de especialización. Aunque se entiende perfectamente que las ETT tienen que asumir numerosos riesgos por su calidad de empleador directo, hubiera sido conveniente que también se hubiera exigido este requisito para las Agencias de Colocación, para conocer así

⁷²² Para un análisis general de los requisitos que se exigen para ser titular de una autorización administrativa, véase LAGUNA DE PAZ, C.: *La autorización administrativa*, op.cit..

⁷²³ Hay que diferenciar entre el ámbito territorial y la ubicación de locales que además se diferencia en el artículo 11 del RD 735/1995. Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de Empleo y Servicios de Colocación”, op.cit., pág. 148.

⁷²⁴ Para las Empresas de Trabajo Temporal sí se exige una determinada estructura organizativa, modificada por la Ley 29/1999, de 16 de julio. De este modo, se ha incidido en el número mínimo de trabajadores con contratos indefinidos que necesariamente deben tener para prestar servicios bajo su dirección (trabajadores de estructura), que deben ser 12, a tiempo completo o parcial por cada 1000 trabajadores o fracción contratados en el año inmediatamente anterior.

previamente la estructura organizativa con la que va a contar en sus labores de intermediación para que ésta alcance el fin deseado llegando a producir las máximas contrataciones posibles de la forma más precisa posible, indicando el número de trabajadores con los que debe contar la AC y sobre todo el grado de especialización de éstos, requisito este último que tampoco se exige para las ETI. Los recursos humanos de una Agencia de Colocación deberían contar con un alto grado de especialización, con una titulación adecuada, ya que tienen que estar preparados para estar en contacto con las ofertas de empleo, con las empresas y con los demandantes.⁷²⁵ El hacer posible la creación de estas Agencias requiere un funcionamiento dinámico de parte de su personal siendo necesario que se lleve a cabo un servicio apropiado tanto a la empresas como a trabajadores, ya que ambos constituyen sus clientes.

-También tienen que aportar documentación acreditativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social o de carecer de las mismas, y también tienen que aportar el presupuesto de gastos e ingresos con especificación de la remuneración a percibir del empleador o de los trabajadores por cada servicio prestado. Este último requisito requerirá una mención especial dado los problemas que puede plantear en la práctica y además en el RDAC se exige como una condición indispensable de la Agencia de Colocación.

Sin embargo, y a diferencia de lo que se les exige a las ETI,⁷²⁶ y en el ordenamiento italiano,⁷²⁷ a las Agencias de Colocación no se les exige un capital de inicio. A pesar de que

⁷²⁵ En el ámbito de la intermediación laboral que realizan los Entes Locales no hay una estructura fija determinada del número de personas que se dedican a la intermediación en el mercado de trabajo ni tampoco el grado de especialización que deben tener. Destacan principalmente los trabajadores sociales, pedagogos, sociólogos, psicólogos y en menor medida abogados y economistas. Véase MTSS.: *Sistemas de intermediación en el mercado de trabajo en el ámbito local*, MTSS, Madrid, 2001.

Una adecuada Titulación sería la Licenciatura en Ciencias del Trabajo pues se forman en las nuevas demandas y necesidades del mercado de trabajo al que se dirige, al salir expertos sobre todo y en lo que aquí se refiere en economía del trabajo, mercado de trabajo y políticas de empleo, asesoramiento en creación de empresas y Agencias de Colocación.

⁷²⁶ Según el Art. 3 LETT, las Empresas de Trabajo Temporal tienen que poner a disposición de la autoridad laboral que concede la autorización una garantía financiera que consiste en dinero efectivo o en valores públicos en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales.

⁷²⁷ En el ya derogado Decreto Legislativo núm. 469/1997, el Art. 10 obligaba a las agencias de intermediación a tener un capital de al menos de 200 millones de Liras. Sin embargo, con el vigente Decreto Legislativo núm. 276/2003 (Art. 5) señala que dichas Agencias tienen que contar con un capital no inferior a 50.000 Euros. Esto ha hecho que puedan crear Agencias de Colocación más personas físicas y jurídicas al reducir el capital que tienen que aportar. Sin embargo, sí se ha producido un aumento del capital a aportar para otros agentes privados, que están permitidos en el ordenamiento italiano. Véase CIOCCA, G.: "Le agenzie di intermediazione", VV.AA (A cura di Olivelli, P.; Tiraboschi, M.): *Il diritto del*

podía haber sido ventajoso la inclusión de esta exigencia por suponer una notable garantía económica para los usuarios de la Agencia, parece justificada la no inclusión porque normalmente las Agencias de Colocación se crean en instituciones ya creadas que cuentan con su propio capital, y así la empresa sólo tiene que acreditar qué tipo de institución es y así acreditar si es capaz -en virtud de su patrimonio- de destinar una partida para realizar la actividad de Intermediación en el mercado de trabajo. Pero el problema se plantearía en aquellas Agencias de Colocación que se crean para tal efecto y solo para tal fin, pues al no exigirle un determinado capital de inicio para el desarrollo de la actividad, se podría ver frustrada de inmediato al no contar con recursos económicos. Pero se puede decir que este último caso no opera en la práctica, pues no es lo común que una persona física o jurídica se constituya como AC y tenga que desembolsar una determinada cantidad económica para no recibir posteriormente ningún beneficio por dicha actividad. Además, la exigencia de tal requisito para que se constituya una ETT tiene sentido y ello porque la ETT presenta la condición de empleador y es necesaria una garantía financiera para hacer frente al pago de los salarios y seguros sociales al trabajador, aspecto que en la Agencia de Colocación no es así, aunque también se podría haber exigido tal requisito por las razones expuestas anteriormente.

Cada vez que se decida crear una Agencia de Colocación sin fines lucrativos, los solicitantes -además de presentar los requisitos exigidos mediante un modelo oficial⁷²⁸ pueden acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, que tendrán que ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirigen.⁷²⁹ El RDAC señala además que los solicitantes “aportarán la documentación que en cada caso proceda, conforme a su naturaleza, acreditativa de la ausencia de ánimo de lucro y de su finalidad de intermediación en el mercado de trabajo con el fin de colaborar en la colocación”. Parece indicar que además de que los solicitantes puedan aportar cualquier tipo

mercato di lavoro dopo la Riforma Biagi, Giuffrè Editore, 2005, pág. 207; GARCÍA TRASCASAS, A.: *La reforma de la ocupación y el mercado de trabajo en Italia*, Bomarzo, Albacete, 2006.

⁷²⁸ La solicitud de autorización, según indica el Art. 70.4 de la Ley 30/1992, se tienen que ajustar a un sistema normalizado ya que la solicitud de autorización de una Agencia de Colocación determinada no sólo va a afectar a un único administrado sino a un gran número de ellos, pues no hay un número delimitado de autorizaciones a conceder.

⁷²⁹ De este modo, el Art. 70.4 de la Ley 30/1992, señala que “las administraciones públicas deberán establecer modelos de sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas”. A continuación señala que “los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirigen”.

de documentación de forma voluntaria, también están obligados a otorgar a la autoridad competente cierta documentación durante el procedimiento, para comprobar y controlar la ausencia de ánimo de lucro de la Agencia de Colocación en el caso que proceda.

La solicitud de autorización se tiene que presentar, como señala tal normativa, al Director General del INEM. Pero después del proceso de descentralización territorial en esta materia, una de las funciones atribuidas a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, según la normativa sobre traspaso de competencias, es la de la autorización de las Agencias de Colocación. Se podría interpretar, dado el proceso de descentralización que se está llevando a cabo y que ya afecta a la casi totalidad de las Comunidades Autónomas, que en el caso de que el ámbito de actuación de una Agencia de Colocación estuviera dentro del ámbito de una Comunidad Autónoma se solicitara la autorización en el Servicio Público de Empleo Autónomo;⁷³⁰ y en el caso en el que el ámbito de actuación de una Agencia de Colocación fuera el estatal o superara el de una Comunidad Autónoma, se firmaría en este caso con el Director General del Servicio Público de Empleo Estatal.

Una vez que se presente la solicitud, los solicitantes tienen derecho a exigir de la Administración el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación, admitiendo como tal una copia en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina,⁷³¹ y que servirá para contar a partir de este momento el plazo que tiene la Administración para llevar a cabo la Resolución, que en este caso en concreto se ha fijado en seis meses.⁷³² Durante este

⁷³⁰ En el caso andaluz, le corresponde a la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, que como indica la Ley de Creación del SAE (BOPA, núm. 427, de 17 de diciembre) es al titular de la Consejería competente en materia de empleo, pues concretamente le asigna las funciones de “suscribir contratos, convenios y resoluciones referidos a asuntos propios del Servicio Andaluz de Empleo”, entre la que estaría incluida la presentación a éste de los documentos para proceder a la autorización de las Agencias de Colocación.

⁷³¹ PARADA, R.: *Régimen jurídico de las Administraciones...*, op cit, pág. 283.

⁷³² En este caso no hay problemas de interpretación en cuanto al tiempo que puede transcurrir desde que se lleva a cabo la solicitud de autorización hasta que se realiza la Resolución por parte del órgano competente, que en este caso se ha determinado en seis meses.

Coincide con el plazo máximo que determina la LRJAP, en su Art. 42.2 que señala que “el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”. Sin embargo no coincide con el plazo máximo establecido en Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la LRJAP, las normas reguladoras de los Procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, que dispone en su Art. 3 que “el plazo máximo para la resolución de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones será el que establezca su normativa reguladora y, en su defecto, el de tres meses”.

periodo de tiempo, que desde luego es el plazo máximo pero no se tiene que agotar,⁷³³ la entidad solicitante puede conocer el “estado de tramitación del mismo, pudiendo formular las alegaciones y aportar los documentos que estime convenientes” (Art. 12.1 in fine RDAC).⁷³⁴ Esto quiere decir que los interesados pueden aportar en cualquier momento datos fácticos, razonamientos jurídicos, argumentaciones, documentos y, en general, cuantos elementos de juicio consideren adecuados en defensa de sus derechos. Son válidas las alegaciones introductorias en las que se incorporan por primera vez datos que las partes estimen oportunos a este procedimiento, así como las conclusivas en las que se aportan estas alegaciones para valorar datos o hechos aportados.⁷³⁵

Por otra parte, se indica en el Art. 16.2 ET y en el Art. 12.2 del RDAC que el Consejo General del Instituto Nacional de Empleo emitirá un informe sobre la solicitud de autorización como AC. Pero hay que hacer algunas aclaraciones, pues ya no sería el Consejo General del INEM el que emite el informe dada la nueva estructura del Sistema Nacional de Empleo, pues cuando se redactaron tales preceptos normativos estaba en vigor el Real Decreto 1458/1986, de 6 de junio, por el que se determina la estructura orgánica del Instituto Nacional de Empleo atribuyéndole las funciones consultivas al Consejo General del INEM. Sin embargo, se han producido diferentes acontecimientos en esta materia que han cambiado el organismo al que se le puede solicitar tal informe. Tras la descentralización territorial se puede indicar que en el caso de creación de Agencias de Colocación en el que su ámbito territorial exceda del de la Comunidad Autónoma, el órgano que realiza el informe según la Ley de Empleo 56/2003 es el “Consejo General del Sistema Nacional de Empleo”, también de composición tripartita, integrado por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado, de las Organizaciones Empresariales y de las Organizaciones Sindicales más representativas. En el Art. 7 de la LE no se indica expresamente que entre las funciones de

⁷³³ En el ordenamiento italiano, concretamente en la nueva reforma *Biagi* del mercado de trabajo, (Ley de 14 de febrero de 2003 n.30 y d.lgs. de 10 de septiembre de 2003, núm. 276) se fija un plazo de 60 días desde que se presenta la solicitud de creación de una Agencia de Empleo (tanto las de intermediación, selección, recolocación y suministro de mano de obra) hasta crearla. Para un estudio del procedimiento de autorización véase SPATTINI, S.; TIRABOSCHI, M.: “Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione”, VV.AA (a cura di Olivelli, P.; Tiraboschi, M.): *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffré Editore, Milano, 2005, pág. 136 y ss.

Se han simplificado los 150 días que se pedían para el ingreso de los privados en el mercado de trabajo en el Decreto Legislativo núm. 469 de 23 de diciembre. DI GIGLIO, M.: “La reforma del collocamento”, *Il lavoro nella giurisprudenza*, núm.9, (1998), págs. 737-738.

⁷³⁴ También reconocido expresamente en los artículos 35 y 79.1 de la LRJAP, documentos que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución, y que se podrá llevar a cabo en cualquier momento, sin tiempo limitado.

⁷³⁵ VVAA. (Pendás García, B.): *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis Barcelona, 1993, pág. 549.

este órgano esté la de elaborar un informe para valorar si se concede o no la autorización de una AC cuyo ámbito territorial exceda del de la Comunidad Autónoma. Se indica en el citado Art. 7 que “reglamentariamente se determinarán sus funciones”, por lo que se tendrá expresamente indicar en el desarrollo reglamentario.

Pero hay que determinar también cuál va a ser el organismo que emita un informe en caso de creación de una AC en una Comunidad Autónoma que tenga traspasadas las competencias en materia de empleo, trabajo y formación. En las leyes de creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos no se indica expresamente un órgano que se encargue de estas funciones, aunque podría ser el “Consejo de Administración” pues aunque expresamente no se indique entre sus funciones la de elaborar informes y ni mucho menos la de elaborar un informe previamente a la autorización de las Agencias de Colocación, parece indicar, de la lectura de todos los órganos integrados en un Servicio Público de Empleo Autonómico que es éste el que podría ejercer tal función al desarrollar funciones decisivas como de información, proposición y de seguimiento y evaluación y además de composición tripartita.⁷³⁶

Los informes que se realicen dentro de un procedimiento administrativo en general, adquieren una especial relevancia y ello porque un órgano especializado emite declaraciones de juicio en su tema concreto para que el órgano que tiene que dictar resolución lo haga con el mayor acierto posible,⁷³⁷ y proporcionando elementos de juicio necesarios para poder resolver. Así, teniendo en cuenta los Arts. 82 y 83 de la Ley 30/1992, y la normativa específica que regula este procedimiento (Art. 16.2 ET y Art. 12.2 RDAC), se puede deducir que el informe que emite el Consejo General del INEM es consultivo, preceptivo y no vinculante: consultivo porque el informe se hace sobre documentos que ya han sido aportados al expediente y que consisten en la declaración de juicio sobre los mismos, a diferencia de otros informes que son de carácter inspector en el que se lleva a cabo un

⁷³⁶ Así, el Consejo de Administración creado en el Servicio Andaluz de Empleo está compuesto por nueve vocales designados por la Consejería competente en materia de empleo; cuatro vocales designados por las organizaciones sindicales más representativas en Andalucía; cuatro vocales designados por las organizaciones empresariales más representativas y un vocal en representación de la Federación de Municipios y Provincias.

Existe otro órgano -dentro de la estructura de los Servicios Autonómicos de Empleo- que se podría encargar de esta función, y es concretamente la Dirección-Gerencia, aunque las funciones que se le atribuyen principalmente están relacionadas con la coordinación, dirección, planificación y control de las actividades del Servicio Público de Empleo Autonómico.

⁷³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Civitas, Madrid, 2000, (Edición que contiene la referencia del texto a la que se alude; hay otras ediciones posteriores, la última, de 2006), pág. 487.

examen de los datos o hechos que pueden incorporarse;⁷³⁸ preceptivo, porque se exige por disposición reglamentaria (Art. 12.2 RDAC) a pesar de que no se indique nada por disposición legal (Art. 16.2 ET); y no vinculante,⁷³⁹ en el que la resolución puede adoptarse de conformidad con el Dictamen o separándose de él aunque en este último caso tiene la obligación de motivar los actos que se separen de éste y en el caso en el que existan buenas razones en las que se justifique su desacuerdo con el informe emitido, el órgano que lleva a cabo la Resolución puede apartarse válidamente de éste.

Podría plantearse también la cuestión de si la Inspección de Trabajo interviene en la elaboración del informe, pues también tiene la función de llevar a cabo “informes a órganos jurisdiccionales o administrativos... en los términos previstos en la legislación aplicable”.⁷⁴⁰ Aunque hubiera sido posible que se hubiera exigido por ley que fuera la Inspección de Trabajo al igual que interviene en la emisión de informes en el procedimiento administrativo de autorización de las Empresas de Trabajo Temporal,⁷⁴¹ en este caso parece que es más conveniente que sean los propios órganos de los Servicios Públicos de Empleo dada la relación de proximidad y cercanía con el órgano consultivo. En esta materia la actuación de la Inspección de Trabajo se limita a contribuir al adecuado cumplimiento de las normas de Colocación, e interviniendo en el proceso para la imposición de sanciones por infracciones leves y graves.⁷⁴² De todas formas, aunque a la Inspección de Trabajo no se le exige por ley que lleve a cabo un informe preceptivo, la autoridad administrativa podría pedir -sin perjuicio del informe preceptivo que emita el órgano del Servicio Público de Empleo correspondiente- solicitar con carácter facultativo informes a la Inspección de Trabajo.

⁷³⁸ VV.AA (Pendás García, B): *Administraciones Públicas y ciudadanos*, op.cit., págs. 555-558.

⁷³⁹ La LRJAP señala en el Art. 83.1 que “salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”.

⁷⁴⁰ Art. 2.1.5 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁷⁴¹ Para autorizar las Empresas de Trabajo Temporal no es competente el Servicio Público de Empleo correspondiente sino el Ministerio de Trabajo a pesar de que en el proyecto de Ley elaborado por el Gobierno atribuyeran al INEM la facultad de ser competente para llevar a cabo el procedimiento para la autorización del inicio de actividades. Véase BODAS MARTÍN, R.: “El reconocimiento de las Empresas de Trabajo Temporal. Requisitos para su constitución y funcionamiento. Las cooperativas y las ETTs”, op.cit., pág. 111.

⁷⁴² Arts. 1.1, 3.1.4.1 y 3.1.4.4. de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; y Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

En cuanto al momento procedimental en el que tiene que llevar a cabo el informe, ni la normativa específica (Art. 16.2 ET y RDAC) ni en los Arts. 82 y 83 de la Ley 30/1992 que tratan de los Informes que se llevan a cabo en la instrucción del procedimiento, se efectúa indicación alguna. Lo único que apunta el Art. 16.2 del ET es que el Informe ha de ser previo, lo que parece indicar que se tiene que llevar a cabo antes de que se produzca la resolución definitiva,⁷⁴³ es decir, antes de la propuesta de resolución, y por tanto antes de los seis meses que es la duración máxima del procedimiento administrativo para la concesión de la autorización.⁷⁴⁴ Además, el Informe se tendrá que realizar en un plazo de diez días, según lo establecido en el Art. 83 de la Ley 30/1992, y en el caso de que de que no se realice, el procedimiento sigue su curso, y si es emitido fuera de plazo “podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución” (Art. 84.4 in fine, de la Ley 30/1992).

Al igual que la solicitud de la autorización de una Agencia de Colocación va dirigida al Director General del Servicio Público de Empleo Autónomo en donde vaya a actuar la Agencia de Colocación, el final del procedimiento administrativo, según señala el Art. 13 RDAC, también se realizará por medio de una declaración de voluntad del Director General del Servicio Público de Empleo Autónomo⁷⁴⁵ a través de una Resolución que por supuesto debe ser congruente con las peticiones que formularon los interesados y se tiene que pronunciar sobre éstas. Esto no quiere decir que acoja todas las pretensiones sino que en cada caso en concreto se tiene que pronunciar sobre éstas.⁷⁴⁶ Según dispone el Art. 58 de la Ley 30/1992, la Resolución debe ser notificada, tanto en caso que sea estimada como en el caso que sea desestimada.

Tras el cambio producido tras la descentralización territorial de esta materia en el caso en el que se autoricen Agencias de Colocación cuyo ámbito de aplicación no sea superior al de una Comunidad Autónoma, no le correspondería al Director General de

⁷⁴³ Véase VV.AA. (Pendas García, B): *Administraciones Públicas y ciudadanos...* op cit, pág. 556.

⁷⁴⁴ En algunos Estados de EE.UU, en caso de protesta contra la concesión de una licencia para que la agencia de colocación pueda funcionar, habrá de escucharse a las partes interesadas antes de denegarla. Véase OIT.: *Servicios Nacionales de Empleo (Estados Unidos)*, Ginebra, 1955, op.cit., pág. 183.

⁷⁴⁵ Sin embargo en el Reino Unido las Agencias de Colocación (que tienen un régimen jurídico distinto) se autorizaban por el Ministerio de Industria y Comercio. Pero las disposiciones donde se regula la concesión de la autorización han sido sustituidas y es el juzgado de lo Social el que las autoriza o deniega. VVAA. (Elordi Dentici, A.; Del Rey Guanter, S.; Serrano Martínez, I.E.; Gala Durán, C.): *Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo Temporal en España*, Aget, Madrid, 2001, pág. 367.

⁷⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, op cit, pág. 498.

Empleo sino al correspondiente en cada Comunidad Autónoma, aunque hubiera sido más adecuado que la Resolución se llevara a cabo por el órgano tripartito que emite el informe, pues aunque la participación institucional está presente, en muchas ocasiones será una simple presencia y no una mera participación dado el carácter no vinculante que presenta el informe.

Durante todo el procedimiento administrativo funciona en el INEM (y se entiende que es en cada Servicio Público de Empleo Autónomo) un Registro de solicitudes con el fin de conocer en cada momento las fases de tramitación del procedimiento (Art. 12 RDAC). Finalmente, la autorización se puede o no conceder: si la declaración de voluntad es favorable, se lleva a cabo la continuación de la firma del Convenio de Colaboración entre las partes firmantes, esto es, entre el representante de la entidad solicitante y el Director General del INEM, cuestiones que se estudiarán en el análisis del Convenio de Colaboración; pero también la autorización se puede denegar. En ambos casos, el sujeto que resuelve el procedimiento es el Director General del Servicio Público de Empleo Autónomo en el caso de que la AC sea de ámbito inferior o igual al de la Comunidad Autónoma, quien de forma motivada emite una solución en el plazo que tiene para resolver. La motivación también se extiende al caso en el que la resolución que deniegue la autorización no coincida con la del Informe realizado por el órgano consultivo.

Pero el problema se plantea realmente cuando se produce el vencimiento del plazo establecido legalmente para dictar Resolución -en este caso es de seis meses- sin que la Administración haya dictado y notificado la Resolución expresa. Hay que determinar qué alcance y significado le ha otorgado en este caso el ordenamiento jurídico para hacer frente a la “inactividad formal”⁷⁴⁷ de la Administración. Se prevé en este caso en concreto la figura del silencio administrativo negativo,⁷⁴⁸ constituyéndose una ficción jurídica al considerarse que la resolución se ha dictado y que la Administración ha cumplido su deber de responder en este caso de forma negativa,⁷⁴⁹ constituyendo una garantía de los administrados frente a

⁷⁴⁷ VVAA. (Pendás García, B.): *Administraciones Públicas...*, op cit, pág. 391.

⁷⁴⁸ Según dispone el Art. 43.5 de la LRJAP, artículo redactado según Ley 4/99, de 13 de enero, “los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días”.

⁷⁴⁹ La LRJAP atribuye en el Art. 43 de forma general efectos positivos al silencio de la Administración, aunque a continuación señala “salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario establezca lo contrario”.

las demoras de la Administración para mejor tutelar los derechos de los administrados.⁷⁵⁰ En otros ordenamientos, como es el caso italiano, se ha cambiado recientemente (reforma *Biagi*) en cuanto al procedimiento de colocación, la figura del silencio negativo por la del silencio positivo. Aunque hay parte de la doctrina italiana que ha criticado la solución del silencio positivo porque corre el peligro de “autorizar” actividades de forma incontrolada,⁷⁵¹ otros están a favor del cambio efectuado para este caso en concreto, pues piensan que existen otros momentos de control de la actividad desarrollada de las agencias autorizadas, pues no sólo existe un solo control preventivo a la entrada sino que hay otros momentos de control a posteriori y que se puede denegar la autorización definitiva a tiempo indeterminado en el caso de que no se cumplan los requisitos para poder obtenerla.⁷⁵²

a.2. Sobre el carácter reglado o discrecional de la autorización

En principio, el procedimiento para adquirir la autorización es un acto reglado, y ello porque se pretende que la Administración se limite a constatar todos los requisitos que son necesarios en este caso para autorizar una AC, para que no quepa valoración alguna por parte de la Administración. Son actos reglados la comprobación de si es persona física o jurídica, o comprobar la denominación y el domicilio de la entidad, el número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social, el ámbito territorial y profesional en el que se pretende actuar, y la documentación acreditativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad

Por otra parte, en el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la LRJAP las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones, incluye un anexo en los que indica los procedimientos en los que la falta de resolución expresa puede considerarse desestimatoria. En el apartado que hace referencia a las relaciones laborales, no incluye la autorización de las Agencias de Colocación. De todas formas se entiende el silencio administrativo negativo porque lo dice expresamente el Art. 13.2 del RDAC.

⁷⁵⁰ Véase GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *El silencio administrativo en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 200. Para un estudio del silencio administrativo y de los cambios operados en éste, véase RAZQUIN LIZARRAGA, M.M^a: “La fijación legal de plazos de resolución y de notificación de los procedimientos administrativos y de los efectos del silencio administrativo”, *REDA*, núm. 113, enero-marzo (2002).

⁷⁵¹ ANGIOLINI, V.: *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in VVAA (a cura di Ghezzi, G.): *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Hediese, Roma, 2004, pág. 29.

⁷⁵² SPATTINI, S.; TIRABOSCHI, M.: “Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti...”, op.cit., pág. 158.

Social o de carecer de las mismas. Todos ellos son actos reglados porque no existe margen alguno para que la Administración emita juicios subjetivos o niegue la autorización por motivos políticos o de mera oportunidad, pues se limita simplemente a aplicar la normativa dada mediante la subsunción del caso concreto en el supuesto legal definido por ella.

Sin embargo, no cabe duda que se utilizan otros elementos en los que hay que precisar si la potestad de la Administración en este caso tiene un carácter discrecional o si por el contrario se trata de la existencia de ciertos conceptos jurídicos indeterminados en el que se confiere un cierto margen de apreciación o juicio para la determinación de dicho supuesto.⁷⁵³ Para ello es preciso determinar cuáles son estos supuestos:

- Por una parte, tanto el Art. 16.2 ET como el RDAC establecen que las Agencias de Colocación tienen que carecer de fines lucrativos limitándose la remuneración que reciban del empresario o del trabajador a los gastos ocasionados por los servicios prestados.
- Además, tienen que incluir en la Memoria-Proyecto el presupuesto de gastos e ingresos con especificación de la remuneración a percibir del empleador o de los trabajadores por cada servicio prestado.
- A la hora de determinar si una AC puede autorizarse, se tiene que tener en cuenta que dichas Agencias garantizan el principio de igualdad en el acceso al empleo.
- Por otra parte, también se tendrá que valorar la ubicación y descripción del local o locales donde vaya a desarrollarse su actuación y la previsión del volumen de usuarios.⁷⁵⁴

En estos casos la potestad de la Administración deja de construirse de forma reglada para pasar a configurarse sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados, que si bien al principio puede pensarse que en la determinación de tales no interviene ninguna decisión de voluntad del aplicador, sí se otorga un cierto margen de apreciación por parte de la Administración, incluso de forma discrecional.⁷⁵⁵ Quizá en donde más se manifiesta el carácter no reglado de la Administración a la hora de determinar si se puede crear o no una

⁷⁵³ Véase PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, op cit, pág. 464.

⁷⁵⁴ No se sabe exactamente lo que se tiene en cuenta a la hora de determinar si el local es o no adecuado. En Estados Unidos, cuando se crea una Oficina del Servicio Nacional de Empleo, se da preferencia a los locales que estén situados en el centro de la población; se examinan los medios de transporte disponibles para que la oficina sea de fácil acceso para la mayoría de los solicitantes; se escogen edificios que hacen esquina para que sea de más fácil acceso y que se vean los rótulos exteriores de identificación de la oficina. Véase OIT.: *Servicios Nacionales de Empleo, (Estados Unidos)*, op.cit., pág. 32.

⁷⁵⁵ PAREJO ALFONSO, L.; JIMENEZ BLANCO, A.; ORTEGA ALVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, op cit, pág. 492.

Agencia de Colocación es en el requisito de carecer de fines lucrativos. Así, para haber evitado y limitado el uso de la discrecionalidad de la Administración con respecto al primer requisito, se tendría que haber incluido la aprobación de un sistema tarifario⁷⁵⁶ en el RDAC y de este modo se podría haber establecido previamente un tope máximo y otro mínimo en el que se pudieran mover las partes para fijar la cuantía a cobrar por los gastos ocasionados por los servicios prestados, término bastante impreciso que podría llegar a producir excesivas cuantías a pagar por los usuarios de las Agencias de Colocación. Seguramente que en el procedimiento para autorizar una AC no sólo se analiza que la Agencia carezca de fines lucrativos, sino también la institución en donde se vaya a crear la Agencia, en la que inevitablemente habrá un margen de discrecionalidad por parte de la Administración a la hora de determinar si esa Agencia cumple con el requisito de “carecer de fines lucrativos” porque indirectamente, y sin afectar a la Actividad de Colocación, sí se está lucrando de la actividad. Quizá es también otro de los motivos de la escasa creación de Agencias de Colocación en instituciones privadas, ya que la autoridad laboral pone trabas a la hora de autorizarlas por entender que se podría violar el requisito de carecer de fines lucrativos. En estos casos interviene de forma discrecional la Administración, aunque esta facultad discrecional o subjetiva no está realizada al margen de la ley sino justamente en virtud de la ley. De cualquier forma, no se puede negar que los límites entre la discrecionalidad de la Administración y el uso de conceptos jurídicamente indeterminados resultan normalmente difíciles de determinar.⁷⁵⁷

En estos casos es la Administración quien de forma discrecional y siempre de forma motivada, tiene que determinar en qué instituciones se pueden crear Agencias de Colocación que ayuden a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades. El acto por el cual la Administración decide autorizar o no una determinada AC ha de estar suficientemente

⁷⁵⁶ Es planteado el problema por CASAS BAAMONDE, M.E.: “El reconocimiento de otros intermediarios en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, op cit, pág. 41. Por otra parte, a favor de un sistema tarifario general, y además cobrado en el momento en que se celebre el contrato de trabajo, se muestra SANCHEZ PEGO, F.J.: “Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral”, op.cit., pág. 114.

⁷⁵⁷ Siguiendo la diferenciación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados realizada por VILLAR PALASÍ, J.L.; VILLAR EZCURRA, J.L.: *Principios de Derecho Administrativo*, Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 22 y ss (Edición que contiene la referencia del texto. La última edición es del año 1999), se puede comprobar que en este caso se está haciendo más bien referencia a la discrecionalidad. Aunque en ambas nociones existe un ámbito no determinado por la ley, “los conceptos jurídicos indeterminados apuntan a una única solución válida aunque indeterminada a priori, mientras que los casos de discrecionalidad admiten varias soluciones distintas por tratarse de indiferentes jurídicos. Por tanto, parece que los que se están analizando son casos de discrecionalidad.

motivado,⁷⁵⁸ no considerándose como válidas las indicaciones genéricas, vagas e incorrectas para determinar que una AC no cuenta con los requisitos necesarios para ser autorizada. Por otra parte, la Administración deberá en cada caso en concreto determinar el momento y los motivos por los cuales una Agencia de Colocación no cumple todos los requisitos legales para ser autorizada, pues a pesar de que se pueda remitir a casos idénticos en los que se haya negado en otras situaciones, no exime a la Administración en el caso en concreto de motivar la denegación de la Agencia de Colocación: es decir, que se haya denegado en una ocasión la autorización de una AC constituida en una Asociación Empresarial, por ejemplo, no significa que se tengan que negar a partir de este momento todas las solicitudes de autorización de AC constituidas en Asociaciones Empresariales.

Se puede comprobar la existencia de actos discrecionales durante el procedimiento administrativo de autorización en el propio RDAC, pues el Art. 1 señala que “el Instituto Nacional de Empleo podrá autorizar la existencia de Agencias de Colocación en las condiciones que se determinen...”. Por tanto, comprobada la discrecionalidad con la que actúa la Administración a la hora de autorizar las Agencias de Colocación, es necesario llevar a cabo una vigilancia de forma rigurosa para que no se convierta la autorización en un acto puramente político y arbitrario y jurídicamente indefinible.

Por último, un dato que es necesario tener en cuenta: no hay un límite determinado de autorizaciones a conceder,⁷⁵⁹ pudiendo la Administración competente otorgar tantas autorizaciones como solicitudes se presenten, siempre que cumplan los requisitos para poder constituir una AC y la Administración Laboral la autorice.

c) Segundo acto jurídico: la firma del Convenio de Colaboración

La firma del Convenio de Colaboración concluye el procedimiento iniciado por la solicitud de autorización, siendo en este caso alternativo a la resolución administrativa de

⁷⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, op.cit., pág. 561. Téngase presente que la exigencia de justificación expresa es uno de los contenidos y de las consecuencias que resultan de la proclamación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Véase FERNANDO PABLO, M.M.: *La motivación del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1993, págs. 143-147.

⁷⁵⁹ Esto es lo que diferencia la autorización del permiso. En el permiso, se condiciona de alguna manera el ejercicio de la actividad autorizada bien en el momento inicial de la puesta en marcha o a lo largo de todo el tiempo de su ejercicio, o se limite su número. El permiso implica una limitación en el ejercicio de la actividad en cuestión. Véase MEILÁN GIL, J.L.: “Sobre la determinación conceptual de la autorización...”, op.cit., pág. 98.

forma unilateral.⁷⁶⁰ Así, la técnica autorizatoria y la firma de un Convenio de Colaboración son actos jurídicos diferenciados y sucesivos,⁷⁶¹ en el que primero se lleva a cabo el procedimiento de la autorización y se pone fin al procedimiento a través de la firma del Convenio de Colaboración, terminación convencional que constituye un acuerdo sustitutorio del usual pronunciamiento unilateral sobre la cuestión de fondo que pone fin al procedimiento,⁷⁶² y que se analizará detenidamente en el siguiente apartado.

Una vez que se ha llevado a cabo el procedimiento administrativo y se ha firmado el Convenio de Colaboración, la autorización de la Agencia de Colocación comienza como máximo después de seis meses de la solicitud, con una duración de un año (Art. 15 RD 735/1995) a partir de la firma del Convenio. Además, estas Agencias se registran en el Servicio Público de Empleo Autónomo de forma automática, según dispone el artículo 5 RDAC, y va a suponer una garantía para el ciudadano, pues éste tiene derecho a acceder a los Registros y documentos de las Administraciones Públicas.⁷⁶³ Además, para que se pueda comprobar que la Agencia de Colocación, una vez en funcionamiento, ha obtenido la autorización y ha firmado el Convenio de Colaboración con la Administración Pública, tiene que indicar la condición de autorizada y el número de autorización en todo lugar donde figure su nombre (Art. 7 RDAC).

Tanto el acto administrativo de autorización como el de la firma del Convenio de Colaboración se pueden impugnar. Concretamente el Art. 13.3 del RDAC señala que “contra la resolución o la firma del convenio de colaboración podrá interponerse recurso ordinario ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en los términos en la Ley

⁷⁶⁰ Tras la Reforma del año 1994, y antes de que se llevara a cabo el desarrollo reglamentario del artículo 16.2 ET, la Prof^a Casas Baamonde planteó la duda de si el Convenio de Colaboración iba a preceder a la autorización considerándose como un acuerdo preparatorio o de trámite, o por el contrario el CCo iba a concluir el procedimiento iniciado por la solicitud de autorización, que al final se optó en el RDAC por esta última posibilidad. Véase CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “El reconocimiento de otros intermediarios en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, op.cit., pág. 42.

⁷⁶¹ CASAS BAAMONDE, M.E.: “El reconocimiento de otros intermediarios en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, op cit, pág. 43.

⁷⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1494.

⁷⁶³ A nivel constitucional, el Art. 10.5 b) CE reconoce por primera vez el derecho de acceso al ciudadano a la información pública. Por otra parte, el Art. 35. h) y más concretamente el artículo 37.1 de la LRJAP señalan que “los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

30/1992, de 26 de noviembre”. Ahora bien, hay que interpretar el contenido de este precepto teniendo en cuenta los nuevos presupuestos del procedimiento administrativo común, ya que se han introducido importantes cambios que han modificado la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (LRJAP) en el sistema de recursos a través de la Ley 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la LRJAP y la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social.

El Art. 107 de la LRJAP señala actualmente que contra las resoluciones y los actos de trámite... podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición...”. Al leer el citado artículo se podría pensar que la resolución o la firma del Convenio de Colaboración no pone fin a la vía administrativa, esto es, es un acto de trámite y que por tanto se podría interponer un recurso de alzada tal y como queda establecido en el Art. 107 de la LRJAP y en el Art.13.3 del RDAC. Sin embargo, el Art.109 de la LRJAP introduce una lista de los actos que ponen fin a la vía administrativa y ha añadido a la lista por la ley 4/1999 “los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento”, de acuerdo con las previsiones del Art. 88 de la propia Ley y de las disposiciones que concreten éstas.⁷⁶⁴ En definitiva, actualmente la firma del Convenio de Colaboración que se considera como una forma de terminación convencional del procedimiento administrativo, no es un acto de trámite, sino un acto que pone fin a la vía administrativa y que por lo tanto no se puede interponer ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales -como indica el art. 13.3 del RDAC- un recurso ordinario en vía administrativa, y que la posibilidad que se tiene a la hora de recurrir dicho Convenio que pone fin a la vía administrativa es interponer ante los Tribunales el correspondiente recurso contencioso-administrativo, conforme a las previsiones establecidas en la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa. Con este cambio introducido se ha querido evitar que se produzca un privilegio para la Administración al imponer a los particulares la carga de someter ante ella misma los conflictos antes de que se interponga el oportuno recurso contencioso-administrativo.

b.1. Análisis técnico-jurídico del Convenio de Colaboración

La terminación convencional de un procedimiento administrativo viene regulada en el Art. 88 de la LRJAP,⁷⁶⁵ normativa que viene fijada como derecho supletorio en la

⁷⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, op cit, pág. 525.

⁷⁶⁵ El Art. 88 de la LRJAP señala que “Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como de derecho privado, siempre

Disposición Adicional Primera del RDAC, así como en el Art. 5 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecua a la LRJAP las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones, al señalar que se podrá finalizar el procedimiento administrativo de autorización mediante acuerdo, pacto, convenio o contrato celebrado por la Administración actuante con los interesados en el procedimiento con independencia de que se trate de personas de derecho público o privado.

Así, los sujetos que intervienen en la firma del Convenio de Colaboración para poner fin al procedimiento administrativo de autorización de la Agencia de Colocación, van a ser, por un lado, la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, o normalmente la Dirección General del Servicio Público de Empleo Autónomo dependiendo del ámbito de actuación de la Agencia de Colocación; y por otra parte, la van a firmar los que solicitaron la autorización de la Agencia de Colocación, es decir, podía ser cualquier persona física o jurídica bien pública o bien privada.⁷⁶⁶ Ahora bien, en el caso de que sea un sujeto público (por ejemplo, el Alcalde de un Ayuntamiento) el que firme el Convenio de Colaboración con el Director General del Servicio Público de Empleo correspondiente, el Convenio de Colaboración que firma no es un Convenio interadministrativo, pues en este caso no se está

que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”. De igual forma, se prevé esta forma de terminación convencional en el Art. 5 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la LRJAP las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones, que señala “cuando por naturaleza de la actividad las normas reguladoras de la autorización así lo prevean, se podrá finalizar el procedimiento mediante acuerdo entre la Administración y los interesados.

⁷⁶⁶ Se pueden definir los Convenios de Colaboración firmados entre la Administración y los particulares como “aquellos que en virtud de una autorización celebra la Administración con particulares teniendo por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público”.

Es el concepto de Convenio de Colaboración extraído del Art. 2 de la ley de 17 de marzo de 1973, sobre Modificación Parcial de la Ley de Contratos del Estado. Véase BASSOLS COMA, M.: “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas de interés público”, *RAP*, n.º.82, (1977-I).

Estos convenios también quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su Art. 3.1.d). La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) en su Art. 3.1.d) excluye de su ámbito de aplicación “Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que lo regulan celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales”.

produciendo un acuerdo de voluntades entre dos o más entes públicos que se instrumentan como negocio jurídico bilateral de carácter organizativo,⁷⁶⁷ sino que se considera que la segunda Administración que interviene (el Ayuntamiento) lo hace a título de interesado y que por tanto este supuesto sería diferente al de las modalidades convencionales previstas como fórmula de colaboración interadministrativa en la legislación local y en la propia LRJAP.⁷⁶⁸

Se ha querido terminar el procedimiento administrativo de autorización, en vez de con una decisión unilateral, con la firma del Convenio de Colaboración que teóricamente tiene como objetivo principal la satisfacción del interés público.⁷⁶⁹ Se ha querido que intervengan las dos partes conforme a un régimen convencional o contractual, basados en una posición de cooperación o cointerés y no de supremacía de la Administración, y pretende además (en teoría) aportar flexibilidad al procedimiento administrativo para el otorgamiento de autorizaciones.⁷⁷⁰

Esto quiere decir que hay una “conurrencia de la voluntad de los interesados en el procedimiento junto con la de la Administración actuante y titular de la potestad y competencia en el ejercicio en la determinación de lo que sea el derecho en el caso en

⁷⁶⁷ FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Relaciones interadministrativas de colaboración y de cooperación*, Marcial Pons, Madrid, 2000. Se hace referencia a los Convenios de Colaboración interadministrativos en el Art. 3.1.c) LCAP, para excluirlos precisamente del ámbito de aplicación de la ley.

El artículo 3.1. c) de la LCAP señala que estarán excluidos del ámbito de aplicación de esta ley “los Convenios de Colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí”.

⁷⁶⁸ DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, op.cit. Se descarta la posibilidad de considerar la terminación convencional como un convenio interadministrativo, pues en este caso el convenio no se configura como un contrato de organización como se considera el convenio interadministrativo. Véase MAP.: *Informe sobre los convenios de colaboración entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, 2001.

⁷⁶⁹ La terminación convencional del procedimiento administrativo se convierte en un instrumento de acción con una mayor protección, distinta a la tradicional del acto administrativo unilateral, y por tanto la posición del ciudadano (del interesado) ante la Administración no es de inferioridad ya que se produce una participación ciudadana en la actividad de la Administración produciéndose por tanto una mayor eficacia administrativa. Véase DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, op cit, págs. 152-159.

⁷⁷⁰ LAGUNA DE PAZ, C.: *La autorización administrativa*, op.cit., pág. 201.

concreto”.⁷⁷¹ Al optar por el CCo se está produciendo una renuncia por parte de la Administración a imponer sus condiciones a las Agencias de Colocación, al estar prohibida las cláusulas exorbitantes en favor de una de las partes. Por tanto, las personas físicas o jurídicas no sólo tienen que firmar el Convenio de Colaboración, sino intervenir plenamente y en igualdad con la Administración, hecho de difícil aplicación práctica, por producirse modelos “estándar y prefabricados” de Convenios de Colaboración listos para ser firmados por las partes interesadas.

Por otra parte, no existe ninguna referencia en el RDAC sobre el régimen jurídico sustantivo de estos Convenios, es decir, sobre las causas de nulidad, los efectos que producen, la rescisión, consecuencias del incumplimiento, cómo resolver los eventuales poderes exorbitantes que pudieran corresponder a la Administración contratante, y sobre la jurisdicción competente. Ante este silencio, hay varias posibilidades al respecto: ante estas lagunas, se le aplicaría la Ley de Contratos⁷⁷² para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse, siempre teniendo en cuenta que aunque interviene como derecho supletorio en estos supuestos, no puede operar una traslación mecánica sin más de los preceptos de la Ley de Contratos a la figura de la terminación convencional,⁷⁷³ pues la Ley de Contratos excluye los “convenios que ponen fin al procedimiento administrativo salvo cuando tengan por objeto materias reguladas por esta ley” (Disposición Adicional cuarta LCAP). Pero además se le aplicaría la Teoría general de los contratos, por ser el que mejor se corresponde con la posición jurídica de igualdad entre las partes en las relaciones de colaboración voluntaria, como ocurre en este caso en concreto.

Por otra parte, en cuanto al control judicial del CCo, es innegable que en éste se tratan materias regidas por el derecho administrativo y que dicho Convenio está dirigido a la satisfacción de un interés público, y que por tanto se puede afirmar que la instancia idónea también en este caso para conocer de los mismos sean los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.⁷⁷⁴

b.2. El contenido del Convenio de Colaboración

⁷⁷¹ PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, op cit, pág. 600.

⁷⁷² Véase PARADA, R.: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas...*, op cit, págs. 314-315.

⁷⁷³ DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, op cit, pág. 183.

⁷⁷⁴ DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, op cit, págs. 173 y 212.

Dada la exposición precedente en el que se ha analizado desde el punto de vista técnico- jurídico el Convenio de Colaboración, es necesario determinar cuál es su contenido. Si se analizan las referencias a los Convenios en el RDAC, éstas son escasas y genéricas: señala el RDAC que el Convenio de Colaboración puede determinar las condiciones de actuación de la Agencia de Colocación, y que éstas tienen que cumplirse tanto por los usuarios como por la propia Agencia de Colocación (Art. 1), que en éste se tiene que fijar el ámbito territorial y funcional de actuación (Art. 2.4) y deja a éste para que fije el marco de actuación de la AC (Art. 6). También establece como obligatorio fijar la forma de llevar a cabo la comunicación (Art. 8) al Servicio de Empleo, pues el contenido de ésta queda fijado en el RDAC (Art. 7), así como el contenido de la Memoria de actividades que tiene que presentar la Agencia de Colocación al Servicio de Empleo con periodicidad anual y dentro del primer mes de cada ejercicio (Art. 15). Por último, admite la posibilidad de que se modifique tal Convenio (Art. 16) y que se incluyan en éste las causas de extinción de la autorización así como en caso de incumplimiento de las condiciones establecidas, la autorización de la Agencia se podrá extinguir (Art. 17). De este contenido del RDAC en relación al Convenio de Colaboración se puede indicar que en ningún momento el RDAC impone cuáles son las cláusulas que debe contener el Convenio de Colaboración, salvo la de establecer el ámbito territorial y funcional de la Agencia, aunque ya queda fijada previamente en la Memoria-proyecto técnico y de gestión que se adjunta a la solicitud de autorización. La única limitación que tiene tal Convenio es el respeto a la normativa legal (Art. 16.2 ET) y reglamentaria (RDAC), por la aplicación del principio de jerarquía normativa, no pudiendo ir en contra del contenido de éstos.

Así pues, aunque se puede deducir del contenido del RDAC que se deja plena libertad a que las partes fijen a su modo (con los límites mencionados) el Convenio de Colaboración, en la práctica es del todo diferente, pues se suele fijar un modelo estándar de Convenio, en el que la futura Agencia de Colocación se va a limitar a firmarlo, sin intervenir en la elaboración de su contenido, salvo en las cláusulas estrictamente personales que varían de un Convenio a otro. Antes de que se produjera la descentralización territorial en materia de Colocación, el Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) elaboró dos modelos estándar de Convenios de Colaboración. Ahora bien, una vez que se han traspasado las competencias en materia de políticas activas a prácticamente todas las Comunidades Autónomas y se han creado en casi todas las CCAA Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, los modelos de Convenios de Colaboración que tiene el Servicio Público de Empleo Estatal no se utilizan, pues quien firma el Convenio no es el Servicio Público de Empleo Estatal, sino el Servicio Público de Empleo Autonómico, salvo en el caso de que la Agencia de Colocación tenga un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma, o esta Agencia de Colocación vaya a actuar en el País Vasco o en las Ciudades de Ceuta y Melilla que no tienen

competencias en esta materia. De hecho, el Servicio Público de Empleo Estatal lleva ya algunos años sin firmar Convenios de Colaboración con Agencias de Colocación. Actualmente, los Convenios de Colaboración se van a firmar normalmente con el Servicio Público de Empleo Autonómico correspondiente, y esto puede provocar que se produzcan diferencias importantes en la práctica en el contenido de dichos Convenios. Lo que también ocurre en la práctica es que muchas Comunidades Autónomas no firman ya Convenios de Colaboración con Agencias de Colocación, sino que utilizan otras vías para “autorizar” a instituciones públicas y privadas para que realicen labores de intermediación, normalmente a través de Entidades Colaboradoras, como se verá al analizar éstas. De todos modos, se va a hacer aquí una enumeración del posible contenido de un Convenio de Colaboración, independientemente de quién lo firme, teniendo en cuenta la normativa de referencia.

-Una de las cláusulas que obligatoriamente tiene que quedar fijada en el Convenio de Colaboración es el ámbito territorial o funcional de actuación de la respectiva Agencia de Colocación (Art. 2.4 RDAC). No es que se tenga que fijar o uno u otro, sino que se tienen que fijar los dos ámbitos, por lo que se tenía que haber indicado en el RDAC “el ámbito territorial y funcional”.⁷⁷⁵

En cuanto al ámbito territorial, se entiende que no sólo hay que indicar el ámbito geográfico en el que va a actuar, sino también la ubicación concreta de la Agencia de Colocación. Además, se podría plantear la cuestión de si con una única solicitud de autorización y la firma de un único Convenio de Colaboración se puede autorizar una Agencia de Colocación con varios centros, es decir, que actúe en varios ámbitos geográficos diferentes. En principio, entiendo que no habría ningún inconveniente en su autorización, y aunque no se indique nada en el régimen jurídico, se tendría que adjuntar una memoria relativa a las relaciones entre los diferentes centros, y cuáles son los servicios centrales de tal Agencia, así como delimitar las funciones de cada una de ellas. Y además, en el caso en el que el ámbito geográfico supere el de la Comunidad Autónoma, se tendría que presentar la solicitud de autorización así como la firma del Convenio de Colaboración en el SPEE.

En cuanto al ámbito funcional, se refiere a los sectores en los cuales se va a realizar la Intermediación laboral. Parece deducirse de la introducción de este criterio la preferencia por la sectorización de las Agencias de Colocación, es decir, la especialización de éstas.⁷⁷⁶

⁷⁷⁵ Es una exigencia además establecida en el Art. 88 del LRJAP que señala en su apartado segundo que “los citados instrumentos (refiriéndose a los Convenios de Colaboración) deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia... y las personas a las que estuvieran destinados”.

⁷⁷⁶ Esta tendencia no sólo se manifiesta en el momento actual, sino que ya se señalaba mucho antes que “cuanto mayor sea la especialización por oficios de esas Bolsas más eficaces serán sus resultados”, GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo y Seguro contra el paro forzoso*, op.cit., pág. 118.

Creo que la introducción de este requisito no tiene por qué ir en contra del principio de igualdad en el acceso al empleo, pues la restricción en el acceso está justificada en función de las características profesionales concretas que tengan los trabajadores; distinto es si en vez de fijar el ámbito profesional se fija el ámbito personal, es decir, si se delimitan los tipos de empresarios y trabajadores que pueden acudir a una AC haciendo una limitación o restricción de acceso en función de la vecindad del sujeto que acuda a éstas. Serían discriminatorias las cláusulas que pidieran como requisito para acceder a los servicios de la Agencia que el sujeto tuviera fijada su residencia y empadronado en un lugar concreto dentro del ámbito territorial de la Agencia, pues se estarían vulnerando los derechos constitucionales de libre elección de residencia y libre circulación al mismo tiempo que el principio de igualdad. La única posibilidad de poder rechazar a un demandante de empleo sería por no cumplir los requisitos “profesionales” para acceder a dicha AC siempre que esté especializada en un determinado sector.

-En el Convenio de Colaboración se tiene que determinar el modo de llevar a cabo la comunicación de las obligaciones que tiene la AC con el Servicio Público de Empleo correspondiente. Las obligaciones quedan recogidas en el Art. 7 del RDAC al igual que el medio que tienen que utilizar (medios informáticos);⁷⁷⁷ y el CCo es el que establece los plazos y las especificaciones de esta comunicación (Art. 8 RDAC). No depende tanto de los plazos sino del establecimiento de un adecuado programa informático que sea capaz de llevar a cabo la transmisión de datos en tiempo y forma acordados en el CCo. Actualmente, en la práctica, está teniendo problemas la transmisión de datos de la mayoría de las Agencias de Colocación al Servicio Público de Empleo correspondiente, y se ha comprobado que en muchas Agencias de Colocación, antes de inscribir a los demandantes de empleo, les exigen que acudan a inscribirse previamente en el Servicio Público de Empleo correspondiente. Este hecho denota la falta de una adecuada transmisión de datos, que si estuviera en marcha, no haría falta que el demandante de empleo acudiera personalmente a inscribirse en el Servicio de Empleo, sino que se haría automáticamente desde el momento en que se inscribiera en la correspondiente AC. Por otro lado, aunque no se exprese en el Convenio de Colaboración, la transmisión de datos se tendrá que hacer siempre respetando el contenido

⁷⁷⁷ En Italia, las Agencias autorizadas a través de los sujetos responsables están obligadas a transmitir al Sil los datos relativos a la solicitud de búsqueda de nuevo personal por parte del empleador, los currículum de los demandantes de empleo para introducirlos en la base de datos. Además, las Agencias de Colocación pueden acceder a las bases de datos y a los servicios de la red ofertados por el Servicio Público de Empleo italiano (Sil) y acceder a las bases de datos de los sistemas informativos regionales y locales, aunque a título oneroso (Art. 10. 5 Ley 159/1997).

En Italia, las Agencias de Colocación deben transmitir al Sil los datos relativos a la solicitud, que son transmitidos por el Sil por todo el territorio nacional en un plazo de 48 horas y de forma anónima y las candidaturas de los trabajadores interesados van directamente a las empresas que han sido solicitadas.

de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en adelante LOPD).

-En el Convenio de Colaboración se incluye el contenido de la Memoria de actividades, (Art. 15) pues obligatoriamente tiene que presentarla al Servicio Público de Empleo correspondiente con periodicidad anual y dentro del primer mes de cada ejercicio. El RDAC no hace alusión al contenido de esta Memoria, simplemente obliga a presentarla, y remite tal contenido a que se fije en el Convenio de Colaboración, pero parece referirse a que se determine el número de demandantes colocados durante el año de actividad, el número de demandantes de baja por causas distintas a la colocación, y el número de ofertas dadas de baja sin cubrir, y se especifique el contenido de las posibles colocaciones previstas para el próximo año en función del número de demandantes colocados durante el año de actividad.

-Es conveniente que se especifique en los Convenios de Colaboración cuáles van a ser exactamente los gastos ocasionados por los servicios prestados. Y además podría servir tal Convenio como instrumento para modificar el contenido poco ajustado a la normativa internacional sobre a quién cobrarle tal cantidad, que como ya se analizará a continuación, va más acorde con la normativa internacional exigir el pago al empresario en vez de al trabajador. En los modelos de Convenios de Colaboración con los que contaba el SPEE sí se fijaba la remuneración por los gastos ocasionados por los servicios prestados. Ahora bien, en el caso en que no queden fijados en el Convenio, de todas formas sí quedan determinados porque en la Memoria-proyecto técnico y de gestión que se tiene que presentar previamente a la firma del Convenio de Colaboración junto con la solicitud de autorización, se obliga a fijar la remuneración a percibir del empleador o de los trabajadores por cada servicio prestado. Pero sería conveniente que en los Convenios de Colaboración se fijara a quién se le cobra por estos gastos, y que se determinara el momento en el cual se va a cobrar tal cantidad económica.

-Aunque no es contenido obligatorio, en el Convenio de Colaboración también se pueden incluir los documentos que se exigen para la renovación de la autorización, y en el caso de que los incluya, se tendrán que presentar junto con los que se piden expresamente en el Art. 14 del RDAC.

-De forma voluntaria, en los Convenios de Colaboración también se podrán incluir determinadas cláusulas mediante las cuales, (y junto con las que están expresamente determinadas en el RDAC) se extinguirá la autorización concedida para la puesta en marcha de la Agencia de Colocación (Art. 17.1.e) RDAC).

-Como se admite que se pueda modificar el Convenio de Colaboración, sería muy acertado que en éste se fijaran las pautas a seguir para una posible modificación para evitar posibles conflictos entre las partes firmantes.

-Sería conveniente que se establecieran las obligaciones de información que tiene la AC con respecto a sus usuarios, ya que no existe ninguna referencia en el RDAC, pues éste sólo hace referencia a las obligaciones entre las Agencias de Colocación y el Servicio Público de Empleo. Así, se tendría que establecer cuál es la información que se va a dar a los usuarios: tanto las condiciones en las que se va a establecer su relación, la remuneración por el servicio prestado, las características y condiciones generales de las ofertas de empleo e información a los empresarios de los trabajadores seleccionados.⁷⁷⁸

Hasta el momento se han analizado las posibles cláusulas que se pueden incluir en el CCo. Sin embargo, hay otro tipo de cláusulas que estarían prohibidas si se quiere respetar tanto la normativa estatal como la normativa comunitaria e internacional. Así, no se pueden incluir cláusulas que puedan ocasionar discriminación, ya que las Agencias de Colocación tienen que garantizar en su ámbito de actuación el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en los motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del otro Estado.⁷⁷⁹

-También están prohibidas las cláusulas en las que se pacte poder subcontratar con terceros la realización de los servicios objeto de la autorización concedida, ya que una de las condiciones de actuación de las Agencias de Colocación es no realizar estas subcontrataciones (Art. 2 RD 735/1995). Sin embargo, parece que este requisito se vulnera constantemente, ya que la mayor parte de las Agencias de Colocación firman Convenios de Colaboración con centros colaboradores que se encargan principalmente de la formación profesional, y ellos aportan información de demandantes de empleo “puestos a punto” para proceder al proceso de intermediación llevado a cabo con las Agencias de Colocación.

Se debería de replantear la prohibición de subcontratación con terceros, teniendo en cuenta que en la práctica no se cumple, y además se admite -legalmente- la subcontratación en la gestión de otras políticas activas de empleo, como es el caso de la Formación Profesional para el Empleo.⁷⁸⁰

⁷⁷⁸ En los modelos de Convenios de Colaboración proporcionados por el SPEE se preveía esta cláusula.

⁷⁷⁹ Véase CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo régimen jurídico de colocación de trabajadores”, op cit, pág 39.

-Tampoco se pueden incluir cláusulas que concedan la posibilidad de “comercializar” con la autorización, aunque sea a título gratuito, bien sean personas físicas o jurídicas.⁷⁸¹ Los únicos que pueden realizar la labor de colocación son los que se les ha concedido la autorización.

Para concluir el análisis del contenido de los Convenios de Colaboración, hay que señalar que el RDAC deja “espacio” para que sean éstos los que determinen los aspectos en concreto del funcionamiento de las Agencias de Colocación. Sin embargo, en la mayoría de los Convenios se limitan a repetir el contenido del RDAC, sin complementar éste.

Sería conveniente y además propio de esta figura jurídica, que las partes determinaran el contenido sustantivo⁷⁸² del contrato y que además se contengan estipulaciones no necesariamente previstas por las normas que fijan el contenido “mínimo” del Convenio de Colaboración. Así, por ejemplo, es perfectamente posible fijar cláusulas que reforzaran la actuación de las Agencias de Colocación; se podría establecer un plazo de vencimiento del tiempo estipulado para realizar las actuaciones conducentes al ajuste de ofertas y demandas de empleo, que conllevara además sanciones por el incumplimiento de este contenido del Convenio. Se debería hacer un uso adecuado de esta figura jurídica, firmando las partes un contenido elegido previamente por ellas, sin estar el Convenio estandarizado y firmado en serie. Es un instrumento adecuado para incluir todas las estipulaciones necesarias para mejorar la actuación de tales Agencias de Colocación.

3.2.2. Condiciones de actuación de las Agencias de Colocación

a) Carecer de fines lucrativos

La especificación de la remuneración a percibir del empleador o de los trabajadores por cada servicio prestado es indispensable presentarlo en la Memoria-Proyecto para que la autoridad competente pueda conceder la autorización, que como se ha visto, es requisito

⁷⁸⁰ El Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo (BOE núm. 87, de 11 de abril de 2007) admite la posibilidad de la subcontratación con terceros (Art. 9).

⁷⁸¹ Así se indica en el ordenamiento italiano, en el Decreto ministerial de 23 de diciembre de 2003 (Art. 10).

⁷⁸² DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, op cit, pág. 179.

previo indispensable para que puedan actuar legalmente las Agencias de Colocación. Pero no sólo se tiene que cumplir este requisito para que le concedan tal autorización, sino que es una condición de actuación de tales Agencias de Colocación que queda establecido tanto en el Art. 16.2 ET (“Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos...”) y en el Art. 2.1 RDAC (“... la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limitará exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados...”).

El “carecer de fines lucrativos” y “cobrar los gastos ocasionados por los servicios prestados” son conceptos jurídicos indeterminados cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado.⁷⁸³ A pesar de que el RDAC define los “servicios prestados”, no queda bien determinado cuál es el límite entre uno y otro. Los define como “la oferta o presentación a los empleadores de los trabajadores solicitados por los mismos, siempre que dichos trabajadores se adecuen al perfil profesional de los puestos de trabajo a cubrir existentes en las empresas” (Art. 2.1). Para diferenciar entre un concepto y otro, se puede acudir a la normativa internacional, concretamente al Convenio núm. 96, que aunque actualmente está revisado por el Convenio núm. 181 OIT, sirve aquí para aclarar esta terminología. En este Convenio se señala que son Agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos los “servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones, que sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera”. Entonces, la diferencia entre el ánimo lucrativo y los “gastos ocasionados por los servicios prestados” estaría en el beneficio material; es decir, si las Agencias de Colocación reciben un beneficio material, éstas serían Agencias retribuidas de Colocación pero con fines lucrativos,⁷⁸⁴ y por tanto prohibidas en nuestro ordenamiento. Se podría considerar que los “gastos ocasionados por los servicios prestados” se exigen por la Agencia de Colocación a modo de indemnización,⁷⁸⁵ incluyéndose aquí dentro del concepto de gastos tanto los ocasionados por el funcionamiento de la AC, así como los gastos del personal empleado en realizar la actividad de ajustar ofertas y demandas de trabajo. Estos gastos imputables a la actividad desarrollada por las Agencias de Colocación no son subvencionados, como sí ocurre con los

⁷⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, op.cit., pág. 457.

⁷⁸⁴ Así, señala el Prof. Cruz Villalón, que la diferencia entre una Agencia de Colocación con ánimo de lucro y otra que sólo cobra por los gastos ocasionados por los servicios prestados, estaría en el reparto de beneficios, en el que estaría permitido solamente para las Agencias de Colocación con fines lucrativos. CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores”, op.cit., pág. 33.

⁷⁸⁵ VARELA AUTRÁN, B.: “La cesión de trabajadores considerada lícita. Configuración y efectos”, op.cit., pág. 78.

gastos ocasionados por desarrollar diferentes políticas de empleo, como son acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo o los gastos de una Entidad que desarrolle un Plan de Formación o Inserción Profesional, entre otros.

No sólo se plantea este problema de delimitación, sino que es necesario además hacer algunas aclaraciones:

-Normalmente, como ya se ha comprobado, las Agencias de Colocación nacen en instituciones ya creadas. Y aquí se podría plantear la duda de si la carencia de ánimo de lucro se exige sólo para la actuación de la AC o se extiende también a la institución ya creada. No se cuenta con ningún pronunciamiento jurisprudencial al respecto, pues la única Sentencia⁷⁸⁶ en esta materia prohíbe la autorización de una Sociedad Civil que se quiere constituir para actuar como AC, es decir, previamente no estaba creada, y en este caso se entiende que el RDAC resulta incompatible con las Sociedades Civiles reguladas en el Código Civil. Pero este caso que aquí se plantea es diferente, y se podría llegar a una conclusión contraria, aportando las siguientes argumentaciones: en primer lugar, la práctica demuestra que se han creado Agencias de Colocación en Instituciones con ánimo de lucro⁷⁸⁷ y no se ha planteado ni en vía administrativa ni judicial su legalidad. En segundo lugar, el RDAC indirectamente las permite, pues prevé un control financiero particular de la AC al señalar que “la Agencia de Colocación deberá llevar una contabilidad separada y con arreglo a la normativa establecida, así como tener una cuenta bancaria independiente y exclusiva para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad” (Art. 4.1 RDAC). Ahora bien, aunque las Agencias de Colocación se podrían crear en instituciones ya creadas, estas Agencias son escasas y ello porque realizar una actividad de Intermediación sin fines lucrativos no les interesa.

-Todas las Agencias de Colocación, tanto las que cobren por los servicios prestados como las totalmente gratuitas, tienen que estar autorizadas, pues el requisito de la autorización no sólo es necesario para controlar las Agencias para que éstas no persigan fines lucrativos, sino que también persigue la finalidad de controlar todos los requisitos necesarios para que se pueda llevar a cabo la autorización.⁷⁸⁸ Además, se comprueba de un

⁷⁸⁶ Sentencia ya citada, (STS, de 15 de abril de 2003, RJ 2003/3614).

⁷⁸⁷ Estos planteamientos se comparten con las reflexiones sobre el tema realizadas por el Prof. Ramírez Martínez (RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de empleo y servicios de colocación”, op.cit., pág. 142).

⁷⁸⁸ El Prof. Ramírez Martínez se planteó la posibilidad de que pudiera existir un “tertium genus” en el sentido de que las Agencias plenamente gratuitas y que ni siquiera cobren por los gastos ocasionados por los servicios prestados no tengan que solicitar autorización, aunque llega a la conclusión de que incluso las

análisis práctico de estas Agencias que más de la mitad de las creadas no cobran nada en su actividad de intermediación.⁷⁸⁹

-No existe una cantidad máxima permitida para cobrar por los gastos ocasionados por los servicios prestados. Pero si uno de los objetivos que se ha perseguido con la creación de las Agencias de Colocación es que éstas no tengan ánimo de lucro, y si se permite cobrar una cierta cantidad, se podría pensar que algunas Agencias sobrepasan tal límite y cobran más de los gastos ocasionados por los servicios prestados, presumiéndose la “intencionalidad especulativa”⁷⁹⁰ de estas Agencias. La solución estaría en fijar un tope máximo de cantidad a cobrar por estos gastos, y que los Convenios de Colaboración fijen -dentro de ese tope máximo legal- la cantidad a cobrar. De hecho, de las Agencias de Colocación que se han creado, menos de la mitad han cobrado por los servicios prestados, y la cantidad a cobrar oscila -en términos generales- entre los 5 Euros y los 360 Euros.⁷⁹¹ Además, el fijar tal tope legal iría en consonancia con lo establecido en el Art. 6.b) del Convenio núm. 181 OIT en el que se fija un modelo de tarifas máximas a cobrar al trabajador.

-Aunque expresamente se indica en el Art. 2 RDAC que los gastos ocasionados por los servicios prestados los puede pagar tanto el empresario como el trabajador, la redacción de este artículo puede plantear un serio problema de legalidad, si se tiene en cuenta la normativa internacional actual. Así, cuando se elaboró esta normativa, estaba aún vigente el Convenio núm. 96 de la OIT sobre Agencias retribuidas de Colocación y señalaba que las Agencias retribuidas de Colocación sin fines lucrativos consistían en “servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones, que sin buscar

Agencias que no cobren por los servicios prestados deben estar autorizadas. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de Empleo y Servicios de Colocación”, op.cit., pág. 142.

⁷⁸⁹ Advertir en primer lugar, que los datos con los que se ha contado en esta investigación han sido proporcionados por la Subdirección de Promoción de Empleo del MTAS, y son datos de las Memorias del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de Agencias de Colocación sin ánimo de lucro. Esto significa que sólo se podrían establecer conclusiones de las Agencias de Colocación que o bien dependen del Servicio Público de Empleo Estatal o bien habían sido autorizadas antes de que se produjera el traspaso de competencias. Es decir, no se cuenta con ninguna Memoria de las Agencias de Colocación creadas a partir de la descentralización territorial en las Comunidades Autónomas. Teniendo esto en cuenta, se puede indicar que en el año 2001 un 68% de las Agencias eran gratuitas, en 2002, un 66%, en 2003, un 60%, y en 2004 y 2005, un 66%.

⁷⁹⁰ VARELA AUTRÁN, B.: “Cesión de trabajadores considerada lícita. Configuración y efectos”, op.cit., pág. 62.

⁷⁹¹ Según las Memorias del Servicio Público de Empleo en materia de Agencias de Colocación sin fines lucrativos, en el año 2001 el 32% de las Agencias cobraban entre 850 pts y 60.000 pts; en los años 2002, 2003, 2004 y 2005, el 34% de las Agencias cobraban, y oscilaba entre 5,11 Euros y 360,61 Euros.

un beneficio material perciban del empleador o del trabajador por dichos servicios un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera”. De acuerdo con este Convenio, el RDAC optó por la posibilidad de que tal cobro se efectuara bien al trabajador o bien al empresario, y que fuese el Convenio de Colaboración el que determinase a quién se le cobraba. No se duda de la legalidad en esta materia en concreto del RDAC en el momento en el que entró en vigor, pues se ajustaba perfectamente a la normativa internacional, otra cosa bien distinta es que se pudiera criticar -que sí es criticable- que se le cobraran al trabajador los gastos ocasionados por los servicios prestados. Sin embargo, la situación actual ha cambiado a pesar de que sigue vigente el RDAC, y ello porque ha entrado en vigor el Convenio núm.181 OIT sobre Agencias de Empleo Privadas que revisa el anterior Convenio núm. 96 OIT, y que además ha sido ratificado por España, como ya se analizó. Este Convenio indica expresamente en el Art. 7 que “las agencias de empleo privadas, no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa”.⁷⁹² Aunque se refiera a las Agencias de Empleo Privadas, que todas éstas persiguen ánimo de lucro, a diferencia de las Agencias de Colocación que se están aquí analizando que no persiguen ánimo de lucro sino que sólo permiten cobrar por los gastos ocasionados por los servicios prestados, lo dicho en el citado Convenio sirve para aplicarlo a este caso en concreto. Parece que este Convenio, aunque ha variado en muchos aspectos al aceptar todo tipo de Agencias de Empleo Privadas, ha modificado un aspecto del Convenio núm. 96, y que se debería tener en cuenta a la hora de interpretar la normativa existente que regula las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.⁷⁹³ Se tendría que hacer una interpretación del RDAC teniendo en cuenta el contenido del Convenio núm. 181 OIT; y se llevaría así a cabo una protección del derecho social al trabajo evitando una mercantilización de éste.⁷⁹⁴

⁷⁹² Los países de la Unión Europea se pueden agrupar en diferentes grupos dependiendo de si respetan el principio de gratuidad de la colocación para los trabajadores, independientemente de si tienen o no permitidas las Agencias Privadas de Colocación (Reino Unido, Noruega, Suecia, Italia) o por el contrario, no aplican de modo rígido tal principio (Alemania, Dinamarca, Finlandia). Para un análisis completo, véase FORTI, V.: “Divieto di oneri in capo ai lavoratori”, op.cit., págs. 567 y 568.

⁷⁹³ Algún autor se ha planteado la duda de si España actualmente respeta el Art. 7 del Convenio 181 de la OIT. Se ha defendido la idea que el Derecho Español y por tanto, el Art. 16.2 ET y el Art. 2.1 del RDAC no respetan el Art. 7 del Convenio núm. 181 OIT, pues esta norma prohíbe cobrar honorarios o tarifas a los trabajadores, lo que también incluye la compensación por los gastos ocasionados y sin embargo la normativa actual en España reconoce a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos la posibilidad de cobrar al trabajador y también al empresario los gastos que ocasionen por los servicios prestados. Véase GIL Y GIL, J.: “El convenio número 181 OIT sobre agencias de empleo privadas”, op.cit., págs.99-100.

La falta de ajuste del RDAC en esta materia a la normativa internacional, y concretamente al Convenio núm. 181 OIT lo ha dejado manifiesto la propia Comisión en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR).⁷⁹⁵ Cada Estado Miembro tiene que enviar a la OIT una memoria anual sobre la aplicación de los Convenios ratificados, y ésta a través de la CEACR le puede indicar al Gobierno de un Estado Miembro que en su próxima memoria se manifieste sobre algunos puntos conflictivos. Así, la CEACR se dirige al Gobierno español para preguntarle por la regulación del RDAC y concretamente por la referencia al cobro tanto del trabajador como del empresario por los gastos ocasionados por los servicios prestados, según dispone el Art. 2 y el Art. 11.3 f) RDAC. La Comisión comprueba que no encajan estos preceptos en la regulación del Convenio núm. 181 OIT, pues según lo dispuesto en este Convenio “las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa y que sólo se le podría cobrar a modo de excepción “en interés de los trabajadores afectados” y conciernan “determinadas categorías de trabajadores, así como de determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas”. La Comisión pide que el Gobierno en su próxima memoria indique las categorías de personas y tipos de servicios respecto de los cuales se autoriza el pago de remuneraciones a las Agencias de Colocación por parte de los trabajadores, así como las Organizaciones de empleadores y trabajadores que han sido consultadas al respecto. La respuesta que aporta el Gobierno da a entender que el RDAC se ajusta al nuevo Convenio núm. 181 OIT pues señala que la oferta o la presentación a los empleadores de los trabajadores solicitados -siempre que dichos trabajadores se adecuen al perfil profesional de los puestos de trabajo a cubrir existentes en las empresas- justificaría el cobro de los servicios prestados por las Agencias privadas de Colocación. El Gobierno agrega que las Organizaciones Empresariales y las Asociaciones Sindicales más representativas han sido informadas y consultadas al respecto.

A mi juicio, creo que es una contestación poco acertada, porque una cosa es que fueran consultadas las Asociaciones Empresariales y Sindicales en el momento de elaboración del RDAC y otra cosa bien distinta, y que no se lleva a cabo, es consultar a las Organizaciones Sindicales y Empresariales en el momento de crear una Agencia de Colocación, tanto a la hora de autorizarla como a la hora de firmar el CCo. Por tanto, se puede entender que cuando en los Convenios de Colaboración se indica que se cobra al trabajador, no se está ante una excepción permitida por el Convenio núm. 181, como intenta

⁷⁹⁴ Así quedaba regulado en el Art. 10 del ya derogado d.lgs. 469/1997. Del mismo modo en la Ley *Biagi* de 3 de febrero de 2003 publicada en la GU n. 47 de 26 de febrero de 2003 y en su desarrollo reglamentario se indica que el ejercicio de las funciones de colocación no repercuten cantidad alguna a cargo del trabajador.

⁷⁹⁵ CEACR: “Solicitud dictada individual sobre el Convenio núm. 181 OIT, Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 España (ratificación: 1999) Envío: 2003, www.ilo.org

disfrazar el Gobierno en la contestación a la CEACR, sino ante un verdadero incumplimiento de la normativa internacional.

-Una vez que se ha argumentado -a pesar del texto del RDAC- que quien está obligado a pagar por los servicios prestados es el empresario, se plantea la duda de en qué momento la AC puede exigir el pago. De la definición de “servicios prestados” aportada por el Art. 2.1 RDAC no se deduce una respuesta clara en este sentido. Define los servicios prestados como “la oferta o presentación a los empleadores de los trabajadores solicitados por los mismos, siempre que dichos trabajadores se adecuen al perfil profesional de los puestos de trabajo a cubrir existentes en las empresas”. Si se tiene en cuenta la primera parte de la definición, se podría llegar a la conclusión que con la simple presentación a los empleadores de los trabajadores solicitados, la AC podría exigir tal cantidad económica. Ahora bien, si se tiene en cuenta la definición completa, un dato claro es que con la simple presentación a los empleadores de los trabajadores solicitados no se puede exigir tal cantidad, sino que se tiene que adaptar al perfil profesional de los puestos de trabajo a cubrir. Ante esta situación, se podía plantear la siguiente cuestión: ¿y si el trabajador se ajusta al perfil profesional que pedía la empresa y ésta finalmente no lo contrata? En estos casos, se podría interpretar que cabría la posibilidad de cobrar al empresario aún cuando el trabajador no fuera contratado.⁷⁹⁶ Más que enumerar cuáles son los supuestos en los que se podría admitir el cobro de los servicios prestados,⁷⁹⁷ se podrían enumerar los supuestos en los que nunca se puede cobrar al empresario: en primer lugar, por el simple hecho de inscribirse o permanecer en los ficheros de la Agencia,⁷⁹⁸ y, en segundo lugar, por presentarle el trabajador/es sin que se adapte al perfil profesional exigido por la empresa.⁷⁹⁹

-Y, por último, en relación al requisito de “carecer de fines lucrativos”, se hace también una advertencia teniendo en cuenta la LE. Las Agencias de Colocación sin fines

⁷⁹⁶ Pero del análisis práctico de las Agencias de Colocación se puede deducir que normalmente no se cobra por los servicios prestados si no se concluye un contrato de trabajo. www.infoempleo.com/Informato/8_1.htm

⁷⁹⁷ Así, afirma CRUZ VILLALÓN, J. [“Colocación y Empresas de Trabajo Temporal en Andalucía”, VV.AA.: *La incidencia de la Reforma del Mercado Laboral sobre la estructura, el empleo y las condiciones del mercado de trabajo en Andalucía*, CARL, Sevilla, 1997, pág. 297] que cabría la posibilidad del cobro de esa cantidad bien en el momento inicial del contacto o bien en el momento de la colocación.

⁷⁹⁸ En el mismo sentido, véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de empleo y servicios de colocación”, op.cit. pág. 142; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., pág. 346.

⁷⁹⁹ Para ello, se debería introducir en la oferta de empleo presentada por el empresario en la Agencia de Colocación un pormenorizado perfil profesional del trabajador.

lucrativos reguladas en el RDAC se constituyen, como la propia normativa indica, como Entidades Colaboradoras. Pues bien, uno de los requisitos que se establecen en la LE es que las Entidades Colaboradoras tiene que realizar la gestión de forma gratuita tanto para los trabajadores y para los empleadores (Art. 22.4 LE); es decir, la LE deja bien claro el carácter gratuito, pues si hubiera querido admitir el cobro de cualquier cantidad, hubiera utilizado el término “sin fines lucrativos”, y de este modo se podría haber cobrado por los gastos ocasionados por los servicios prestados. Esto significa que a partir de la LE se pone en duda la legalidad del cobro a los usuarios de tales Agencias por los gastos ocasionados por los servicios prestados.

Una vez que se ha analizado este requisito, es imposible dejar de hacer una importante crítica a las contradicciones existentes en la Actividad de Colocación. Resulta sorprendente cómo se controla el ánimo de lucro en estas Agencias de Colocación sin fines lucrativos y sin embargo se acepta que otras Agencias que indirectamente realizan tareas de Intermediación obtengan beneficios por dicha actividad. Es el caso de las Empresas de Trabajo Temporal, ya que cuando el empresario acude a éstas sabe de antemano que la empresa le va a cobrar un determinado precio estipulado en el contrato de puesta a disposición y que por supuesto obtiene un beneficio dada la naturaleza mercantil de este contrato. Y es que en muchas ocasiones se utilizan las Empresas de Trabajo Temporal como verdaderas Agencias de Colocación, en el que se le cobra al empresario una determinada cantidad de dinero y aún así, las empresas siguen acudiendo, según las estadísticas, mucho más a las ETT que a las Agencias de Colocación a pesar de que éstas no tienen ánimo de lucro en la actualidad y sería más rentable para el propio empresario. Incluso con la forma en la que hoy está establecido el régimen de las Agencias de Colocación, en muchas ocasiones el trabajador prefiere acudir a una ETT que a una Agencia de Colocación: en primer lugar, por la rapidez en la búsqueda de empleo; en segundo lugar, porque en la mayoría de las ocasiones en las Agencias de Colocación no le ofrecen un contrato indefinido, sino un contrato temporal, y, en tercer lugar, porque cuando el trabajador acude a una ETT sabe de antemano que no se le va a cobrar porque la ETT le gestione la colocación, y, sin embargo, en algunas Agencias de Colocación le van a exigir una determinada cantidad a pagar para cubrir los gastos ocasionados por los servicios prestados. Se puede llevar en la práctica a una incongruencia absoluta, es decir: mientras que en el resto de las Agencias de Empleo Privadas permitidas, como es el caso de las ETT, o no permitidas, pero que actúan de facto, como es el caso de las Empresas de Selección, no se le cobra al trabajador, en las Agencias de Colocación sin fines lucrativos permitidas y fuertemente controladas se cobra al trabajador. Por este motivo se tiene que volver a replantear la normativa vigente de la

Actividad de Colocación, y ello porque la regulación actual no se adapta a las prácticas llevadas a cabo en esta materia.⁸⁰⁰

b) Garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo

Las Agencias de Colocación tienen que “garantizar en su ámbito de actuación el principio de igualdad en el acceso al empleo, en los términos establecidos en el artículo 16.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁸⁰¹” (Art. 2.2 RD 735/1995), pues al ser Entidades Colaboradoras del Servicio Público de Empleo tienen del mismo modo que asegurar la continuación en la satisfacción de un interés social y la igualdad de tratamiento entre los usuarios de éstas.⁸⁰² Es una traducción de la que con carácter general se deriva del Art. 17.1 ET, que les prohíbe que establezcan discriminaciones por motivos de

⁸⁰⁰ Algunos Consejos Económicos y Sociales, como es el CES de Murcia, han culpabilizado al legislador del fracaso de la actuación de las Agencias de Colocación vigentes por contar con una legislación muy intervencionista.

⁸⁰¹ Hay que destacar la LMFAS/03 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2003) que incluye medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato: En este capítulo específico se establecen diversas medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, medidas que vienen a reforzar y complementar las numerosas normas que ya conforman nuestro ordenamiento jurídico en todos los ámbitos en materia de no discriminación por todas las causas amparadas en el Art. 14 de la Constitución, y sobre todo para trasponer las Directivas 2002/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en diversos ámbitos; y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

Concretamente se ha modificado el Art. 16.2 ET para adaptar la normativa vigente a estas Directivas. Se ha modificado el apartado 2 del Art. 16 ET que queda redactado de la siguiente forma: “2. Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. El servicio público de empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. Dichas agencias deberán garantizar en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

⁸⁰² Véase GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, op.cit., pág. 308.

raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua del Estado.⁸⁰³

Aunque hay algunas instituciones que al crear una AC no presentarían en principio ningún problema a la hora de respetar el principio de igualdad en el acceso al empleo, hay otras que podrían plantear algunos inconvenientes para crear Agencias de Colocación dentro de tales instituciones; como es el caso de las creadas en Asociaciones Sindicales, que se estudiarán en la parte referente al análisis en concreto de las distintas Agencias de Colocación creadas.

Otro de los aspectos que se pueden plantear en relación a la posible violación del principio de igualdad en el acceso al empleo es a la hora de determinar el ámbito funcional de la AC para los casos en los que esté destinada solamente para un tipo de trabajadores especializados sin tener la posibilidad de acceder otro tipo de colectivos que no cumplan con los requisitos citados en el ámbito funcional. Considero que por el simple hecho de delimitar el ámbito funcional para que accedan determinados colectivos tanto por el lado de la oferta como por el lado de la demanda, no se produciría la violación del principio de igualdad en el acceso al empleo.⁸⁰⁴ Ahora bien, lo que sí puede producir discriminaciones en el acceso al empleo es por no aplicar los mismos requisitos a todos los usuarios del colectivo que puede utilizar la AC.⁸⁰⁵ También podría plantear problemas la delimitación del ámbito territorial,⁸⁰⁶ indicando que sólo tengan acceso los residentes de una determinada provincia, excluyendo a otros colectivos que bajo las mismas condiciones no reúnan los requisitos establecidos en el CCo sobre el ámbito territorial o en el caso de admitir la intermediación de determinados

⁸⁰³ Véase GARCÍA MURCIA, J.: “Agencias de colocación y Empresas de Trabajo Temporal”, op cit, pág. 87

⁸⁰⁴ Algunos autores (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.; MERCADER UGUINA, J.R.: “Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal en las Administraciones Públicas. Abril-Mayo 1995”, *RL*, (1995-II), pág. 1203) señalan del mismo modo que el ámbito de la Agencia no tiene por qué ser universal, sino que admite la circunscripción a un ámbito territorial y profesional determinado. Por tanto, las Agencias se pueden ceñir sólo a determinados territorios, sectores o subsectores y a sujetos determinados como trabajadores cualificados “u otros escogidos por la posesión de ciertos requisitos objetivos, sin que ello haya que oponer, al menos al principio, tacha alguna de discriminación”.

⁸⁰⁵ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de Empleo y Servicios de Colocación”, op.cit., pág. 147.

⁸⁰⁶ Así lo indica el Prof. Ramírez Martínez (RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de Empleo y Servicios de Colocación”, op.cit., pág. 147) al indicar que “puede entrar en el ámbito de la discriminación el rechazar atender demandas de empleo en función de su procedencia geográfica... pues la delimitación del ámbito territorial debe tener más bien el sentido de fijar el ámbito de actuación desde el punto de vista de las ofertas de empleo”.

colectivos de trabajadores que estén afiliados, asociados o que pertenezcan en definitiva a la institución en la que se ha creado la AC, pues supondría la exclusión de trabajadores en iguales condiciones.⁸⁰⁷ También se produciría discriminación en relación a los trabajadores extranjeros y comunitarios, pues no podrían utilizar los servicios de intermediación de tal Agencia en el caso de que no tuvieran la residencia en donde se establezca el ámbito territorial de la Agencia.

También se puede producir una discriminación en el acceso al empleo en el funcionamiento de las Agencias de Colocación al dirigirse únicamente las ofertas de forma reiterada a uno de los sexos. Para evitar situaciones de discriminación entre hombres y mujeres, la Ley Orgánica 7/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH) ha modificado la Ley de Empleo al introducir un nuevo artículo (Art. 22.bis) concretamente sobre discriminación en el acceso al empleo, que, por una parte, establece la obligación por parte de las Agencias de Colocación -y también de los Servicios Públicos de Empleo y de las Entidades Colaboradoras- de velar para evitar la discriminación en el acceso al empleo y de comunicar a quienes hubiesen formulado la oferta en caso de que aprecien carácter discriminatorio en las ofertas de colocación. Por otra parte, y, para determinar cuándo se consideran discriminatorias las ofertas de empleo dirigidas únicamente a uno de los sexos, establece un único supuesto en el que se considera que no hay discriminación, y es cuando se dirija a uno de los sexos al tratarse de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar, considerando a *sensu contrario* el resto de las ofertas de empleo discriminatorias.

A pesar de que ha sido muy adecuado incluir tanto en la normativa específica de las Agencias de Colocación como en la LOIMH normativa que intente evitar la discriminación por razón de sexo, no son las que más problemas plantean a la hora de respetar el principio de igualdad en el acceso al empleo y ello porque están controladas por la Administración, produciéndose más violaciones del principio de no discriminación en el resto de las Agencias de Empleo Privadas que actúan en la práctica sin ningún tipo de regulación, y que se hará alusión a este problema en la parte de este estudio en la que se analizan las Agencias de Empleo Privadas. Al no someterse a ningún control público de su funcionamiento, es más probable que se viole el principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, y además actúan con ventaja con respecto a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, pues no están sometidas a requisitos para su autorización y a controles en su

⁸⁰⁷ Esta práctica sí se lleva a cabo en Estados Unidos, pues se permite que haya Agencias de Colocación creadas en organizaciones en el que el ámbito funcional esté limitado para los miembros de esa organización, y en ocasiones aquellos que no pertenezcan a la organización en la que se ha creado la Agencia de Colocación deberán -si quieren usar dichos servicios- pagar una cantidad de dinero por los servicios prestados. Véase OIT.: *Servicios Nacionales de Empleo, (Estados Unidos)*, op.cit., pág. 186.

funcionamiento. Este hecho que se produce en la actualidad, agrava más la situación de tener mercados segmentados e incontrolados produciéndose una completa desorganización de las políticas de empleo y concretamente de la Actividad de Colocación. Faltan mecanismos de control que comprueben el cumplimiento del principio de igualdad, sobre todo para las AEP que cada vez tienen mayor presencia en nuestro país.

Además, el principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo no se consigue en su totalidad, por lo que se está ante una actividad de intermediación “casi” democrática,⁸⁰⁸ pues falta que se prohíba toda práctica discriminatoria basada en el sexo, en las condiciones familiares, en la raza, en la ciudadanía, en el sitio de origen, y en la opinión y afiliación política, religiosa y sindical de los trabajadores.

3.2.3. El control financiero de las Agencias de Colocación

Las Agencias de Colocación, al tener personalidad jurídica propia, tienen que llevar una contabilidad separada con arreglo a la normativa establecida y tener una cuenta bancaria independiente y exclusiva para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad, y debe presentar al Servicio Público de Empleo correspondiente auditorías de cada ejercicio anual (Art. 4 RDAC). Aunque el control financiero se tiene que realizar en todas las Agencias de Colocación, el cumplimiento de este requisito está pensado sobre todo para Agencias de Colocación que se constituyan en instituciones ya creadas, pues no tiene mucho sentido que se lleve una contabilidad separada en una Agencia de Colocación que se haya creado ex novo.

De un análisis práctico de las AC, se ha podido deducir que el cumplimiento de este requisito ha planteado problemas; concretamente en aquellas Agencias de Colocación que dependen de un ente instrumental con personalidad jurídica propia y en la que la AC no cuenta con personalidad jurídica. Así, se puede citar como ejemplo el Servicio Granadino de Colocación, que es un servicio que gestiona el Instituto Municipal de Formación y Empleo (IMFE) constituido como Organismo Local de carácter administrativo, por lo que tiene la consideración de Administración Pública y es de aplicación obligatoria el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales para aplicarlo a su régimen presupuestario y contable. Esto quiere decir que las Agencias de Colocación que dependan de otro organismo y

⁸⁰⁸ MORA, A.N.: *Il collocamento dei lavoratori e l'agenzia del lavoro*, Cedam, Padova, 1998, pág. 42.

carezcan de personalidad jurídica, no disponen de un presupuesto y contabilidad oficial distinto al del organismo del cual depende (en el ejemplo citado es el IMFE), pues éste financia todos los gastos con cargo a su presupuesto. Ahora bien, a pesar de que es imposible llevar a cabo una contabilidad separada de tal servicio, sí es posible realizar una relación contable de gastos propios y exclusivos de la Agencia de Colocación, y que sí pueden ser auditados.

3.2.4. La renovación y extinción de la autorización

Si se ha optado por la firma del Convenio de Colaboración, la autorización de la AC comienza como máximo después de seis meses de la solicitud, con una duración de un año⁸⁰⁹ (Art. 15 RDAC) a partir de la firma del Convenio, y si se solicita su prórroga, se hará por escrito con una antelación mínima de dos meses y máxima de tres meses antes de finalizar la autorización inicial, teniéndose que presentar el impreso de solicitud de renovación de la autorización, el balance de gastos y de ingresos y memoria de la actividad desarrollada, el presupuesto y previsión de actividades del periodo que se prorroga y cualquier otro documento o información que, por estar contemplados en el CCo pueda solicitar el Servicio Público de Empleo correspondiente.

Al igual que ocurre cuando se va a autorizar por vez primera una AC, el Servicio Público de Empleo (Estatal o Autonómico, según el caso) se tiene que manifestar sobre la concesión de la prórroga solicitada con un mes de antelación a la fecha de terminación del plazo concedido en la misma, mediante resolución motivada del Director General, y transcurrido el plazo establecido sin que se haya dictado resolución, podrá entenderse desestimada la solicitud de renovación. De igual forma, contra esa resolución se podrá interponer recurso ordinario ante el Ministro de Trabajo y Seguridad Social (Art. 14 RDAC).

La resolución que lleva a cabo el Servicio Público de Empleo puede ser de carácter reglado en unos casos y discrecional en otros, dependiendo del tipo de peticiones que haga la AC al llevar a cabo la solicitud de prórroga. Puede que ésta solicite la prórroga sin variar el Convenio de Colaboración, por lo que la resolución de la Administración será reglada, pues

⁸⁰⁹ En el ordenamiento italiano, en la anterior legislación (Decreto Legislativo 469/1997) la duración de las Agencias de Colocación era de tres años, y podía ser sucesivamente renovada por periodos de igual duración, que debían ser presentadas al Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. En el artículo 6 del Decreto ministerial de 23 de diciembre de 2003, se señala que la autorización provisional dura dos años. Un aspecto significativo a resaltar es que quien tenga una autorización provisional y no haya realizado la actividad de forma continuada, no se le concede la autorización definitiva, pues si no se realiza la actividad de forma continuada para la cual se ha autorizado, difícilmente ofrece garantías de profesionalidad y de fiabilidad y seriedad que el legislador pretende asegurar.

ya se pronunció cuando se firmó por primera vez el Convenio de Colaboración, por lo que no cabe la posibilidad de discrecionalidad si “subsisten las condiciones y requisitos anteriores”, tal y como indica el Art. 14.2 RDAC. Pero también puede ocurrir que al solicitar la prórroga también se produzca la modificación del Convenio, y en este caso la resolución ya es discrecional al introducirse modificaciones en el CCo y en la que se exigiría el informe previo y preceptivo del mismo órgano que lo llevó a cabo antes de la concesión de la autorización. Este informe es innecesario en el primer caso analizado, pues no se tiene que pronunciar sobre nada, ya que sería solamente un puro trámite de “renovación” de la AC y que no va a producir ningún cambio en el funcionamiento⁸¹⁰.

Al término del segundo año, y mediante el procedimiento establecido en tal artículo, la autorización “podrá convertirse en indefinida”, estando, en todo caso, sujeta al cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en RDAC.⁸¹¹ La expresión “podrá” parece significar que se concederá o no la prórroga si se cumplen los citados requisitos, pero en el caso en el que se conceda, ésta será indefinida.⁸¹²

La extinción de la autorización se llevará a cabo por la terminación del plazo concedida de la misma; por incumplimiento del Servicio de Empleo de las estipulaciones contenidas en el Convenio de Colaboración; por incumplimiento por parte de la AC de cualquiera de los requisitos y obligaciones recogidos en el RDAC o de las condiciones establecidas en el CCo; por incumplimiento por parte de la Agencia de Colocación de cualquiera de los requisitos y obligaciones recogidos en el RDAC o de las condiciones establecidas en el CCo, así como por vulneración del principio de igualdad en el acceso al empleo establecido en el Art. 16.2 ET; por mutuo acuerdo de las partes y por las causas que se establezcan expresamente en el Convenio de Colaboración. Además, la declaración de extinción se efectuará por resolución motivada del Director General de Empleo y contra dicha resolución podrá interponerse recurso ordinario ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en los términos previstos legalmente (17.2 RDAC).

Un supuesto de extinción que no está contemplado en la normativa, pero que se podría tener en cuenta, sería el caso en el que se extinguiera la AC al no haber captado (antes

⁸¹⁰ Sobre el estudio de la prórroga de las Agencias de Colocación véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de Empleo y Servicios de Colocación”, op.cit., pág. 145.

⁸¹¹ Para un análisis completo de las autorizaciones con carácter “provisional” y su otorgamiento definitivo, véase LAGUNA DE PAZ, C.: *La autorización administrativa*, op.cit., pág. 202.

⁸¹² Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de Empleo y Servicios de Colocación”, op.cit., pág. 145.

de conseguir la prórroga) las suficientes ofertas y demandas de trabajo que previamente se hubieran establecido en el Convenio de Colaboración.

Por último, no se ha planteado el problema que puede surgir en la práctica cuando por diferentes causas se pueda extinguir la institución en la que se ha creado la AC. En estos casos, además de que se pueda extinguir la Agencia de Colocación por las causas establecidas bien en el RDAC o bien en el Convenio de Colaboración, se podría plantear si se extingue en los casos en los que se extinga dicha institución, y ello porque en los casos en los que la Agencia de Colocación se cree en el seno de otra institución, ésta adquiere la personalidad jurídica que le exige la norma al “adherirse” a la institución ya creada con personalidad jurídica. Aunque habría que determinar en cada caso en concreto cuál es la naturaleza de cada institución y las causas de su extinción, se podría indicar de forma general que en el caso en el que se produzca la extinción de la institución que lo creó, también se produciría la extinción de la AC, aunque en principio no haya ninguna causa de extinción determinada en su normativa específica.

3.2.5. Un intento de clasificación dogmática de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos

Después del estudio realizado sobre la normativa existente en relación a las Agencias de Colocación, es necesario conocer las ya creadas para poder extraer conclusiones sobre la repercusión de su regulación. Para poder realizar una clasificación dogmática de tales Agencias, se han venido utilizando diferentes fuentes: las Memorias del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de Agencias de Colocación sin ánimo de lucro desde los años 2001 a 2005 proporcionadas por la Subdirección de Promoción de Empleo del MTAS, así como la página Web del antiguo INEM que con anterioridad contaba con una lista de Agencias de Colocación creadas por él antes de que fueran traspasadas a las Comunidades Autónomas. Hay que advertir que las fuentes de información de tales Agencias son escasas, y es prácticamente imposible tener una visión completa de todo el conjunto de las Agencias autorizadas en España; y ello porque los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos no proporcionan esta información a través de medios que puedan ser fácilmente utilizados (página Web), por lo que hay una indeterminación del número de Agencias de Colocación creadas⁸¹³ y no hay información sobre si se están solicitando autorizaciones de Agencias de

⁸¹³ Se puede comprobar de las Memorias del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de Agencias de Colocación sin ánimo de lucro, pues desde el año 2001 hasta el año 2005 el número de Agencias creadas no ha variado: son 72. Esto no significa que el número real de Agencias sean 72, sino las

Colocación, o si se está utilizando esta vía para crear “intermediarios” que ajusten ofertas y demandas de trabajo y que colaboren con el Servicio Público de Empleo Autónomo, o si se están utilizando técnicas diferentes sin regular a nivel estatal. Esta falta de datos provoca un incumplimiento del derecho de información que tienen los solicitantes de empleo recogido en el Art. 9 RDAC, pues no existe ninguna información que por una vía fácil se informe a los solicitantes de empleo sobre la existencia de las Agencias de Colocación de las que podrían ser usuarios.⁸¹⁴

Ante estas dificultades para presentar un esquema real sobre el número y tipos de AC creadas, se va a proceder a un intento de clasificación dogmática de éstas, con las fuentes de información que se han manejado, y que puede servir para tener al menos una aproximación de las existentes hasta el momento.

a) Agencias de colocación creadas en entidades del sector privado o mercado cuyo denominador común es el fin de lucro.

Son pocas las Agencias de Colocación creadas en instituciones privadas, pues la mayoría de ellas se han creado en una persona jurídico-administrativa o en entidades pertenecientes al sector social.⁸¹⁵ De las Memorias del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de AC sin ánimo de lucro, se puede extraer la siguiente conclusión: sólo un 27% del total de las Agencias son privadas, y además todas ellas cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados, oscilando tal cantidad entre 5,11 a 360,61 Euros. Estos datos llevan a “desmantelar” una idea muy generalizada de considerar y denominar a las AC autorizadas como “Agencias privadas de colocación sin fines lucrativos”. En primer lugar, ni en el Art. 16.ET ni en el RDAC se hace alusión al término “Agencias privadas de Colocación”, al contrario, se señala que éstas pueden estar constituidas bien por una persona física o jurídica “cualquiera que sea su naturaleza”; y en segundo lugar, el escaso porcentaje

que en su momento se autorizaron por el INEM. Además, de estas 72 Agencias en el año 2005, 62 estaban ya traspasadas.

⁸¹⁴ En el mismo sentido, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M^a: *La política de colocación*, op.cit., págs. 194-195, que ha criticado también la falta de información acerca de los agentes que actúan en la intermediación laboral.

⁸¹⁵ Se pueden destacar las Agencias de Colocación denominadas “Bienvenido Angosto Conesa” (Cartagena/Murcia) y “Amparo Moltó” (Elche/Alicante), ambas “no gratuitas”, pero dirigidas en principio a todos los sectores sin tener un grado de especialización.

de éstas en la práctica demuestra que es erróneo denominarlas “Agencias privadas de Colocación”.⁸¹⁶

Tampoco hay creadas Agencias de Colocación en grupos de empresas, aunque teniendo en cuenta la normativa vigente, no habría inconveniente en crearlas. Sin embargo podría plantear algunos problemas a la hora de proceder a su creación por el hecho de ser una unión de empresas que conservan los titulares su personalidad jurídica propia. Se tendría que valorar cada una de las empresas que formen parte del grupo. Si ya se ha apuntado que es muy raro que en la práctica una persona jurídica -Ej. empresa- que persiga fines lucrativos pretenda crear una AC dentro de esa institución al no poder obtener de ésta ningún tipo de beneficio, más pasaría aún, por tratarse de un conjunto de empresas en las que se unen principalmente para aprovechar la extensión del mercado y las innovaciones tecnológicas que exigen grandes inversiones de capital y búsqueda de monopolio.⁸¹⁷

b) Agencias de colocación creadas en una persona jurídica administrativa: en CC.AA, en Entidades Locales, en Corporaciones de Derecho Público y en Centros Docentes.

Es clara la predominancia de éstas sobre las Agencias de Colocación privadas. Es común pensar que todas las Agencias públicas de Colocación sin fines lucrativos no cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados. Aunque es la tendencia general, del estudio de las Memorias del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de Agencias de Colocación sin fines lucrativos, se puede comprobar que es más alto el porcentaje de Agencias de Colocación que cobran por los servicios prestados, que el porcentaje de Agencias públicas, lo que se deduce que algunas de ellas sí cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados.⁸¹⁸

⁸¹⁶ En este sentido, véase también MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “las Agencias de Colocación sin fines lucrativos”, *AL* (1997-I), pág. 101.

⁸¹⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *REDT*, núm. 21, (1984), pág. 85.

En el ordenamiento italiano estaba previsto en el Art. 10 del Decreto Legislativo núm. 469/1997 que los grupos de empresas pudieran constituir una agencia de “intermediación”, pero en el actual Decreto Legislativo núm. 276/2003 no se hace referencia a éstos, por lo que ha entendido algún autor [CIOCCA, G.: “Le agenzie di intermediazione”, *op.cit.*, pág. 207] que se entiende derogado.

⁸¹⁸ En el año 2001, el 70% eran públicas y el 68% no cobraban; en el año 2002 el 73% eran públicas y el 66% no cobraban; en el año 2003 el 73% eran públicas y el 60% no cobraban, en el año 2004 y en el 2005 el 73% eran públicas y el 66% no cobraban.

b.1. Agencias de colocación creadas en las Comunidades Autónomas

Como ya se ha comprobado, la culminación del cambio en materia de Colocación se ha producido con la Ley de Empleo 56/2003, aunque este cambio no ha sido brusco, sino paulatino, ya que primero se llevó a cabo una apertura hacia otros intermediarios privados en la Reforma del mercado de trabajo del año 1994 con la regulación de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas por el RDAC.⁸¹⁹ Esto significa que en esa fecha (año 1994) las Comunidades Autónomas no podían crear su propio Servicio Público de Empleo Autonómico, pues este proceso de descentralización territorial empezó más tarde, a partir de finales de los noventa. Así, la única posibilidad que tenían las Comunidades Autónomas en este momento para realizar una labor de intermediación era solicitando al INEM crearse como AC, pues aún no se habían puesto en marcha las Comisiones Mixtas de Transferencias entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas para proceder al traspaso de competencias, concretamente en materia de colocación de trabajadores.⁸²⁰ Fue perfectamente válido en ese momento que una Comunidad Autónoma solicitara del INEM ser ella misma AC, ya que como se ha analizado, no se excluye esta posibilidad directamente del ámbito de aplicación de la ley, pues ésta determina que pueden ser Agencias de Colocación tanto personas físicas como jurídicas de naturaleza pública y privada, y las Comunidades Autónomas son instancias que sirven también para la gestión de determinadas actividades públicas.⁸²¹ Así, es correcto desde un punto de vista jurídico el instrumento utilizado para que en un principio algunas Comunidades Autónomas tuvieran participación en la intermediación en el mercado de trabajo. Sin embargo se tendría que haber hecho desde un primer momento a través de la vía del traspaso de las competencias en esta materia. Esto significa que a pesar de que se ajusta a la normativa vigente sobre las Agencias de Colocación, la Administración Estatal podía haber evitado su creación en virtud del Art. 1

⁸¹⁹ En un documento dirigido por el CES en demanda de un Dictamen sobre la materia, se pudo comprobar la omisión del tema de la descentralización territorial del INEM. Así, indica la Prof.^a CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Convergencia europea, reformas del mercado de trabajo...”, op.cit., pág. 27, que la Reforma no miró a la descentralización geográfica de su modelo de gestión y que la descentralización de funciones a organismos privados podía ser uno de los modelos de “territorialización” previstos.

⁸²⁰ Para un estudio del inicio del proceso de descentralización en esta materia, véase SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo e intermediación laboral en las Comunidades Autónomas*, op.cit, págs. 37-43.

⁸²¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 496.

RDAC que señala que el “Instituto Nacional de Empleo podrá autorizar la existencia de AC en las condiciones que se determinen”. Y se hubiera argumentado tal denegación al indicar que la mejor vía para que las CC.AA tuvieran competencia en materia de Colocación era la de traspasar las competencias en esta materia y no crearse ellas mismas como Agencia de Colocación. Si se hubiera realizado así, el proceso de descentralización territorial hubiera sido mucho más rápido y más uniforme, pues las CCAA hubieran esperado a contar con el traspaso de competencias en materia de políticas activas de empleo y se hubiera iniciado un proceso de descentralización “unificado” en todas las Comunidades Autónomas.

Las AC que se crearon en la propia Comunidad Autónoma recibieron el nombre de “Servicio (el nombre de la Comunidad Autónoma) de Colocación” lo que refleja ya con su denominación que la actividad que desempeñaban era bastante limitada, pues se atenia solamente a la Actividad de Colocación y en los términos establecidos en la normativa vigente que se ampararon para crearlas (RDAC). Cataluña fue la primera Agencia de Colocación creada en todo el Estado español,⁸²² y la primera Comunidad Autónoma que solicitó crearse como AC,⁸²³ y hubo también otras Comunidades Autónomas como Asturias, Galicia, Castilla y León, Madrid, Navarra y Andalucía -aunque en esta última no llegó a ponerse en funcionamiento el Servicio de Colocación creado- que utilizaron la vía de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC para que la Comunidad Autónoma, a través de esta vía, tuviera participación en la colocación de los trabajadores.⁸²⁴

Hay que determinar cuál es la diferencia entre un “Servicio de Colocación” y un Servicio Autonómico de Empleo, para poder entender por qué se está haciendo tanto hincapié en esta diferenciación. Los Servicios de Colocación no son verdaderos gestores de todas las políticas activas de empleo, como sí ocurre con los Servicios Autonómicos de

⁸²² Véase PARDELL, A.: “Les Agencies de col·locació. Anuari sociolaboral de Catalunya 1995, Institut d’Estudis Laborals, Universitat de Barcelona, junio de (1996), pág. 191.

⁸²³ Parece todo indicar que la necesidad de crear un servicio de colocación en Cataluña al amparo del RDAC y no crear directamente un Servicio Autonómico de Empleo fue por la situación política, que “con la colaboración de los nacionalistas catalanes en el apoyo parlamentario del Gobierno, obligó a improvisar una situación de urgencia para anticipar dicha transferencia”, aunque “esta situación no duró mucho, porque la transferencia de la red del INEM se produjo efectivamente con el Real Decreto 1050/1997, de 27 de junio, que completó las transferencias anteriores de políticas activas de empleo”. LÓPEZ PARADA, R.: “Transferencia y privatización del servicio público de colocación”, op.cit., pág. 120.

⁸²⁴ Las demás Comunidades Autónomas que no utilizaron la vía de las Agencias de Colocación tampoco realizaron el proceso de traspaso de las competencias en materia de intermediación laboral con anterioridad, sino que durante todos estos años la gestión de las políticas activas de empleo y concretamente la materia de intermediación laboral se realizó directamente por el Estado.

Empleo, sino que sólo pueden actuar como AC dependientes del SPEE. Además, los Servicios de Colocación no pueden subcontratar con terceros la actividad de intermediación, por lo que éstos no pueden autorizar otras Agencias de Colocación para que actúen en su territorio, sino las que se creen van a depender del Servicio Público de Empleo Estatal. Aunque en la práctica, en muchas ocasiones, como ocurre en País Vasco, las acciones de intermediación se realizan tanto por el Servicio de Colocación como por una red de centros colaboradores que actúan como una auténtica AC.

Por el contrario, el Servicio Autónomo de Empleo tiene competencias en materia de intermediación y puede autorizar tantas Agencias de Colocación como se soliciten y estime oportunas.

La situación actual en las distintas Comunidades Autónomas ha variado y ello porque en prácticamente todas ellas tienen ya traspasada la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y se han creado Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, por lo que desaparecen los Servicios Autonómicos de Colocación creados con anterioridad al amparo del RDAC. Ahora bien, el País Vasco -que aún no tiene creado un Servicio de Empleo ni tampoco traspasadas las competencias en materia de políticas activas- es la única Comunidad Autónoma que sigue conservando el Servicio de Colocación que se creó al amparo del RDAC. Sigue actuando el Servicio Vasco de Colocación (LANGAI) como Agencia de Colocación sin fines lucrativos según el RDAC, creado por el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social y gestionado directamente por la Sociedad Pública EGAILAN, siendo sus objetivos básicos el de ofrecer a las empresas los candidatos adecuados para cubrir sus necesidades y ponerlos en contacto con los demandantes de empleo.

En definitiva, la creación de Agencias de Colocación en la propia Comunidad Autónoma pertenece ya al pasado, pues como se ha venido diciendo, la mayor parte de éstas tienen ya creados sus propios Servicios Autonómicos de Empleo. En el caso en el que la Comunidad Autónoma no tenga creado un Servicio Autónomo de Empleo y actúe en cambio una Agencia de Colocación, es necesario modificarlo y adaptarlo a la nueva normativa que exige uniformidad y respeto de la legislación estatal por todas las Comunidades Autónomas. Se ha pasado de una situación en la que la Comunidad Autónoma se constituía como Agencia de Colocación sin fines lucrativos -en algunos casos- a que la Comunidad Autónoma autorice estas Agencias, aunque como se analizará al estudiar las Entidades Colaboradoras, no se están llevando a cabo autorizaciones por parte de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos de Agencias de Colocación sin fines lucrativos, sino que se están utilizando vías alternativas (sin regulación) que llevan a cabo tareas de intermediación.

b.2. Agencias de Colocación creadas en Entidades Locales

Como ya se ha venido analizando anteriormente, la actividad de ajustar ofertas y demandas de trabajo en la Administración Local se realiza en las Oficinas de Empleo del propio Servicio Público de Empleo Autónomo situadas a nivel local. A partir del momento en el que se ha producido el traspaso de competencias en materia de Colocación a la mayor parte de las Comunidades Autónomas, las Oficinas de Empleo dependen de cada Servicio Público de Empleo Autónomo y no del Servicio Público de Empleo Estatal distribuyéndose como entienda oportuno la propia Comunidad Autónoma. Pero también pueden llevar a cabo la actividad de colocación utilizando la vía de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos. De esta forma, el Municipio, a través de su aparato de gobierno que es el Ayuntamiento, puede crear Agencias de Colocación sin fines lucrativos.⁸²⁵ Está justificada tal actividad en la LBRL, concretamente en el Art. 25.1 al señalar que “El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. Así, la creación de Agencias de Colocación en los Ayuntamientos no es imperativo ni obligatorio, sino que es una posibilidad que se le ofrece siendo además muy positiva por estar más cerca de aquellos que necesitan de intermediarios en un ámbito determinado, constituyendo en la práctica uno de los principales agentes dinamizadores del empleo en su propia comarca y facilitando el acceso al mercado de trabajo en el ámbito municipal. Ahora bien, se puede crear la Agencia de Colocación de dos formas: que se cree en el propio Ayuntamiento, o que se cree en un ente instrumental dependiente del Ayuntamiento al que está adscrito.⁸²⁶ En todo caso, las

⁸²⁵ Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva); Ayuntamiento de Gibralforte (Huelva); Ayuntamiento de Huelva, Ayuntamiento del Puerto de Santa María (Cádiz); Ayuntamiento Villanueva los Castillejos (Huelva); Ayuntamiento de Estepona (Málaga); Ayuntamiento de Albolote (Granada); Ayuntamiento de Tomares (Sevilla); Ayuntamiento de Calviá (Mallorca); Ayuntamiento de Marratxí (Baleares); Ayuntamiento de Villarobledo (Albacete), Ayuntamiento de Albacete, Ayuntamiento Rivas-Vaciamadrid (Madrid); Ayuntamiento de Lleida.

La mayoría de los Ayuntamientos que han creado una Agencia de Colocación no cobran por los servicios prestados, pero concretamente hay algunos Ayuntamientos que sí lo hacen (Ayuntamiento de Ayamonte, Huelva). Por otra parte, la mayoría de los Ayuntamientos que constituyen Agencias de Colocación son Ayuntamientos dentro de la provincia y por tanto la mayoría no son Ayuntamientos de capitales de provincia.

⁸²⁶ El estudio realizado por OTTAVIANO.: *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959 y PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social*, Estudios Administrativos, Madrid, 1965, págs. 187-191, ha servido en este caso para configurar la naturaleza de la relación existente entre los Ayuntamientos y otras Entidades (que en estos casos es una Agencia de Colocación) que pertenecen a éstos.

Es el caso del Servicio Granadino de Colocación del Instituto Municipal de Formación y Empleo adscrito al Ayuntamiento de Granada (IMFE). El SGC, como Agencia de Colocación, es un servicio que

Agencias de Colocación en este ámbito desempeñan un papel muy importante en su labor de acercamiento a los ciudadanos y de proximidad democrática, por lo que es conveniente que se crearan más en este ámbito.

Siguiendo el procedimiento para la captación y tratamiento de demandantes de una de las Agencias de Colocación autorizadas en un Ayuntamiento,⁸²⁷ se puede dar una aproximación del modo de gestionar las ofertas y demandas de empleo por éstas. En cuanto al sistema de captación de demandas, se recopila información de todos los demandantes de empleo que voluntariamente quieren inscribirse. Normalmente se determinan algunos requisitos para poder inscribirse en una Agencia de Colocación y están referidos a que el demandante de empleo esté censado donde se sitúa la AC. Con estos requisitos se estaría produciendo una discriminación en el acceso al empleo, por lo que no parece adecuado que se limite la inscripción por este motivo. Diferente sería el caso en el que se creen Agencias de Colocación especializadas, es decir, para determinadas profesiones, y lógicamente sería indispensable cumplir con los requisitos profesionales para que una determinada AC pudiera gestionar su demanda. Así, en la mayor parte de las AC se pide en el momento de la inscripción como demandante de empleo datos personales, profesionales, de formación y el itinerario profesional. En este caso, cada Agencia de Colocación pide los datos que le sean necesarios, pero sería conveniente que hubiera un modelo de Currículum a presentar en la inscripción en cualquier AC y en el Servicio Público de Empleo para evitar posibles actuaciones que pudieran violar el principio de igualdad en el acceso al empleo. Una vez que se han recogido los datos, se lleva a cabo una entrevista personal con el demandante de empleo y en el caso en el que en la entrevista se detecten deficiencias a nivel personal,

gestiona el IMFE, y no tiene personalidad jurídica propia ni autonomía ni independencia. De este modo, el IMFE es un organismo autónomo local de carácter administrativo y por tanto una entidad de derecho público con personalidad jurídica, por lo que tiene la consideración de Administración Pública. Las actuaciones del Ayuntamiento de Granada en materia de empleo no se hicieron desde el primer momento creando una Agencia de Colocación, sino que en 1986 se constituye en centro colaborador del INEM, en el que se impartieron cursos de Formación Profesional Ocupacional en el marco del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (Plan F.I.P.). Además, la mayor parte de estas actuaciones antes de que se constituyera el IMFE se desarrollaron desde la Unidad de Formación e Inserción Profesional integrada en la Sección de Educación del Área de Bienestar Social. El IMFE se crea el 18 de diciembre de 1992 como organismo autónomo local de carácter administrativo con personalidad jurídica propia constituida por el Ayuntamiento de Granada al amparo del Art. 85 de la Ley 7/1986 de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, Arts. 85 a 88 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales y Arts. 67 a 76 del Reglamento Orgánico Municipal y regido por unos Estatutos aprobados por el Pleno Corporativo. Hay que destacar, además del IMFE, el Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad (Jérez de la Frontera, Cádiz) y el Instituto Municipal de la Formación Ocupacional I Feina (Palma de Mallorca). Para completar el análisis de los entes instrumentales, véase ORTIZ MALLOL, J.: “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, *RAP*, núm. 163, enero-abril (2004), pág. 245 y ss.

⁸²⁷ Se ha seguido el sistema de captación y tratamiento de demandantes proporcionado por el Servicio Granadino de Colocación (como Agencia de Colocación) dependiente del IMFE.

formativo o profesional, los demandantes de empleo normalmente son derivados a centros o instituciones donde pueden recibir información y atención especializada. Tal inscripción, esto es, los datos profesionales de los demandantes, son remitidos al Servicio Público de Empleo correspondiente a través de una base de datos creada al efecto. Por otra parte, la captación de ofertas se produce por un reclutamiento de ofertas de trabajo a través de empresas o entidades públicas y privadas. A diferencia de lo que ocurre con la captación de demandas, en muchas ocasiones no se establecen límites geográficos en la captación y por tanto se produce un proceso de captación de ofertas abierto a cualquier empresa o entidad pública y privada. Se establece normalmente un plazo para que las empresas reciban los datos de los demandantes de empleo, y la empresa, vistos los Currículum, procede a la convocatoria de los candidatos que consideren oportunos para su selección o bien, si dicha empresa tiene suscrito convenio para la asistencia técnica en procesos de selección con la Agencia de Colocación, será la empresa junto con ésta quienes organizarán el proceso de selección en función de las circunstancias de que se trate.

Dentro de una AC se encuentran diferentes bases de datos: la base de datos de ocupables directamente, que está organizada sectorialmente; la base de demandantes con necesidades de intervención en materia de orientación, y la base de datos de personal derivado directamente a programas de inserción, de formación y/o empleo desarrolladas por la propia AC. En el caso en el que no se puedan ajustar las ofertas y las demandas de empleo, se produce una derivación de demandantes inscritos en la AC hacia otras acciones de formación y empleo.⁸²⁸

Además de actuar los Ayuntamientos cuando tienen creada una Agencia de Colocación, las Diputaciones pueden desempeñar una Actividad de Colocación cuando crean también en su ámbito una AC.⁸²⁹ Es una posibilidad existente, aunque la tendencia es la creación de Agencias de Colocación en los Ayuntamientos en vez de en las Diputaciones.

Las AC creadas en las Entidades Locales pueden realizar una verdadera labor de inserción de colectivos más desfavorecidos en el mercado de trabajo y ello porque además de realizar una labor de ajustar ofertas y demandas de trabajo, pueden, a través de otros programas, realizar una “puesta a punto” de demandantes de empleo con problemas de

⁸²⁸ Esto es lo que lleva a cabo el IMFE, pues en el caso de no poder ajustar ofertas y demandas de trabajo, se realiza una derivación de demandantes inscritos en la Agencia de Colocación del IMFE hacia otras acciones de formación y empleo que se desarrollan en el IMFE.

⁸²⁹ Diputación Provincial de Sevilla. En este caso la Diputación de Sevilla no realiza funciones sólo de intermediación en el mercado de trabajo sino que también llevan a cabo otra serie de actividades que se prestan principalmente para el empresario.

inserción. Hay otras personas jurídicas administrativas además de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales (Municipios y Provincias) que han creado Agencias de Colocación. Son diversas organizaciones personificadas independientes con personalidad jurídica propia y capacidad para el cumplimiento de sus fines específicos: es el caso de las Mancomunidades,⁸³⁰ en la que su actividad está confiada a cuerpos de funcionarios técnicamente competentes y políticamente imparciales.⁸³¹ Esto podría beneficiar a la Actividad de Colocación dada la imparcialidad con que las ofertas se gestionan, al mismo tiempo que persiguen un interés público, pero conservando una actuación imparcial.

Para evitar confusiones, es imprescindible diferenciar entre las AC creadas en Entes Locales, y las Agencias de Desarrollo Local (ADL). Estas últimas desempeñan una importante función, y es la de creación de unidades de intervención económica y de promoción de empleo con el fin de dinamizar la actividad económica del municipio. Las ADL comienzan a implantarse en España a principios de los años ochenta y no disponen de una estructura específica dedicadas a esas tareas de una forma más o menos especializada.⁸³² Estas ADL normalmente se constituyen en los Municipios y realizan diferentes servicios dirigidos a promover el desarrollo económico y social, potenciando los recursos locales, fomentando la inserción laboral y las iniciativas empresariales. Entre los servicios habituales que ofrecen, además de los de información y orientación laboral, cuentan también con Bolsas de Empleo para los desempleados, por lo que llevan a cabo una auténtica labor de colocación, que en muchas ocasiones es más beneficiosa que la constitución de una AC, pues las ADL reciben subvenciones del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Unión Europea por los servicios que prestan, y su campo funcional de actuación es más amplio que la simple creación de una AC, dando posible entrada a colectivos de muy difícil inserción en el mercado laboral. Aunque aquí se defiende la idea de creación de Agencias de Colocación en las Entidades Locales, pues favorecerían la inserción de colectivos de su zona, es cierto que hay otros programas que no cuentan con tantas trabas para su creación y están subvencionados y además de conceder más acciones de inserción laboral, se encargan del ajuste de ofertas y demandas de trabajo.

⁸³⁰ Son la Mancomunidad Intermunicipal Islantilla (Isla Cristina/Huelva); Mancomunidad de Municipios de Sierra de Cádiz (Villartín/Cádiz) y Mancomunidad de la Subbética (Carcabuey/Córdoba).

⁸³¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*, op cit., pág. 539.

⁸³² Véase MTAS.: *Sistemas de intermediación laboral en el mercado de trabajo*, op.cit. BARBA RAMOS, F.J.: "El ámbito local y el empleo: las iniciativas desde el Ayuntamiento de Huelva", en VVAA. (Galán García, A.; Rodríguez-Piñero Royo, M. Coords): *Inserción Laboral*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 315.

b.3. Agencias de colocación creadas en Corporaciones de Derecho Público

Hay que destacar dentro de este grupo, las Corporaciones de Derecho Público, y concretamente el subconjunto caracterizado por orientarse funcionalmente sobre un mismo ámbito de la vida social: el económico-profesional.⁸³³ Se han constituido Agencias de Colocación tanto en las Cámaras de Comercio,⁸³⁴ (son más de tipo económico) como en los Colegios Profesionales⁸³⁵ (son más de tipo profesional). Pero en la mayoría de las ocasiones los Colegios Profesionales realizan actividades de Colocación sin haber creado AC, mediante la constitución de Bolsas de Trabajo. Así, los colegiados se pueden inscribir en la Bolsa de Trabajo del Colegio Profesional indicando la sección en la que se quieren inscribir, esto es, en la sección de paro, para los desempleados que están en situación de desempleo y que aporten un certificado de situación de desempleo emitido por el Servicio Público de Empleo y también el Currículum; o se pueden inscribir en la sección de mejora de empleo para los que quieran mejorar su situación laboral y para ello tienen que enviar su Currículum, comunicándolo cada cierto tiempo para renovar su solicitud de empleo. De esta forma, cuando llega una oferta de empleo se les comunica a los colegiados inscritos en la Bolsa de Trabajo que cumplen las condiciones de la misma para que se puedan poner en contacto con la empresa demandante. La actividad de colocación puede plantear algunos problemas de

⁸³³ GALLEGO MORALES, A.: *Las Cámaras de Comercio: organizaciones de intereses o administración?*, Ibidem, Madrid, 1997, pág. 120; DEL SAZ, S.: *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 69.

⁸³⁴ Cámara de Comercio de Industria y Navegación (Granada); Cámara de Comercio e Industria (Toledo), Cámara Oficial de Comercio e Industria (Madrid); Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación (Castellón), Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación (Alicante). Todas las Cámaras de Comercio mencionadas cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados. Tienen, al igual que los Colegios Profesionales, personalidad jurídica pública sin perjuicio de que se autofinancie a partir de las cuotas y aportaciones de sus miembros y por tanto el patrimonio es privado siendo los actos de gestión patrimonial privados.

⁸³⁵ Colegio de Economistas de Cantabria (Santander), Colegio Oficial de Físicos de España (Madrid), Colegios Oficiales Industriales de Vizcaya, Colegio Ingenieros Industriales Guipúzcoa, Álava y Navarra (Guipúzcoa), Colegio doctores y licenciados Filosofía y Letras y Ciencias, (Madrid); Colegio de Graduados Sociales de Madrid.

Dentro de los Colegios Profesionales que han creado una AC no hay una regla preestablecida para determinar si cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados o por el contrario no lo hacen. De los Colegios Profesionales que han creado Agencias de Colocación cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados el Colegio de Economistas de Cantabria (Santander), el Colegio Oficial de Físicos de España (Madrid) y el Colegio de Graduados Sociales de Madrid.

legalidad y ello porque realizan una actividad de intermediación en la mayor parte de las ocasiones sin estar autorizada por los Servicios Públicos de Empleo (mediante las Bolsas de Trabajo y no mediante las Agencias de Colocación) y en segundo lugar también realizan esta actividad únicamente para sus colegiados fomentando de esta manera la colocación de forma corporativa pudiendo producir discriminaciones en el acceso al empleo.

Por otra parte, las Cámaras de Comercio constituyen un importante instrumento de intermediación en el mercado de trabajo, aunque son pocas las que se constituyen como Agencias de Colocación sin fines lucrativos. Las Bolsas de Empleo a través de Internet proliferan en este tipo de Asociaciones, y concretamente el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España cuenta con una página Web, y entre los servicios que ofrece incluye la recepción de CV a través de Internet. Así, el demandante de empleo cumplimenta un formulario y lo envía a la dirección establecida, y una vez que la Cámara de Comercio correspondiente lo recibe, incorpora tal oferta en su Bolsa de Empleo.⁸³⁶

b.4. Agencias de Colocación creadas en Centros Docentes

Dentro de las AC creadas en Entidades o Centros Docentes es necesario analizar, en primer lugar, las creadas en Universidades de naturaleza pública⁸³⁷ pues están desempeñando una importante función de intermediación en el mercado de trabajo y cobran en algunas ocasiones los gastos ocasionados por los servicios prestados.

Como ocurre también en otros países,⁸³⁸ ha sido un hecho constante que las empresas acudan espontáneamente en busca de jóvenes licenciados que puedan corresponder a los perfiles profesionales que intenten cubrir, y además, desde hace algunos años, en las

⁸³⁶ AEPD.: *Selección de personal a través de Internet. Plan de Inspección de Oficio. Informe de conclusiones y Recomendaciones*, 17 de noviembre de 2005, pág. 12, www.aepd.es

⁸³⁷ Universidad de Granada, Universidad de Málaga, Universidad de Almería, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Oviedo.

Todas las Universidades que han creado Agencias de Colocación son Universidades Públicas, y por tanto no hay ninguna Universidad Privada que haya creado una AC. Dentro de todas estas Universidades Públicas, las que cobran por los servicios prestados son la Universidad de Málaga, la Universidad de Almería, la Universidad de Sevilla y la Universidad de Oviedo.

⁸³⁸ Véase el caso italiano, SPATTINI, S.; TIRABOSCHI, M.: “Regime particolari di autorizzazione”, op.cit., pág. 29.

Universidades, mediante los servicios de orientación y de organización de prácticas en empresa, se viene desarrollando un servicio que por sus características está muy ligado a la actividad de Intermediación, ya que se envían estudiantes para realizar prácticas en empresa. Así, en España, antes de que se regularan las AC y que las Universidades optaran por esta posibilidad para realizar funciones propias de colocación, se crearon en algunas Universidades los Centros de Orientación e Información de Empleo (COIE),⁸³⁹ definidos como “un centro asesor y gestor para la inserción laboral de universitarios en busca de primer empleo”.⁸⁴⁰ Aunque se afirmó que no eran oficinas de empleo o de colocación sino “centros de información a los que el empresario acudía para orientarse de acuerdo con los puestos de trabajo de los que el Centro tuviera conocimiento, así como para informarse de los requisitos y métodos que se debían seguir, necesarios para poder optar a cualquiera de ellos”,⁸⁴¹ también se les atribuyeron otras funciones como las de informar sobre las posibilidades que puede brindar a un universitario la carrera que ha estudiado, visitar empresas para promocionar los servicios del COIE, y complementar los conocimientos que los universitarios recibían durante los años de licenciatura. La necesidad de crear estos servicios para el universitario fue cuando se empezó a detectar que ya no se contaba en este ámbito con un proceso de inserción rápido y pleno y que a partir de la década de los años 80 el tener un título universitario ya no era garantía de tener un puesto de trabajo estable y adecuado al puesto de cualificación con el que se contaba.⁸⁴²

Al no poderse crear Agencias de Colocación en el momento en que fueron creados los COIE porque no estaban aún legalizadas, los COIE se ampararon en la normativa vigente del momento, principalmente en el Art. 14.2 de la LBE que indicaba que “el Instituto Nacional de Empleo podrá establecer con la colaboración de instituciones y entidades especializadas “programas” específicos para facilitar la orientación, formación y empleo de

⁸³⁹ En España el desarrollo de los COIE va ligado en su origen a la Fundación Universidad-Empresa, institución creada en diciembre de 1973 por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid y las cuatro Universidades Madrileñas. Véase VV.AA.: (Alonso Rivas, J.; López Quero, M.): *Los COIE de las Universidades Madrileñas*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1983.

⁸⁴⁰ VVAA. (Alonso Rivas, J.; López Quero, M.): *Los COIE de las Universidades Madrileñas*, op cit, pág. 29.

⁸⁴¹ “Resolución de la Dirección General del INEM sobre los Centros de Orientación e Información de Empleos (COIE) de las Universidades y los Convenios de Colaboración entre el Instituto y las Universidades, referentes a los mismos”, en VVAA (Alonso Rivas, J.; López Quero, M.): *Los COIE de las Universidades Madrileñas*, op cit, págs. 39-40.

⁸⁴² Véase MARTÍNEZ MARTÍN, R.: *La inserción laboral de los universitarios*, Universidad de Granada, Granada 2002, pág. 16; RAHONA LÓPEZ, M.: ¿La posesión de un título universitario facilita el acceso de los jóvenes al primer empleo? Una aproximación para el caso español, *RMTAS*, núm. 61, (2006), pág. 117.

aquellas personas que tengan especiales dificultades de colocación”, encajando perfectamente los COIE al amparo de esta normativa, aunque en la práctica no sólo orientaban e informaban sino que realizaban actividades de intermediación en el mercado de trabajo, aunque por supuesto sin fines lucrativos y tratándose de una oficina delegada del Instituto Nacional de Empleo. Estos servicios universitarios de orientación nacieron como vehículos de inserción profesional para hacer posible el paso del mundo académico al laboral incluyéndose en las competencias de los COIE la gestión directa de la colocación de los universitarios creando una Oficina delegada de empleo en ella, aunque ésta tuvo poco éxito y se centraron más en la información y orientación académica, en la información y orientación profesional y en la inserción laboral.⁸⁴³

Con esto se quiere poner de manifiesto que las Universidades mantuvieron antes de que se crearan las AC una posición activa en materia de Colocación. El problema que se plantea es que hoy en día permanecen en algunas Universidades los antiguos COIE⁸⁴⁴ mientras que en otras sí se han creado AC amparándose en el Art. 16.2 del ET así como en el RDAC que lo desarrolla, produciéndose formas de intermediación diferentes en cada una de las Universidades, aunque todas ellas cumplen la finalidad de actuar sobre colectivos universitarios en busca de su primer empleo.⁸⁴⁵ Y, además, muchas Universidades utilizan

⁸⁴³ GUILLAMÓN FERNÁNDEZ, J.R.: “Acciones para el empleo desde la Universidad. El COIE de la UNED”, VV.AA. (Salmerón Pérez, H.; López Palomo, V.L.): *Orientación educativa en las Universidades*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, pág. 165.

⁸⁴⁴ También sigue hoy vigente el sistema colaboracionista del INEM con Entidades públicas o privadas. Véase DEL REY GUANTER, S.; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “Nuevas tendencias de la intermediación en el mercado de trabajo: iniciativa privada y nuevas tecnologías”, VVAA.: (Galán García, A.; Rodríguez-Piñero Royo, M.C.): *Inserción Laboral*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 172. Pero además, a pesar de que se ha destacado que en el caso de los COIE el personal que tiene era parte del INEM y parte de la Universidad, señalan estos autores que “lo cierto es que el personal que trabaja en ellos no forma parte de la plantilla del Instituto”.

⁸⁴⁵ Hay notables diferencias sobre todo en relación a la forma de organización de unos y de otros. En las Universidades en los que todavía están en funcionamiento los COIE, tienen personal del INEM en calidad de adscritos al COIE y personal por parte de la Universidad, los recursos materiales también son compartidos según lo que se establezca en el Convenio de Colaboración firmado, y en cuanto a los recursos financieros, la Universidad correrá con los gastos de funcionamiento y mantenimiento del COIE (luz, teléfono, agua, etc.), y el INEM correrá con los gastos de personal propio, y aportará una cantidad que, en concepto de contribución a las cargas económicas que por las funciones encomendadas al COIE ocasionen y será la señalada en el Convenio y la transferida periódicamente por la Universidad. Por otra parte, los COIE nunca podrán cobrar una cantidad ni siquiera por los gastos ocasionados por los servicios prestados. En cambio, las Agencias de Colocación no comparten los gastos de recursos humanos, materiales y financieros con el INEM, sino que corren por cuenta propia, y de este modo, para sufragar los gastos pueden cobrar una cantidad determinada por los gastos ocasionados por los servicios prestados sin tener ánimo de lucro. Los recursos o medios de los que dispone el COIE se pueden

otros mecanismos de intermediación, como son las Bolsas de Trabajo informatizadas, en el que el alumno introduce sus datos y al instante sabe la dirección de las compañías que buscan un perfil como el suyo.⁸⁴⁶ Junto a las Bolsas de Empleo van proliferando en el ámbito universitario lo que se podría denominar “bolsas de prácticas”, a través de los programas de cooperación educativa, dirigidos a alumnos que aún no han obtenido la titulación universitaria, para realizar prácticas en empresas.

También se ha criticado por algunas Universidades las deficiencias que presentan las actuales AC y su dificultad para crearlas en este ámbito, destacando su falta de financiación por parte del Servicio Público de Empleo, que hace que sea la Universidad la que tenga que hacer una fuerte inversión económica que “sólo es posible en instituciones universitarias con recursos y con un profundo compromiso social”.⁸⁴⁷

Por otra parte, como en las AC se tiene que incluir el ámbito funcional, sería conveniente -casi a modo de obligación- que no se limitase el ámbito funcional a los estudiantes o ex estudiantes de la Universidad en la que se crea la AC, pues además de que se estaría produciendo una discriminación en el acceso al empleo -ya que no atiende a criterios estrictamente profesionales- iría en contra de impulsar los frecuentes intercambios universitarios que tanto a nivel nacional como a nivel europeo se están produciendo.⁸⁴⁸

Aunque numerosas Universidades cuentan ya con su Agencia de Colocación, no constituye hoy en día la principal vía de acceso al empleo de los universitarios, pues según estudios realizados, aún nueve de cada diez señalan como principal vía de acceso al empleo a familiares, amigos o conocidos, siendo esta opción poco elegida, al igual que ocurre con la utilización del Servicio Público de Empleo.⁸⁴⁹ Pero estos problemas que se han detectado sobre la creación y funcionamiento de las AC en las Universidades, se deberían resolver, ya que las AC podrían desempeñar una importante labor en un colectivo que necesita, además

encontrar en la Resolución de la Dirección General del INEM sobre los Centros de Orientación e Información de Empleos (COIE) de las Universidades y los Convenios de Colaboración entre el Instituto y las Universidades, referentes a los mismos. Véase VVAA. (Alonso Rivas, J.; López Quero, M.): *Los COIE de las Universidades Madrileñas*, op cit.

⁸⁴⁶ www.informativa-juridica.com/trabajo/Teletrabajo.pdf

⁸⁴⁷ GUILLAMÓN FERNÁNDEZ, J.R.: “Acciones para el empleo desde la Universidad. El COIE de la UNED”, op.cit., pág. 166.

⁸⁴⁸ De esta forma se ha realizado en Italia, que ha parecido oportuno no limitar demasiado el ámbito funcional. Véase SPATTINI, S.; TIRABOSCHI, M.: “Regime particolari di autorizzazione”, op.cit., pág. 269.

⁸⁴⁹ MARTÍNEZ MARTÍN, R.: *La inserción laboral de los universitarios*, op.cit., pág. 150.

de una adecuada formación académica, ayuda para recibir información, asesoramiento y búsqueda de empleo.

Para dar soluciones a estos problemas que se plantean, puede servir como referencia la nueva regulación de las Agencias de Colocación en Universidades Públicas y Privadas así como Fundaciones universitarias que se ha llevado a cabo en el ordenamiento italiano con la *Reforma Biagi*, concretamente en la Ley de 14 de febrero de 2003 n. 30 y el Decreto Legislativo de 10 de septiembre de 2003, número 276, Art. 12. Así, se podría incluir un requisito para estas Agencias y es que todas las Universidades -sean públicas o privadas- o bien las Fundaciones Universitarias, recibieran la autorización para crear AC *ope legis*,⁸⁵⁰ y así no tendrían que solicitar la autorización para actuar como Agencias de Colocación. Esto haría posible que en todas las Universidades actuaran AC y además evitaría que en este ámbito se pudiera incluir la Actividad de Colocación con fines lucrativos, aunque ello no impide que tales AC cobren por los gastos ocasionados por los servicios prestados, siempre y cuando no repercuta en el universitario (demandante de empleo). Se tendría también que replantear el modo de financiación de las Agencias de Colocación.

Por último, es necesario advertir que las referencias hechas para las Universidades Públicas en este estudio también se aplican a las Universidades Privadas, aunque no se ha hecho referencia a éstas porque el estudio de las Agencias de Colocación en Universidades se han incluido dentro de las Agencias de Colocación creadas en el marco de una persona jurídica administrativa, y dentro de este bloque no tendrían cabida las Universidades Privadas.

Y además de las Universidades, pueden actuar como Agencias de Colocación otras Entidades Docentes como otros centros dedicados a la Formación reglada como a la no reglada. Pero no es habitual crear AC en estos Centros, pues utilizan principalmente las Bolsas de Trabajo, y además, los centros de formación no reglada actúan como Entidades Colaboradoras en materia de formación profesional, y utilizan esta vía para realizar una Actividad de Colocación sin estar previamente autorizadas, incluso en algunos casos se ha utilizado esta vía para cobrar al trabajador por la Actividad de Colocación.

Y, en otras ocasiones, además de no estar constituidas como Agencias de Colocación sin fines lucrativos, reciben un “beneficio material indirecto” por parte del trabajador, pues

⁸⁵⁰ Así se interpreta también en el ordenamiento italiano. Véase SPATTINI, S.; TIRABOSCHI, M.: "Regimi particolari di autorizzazione ", op.cit., pág. 279.

los Centros Privados Docentes obtienen un beneficio a través de las matrículas a pagar por los alumnos.⁸⁵¹

c) Agencias de Colocación creadas en Entidades pertenecientes al Sector Social.

El tercer grupo de instituciones que han creado AC estaría formado por aquellas Entidades pertenecientes al sector social,⁸⁵² esto es, Entidades con carácter voluntario que, surgidas de la libre iniciativa ciudadana y regidas de forma autónoma, buscan a través de la intervención en la política social conseguir un incremento de los niveles de calidad de vida a través de un progreso social solidario.⁸⁵³ En este apartado se podrían incluir las Asociaciones religiosas de asistencia o de voluntariado, las Cooperativas sociales,⁸⁵⁴ las Fundaciones,⁸⁵⁵

⁸⁵¹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: Política de Empleo y Servicios de Colocación”, op.cit. y en el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Outplacement, Head Hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, VV.AA.: *La reforma del Mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996, pág. 26.

⁸⁵² También se le podría denominar entidades pertenecientes a la *economía social* al ser entidades que se consideran a caballo entre el sector de mercado y el tercer sector. Véase MTAS.: *Las ONG' s y las Fundaciones y su contribución al empleo*, MTAS, Madrid, 2000, pág. 22. Destacan dentro de la economía social las cooperativas, las mutualidades, asociaciones y fundaciones. Este concepto de “economía social” es más amplio que el concepto de “tercer sector”, pues de todas las entidades señaladas, sólo las asociaciones y las fundaciones formarían parte del tercer sector (Para un análisis del Tercer Sector, véase GUTIERREZ RESA, A.: *Acción Social no gubernamental. Análisis y reflexiones sobre las organizaciones voluntarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 221 y ss.

⁸⁵³ LOZA AGUIRRE, J.: “Definición del sector social y actividades que realiza”, en VVAA. (de Lorenzo García, R.; Cabra de Luna, M.A.; Giménez-Reyna, E. Coords): *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991, pág. 69.

⁸⁵⁴ Hay una sola cooperativa autorizada, concretamente es la Unión de Cooperativas de Murcia/UCOMUR.

⁸⁵⁵ Fundación Federico Ozanam (Zaragoza); Fundación Universitaria de España, Fundación Novia Salcedo (Bilbao/Vizcaya), Fundación Laboral de la Construcción (Ribera de Arriba/Asturias), Fundación Gaztelán, (Pamplona, Navarra); Fundación Gaztelán (Pamplona), Fundación Universitaria Nacional (Madrid).

Patronatos⁸⁵⁶ y las Asociaciones⁸⁵⁷ que facilitan la posible entrada en el mercado de trabajo o la reinserción social de sujetos desventajados.⁸⁵⁸

Es preciso hacer algunas aclaraciones en relación a Actividad de Colocación de las Fundaciones, teniendo en cuenta la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Concretamente, el Art. 2 señala que “son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”. Y en el Art. 3 concreta aún más cuáles son los fines de interés general, esto es, la inclusión social y los fines laborales.⁸⁵⁹ Normalmente, las Fundaciones que han constituido una AC no se han creado solamente para este fin, sino que entre los fines que persigue -entre las que destacan las actividades sociales, humanitarias, docentes, investigadoras o de otro tipo que en definitiva sirven para el bienestar común-⁸⁶⁰ incluyen también el de ajustar ofertas y demandas de trabajo. Del texto

⁸⁵⁶ Patronato de San Valero (Zaragoza).

⁸⁵⁷ Son la Asociación Castellano Leones/Promoción de Empleo (Salamanca); Asociación Progreso Laboral (Murcia); Asociación Desarrollo de la Informática (Bilbao/Vizcaya); Asociación Navieros Vascos (Bilbao/Vizcaya), ASAJA, Toledo, Asociación de Profesionales de Radio y Televisión de la C.A. (Murcia). Las Asociaciones, al ser una entidad de interés público pueden perseguir un fin lucrativo aunque la AC que creen en dicha institución no puedan perseguir fines lucrativos, ya que está prohibido expresamente por la ley. Algunas Asociaciones que han creado Agencias de Colocación cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados: destacamos la Asociación Profreso Laboral (Murcia), Asaja Toledo y la Asociación de profesionales de Radio y TV C.A. Murcia.

⁸⁵⁸ Del análisis práctico de las Agencias de Colocación se puede incluir a Cáritas Diocesana (Granada); Comisión Española de ayuda al refugiado (Tres Cantos/Madrid); FSC Discapacidad (Madrid); Cruz Roja Española (Valencia); Cáritas Interparroquial de Almoradí (Almoradí/Alicante).

En cuanto a Cruz Roja, sus funciones sanitarias se han abandonado dedicándose principalmente a los servicios sociales, siendo las nuevas líneas de actuación de esta institución la ayuda a la drogodependencia, la ayuda a domicilio, y el voluntariado. En cuanto a la actividad de crear Agencias de Colocación sólo se ha llevado a cabo en el centro de Valencia.

⁸⁵⁹ Se ha incluido finalmente en el texto de la Ley la sugerencia realizada por el Consejo Económico y Social. Así en el Dictamen que elaboró el CES (Sesión ordinaria del Pleno de 20 de marzo de 2002) sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones señaló que “la relación de fines de interés general susceptibles de ser perseguidos por las Fundaciones, recogida en el apartado primero de este artículo, debería incluir, en opinión del CES, el fomento de la economía social, los fines de carácter laboral y los de inclusión social... sin perjuicio de que mantenga el carácter abierto de la lista para dar cabida a otros fines de similar naturaleza”.

⁸⁶⁰ CABRA DE LUNA, M.A.: “Las fundaciones en España: situación actual y perspectivas de futuro desde una óptica social”, en VV.AA.: (De Lorenzo García, R.; Cabra de Luna, M.A.; Jiménez Reyna, R.): *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991, pág. 117.

de la ley se pueden también deducir algunos aspectos de estas Agencias creadas en Fundaciones: éstas pueden cobrar por los gastos ocasionados por los servicios prestados y ello porque indica el Art. 26 que “las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios”. De este artículo se podría pensar si se podrían crear -en un futuro- Agencias de Colocación con fines lucrativos en Fundaciones: mantengo la posición que este tipo de Agencias creadas en Fundaciones tienen que tener siempre carácter no lucrativo, dada la finalidad de la institución en la que se ha creado, y además, si la Fundación tiene la finalidad de satisfacer un interés general como es la inclusión social, significa que la Agencia de Colocación creada en una Fundación está principalmente dirigida a sectores con más dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo, lo que pone de manifiesto el carácter no lucrativo de éstas, sin perjuicio del cobro por los gastos ocasionados por los servicios prestados, siempre y cuando no se extralimiten de la función que desempeñan estos gastos.

Pero al igual que ha ocurrido con los Centros Docentes, son muchas las Fundaciones que llevan a cabo la Actividad de Colocación sin haber creado una AC. Existen Fundaciones que se encargan de la colocación de colectivos de difícil inserción, como son los discapacitados, y no cuentan con una autorización previa, como ya se comprobará al analizar este colectivo.⁸⁶¹ Las Fundaciones, además, pueden realizar actividades de formación profesional y de inserción laboral para hacer posible la creación de empleo de personas con discapacidad y su integración en el mercado de trabajo,⁸⁶² que si no están creadas como AC,

⁸⁶¹ Muchas de las Fundaciones realizan labores de intermediación directamente a través de Internet pero sin haber creado expresamente una AC. Podemos citar Disc@pnet (www.discapnet.es) como iniciativa promovida por la Fundación ONCE, que cuenta con financiación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional. También está la Fundación Adecco (www.fundacionadecco.es), que forma parte del grupo Adecco y cuenta con un servicio de integración laboral sin ánimo de lucro, consistente en llevar a cabo el reclutamiento y selección de candidatos y la intermediación entre oferta y demanda del mercado laboral. Realiza una labor de sensibilización sobre el colectivo de personas discapacitadas para que cubran ofertas de trabajo, o Merc@dis (www.mercadis.com) que nació por iniciativa de la Fundación Telefónica, con el apoyo técnico de la Asociación Telefónica de Ayuda a Minusválidos (ATAM). Véase ALBA, A.; MORENO, F.: *Discapacidad y mercado de trabajo*, Obra Social Cjaa Madrid, Madrid, 2004, págs. 103-104.

⁸⁶² Ello se deduce del Real Decreto 364/2005, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota reservada en favor de los trabajadores con discapacidad. Esta medida alternativa, consiste, según el citado Real Decreto en la “realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de los minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo”.

no necesitan contar con una autorización previa del Servicio Público de Empleo ni tampoco con la firma de un Convenio de Colaboración. La única función de control será la de inscribirse en el Registro de Fundaciones Asistenciales,⁸⁶³ en el que se determina en el Estatuto de las Fundaciones cuál es el objeto de la Fundación, y entre ellos se encuentra el de la actividad de colocación.⁸⁶⁴ Esto no sólo ocurre con las Fundaciones creadas para Discapacitados, sino para otro tipo de colectivos, provocando una desigualdad en el tratamiento de las instituciones que actúan como intermediarias, pues no todas ellas se crean como Agencias de Colocación sin fines lucrativos.

Por otro lado, las Asociaciones se diferencian de las Fundaciones en que el origen de la iniciativa privada no se lleva a cabo por un solo individuo sino que la iniciativa privada la llevan a cabo un conjunto de personas unidas por una misma necesidad o un afán común. Se le aplicaría lo hasta ahora indicado para las Fundaciones: muchas de ellas realizan la Actividad de Colocación sin previamente crear una AC en su ámbito.

En cuanto a las Cooperativas, nada impide su normativa que se cree en éstas una Agencia de Colocación, aunque lógicamente si una Cooperativa cuenta con un ámbito territorial determinado, la AC creada en ésta tiene que contar con el mismo ámbito territorial. Además, en algunas leyes de Cooperativas de algunas Comunidades Autónomas se tiene que indicar en sus Estatutos “la actividad o actividades que desarrollará la cooperativa para el cumplimiento de su fin social”,⁸⁶⁵ por lo que habrá que estar a la normativa de cada Comunidad Autónoma para determinar si se tienen que incluir las actividades a realizar por la Cooperativa, pues de ser así, se tendría que incluir en los Estatutos la actividad de crear una Agencia de Colocación en esa Cooperativa. Por otra parte, también se indica en la Ley 27/1999, de 16 de julio Estatal de Cooperativas así como en las leyes de Cooperativas correspondientes de cada Comunidad Autónoma, que en los Estatutos de la Cooperativa se podrán prever y regular la constitución y funcionamiento de

⁸⁶³ Así, la ORDEN TAS/2039/2004, de 25 de mayo, por la que se registra la Fundación “Radica” como Fundación de asistencia e inclusión social, y se procede a su inscripción en el Registro de Fundaciones Asistenciales.

⁸⁶⁴ Por Orden TAS/685/2005, de 8 de febrero se registra la Fundación “Domus Labora”, como Fundación de fomento de la economía social (BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2005). Entre los fines de interés general de la Fundación (determinados en los Estatutos) son: el aumento del empleo; la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores; la recolocación de trabajadores que hayan perdido su empleo; promover el acceso a los jóvenes a su primer empleo; promover y potenciar el acceso a un puesto de trabajo, a colectivos con dificultades para encontrar un empleo, tales como personas sin experiencia laboral, mayores de 50 años, o disminuidos físicos y psíquicos; la expansión y promoción del autoempleo”.

⁸⁶⁵ Art. 12.3 de la Ley 2/1999 de 31 de marzo de Sociedades Cooperativas Andaluzas.

secciones que desarrollen actividades económico-sociales específicas con autonomía de gestión y que tengan una contabilidad separada al margen de la contabilidad general de la cooperativa.⁸⁶⁶ Ésta podría ser la forma de crear una AC dentro de la cooperativa.

En cuanto a las ONGs, en éstas no se han creado AC, aunque sí llevan a cabo una labor de intermediación en el mercado de trabajo. Normalmente se crean “Dispositivos de Empleo” en estas entidades sociales y realizan una labor de colocación de trabajadores más que realizar una labor de asesoramiento y orientación laboral e inserción de colectivos en riesgo de exclusión. Aunque no se duda de la importante labor de los Dispositivos de Empleo, no se han creado AC, produciéndose -al igual que se ha analizado anteriormente en otras Instituciones- una inaplicación del RDAC en prácticamente todas las Instituciones de Derecho Público que realizan actividades de Colocación.

c.1. Especial referencia a las Asociaciones Sindicales

El sindicato ha abandonado ya la dedicación exclusiva de su función típica de la defensa de los trabajadores y ha añadido otras nuevas funciones, tales como la de darle formación a los trabajadores o la de asesoramiento. Por ello, puede ser posible que se cree en una Asociación Sindical una Agencia de Colocación sin fines lucrativos al amparo del RDAC. Hay que recordar, que ya en tiempos pasados, las Organizaciones Sindicales desempeñaban la Actividad de Colocación a través de las bolsas de trabajo sindicales; sin embargo, hoy en día la creación de AC en éstas es escasa, aunque no significa que no desempeñen funciones de Colocación, sino que lo hacen a través de otras vías diferentes, como ahora se comprobará.

Ya desde la Reforma del Mercado de Trabajo de 1994 hubo opiniones sobre la posibilidad de creación de Agencias de Colocación en las Asociaciones Sindicales y Empresariales. Concretamente, en el Proyecto de Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la Reforma del Mercado de Trabajo elaborado por el grupo de expertos del mismo (28 de octubre y 4 de noviembre de 1993), se admitía la posibilidad de crear Agencias de Colocación en las Asociaciones Sindicales y Patronales, aunque se recomendaba su creación preferentemente de forma conjunta.⁸⁶⁷ Algunos autores, por otra parte, fueron más

⁸⁶⁶ Art 6 de Ley 2/1999 de 31 de marzo de Sociedades Cooperativas Andaluzas y Art. 5 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

⁸⁶⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; CABERO MORÁN, E.: *Todo sobre las primeras normas de la reforma del mercado de trabajo*, op.cit., pág. 254.

permisivos para su creación,⁸⁶⁸ y otros más reacios,⁸⁶⁹ al indicar literalmente que “los que creen estas agencias de colocación de manera que impongan su utilización a cambio de concesiones en la negociación colectiva, lo que, lógicamente, les podrá dar parte de la afiliación que abrumadoramente les falta”.⁸⁷⁰

La tesis que aquí se mantiene es la de la posibilidad -según la normativa vigente- de poder crear AC en Asociaciones Sindicales (y también Empresariales), siempre y cuando se respete la obligación de garantizar en su ámbito de actuación el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos -entre muchos otros- de afiliación sindical. Ya hay algunos antecedentes de vulneración del principio de igualdad de acceso al empleo por parte de las Asociaciones Sindicales y Empresariales ya que se denunciaba por parte de los empleadores que la Intermediación estuviese a cargo de los sindicatos pues éstos caían en la tentación de reclutar solamente trabajadores sindicalizados y denunciándose por parte de los trabajadores la actividad de Intermediación en manos de los empleadores,⁸⁷¹ pues éstos de forma indirecta podrían

⁸⁶⁸ Hay algunos autores que han propuesto la creación de Oficinas de Empleo Sindicales acogiendo a lo establecido en el Art. 16.2 ET y el RDAC respecto a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos. Así, el Prof. Martín Valverde (MARTÍN VALVERDE, A.: “La supresión del monopolio público de colocación”, op.cit.) indicó que “podrán contarse, señaladamente, los servicios de ayuda a la colocación de ciertas entidades asociativas, corporativas o fundacionales, como instituciones benéficas o religiosas, y organizaciones sindicales o empresariales; y también los servicios equivalentes de determinadas instituciones públicas, como Universidades, Ayuntamientos y Colegios Profesionales. También se propuso la creación de Oficinas de Empleo sindicales para evitar el alto grado de especialización de tales Agencias de Colocación. Véase al respecto, OJEDA AVILÉS, A.: *Respuestas sindicales a la mundialización: el caso español*, Organización Internacional del Trabajo, 2000 (se puede consultar en www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/papers/2000/dp114/). También está a favor de su creación, VALLE MUÑOZ, F.A.: “La organización del sistema territorial italiano”; *TL*, núm. 58, (2001), pág. 92.

⁸⁶⁹ VIDAL CARUANA, G.; VIDAL BENEYTO, G.: *Los nuevos contratos de trabajo*, CISS, Valencia, 1994, pág. 12.

Por otra parte, FANTETTI, A.: (*Collocamento e pluralismo istituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983), ha indicado que sería más conveniente que los sindicatos se dedicasen principalmente a velar por la seguridad y estabilidad de los trabajadores frente a la actividad desempeñada por el empresario, más que a desempeñar directamente una actividad de intermediación en el mercado de trabajo.

⁸⁷⁰ VIDAL CARUANA, G.; VIDAL BENEYTO, G.: *Los nuevos contratos de trabajo*, op.cit., pág. 12.

⁸⁷¹ En ocasiones, las asociaciones sindicales han violado el derecho a la libertad sindical, produciéndose algunas irregularidades en procesos de intermediación en general, como es el caso que ha sucedido y conocido a través de una Sentencia (Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, de 7 de abril de 1997). Los hechos que determinaron la demanda fueron los siguientes: El sindicato y concretamente dos miembros del sindicato (Secretario General y Secretario Local de una de las Federaciones) estaban llevando a cabo un proceso de selección de los trabajadores para participar en una campaña agrícola. El sindicato (o sus miembros) comunicaron el inicio de la campaña sometiendo la contratación a la necesidad de presentarse en la sede del sindicato. A las trabajadoras que pasaban por la sede y se afiliaban

impedir los medios de presión que disponían los trabajadores.⁸⁷² Además, si sólo se dirige la actividad de colocación a los trabajadores afiliados al sindicato, se crearían circuitos privilegiados de usuarios de tales Agencias, violándose con ello el derecho a la libertad sindical, pues en nuestro ordenamiento no están permitidas las cláusulas de seguridad sindical que condicionen la adquisición o el mantenimiento en el empleo.⁸⁷³ El condicionante de exigir al trabajador que esté afiliado para que el sindicato le ofrezca los servicios de la AC no sólo está produciendo una discriminación en el acceso al empleo,⁸⁷⁴ sino que iría en contra del contenido de la normativa internacional (Convenio núm. 181 OIT) que prohíbe cobrar a los trabajadores tanto de forma directa o indirecta cualquier tipo de remuneración. Y de hacerlo así se estaría cobrando a los trabajadores por los servicios prestados de forma indirecta, pues se le está exigiendo que para poder acceder a la Agencia de Colocación esté afiliado y pague la cuota sindical correspondiente.

Además, en el caso de que actúen las Asociaciones Sindicales como AC, sería conveniente un cambio del sindicalista actual por un nuevo sindicalista capaz de interpretar y de promover los intereses de los trabajadores representados, adquiriendo una adecuada

a CCOO, y luego eran llamadas a trabajar y se les pasaba a la firma un documento para que les fuera descontada la cuota sindical. Véase DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La Responsabilidad civil del sindicato*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 72.

⁸⁷² THUY, P.; HANSEN, E., PRICE, D.: *El servicio público de Empleo en una sociedad cambiante*, op.cit., pág. 20.

⁸⁷³ Se podría cometer de este modo el error por parte de los sindicatos de “obligar” a los demandantes de empleo a inscribirse en el sindicato previamente, violándose la libertad sindical imperante en todo Estado democrático, a través de las cláusulas de *closed shop*. ICHINO, P.: *Il collocamento impossibile*, op.cit., pág. 31.

⁸⁷⁴ Aunque en el sistema italiano, en la anterior normativa no constaba en la práctica la existencia de sindicatos que desarrollaran este tipo de actividad (VALLE MUÑOZ, F.A.: “La organización del sistema territorial italiano”, op.cit., pág. 93), se han incluido expresamente en el Decreto legislativo n. 276/2003 que tanto las asociaciones de trabajadores y las de empresarios más representativas que firman convenios colectivos de trabajo, entre otros sujetos públicos y privados, pueden constituirse en estas agencias de intermediación. Para un estudio de la nueva reforma *Biagi* en estos aspectos, véase CIOCCA, G.: “Le agenzie di intermediazione”, VV.AA.: *Il diritto del mercato di lavoro dopo la riforma Biagi*, op.cit., págs. 206-207.

Además, en relación a quiénes son los demandantes de empleo de las Agencias de Colocación, se puede comprobar en el Decreto legislativo núm. 276/2003 que no se ha limitado el ámbito funcional de estas Agencias a los trabajadores afiliados a un sindicato. Es más, en una primera versión de este Decreto Legislativo, señalaba que los sindicatos podían realizar la actividad de intermediación “a favor de los propios afiliados”, pero no se incluyó en su versión definitiva. SPATTINI, S.; TIRABOSCHI, M.: “Regimi particolari di autorizzazione”, VV.AA.: (A cura di Olivelli, P.; Tiraboschi, M.): *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, op.cit., pág. 279.

cultura jurídica, económica y administrativa necesaria para poder dar soluciones lo más adecuadas posibles a los problemas de funcionamiento del mercado de trabajo.⁸⁷⁵

Aunque se mantenga la posición de la posibilidad de crear Agencias de Colocación tanto en Organizaciones Sindicales como Empresariales, la realidad muestra que no es habitual su creación en este ámbito. Esto no significa que éstas no participen en acciones de empleo, más bien al contrario, pues es práctica generalizada, sobre todo en las Organizaciones Sindicales más representativas, firmar Convenios de Colaboración con el Servicio Público de Empleo correspondiente para la realización de programas de asesoramiento, información y búsqueda de empleo, y formación profesional, convirtiéndose en Entidades Colaboradoras del Servicio Público de Empleo, recibiendo subvenciones públicas por este motivo, a diferencia de lo que ocurre con las AC, que por su simple creación no se otorga ningún tipo de subvención. E incluso las Comunidades Autónomas, como es el caso de la Comunidad de Madrid, vienen creado su propia red de “Agencias de Colocación” creadas en Sindicatos y Organizaciones Empresariales de carácter intersectorial que ostenten el carácter de más representativos en su territorio. Concretamente, en la Comunidad de Madrid se denominan Centros Integrados de Empleo,⁸⁷⁶ y una de las acciones obligatorias que tienen que desempeñar es la de “intermediación laboral en colaboración con el Servicio Regional de Empleo” y al menos una de las siguientes acciones: orientación profesional al empleo o autoempleo y fomento de la vocación de emprendedores, así como pueden realizar acciones de formación ocupacional, formación continua, escuelas taller, casas de oficios o talleres de empleo y otras acciones de formación y empleo. Aunque se valora de forma positiva la creación de estos Centros en estas Organizaciones, se está produciendo una forma de llevar a cabo la colocación en estas Entidades sin crearse como Agencias de Colocación, es decir, eludiendo la normativa estatal. Este es uno de los motivos del por qué de la ausencia de AC en Organizaciones Sindicales y Empresariales: si crear estas Agencias supone trabas para obtener la autorización, y además no reciben ningún tipo de subvención, lo más lógico es que realicen la actividad de Intermediación a través de otros programas, en el que además de estar subvencionados, pueden ser a su vez Entidades Colaboradoras en materia de información, orientación y formación profesional.

⁸⁷⁵ ICHINO, P.: *Il collocamento impossibile*, op. cit., pág. 127.

⁸⁷⁶ Éstos están regulados por el Decreto 65/2003, de 8 de mayo, por el que se regula la colaboración entre el Servicio Regional de Empleo y los Centros Integrados de Empleo, BOCM núm. 124, de 27 de mayo de 2003. Las cuantías de las ayudas fijadas para el año 2007 se han fijado en la Orden 49/2007, de 11 de enero, del Consejero de Empleo y Mujer, por la que se regulan las subvenciones cofinanciadas por el Fondo Social Europeo en el ámbito de los Centros Integrados de Empleo, estableciéndose las cuantías de las ayudas como compensación por los gastos de funcionamiento (BOCM 23.1.2007).

3.2.6. Obligaciones de los trabajadores y empresarios con las Agencias de Colocación: la inscripción del demandante de empleo.

Es un dato histórico que tanto los trabajadores como los empresarios cumplan una serie de obligaciones con el Servicio de Empleo que responden a una finalidad de controlar el mercado de trabajo. Desde el momento en el que se regulan las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, se plantea si estas obligaciones también se tienen que cumplir con las AC, cuestión que se pasa a analizar.

-Para determinar si el demandante de empleo se tiene que inscribir en una AC, es necesario recordar lo hasta ahora analizado sobre la inscripción como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo Autónomo. A pesar de la escasa y parca regulación sobre la inscripción en la LE, se llegó a la conclusión de que ésta era voluntaria - aunque aconsejable- en la mayoría de los supuestos, pero había otros casos en los que era obligatoria la inscripción, destacando el ser receptor de las prestaciones por desempleo, o para poder acceder al programa de Escuelas Taller, Talleres de Empleo, Casas de Oficio, o a un Centro Especial de Empleo, o, en las ocasiones en los que los empleadores quieran contratar a un tipo de trabajador que su empleo esté incentivado, pues en la mayoría de las ocasiones la norma en cuestión señala que tienen que estar inscritos en la OE del Servicio Público de Empleo. Ahora bien, esto hay que interpretarlo teniendo en cuenta que ya están creadas las AC reguladas en el RDAC, y que se hace referencia a la inscripción de la siguiente forma: la obligación de los trabajadores de inscribirse en las Oficinas de Empleo del INEM cuando hayan de solicitar ocupación, prevista en el apartado 2 del Art. 42 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, se considerará cumplida, salvo los solicitantes de prestaciones y subsidios por desempleo, si se inscriben en las Agencias de Colocación autorizadas conforme a lo establecido en el ET. Este precepto hay que interpretarlo teniendo en cuenta la normativa vigente en materia de Colocación pues se refiere a la LBE ya derogada. Así, se entiende que al ser la inscripción voluntaria, cuando el demandante de empleo se quiera inscribir, lo puede hacer indistintamente en la OE como en una AC. Y en los casos en los que es obligatorio, quedaría cumplida tal obligación si se inscribe bien en la OE o en la AC, a pesar de que la normativa específica sólo se refiera en la mayoría de las ocasiones únicamente a la inscripción en las OE.⁸⁷⁷ La inscripción se puede hacer o bien en la OE o en la AC, entendiéndose en estos casos sólo las Agencias de Colocación sin fines lucrativos según lo

⁸⁷⁷ A modo de ejemplo, en los contratos para el fomento de la contratación indefinida, uno de los requisitos para ser contratado bajo esta modalidad es estar inscritos en la Oficina de Empleo, y no indica que sea también en la AC. Pero se entiende que quedaría cumplido este requisito si el trabajador está inscrito en la AC. En sentido contrario, véase ROMERO MIRET, P.: “El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, *TS*, núm. 175, julio (2005), pág. 35.

dispuesto en el RDAC y no otras Agencias de Empleo Privadas, como pueden ser las ETT, pues además de contar con doctrina judicial al respecto, las AC son las únicas que cumplen una finalidad análoga a la de los Servicios Públicos de Empleo en cuanto entidades que colaboran con éstos.⁸⁷⁸

Sin embargo, en el caso de que sea perceptor de la prestación o subsidio por desempleo, se tiene que inscribir obligatoriamente en la OE, aunque voluntariamente acuda a la AC. En principio no se entiende bien por qué el RDAC ha hecho una diferenciación entre el perceptor de prestación o subsidio por desempleo y los demás demandantes, pues de todos modos señala en el Art. 7 que la AC tiene que remitir a la Oficina Pública de Empleo correspondiente los datos de los solicitantes de empleo que hayan requerido sus servicios. Si remite unas inscripciones, entonces podría remitir el resto, y lo adecuado hubiera sido que todos los demandantes de empleo se pudieran inscribir indistintamente en la AC o en la OE.⁸⁷⁹ Pero parece deducirse una operación estratégica clara: y es remitir a los desempleados y perceptores de la prestación o subsidio por desempleo a las OE para que éstas se encarguen tanto de la gestión de la prestación como de la búsqueda activa de empleo a través de los itinerarios de inserción programados, y que, en cambio, se encarguen las Agencias de Colocación de otros colectivos, destacando sobre todo los demandantes de primer empleo y aquellos trabajadores que quieran mejorar su situación laboral.⁸⁸⁰

Ahora bien, a pesar de que el Art. 10 RDAC dé la posibilidad de inscribirse en las AC -excepto los perceptores de la prestación o subsidio por desempleo- en la práctica muchas de las Agencias de Colocación exigen a los demandantes de empleo inscribirse previamente en el Servicio Público de Empleo competente, y ello porque aunque Art. 7

⁸⁷⁸ En la normativa que regula los programas de Fomento del Empleo, establecen como uno de los requisitos “estar desempleados o parados en la correspondiente Oficina de Empleo del INEM o agencia de colocación privada”. Dentro de la expresión “agencia de colocación privada” tienen cabida únicamente las Agencias de Colocación sin fines lucrativos regulada en el RDAC y no se podrían encuadrar las ETT, opinión que también mantiene la jurisprudencia. La problemática a resolver en estos casos en concreto versa sobre la interpretación del artículo 12.d) de la Orden de 29 de enero de 1997, reguladora de los Programas de Fomento del Empleo para 1997 -relativa al correspondiente Autoempleo-, STSJ Murcia, núm. 2/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de enero, JUR 2000/65870; STSJ Murcia núm. 4/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de enero, JUR 2000/65871.

⁸⁷⁹ También se hace una crítica de la duplicidad del trámite de la inscripción en SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La política de colocación*, op.cit., pág. 252.

⁸⁸⁰ De las Memorias del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de Agencias de Colocación sin ánimo de lucro (años 2001-2004) se deduce que en un principio predominaban los inscritos no parados (en el año 2001 el 66,23%, en el año 2002 el 75,95%), aunque en los últimos años el porcentaje de inscritos parados (son demandantes de primer empleo) era mayor que el de los no parados (en el año 2003, el 73,04%, en el año 2004 el 73%).

obliga a transmitir estos datos al Servicio de Empleo, en la práctica no se está llevando a cabo, ya que el sistema de recogida y explotación de datos recibidos de las AC no está suficientemente depurado, siendo además el motivo fundamental de esta falta de transmisión de datos la diferencia de Software que se utiliza.⁸⁸¹ Ante estos problemas prácticos, y a pesar de que aquí se defiende la posición de haber implantado un sistema en el que todos los demandantes de empleo se pudieran inscribir indistintamente y en todos los supuestos en la OE o en la AC, la solución más acorde con la realidad es la de obligar a todos los demandantes de empleo a que se inscriban en la OE correspondiente, independientemente de qué Agente de Intermediación utilice posteriormente, solución ésta que ya se propuso por la doctrina⁸⁸² antes de que se pusieran en funcionamiento las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, y que la práctica ha seguido. Se aconseja, a pesar de lo que diga la normativa, que el demandante de empleo se inscriba en el Servicio de Empleo y en la Agencia de Colocación que estime oportuno, pues tendrá así mayores oportunidades de encontrar un empleo, y además hay que destacar que siempre el Servicio de Empleo si no puede encajar esta demanda en una oferta de empleo, inicia un proceso de inserción laboral mediante la orientación profesional en la búsqueda de empleo; y en las Agencias de Colocación, en unos

⁸⁸¹ Información recogida de las Memorias del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de Agencias de colocación sin ánimo de lucro (años 2001-2005).

También se corrobora esta información en la AEPD: *Selección de personal a través de Internet. Plan de Inspección de Oficio*, op.cit., pág. 16, señalando literalmente lo siguiente: “Se ha verificado que, a pesar de la vigencia de la relación establecida con el INEM, no todas las agencias inspeccionadas siguen remitiendo a este organismo los datos de los demandantes de empleo, recabados, entre otras vías, a través de Internet. También se ha observado que generalmente las agencias de colocación exigen que el demandante de empleo, una vez remitidos sus datos curriculares a través de esa vía, se persone físicamente en el establecimiento de la entidad intermediaria para suscribir la solicitud de empleo o para aportar documentación adicional”.

⁸⁸² Ésta fue la opinión de ALBIOL MONTESINOS, I.: “Reformas en materia de colocación a partir del Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación”, *TS*, núm. 36, diciembre (1994), pág. 109, que sin conocerse aún la solución que iba a dar el RDAC, señaló que se debía mantener la inscripción de todos los trabajadores en el INEM y además se pensó que en los Convenios de Colaboración podrían incluso pedir como requisito para la inscripción de trabajadores en la Agencia de Colocación correspondiente que figurara el número con el que el trabajador estaba inscrito como demandante de empleo en la Oficina Pública correspondiente. Posteriormente MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “Las Agencias de Colocación sin fines lucrativos”, op.cit., págs. 105-106 se pronunció a favor de la inscripción de los perceptores de prestaciones por desempleo en la OE, “ya que éstos, al tener que inscribirse necesariamente en las Oficinas del INEM siempre van a tener constancia del cumplimiento de esta obligación”. Además, el paso de la información sobre la inscripción de cada una de las Agencias de Colocación al Servicio Público de Empleo correspondiente va a crear una situación de incertidumbre porque será en función del respectivo Convenio como cada Agencia, en concreto, deberá cumplir esa obligación e ineludiblemente la existencia de varios regímenes para la realización de la misma en vez de uno solo, puede traer como consecuencia una disminución de la eficacia en cuanto al cumplimiento de esta función”.

casos se realiza y en otras no, aunque lo ideal es que además de la función estricta de intermediación tuviera también programas de inserción y orientación profesional -que estos sí están subvencionados-⁸⁸³ aunque no en todos los casos ocurre.

Por último, al igual que ocurre con la inscripción en el Servicio Público de Empleo, las AC para “seleccionar” a los trabajadores inscritos para enviarlos a una oferta de trabajo tienen en cuenta el criterio de la idoneidad, y en segundo lugar, el riguroso orden de inscripción; además, ya se analizó que no se admitía la inscripción múltiple, esto es, que un demandante de empleo se inscribiera en varias Oficinas de Empleo. En este caso se podrían hacer las siguientes preguntas, y es si una vez que está inscrito en el Servicio de Empleo puede estar inscrito al mismo tiempo en una Agencia de Colocación y si puede estar inscrito al mismo tiempo en varias Agencias de Colocación. En cuanto a la primera pregunta, la respuesta la da el Art. 10.2 RDAC que permite a los perceptores de la prestación y subsidio por desempleo estar inscritos en el Servicio de Empleo y requerir al mismo tiempo los servicios de la Agencia de Colocación; y la segunda pregunta también tiene su respuesta en el Art. 10.2 pues indica que pueden requerir los servicios “de las agencias de colocación”, es decir, las trata en plural, por lo que se podría interpretar que cualquier demandante de empleo puede estar inscrito en la OE que le corresponda, y al mismo tiempo inscribirse en una o en varias Agencias de Colocación.

-Siguiendo con las obligaciones de los trabajadores y empresarios con las Agencias de Colocación, hoy en día ya no existe la obligación legal de solicitar previamente en las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesiten, pero habría que aclarar si en los casos en los que hay una obligación legal de acudir al Servicio de Empleo para poder contratar a un determinado tipo de trabajadores, también se podrían solicitar en la AC. Aunque sería una solución adecuada, de la misma forma en la que se pueden inscribir los demandantes de empleo tanto en los Servicios Públicos de Empleo como en las Agencias de Colocación, parece que hoy el único que tiene tal competencia es el Servicio Público de Empleo correspondiente.

⁸⁸³ Como ya se ha indicado, la actividad de intermediación de las Agencias de Colocación no está subvencionada, aunque sí están subvencionadas otras dirigidas a favorecer la colocación de los demandantes de empleo, como son la comprobación individual de la profesionalidad de los trabajadores demandantes de empleo y la información profesional, orientación profesional y búsqueda activa de empleo. Orden de 9 de marzo de 1994, sobre las bases reguladoras de concesión de ayudas para realización de acciones de comprobación de la profesionalidad, información y orientación profesional y búsqueda activa de empleo por entidades e instituciones colaboradoras sin ánimo de lucro (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994).

-En cuanto a la obligación de los empresarios de comunicar el inicio de los contratos, ésta no se realiza en las Agencias de Colocación, sino exclusivamente en el Servicio Público de Empleo correspondiente. Del mismo modo se puede indicar en cuanto a la obligación de comunicar el empresario la terminación del contrato de trabajo. Aunque no hay una prohibición expresa, todo parece indicar que la comunicación de la terminación de los contratos de trabajo se podría hacer sólo en los Servicios Autonómicos de Empleo, pues en el RDAC no hay ninguna referencia sobre esta función de control del mercado de trabajo. Así, no se presenta de forma alternativa la posibilidad de poder acudir al Servicio de Empleo o a la Agencia de Colocación donde se tramitó la demanda de empleo, sino que se tiene que acudir a la Oficina de Empleo del Servicio de Empleo Autónomo correspondiente. Además, en el TRLISOS y concretamente en el Art. 14 que considera infracción leve “no comunicar a la Oficina de Empleo la terminación de los contratos de trabajo, en los supuestos en que estuviere prevista tal obligación”, no se indica nada acerca de otras instituciones en las que se pueda comunicar la terminación de los contratos de trabajo, por lo que quedaría entonces descartada la posibilidad de acudir a otro organismo por este motivo.

3.2.7. La ausencia de las Agencias de Colocación en la Red EURES

Por último, quienes actualmente gestionan la Red EURES son los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Ahora bien, hay que hacer algunas aclaraciones para determinar si las Agencias de Colocación pueden formar parte de la Red EURES, al igual que ocurre con los Servicios Públicos Autonómicos de Empleo. De la lectura del Art. 3 de la Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 2002, se puede indicar que la red EURES está formada - entre otros- por “los Servicios de Empleo especializados que se han notificado a la Comisión de conformidad con el apartado 2 del Art. 17 del Reglamento CEE núm. 1612/68”. No indica claramente cuáles pueden ser los Servicios de Empleo especializados a los que se refiere esta Decisión, pero relacionándolo con el Art. 17 del Reglamento al cual se remite, parece que los servicios especializados son aquellos que hayan recibido una previa autorización de los servicios centrales y en la medida en que la organización de los Servicios de Empleo de un Estado Miembro y las técnicas de colocación autorizadas se presten para ello. Parece indicar que en el caso español podrían ser también componentes de la Red EURES las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC pues son intermediarios que de forma legal realizan la actividad de intermediación junto con los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.⁸⁸⁴ Aunque del texto citado se puede indicar la

atribución de la Red EURES no sólo a los Servicios Públicos de Empleo sino a otras instituciones, parece clara la intención de la Unión Europea de modernizar y hacer efectiva la Red EURES en los propios Servicios Públicos de Empleo.⁸⁸⁵

No obstante, podrían estar integradas dentro de la Red EURES todas aquellas instituciones que hubieran creado Agencias de Colocación, y concretamente la Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 2002 hace referencia expresa a las Organizaciones Sindicales indicando que en las categorías de los servicios especializados “se incluirán los sindicatos y las organizaciones patronales designados por los Estados Miembros”. Esto significa que las Agencias de Colocación podrían formar parte de la Red EURES sin ningún tipo de problema, teniendo en cuenta la normativa comunitaria. Ahora bien, en nuestro ordenamiento se ha limitado la gestión de la Red a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, y ello se deduce de los Decretos de traspaso de competencias en materia de trabajo, empleo y formación y de la propia Disposición Adicional Única del RDAC al señalar que la oferta de empleo comunitaria será tramitada por los Servicios Públicos de Empleo,⁸⁸⁶ excluyendo por omisión a las Agencias de Colocación. Esa opción es absolutamente incongruente, pues se debería coordinar el sistema de intermediación que se ha implantado en un Estado Miembro (en este caso el español) y aplicarlo también a la Red EURES. Parece de difícil aceptación que un Estado Miembro elimine de la Red Eures a

⁸⁸⁴ De forma más clara se determinaba en la Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 1993 en la que se creaba la Red EURES, pues señalaba que podían ser miembros “los socios públicos o privados de los Servicios de Empleo que actúen en el marco de las disposiciones legales nacionales en materia de empleo y aceptados por ellos y que hayan firmado un contrato con la Comisión”. Por lo que parece indicar que la decisión de que se integren en la Red no depende del Estado Miembro sino que ellos firmen un contrato directamente con la Comisión.

⁸⁸⁵ “Memorando of Understanding between the Public Employment Services of the EEA for the development of the EURES network (16.11.1998)”, en European Commission.: *The modernisation of public employment services in Europe: three key documents*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1999, págs. 29-34.

⁸⁸⁶ Concretamente la Disposición Adicional Única indica que “la oferta de empleo procedente de otros países de la Unión Europea a través de sus Servicios Públicos de Empleo será tramitada por el Instituto Nacional de Empleo, en los términos previstos en la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 22 de octubre de 1993, relativa a la aplicación del Reglamento (CEE) número 1612/68, del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, en lo que respecta, en particular, a una red creada bajo la denominación EURES. En dichas ofertas se incluyen las procedentes de los países signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, suscrito en Oporto el 2 de mayo de 1992, adaptado por el Protocolo de 17 de marzo de 1993. Hay que interpretar que cuando alude al Instituto Nacional de Empleo se está ya refiriendo a los Servicios Públicos Autonómicos y, en segundo lugar, cuando alude a la Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 1993 hay que entender que la Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 2002.

través de su normativa a los intermediarios que legalmente actúan en el mercado interno del Estado ajustando ofertas y demandas de trabajo.

La solución más ajustada a la normativa comunitaria es que las Agencias de Colocación sin fines lucrativos pudieran gestionar también la Red Eures, ya que ahora no tienen ninguna posibilidad de incorporarse en la Red, ya que la normativa interna no lo permite. Su inclusión en la Red favorecería la intermediación en el mercado de trabajo, pues en muchas ocasiones prestan servicios más especializados que los que prestan los Servicios Públicos de Empleo que se dedican más bien a una “intermediación de inserción y de puesta a punto” de colectivos que están en una situación desfavorecida a la hora de acceder al mercado de trabajo. La solución estaría en que las Agencias de colocación “externas”, esto es, las que se crean fuera de la Administración Pública como es el caso de las Universidades y las Cámaras de Comercio, participaran y fueran socios de la Red EURES y por tanto se les concediera de la misma forma que a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos las ayudas económicas para la puesta en práctica de los planes de esta actividad. De esta forma las Agencias más especializadas atenderían con mayor éxito las “ofertas de empleo de vocación comunitaria”, es decir, “demandas de movilidad, precedentes de personas con cualificaciones, experiencia y con conocimientos lingüísticos significativos”.⁸⁸⁷

⁸⁸⁷ Las llamadas “ofertas de vocación comunitaria” ya se han suprimido, pues estaban indicadas en la Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 1993, pero no se refiere a ellas la nueva Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 2002. En las citadas ofertas destacaban las ofertas de empleo de directivos, ingenieros, técnicos superiores, a determinados sectores de actividades económicas de marcado carácter internacional (por ejemplo el turismo, la hostelería, el transporte, etc), ofertas de empleo que justifiquen en la práctica la utilización de varias lenguas, ofertas de empleo cualificadas, que exijan una experiencia de trabajo en países diferentes al del puesto de trabajo propuesto [...] y en definitiva, cualquier oferta de empleo para la que el empresario exija formalmente su difusión a nivel europeo”. Por otra parte, se indica también una lista no exhaustiva de las categorías de demandas de empleo de vocación comunitaria, entre las que destacan demandas de empleo presentadas por una persona que posea un título, una cualificación y/o una experiencia buscadas en otros países de la Comunidad, demandas de empleo por personas cualificadas o sin experiencia que practiquen una o varias lenguas distintas de su lengua materna, y en definitiva, cualquier demanda de empleo para la que su autor exija formalmente su difusión a nivel europeo”. Véase Anexo II y Anexo IV de la Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 1993, que crea la Red EURES. Además se indica que para una buena intermediación las demandas de trabajo “se clasificarán en un orden concreto y serán objeto de codificación a nivel comunitario”.

Parece que la exclusión de las ofertas de vocación comunitaria ha sido para extender las ofertas de vocación comunitaria a otras ofertas que no se indicaban y así no seleccionar desde un primer momento el tipo de ofertas que se gestionaban, quizá también por el cambio de ofertas al pasar una década desde que se elaboró esta lista. Parece ser que la eliminación no ha tenido la intención de extender también a los colectivos más desfavorecidos de la sociedad. También se puede deducir la importancia en el ámbito europeo de mejorar la empleabilidad y reducir las carencias del personal cualificado en el Informe sobre las actividades de la red EURES en 2000-2001 presentado por la Comisión con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68, en Comisión de las Comunidades Europeas.: “Hacia un mercado de trabajo europeo integrado: la contribución de EURES”, Bruselas, 30/09/2002, pág.4.

Todo parece indicar que la Intermediación europea está al servicio de la competencia y de la economía y ello porque parece que la movilidad europea se está planteando en términos nuevos convirtiéndose en un momento necesario para la competitividad “que obliga a la búsqueda de personal de valía”.⁸⁸⁸

Por tanto, se detecta una cierta incongruencia entre la labor que realizan -y van a realizar- los Servicios Públicos Autónomos en el ámbito español y la labor que realizan en el ámbito comunitario, y la solución que se podría adoptar es darle mayor participación a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, esto es, a las Agencias de Colocación “externas” creadas en organismos más especializados que cuentan con colectivos de trabajadores dispuestos a buscar empleo en el ámbito comunitario y suficientemente especializados para las demandas que se solicitan en el ámbito de la Unión Europea.⁸⁸⁹ Por otra parte, se tendría que extender la red EURES a las Agencias de Colocación creadas en virtud del RDAC, y tener además presencia el personal de EURES (antes llamados Euroconsejeros)⁸⁹⁰ para que informen de forma más descentralizada y por tanto con más eficacia sobre las tareas de información, asesoramiento y asistencia específica para aquellos que busquen un empleo en la Unión Europea.

⁸⁸⁸ Todo ello es consecuencia de que hoy día ya no se da respuesta a un desempleo masivo sino que todo se traduce a la competitividad. Véase VANDAMME, F.: “Movilidad de los trabajadores en la Unión Europea. Constataciones, asuntos en juego y perspectivas”, op.cit., pág. 498.

⁸⁸⁹ Parece que en la práctica sí intervienen las Universidades en la intermediación comunitaria, pero no como Agencias de colocación sino como Instituciones separadas de las Agencias de Colocación, y lo hacen a través las Ferias Internacionales del Empleo que acercan a las ofertas de empleo tanto nacionales como comunitarias a los estudiantes y titulados universitarios. En este caso se le pone en contacto con empresas, organizaciones e instituciones europeas para facilitarle información y abrir con ello posibilidades de contratación.

⁸⁹⁰ La tendencia es liberar a los antes llamados “Euroconsejeros” para así reorientar el uso de los recursos humanos hacia la orientación y el asesoramiento de personas que necesitan una atención más especializada a la hora de encontrar un empleo y las demás tareas se realizan de forma eficaz a través de las nuevas tecnologías. Véase Comisión de las Comunidades Europeas.: Informe sobre las actividades EURES en 1998-1999. “Hacia un mercado integrado de empleo a escala europea: la contribución de EURES”, Bruselas, 02-10-2000, pág. 13.

3.2.8. Conclusiones finales tras la descripción y análisis de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos

Pasada ya más de una década desde la puesta en funcionamiento de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC, se puede hacer una valoración sobre su régimen jurídico y el impacto que han provocado en el mercado de trabajo. La Reforma del año 1994, en lo que respecta a la legalización de las AC, ha sido bastante débil, ya que la incidencia de las AC ha sido escasa.⁸⁹¹ Se han comprobado las deficiencias y defectos del régimen jurídico de éstas (RDAC), pues no se ha ajustado a la realidad de los intermediarios existentes. Además, esta normativa cuenta con numerosas deficiencias, pues permite cobrar al trabajador por los gastos ocasionados por los servicios prestados, tampoco se han determinado los supuestos en los que se produce una discriminación en el acceso al empleo, ni se ha ampliado a las Agencias de Colocación la Red EURES ya que sólo la gestiona actualmente el Servicio Público de Empleo, aunque la normativa comunitaria permite que otras instituciones puedan estar dentro de esta Red.

Y también se ha comprobado el incumplimiento de este régimen jurídico, pues las instituciones que deciden solicitar una autorización para funcionar como Agencias de Colocación no llevan a cabo la transmisión de los datos que tienen que ser enviados al Servicio de Empleo para que haya una coordinación entre estos dos intermediarios; además, los Convenios de Colaboración que en teoría cumplen la función de poner fin al procedimiento administrativo de autorización de forma convencional, se convierten en la práctica en una terminación del procedimiento administrativo de forma unilateral, ya que lo que existen son simplemente modelos de Convenios que se encargan de repetir lo regulado en el RDAC y que lo único que hacen las partes es firmar, sin incluir cláusulas adicionales a tener en cuenta. En otras ocasiones se producen discriminaciones en el acceso al empleo al limitar el ámbito personal a los demandantes de empleo que se encuentren empadronados en el territorio donde actúa la AC, o también se encargan de subcontratar con terceros actividades de intermediación, actividad prohibida por el RDAC.

Además del incumplimiento del régimen jurídico, muchas de las instituciones que se quieren constituir como Agencias de Colocación piensan que no les merece la pena iniciar todos los trámites para poder actuar como AC, y ello porque ni pueden obtener ningún beneficio sobre tal actividad, y además, no reciben ningún tipo de subvención por el ejercicio de la Actividad de Colocación. Esto ha provocado el efecto contrario al que se perseguía con su legalización por la Reforma de 1994: en primer lugar, aquellas instituciones que no persiguen ánimo de lucro, como son los Ayuntamientos, las Cámaras de Comercio, los Colegios Profesionales, Sindicatos, Fundaciones, ONGs, o Centros Docentes, prefieren

⁸⁹¹ MTAS.: *Las entradas a la vida activa*, MTAS, Madrid, 1999.

en la mayoría de las ocasiones realizar funciones de intermediación sin crear previamente una AC, pues no encuentran ventajas para su creación. De esta forma lo que hacen en muchas ocasiones es solicitar otros programas de orientación, formación e inserción profesional, y a través de estos programas, que reciben subvenciones por realizarlos, llevan a cabo la función de intermediación, sobre todo mediante la creación de Bolsas de Trabajo, que aunque su implantación es positiva, su falta de regulación está produciendo una dispersión de las ofertas y demandas de trabajo existentes; en segundo lugar, aquellas instituciones que persiguen ánimo de lucro, al no poder crear una Agencia de Colocación - pues no están permitidas las que persiguen ánimo de lucro- realizan actividades de intermediación sin estar legalizadas ni controladas, en la que en muchas ocasiones se cobra no sólo al empresario, sino al trabajador simplemente por estar registrado en estas Agencias.

Los cambios con respecto al régimen anterior en el Servicio Público de Empleo no han sido bruscos, pues se ha producido más bien un mero continuismo,⁸⁹² ya que han sido pocas las Agencias de Colocación sin fines lucrativos creadas, y la mayoría de las que actúan lo hacen sin crearse como tales, al igual que venía ocurriendo en el régimen anterior. Gran parte de las AC no han optado por un alto grado de especialización, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ordenamientos en los que la mayoría de las Agencias de Colocación se han creado para sectores altamente cualificados,⁸⁹³ o dedicándose normalmente no sólo a la Intermediación sino a la inserción profesional de colectivos más desfavorecidos.⁸⁹⁴ Esta falta de especialización ha hecho que exista una relación de concurrencia⁸⁹⁵ entre las Agencias de Colocación y los Servicios Públicos de Empleo.

⁸⁹² CALVO GALLEGO, J.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; VALDÉS ALONSO, A.: “Sobre el régimen jurídico de la colocación en España, y algunos de los problemas que plantea”, op.cit., pág. 257.

⁸⁹³ Así, en Italia, la primera Agencia de Colocación se creó en el año 1998, y fue la Agencia “*Job on line*”, y su titular era un manager de una importante sociedad y experto en gestión y selección de personal. Véase ZOPPOLI, L.: “Attività pubblica di collocamento e mediazione dei privati”, op.cit., pág. 67. Las Agencias de Colocación en Italia se caracterizan por estar muy especializadas, utilizándose grandes empresas y trabajadores muy cualificados.

⁸⁹⁴ De la misma forma ha ocurrido en otros países en relación con las Agencias de Colocación privadas pero sin fines lucrativos. De este modo, en una evaluación del Ministerio de Empleo, Educación y Formación y Juventud australiano se llegó a la conclusión de que las Agencias Privadas sin fines lucrativos conseguían exactamente los mismos resultados que el Servicio Público de Empleo en relación al “perfil de los trabajadores atendidos y al número de colocaciones”. Véase DOCKERY, A.F.; STROMBACK, T.: “Apreciación provisional de los servicios de empleo concertados establecidos en Australia”, *RIT*, núm. 4, Volumen 120, (2001), pág. 5000.

⁸⁹⁵ La relación de complementariedad, sin embargo, da lugar a dos niveles bien diferenciados a la hora de desarrollar la actividad de mediación. La complementariedad quiere decir que va a ofrecer una amplia

Unido a la falta de conocimiento de las Agencias de Colocación existentes, y a la dispersión de la actividad de colocación, hace que con la creación de estas Agencias no se cubra la carencia de existencia de otras Agencias que sirvan para la intermediación de otro tipo de colectivos.

Debido a todas estas carencias que presenta el régimen jurídico actual de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, y debido también a la ausencia de éstas en la práctica -incluso algunas Comunidades Autónomas han aplazado las decisiones sobre autorización de las Agencias de Colocación que se pretendan crear en su territorio-⁸⁹⁶ es necesario volver a plantearse la necesidad de su existencia. Y esta conclusión se entenderá mejor al realizar un análisis de las Entidades que colaboran en la gestión de las políticas de empleo con los Servicios Públicos de Empleo, pues están desempeñando el papel que tenían previsto realizar las AC. Va a llegar un momento que para que una institución sin ánimo de lucro desarrolle la actividad de Intermediación no se acuda a este régimen jurídico, es decir, va a llegar un momento en que las propias Comunidades Autónomas lleven a cabo su propio régimen jurídico de las Entidades Colaboradoras y caiga en desuso el régimen jurídico existente, como ya se está comprobando en la mayoría de las Comunidades Autónomas, cuestión que se pasa ahora a analizar.

En definitiva, la conclusión que se puede extraer, en términos utilizados recientemente, es que “las medidas de implantación de las Agencias de Colocación han fracasado”,⁸⁹⁷ aunque actualmente no se prevé ninguna medida o reforma general para construir un nuevo modelo de colocación y sobre todo, que ponga orden al que está funcionando en la práctica.

gama de servicios en todos los sectores y para responder mejor así a las necesidades más diferentes de las empresas de trabajadores. VERGARI, S.: “Collocamento e procedure: vecchie eredità e nuove prospettive”, op.cit., (1999), pág. 59.

⁸⁹⁶ El Acuerdo se adoptó en sesión del Consejo de Administración del SAE de fecha de 18 de diciembre de 2003, y se llevó a cabo en el momento en el que entró en vigor el Decreto sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el INEM. Véase VALLECILLO GÁMEZ, M^a.R.: “El modelo “real” de gestión del Servicio Andaluz de Empleo (SAE): ¿Dualismo o indefinición?, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2005, pág. 245.

⁸⁹⁷ Es a la conclusión que llega la Comisión de Expertos constituida para el diálogo social, firmada el 31 de enero de 2005 y titulada como “Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas”, Informe que se ha tenido en cuenta por el Gobierno, Organizaciones Empresariales y Sindicales en el proceso de diálogo que se ha venido desarrollando y que se ha plasmado en el “Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo” el 9 de mayo de 2005, y que a su vez ha servido como base para la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2000, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Sin embargo, no se ha abordado la reforma de la actividad de colocación, manteniéndose por el momento el mismo régimen “fracasado”.

3.3. Otros Agentes de la Intermediación previstos en la Ley de Empleo 56/2003

3.3.1. Las Entidades Colaboradoras

a) Planteamientos Generales

El Art. 21 de la LE menciona entre los Agentes de la Intermediación a *Los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades que colaboren con los mismos*. La novedad está en incluir a las Entidades Colaboradoras expresamente como Agentes de la Intermediación, pues éstas ya existían con anterioridad a la creación de la LE. En esta Ley no se crea un régimen jurídico para ellas, simplemente existen referencias dispersas en todo el articulado que van dando pinceladas sobre las características que presentan: así, tales Entidades, según la LE, van a colaborar con los Servicios Públicos de Empleo en la ejecución de las políticas activas de empleo (Art. 8.3), para su actuación tienen que firmar “convenios u otros instrumentos de coordinación” (Art. 22.1); su actuación se tiene que basar en los principios de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación y garantizar la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos (Art. 22.2), realizándose la gestión de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores (Art. 22.4), y además se puede deducir de la LE que su actuación va a estar principalmente dirigida a los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral (Art. 22.2). Estas características son comunes a todas las Entidades que colaboren en la gestión de las políticas activas de empleo, sin especificar expresamente cuál es el régimen jurídico existente para las entidades que colaboren en la intermediación. Salvo estas referencias a las Entidades Colaboradoras en general, la LE sólo se limita a mantener el régimen jurídico existente de éstas hasta que no se desarrolle por vía reglamentaria uno nuevo. Concretamente, la Disposición Transitoria Primera señala que *Las entidades que a la entrada en vigor de esta Ley colaborasen con los servicios públicos de empleo mantendrán tal condición de acuerdo con la normativa en virtud del cual se estableció la colaboración, en tanto no se desarrolle reglamentariamente un nuevo régimen de colaboración con los servicios públicos de empleo. Esta regulación establecerá los requisitos mínimos de las entidades para colaborar en la gestión, sin perjuicio del desarrollo que en cada Comunidad Autónoma pueda hacerse de la misma.*⁸⁹⁸ Sin embargo, el mantenimiento del régimen jurídico anterior para las

Entidades Colaboradoras no da una solución -ni siquiera transitoria- y ello por varias razones:

-En primer lugar, no existe un régimen jurídico único para todas las Entidades Colaboradoras, ni siquiera las Entidades que se encargan de gestionar las políticas activas de empleo reciben la misma denominación, ni cuentan con las mismas características para su actuación. Las únicas Entidades Colaboradoras que hasta el momento se han creado a nivel estatal para gestionar junto con el Servicio de Empleo las ofertas y demandas de empleo, es decir, realizar actividades de intermediación laboral, son las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC, al señalar en el Art. 1 que *las agencias de colocación se configuran como entidades que colaboran con el Instituto Nacional de Empleo en la intermediación en el mercado de trabajo...*; y las demás Entidades creadas hasta el momento colaboran en la gestión de otras políticas activas, como la formación profesional, la orientación, información y asesoramiento para el empleo. Aunque todas las Entidades Colaboradoras creadas hasta el momento tienen la finalidad última de la colocación del trabajador, la función de estas últimas no es la de “intermediar”, es decir, captar ofertas y demandas de trabajo, sino la inserción del trabajador a través de la gestión de otras políticas activas. Ya la LBE hacía referencia a tales Entidades, sin regular un régimen jurídico específico, al señalar en el Art. 14.2 que *El Instituto Nacional de Empleo, podrá establecer, con la colaboración de Instituciones y Entidades Especializadas, programas específicos para facilitar la orientación, formación y empleo de aquellas personas que tengan especiales dificultades de colocación.*

-En segundo lugar, además de que no hay un régimen jurídico único para todas las Entidades Colaboradoras, la situación se complica aún más por el traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de políticas activas de empleo. La falta de un régimen jurídico a nivel estatal de las Entidades Colaboradoras ha provocado una atomización de éstas, creándose nuevas EECC con regímenes jurídicos particulares en todas las Comunidades Autónomas. Y ello se agrava principalmente por la aparición de nuevas Entidades Colaboradoras en la intermediación laboral que sustituyen a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos por otras Entidades con regímenes jurídicos diferentes a éstas, produciéndose un desuso de las AC.

⁸⁹⁸ En Proyectos anteriores a la LE también se hacía referencia a las EECC prácticamente en términos idénticos. Así, en el borrador de la Ley Básica de Empleo del Instituto Nacional de Empleo de 3 de mayo de 2002 (www.ugt.es/dialogosocial/borrador.htm) señalaba como uno de los Agentes de la Intermediación “las entidades colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo, a las que se refiere el apartado seis del artículo 7 de esta Ley”, que simplemente se limita a señalar que “reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberán cumplir estas entidades así como las condiciones básicas que regulan dicha colaboración”. En el Anteproyecto de Ley de Empleo de 2 de abril de 2003 también señala como Agentes de la Intermediación “las entidades que colaboran con los Servicios Públicos de Empleo, a las que se refiere el apartado cinco del artículo 8 de esta Ley (que se limita a señalar que dichas entidades deberán respetar el principio de igualdad y no discriminación).

Ante esta situación, es necesario hacer un recorrido por todas las Entidades Colaboradoras que actúan para poder al menos hacer una clasificación que permita sacar una conclusión del régimen común a todas ellas y las diferencias entre éstas, y realizar propuestas sobre el nuevo régimen jurídico al que se remite la LE. Antes de todo, no hay que olvidar que en la actividad de la Administración en general se utiliza el término “Entidades Colaboradoras” para numerosas manifestaciones de participación privada en una actividad pública. Así, en Derecho Administrativo, las Entidades Colaboradoras fueron creadas para subsanar las deficiencias de recursos humanos y técnicos en los que se encontraba la Administración Periférica del Ministerio de Industria y Energía y que hoy en día siguen actuando bajo una serie de características: principalmente actúan personas jurídico-públicas que desarrollan una actividad de tipo técnico para llevar a cabo una política de seguridad industrial moderna, sujetas a un fuerte control de la Administración y con responsabilidad en las actividades realizadas.⁸⁹⁹ El término Entidades Colaboradoras se utiliza también en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones para determinar quiénes son los beneficiarios de las subvenciones otorgadas en esta ley. Y concretamente, en Derecho Administrativo Laboral se viene utilizando este término, ya que se está llevando a cabo una nueva forma de organización de la actividad administrativa en el que se da paso a la actuación no sólo de entidades públicas, sino también privadas que colaboran en la gestión de la actividad de la Administración.⁹⁰⁰

Ahora bien, aunque hasta aquí se ha podido comprobar que el término “Entidades Colaboradoras” se utiliza en general en Derecho Administrativo con distintos significados, aquí se van a analizar aquellas que colaboran en la gestión de las políticas activas de empleo para facilitar la inserción del demandante de empleo. Y es que antes de analizar las Entidades Colaboradoras en materia de Intermediación, es totalmente necesario conocer todas las que colaboran en la gestión de las políticas activas de empleo, sin perjuicio de que se haga hincapié en las que se encargan de ajustar ofertas y demandas de trabajo.

⁸⁹⁹ Véase PADRÓS REIG, C.: *La actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 26-35.

⁹⁰⁰ Así, la LGSS prevé la existencia de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, y también se les denomina en algunas ocasiones “Entidades Colaboradoras” a las que llevan a cabo la gestión recaudatoria de la Seguridad Social [GARCÍA VIÑA, J.: “Las entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria de la Seguridad Social”, *TS*, núm. 160, abril (2004)].

b) Clasificación. Especial referencia a las Entidades Colaboradoras en la Intermediación en el Mercado de Trabajo

ENTIDADES COLABORADORAS EN LA GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

1. ENTIDADES COLABORADORAS QUE SE ENCARGAN DE ACTIVAR AL DEMANDANTE DE EMPLEO

-ENTIDADES COLABORADORAS EN LA FORMACIÓN PROFESIONAL

-ENTIDADES COLABORADORAS EN LA INFORMACIÓN Y ORIENTACIÓN PROFESIONAL

-ENTIDADES COLABORADORAS EN LA INSERCIÓN PROFESIONAL Y EN LA INSERCIÓN SOCIAL.

2. ENTIDADES COLABORADORAS QUE SE ENCARGAN DE ACTIVAR A LAS EMPRESAS PARA CREAR EMPLEO

3. ENTIDADES QUE SE ENCARGAN DEL AJUSTE DE OFERTAS Y DEMANDAS DE TRABAJO:

ENTIDADES COLABORADORAS EN LA INTERMEDIACIÓN

La clasificación realizada sirve para enmarcar todo el conjunto de Entidades Colaboradoras que actúan en la gestión de las políticas activas de empleo, y para no identificarlas simplemente con la actividad de Intermediación, como se podría deducir de la lectura del Art. 21 de la LE. Hay que advertir, antes de proceder a su análisis, que en muchas ocasiones una misma Entidad puede estar autorizada para realizar actividades de formación, de orientación, y de intermediación (entre otras), incluso en muchas ocasiones se pretende fomentar que una misma Entidad Colaboradora gestione de forma integral todas las políticas activas de empleo, pero en otras es imposible dada la diversidad de regímenes jurídicos existentes; de hecho, muchas Comunidades Autónomas cuentan con redes diferentes de Entidades Colaboradoras, encargándose cada red de la gestión de las diferentes políticas activas de empleo.

***En el marco de las EECC que se han clasificado como aquellas que se encargan de activar al demandante de empleo, todas ellas cumplen la finalidad de colaborar con el

Servicio Público de Empleo correspondiente para “poner a punto” a determinados colectivos para hacer posible su inserción laboral.

-Así, estarían incluidas dentro de las EECC EN LA FORMACIÓN, todos aquellos “Centros y entidades de Formación” a los que hace referencia el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, que ha integrado en un único modelo de formación profesional para el empleo tanto la formación profesional como la continua. No se denominan Entidades Colaboradoras, sino que hace alusión de forma general a “Centros y entidades de formación”, incluidos tanto las Administraciones Públicas, las Organizaciones Empresariales y Sindicales, las empresas que desarrollen acciones formativas para sus trabajadores, y también centros de formación profesional de titularidad privada. Aunque no se especifica el régimen jurídico de estas Entidades, hay un aspecto positivo que va a hacer que se puedan conocer las Entidades que se dedican a la Formación profesional para el empleo, pues el Servicio Público de Empleo Estatal va a contar con un Registro estatal de centros y entidades de formación, al mismo tiempo que las Comunidades Autónomas “podrán” crear un Registro donde se inscriban tales centros que impartan Formación Profesional. Es clara la tendencia de fomentar el uso de las Entidades Colaboradoras en la gestión de las políticas de empleo, como se puede comprobar en esta nueva regulación de la Formación Profesional, aunque con anterioridad a esta nueva regulación el uso de Entidades Colaboradoras era también muy elevado.⁹⁰¹ Para un adecuado uso de esta forma de gestión, es totalmente necesario que estas Entidades de Formación mantengan un compromiso de contratación de los demandantes de empleo y desempleados que ellos forman, para que sea más eficaz la colaboración con estas Entidades, que es lo que se pretende.

⁹⁰¹ Así, las Entidades Colaboradoras que llevaban a cabo el Plan FIP (Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional) se les denominaba “Centros Colaboradores” y podían ser tanto Entidades públicas y privadas quienes las podían realizar sin poder cobrar a los usuarios por las actividades formativas; También a las Entidades que llevan a cabo programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo (Orden de 14 de noviembre de 2001, del Programa de Escuelas-Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo; y Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de Talleres de Empleo) se les denomina “Entidades Promotoras”, pudiendo ser tanto entidades públicas como privadas pero sin ánimo de lucro.

-Mayor atomización se produce - como ya advirtió el CES-⁹⁰² en el conjunto de EECC que se encargan de la INFORMACIÓN LABORAL y ORIENTACIÓN PROFESIONAL, que fueron en un principio entidades e instituciones que realizaban acciones de comprobación de la profesionalidad, de información y orientación profesional y de búsqueda activa de empleo⁹⁰³; y posteriormente se crearon los Servicios Integrados para el Empleo (SIPEs), que comprenden la organización y articulación de las políticas activas de empleo relativas al proceso completo de acompañamiento del demandante en su búsqueda de empleo.⁹⁰⁴ Es decir, las Entidades que quieran realizar determinadas acciones, como son la entrevista y calificación profesional, un Plan Personal de Empleo y Formación, Información Profesional para el empleo, desarrollo de los aspectos personales para la ocupación, búsqueda activa de empleo, programas mixtos de empleo-formación profesional ocupacional, planes específicos para la adquisición de experiencia profesional, información y asesoramiento para el autoempleo u otro tipo de iniciativas que tiendan a aumentar las posibilidades de inserción del demandante en el mercado de trabajo, tenían que constituir un SIPE respetando todo el procedimiento de creación regulado en la normativa correspondiente. Pero, actualmente, para simplificar el procedimiento y con la intención de ampliar el campo de actuación de las entidades interesadas, si quieren realizar acciones de información y orientación no tienen la obligación de constituir un SIPE, sino que simplemente tienen que presentar según el procedimiento que se determine, una solicitud ante el Servicio Público de Empleo correspondiente. Se les conoce actualmente como Entidades Colaboradoras que realizan acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo (OPEA), sin percibir cantidad alguna de los participantes en estas acciones. Las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de estas acciones están reguladas a nivel estatal,⁹⁰⁵ aunque prácticamente a todas las Comunidades Autónomas -excepto País Vasco-

⁹⁰² En el primer Informe realizado por el CES después de la entrada en vigor de la LE, éste se manifiesta a favor de la actuación de las EECC, aunque es muy crítico debido a la “excesiva atomización del número de éstas” y la “escasa coordinación que acompaña a la externalización de los servicios y acciones que se facilitan a los desempleados a través de las entidades colaboradoras, en particular en materia de información y orientación profesional”.

⁹⁰³ Orden de 9 de marzo de 1994.

⁹⁰⁴ Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo (BOE núm. 109, de 8 de mayo de 1995) y Orden de 10 de octubre de 1995, por la que se regulan, en desarrollo del Título II del RDAC, los Planes de Servicios Integrados para el empleo y los convenios con las entidades asociadas de los Servicios Integrados para el Empleo (BOE núm. 249, de 18 de octubre de 1995).

⁹⁰⁵ Orden de 20 de enero de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el

se les ha traspasado esta política activa de empleo mediante el traspaso de competencias en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación. Estas acciones nacieron para dar contenido a los Itinerarios Personalizados de Inserción, implicando a Entidades que por afinidad o coincidencia de intereses actuaban cerca de los demandantes de empleo.

Es decir, es el propio Servicio de Empleo el que al realizar el diagnóstico del demandante de empleo, los puede direccionar a estas Entidades Colaboradoras si lo estima conveniente. La normativa estatal que regula estas acciones señala que para las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de estas acciones “pueden acomodar lo establecido en la presente norma a las especialidades derivadas de la organización propia de las mismas”. Y lo que ha ocurrido es que algunas CCAA han creado prácticamente un nuevo régimen jurídico de estas acciones. Concretamente, en muchos casos, a pesar de que la norma estatal señala que para que el demandante de empleo pueda recibir estas acciones tiene que inscribirse en el Servicio de Empleo correspondiente,⁹⁰⁶ se benefician de estas acciones sin ser previamente direccionados por el Servicio de Empleo.⁹⁰⁷ En muchas ocasiones en el proceso de orientación personalizado se les aconseja sobre las vías de acceder al mercado de trabajo y de los intermediarios existentes para poder iniciar la búsqueda de empleo; esto hace que el Servicio Público de Empleo a través de estas Entidades Colaboradoras, da a conocer las demás Agencias e intermediarios que actúan en la práctica. Estas acciones persiguen la inserción del demandante de empleo, es decir, su colocación, aunque su finalidad principal no es la de realizar una actividad de intermediación, sino la de facilitar al demandante de empleo los instrumentos para que pueda buscar empleo en el mercado de trabajo.

autoempleo (BOE núm. 20, de 23 de enero de 1998), Orden de 4 de febrero de 2000 por la que se modifican determinados artículos de Orden de 20 de enero de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2000).

⁹⁰⁶ En el caso del País Vasco, a pesar de no tener traspasadas las competencias en esta materia, se regulan las ayudas para el desarrollo de acciones de Orientación para el Empleo a Entidades Colaboradoras que conforman con los Servicios propios del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social la Red Vasca de Servicios de Orientación para el Empleo. En este caso el demandante de empleo se puede inscribir directamente en estas EECC, si previamente no lo ha realizado en el Servicio Vasco de Colocación. Véase el Decreto 327/2003, de 23 de diciembre, por el que se regulan las medidas destinadas a la mejora de la ocupabilidad y a promover la inserción laboral (BOPV núm. 255, de 31 de diciembre de 2003).

⁹⁰⁷ Véase la Orden de 22 de enero de 2004, por la que se establecen las normas reguladoras de concesión de ayudas del Programa de Orientación Profesional y se regula el Programa de Itinerarios de Inserción, establecidos por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía. En esta Orden se regula la red “Andalucía Orienta”.

-Dentro del grupo de EECC en LA INSERCIÓN PROFESIONAL se podrían encuadrar aquellas Entidades que colaboran con el Servicio Público de Empleo al comprometerse a contratar a desempleados inscritos en la Oficina de Empleo con unas determinadas características para realizar obras y servicios de interés general y social, y para favorecer la formación y práctica profesionales de los desempleados con la finalidad de situarlos en una mejor posición ante el mercado de trabajo para acceder al mismo. Constituyen una de las acciones subvencionadas que tienen como finalidad la inserción laboral a través de la contratación por dichas Entidades, en un principio, de forma temporal, aunque éstas tienen que acreditar un determinado nivel de inserción laboral definitiva. Tales EECC pueden ser los órganos de la Administración del Estado y sus organismos autónomos, las Comunidades Autónomas, las Universidades e Instituciones sin ánimo de lucro⁹⁰⁸ y las Corporaciones Locales.

También se podrían considerar como Entidades Colaboradoras a las Administraciones Públicas y Entidades sin ánimo de lucro cuando exigen a los perceptores de la prestación por desempleo realizar trabajos de colaboración social.⁹⁰⁹ Aunque es una carga que tienen éstos que aceptar si quieren conservar las prestaciones dispensadas por el Servicio de Empleo, también cumplen -aunque en menor medida- una función de inserción profesional.

Por otra parte, sería positivo que en la regulación de las *Empresas de Inserción*⁹¹⁰ se hiciera constar la naturaleza de Entidades Colaboradoras, ya que fomentarían la participación

⁹⁰⁸ Véase la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de diciembre de 1997, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas en el ámbito de la colaboración con órganos de la Administración del Estado y sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades e Instituciones sin ánimo de lucro, que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997).

⁹⁰⁹ Véase Art. 213 LGSS y RD 1445/1982, de 25 de junio, por la que se regulan diversas medidas de fomento del empleo (BOE núm. 156, de 1 de julio de 1982).

⁹¹⁰ En la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, señala en la Disposición Final Quinta que “con el fin de facilitar el empleo de los trabajadores en situación de exclusión social a los que se refiere la disposición adicional segunda, el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la aprobación de esta ley, y previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las del sector afectado, aprobará una norma con rango de ley para regular el régimen de las Empresas de Inserción.

Por otra parte, para un comentario de estas empresas, véase VV.AA. (Coque Martínez, J., Pérez Fernández, E. Dirección): *Manual de creación y gestión de empresas de inserción social*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2000.

en el empleo de aquellas personas cuya situación dificulta una normal integración en su entorno social. Sería conveniente, por tanto, que se estableciera como obligatoria la inscripción como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo correspondiente y así se derivaran a las Empresas de Inserción cuando se estimara oportuno, para que éstas sirvieran de puente para su posterior integración en el mercado laboral ordinario.⁹¹¹

No sólo hay que destacar las Entidades Colaboradoras en la Inserción Profesional, sino también las Entidades Colaboradoras EN LA INSERCIÓN SOCIAL, es decir, los llamados servicios sociales,⁹¹² aunque es necesario fomentar su colaboración con los Servicios Públicos de Empleo, pues actualmente los servicios sociales tienen escasa participación en la gestión de las políticas de empleo, y sobre todo, cuando lo hacen, es al margen de la coordinación con los Servicios Públicos de Empleo.

***No todas las Entidades que colaboran con el Servicio Público de Empleo se encargan de llevar a cabo acciones para realizar un adecuado itinerario de inserción del demandante de empleo -en la mayor parte de las ocasiones, desempleado- sino que también se encargan de colaborar en la promoción e implantación de las políticas activas de empleo relacionadas con la creación de la actividad empresarial, identificando nuevas actividades y posibles emprendedores y llevando a cabo un acompañamiento técnico en la iniciación de proyectos empresariales. En este caso quien realiza estas acciones son las Corporaciones Locales o Entidades dependientes o vinculadas a una Administración Local, en el que el Servicio Público de Empleo competente subvenciona la actividad que desarrollan los Agentes de Empleo y Desarrollo Local (AEDL) que se encargan de realizar tal actividad. Hay que advertir, que lo que se subvenciona son los recursos humanos para poder realizar esta actividad, es decir, la actividad del Agente de Desarrollo Local.⁹¹³ Lo que ocurre es que

⁹¹¹ De este modo, La Ley 1/2007, de 5 de febrero, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunidad Valenciana (BOE, núm. 70, de 22 de marzo de 2007), crea las Empresas de Inserción como estructuras productivas de bienes o servicios sin ánimo de lucro; tienen que obtener la calificación de Empresa de Inserción por el Servicio Valenciano de Empleo y Formación (SERVEF); se tiene que crear un Registro de Empresas de Inserción en la Comunidad Valenciana, condición indispensable para acceder a las medidas de fomento y subvenciones que realice la Generalitat.

⁹¹² Como novedad se puede destacar el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, al señalar en el Art. 14.5 que “las acciones de inserción laboral a las que se refiere el Art. 7, podrán completarse con acciones de inserción social desarrolladas por los servicios sociales, para lo cual, las Administraciones Públicas competentes podrán suscribir convenios donde se concreten las mismas.

⁹¹³ Véase la Orden de 15 de julio de 1999, que establece las bases de concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificados como I+D (BOE núm. 182, de 31 de julio de 1999), modificada en algunos aspectos por la Orden TAS/49/2005, de 14 de enero (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2005). Así, en Andalucía, tras la culminación del proceso

en muchas ocasiones, la propia Administración Local crea una Agencia de Desarrollo Local en la que además de realizar estas actividades, cuentan con Bolsas de Trabajo, realizando una labor de Intermediación laboral y facilitando de este modo a la empresa que se va a crear un perfil de trabajador adecuado al puesto de trabajo a cubrir.

En otras ocasiones, son también las Corporaciones Locales las que aportan recursos económicos y materiales para la creación de un proyecto empresarial I+E, en la que se tiene en cuenta -entre otros requisitos- para la concesión de tal proyecto, el número de puestos de trabajo a crear. Es una forma de fomentar la Actividad de Colocación, actuando por el lado de la oferta, creando empleo a través del fomento de la iniciativa empresarial. .

***Aunque todas las Entidades Colaboradoras analizadas hasta el momento pretenden conseguir la inserción laboral y la creación de empleo, es decir la colocación de los trabajadores, su finalidad no es la de ajustar ofertas y demandas de empleo -aunque en ocasiones lo hacen- sino que pretenden estimular a los demandantes y a los oferentes de empleo para que sea posible casar el encuentro. Es a partir de la Reforma del año 1994 cuando se regulan las EECC EN LA INTERMEDIACIÓN es decir, las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC, al señalar en su Art. 1 que *Las agencias de colocación se configuran como entidades que colaboran con el Instituto Nacional de Empleo en la intermediación en el mercado de trabajo y tienen como finalidad ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades*. Como la regulación de la Intermediación en el mercado de trabajo se realiza a nivel estatal, éstas han sido las únicas que hasta el momento se han creado a nivel estatal para colaborar con el Servicio de Empleo en la intermediación, y las Comunidades Autónomas lo que hacen -en teoría- es gestionar dichas Agencias, pero respetando el régimen jurídico existente a nivel estatal. Sin embargo, se pudo comprobar al analizar el régimen jurídico de las AC reguladas en el RDAC el escaso uso de este régimen jurídico para crear Agencias dedicadas a la Intermediación en el mercado de trabajo, probablemente debido a los fuertes controles y al riguroso procedimiento administrativo al que se tienen que someter,⁹¹⁴ unido a la falta de subvenciones por realizar labores de Intermediación en colaboración con el Servicio de Empleo.

Las Entidades que se encargan del ajuste de ofertas y demandas, en la mayor parte de las ocasiones no se constituyen como AC, sino como Entidades Colaboradoras, principalmente

del traspaso de la gestión realizada por la Administración General del Estado en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, se han adecuado las ayudas reguladas por la citada Orden, y se han creado las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT), y los Agentes Locales de Promoción de Empleo (ALPE). La primera Orden que lo regula es la Orden de 29 de mayo de 2001, por la que se establece el programa de Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, como instrumentos de cooperación con las Corporaciones Locales de Andalucía.

⁹¹⁴ En el mismo sentido, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La política de colocación*, op.cit, págs. 231 y ss.

en la información y orientación profesional, pues además de realizar estas funciones llevan a cabo una función de colocación, a veces direccionados por el Servicio de Empleo, y en otras ocasiones acuden directamente a estas Entidades en busca de un empleo. Incluso algunas Comunidades Autónomas han creado su propia red de EECC en materia de Intermediación desplazando completamente el régimen jurídico de las AC reguladas en el RDAC. Hay que destacar, principalmente, la actividad de Intermediación en Galicia, Valencia, Madrid, Andalucía y País Vasco. Esta última Comunidad Autónoma, sin tener traspasadas las competencias en materia de políticas activas de empleo, ha creado una auténtica red de “Agencias de Colocación” con su propio régimen jurídico y subvencionadas por ella, casos que se pasan a analizar:

-Galicia, aunque tiene traspasadas las competencias en materia de políticas activas de empleo, aún no tiene creado un Servicio de Empleo, tal y como indica la LE, sino que las funciones propias del Servicio Público de Empleo se desarrollan bajo la denominación de *Servicio Gallego de Colocación*, y presta parte de sus servicios apoyándose en una red de *Centros Asociados* que complementan y refuerzan las funciones de sus propias Oficinas públicas de Empleo, recibiendo ayudas económicas por ello.⁹¹⁵ Estos *Centros Asociados* llevan a cabo las funciones de información, captación y tratamiento de ofertas de trabajo y acciones complementarias al tratamiento de ofertas de trabajo. Aunque la oferta de empleo se introduce en la red informática del Servicio Gallego de Colocación, tanto el demandante como el oferente de empleo pueden acudir por propia iniciativa al Centro Colaborador, aunque previamente tienen que formalizar su inscripción en el SGC, o también cabe la posibilidad de que sean direccionados por éste. Se establecen los requisitos que tienen que cumplir tales Centros para solicitar el reconocimiento de Centros Asociados, requisitos que no coinciden con los que se piden para crear una Agencia de Colocación según el RDAC. Además, pueden ser *Centros Asociados* cualquier entidad pública o privada constituidas bajo cualquier forma jurídica, destacando principalmente los centros públicos y privados de formación (ya que se da prioridad para reconocer a estas Entidades como *Centros Asociados*), empresas y Organizaciones Empresariales y Sindicales, Gestorías y Asesorías Laborales. En todas estas ocasiones se tiene que garantizar el no percibir ninguna retribución económica de los usuarios por la realización de estas acciones.

-De forma parecida, en la Comunidad Valenciana, aunque contando con un Servicio Público de Empleo Autónomo denominado SERVEF, se han creado también *Centros Asociados* que realizan funciones de Intermediación laboral mediante procesos de la demanda

⁹¹⁵ Véase la Orden de 6 de mayo de 2005 por la que se regula el funcionamiento de los centros asociados al Servicio Gallego de Colocación y se establecen las bases y la convocatoria de las compensaciones económicas de las acciones a realizar por los centros asociados (DOG núm. 93, de 16 de mayo de 2005).

y la oferta de empleo, complementando las tareas públicas en esta materia.⁹¹⁶ Las acciones que van a desarrollar son las de información y tratamiento de las demandas y ofertas de empleo. La inscripción como demandante de empleo se realiza siempre en el Servicio de Empleo y es éste quien direcciona al demandante a un *Centro Asociado*, o también puede acudir de forma voluntaria, y todas las funciones que desarrolla son gratuitas para los usuarios. En este caso en concreto sólo las entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro constituidas bajo cualquier fórmula jurídica pueden constituirse como *Centros Asociados* y se requiere una homologación necesaria por el órgano competente del Servicio de Empleo para que puedan actuar tales Entidades. Aunque el régimen jurídico con el que cuentan tales *Centros Asociados* es muy parecido al regulado en el RDAC, y además están muy controladas por el Servicio de Empleo, se han creado al margen de la regulación existente para las AC: una de las diferencias principales es que estos Centros están subvencionados por las diversas acciones que realizan, incluso se prohíbe que los *Centros Asociados* cobren por los servicios prestados. Otra diferencia es que los demandantes de empleo se tienen que inscribir directamente en el Servicio de Empleo, a diferencia de lo que indica el RDAC que se pueden inscribir directamente en la AC, aunque ya se analizó que esto no ocurre en la práctica, siendo lo más normal la inscripción previa en el Servicio de Empleo.

-En la Comunidad de Madrid se han creado los *Centros Integrados de Empleo*, que a diferencia de la regulación de la Intermediación laboral en las anteriores Comunidades Autónomas, estos Centros sólo los gestionan las Organizaciones Sindicales y Empresariales que ostenten el carácter de más representativas en la Comunidad. Es decir, un Sindicato o una Asociación Empresarial de estas características se puede constituir como *Centro Integral de Empleo*⁹¹⁷ para realizar acciones de intermediación laboral y al menos una de las siguientes acciones: las de orientación profesional o las de fomento de la vocación de emprendedores. Y además pueden -pero de forma voluntaria- realizar acciones de Formación Profesional. Estas Entidades tienen que firmar un Convenio de Colaboración con las condiciones establecidas en la normativa y reciben por la realización de estas acciones ayudas al respecto. Parece que en estos casos los usuarios pueden acudir directamente y de forma voluntaria a tales Centros, y éstos no pueden percibir ninguna retribución económica de los usuarios ni de terceros interesados por la realización de las acciones desarrolladas en colaboración con el Servicio Regional de Empleo. La fundamentación jurídica que hace la Comunidad de Madrid para justificar la creación de tales Centros se basa en su Estatuto de Autonomía que otorga

⁹¹⁶ Orden de 25 de febrero de 2003, de la *Consellería de Economía, Hacienda y Empleo*, por la que se establece el procedimiento de homologación y el régimen de ayudas de los Centros Asociados del Servicio Valenciano de Empleo y Formación en el ámbito de la intermediación laboral y se regulan las acciones desarrolladas por dichos centros (DOGV, de 3 de marzo de 2003).

⁹¹⁷ Decreto 65/2003, de 8 de mayo, por el que se regula la colaboración entre el Servicio Regional de Empleo y los Centros Integrados de Empleo (BOCM, núm. 124, de 27 de mayo de 2003).

competencia exclusiva para “la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno”. Sin embargo, no parece que las potestades de autogobierno le concedan la posibilidad de crear un régimen jurídico diferente al estatal en materia laboral y concretamente en materia de Colocación de trabajadores. Aquí no se discute que estos Centros no estén realizando una importante labor en la gestión de las políticas activas, pero sí se le está dando preferencia a estas organizaciones para poder recibir ayudas por realizar la Intermediación y otras políticas activas, que, sin embargo, las demás Entidades se tienen que constituir por el régimen establecido en el RDAC y además no reciben subvención por la actividad de Intermediación. Así pues, no considero adecuado que se haya regulado expresamente la Actividad de Colocación para Organizaciones Sindicales y Empresariales abandonando el régimen que se debería seguir a nivel estatal, que es el RDAC, pues esto repercute en otras Entidades que no se pueden beneficiar del régimen jurídico aplicable a las Organizaciones Sindicales y Empresariales al constituirse como *Centros Integrales de Empleo*.

- La gestión de la Intermediación laboral en Andalucía se caracteriza por dos notas singulares: la primera de ellas, por la ausencia de utilización de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, pues desde que entra en vigor el Decreto sobre traspaso de competencias en la materia, se produjo un aplazamiento de las decisiones sobre autorización de las Agencias de Colocación en Andalucía;⁹¹⁸ y la segunda, por la externalización en la gestión de la Intermediación a través de una Fundación -Fundación Andaluza Fondo Formación Empleo (FAFFE)-⁹¹⁹ que asume a su vez la gestión de la Intermediación con la creación de una nueva figura constituida por los Agentes de Intermediación Laboral (AIL) que se encargan sobre todo del asesoramiento e información a empresas sobre el funcionamiento del SAE. El problema que está planteando este modelo de intermediación es la dualidad en su gestión que hace se produzca una descoordinación entre todas las Entidades que Colaboran en la gestión de la Intermediación.⁹²⁰

-El País Vasco, que ni tiene traspasadas las competencias en materia de políticas activas de empleo ni tampoco tiene creado un Servicio Público de Empleo, ha “regulado” la intermediación en el mercado de trabajo con algunas particularidades. Desde el año 1996 el País Vasco viene gestionando las acciones de Intermediación laboral por un *Servicio Vasco de*

⁹¹⁸ El Acuerdo se adoptó en sesión del Consejo de Administración del SAE de fecha de 18 de diciembre de 2003. VALLECILLO GÁMEZ, M^a.R.: “El modelo “real” de gestión del Servicio Andaluz de Empleo (SAE): ¿Dualismo o indefinición?, op.cit., pág. 245

⁹¹⁹ www.faffe.es

⁹²⁰ Incluso se ha llegado a pensar que esta dualidad de modelos organizativos constituye la antesala para la privatización de la estructura organizativa del propio SAE. Véase VALLECILLO GÁMEZ, M^a.R.: “El modelo “real” de gestión del Servicio Andaluz de Empleo (SAE): ¿Dualismo o indefinición?, op.cit., pág. 245.

Colocación/LANGAI bajo la fórmula jurídica de Agencia de Colocación.⁹²¹ Ésta se creó en la Sociedad Pública para la promoción de la formación y el Empleo, llamada *EGAILAN*, que se creó en el año 1993 para ejercer las competencias sobre política de empleo y formación.⁹²² Esta Sociedad no es la única que realiza funciones de Intermediación sino que colabora con ésta una red de Centros Colaboradores conectados al Sistema de Información del *Servicio Vasco de Colocación/LANGAI*, y que todas ellas realizan acciones de intermediación, que consisten en la información y cita previa, gestión de situaciones de la demanda de empleo, mantenimiento de la demanda de empleo, captación, registro y gestión de ofertas de empleo.⁹²³ Uno de los requisitos que se exige a los demandantes de empleo y que se podría dudar de su legalidad es que tienen que residir en la Comunidad Autónoma del País Vasco excepto los emigrantes con voluntad de retorno, por lo que hubiera sido más conveniente no señalar este requisito como condición indispensable para poder acceder a esta Agencia de Colocación, cuestión que ya se ha criticado en general a la hora de analizar el “ámbito personal” de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC.

Los Centros Colaboradores pueden ser cualquier persona física o jurídica, pública o privada, constituida bajo cualquier forma jurídica que firman un Convenio con el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social. En este caso se podría indicar que aunque el Servicio Vasco de Colocación se creó bajo una forma legal, es decir, amparándose en el RDAC, a la hora de su constitución se ha extralimitado el contenido del RDAC, y ello porque una de las cláusulas establecidas en éste es la prohibición de subcontratar con terceros la actividad de Intermediación, y sin embargo aquí se está llevando a cabo, pues es la propia Administración en la que se ha creado la Agencia de Colocación sin fines lucrativos la que firma dichos Convenios con los Centros Colaboradores.⁹²⁴ Uno de los aspectos que se

⁹²¹ Órdenes del Consejero de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social de 26 de junio de 1996, (BOPV núm. 129, de 5 de julio de 1996), y 30 de marzo de 1998 (BOPV núm. 81, de 5 de mayo de 1998), de modificación de la anterior.

⁹²² Véase Decreto 142/1993, de 11 de mayo, por el se autoriza a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco la creación de la Sociedad Anónima Pública para la promoción de la formación y el empleo, y la Orden de 7 de julio de 1994, del Consejero de Trabajo y Seguridad Social, por el que se articulan las relaciones entre las Direcciones de Empleo y Formación y EGAILAN.

⁹²³ Véase el Decreto 326/2003, de 23 de diciembre, por el que se regula la organización y desarrollo de las acciones de intermediación en el mercado de trabajo que promueve el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social en funciones de Agencia de Colocación bajo la denominación de Servicio Vasco de Colocación/LANGAI.

⁹²⁴ En el mismo sentido, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., pág. 294.

regula de forma igual que en las demás Comunidades Autónomas en las que se han creado Entidades Colaboradoras en la intermediación, es que no se puede percibir ninguna retribución económica de las personas usuarias por la realización de las acciones desarrolladas en colaboración con el Servicio Vasco de Colocación, y que las acciones de Intermediación laboral también están subvencionadas por la propia Comunidad Autónoma.

.....

La clasificación hecha hasta el momento ha permitido poner de manifiesto la diversidad de Entidades Colaboradoras existentes y la falta de criterios básicos generales determinados a nivel estatal para poder organizar los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas, lo que está provocando que existan diferentes modelos de Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en vez de un verdadero Sistema Nacional de Empleo.⁹²⁵

De todas las Entidades Colaboradoras creadas, tanto del régimen jurídico a nivel estatal, como el que se está creando en las Comunidades Autónomas - extralimitándose en sus funciones- se pueden extraer características comunes a todas ellas: para constituirse tienen que disponer de medios adecuados -tanto materiales como personales-, y dar publicidad de que las acciones que desarrollan lo hacen subvencionadas y en colaboración con el Servicio Público de Empleo correspondiente, así como la comunicación a éste del desarrollo y los resultados de las acciones que realicen, y pretenden sobre todo que las acciones que realizan estén dirigidas a colectivos con dificultades de inserción. La actuación de todas las EECC es con carácter gratuito, es decir, no se permite cobrar a los usuarios en las acciones que llevan a cabo, requisitos que cumplen con lo establecido de forma general en la LE. Sin embargo, hay diversidad de criterios a la hora de determinar quiénes pueden ser EECC, pues aunque todas ellas realizan tales acciones con carácter gratuito para los usuarios y reciben subvenciones de los Servicios Públicos de Empleo, no todas se constituyen como EECC sin ánimo de lucro. Es prácticamente generalizado considerar Entidad Colaboradora a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, constituida bajo cualquier forma jurídica, y en pocas ocasiones se señala expresamente que estas Entidades tienen que carecer de fines lucrativos. No es un aspecto tan relevante y polémico si después se prohíbe a las Entidades que cobren a los usuarios del Servicio; pero sería conveniente que se unificara a nivel estatal quiénes pueden ser EECC, pues no existe un

⁹²⁵ En el mismo sentido, LICERAS, D.: “Los servicios públicos de empleo y las transferencias del INEM”, *Gaceta Sindical*, núm. 157, (1997), pág. 25.

régimen unificado, y tan sólo en la LE menciona de forma expresa a los interlocutores sociales, señalando que su colaboración “deberá considerarse de manera específica” (Art. 8.3 LE). Tampoco en las Leyes de creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos hay unanimidad en determinar quiénes pueden ser EECC. Todas ellas se refieren a que estas Entidades pueden ser públicas o privadas, aunque no se señala expresamente qué Entidades pueden ser, pero algunas Leyes muestran la preferencia por las Organizaciones Sindicales y Empresariales (Navarra o Cantabria) o por los Municipios (Canarias), y en cuanto al ánimo de lucro, son pocas las que mencionan expresamente el carácter gratuito de tales Entidades (entre otras, Galicia, Asturias, Cantabria), o dan preferencia a las Entidades de carácter gratuito sobre las que tienen ánimo lucrativo (Castilla y León); ahora bien, es cierto que en ninguna ley se alude expresamente al carácter lucrativo de tales Entidades.

Tampoco es generalizado que éstas se inscriban en un Registro específico en los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, como sí está previsto para los “Centros y entidades de Formación”. Y sería necesario también unificar tanto el procedimiento administrativo de autorización de tales Entidades así como los requisitos que se les exigen para que se constituyan como tales.⁹²⁶ Sería también conveniente determinar qué tipo de acciones pueden desarrollar y las condiciones de su actuación así como determinar aquellas acciones que no podrían realizar las Entidades Colaboradoras dejándolas de forma exclusiva al Servicio de Empleo, como así se ha establecido en el ordenamiento italiano.⁹²⁷

⁹²⁶ En Italia, el d.lgs. n. 276/2003 ha introducido un sistema de “acreditación” regional para las “Entidades Colaboradoras”. Se lleva a cabo un control de éstas, y el sistema de acreditación es definido como el procedimiento mediante el cual las Regiones reconocen a un operador, público o privado, la idoneidad para poder llevar a cabo servicios al empleo en los ámbitos regionales de referencia, aunque mediante recursos públicos, y poder participar de forma activa en las redes de servicios para el mercado de trabajo con particular referencia a los servicios de encuentro entre ofertas y demandas de trabajo. Es decir, existen, por un lado, entidades “acreditadas”, que todas ellas realizan un servicio público y son disciplinadas por la legislación regional en el respeto de los principios fundamentales de la legislación estatal. Con estas Entidades se está imponiendo a la Administración a que de la posibilidad para que algunas actividades realicen otros sujetos externos; por otro lado, existen las entidades “autorizadas”, mediante las cuales el Estado habilita a operadores, públicos y privados para el desarrollo de la actividad de suministro de mano de obra, intermediación, selección y búsqueda de personal y recolocación. Véase VARESI, P.A.: “Il nuovo sistema di collocamento e di servizi per l’impiego nella riforma del mercato del lavoro”, VV.AA. (a cura di Magnani, M.; Varesi, P.A): *Organizzazione del mercato del lavoro...*, op.cit., págs. 35 y ss.

⁹²⁷ Así, las Regiones italianas establecen determinadas actividades que no pueden realizar los sujetos acreditados (que equivaldría en España lo establecido para las Entidades Colaboradoras), como es el caso de las actividades administrativas relativas a la situación de desempleo, a la colocación de discapacitados, al recibimiento y a la gestión de las comunicaciones por parte de los empresarios, o al inicio de selección en las Administraciones Públicas. Véase VARESI, P.A.: “Servicios para el empleo y fomento...”, op.cit., pág. 284.

Por otra parte, también se tendría que determinar si estas Agencias tienen autonomía para gestionar tales acciones o éstas sólo las pueden realizar siempre que sean direccionadas por los Servicios Públicos de Empleo, pues hasta el momento no hay unanimidad en este aspecto.

El nuevo régimen jurídico que se regulará -según lo indicado en la LE- tendrá que unificar determinados aspectos para evitar modelos diferentes de Colocación en las Comunidades Autónomas, y así cumplir con lo establecido en la LE al señalar que el nuevo régimen de Entidades Colaboradoras “establecerá los requisitos mínimos de las entidades para colaborar en la gestión, sin perjuicio del desarrollo que en cada Comunidad Autónoma podrá hacerse de la misma”. Hoy en día, faltan los requisitos mínimos y comunes a nivel estatal para que las Comunidades Autónomas se encarguen simplemente de la gestión de las políticas activas, y no se extralimiten en sus funciones.

A pesar de la diversidad de Entidades Colaboradoras, y la falta de un régimen que unifique y establezca criterios mínimos de actuación, todas ellas están cumpliendo la función por la que se crearon, y es la colaboración en la gestión de las políticas activas de empleo.⁹²⁸ Un adecuado funcionamiento de éstas podría aumentar el porcentaje de las colocaciones hasta ahora gestionadas por los Servicios Públicos de Empleo, que por lo general siguen siendo bajas.⁹²⁹ Además, la colaboración de estas Entidades para participar en la gestión de las políticas activas que tiene encomendado el Servicio Público de Empleo puede ser también positiva para aumentar el número de recursos humanos reduciendo así el número de parados existentes por cada funcionario de estos Servicios. La posición que aquí se mantiene es favorable a su actuación pero decepcionante en cuanto a su regulación.⁹³⁰ Para evitar una atomización de tales Entidades se debería mantener el criterio de la

Hay que destacar que en España actualmente hay determinadas actividades que no las llevan a cabo las Entidades Colaboradoras, como es el caso de la gestión de la prestación por desempleo o las funciones de control del mercado de trabajo.

⁹²⁸ El Plan de Acción para el Reino de España 2003 valora de forma positiva la actuación de determinadas Entidades Colaboradoras que están realizando una importante labor de inserción en el mercado de trabajo.

⁹²⁹ CAÑAL RUIZ, J.M.; RUBIO DE MEDINA, M^a.D.: “Pasado, presente y futuro de los Servicios Públicos de Empleo: del INEM al Servicio Andaluz de Empleo”, op.cit., pág. 41. Se indica que el porcentaje de colocaciones gestionadas por las Oficinas del SAE es bajo, en torno al 10%.

⁹³⁰ En el mismo sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, op.cit., pág. 172.

subsidiariedad⁹³¹ con respecto al Servicio Público de Empleo -como ya se viene apuntando actualmente para algunas Entidades Colaboradoras- para evitar que se vacíe de contenido la actividad del Servicio de Empleo y se deleguen todas sus actuaciones en una red dispersa de Entidades sin coordinación. Se propone, por un lado, regular de forma unificada todas las Entidades Colaboradoras existentes, para evitar dispersión, ya que provoca en muchas ocasiones carencia de conocimiento de la actuación de estas Entidades y quiénes son las que actúan en cada uno de los Servicios Públicos de Empleo;⁹³² y por otra parte, se propone que se establezca un régimen jurídico único para las Entidades Colaboradoras en materia de Intermediación laboral, modificando por tanto el RDAC, regulando también la forma de conceder subvenciones por su actuación, aunque se propone cambiar el régimen de subvenciones aplicable a las Entidades Colaboradoras que actualmente funcionan. De este modo, se propone que se subvencione el resultado en vez de la actividad, es decir, cuando el demandante de empleo esté empleado; y en cuanto a las demás acciones, se debería establecer como requisito para la financiación compromisos de colocación-⁹³³ principalmente de carácter indefinido- para que la actividad de tales Entidades fuera lo más efectiva posible.⁹³⁴ Y es también muy necesario, una vez que se cuente con una regulación en la materia, regular el régimen de infracciones y sanciones de las Entidades Colaboradoras, sin perjuicio de dirigirse a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones para conocer las infracciones y sanciones pecuniarias así como el reintegro de las subvenciones.

⁹³¹ En el mismo sentido, GARCÍA VIÑA, J.: “La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo. Primeras notas a su publicación”, *AL*, núm. 5, (2004).

⁹³² Así lo ha criticado el CES en el Informe 1/2005, y ha propuesto que en el próximo reglamento de desarrollo de estas Entidades se lleve a cabo una adecuada coordinación entre éstas y el Servicio de Empleo. Véase Informe CES 1/2005. Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo. Sesión Ordinaria del Pleno de 26 de enero de 2005, pág. 108, www.ces.es

⁹³³ En el mismo sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, V.: “La intermediación laboral pública en España: una perspectiva comparada”, *Revista Circunstancia*, núm.4, mayo (2004), pág. 11, www.ortegaygasset.edu/circunstancia/numero4/art2_imp.htm

⁹³⁴ Sin embargo, se puede hacer una crítica a la nueva regulación de la Renta Activa de Inserción (RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo), pues no hace alusión -como sí se venía haciendo en los anteriores Programas- a que las Entidades Colaboradoras tengan que comprometerse a conseguir la colocación de los demandantes de empleo beneficiarios del programa al menos haciendo efectiva la inserción de un porcentaje de los demandantes atendidos, que se venía fijando en un 30%).

Se espera que en breve se analicen las cuestiones que se plantean en relación al funcionamiento de las Entidades Colaboradoras, al haberse comprometido los interlocutores sociales en el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 2006 crear un grupo de trabajo tripartito para analizar, entre otras cuestiones, el papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo, y concretamente el régimen de las Entidades Colaboradoras.⁹³⁵

Para concluir, se puede indicar que con la colaboración de estas Entidades no se pone en duda el carácter público del Servicio de Empleo, pues estas Entidades, aunque pueden ser tanto públicas como privadas, pretenden satisfacer un interés público que queda altamente garantizado; pero para ello es necesario que se corrijan las deficiencias de éstas, creando un nuevo régimen jurídico a nivel estatal para que se pueda coordinar la gestión de éstas por los distintos Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.

3.3.2. Los Servicios para los trabajadores en el Exterior

La novedad más importante del Art. 21 LE está en el apartado c) al incluir un nuevo Agente de la Intermediación que previamente no se había regulado como tal en nuestro ordenamiento.⁹³⁶ Concretamente, se constituyen como Agentes de la Intermediación *aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior*.

Ante una falta de desarrollo reglamentario de esta institución, lo primero que hay que determinar es intentar conocer a quién se van a dirigir estos servicios, y para ello se van a poner de manifiesto algunas opciones:

-La primera de ellas es que se haya pretendido crear este servicio para extranjeros en el exterior que quieran venir a España a trabajar. Esta opción queda descartada, pues parece que el Art. 21.c) no se refiere a la creación de una Agencia de Colocación para extranjeros. Y ello además porque esta función la desempeñan actualmente las Misiones Diplomáticas y

⁹³⁵ El texto del citado Acuerdo se puede consultar en www.mtas.es

⁹³⁶ Ni siquiera en borradores anteriores a la Ley de Empleo se incorpora tal Agente. Así, en el borrador de la Ley Básica de Empleo del Instituto Nacional de Empleo de 3 de mayo de 2002 sólo incluía dentro del precepto que regula los Agentes de la Intermediación a los Servicios Públicos de Empleo, a las Entidades Colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo y a las Entidades Públicas o privadas que, con respecto al ordenamiento jurídico realicen procesos de cobertura de puestos de trabajo para terceros. Tampoco hay ninguna referencia en el Anteproyecto de Ley de Empleo de abril de 2003 que incluye como Agentes de la Intermediación solamente a los Servicios Públicos de Empleo y a las Entidades Colaboradoras.

Oficinas Consulares, en orden a la tramitación de las distintas modalidades de visados que nuestra legislación contempla, quedando configurados como auténticas Oficinas del Servicio de Empleo con sede en el extranjero.⁹³⁷

-Descartada esta opción, la segunda podría ser la creación de estos servicios para la contratación en el exterior de trabajadores residentes en España. Como se va a comprobar, existen ya servicios públicos que con carácter voluntario se pueden utilizar por este colectivo, aunque son insuficientes ya que no abarcan la totalidad de las ofertas de empleo que se tramitan en España para trabajar en el exterior, quedando sin una regulación específica, aunque con una importante presencia práctica. Se hará un análisis de todos estos servicios, tanto los que están regulados, como los que están sin regular, y además teniendo en cuenta la nueva normativa en esta materia, la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior (LECEX).

-Pero no sería la única opción posible, pues también hay que hacer referencia a los servicios para los trabajadores de nacionalidad española que residan en el exterior y tengan la intención de retornar a su país de origen. Hay que hacer mención a los posibles intermediarios para este colectivo, y el contenido en esta materia de la LECEX, que precisamente está más enfocada para residentes en el exterior que vayan a retornar a España, teniendo en cuenta que el “boom” de la emigración es ya pasado, y ahora son necesarias políticas públicas para la ayuda al retorno de aquellos que emigraron en la segunda mitad del siglo XX.

Así pues, descartando la primera opción, la creación de posibles servicios para los trabajadores en el exterior podría estar dirigida bien a los residentes en España para la colocación en el exterior, o bien dirigida a los emigrantes retornados. Por ello hay que analizar estas dos opciones, ver los servicios que actualmente existen, y comprobar si es necesario crear nuevos servicios o si es suficiente con los ya existentes. Para ello es totalmente necesario averiguar -teniendo en cuenta los antecedentes históricos- si esta institución es original o por el contrario se pretende crear un nuevo Agente de la Intermediación que modifique o desarrolle algún organismo ya existente,⁹³⁸ cuestiones que se pasan a analizar.

⁹³⁷ Y, además, su configuración como tal aparece reforzada en la nueva LOEx, pues serán éstas las encargadas de expedir el nuevo visado que esta normativa instituye para la búsqueda de empleo.

⁹³⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, op.cit., pág. 245.

a) El tratamiento histórico y actual de los servicios para la contratación en el exterior de trabajadores residentes en España.

a.1. Servicios públicos

La creación de este tipo de servicios fue muy común en un momento en el que España era un país de emigración, concretamente en los años sesenta. En 1956 se creó el Instituto Español de Emigración (IEE) que intervino tanto en la colocación como en todo el proceso administrativo de emigración, encargándose de asistir al emigrante en las distintas fases del procedimiento: antes de la emigración, durante el viaje, en su llegada y asentamiento e incluso en el caso de que se produjera la repatriación. En la Ley 93/1960, de 22 de diciembre, de Bases de Ordenación de la Emigración y el Decreto-Ley 1000/1962, de 3 de mayo, que aprueba el Texto Articulado de dicha ley, se distinguía el procedimiento administrativo de emigración dependiendo de si ésta se producía para el mismo continente o si se producía para Hispanoamérica principalmente.⁹³⁹ En el caso de que la emigración se produjera para Europa, se podía realizar de forma innominada -que es donde se realizaba una verdadera función de Intermediación- o bien de forma nominativa. En la contratación innominada, los pre-emigrantes se registraban en los Servicios provinciales de Encuadramiento y colocación de la Organización Sindical⁹⁴⁰ y en el momento en que surgía una oferta de trabajo en una empresa de un país europeo con los que se mantenían convenios de contratación y colocación, entraba en contacto el empresario extranjero con el IEE que tenía que aprobar las condiciones ofrecidas en la oferta de trabajo, que iban a zonas determinadas, pues el IEE se ponía en contacto con la Dirección General de Empleo que señalaba la zona geográfica en la que se podían reclutar a trabajadores emigrantes. De este modo, la Delegación Provincial del IEE competente en función de la zona geográfica que previamente se había determinado, hacía una preselección de los trabajadores emigrantes que estaban previamente inscritos en los Servicios Provinciales de Encuadramiento y Colocación. Estos trabajadores eran seleccionados posteriormente por el país de acogida, y llevaban ya el contrato de trabajo desde España, pudiéndose comprobar la fuerte protección

⁹³⁹ Para un estudio completo de la emigración española durante esta época, véase SERRANO CARVAJAL, J.: *La emigración española y su régimen jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, págs. 91 y ss.

⁹⁴⁰ Antes de que se creara el IEE en 1956, esta Organización se encargaba de organizar y encauzar las emigraciones de los trabajadores españoles a las minas de Francia y Bélgica y agrícola de temporada a Francia. Y una vez creado el IEE su función era la de colaboración con éste al registrarse los trabajadores emigrantes en el Servicio Nacional de Encuadramiento y colocación. Véase SERRANO CARVAJAL, J.: *La emigración española y su régimen jurídico*, op.cit., pág. 180.

del trabajador emigrante, no sólo en las fases previas al contrato de trabajo sino también durante su estancia en el país de acogida. En cambio, en la contratación nominativa -que se realizaba sólo en casos tasados-⁹⁴¹ no se desarrollaban funciones de intermediación y se formalizaban los contratos cuando las empresas de los países con los que España tenía acuerdos de contratación y colocación enviaban un ejemplar directamente al trabajador y otro al IEE, teniendo en cuenta que este organismo sí realizaba las demás fases del procedimiento administrativo.

Diferente de la emigración para Europa era la emigración para Hispanoamérica, ya que existía la posibilidad de que fueran o no asistidos. Los emigrantes espontáneos se marchaban sin estar incluidos en el plan o programa patrocinado por el Estado español y el Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (CIME) y por tanto el IEE no realizaba en este caso funciones de colocación, pues simplemente recibía de éste asistencia, información y orientación en lo que se refería a la documentación y reserva de pasaje a precios reducidos. Los emigrantes asistidos estaban incluidos en los programas de Mano de Obra Precolocada (MOP), remitiendo el CIME al IEE las listas de profesiones con posibilidades de colocación. Estas contrataciones podían ser tanto nominativas como innominadas y se iniciaban por el propio empresario del país de acogida; pero se contemplaba otra forma de contratación en la que la iniciativa de emigrar partía del propio trabajador, enviando a la oficina del CIME en España el *Currículum Vitae* y se enviaba información a los países de inmigración para que se pudiera ofrecer un contrato con las empresas interesadas. En esta forma de colocación intervenía en un momento posterior el IEE.

Posteriormente, la Ley 33/71 de Emigración, de 21 de julio, le sigue atribuyendo al Instituto Español de Emigración -como Corporación de Derecho Público adscrita al Ministerio de Trabajo- en colaboración con la Organización Sindical, las funciones de reclutamiento, selección, documentación y contratación de emigrantes, atribuyéndole esta función de forma exclusiva y prohibiendo el reclutamiento no autorizado expresamente por la Dirección General del IEE, así como el establecimiento de cualquier tipo de agencias de emigración o que negocien con ésta. Sí se permitía la publicidad de ofertas de empleo al margen del IEE, aunque siempre tenían que contar con la debida autorización. Hay que tener presente que esta norma ha estado vigente hasta el año 2006, como ahora se comprobará, y que la historia de la colocación de trabajadores emigrantes ha ido en la misma

⁹⁴¹ Cuando estaban motivadas por las siguientes circunstancias: a) relaciones familiares del trabajador español reclutado con la empresa extranjera que ofrece el contrato; b) relaciones familiares con un trabajador ya empleado en la empresa; c) relación de trabajo anterior del futuro emigrante con la empresa; d) que el candidato esté unido por contrato de trabajo a una empresa española que mantenga con el empresario extranjero que ofrece el contrato relaciones de sucursal o filial, de suministrador de materias primas o de explotador de licencia.

línea ideológica que la Actividad de Colocación en general: atribución a un servicio público la función de colocación (en este caso era el IEE); el carácter obligatorio y exclusivo de éste al tramitarse todas las ofertas por el IEE; e intentar disfrazar el carácter de monopolio de servicio público, pues en este caso también se permitía el difundir las ofertas de empleo en lugares diferentes al IEE, al igual que ha ocurrido con las denominadas Empresas de Selección.

Sin embargo, el panorama en materia de emigración cuenta actualmente con numerosos cambios: en primer lugar -aunque no es un cambio demasiado reciente- por la incorporación de España en el año 1985 a la Comunidad Económica Europea -actual Unión Europea- en el que se aplica en el territorio de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo la libre circulación de trabajadores; y, en segundo lugar, la reciente promulgación de la LECEX, que deroga la Ley 33/71 de Emigración, de 21 de julio. Así pues, actualmente existen servicios públicos que se encargan -aunque de forma voluntaria- de la colocación de trabajadores en el exterior, distinguiendo a su vez servicios para trabajadores que se desplacen a cualquier país miembro de la Unión Europea o del EEE; y servicios para la colocación de trabajadores en países extracomunitarios.

*En cuanto a los primeros servicios, éstos ya se analizaron en la parte que trataba las funciones que se atribuían a las Comunidades Autónomas a través de los Servicios Públicos de Empleo. Así, aquellas Comunidades Autónomas que tienen traspasadas las políticas activas de empleo, tienen la función de gestionar la Red EURES asignándoles las funciones de promover el desarrollo de unos mercados de trabajo europeos abiertos y accesibles a todos; el intercambio transnacional, interregional y transfronterizo de ofertas y demandas de empleo, la transparencia y el intercambio de información sobre los mercados de trabajo europeos, incluida la información sobre las condiciones de vida y las oportunidades para la adquisición de las competencias, recibiendo para ello financiación europea. Actualmente en nuestro ordenamiento son los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos los que se encargan de la gestión de la Red EURES, ya que la Disposición Adicional Única del RDAC indica expresamente que la oferta de empleo comunitaria será tramitada por los Servicios Públicos de Empleo.⁹⁴² Así pues, nuestro ordenamiento ya cuenta con un intermediario

⁹⁴² La Disposición Adicional Única del Real Decreto 735/1995 señala literalmente que “la oferta de empleo procedente de otros países de la Unión Europea a través de sus Servicios Públicos de Empleo será tramitada por el Instituto Nacional de Empleo, en los términos previstos en la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 22 de octubre de 1993, relativa a la aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en lo que respecta, en particular, a una red creada bajo la denominación EURES. En

“público” y gratuito⁹⁴³ que se encarga de la colocación en el exterior, concretamente en la Unión Europea y en el EEE. Sin embargo, esta Red presenta algunas carencias que ya se han analizado, ya que no cubre todas las ofertas de empleo que se realizan para la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo, lo que está provocando el nacimiento de otras vías de “intermediación” para suplir las carencias de ésta.

*En cuanto a los servicios para la colocación de trabajadores en países extracomunitarios, la LECEX, a pesar de que gran parte de su articulado está dedicado a la adopción de medidas específicas para facilitar el retorno de los emigrantes, también hace alusión a los derechos de empleo y de ocupación de los trabajadores que se vayan a desplazar al exterior (dejando de utilizar en este caso el término “emigrante”). La Ley de Emigración 33/71 vigente hasta la entrada en vigor de la LECEX, y que se ha calificado durante su vigencia de “excesivamente anticuada”,⁹⁴⁴ prohibía en su Art. 20.3 el reclutamiento no autorizado expresamente por la Dirección General de Emigración (que actualmente depende de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del MTAS), y cualquier propaganda o publicación que careciera de la mencionada autorización cuyo incumplimiento constituía -hasta la entrada en vigor del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior- una infracción administrativa leve (Art. 34 TRLISOS)⁹⁴⁵ o grave (Art. 35 TRLISOS) dependiendo de si causa o no perjuicio grave al trabajador,⁹⁴⁶ y además se

dichas ofertas se incluyen las procedentes de los países signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, suscrito en Oporto el 2 de mayo de 1992, adaptado por el Protocolo de 17 de marzo de 1993” (interpretando que al aludir al Instituto Nacional de Empleo se refiere a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y que cuando alude a la Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 1993 hay que entender la Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 2002). Véase SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo e Intermediación Laboral en las Comunidades Autónomas*, op.cit, pág. 134 y ss.

⁹⁴³ El carácter público se puede deducir de la Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 1993 al señalar que el acceso y la utilización de la Red EURES son gratuitos para los trabajadores y empresarios, indicando también en la Decisión el carácter público de la Red.

⁹⁴⁴ OJEDA AVILÉS, A.: “Los Servicios de Empleo en España (II). El Instituto Nacional de Empleo”, op.cit.

⁹⁴⁵ Artículo 34 TRLISOS (sin modificar por la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de ciudadanía española en el exterior). Son infracciones leves: 1.La modificación de las condiciones de la oferta para emigrar, una vez autorizada administrativamente, si no causa perjuicio grave para los emigrantes; 2.No presentar los contratos de trabajo para su visado por la autoridad laboral, o no entregar al trabajador la copia del contrato ya visado; 3.La inaplicación de los descuentos establecidos para el transporte de los emigrantes”.

⁹⁴⁶ Artículo 35 TRLISOS (sin modificar por la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de ciudadanía española en el exterior); Son infracciones graves: 1.La difusión por cualquier medio de ofertas

consideraban infracciones muy graves “el establecimiento de cualquier tipo de agencias de reclutamiento de emigrantes (Art. 36.1) y el “cobro a los trabajadores de comisión o precio por su reclutamiento” (Art. 36.4 TRLISOS).⁹⁴⁷ Así, la Dirección General de Emigración contaba con un *Servicio de Empleo Exterior y Retornados* en el que existía un Registro de Demandantes de Empleo en el Exterior “REDE” en el que los demandantes de empleo que querían trabajar en el exterior se inscribían en éste, y las empresas interesadas acudían a este registro por si entre los inscritos existían personas que respondieran al perfil requerido. Las empresas tenían que cumplimentar un cuestionario para la formalización de ofertas de empleo en el extranjero en el que se pedían los datos de identificación del contratante, el perfil profesional requerido, el cometido a realizar, las condiciones del contrato de trabajo, las condiciones económicas, los gastos de transporte y alojamiento y manutención, las vacaciones, el seguro en caso de accidente, indicándose además otros aspectos a tener en cuenta por el candidato. Si las empresas querían anunciar en cualquier medio las ofertas de empleo también tenían que solicitar la autorización a través de este Servicio de Empleo Exterior y Retornados de la Dirección General de Emigración.

Pero la situación ha cambiado -como ya se viene indicando- con la promulgación de la LECEX. La novedad más importante radica en la eliminación de la necesidad de la preceptiva autorización administrativa para difundir por cualquier medio de ofertas de trabajo para el extranjero. Esto significa además que el Registro de Demandantes de Empleo en el exterior “REDE” va a seguir vigente en las mismas condiciones, pero ya no con carácter obligatorio sino con carácter voluntario, ofreciéndose simplemente como un intermediario para aquellos demandantes y sobre todo empresas que quieran utilizar esta vía para obtener trabajadores para desplazarse al exterior. Que se haya eliminado esta

de trabajo para el extranjero sin la obtención de la preceptiva autorización administrativa; 2.La modificación de las condiciones de la oferta para emigrar, una vez autorizada administrativamente, si causa perjuicio grave para los emigrantes; 3.La ocultación, falsificación o rectificación de cláusulas sustanciales de un contrato ya visado; 4.El desplazamiento del trabajador al país de acogida sin la documentación necesaria o la retención injustificada por la empresa de dicha documentación; 5.La contratación de marinos españoles por cuenta de empresas armadoras extranjeras realizada por personas o entidades no autorizadas por la autoridad laboral para realizar ese cometido”.

⁹⁴⁷ Para un estudio completo de estas normas según la redacción antes de proceder al cambio por la Ley 44/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, véase MONEREO, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Artículos 35 y 36”, VV.AA. (García Blasco, J.; Monereo Pérez, J.L. Dirección): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006, págs. 479-486.

tramitación obligatoria, no significa que no se sigan proporcionando ayudas públicas a favor de los emigrantes españoles.⁹⁴⁸

Así pues, la intermediación -ahora voluntaria- sigue dependiendo de la Dirección General del Emigración del MTAS, sin ser competente el Servicio Público de Empleo, que en alguna ocasión la doctrina fue favorable a la inclusión de estos servicios en el exterior en el propio Servicio de Empleo.⁹⁴⁹

La intención de tal reforma se ha basado sobre todo en la necesidad de agilizar todos los trámites para dar mayor libertad al empresario a la hora de contratar a un trabajador para desplazarse al exterior, ajustándose a la realidad social en la que en muchas ocasiones se producen anuncios por otros medios -sobre todo a través de Internet- sin cumplir el requisito de la debida autorización administrativa. Así, acorde con la reforma, se ha producido una modificación del contenido de los Arts. 34 y 35 del TRLISOS⁹⁵⁰, en el que ya no constituye infracción grave la difusión por cualquier medio de ofertas de trabajo sin la debida autorización administrativa. Pero se ha mantenido prácticamente idéntico el contenido del Art. 36 TRLISOS, en el que se sigue considerando como infracción muy grave el “establecimiento de cualquier tipo de agencias de reclutamiento” (Art. 36.1) y “el cobro a los trabajadores de comisión o precio por su contratación” (Art. 36.4 de la nueva versión del TRLISOS).

⁹⁴⁸ Actualmente queda regulado por la Orden TAS/281/2004, de 4 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de las ayudas correspondientes a los programas de actuación a favor de los emigrantes españoles.

⁹⁴⁹ El prof. OJEDA AVILÉS, A: (“Los Servicios de Empleo en España (II). El Instituto Nacional de Empleo”, op.cit.) señala que “una posible argumentación a favor del traspaso de competencias al INEM, consistente en entender derogada la Ley de Emigración por las atribuciones conferidas al SPE por la legislación posterior, queda desbaratada porque esta misma legislación posterior mantiene al Instituto Español de Emigración, en consecuencia, la deseable integración del IEE y sus funciones dentro del INEM ha de postularse de *lege ferenda*, por mor de evitar duplicidades innecesarias en una misma materia a nivel estatal”.

⁹⁵⁰ Artículos 34 y 35 TRLISOS (modificados por la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de ciudadanía española en el exterior). Artículo 34. Infracciones leves: Constituye infracción leve la modificación de las condiciones de la oferta de trabajo para desplazarse al exterior, si no causa perjuicio grave para el trabajador; Artículo 35: Infracciones graves: 1. La modificación de las condiciones de la oferta de trabajo para desplazarse al exterior, si causa perjuicio grave para el trabajador; 2.La ocultación, falsificación o rectificación de cláusulas sustanciales de un contrato de trabajo para desplazarse al exterior; 3. El desplazamiento del trabajador al país de acogida sin la documentación necesaria o la retención injustificada por la empresa de dicha documentación; 4. La contratación de marinos españoles por cuenta de empresas armadoras extranjeras realizada por personas o entidades no autorizadas por la autoridad laboral para realizar este cometido”.

La reforma en esta materia es, a mi juicio, “parcialmente coherente”, y ello porque a pesar de que es positivo y ajustado a la realidad eliminar el requisito de la autorización previa que en muchas ocasiones ya se incumplía, no es adecuado que no se haya regulado o controlado la publicidad de estas ofertas y sobre todo, se haya prohibido sin más cualquier agencia de reclutamiento, que también es conocido por todos su existencia. Así pues, es completamente necesario que determinadas Agencias Privadas que actúan en la práctica se regulen, como es el caso que a continuación se va a analizar de las agencias que se encargan de la colocación *Au pair* o de las academias de idiomas que realizan una verdadera función de intermediación lucrativa para colocar a “trabajadores en el exterior”, o de las *Empresas consignatarias* que contratan a los marinos españoles para trabajar en buques extranjeros. También es necesario, como se va a analizar en su parte correspondiente regular toda la publicidad realizada principalmente a través de Internet.

La Actividad de Colocación para la contratación en el exterior de trabajadores residentes en España está cubierta en su vertiente pública (pero no de forma obligatoria, sino de forma voluntaria), pero al mismo tiempo se está produciendo una exagerada desregulación de la actividad privada, en la misma línea que toda la Actividad de Colocación en general, constante que va a ir apareciendo a lo largo de este estudio.

a.2. Agencias Privadas. Especial referencia a las Empresas Consignatarias, la Colocación *Au pair*, y las “academias” de idiomas.

La OIT ha estimado que hay en el mundo alrededor de ochenta millones de emigrantes, en el que se mueve una importante industria clandestina alrededor de ellos, produciéndose numerosas denuncias por un reclutamiento ilegal con elevadas tasas en las que en ocasiones desaparecen los intermediarios una vez que han procedido al cobro.⁹⁵¹ Debido a la proliferación de estas Agencias, la OIT ha aceptado en estos últimos años las Agencias de Empleo Privadas (Convenio núm. 181 OIT)⁹⁵² y por tanto aquellas Agencias que se encargan de la colocación de trabajadores en el exterior, pues mientras haya emigrantes que quieran trabajar en el exterior y haya trabajo para ellos, lo más adecuado es

⁹⁵¹ BARUAH, N.: “The regulation of recruitment agencies: Experience and good practices in countries of origin in Asia”, VV.AA: *Merchants of labour*, op.cit., págs. 37-45.

⁹⁵² El Art. 8.2 del Convenio núm. 181 OIT señala que “cuando se recluten trabajadores en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados considerarán la posibilidad de concluir acuerdos laborales bilaterales para evitar abusos y prácticas fraudulentas en materia de reclutamiento, colocación y empleo”.

permitir y regular estas Agencias, puesto que no es posible eliminarlas, y evitar así que actúen de forma irregular. Sin embargo, La OIT no ha adoptado desde sus inicios esta postura abierta a la legalización de las Agencias de Empleo Privadas, pues ha habido una tendencia generalizada de atribuir la colocación en el exterior al Servicio Público de Empleo,⁹⁵³ e impedir que las Agencias retribuidas de colocación colocaran o reclutaran trabajadores en el extranjero, a menos que existiera una licencia que lo autorizara a nivel estatal y existiera una colaboración entre los países interesados.⁹⁵⁴

La Unión Europea es consciente también de los abusos que se cometen por Agencias Privadas que se encargan de la colocación de los trabajadores en el exterior. Concretamente el Comité Económico y Social⁹⁵⁵ basándose en la correspondiente normativa de la OIT propone que se regule mediante una Directiva que quien asesore a los ciudadanos de la Unión Europea que desean emigrar, sean o bien los servicios instaurados en los

⁹⁵³ El Convenio núm. 97 OIT sobre trabajadores migrantes (revisado) de 1949 señala que “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a que su servicio del empleo y sus otros servicios relacionados con las migraciones colaboren con los servicios correspondientes de los demás Miembros”, “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a garantizar que las operaciones efectuadas por su servicio público del empleo no ocasionen gasto alguno a los trabajadores migrantes”. El Convenio núm. 88 OIT sobre el Servicio del Empleo de 1948 señala que “El servicio del empleo deberá estar organizado de suerte que garantice la eficacia en la contratación y de la colocación de los trabajadores y deberá tomar medidas para facilitar cualquier traslado de trabajadores, de un país a otro, que haya sido convenido por los gobiernos interesados”. Y en la Recomendación núm. 83 sobre el Servicio del Empleo de 1948 se indica que “para facilitar cualquier traslado de los trabajadores convenido a petición de la autoridad nacional que los controle y en colaboración, eventualmente, con la Oficina Internacional del Trabajo, deberían: reunir, si ello fuera pertinente, en colaboración con otros organismos e instituciones, los datos relativos a las ofertas o demandas de empleo que no puedan satisfacerse en el país a fin de fomentar la inmigración o la emigración que pueden satisfacer, en todo lo posible, dichas ofertas o demandas de empleo”.

⁹⁵⁴ El Convenio núm. 66 y la Recomendación núm. 61 OIT sobre trabajadores migrantes de 1939 atribuye al Servicio de Empleo la colocación de los trabajadores en el extranjero, pero no de forma exclusiva, pues incluye, entre otros, a la “Agencias Privadas de Colocación, retribuidas o no, que ejerzan su actividad sin fines lucrativos” y además todos los que realicen estas operaciones “deberán estar sujetos a autorización previa de la autoridad competente del territorio donde se deben realizar, en los casos y en la forma que determine la legislación de este territorio, o un acuerdo entre el país de emigración y el de inmigración”.

Tanto el Convenio núm. 34 OIT sobre Agencias retribuidas de colocación de 1933 y el Convenio núm. 96 sobre Agencias retribuidas de colocación (revisado) de 1949 señalan que las Agencias retribuidas de colocación no podrán reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas en la legislación vigente y además si la autoridad competente lo autoriza.

⁹⁵⁵ Dictamen sobre la Libre Circulación de trabajadores en el mercado interior, Bruselas 28/29 de marzo de 2001, CES 406/2001, págs. 11-14. También propone el Comité Económico y Social que la Comisión informe con regularidad al Observatorio del Mercado Único del CES de la coordinación de las actividades de organismos públicos, EURES y organizaciones no lucrativas, expedición de autorizaciones a este tipo de organizaciones en el ámbito del asesoramiento a la migración.

Organismos Públicos o bien en organizaciones no lucrativas, y que presten estos servicios de forma gratuita o por escaso coste y evitar que se permita al menos en toda Europa el cobro a los trabajadores cuando una empresa privada les encuentre un puesto de trabajo. El Comité Económico y Social ya ha criticado en alguna ocasión la insuficiente gestión de la Red EURES, siendo consciente de la actividad privada de colocación en este ámbito. Es acertada la proposición en este sentido del Comité Económico y Social, pero podía atreverse a aceptar las Agencias Privadas en este campo con un adecuado control tanto en el momento de crearse como en su funcionamiento, y ello porque va a ser imposible que las Agencias Privadas que actúan desaparezcan por completo, como lo viene advirtiendo la OIT, por lo que sería mejor aceptarlas y controlarlas, sobre todo las cantidades que pueden cobrar que repercuten en la mayor parte de las ocasiones en el demandante de empleo.

Como aquí lo que se pretende es poner de manifiesto la realidad de la existencia de Agencias Privadas que actúan en España para la colocación de trabajadores en el exterior, así como proponer su regulación, se puede además fundamentar la posibilidad de su aceptación en la propia Constitución Española, pues en el Art. 42 señala que “El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno”. Así pues, no se indica nada en contra de la inclusión de organismos privados para proteger a estos trabajadores. Y, a *sensu contrario* se podría interpretar que las Agencias Privadas estarían permitidas, no obstante se puede deducir una preferencia por los organismos públicos, al indicar que es el Estado el que “especialmente” se encargará de velar por los intereses de este tipo de trabajadores.

Es necesario también hacer mención a un tipo de Agencias que actualmente realizan labores de Intermediación para la colocación en el exterior de determinados colectivos y que en ocasiones la falta de regulación y control de éstas puede provocar un perjuicio al demandante de empleo. Se hará referencia, concretamente, a las *empresas consignatarias* que se encargan de la colocación de marinos mercantes españoles en buques extranjeros, a la colocación *au pair*, y a las academias de idiomas.

*Como se tratará al analizar los trabajadores del mar, en España, quien se encarga *de facto* de la contratación de marinos mercantes españoles para trabajar en buques extranjeros, son las llamadas *empresas consignatarias* o denominadas también *agencias de embarque o agencias marítimas*. La LECEX no las regula, pero tampoco las prohíbe, por lo que hubiera sido un buen momento para proceder a su regulación. Pero en la nueva redacción dada al Art. 35 del TRLISOS por la LECEX, se puede deducir que estas *empresas consignatarias* ya no tienen la obligación de solicitar autorización para dar publicidad de las ofertas de empleo, aunque, a continuación, en el Art. 35.4 se sigue manteniendo en los mismos términos que antes hacía

el Art. 35.5 TRLISOS; es decir, se considera infracción grave “La contratación de marinos españoles por cuenta de empresas armadoras extranjeras realizada por personas o entidades no autorizadas por la autoridad laboral para realizar este cometido”, incluso se puede relacionar con el Art. 36.1 que considera infracción muy grave -también en los mismos términos que la redacción del TRLISOS- “el establecimiento de cualquier tipo de agencias de reclutamiento”. Esto significa que dichas empresas, por el momento, y desde un análisis jurídico, no tienen cabida en nuestro ordenamiento, prueba de ello es que tras la aprobación de la LECEX se ha mantenido en los mismos términos que ya contaba el TRLISOS. Pero se vuelve a la misma conclusión que también ha llegado la OIT: como estas Agencias existen, lo adecuado no es prohibirlas, sino aceptarlas, ya que existe un reconocimiento tácito de estas empresas por parte de la Administración.⁹⁵⁶ Y de entre las posibles soluciones para proceder a su regulación, una de ellas podría estar en este desarrollo reglamentario del Art. 21.c) ET, incluyendo en la regulación de los servicios para los trabajadores en el exterior la regulación específica de las *empresas consignatarias*, así como proceder a la nueva modificación del TRLISOS, pues en este caso las *empresas consignatarias* podrían realizar funciones de Intermediación según la normativa que las regulase, y evitar que su actuación lícita se considerara como infracción.

*Pero no son las únicas Empresas que actúan como Agencias de Empleo Privadas para un determinado colectivo, sino que también se pueden tomar otros ejemplos, de mayor utilización incluso que las anteriores. Son las agencias que se encargan de la colocación *au pair* y las “academias” de idiomas.

La colocación *au pair* queda definida en el Acuerdo Europeo de 24 de noviembre de 1969 del Consejo de Europa⁹⁵⁷ como la “acogida temporal, en una familia, y a cambio de determinados servicios, de jóvenes de países extranjeros que desean mejorar sus conocimientos lingüísticos y tal vez profesionales, así como su cultura general, adquiriendo un mejor conocimiento del país en el que son acogidos”. No tendrán una edad inferior a los 17 ni superior a los 30 y su colocación no excederá de un año aunque podrá prorrogarse hasta un período de dos años.

Aunque el *au pair* esté en una categoría intermedia entre el estudiante y el trabajador, lo cierto es que necesita de mecanismos de Intermediación para su posible colocación en otro país extranjero. En dicho Acuerdo se hace referencia a las Agencias que pueden hacer

⁹⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Artículo 35”, VV.AA. (García Blasco, J.; Monereo Pérez, J.L. Dirección): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones...*op.cit., pág. 481.

⁹⁵⁷ Ratificado por Instrumento de 24 de junio de 1988 (BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 1988).

las funciones de colocación. Concretamente, el Art. 12 señala que “la autoridad competente de cada parte contratante designará a los organismos públicos habilitados para encargarse de lo relativo a la colocación *au pair*, pudiendo designar con este objeto a organismos privados”. A estos organismos no se les aplica solamente la función de colocación, sino que también tienen que desempeñar una función de control, pues se establece la obligación de depositar una copia del acuerdo escrito concertado entre las partes “en poder de la autoridad competente o de la organización designada por esta autoridad”, concretamente en el país de acogida (Art. 6.2). Estas funciones no han sido hasta el momento desarrolladas por ningún organismo público ni privado, como señala tal Acuerdo. Y ello tiene una explicación, que desde luego no se comparte: el trabajo *au pair* no se ha considerado como relación laboral -ni común ni especial-⁹⁵⁸ y por tanto no se le aplican las normas laborales, solamente se rige por la normativa establecida en el citado Acuerdo Europeo. Al no constituir una relación de trabajo, éstos no tienen que acudir al Servicio Público ni para inscribirse, ni para comunicar el contrato de trabajo, ni los empresarios para comunicar la terminación de éste. Por tanto, tal y como está la situación actual, no existe un organismo de control del trabajo *au pair*. Y en cuanto a las funciones de colocación, hay algo más que apuntar. Por el momento, el único servicio que “oficialmente” se puede dedicar a la colocación *au pair* es el Servicio Público de Empleo a través de la Red EURES. Y entonces cabría la pregunta de si es suficiente y ya se cumpliría con ello el contenido del Acuerdo que hace referencia a la creación de un organismo público o privado que se encargue de la colocación *au pair*. Aunque es una vía adecuada para hacer posible su colocación, parece insuficiente, sobre todo porque cada vez aparecen más “intermediarios” que de forma no oficial se encargan de la colocación de este colectivo: algunas se constituyen como agencias *au pair*, otras se constituyen como academias de idiomas en las que se encargan de la colocación de determinados colectivos en el extranjero, bien para realizar prácticas en el extranjero o bien como trabajo *au pair*, cobrando siempre lo que denominan como “gastos de gestión y honorarios”.⁹⁵⁹ Quizá podría servir la

⁹⁵⁸ El Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio al hogar familiar, excluye expresamente en su Art. 2.2. las relaciones denominadas “a la par”.

⁹⁵⁹ Idiomalagaweb (www.idiomalagaweb.com) cobra por la gestión de trabajos *au pair* 280 Euros, y por las prácticas remuneradas en el extranjero 600 Euros. Instituto Hemingway (www.institutohemingway.com) se constituye como centro de enseñanza internacional e intermedia en trabajo *au pair* cobrando una cantidad de 300 Euros por el servicio, y establece así las condiciones en las cuales se firma el contrato: “Una vez aceptada en nuestro programa, la candidata abona la cantidad de 60 Euros que corresponde a una parte de los gastos de gestión y honorarios. Le mandaremos una factura y las opciones en cómo abonar el resto de los honorarios y mandaremos su dossier a su país de destino. Cuando la familia candidata le haya elegido como *au-pair* procederá a pagar el resto. En el supuesto caso que Instituto Hemingway no pueda colocar la candidata, se reembolsará todo menos 30 Euros para gastos. La candidata perderá todo derecho a reclamación si unilateralmente tomase la decisión de abandonar la familia o de volver a España o a su país de origen. La reclamación sobre la familia debe ir

creación de estos servicios para controlar estas Agencias que de forma lucrativa y sin ningún tipo de control actúan en la práctica.

Se podría pensar entonces que los “Servicios para los trabajadores en el Exterior” se podrían referir, entre otros, al trabajo *au pair* y así eliminar todo tipo de intermediarios que no estuvieran legalizados, pues como se ha podido comprobar existen organismos privados que se encargan de este tipo de Intermediación, aunque lo hacen sin ningún tipo de control y cobrando en algunos casos importantes cantidades económicas. La creación de estos Servicios, no sólo para este tipo de colectivos, sino en general, servirían para regular y controlar el “mercado” actual de Agencias existentes, para evitar todo tipo de abusos de los “servicios privados para los trabajadores en el exterior” ya creados y que actúan (en algunas formas de modo fraudulento y sin la debida protección al trabajador) en la práctica.⁹⁶⁰ Podría ser ésta la medida legislativa que se haya aprobado para llevar a cabo la aplicación de este Acuerdo ya ratificado por España tiempo atrás y que está produciendo, como indica la doctrina, “un vacío legal realmente grave”, siendo necesario y urgente “que se designe de una vez, cual sea el organismo, público o privado, que asuma el control de la colocación en este tipo de relaciones”⁹⁶¹ y así poder realizar las funciones de control pertinentes y llevar a cabo las tareas de colocación para este colectivo que cada vez es más amplio y además en la que cada vez más están proliferando “agencias no oficiales de colocación” enmascaradas en otros organismos que cobran por la colocación de éstos cantidades no controladas.

dirigida a la familia correspondiente en el país de destino, o, en el caso que el Instituto Hemingway hace la colocación, debe ir dirigida a éste”. Por otra parte se incluye una cláusula en el contrato que señala: “Acepto que Instituto Hemingway actúa meramente como intermediario entre la familia en el país de destino y yo y queda exonerado de cualquier responsabilidad legal y económica; éstas, naturalmente, corresponden a la familia asignada en su caso”. Además también dicho Instituto le cobra a las familias 90 Euros. Este Instituto también tiene prácticas en empresas pagándole al Instituto 800 Euros y ofrece trabajo en el extranjero cobrando la cantidad de 500 Euros que incluye también la tramitación del alojamiento, asesoramiento, cursos, programas especiales, tramitación de visado, asistencia durante la estancia, información del país, y cobertura de asistencia de viaje y médica”.

⁹⁶⁰ www.planetaupair.com, se encarga del programa *au-pair* y también de colocar cuidadores (*caretakers*) para ancianos, enfermos y discapacitados, e indica que una vez que el candidato/a esté incluido en tal programa tiene que abonar la cantidad de 319 Euros que no son reembolsables.

⁹⁶¹ Para un completo estudio del trabajo *au-pair* y concretamente sobre el sistema de colocación, véase QUESADA SEGURA, R.: “El trabajo *au pair*: entre la laboralidad y la tutela extralaboral”, en VVAA (Cruz Villalón, J. Coord): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 315-334.

Este estudio es anterior a la entrada en vigor de la Ley de Empleo, por lo que la autora propuso en su momento que la designación recayese en aquellas instituciones encargadas de los asuntos de los jóvenes como el Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Juventud) y demás instituciones que asumieran competencias al respecto. Sin descartar tal posibilidad, puede haber otras posibilidades de ubicación normativa: bien en los servicios para los trabajadores en el exterior o bien en una Ley que regule todas las Agencias de Empleo Privadas.

Por otra parte, también es muy frecuente que las academias de idiomas, además de gestionar cursos en el extranjero o incluso facilitar la colocación *au pair*, actúen como una verdadera Agencia de Colocación, cobrando por conseguir un trabajo en un país extranjero sin que sean enviados a estudiar el idioma correspondiente. Suelen gestionar la colocación de trabajos de temporada en el extranjero (hoteles, comercios, bares y restaurantes) en el que le gestionan el alojamiento y cobran al “alumno” por tal gestión. Esta actuación va totalmente en contra no sólo de lo establecido en la anterior Ley de Emigración 33/71, sino también de la actual Ley 40/2006, de 14 de diciembre del Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior. Las sanciones administrativas que se podían imponer sería el “establecimiento de cualquier tipo de agencias de reclutamiento” (Art. 36 TRLISOS); “el abandono de trabajadores desplazados por parte del empresario contratante o de sus representantes autorizados” (Art. 36.3 TRLISOS); “El cobro a los trabajadores de comisión o precio por su contratación” (Art. 36.4 TRLISOS), todos estos artículos según la redacción dada por la LECEX, aunque no difiere en su contenido a la versión anterior. Además de imponer sanciones administrativas, es frecuente en estos casos recurrir a la jurisdicción civil para solicitar una indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual.⁹⁶² No hay ninguna sentencia en la que se haya planteado la validez de este tipo de contratos al ser el objeto contrario a la legislación vigente.

b) Servicios para los emigrantes retornados

El éxodo migratorio que presenció España principalmente en los años sesenta ha producido un efecto inverso una década después y que continúa hasta nuestros días, y es el regreso de los españoles emigrantes y sus familias a nuestro país, en el que cada vez más se están adoptando medidas necesarias para atender de forma integral a dicho retorno. Entre estas medidas se encuentra la necesidad de establecer unos servicios en concreto para poder hacer efectiva la colocación en España de trabajadores de nacionalidad española que residan en el exterior y tengan la intención de retornar a su país de origen. Así pues, en la LECEX no se hace referencia a un intermediario específico para este colectivo, pero determina al Sistema Nacional de Empleo como el encargado de promover el acceso a la información que permita a los españoles demandantes de empleo residentes en el exterior y a los retornados la búsqueda de empleo y la mejora de sus posibilidades de ocupación (Art. 22.1. LECEX), encargándose por tanto de la colocación en España de aquellos emigrantes que quieran

⁹⁶² Para un análisis de un caso concreto de exigencia de responsabilidad civil a una academia de idiomas por gestionar una colocación y alojamiento en un país extranjero, cobrando por tales servicios e incumpliendo tales condiciones, véase SAP Madrid, núm. 278/2006, de 19 de abril, JUR 2006\193264.

regresar o hayan retornado, y además se establecen visados de búsqueda de empleo dirigidos a los hijos o nietos de españoles de origen, conforme a la legislación específica de aplicación, medida que ya se introdujo en la LOEx y en el REEx.⁹⁶³

Sería suficiente con potenciar este tipo de servicios dentro del Sistema Nacional de Empleo, por lo que a mi juicio no sería necesario que se creara un Agente de la Intermediación Específico para este colectivo, pudiéndose garantizar este derecho a través de los Servicios Públicos de Empleo, impulsando la vía telemática para hacer posible que la información proporcionada por el Sistema Nacional de Empleo así como la gestión de las ofertas de colocación lleguen a este colectivo que se encuentra en el exterior.⁹⁶⁴

.....

Después de realizar un análisis sobre la Colocación en el exterior, es decir, después de hacer un recorrido por los servicios tanto públicos como privados que existen para hacer efectiva la Colocación en el exterior de trabajadores residentes en España, y de los servicios existentes para emigrantes retornados, es necesario plantearse si es necesario crear un nuevo Agente de la Intermediación tal y como indica el Art. 21.c) LE, y en caso afirmativo, cuáles serían las características de este tipo de intermediario.

En primer lugar, advertir que no creo que sea acertado el planteamiento que se ha realizado por la doctrina *iuslaboralista* que se ha pronunciado ya sobre el significado del Art. 21.c) LE, pues han considerado que con el término *servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior* se está aludiendo a la Red EURES.⁹⁶⁵ Ésta parece una

⁹⁶³ El Art. 17 de esta ley introduce cambios en el artículo 49 de la LO 4/2000, de 11 de enero, tras la redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y señala que el acuerdo de Contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen. La Resolución de 26 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de diciembre de 2006, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros en régimen no comunitario en España para el año 2007 prevé un contingente de búsqueda de empleo para hijos o nietos de españoles de origen.

⁹⁶⁴ Así pues, ha señalado RON LATAS, R.P.: “Los aspectos laborales más destacables de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior”, *RL*, núm. 10, (2007), pág. 86, que se pretende “crear una red *sui generis* de servicios en materia de empleo, imitando el modelo de la Red EURES, con el objeto de facilitar a los colectivos que menciona toda la información necesaria sobre nuestro mercado de trabajo”.

⁹⁶⁵ MONTOYA MELGAR, A.; CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, op.cit., pág. 122; SEMPERE NAVARRO, A.V.; CANO GALÁN, Y.;

conclusión demasiado simple, pues como se ha podido comprobar, la Actividad de Colocación en el exterior no se reduce a la actividad de la Red EURES, aunque no se descarta la posibilidad de que el legislador simplemente se haya referido a la Red EURES.

Independientemente de cuál haya sido la intención del legislador, que por el momento se desconoce, ya que no existe un desarrollo reglamentario de esta Ley después de pasados ya unos años de su entrada en vigor, aquí se va a proponer el contenido de esta institución, haciendo un replanteamiento en su conjunto de toda la Actividad de Colocación en el exterior.

Así, se puede llegar a la conclusión de la necesidad de reconducir toda la Actividad de Colocación pública en el exterior al Sistema Nacional de Empleo y potenciar esta vía de intermediación pública y voluntaria. Pero también sería necesaria la regulación de la Actividad privada de Colocación en el exterior para poner límite y control a determinadas actividades, entre las que se han destacado la actividad de las *empresas consignatarias*, la colocación *au pair* o las academias de idiomas. Aquí se ha pensado que podía ser un lugar adecuado para la regulación de esta colocación privada mediante un desarrollo reglamentario del Art. 21.c) LE, pues desde un punto de vista de la técnica jurídica es perfectamente posible que puedan ser con fines lucrativos, pues la LE no lo prohíbe. Pero, sin embargo, la LE no ha tenido la intención de regular ningún tipo de intermediario o Agencia de Empleo Privada, prueba de ello es la falta de regulación de otras Agencias de Empleo Privadas como son las Empresas de Selección de Personal, entre otras. Así pues, se podría pensar en otro lugar para regular esta tipo de actividad, y sería mediante la regulación de toda la Actividad privada de Colocación en nuestro país en una Ley de Agencias de Empleo Privadas. Podía ser éste un lugar adecuado para concentrar la regulación de toda la Actividad de Colocación privada en una sola ley.

En conclusión, independientemente de dónde se ubique su regulación, se pone de manifiesto la necesidad de un replanteamiento de la Actividad de Colocación en el exterior, y, sobre todo, regulando la actuación de las Agencias de Empleo Privadas de este colectivo en concreto.

3.4. Agencias de Empleo Privadas no previstas en la Ley de Empleo 56/2003

CHARRO BAENA, P.; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 96; GARCÍA GIL, M^a.B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 65-66.

Las Agencias de Empleo Privadas, siguiendo la terminología usada en la OIT, no cuentan actualmente con un régimen jurídico completo en nuestro ordenamiento, a pesar de la necesidad de su regulación para permitir su funcionamiento y para proteger a los trabajadores que utilicen sus servicios. De todo el conjunto de AEP que actúan en España, sólo están reguladas las Empresas de Trabajo Temporal, aceptándolas a partir del año 1994, y siendo modificada su regulación en algunas ocasiones para evitar las consecuencias negativas que estaban produciendo en el funcionamiento del mercado de trabajo.⁹⁶⁶ Por el contrario, no existe una regulación de las AEP, pues la LE sólo ha fijado la estructura del Sistema Nacional de Empleo, y simplemente en este tema se ha limitado a enumerar determinados Agentes de la Intermediación, y ni siquiera ha incluido a todos los que realizan esta actividad en la práctica; incluso no hay una regulación completa de todos los Agentes de la Intermediación que enumera; es el caso de las Entidades Colaboradoras y de los Servicios para los trabajadores en el Exterior. La sensación que da al analizar el articulado de la LE es que ha incluido aquellos intermediarios que van a colaborar directamente con el Servicio Público de Empleo con carácter gratuito, no pronunciándose sobre las demás Agencias de Empleo Privadas que están presentes en la Actividad de Colocación. Ahora bien, la ausencia de regulación no significa que éstas no estén presentes en la realidad práctica, y que toda la Actividad de Colocación realizada por éstas sea ilícita. No se puede llegar a esta conclusión, que considero incompleta y poco acertada, ya que no sólo hay que tener en cuenta nuestro ordenamiento, sino el ordenamiento internacional y comunitario, que como ya se ha analizado, las aceptan. Pero esta ausencia de regulación plantea numerosos problemas de interpretación jurídica, que se pretenden aquí analizar.

Por el momento, la actuación de estas Agencias se “controla” por los Códigos Deontológicos que algunas Asociaciones -como son la Asociación de Empresas de Selección o la Asociación de empresas de *Outplacement*- cuentan para hacer posible un adecuado funcionamiento de éstas. Sin perjuicio de la importancia de estos Códigos, tienen más una función propiamente ética que técnico-jurídica, por lo que es necesaria una regulación específica del régimen jurídico de estas Agencias.⁹⁶⁷ Para ello, es necesario conocer

⁹⁶⁶ La regulación inicial se produjo con la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994), y Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/1994 sobre Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1995); y las modificaciones posteriores se han llevado a cabo por la Ley 29/1999, de 16 de julio, de modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999), y modificación al artículo 43 y de la Ley 14/1994 de 1 de junio, por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm. 141, de 14 de junio de 2006).

⁹⁶⁷ De la Recomendación núm. 188 OIT, Art. 2.2. se deduce que los Códigos Deontológicos son muy importantes, pero a modo de complemento de la normativa existente. Señala expresamente que “Cuando sea conveniente, la legislación nacional aplicable a las agencias de empleo privadas debería completarse

previamente el significado práctico de cada una de estas AEP, así como los aspectos generales que se puedan extraer para todas ellas. Advertir simplemente que aquí se van a analizar las que más se vienen utilizando por el momento, y se van a excluir expresamente las Empresas de Trabajo Temporal, aunque por supuesto se incluyen dentro de las llamadas AEP. Su exclusión se debe a que éstas ya están reguladas y además han sido tratadas -de sobra- por la doctrina científica, por lo que las aportaciones pueden ser mínimas.

Por otra parte, se va a proponer la inclusión de la regulación de todas las AEP en una única Ley; y al analizar la LE parece que éstas no tienen aquí cabida, pues esta Ley ha tenido la simple intención de fijar el Sistema Nacional de Empleo, sus principios y sus funciones así como hacer referencia a las Entidades que colaboran con los Servicios Públicos de Empleo. Se va a plantear la posibilidad de que las AEP se regulen en una única Ley, y así se evitaría una dispersión normativa, y para ello es necesaria la derogación de la LETT, y crear una nueva Ley en la que se incluyera el régimen jurídico de las diferentes actividades que realizan las Agencias de Empleo Privadas y la posible conexión entre todas ellas. Por el momento, y desgraciadamente, no parece que sea un tema “prioritario” a tratar, pues la nueva Reforma en materia laboral no ha incluido la regulación de estas Agencias,⁹⁶⁸ simplemente en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 2006 se comprometen los agentes sociales a analizar el ámbito de actuación de las “Empresas de Recolocación”, pero no hay referencias al tratamiento en particular de las demás Agencias de Empleo Privadas. Como ya he señalado, esto no exime de su tratamiento y de plantear las cuestiones jurídicas en relación al funcionamiento de estas Agencias.

3.4.1. Empresas de Selección de Personal

No es una novedad que las Empresas de Selección carezcan de un completo régimen jurídico. Pero su agitada proliferación y uso -a veces imprescindible- por las empresas, junto con la ausencia total de referencia normativa que contrasta con su regulación a nivel internacional y en otros países, son razones obvias para que éstas sean aquí analizadas, teniendo en cuenta también que no ha sido un tema preferente de análisis por la doctrina laboralista. Así, los principales análisis de estas Empresas se han realizado en el campo de los

con normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional”.

⁹⁶⁸ La única referencia en materia de colocación a la que se refiere el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm. 141, de 14 de junio de 2006) es en la Disposición Adicional Sexta, sobre la modernización de los Servicios Públicos de Empleo, anunciando el próximo Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal para garantizar la adecuada coordinación con los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.

Recursos Humanos y concretamente en la rama de la Psicología Social. Sin embargo, su actuación implica determinados aspectos jurídicos que no se han tratado en su totalidad, y ello se puede deber a que es una materia que está en terreno de nadie, ya que puede ser tratada por civilistas (al analizar la figura del contrato de selección de personal), por mercantilistas (al analizar la Empresa de Selección de carácter mercantil), y por laboristas (al tratar principalmente los efectos sobre las futuras partes de un contrato laboral). Estas Empresas no se han analizado en profundidad desde ninguna perspectiva, aunque ha predominado la laboral, pero más que para hacer un análisis de éstas, para denunciar la ausencia de regulación que ha llevado en muchas ocasiones a plantear dudas sobre la licitud o ilicitud de su actuación. No cuentan con un régimen jurídico, pues sólo existen referencias -ya históricas- que por el momento no solucionan ningún aspecto problemático del funcionamiento de las Empresas de Selección. Aunque aquí no se pretende volver a realizar un análisis histórico, pues ya se hizo de forma exhaustiva en el Capítulo II, sí es necesario recordarlo brevemente para comprobar el significado actual de estas Empresas de Selección. Las referencias a estas Empresas tanto en la LBE (Art. 40.2 y 44.3), como en el ET (16.2), y en la LISOS 88 (26.3; 27.2 y 3) sólo fueron para regular y sancionar -en caso de incumplimiento- las obligaciones de éstas con el INEM, teniendo en cuenta que por regla general no se admitía la contratación directa. Así, desde un primer momento se aceptó que determinadas empresas, normalmente las que presentan ofertas de empleo de un alto contenido técnico, pudieran acudir al INEM a través de un representante, es decir, a través de las Empresas de Selección de Personal.⁹⁹ Estas Empresas tenían que acudir obligatoriamente para solicitar al trabajador del INEM, pero una vez que acudían y transcurría un período de tres días sin haber encontrado candidato a través de esta vía, se les daba la posibilidad de dar publicidad de su oferta a través de la prensa previo visado del INEM, así como tenían que comunicar las pruebas objetivas que se realizaban a los candidatos, y en el caso de no hacerlo, estas Empresas podían ser sancionadas, según lo establecido en la LISOS 88. A medida que se va modificando la legislación en materia de Colocación con la intención de eliminar todas las cargas burocráticas del INEM, se pierden las escasas referencias sobre la normativa de las Empresas de Selección. Es decir, en la Reforma del año 1994 se cometió un gran error en relación a estas Empresas. Es lógico que se derogaran los preceptos que obligaban a acudir a las Empresas de Selección al INEM para solicitar candidatos, pues se admitió a partir de este momento la contratación directa. Ahora bien, lo que no es lógico es que se “evapore” toda referencia a las Empresas de Selección y en cambio se acepten las Empresas de Trabajo Temporal como AEP, y las Agencias de

⁹⁹ Si se recuerda, la actividad de selección fue tolerada (y regulada) -al igual que ocurrió en Italia- para satisfacer en un principio el mercado de trabajo de los demandantes cualificados, pues el Servicio Público de Empleo no estaba en grado de hacer frente a los costosos gastos de los procesos de selección. REYNERI, E.: *Sociologia del mercato del lavoro*, op.cit., pág. 460.

Colocación sin fines lucrativos como Entidad Colaboradora del INEM. La única referencia a estas Empresas se encuentra actualmente en el TRLISOS, al considerar infracción grave “no informar las empresas de selección de las tareas al Servicio Público de Empleo” (Art. 15), aunque queda vacío de contenido, pues ya no existe obligación alguna de informar al INEM sobre las tareas que éstas realizaban. Así, nos encontramos ante una situación de ausencia normativa aunque sin dudar de su existencia y su legalidad. Y es aún más sorprendente que después de haber ratificado España el Convenio núm. 181 OIT y habiendo llevado a cabo una reforma expresa en materia de empleo (LE), no se haya hecho ninguna mención a las Empresas de Selección de Personal, pues tan sólo se hace alusión a la actividad de selección que realizan los Servicios Públicos de Empleo, al señalar el Art. 22.3 LE que “con el fin de asegurar el cumplimiento de los citados principios, los servicios públicos de empleo garantizarán que el proceso específico de selección y casación entre oferta y demanda de empleo corresponde, con carácter general, al servicio público de empleo y a las agencias de colocación debidamente autorizadas”. Este precepto lo único que puede traer son confusiones, ya que de su lectura se podría llegar a la conclusión de que los únicos que pueden realizar un proceso de selección son los Servicios de Empleo y las AC, pero no es cierto ni encaja con la realidad actual; y por otro lado, no se entiende cómo no se ha llevado a cabo un régimen jurídico del proceso de selección realizado por las Empresas de Selección para garantizar que estos procesos respetan los principios establecidos en nuestro ordenamiento.

Planteada la situación de ausencia normativa en la que se encuadran estas Empresas, se va a partir, para su análisis, de un estudio práctico de éstas para posteriormente plantear las cuestiones jurídicas más problemáticas y realizar un análisis jurisprudencial sobre los litigios surgidos fruto de su funcionamiento. Antes de todo, es necesario explicar por qué se viene utilizando en este estudio el término “Empresas de Selección”. Se ha debido principalmente a que es el que se ha seguido en la escasa normativa existente, y, actualmente es el que utiliza la Asociación que representa a estas Empresas.⁹⁷⁰ No obstante, también se les conoce en numerosas ocasiones como Agencias de Selección de Personal o Gabinetes de selección, o incluso actualmente como Consultoras de Recursos Humanos.

⁹⁷⁰ Asociación Estatal de Empresas de Selección, Evaluación y Desarrollo de Personal (AESEDP).

a) Significado práctico

La proliferación desde los años ochenta -acentuándose en la actualidad- de las Empresas de Selección se ha debido principalmente a las cada vez más acentuadas dificultades de encontrar personal adecuado a las características de una determinada empresa, debido, sobre todo, al aumento de la necesidad de contar con trabajadores cada vez más especializados.⁹⁷¹ Esta actividad viene importada de Estados Unidos y Reino Unido, por lo que en la mayor parte de las ocasiones las Empresas de Selección que actúan en España cuentan con un importante capital extranjero y suelen ser filiales de multinacionales del sector. Las ESP se pueden definir como aquellas que realizan el proceso de selección de personal para una empresa, entendiéndose éste como la búsqueda de candidaturas externas a la empresa para cubrir vacantes de nueva creación. Sin embargo, dentro de esta amplia definición se encuadran distintas Empresas de Selección en función de su tamaño, de su actividad, de los modelos de organización que utilizan o por el tipo de prestaciones ofrecidas,⁹⁷² pudiéndose distinguir tres tipos, aunque en muchas ocasiones una misma empresa ofrece distintos servicios. Éstas son las siguientes:

a.1. Clasificación

- Empresas de Selección de Personal
- Empresas *Executive Search* o *Head-hunting*
- Empresas de Selección de Personal Especializadas

-Las Empresas de Selección de Personal son Consultoras que se encargan de la Selección y Evaluación de Personal, normalmente para puestos Intermedios y Directivos y que actúan en sectores muy diversos, tanto en la empresa privada como cuando se va a contratar a personal laboral en la Administración Pública. El proceso de selección que llevan a cabo se inicia siempre mediante una petición formal y escrita por parte de la empresa cliente, que antes ha valorado el acudir a una Empresa de Selección para que ésta realice el

⁹⁷¹ CORNO, R.: "Le agenzie di ricerca e selezione", VV.AA (A cura di Olivelli, P.; Tiraboschi, M.): *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè Editore, Milano, 2005 op.cit., pág. 217.

⁹⁷² BESSY, C.: "Cabinets de recrutement et formes d'intermédiation sur le marché du travail", VV.AA.: *Les intermédiaires du marché du travail*, Louis-Jean, France, 1997, págs. 128-129.

proceso de búsqueda y de selección de personal, pues hay que tener en cuenta que no siempre el proceso de selección se realiza a través de estas Empresas, ya que al decidirlo tienen en cuenta los costes económicos atendiendo tanto a los costes directos como indirectos,⁹⁷³ e incluso en muchas ocasiones acuden para “reclutar” personal a los propios trabajadores de la empresa a través de la promoción interna,⁹⁷⁴ o en otras ocasiones utilizan formas mixtas de reclutamiento, dentro de la empresa (reclutamiento interno) y posteriormente fuera de ella (reclutamiento externo).⁹⁷⁵ Pero también cuando deciden realizar el reclutamiento externo, lo pueden hacer a través del Departamento de Selección de Personal de su empresa, aunque no es una práctica habitual.⁹⁷⁶

Pues bien, aquí se va a analizar exclusivamente el proceso de selección realizado por las Empresas de Selección de Personal, que, como se ha visto, inciden numerosos factores para que la empresa cliente acuda a ésta.

Una vez que la empresa cliente ha hecho una petición solicitando estos servicios, se envía una Oferta de Colaboración, explicando el proceso de selección a realizar en función del perfil del puesto que se pretende cubrir, para posteriormente formalizar un contrato (de arrendamiento de servicios, como se analizará detenidamente) entre la empresa cliente y la consultora de selección. Así, la fase inicial del proceso consta de la descripción del puesto

⁹⁷³ CLAVER CORTÉS, E.; GASCÓ GASCÓ, J.L.; LLOPIS TAVERNER, J.: *Los recursos humanos en la empresa. Un enfoque directivo*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 131.

⁹⁷⁴ En el ámbito empresarial, la mayoría de los directores de empresa, hombres de personal y consultores externos, prefieren la promoción interna a la hora de cubrir un puesto de trabajo antes que acudir al reclutamiento externo, pues tienen más ventajas que inconvenientes, ya que es uno de los mejores medios de motivación de personal. Véase PUCHOL, L.: *Dirección y Gestión de Recursos Humanos*, ESIC, Madrid, 1993.

⁹⁷⁵ AGUIRRE DE MESA, J.M.; ANDRÉS REINA, M.P.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.R.; TOUS ZAMORA, D.: *Dirección y gestión de personal*, Pirámide, Madrid, 2000, pág. 196.

Además, los Convenios Colectivos recogen también las diferentes formas de reclutamiento por parte de la empresa. De este modo, los Convenios Colectivos de empresa y en otras ocasiones los Convenios de sector establecen el criterio de la prioridad o preferencia de la promoción interna sobre la contratación exterior, aunque también hay convenios que paralelamente a la convocatoria interna anuncian las vacantes en el exterior. Véase AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva”, *AS*, núm. 1, mayo (2003), pág. 47.

⁹⁷⁶ En el Estudio Anual de Retribuciones 1997-1998 realizado por Ernst&Young Consultores (ERNST&YOUNG Consultores: *Manual del Director de Recursos Humanos*, Cinco Días, Madrid, 1998, pág. 272), se pudo comprobar a través de un estudio de 140 empresas que el 27 por 100 tenía un Departamento de Selección en su propia empresa.

por parte de la ESP, para profundizar en el puesto a seleccionar, y realizar el *reclutamiento* entendido como el “conjunto de procedimientos que tienden a atraer candidatos potencialmente cualificados y capaces de desempeñar los cometidos que se asignen”.⁹⁷⁷ No existe un número determinado de candidatos idóneos por cada puesto vacante, sino que va a depender en cada momento de las características de éste, de la situación del mercado de trabajo y de las técnicas de reclutamiento a utilizar.⁹⁷⁸ La búsqueda de candidatos se inicia normalmente con la búsqueda de candidaturas internas al contar estas Consultoras con su propia Bolsa de Trabajo, o también pueden realizar la búsqueda a través de su propia página Web. Una vez agotadas las fuentes internas, si se estima necesario, se acude a las fuentes de selección externas, previa autorización del cliente. Una práctica muy utilizada es la de reclutar a través de anuncios en la prensa o bien por palabras o por medio de los anuncios ordinarios de reclutamiento o llamados también anuncios de empleo que se utilizan para reclutar a personas que vayan a ocupar puestos de trabajo de mayor entidad.⁹⁷⁹ Y también cada vez más se utilizan las Webs de Empleo, en la que las Consultoras incluyen las ofertas en portales de empleo. Esto significa que en pocas ocasiones las propias Empresas de Selección utilizan como vía de reclutamiento externo los Servicios de Empleo o las Agencias de Colocación sin fines lucrativos,⁹⁸⁰ por lo que no existe ningún vínculo de estas Empresas con los intermediarios previstos legalmente.

A la fase previa del proceso de selección que está presidida por el reclutamiento, llega la fase central en la que se procede a seleccionar a las personas más idóneas para el puesto adecuado, y para ello se inicia el filtraje de los Currículum en la que se hace una primera criba valorando requisitos básicos del perfil del candidato, y posteriormente se realiza una entrevista telefónica a aquellas personas que cumplen los requisitos esenciales, y quien la haya superado se les cita para que realicen las pruebas que se han fijado en el proceso de selección. También, en ocasiones, además de realizar pruebas profesionales (Test de aptitudes, Cuestionarios de Personalidad Laboral, Cuestionarios de Motivación, etc.) se realizan Reconocimientos médicos para comprobar la idoneidad física de la persona para el

⁹⁷⁷ CLAVER CORTÉS, E.; GASCÓ GASCÓ, J.L.; LLOPIS TAVERNER, J.: *Los Recursos Humanos en la empresa*, op.cit., pág. 131.

⁹⁷⁸ Normalmente se basan en experiencias de reclutamiento anteriores para determinar la cifra de candidatos idóneos por cada puesto de trabajo. Véase ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M.; FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo, reclutamiento*, op.cit.

⁹⁷⁹ ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M.; FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo, reclutamiento...*, op.cit., pág. 190.

⁹⁸⁰ Véase GONZALO VIDAL.: “El ordenamiento laboral vigente y su reforma: un tejido social en crisis”, op.cit.

puesto que está destinado, y la comprobación del estado general de salud del trabajador. Y, por último, una vez que cuentan con los resultados, se preseleccionan los candidatos que mejor se ajusten al perfil, se elaboran los Informes de Selección y se presentan en un tiempo determinado desde que se inicia tal proceso.

La última fase del proceso de selección se compone de la adscripción al puesto de trabajo y acogida, en la que las Empresas de Selección realizan un seguimiento del candidato contratado por la empresa cliente durante un tiempo pactado en el contrato -que no siempre coincide con el período de prueba- y se compromete a enviar a otro candidato en el caso de que el incorporado no cumpla objetivamente los requisitos especificados en la definición del perfil, o si el rendimiento del candidato no se ajusta a la dimensión del puesto o lo abandona por motivos no justificables de forma objetiva, siempre y cuando la empresa cliente haya efectuado el pago de los honorarios y ponga en conocimiento este hecho en un determinado período de tiempo.

Otro dato a tener en cuenta, y que es el que más litigios provoca en la práctica, es el del pago de los honorarios, que suele ser diferente dependiendo de si la selección se ha hecho para un solo puesto de trabajo, que en este caso se fija según un porcentaje del salario bruto anual más los gastos de los anuncios realizados; y en el caso de que se realice una selección de varios candidatos, el pago se hace por candidato, sin tener en cuenta el salario bruto anual de éste, sino las fases del proceso. En ambos casos, el pago se fracciona en varias partes: el primer pago tiene lugar con la aprobación de la oferta, que se paga un porcentaje, y el segundo en la fase final del proceso.

2. Las Empresas *Executive-Search* o *Head-Hunting* presentan algunas diferencias con las clásicas Empresas de Selección de Personal analizadas. Se encargan de la búsqueda y selección de ejecutivos, que cada vez más están reconocidas en España como una importante práctica profesional de auténtico valor añadido para las empresas. Además del carácter tan especializado, el candidato no es un trabajador desempleado, pues este tipo de Empresas se encargan de buscar altos directivos ya empleados evitando candidatos sin experiencia, y realizan sobre todo una labor de convencer al trabajador altamente cualificado para que deje su puesto de trabajo y empiece una vida laboral en otra empresa, en la que le ofrecen principalmente mejores condiciones económicas y profesionales. El proceso de selección se realiza por iniciativa de la empresa cliente, aunque en algunas Empresas *Head-Hunting* admiten el *drop-in* o envío del currículum directamente por el directivo.⁹⁸¹

La fase de selección del candidato más adecuado difiere también de la realizada en las Empresas de Selección, pues en este caso no se utilizan las diferentes pruebas profesionales,

⁹⁸¹ ERNST&YOUNG CONSULTORES.: *Manual del Director de Recursos Humanos*, op.cit., pág. 282.

sino que analizan directamente el currículum, las entrevistas y estudian las referencias y la información confidencial.

La fase final del proceso de selección se realiza prácticamente de la misma forma, es decir, se establece en el contrato firmado entre la Empresa *Head-Hunting* y la empresa cliente una cláusula de garantía para aplicarla en el caso de que el candidato empleado no cumpla los requisitos iniciales. Por último, los honorarios a pagar suelen ser muy elevados, ascendiendo hasta el 33 por 100 del sueldo total de un año, e incluso puede superarse dicha cantidad en el caso de que la persona sea por fin contratada.⁹⁸²

3. Por último, las Empresas de Selección Especializadas se podrían considerar en un nivel intermedio entre las clásicas Empresas de Selección y las Empresas de *Head-Hunting*. Estas Empresas se van haciendo con su cartera de clientes para ofrecer sus productos, realizando principalmente la búsqueda de candidatos especializados en un determinado sector, generalmente candidatos que se dedican a una profesión liberal (abogados, economistas, etc.), que están interesados en la oferta de dicho puesto de trabajo, en la que en la mayoría de las ocasiones se exige experiencia profesional previa. Quien realiza el proceso de búsqueda y selección son consultores que tienen -en términos generales- el mismo perfil que a quien van a reclutar, y esto les permite realizar una selección de calidad y ajustarse al máximo al perfil requerido por la empresa cliente. El reclutamiento se suele hacer, además de en su propia página Web, en prensa especializada, utilizándose las Escuelas Privadas de Negocios de postgrado, y la red de amistades o conocidos, llamadas red de relaciones o *networking*. Según resultados de estudios, esta forma de reclutamiento cuenta con buenos resultados ya que se ha comprobado que en muchas ocasiones tienen una mayor permanencia en la empresa que otros trabajadores reclutados en su día por otros medios diferentes.⁹⁸³

En este tipo de Empresas, en la fase siguiente al reclutamiento normalmente no se utilizan las pruebas profesionales, si bien la más utilizada es la prueba para determinar la inteligencia de una persona, así como las entrevistas personales. Siempre se firma en el contrato -del mismo modo que en los anteriores tipos de empresas- una cláusula de garantía para que pueda responder la Empresa de Selección en el caso de que el candidato no se adecue al puesto solicitado por la empresa cliente. Y en cuanto al pago de los honorarios, suelen ser más moderados que los que utilizan las Empresas *Head-Hunting* aunque también son elevados oscilando entre 16% al 22% del salario bruto anual del candidato.

⁹⁸² DOLANS, S.; SCHULLER, R.; VALLE, R.: *La gestión de los Recursos Humanos*, MacGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 82; ERNST&CONSULTORES.: *Manual del Director de Recursos Humanos*, op.cit., pág. 82.

⁹⁸³ ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M.; FLÓREZ SABORIDO, I.: *Mercado de trabajo, reclutamiento*, op.cit., pág. 190.

b) Análisis jurídico

b.1. Las diferencias que presentan con otros Agentes de la Intermediación

Como ya se ha venido analizando, las Empresas de Selección nunca han sido reguladas en su totalidad, sólo en algunos aspectos laborales tanto en la LBE como en la LISOS, quedando actualmente una única referencia a estas Empresas en el Art. 15 del TRLISOS, referencia hoy anacrónica pues no existe una obligación legal de informar las Empresas de Selección a los Servicios Públicos de Empleo de sus tareas para que se les pueda aplicar esta sanción en caso de incumplimiento. Sin embargo, la ausencia de legislación no puede conducir a entender como ilícita su actividad, debido a que la actuación de estas Empresas en el mercado de trabajo es hoy en día una práctica más que consolidada,⁹⁸⁴ y admitida tanto por el ordenamiento comunitario (TJCE)⁹⁸⁵ como por la normativa internacional (Convenio núm. 181 OIT) ratificada por España. Se parte de la idea de que estas Empresas no cuentan con una regulación expresa, y tampoco se les puede aplicar la normativa existente para otras instituciones que se encargan actualmente de la Actividad de Colocación:

-Así, se podría plantear la duda de si estas Empresas se podrían equiparar a las Agencias de Colocación (con fines lucrativos). En este caso se llegaría a la conclusión de que estas Empresas estarían prohibidas al considerarse ilícita la actividad de las Agencias de Colocación con fines lucrativos el Art. 16.2 ET.⁹⁸⁶ Adelanto que aunque presentan

⁹⁸⁴ Ya señalaba el Prof. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: (“Política de Empleo y servicios de colocación”, op.cit., pág. 135), que se estaba produciendo una constante paradoja en la materia, pues a medida que van creciendo estas agencias y su uso es cada vez mayor, se produce la reducción a un mínimo de su régimen jurídico.

⁹⁸⁵ STJCE *Hofner-Elser/Macroton* (Asunto C-41/90) y STJCE *Job Centre* (Asunto C-55/96).

⁹⁸⁶ Algunos autores han puesto de manifiesto que la actuación de las Empresas de Selección ha constituido (y constituye) una excepción a la regla general de prohibición de la existencia de Agencias Privadas de Colocación. Véase VALDÉS DAL-RE, F.: “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, op.cit., pág. 264. Del mismo modo indicó GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 78, que las Empresas de Selección de Personal realizan funciones de colocación cuya finalidad es servir de encuentro a la oferta y demanda de trabajo, actividad que a fin de cuentas es atribuida en exclusiva al Estado.

similitudes, no se pueden equiparar las Empresas de Selección a las Agencias de Colocación con fines lucrativos, pues estas últimas se encargan de ajustar ofertas y demandas de trabajo, es decir, realizan funciones de intermediación laboral. Y sin embargo, aunque las Empresas de Selección realizan una actividad muy próxima a la Intermediación, invadiendo este campo⁹⁸⁷ -ya que previamente a la selección propiamente dicha realizan una búsqueda de candidatos- no se puede considerar esta actividad simplemente encuadrada dentro de las Agencias de Colocación con fines lucrativos, y ello porque presentan varias diferencias: en primer lugar, las Agencias que se dedican a la actividad de Intermediación cuentan con su propio registro de demandantes de empleo, mientras que las Empresas de Selección realizan un proceso de búsqueda tanto interna, que se puede parecer al registro que tienen las Agencias de Colocación y los Servicios de Empleo, pero también realizan un proceso de búsqueda externa de candidatos. Por otra parte, son Empresas que han nacido en el ámbito empresarial para satisfacer necesidades de determinadas empresas en un mercado de trabajo altamente especializado, por lo que la intención no es la de conseguir y ayudar a un trabajador a buscar un empleo, sino su finalidad es la de facilitar a la Empresa cliente candidatos que se adecuen al perfil del puesto de trabajo que pretenden cubrir, persiguiendo principalmente una adecuada situación económica de la empresa. Así pues, las Empresas de Selección no se crean con la finalidad única de intermediar en el mercado de trabajo, sino como un instrumento capaz de ayudar a las empresas a ser más competitivas. Probablemente este tipo de Empresas han ido proliferando en el mercado de trabajo debido a las limitaciones que han presentado las Agencias de Colocación creadas hasta el momento, pues además de carecer de fines lucrativos, su actividad se limita a la de ajustar ofertas y demandas de trabajo que tienen inscritas en su registro. Las Empresas de Selección ofrecen a la empresa cliente la búsqueda activa de candidatos por otras fuentes (tanto internas como externas) que les permite contar con candidatos más ajustados al perfil del puesto de trabajo solicitado, habiendo mayores posibilidades de encontrar al candidato adecuado, y además, añaden el servicio concreto de la selección basada en pruebas altamente especializadas. La conclusión a la que se puede llegar es que estas Empresas realizan una actividad muy parecida a la de Intermediación aunque sus funciones se amplían con respecto a éstas. Ahora bien, las diferencias presentadas entre éstas y las Agencias de Colocación con fines lucrativos no constituyen un dato para prohibir unas expresamente y aceptar -tácitamente- las otras. La solución estaría en regular ambas, incluso permitir que una misma Empresa realizase tanto la Actividad de Colocación como la actividad de búsqueda y selección de personal. Eso sí, siempre que se controlen éstas y sobre todo se respete la gratuidad de sus servicios para los “candidatos” o demandantes de empleo, aunque se pueda admitir alguna excepción como después se analizará.

⁹⁸⁷ LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., pág. 84.

-Si admiten algún parecido con las Agencias de Colocación con fines lucrativos, no pasa, por el contrario, con las Empresas de Trabajo Temporal. Aunque los dos tipos de Empresas se incluyen dentro del término “Agencias de Empleo Privadas” acuñado por la OIT en el Convenio núm. 181, las ETT van a ser al mismo tiempo empleador y Agencia, cuya finalidad es la de emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (Empresa Usuaria) que determine sus tareas y supervise su ejecución. Es habitual pensar en el ámbito empresarial que las ETT se utilizan por las Empresas como “Empresas de Selección de Personal”⁹⁸⁸ para puestos menos cualificados, mientras que se utilizan las Empresas de Selección (todos los tipos) para cubrir puestos de trabajo más especializados y cuando pretenden contratar directamente al trabajador, pues no hay que olvidar que en el caso de acudir a una ETT la empresa cliente (usuaria) no va a ser el empleador, sino que es la ETT. Hay que recordar, además, que por el momento una ETT no puede realizar procesos de selección como los realizan las Empresas de Selección, pues la ley que las regula les exige dedicación exclusiva de su actividad constitutiva (Art. 2.1. b) LETI).⁹⁸⁹

-Ni tampoco se pueden considerar las Empresas de Selección como Entidades Colaboradoras de los Servicios de Empleo: en primer lugar, porque las ESP persiguen ánimo lucrativo, cobrando por su actividad a la empresa cliente, y en segundo lugar, y lo que es más importante, las Empresas de Selección no se encargan de realizar el proceso de selección de los candidatos propuestos por el Servicio de Empleo, sino que tal proceso lo hacen teniendo en cuenta los candidatos que ellos previamente han buscado, y que además, en la mayoría de las ocasiones no los captan de entre los inscritos en los Servicios de Empleo.

En definitiva, la ausencia de una regulación específica de éstas y la diferenciación que presenta en las actividades que desempeña con respecto a otras instituciones que se encargan de la Actividad de Colocación y que cuentan con un marco normativo más o menos regulado en nuestro ordenamiento, lleva a plantear algunas cuestiones jurídicas para poder ir determinado los puntos débiles de su actuación y los aspectos en los que es necesario incidir de cara a un próximo régimen jurídico. Para ello se van a tratar los aspectos jurídicos en su conjunto, sin hacer una referencia expresa a cada una de las Empresas de Selección clasificadas, aunque cuando sea necesario se harán referencias específicas.

⁹⁸⁸ En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a.N.: “Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial”, *RMTAS*, núm. 48, (2004), pág. 45.

⁹⁸⁹ En Francia, la cesión de trabajadores se tiene que efectuar de forma exclusiva. VIGNEAU, C.: “Employment Agencies: Temporary Agency Work in France”, 23 *Comparative Labor Law & Policy Journal*, (2001), pág. 48.

b.2. Aspectos jurídicos en las fases del proceso de selección

A primera vista, aunque después tenga su explicación, llama la atención que el proceso de selección de personal esté especialmente regulado en la Administración Pública y sin embargo no haya una regulación de éste para aplicar en la Empresa Privada.⁹⁹⁰ Ello es consecuencia de la mayor libertad en el sector privado, dejando a la negociación colectiva, que lo hace en algunas ocasiones, que determine específicamente la forma de acceso de los trabajadores a la empresa marcando las pautas a seguir en el proceso de selección. Aquí, sin embargo, no es intención explicar las limitaciones que puede encontrar el trabajador en la fase previa del contrato, es decir, la regulación específica del proceso de selección que realizan las empresas, sino lo que se pretende analizar son los aspectos jurídicos que se plantean en la actividad específica de las Empresas de Selección de Personal.

Y a pesar de que no haya una regulación expresa del régimen jurídico de las ASP, no significa que el proceso de selección que realizan quede al margen de cualquier tipo de responsabilidad, pues se aplican normas generales, principalmente, en lo que respecta a la protección de datos,⁹⁹¹ a la discriminación en el acceso al empleo, y también tienen que respetar las cláusulas de los Convenios Colectivos que afectan a la empresa cliente.⁹⁹² Por el momento, lo que interesa es poner de manifiesto los principales problemas jurídicos que se plantean:

⁹⁹⁰ CORRAL VILLALBA, J.: *Manual de Gestión del Personal de la Administración Local*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 307.

⁹⁹¹ En un Informe realizado por la AEPD sobre la aplicación por las Empresas de Selección y Consultoras de Recursos Humanos de la normativa sobre protección de datos, se ha podido comprobar que no todas ellas se inscriben en el Registro General de Protección de Datos y que, “quizás sean precisamente las entidades agrupadas en esta categoría las que realizan un tratamiento más exhaustivo de los datos recabados pues, al contar con una larga experiencia y un alto nivel de especialización, disponen por lo general de potentes herramientas para la explotación de completísimas bases de datos alimentadas a lo largo de los años. A este se añade el hecho de que, los datos se enriquecen con las impresiones subjetivas obtenidas durante la entrevista de los candidatos”. AEPD.: *Selección de personal a través de Internet*, op.cit., pág. 18.

⁹⁹² Así, por ejemplo, la LOIHM ha introducido un nuevo apartado en el artículo 17 ET (17.4) que señala que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate.

*Así, en la fase de reclutamiento que realizan estas Empresas, se puede plantear algún problema en relación al uso de las Bolsas de Empleo propias con las que cuentan estas Empresas para reclutar en un primer momento trabajadores, antes de proceder a la utilización de fuentes externas. Muchas Empresas de Selección cuentan con bases de datos de Currículum que les llegan por correo tradicional o electrónico o bien de candidatos que en anteriores convocatorias de selección no fueron contratados porque no se ajustaban al perfil concreto del puesto. ¿Están estas Empresas legitimadas para crear un fondo o un banco de datos sobre los candidatos? Desde el ámbito de la protección de datos de los candidatos, que es en principio la única posible limitación con la que podrían contar, se puede desprender que estas Bolsas de Trabajo serían legítimas siempre y cuando la Empresa de Selección notifique la creación de ficheros de datos de carácter personal a la Agencia de Protección de Datos (Art. 26 LOPD), y en caso de incumplimiento se le aplicaría el régimen sancionador establecido en la misma LOPD. Sin embargo, no se exige por ley una autorización administrativa para la creación de estas Bolsas de Trabajo.⁹⁹³

También en esta fase al utilizar en muchas ocasiones el reclutamiento externo a través de las páginas Web especializadas o en anuncios en prensa, la Empresa de Selección podría ser sancionada por infracción grave en el caso de que lleven a cabo *la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado...* (Art. 15.5 TRLISOS), o también ser sancionadas por *establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado*” (Art. 16.2 TRLISOS).

*Es sobre todo en la realización de las pruebas de selección donde mayores problemas jurídicos se pueden presentar, principalmente relacionados con la violación de derechos fundamentales, destacando el derecho a la intimidad del trabajador y la discriminación en el acceso al empleo. Ya de entrada el concepto de selección implica desde un principio tintes discriminatorios y ello porque las pruebas de idoneidad se tienen que basar en la *capacidad de discriminar* para que lleguen a superarlas sólo los candidatos adecuados. Ahora bien, dentro de la condición indispensable en la selección de personal de elegir a uno de entre los muchos candidatos que se han seleccionado, todos ellos tienen que contar con las mismas oportunidades para realizar la prueba (libertad de prejuicio)⁹⁹⁴ por lo que

⁹⁹³ Véase GOÑI SEIN, J.L.: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, VV.AA. (Alarcón Caracuel, M.R.; Esteban Legarreta, R. Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, pág. 65.

cumpléndose este requisito se estaría haciendo la selección en las condiciones legales para no vulnerar el principio de igualdad establecido en la Constitución (Art. 14 CE) y concretamente los artículos relacionados con la discriminación en el acceso al empleo (Art. 17 ET y 22 bis LE⁹⁹⁵). Aunque este último artículo va dirigido a los intermediarios reconocidos legalmente, también esta normativa se debe entender aplicable a las Empresas de Selección.

Por tanto, cuando en el ámbito de los Recursos Humanos se dice que las pruebas de idoneidad “deben proporcionar información que discrimine a los candidatos” significa que es necesario que una prueba no sea demasiado fácil -puesto que la superarían todos- ni demasiado difícil -pues nadie la aprobaría- para que la misma aporte información y permita diferenciar a los candidatos entre sí, siempre respetando las mismas condiciones de igualdad de acceso de los candidatos a dichas pruebas.⁹⁹⁶ En este caso se está produciendo una “discriminación” permitida.

Así, siguiendo los estudios realizados desde un punto de vista jurídico sobre la protección a la intimidad del trabajador en la fase de acceso al empleo,⁹⁹⁷ la Empresa de Selección está legitimada para conocer los antecedentes laborales del trabajador, así como el estado civil, pues se entiende que “se trata de una circunstancia que puede ser conocida y divulgada públicamente”.⁹⁹⁸ Sin embargo, no serían pertinentes preguntas relativas a los antecedentes penales,⁹⁹⁹ y no parecen acordes las indagaciones sobre su ideología, o en relación a la afiliación sindical o creencias.

⁹⁹⁴ CLAVER CORTÉS, E.; GASCÓ GASCÓ, J.L.; LLOPIS TAVERNER, J.: *Los Recursos Humanos en la Empresa*, op.cit., pág. 142.

⁹⁹⁵ Este artículo ha sido introducido por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

⁹⁹⁶ CLAVER CORTÉS, E.; GASCÓ GASCÓ, J.L.; LLOPIS TAVERNER, J.: *Los Recursos Humanos en la empresa*, op.cit., pág. 144.

⁹⁹⁷ La autoría de los estudios aquí seguidos corresponden a GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, op.cit., y a DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998.

⁹⁹⁸ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, op.cit., pág. 95.

⁹⁹⁹ Se indica que “aunque no hay un tratamiento específico de esta materia si bien podríamos encuadrar las averiguaciones sobre antecedentes penales “no pertinentes” en un tratamiento discriminatorio para acceder al empleo que tienen su causa en la condición social de la persona (Art. 4.2.c) y 17 ET) en íntima conexión con lo dispuesto en el Art. 25 CE “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad

Tampoco todos los mecanismos o “instrumentos de investigación psicológica”¹⁰⁰⁰ respetan de igual modo los derechos fundamentales de los candidatos. Aunque la entrevista tiene importantes ventajas para el empresario al conocer personalmente los rasgos de la personalidad del candidato, es muy difícil comprobar el contenido de las entrevistas y ello porque aunque se tienen que desechar las preguntas que no estén relacionadas con el puesto de trabajo a cubrir, es muy difícil controlar las pruebas antidiscriminatorias que se realizan. En definitiva, estarían admitidas todo tipo de pruebas siempre y cuando se realizaran para elegir a un candidato teniendo en cuenta sólo la actividad de la empresa y el puesto de trabajo a cubrir.¹⁰⁰¹

Por último, indicar que algunas empresas encargan también a las Empresas de Selección que les realicen a los futuros candidatos reconocimientos médicos para comprobar el estado de salud del trabajador y sobre todo si está en condiciones físicas y psíquicas para poder realizar el puesto de trabajo para el cual se va a seleccionar. Desde un punto de vista jurídico sólo se permite realizar un reconocimiento médico previo a la admisión al trabajo cuando los trabajadores van a cubrir puestos con riesgos de enfermedad profesional (Art. 196 LGSS). En los demás casos, el deber de vigilancia de la salud se refiere a la posibilidad de realizar reconocimientos médicos una vez incorporado el trabajador en el puesto de trabajo. Esto significa, que, según la normativa vigente, queda prohibido el examen médico preventivo antes de la formalización del contrato de trabajo y que sirva para seleccionar a los trabajadores,¹⁰⁰² aunque la jurisprudencia viene admitiendo los reconocimientos previos al desempeño de un puesto de trabajo siempre que estén justificados “a la constatación de que el aspirante reúne las condiciones psicofísicas que precisa el normal y pleno desarrollo del contenido funcional específico de cada puesto de trabajo... El empresario ha de disponer del margen de discrecionalidad que le otorga o es inherente al ejercicio de sus funciones directivas y organizativas, debiendo aceptarse sus decisiones al respecto siempre que resulten proporcionadas por obedecer a criterios objetivos y razonables en función de la naturaleza

estarán orientadas a la reeducación y reinserción social”. Véase DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, op.cit., pág. 95.

¹⁰⁰⁰ DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, op.cit.

¹⁰⁰¹ BURGOS GINER, M.^aA.: “Facultades empresariales de control en la fase de acceso al empleo y formalización del contrato de trabajo”, *TS*, núm. 159, marzo, (2004), pág. 27.

¹⁰⁰² Para un estudio del examen médico preventivo, véase RIVERO LAMAS, J.; DE VAL TENA, A.L.: “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, VV.AA. (Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M.^aN. Dirección.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada, 2004, págs. 207 y ss.

del trabajo y las circunstancias en que ha de prestarse”.¹⁰⁰³ Es decir, se admiten tales reconocimientos médicos excluyéndose en este caso la presencia de un móvil discriminatorio. Además, en la práctica se producen estos reconocimientos médicos, bien encargándose las Empresas de Selección con personal especializado, o bien encargándolo la empresa directamente, siendo las empresas con mayores recursos y dimensiones las que disponen de más medios para poder realizar exámenes de admisión a los trabajadores, y tras un minucioso examen médico suelen contratar a los trabajadores más adecuados a los puestos de trabajo a cubrir y en perfectas condiciones físicas.¹⁰⁰⁴

Así pues, ante una falta de regulación específica, por el momento, si una Empresa de Selección realiza cualquier tipo de prueba discriminatoria podría ser sujeto infractor, según lo señalado en el Art. 16.2 TRLISOS, y además el propio candidato puede iniciar un proceso en reclamación de tutela de derechos fundamentales, no sólo contra la empresa cliente sino también contra la Empresa de Selección, y también reclamar la indemnización de daños por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del trabajador, según lo establecido en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho Civil al Honor, a la intimidad personal y Familiar y a la propia imagen.

b.3. El contrato celebrado entre la Empresa de Selección y la Empresa cliente

Al no existir una regulación expresa de las Empresas de Selección de Personal, se tiene que acudir a la doctrina judicial para determinar en primer lugar cuál es la relación jurídica existente entre la Empresa de Selección y la Empresa Cliente, que es la que contrata los servicios de esta Empresa. Por este motivo, no se hará referencia al candidato, pues no existe ningún vínculo jurídico entre éste y la Empresa de Selección. Y, en segundo lugar, determinar los problemas que se han ido planteando en relación al incumplimiento del contrato por alguna de las partes que intervienen en dicha relación jurídica.

-Es unánime considerar que el denominado en muchas ocasiones por la doctrina judicial “Contrato de selección de personal” se incluye en la categoría del contrato de arrendamiento de servicios, regulado en el Art. 1544 CC, pues ha rechazado considerarlo

¹⁰⁰³ STSJ Madrid, núm. 766/2004 (Sala de lo Social), de 20 de septiembre, (JUR 2004/277909).

¹⁰⁰⁴ PANZANI, L.: “Riforma del collocamento e legislazione”, VV.AA.: *Riforma del collocamento e mercato del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1981, pág. 43.

como un “contrato de obra”,¹⁰⁰⁵ como un “contrato de adhesión”,¹⁰⁰⁶ y en otras ocasiones como un “contrato de mandato”.¹⁰⁰⁷ Y tampoco se ha planteado en ningún momento que el contrato celebrado entre la Empresa de Selección y la empresa cliente sea nulo por estar prohibida en el ordenamiento laboral la causa del contrato, es decir, la colocación con fines lucrativos. Más bien ha sucedido al contrario, se ha justificado su actuación.¹⁰⁰⁸ Así, pues, todos los litigios planteados en la Jurisdicción Civil versan sobre aspectos acerca del cumplimiento de determinadas cláusulas del contrato por las partes, como ahora se analizará.

¹⁰⁰⁵ Concretamente, el “resultado mínimo que debe alcanzarse en una selección de personal consiste, en, a su vez, una mínima satisfacción de las expectativas del cliente o dicho de forma negativa, que el candidato no resulte totalmente inepto para la función...” [SAP Madrid, núm. 303/2005, (Jurisdicción Civil) de 30 de mayo, (JUR 2005/173227)]. Así pues, al considerar el contrato de selección un contrato de servicios, la obligación de la Empresa de Selección es de medios, es decir, ésta se compromete a prestar una actividad -actuación diligente- considerada en sí misma y tendente a conseguir, es decir, se obliga a la adopción de medidas adecuadas, normalmente conducentes a su atención. Sin embargo, en el contrato de obra se puede definir como un contrato en el que el deudor compromete una actividad dirigida a la obtención de un resultado en sentido meramente material, en el que la entrega de la cosa o la restitución es en sí el resultado. Para un estudio de las diferencias entre este tipo de contratos, véase TRIGO GARCÍA, M.^ªB.: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, págs. 86 y ss; VAQUERO PINTO, M.^ªJ.: *El arrendamiento de servicios. Propuesta de un modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005, págs. 10-161.

¹⁰⁰⁶ La SAP Madrid núm. 414/2004, (Jurisdicción Civil) de 4 de julio, (AC 2004/1604) no declara nulo un contrato de selección de personal al no entender que éste se trata de un contrato de adhesión que contiene cláusulas abusivas. “No es un contrato de adhesión pues éste es aquel en el que una de las partes establece un contenido prefijado, de tal modo que la conclusión del contrato no va precedida por una discusión del posible contenido del mismo por las partes contratantes. Las cláusulas no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas, y si los interesados desean contratar, han de aceptar el contenido que con carácter inmodificable se da en el contrato”.

Es acertado el fallo de la sentencia, pues además se puede comprobar del análisis práctico realizado que a la Empresa cliente le llega primero una oferta de colaboración que puede ser modificada antes de firmar el contrato.

¹⁰⁰⁷ La SAP Asturias núm. 350/2003, (Jurisdicción Civil) de 12 de septiembre (JUR 2004/15788) se limita a señalar que “aunque las partes firmen un contrato de mandato, es un contrato de arrendamiento de servicios, por lo que se hace éste”, pero no explica por qué “el contrato de selección de personal” no es un contrato de mandato.

Aquí también se mantiene esta posición, es decir, no se puede encuadrar en el contrato de mandato, y ello porque la empresa de selección ni actúa en nombre propio pero por cuenta de la empresa cliente, ni tampoco obra en nombre y representación de la Empresa cliente, que en este caso además sería mandato representativo.

¹⁰⁰⁸ La SAP Madrid núm. 303/2005, (Jurisdicción Civil) de 30 de mayo, (JUR 2005/173227) señala que “la selección de personal de alta dirección es una actividad especialmente cualificada siendo ésta la razón por la que las empresas contratan a consultores especializados”.

El “Contrato de selección de personal” celebrado entre la empresa cliente y la Empresa de Selección (en todas sus modalidades) es un contrato de arrendamiento de servicios, al encajar la definición de éste en el contenido del “Contrato de selección de personal”. Así, se puede definir el contrato de arrendamiento de servicios como aquel contrato mediante el cual una de las partes se compromete a realizar una determinada actividad a favor de otra persona, por un precio cierto y por un tiempo fijado de común acuerdo por los contratantes. En esta definición encaja perfectamente el Contrato de selección de personal. Así, aunque en el contrato de arrendamiento de servicios rige la libertad de forma, sería conveniente que se realizara siempre en este caso -para el contrato de selección de personal- por escrito, para evitar problemas posteriores de determinación de la existencia de tal contrato.¹⁰⁰⁹ Un dato a tener en cuenta a la hora de resolver litigios sobre el “contrato de selección de personal”, es que, a pesar de que se califica como un contrato de arrendamiento de servicios, cuando se interpretan las cláusulas específicas del contrato de selección, el juez se basa principalmente en la buena fe y en los usos del sector.¹⁰¹⁰

En definitiva, aunque se puede incluir dentro de la categoría general de contrato de arrendamiento de servicios, lo cierto es que se viene denominando “contrato de selección de personal” produciéndose una tipificación extralegal, siendo necesario que el legislador lo tipificara.¹⁰¹¹

Desde un punto de vista práctico, siguiendo la doctrina judicial, se pueden extraer cuáles son los principales litigios que surgen por el incumplimiento de tal contrato:

-En primer lugar, se produce un incumplimiento en relación a la obligación por parte de la Empresa de Selección de realizar una actividad a favor de la Empresa cliente, que consiste en presentar a la empresa que contrata los servicios el candidato/s que reúna/n el perfil solicitado. Sin embargo, esta obligación no concluye aquí, sino que tiene que garantizar

¹⁰⁰⁹ La SAP Barcelona núm. 320/2005 (Jurisdicción Civil) de 19 de mayo (JUR 2005/177670) considera que un contrato de selección de personal celebrado verbalmente se considera un contrato de servicios, pues en este caso en concreto cumple todos los requisitos para ser considerado contrato de arrendamiento de servicios. Sin embargo, en otro caso distinto, la SAP núm. 451/2002 (Jurisdicción Civil), de 25 de octubre, JUR 2003/42084) considera que “de la simple tenencia de currículos por parte de la empresa de selección no se demuestra que haya una relación contractual entre el cliente y la Agencia de Selección, es decir, un contrato de arrendamiento de servicios”.

¹⁰¹⁰ SAP Madrid, núm. 510/2004, (Jurisdicción Civil), de 31 de marzo, (JUR 2004/248285).

¹⁰¹¹ Para un análisis de los tipos extralegales de contratos, véase ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Estudio Preliminar por Gil Cremades, J.J, última edición en Comares, Granada, 2004, pág. 393.

el seguimiento del candidato una vez contratado para que la empresa cliente pueda cambiar al candidato ya contratado en el caso de que éste no sea idóneo por defectos en el proceso de selección o falta de aptitud comprometiéndose gratuitamente la empresa a “reanudar los esfuerzos de reclutamiento y selección hasta agotar razonablemente las posibilidades de satisfacer al cliente”,¹⁰¹² teniendo en cuenta que esta garantía es de carácter temporal, a veces coincidente con el período de prueba, y en ocasiones llega a ser hasta de un año. La doctrina judicial ha manifestado que en el caso de que la Empresa de Selección cumpla con la obligación de enviar al candidato, y sea éste el que no se presenta, tiene la obligación de cumplir la cláusula de garantía del contrato proponiendo nuevos candidatos.¹⁰¹³

La Empresa de Selección tiene también la obligación de realizar el servicio de búsqueda y selección, y lleva aparejada la obligación de poner la diligencia necesaria en la actividad comprometida, diligencia que en estos casos -entiende la doctrina judicial- “ostenta una particular intensidad en virtud de la forma en que se publica acorde con su prestigio en el sector y de las concretas obligaciones asumidas más allá de la mera preselección de los candidatos y puesta en contacto con la Empresa Cliente, que, en definitiva, es la que decide a quien va a contratar”.¹⁰¹⁴ Un supuesto en el que se considera que no se ha llevado a cabo un cumplimiento de la obligación de forma diligente es cuando la Empresa de Selección “descuida los rigurosos criterios de selección que se contemplan en el contrato, lo que determinó... que el empleado se revelara inmediatamente como no idóneo para el puesto a cubrir...”.¹⁰¹⁵

Por último, la obligación de realizar la actividad de búsqueda y selección tiene que respetar el principio de buena fe, por lo que si se prueba que la ESP utiliza la información proporcionada de una empresa durante el proceso de selección para captar trabajadores de la empresa realizando tareas de *Head-Hunting*, se puede en este caso exigir reclamación de cantidad.¹⁰¹⁶

-En segundo lugar, en relación a la obligación de la empresa cliente de pagar un “precio cierto”, se puede destacar que el pago del precio viene determinado por lo pactado por las partes y habrá de referirse a la cantidad y a la forma de hacerlo, entrega que se puede

¹⁰¹² SAP Madrid, (Jurisdicción Civil), de 11 de febrero de 2002 (JUR 2002/120466).

¹⁰¹³ SAP Girona, núm. 96/2004, (Jurisdicción Civil), de 17 de marzo, JUR 2004/120951).

¹⁰¹⁴ SAP Madrid núm. 303/2005, (Jurisdicción Civil) de 30 de mayo, (JUR 2005/173227).

¹⁰¹⁵ STS de 30 de enero de 1987, (Jurisdicción Civil) (RJ 1987/366).

¹⁰¹⁶ SAP Madrid, núm. 510/2004 (Jurisdicción Civil) de 31 de marzo, JUR 2004/248285).

hacer en una sola vez o por períodos de tiempo convenidos, como ya se ha analizado anteriormente. También se analizó que este precio viene fijado en la mayoría de las ocasiones teniendo en cuenta un porcentaje en función del salario bruto anual del candidato, que a medida que el puesto a cubrir es más especializado, el precio a pagar aumenta. Ahora bien, en el caso de que no esté fijado el precio por las partes, el juez lo determina basándose en la costumbre al indicar que “el importe reclamado ha de considerarse ajustado y acorde a los precios que en la actualidad se vienen satisfaciendo por la prestación de unos servicios como los que son objeto de reclamación en este procedimiento de selección de personal”.¹⁰¹⁷ Además, la doctrina judicial ha señalado que en el caso de resolución unilateral del contrato, la empresa cliente está obligada a pagar los honorarios fijados por la ESP;¹⁰¹⁸ y en el caso de despido por parte de la Empresa cliente en el que el motivo no haya sido la falta de rendimiento o incompetencia, la empresa cliente de igual modo está obligada a pagar los honorarios fijados en el contrato.¹⁰¹⁹ También se fija en el contrato, cuando se ha acudido a un anuncio publicitario para expandir la oferta, que ésta la pague la Empresa Cliente, aunque previamente tiene que estar consentida por ésta, y en el caso de que se publique la oferta en otros medios no pactados, el cliente no tiene la obligación de pagarlos.¹⁰²⁰

Por último, y relacionado con la obligación de pagar un precio cierto por parte de la empresa cliente, es necesario destacar una cláusula en relación a las Empresas *Head-Hunting*. Se ha considerado válida por la doctrina judicial¹⁰²¹ la cláusula incluida en el “contrato de búsqueda de ejecutivos” que señala que si alguno de los candidatos presentados por la empresa *Head-Hunting* fuera reclutado para algún otro puesto desde la firma de este contrato hasta el final de dos años siguientes a su término, la empresa *Head-Hunting* facturaría en concepto de honorarios suplementarios un 21% de la remuneración total pactada con cada candidato. Se ha admitido y se ha justificado este tipo de cláusulas al considerar que “son habituales en esta clase de contratos ya que precisamente el objeto de los mismos es la

¹⁰¹⁷ SAP Madrid, núm. 448/2005, (Jurisdicción Civil) de 26 de julio, (JUR 2005/206842).

¹⁰¹⁸ SAP Madrid, núm. 510/2004, (Jurisdicción Civil) de 31 de marzo, (JUR 2004/248285).

¹⁰¹⁹ En este caso en concreto se ha probado que el despido no se ha debido a una falta de rendimiento o incompetencia, sino que “obedece a su actitud crítica con el proyecto empresarial y desinhibida respecto a sus subordinados, y además es contratado inmediatamente en una empresa del sector”, SAP Cádiz núm. 166/2004 (Jurisdicción Civil) de 22 de noviembre, (JUR 2006/23347).

¹⁰²⁰ SAP Asturias núm. 350/2003 (Jurisdicción Civil) de 12 de septiembre, (JUR 2004/15788).

¹⁰²¹ SAP Barcelona, núm. 680/2004 (Jurisdicción Civil), núm. 680/2004, de 15 de noviembre, (AC 2004/2172).

búsqueda y presentación de directivos, de manera que la misma no pueda ser aprovechada sin contraprestación para la empresa asesora por parte de quien contrata sus servicios”. Además, argumenta su validez porque se ha pactado de forma expresa después de una negociación entre las partes y por tanto se ha aceptado tal cláusula con pleno conocimiento y consentimiento de la otra parte contratante, al amparo del principio de autonomía de la voluntad. En estos casos, cuando la Empresa cliente acude a un *Head-Hunting* para que busque y seleccione un alto directivo, la empresa, consciente del elevado coste de estos servicios, también previene el posible abandono del “trabajador”, y para ello pacta por escrito, según lo establecido en el Art. 21.4 ET la permanencia en la empresa durante un período de tiempo, que en el caso de que el trabajador lo incumpla, el empresario tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

-En tercer lugar, y como última obligación que deriva del contrato de selección de personal, tal proceso se tiene que llevar a cabo con celeridad, fijando un plazo en el contrato, teniendo derecho la empresa cliente en caso de incumplimiento a la devolución de lo pagado.¹⁰²² Sin embargo, en algunas ocasiones se plantea el problema de delimitar cuándo se ha producido un incumplimiento de esta obligación por parte de la Empresa de Selección cuando simplemente se pacta en el contrato que tal proceso de selección se hará “en el plazo más breve posible”. La doctrina judicial ha determinado en una ocasión que se había producido un incumplimiento del contrato al durar el proceso de selección un año y dos meses y que este plazo no era el “más breve posible”.¹⁰²³

Se propone en este estudio que en el caso en el que no se haya determinado expresamente la duración del contrato o que se entienda que no se ajusta a un tiempo estimado como breve, se tome como orientación una referencia existente en la normativa actual, en relación a la duración del contrato de interinidad por vacante (Art. 15.1.c ET). Así, en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el Art. 15 ET en materia de contratos de duración determinada, señala que la duración del contrato que sirva para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante un proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, la duración no podrá ser superior a la de tres meses, fecha que se podía tomar como límite para cumplir la obligación de celeridad del proceso que exige este contrato.

¹⁰²² SAP núm. 30/2003, (Jurisdicción Civil), de 30 de septiembre (JUR 2003/258454).

¹⁰²³ SAP Madrid, (Jurisdicción Civil), de 11 de febrero de 2002, (JUR 2003/120466).

b.4. Propuestas de *lege ferenda* para una regulación de las Empresas de Selección de Personal

Partimos de la base de la ausencia de regulación de las Empresas de Selección, aunque es lícita su actuación, a pesar de que no haya un régimen jurídico expreso. La base para confirmar la legalidad se encuentra tanto en la normativa internacional que las acepta (Convenio núm. 181 OIT) como en la jurisprudencia comunitaria ya analizada, y por la aceptación por la doctrina judicial del contrato celebrado entre la Empresa Cliente y la ESP, y además comprobado que es positiva la actuación de estas Empresas y que hoy en día es imposible que tal actividad de búsqueda y selección de candidatos especializados se encomiende de forma exclusiva a los Servicios de Empleo.¹⁰²⁴ Por el momento, y mientras no haya una regulación expresa de éstas, el Código Deontológico por el que se rigen las Agencias que se integran en la AESEDP sirve como límite a su actuación y como criterio para tener en cuenta en los litigios que puedan surgir con motivo de su funcionamiento.¹⁰²⁵ Y para las relaciones entre la Empresa Cliente y la Empresa de Selección se tendrá en cuenta el régimen jurídico del contrato de arrendamiento de servicios, que es por el que se rige, así como la doctrina judicial existente en relación a los conflictos surgidos por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato.

Otro problema que plantea la actuación de las Empresas de Selección, que le afecta directamente a los trabajadores, es la forma de realizar el proceso de selección. Así, hasta que no haya una regulación marcando un mínimo en su actuación -como así ha ocurrido en

¹⁰²⁴ Sin embargo, el Prof. GOÑI SEIN (*El respeto a la esfera privada del trabajador*, op.cit., pág. 88) reflexionó sobre la posibilidad de encomendar la función de selección a los organismos públicos. Señalaba además que la situación de inferioridad o la falta de libertad en la que se encontraba el candidato se podría solucionar confiriendo a la intervención pública un protagonismo exclusivo en las tareas de selección, y que una real garantía del respeto a la esfera de intimidad del trabajador exige un servicio público prestado con garantías de objetividad e imparcialidad siendo la única manera de salvar la libertad empresarial de contratación y al mismo tiempo no lesionar el derecho a la intimidad del candidato.

A mi juicio, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores se resolvería hoy en día, no con la atribución de esta actividad en forma de monopolio al Servicio de Empleo sino con una adecuada regulación de las Empresas de Selección, eliminando pruebas discriminatorias e involucrando de forma obligatoria a la representación de los trabajadores en el proceso de selección.

¹⁰²⁵ La Asociación Estatal de Empresas de Selección, Evaluación y Desarrollo Personal (AESEDP) nació en el año 2003, al amparo de la LO 1/2002, de 22 de mayo, reguladora del Derecho de Asociación. Ésta, a través del Código Deontológico ofrece las garantías morales y técnicas de estas Empresas. Con anterioridad a la creación de esta Asociación, se utilizaba el Código Deontológico de Psicólogos, que tuvo su primera edición en 1987. Para un estudio de éste, véase GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, op.cit.

Francia¹⁰²⁶ a los trabajadores les son de aplicación los límites establecidos por el respeto a los derechos constitucionales, concretamente el derecho a la igualdad y no discriminación, incluso la libertad religiosa, ideológica y creencias, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En este momento en el que no existe una regulación expresa de las ESP, es clave la actuación de la negociación Colectiva en este campo en la que se vienen introduciendo cláusulas de acción positiva en estos procesos así como la implicación de la representación de los trabajadores de la empresa cliente para que sean receptores de información sobre la forma en la que se va a desarrollar el proceso de selección y participar en las pruebas que se hayan convocado¹⁰²⁷ con la intención de velar por “la aplicación objetiva del proceso de selección”.¹⁰²⁸ Pero también sería necesario que en los planes de igualdad que a partir de la LOIMH son obligatorios en empresas de más de 250 trabajadores,¹⁰²⁹ se incluyera la materia específica del acceso al empleo, estableciendo idénticos procesos de selección independientemente del sexo de la situación personal de quien opte al trabajo, y se evitarían en muchas ocasiones prácticas discriminatorias que actualmente existen.¹⁰³⁰ Pero ésta es una solución parcial, siendo necesaria una regulación

¹⁰²⁶ En la Ley de Igualdad de Oportunidades, se ha aprobado el principio de currículum vitae anónimo, con el fin de evitar todo tipo de discriminación en los procesos de contratación, aplicable a las empresas de más de 50 trabajadores. Las empresas deberán, antes de realizar la selección, suprimir los elementos relativos a la edad, al sexo, el nombre o la fotografía del candidato (CES.: *Observatorio de Relaciones Industriales*, núm. 89, marzo (2006).

¹⁰²⁷ De todas formas, es un deber de información a pesar de que expresamente no se incluya en la Negociación Colectiva, pues aunque no se hace referencia expresa en el Estatuto a la competencia expresa de ejercer una labor de vigilancia sobre el proceso de selección, podría quedar incluido dentro de una competencia que tiene el Comité de Empresa “de ejercer una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y empleo (Art. 64.9 ET) o como función anexa a la de conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa, o la de “conocer los modelos de cuestionarios que como pruebas de acceso a la empresa se pongan en práctica” (Art. 64.6 ET). En el mismo sentido, VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, op.cit., págs. 114-115.

¹⁰²⁸ Para un estudio del proceso de selección y de la actual participación de los representantes de los trabajadores, véase AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El ingreso en la empresa: técnicas de selección...”, op.cit., pág. 49.

¹⁰²⁹ Para una primera aproximación de estos Planes, véase MENÉNDEZ CALVO, R.: “Acuerdos de empresa para la igualdad de oportunidades: experiencias pretéritas como propuestas futuras”, *RL*, núm. 11, (2007).

¹⁰³⁰ Véase STSJ Cantabria, (Sala de lo Social) de 14 de noviembre de 2005 (AS 2005/3000), y el comentario a esta sentencia por PURCALLA BONILLA, M.A.: “Desigualdad por razón de sexo en proceso de selección de personal”, *AS*, núm. 19, (2006).

específica del proceso de selección, pues son insuficientes los planes de igualdad -pues sólo evitarían la discriminación por razón de sexo, dejando al margen otro tipo de discriminaciones-, y también es insuficiente el control por parte de la representación de los trabajadores en la empresa. Es necesaria una regulación específica, no sólo dirigida a las actuaciones de la empresa cliente sino específicamente para las Empresas de Selección.

Sin embargo, y a pesar de que hoy en día la actuación de las Empresas de Selección de Personal no queda desprotegida, ni de cara a la Empresa Cliente ni al candidato/s, es necesario que se lleve a cabo una regulación específica de estas Empresas que evitarían los actuales conflictos que derivan principalmente de la falta de precisión en los actos que éstas realizan. Para ello se propone, como ya se ha venido manifestando, que se cree una Ley de Agencias de Empleo Privadas y que se regulen aquí las Empresas de Selección, en todas sus manifestaciones, al igual que se ha venido haciendo para las ETT;¹⁰³¹ es decir, se establezca el concepto de éstas, la regulación del régimen de autorización administrativa y registro, en cumplimiento con el Convenio núm. 181 OIT, así como los aspectos concretos del proceso de selección para evitar prácticas discriminatorias, aunque dejando amplio margen a la autonomía de voluntad para que determinen el proceso de selección específico para cada perfil solicitado. Se tendría que establecer como obligación de la empresa cliente la determinación exacta del puesto a cubrir para poder analizar después con más objetividad las posibles prácticas discriminatorias durante el proceso de selección. También se tendría que llevar a cabo la regulación del “Contrato de selección de personal” celebrado entre la Empresa Cliente y la ESP, e incluirse un precepto sobre la participación de los representantes de los trabajadores en el proceso de selección, constituyendo una garantía para que el proceso de selección se realice siempre de forma objetiva y puedan conocer los parámetros o criterios utilizados para la valoración. Se tendría que determinar expresamente una de las obligaciones de las ESP, y es la de observar y analizar la negociación colectiva aplicable a la empresa en donde se va a proceder a la contratación, para que se realice el proceso de selección respetando los compromisos de contratación establecidos en la Negociación Colectiva.

Otro de los aspectos que se tendría que concretar es la limitación del ánimo lucrativo de estas Agencias, es decir, establecer como principio general que tal ánimo lucrativo repercuta en la empresa cliente, que es quien celebra el contrato con la ESP. Sin embargo, se podría admitir en algunos casos -ya que lo admite el Convenio 181 OIT- poder cobrar al

¹⁰³¹ Sin embargo, en otros ordenamientos no se utiliza el sistema de autorizaciones para la actuación de las Empresas de Selección, sino que cuentan con un Código de Conducta para garantizar la calidad de los servicios. Véase SOL, E.: “Employment agencies: targeting on transitions: employment services in the Netherlands”, op.cit., pág. 108.

trabajador por los servicios prestados. Me estoy refiriendo concretamente a las Empresas de Selección especializadas o a las Empresas de *Head-Hunting* cuando son los propios “trabajadores especializados” los que acuden a estas Empresas para el cambio de puesto de trabajo.¹⁰³² Se podría admitir la búsqueda y selección a la inversa, es decir, la búsqueda y selección de un empresario adecuado a un trabajador cualificado que lo que pretenda es cambiar de puesto de trabajo para obtener mejores condiciones profesionales. En estos casos se podría admitir la excepción del Art. 7 del Convenio núm. 181 OIT y poder cobrar al trabajador, como obligación del contrato previamente establecido entre éste y la Empresa de Selección. Ahora bien, mientras no haya una regulación expresa que lo permita, no estaría permitido el cobro a los trabajadores, aplicándose el criterio general de la prohibición de cobrar al trabajador por los servicios de una Agencia de Empleo Privada, y concretamente, de una Empresa de Selección.

Por último, una regulación del régimen jurídico de las Empresas de Selección, tal y como señala el Convenio núm. 181 OIT, exige al mismo tiempo la implantación de un régimen sancionador concreto, pues hasta el momento la normativa sancionadora existente en materia de empleo plantea problemas a la hora de aplicarle estos preceptos a las Empresas de Selección, como se analizará concretamente en el capítulo IV de la Parte Tercera de este estudio.

3.4.2. Empresas de *Outplacement*

a) Significado práctico

Los cambios tan importantes que se están produciendo en general en el ámbito de la empresa y en el mercado de trabajo, traen consigo también la aparición de nuevos mecanismos de iniciativa privada que tienen como objetivo la lucha contra el desempleo. Este tipo de instituciones están reconocidas en el campo de los Recursos Humanos aunque no cuentan con un reconocimiento legal expreso. Es el caso del llamado *Outplacement* o conocido también como “recolocación”, “colocación externa”¹⁰³³ o “recolocación en el

¹⁰³² Podría quedar justificado en estos casos el cobro al trabajador por la menor protección que necesitan los altos cargos por su mejor situación profesional. En este mismo sentido, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., pág. 161.

exterior de la empresa”,¹⁰³⁴ y aunque no existe una regulación expresa en nuestro ordenamiento,¹⁰³⁵ se puede definir, teniendo en cuenta la práctica de estas empresas, como el conjunto de servicios prestados por una entidad privada a una determinada empresa que contrata sus servicios con el objetivo de asegurar la reorientación profesional bien de un trabajador individual o bien de varios trabajadores que han sido despedidos de forma colectiva, para hacer posible que las personas separadas de su empresa tengan posibilidades reales de encontrar rápidamente y en las mejores condiciones posibles un empleo.¹⁰³⁶ Hay que tener en cuenta que estos servicios se vienen utilizando en algunas ocasiones en supuestos de reestructuración y crisis de empresa, en que además de contratar estos servicios, la empresa lleva a cabo un contrato de gestión para que la empresa gestora realice actos jurídicos de diverso contenido, como puede ser la negociación con los trabajadores o los tratos con los acreedores, entre otros.

La contratación de los servicios de *Outplacement* es una práctica muy reconocida en Estados Unidos¹⁰³⁷ y también en Europa, principalmente en Reino Unido, Holanda y

¹⁰³³ GOMEZ MEJÍA, L.R.; BALKIN, D.; CARDY, R.L.: *Dirección y gestión de Recursos Humanos*, Prentice May, Madrid, 2001, págs. 234 y ss.

¹⁰³⁴ URÍA, F.: *El outplacement: el éxito en la búsqueda de un nuevo empleo*, Pirámide, Madrid, 1995, pág. 38.

¹⁰³⁵ Sin embargo, en el ordenamiento italiano que sí están reguladas, éstas se pueden definir como aquellas que realizan una “attività effettuaata su specifico e esclusivo incarico dell’organizzazione committente, anche in base ad accordi sindacali, finalizzata alla ricolocazione nel mercato del lavoro di prestatori di lavoro, singolarmente o collettivamente considerati, attraverso la preparazione, la formazione finalizzata all’inserimento lavorativo, l’accompagnamento della persona e l’affiancamento della stessa nell’inserimento nella nuova realtà” (Art. 2.1 del Decreto legislativo número 276/2003).

¹⁰³⁶ Se han indicado por algunos autores distintas fechas que se atribuyen al nacimiento del *Outplacement*; así, en 1908, Percy Coutts, miembro de la burguesía británica y hombre de negocios de éxito en la Inglaterra vitoriana, decide ayudar a los oficiales que retornaban de las colonias a encontrar trabajo, por lo que ya se estaba realizando una actividad de *Outplacement* (ICHINO, P.: “Lavoro interinale e servizi per l’impiego. Il nuovo quadro di riferimento”, op.cit., pág. 41). Por otra parte, se ha indicado que el origen de las Agencias de *Outplacement* está en Estados Unidos; concretamente, en 1968 la NASA se ve obligada a reducir personal contratado, y para ello llevaron a cabo una política de recolocación de sus empleados. Véase MURELLI, E.; PETRELLA, D.: “Outplacement: il caso Ilva”, *Diritto & Pratica del lavoro*, número 35, (1995), pág. 2257; o bien señala URÍA, F.: *El outplacement: el éxito en la búsqueda de un nuevo empleo*, op.cit. pág. 39, que algunos afirman que este conjunto de técnicas surgieron en Estados Unidos para ayudar a integrarse en la sociedad a los sacerdotes que perdían la vocación.

¹⁰³⁷ Y además, estas Empresas se valoran de forma positiva. Véase US Department of Labor: *Reemployment Services: a Review of their Effectiveness*, Abril, (1994), pág. 16; y cerca de un 90% de las empresas utilizan en Estados Unidos los servicios de las empresas de *Outplacement*. WEISS, M.; ROJOT, J.: “L’outplacement: osservazioni sull’esperienza tedesca e francese”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 1, (1999), pág. 39.

Bélgica, aunque poco a poco está adquiriendo fuerza en España,¹⁰³⁸ en un primer momento como una prestación más que le otorga la empresa a los altos cargos en el caso de ser despedidos, aunque hoy en día se pretende potenciar esta práctica para llevar a cabo una posible recolocación de todo tipo de trabajadores dentro de una empresa.

En el proceso de recolocación de trabajadores hay que destacar diferentes sujetos interrelacionados: la *empresa cliente*¹⁰³⁹ que contrata los servicios de recolocación de sus trabajadores con una empresa externa llamada Consultora de *Outplacement* o *Empresa de Outplacement* (EOPC), firmando un contrato de naturaleza civil o mercantil llamado “Contrato de *Outplacement*” que tiene como fin principal realizar un análisis de las capacidades del *candidato* -que es el trabajador que va a ser despedido de la empresa cliente-, sus intereses y las posibilidades del mercado, un asesoramiento para optimizar las posibilidades a la hora de presentar una candidatura para un determinado puesto de trabajo y llevar a cabo un apoyo logístico completo, en el que se fijan a cambio unos honorarios que la empresa cliente paga a la Empresa de *Outplacement*, fijándose normalmente en relación al salario recibido por el candidato en el momento de la separación (del 10 al 20% del sueldo anual del trabajador despedido).¹⁰⁴⁰

Quien contrata estos servicios de *Outplacement* es la Empresa cliente y nunca el candidato, que es quien los recibe y se beneficia de ellos, y éste no puede acudir directamente de forma individual a estas Empresas. De esta relación inicial derivan otras relaciones: concretamente, la que tiene el *candidato* y la *empresa cliente*, en la que existe un compromiso por parte de ésta de ofrecerle tales servicios en el caso de despido, y que en el momento en el que inician los servicios de *Outplacement* todavía existe una relación laboral entre ellos; otra relación entre el *candidato* y la *empresa de Outplacement*, mediante la cual el candidato va a proceder a una participación activa en la búsqueda de empleo, pues recibe de ésta el soporte, la formación y los medios que le van a permitir reducir sustancialmente el tiempo necesario

¹⁰³⁸ Se pueden destacar algunas empresas de *Outplacement* que actúan en España: MOA, ACMS, DBM, Uniconsult, Create, Right Management Consultants, entre otras.

¹⁰³⁹ Hay que tener en cuenta que quien solicita estos servicios es la empresa y no el trabajador despedido, pues en este caso no se estaría ante un servicio de *Outplacement*, sino ante otras figuras como el *job search* o el *job hunting*, pues en estos últimos casos la solicitud del servicio la hace el propio trabajador desempleado. MELISSARI, P.: “Il contratto di ricollocamento dei lavoratori”, *Consulenza*, número 40, (2000), pág. 88.

¹⁰⁴⁰ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.; HIERRO HIERRO, J.; GARCÍA SILVERO, E.: “Estrategias de lucha contra el desempleo: el emergente fenómeno del *Outplacement*”, VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTA S, 2004, págs. 255-275.

para acceder a un nuevo puesto de trabajo. Además, en la fase última del proceso de recolocación puede haber nuevas relaciones entre la *Empresa de Outplacement* y la *nueva empresa* en la que se podría contratar al candidato, y entre la *nueva empresa* y el *candidato*. Y estas últimas relaciones pueden o no darse, y ello porque la fase final del proceso de recolocación puede consistir en la preparación del candidato para trabajar por cuenta propia.

La estructura que siguen de forma general -aunque cada empresa lógicamente tiene su propia forma de actuar- es la siguiente, que se puede dividir en tres fases:¹⁰⁴¹ la primera fase consiste en la realización de un diagnóstico profesional y un balance de carrera; la segunda fase consiste en el entrenamiento del candidato para enseñarle técnicas de marketing a tener en cuenta en el proceso de búsqueda de empleo; y la tercera fase corresponde a una etapa de desarrollo de la campaña del marketing personal y alcance de los objetivos, en la que se llevan a cabo entrevistas varias para hacer efectivo el encuentro de un empleo.

Por otra parte, desde el análisis de la gestión de los Recursos Humanos, las EOPC prestan servicios tanto de forma individual como de forma colectiva, teniendo en cuenta que el denominado sistema de “antenas de empleo”¹⁰⁴² es una variante del *Outplacement* colectivo. El servicio de *Outplacement* individual es más costoso y se dirige normalmente a los trabajadores de categoría profesional más elevada, realizándose este servicio por un período de tiempo indeterminado, en la que la empresa de *Outplacement* fija unos honorarios realizando un porcentaje sobre el salario bruto anual. Sin embargo, el servicio de *Outplacement* colectivo se dirige a los trabajadores de categoría profesional inferior y es menos costoso y desde el inicio tiene fijado este servicio un tiempo de duración,¹⁰⁴³ y los honorarios de la EOPC son cuotas fijas por persona. Los servicios que prestan consisten en el acompañamiento personalizado del candidato por parte de un consultor de la empresa de *Outplacement*, y dicho acompañamiento se articula en distintas fases, en la que se realiza un balance para detallar las características profesionales y personales del candidato, se desarrolla un proyecto profesional en función de sus motivaciones y de acuerdo con las posibilidades que ofrezca el mercado laboral, se realiza a continuación el plan de acción donde se identifican las vías de acceso útiles para su recolocación, se realiza la campaña de búsqueda y

¹⁰⁴¹ URÍA, F.: *El Outplacement: el éxito en la búsqueda de un nuevo empleo*, op.cit. pág. 39.

¹⁰⁴² Un análisis de las Antenas de Empleo se puede encontrar en MERCADER UGUINA, A.: “La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y propuestas, *RTSS*, núm. 14, abril-junio (1994), págs. 32-33.

¹⁰⁴³ WEISS, M.; ROJOT J.: “L`outplacement: osservazioni sull`esperienza tedesca e francese”, *op.cit.*, pág. 34.

por último la integración en la nueva actividad profesional, pues normalmente se ofrece este servicio¹⁰⁴⁴ sin coste adicional alguno en el año siguiente de la contratación del trabajador, y normalmente no se establece una duración determinada del contrato, por lo que la EOPC asume la obligación de prestar el propio servicio hasta que el trabajador despedido vuelve a ser contratado o incluso “hasta que el trabajador supere con éxito el período de prueba en la nueva empresa”.¹⁰⁴⁵

b) Análisis jurídico

Ante la falta de un reconocimiento legal expreso sobre este tipo de Agencias de Empleo Privadas, se plantea, en primer lugar, si su actuación es lícita o por el contrario están desempeñando una actividad prohibida en nuestro ordenamiento. Esta cuestión es difícil de resolver, dado que, por una parte, la normativa internacional las reconoce, y, sin embargo, nuestro ordenamiento, de forma incompleta prohíbe las Agencias de Colocación con fines lucrativos, pero no hace alusión a la prohibición o aceptación de las Agencias de Empleo Privadas. Hoy en día estas Empresas actúan como empresas de arrendamiento de servicios que se guían en sus actuaciones por el Código de Ética Profesional establecido por la Asociación Española de Consultoras de *Outplacement* (AECO) que deriva a su vez del establecido por la AOFI (*Association Career Management Consulting Firms internacional*).

Para determinar si tales Empresas cuentan con un reconocimiento legal, es necesario, en primer lugar, analizar si este tipo de Empresas se pueden encuadrar en otras instituciones que realizan una Actividad de Colocación:

-La actividad que realizan las EOPC no corresponde a la actividad que realizan las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC. La característica común es que ambas tienen como último fin la colocación de trabajadores, aunque son bastantes las diferencias que presentan. El trabajador no puede acudir a una EOPC, sino que se dirige siempre y cuando haya contratado el servicio su propia Empresa; además, la función principal es la orientación profesional, es decir, proporcionar medios para que el candidato pueda buscar un empleo, y en este caso, aunque también realiza labores de Intermediación, no es la única función que presentan las EOPC. Por otra parte, las EOPC persiguen ánimo

¹⁰⁴⁴ Las diferentes fases se pueden consultar en la “Guía práctica del Outplacement” realizado por la empresa MOA en www.moa-bpi.com/cas/pdf/Guia%20000OUTPLACEMENT.pdf

¹⁰⁴⁵ MERCADER UGUINA, J.R.: “La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y propuestas”, *RTSS*, abril-junio (1994), pág. 31.

de lucro que repercute en la empresa cliente, que es quien firma con la Empresa de Outplacement un contrato de arrendamiento de servicios. Y, por último, la propia OIT no las incluye dentro de la actividad de Intermediación, sino en aquellas que ofrecen “servicios relacionados con la búsqueda de empleo... sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”.

Así pues, en este estudio no se van a considerar las Empresas de *Outplacement* como Agencias de Colocación, por lo que la solución no sería encajarlas en estas últimas organizaciones,¹⁰⁴⁶ es decir, reconducirlas al régimen del RDAC, sino crear un nuevo régimen jurídico de estas Empresas en el que se admitiera el ánimo lucrativo, al igual que vienen funcionando en la práctica, pero con un régimen de autorización y control en su actuación. Por el momento, y a pesar de que estas Agencias no están expresamente reguladas, se podría considerar lícita su actuación,¹⁰⁴⁷ y en el caso de incumplimiento o abuso en su actividad, además de las posibles sanciones que se le podrían aplicar teniendo en cuenta el TRLISOS, se podría reconducir a la jurisdicción Civil por incumplimiento del contrato de *Outplacement*, al igual que se viene haciendo con las Empresas de Selección de Personal.

-Las Empresas de *Outplacement* -en principio- no son Entidades Colaboradoras aunque la función que desempeñan se puede equiparar a las acciones OPEA,¹⁰⁴⁸ ya que el fin de ambas es la reorientación profesional. Sin embargo, las Entidades Colaboradoras que realizan acciones OPEA las llevan a cabo coordinadas con el Servicio Público de Empleo y en la mayor parte de los casos son desempleados con determinadas características que los direcciona el propio Servicio de Empleo que además subvenciona tales actividades. Los servicios de las EOPC los paga la propia empresa al ofrecer un servicio más al trabajador que va a ser despedido, porque bien se estipuló en su contrato, o bien se optó como medida en el Plan de Acompañamiento Social recogido en el expediente de Regulación de Empleo. Es decir, no constituye una medida de política activa de empleo actuando como Entidad

¹⁰⁴⁶ Sin embargo, esta es la solución que opta SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “Las Empresas de *outplacement* y la intermediación laboral”, *RL*, núm. 7, (2006), pág. 19.

¹⁰⁴⁷ Hay algunos autores que han señalado que aunque el ordenamiento laboral recela de las Agencias privadas de Colocación que no carezcan de ánimo de lucro (Art. 16.2 ET), “las partes que configuran la nueva relación laboral no han sufragado, en absoluto, los gastos que remuneran la prestación profesional del referido servicios, que es la circunstancia prohibitiva enunciada en el Estatuto”. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.; HIERRO HIERRO, J.; GARCÍA SILVERO, E.: “Estrategias de lucha contra el desempleo: el emergente fenómeno del *Outplacement*”, op.cit, pág. 261.

¹⁰⁴⁸ En el mismo sentido, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., pág. 93.

Colaboradora del Servicio Público de Empleo, sino que hoy en día constituye una medida - voluntaria- que lleva a cabo el empresario para hacer frente a la recolocación de sus empleados.

Además, los servicios de *Outplacement* ofrecidos por la Empresa son voluntarios para el trabajador, mientras que, si el Servicio de Empleo direcciona a un desempleado a una Entidad Colaboradora con un plan de reorientación profesional, éste puede ser sujeto infractor por la no realización de tales acciones, según lo establecido en el TRLISOS. Es decir, tal y como funcionan las Empresas de *Outplacement*, no se pueden considerar Entidades Colaboradoras de los Servicios de Empleo, sino que constituyen un servicio añadido a cargo de las empresas sin mantener ningún vínculo con el Servicio de Empleo.

Ahora bien, aunque la actividad de las Empresas de *Outplacement*, tal y como se han descrito, no se pueden considerar Entidades Colaboradoras, hay constancia de que la Asociación Española de Consultoras de *Outplacement* (AECO) firmó un Convenio de Colaboración con el Servicio de Empleo con la finalidad de poner en marcha un programa experimental y explorar nuevas alternativas de inserción laboral, combinando acciones de información, orientación y asesoramiento.¹⁰⁴⁹ En este caso, la actividad de *Outplacement* realizada varía de la que se está analizando: primero, porque quien contrata los servicios no es una empresa que va a despedir a trabajadores, sino que es el Servicio de Empleo con el fin colocar desempleados con unas determinadas características inscritos en la Oficina de Empleo; segundo, porque no se lleva a cabo un contrato de arrendamiento de servicios entre la Empresa que va a proceder al despido de trabajadores y la EOPC, sino que quien firma un Convenio de Colaboración (y no un puro contrato civil) es el Servicio de Empleo con la AECO, y ello porque la normativa que regulaba las bases de subvenciones para la puesta en práctica de estos programas experimentales indicaba que podían ser sólo personas jurídicas sin ánimo de lucro, es decir, disponer de personalidad jurídica y carecer de fines lucrativos, características que cumple tal Asociación pero no las Empresas de *Outplacement* que se incluyen en ésta; y, tercero, porque en este caso la forma de financiación se hace a través de unas subvenciones que el Servicio de Empleo concede si se cumplen determinados requisitos establecidos en la convocatoria, y, uno de ellos es el compromiso de contratación e inserción de un número determinado de desempleados que se acogen al plan de *Outplacement*. En este caso en concreto la AECO ha actuado de Entidad Colaboradora del

¹⁰⁴⁹ La normativa que se aplicó fue la Orden de 30 de octubre de 2001 por la que se regulan las bases para la concesión de subvenciones para la puesta en práctica de programas experimentales en materia de formación y empleo, financiados con cargo a la reserva de gestión directa, por el Instituto Nacional de Empleo, habilitada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de créditos destinados al fomento del empleo (BOE, núm. 276, de 17 de noviembre, de 2001). Para un análisis de este Plan Experimental denominado “Timotel 2002”, véase SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “Las empresas de *Outplacement* y la intermediación laboral”, op.cit., págs. 31-32.

Servicio de Empleo, es decir, éste ha reconocido los servicios de *Outplacement* y los ha “contratado” para los colectivos desempleados del Servicio Público de Empleo.

-Siguiendo con la diferenciación de las Empresas de *Outplacement* con los demás Agentes de Empleo, se puede también indicar que estas Empresas tampoco realizan una actividad de interposición propia de las Empresas de Trabajo Temporal. La EOPC no permanece en la posición del nuevo empleador o empresario respecto del candidato, como ocurre en el caso de las ETT, sino que se limita a prestar servicios de orientación profesional. La relación entre ambas está simplemente en que las dos se consideran Agencias de Empleo Privadas según el Convenio núm. 181 OIT, aunque por el momento la Empresa de Trabajo Temporal no puede realizar servicios de *Outplacement* porque el objeto es exclusivo, aunque en la práctica se viene incumpliendo.¹⁰⁵⁰ La diferencia está en que mientras que la relación entre la ETT y la empresa usuaria se canaliza a través de un Contrato de Puesta a Disposición cuyo objeto es la cesión del trabajador para prestar servicios en esta última, la relación entre la Empresa de *Outplacement* y la empresa cliente consiste en la celebración de un Contrato de *Outplacement* que tiene como fin organizar una serie de actuaciones para que el candidato pueda buscar empleo de forma activa para evitar despidos trágicos que afecten tanto a la persona del candidato (trabajador despedido) como a la reputación de la empresa. Otro dato importante para reiterar la desvinculación absoluta entre las ETT y las Empresas de *Outplacement* es la regulación que se hace de ellas en la normativa internacional, y concretamente en el Convenio núm. 181 OIT, pues aunque ambas se consideran como Agencias de Empleo Privadas, las ETT se incluyen dentro de las Agencias que prestan servicios “consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”) que determine sus tareas y supervise su ejecución”, mientras que las Empresas de *Outplacement* encajan en otra modalidad diferente de Agencias de Empleo Privadas que prestan “otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo... como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”.

-Y, por último, las Empresas de *Outplacement* no realizan tampoco las mismas funciones que las Empresas de Selección de Personal, pues mientras que estas últimas se encargan de la búsqueda y selección de personal para incorporar a su empresa los mejores candidatos para un puesto definido, las Empresas de *Outplacement* no tienen la misma relación con la Empresa Cliente, pues en este caso ésta contrata sus servicios para “colocar”

¹⁰⁵⁰ Se ha podido comprobar que las ETT han ido entrando en este mercado, creando filiales especializadas en *Outplacement*. Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El nuevo papel de las Empresas de Trabajo Temporal”, en VV.AA. (Fernández López, M^a.F.; Rodríguez-Piñero Royo, M. Direct.): *Diez años desde la regularización de las Empresas de Trabajo Temporal. Balances y Perspectivas*, CARL, Sevilla, 2004, pág. 39.

a trabajadores de su empresa en otras, porque van a ser despedidos. La relación existente entre ellas es que ninguna cuenta con un régimen jurídico, planteándose problemas de legalidad en su actuación. En este estudio se han dado soluciones para mantener su legalidad, a pesar de que es indispensable y urgente un régimen jurídico de todo el conjunto de Agencias de Empleo Privadas que actúen en el mercado de trabajo.

b.1. Actuación positiva de las Empresas de *Outplacement* en el Derecho del Trabajo de la Reestructuración y de la crisis de empresa

Aunque sin una regulación específica, la actividad de las Empresas de *Outplacement* se enmarca en el denominado “Derecho del Trabajo de la Reestructuración y de la crisis de empresa”,¹⁰⁵¹ y ello porque la reestructuración -como también el saneamiento de empresas- comporta ajustes o reorganizaciones de plantillas que a menudo van acompañados de despidos colectivos. Y es en este momento cuando pueden actuar las Empresas de *Outplacement*. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la situación de despido en estas ocasiones debe constituir el último recurso y utilizar esta vía una vez agotadas otras vías menos drásticas, es decir, primero hay que considerar alternativas menos perjudiciales para la plantilla. Pero en el caso de que se utilice esta última medida, es muy positivo que se promuevan buenas prácticas empresariales para reducir los efectos del despido. Son muchos los aspectos positivos de la función que desempeñan estas Empresas en situaciones de reestructuración de empresas, siendo muy apreciadas por trabajadores y empresarios pues se evita con su utilización el acudir a despidos “dolorosos y caros”,¹⁰⁵² y se beneficia además el empresario, ya que al darle apoyo al trabajador que va a ser despedido, éste rendirá más en su trabajo hasta la fecha en que se produzca el despido, así como se reducen las demandas judiciales que pueden interponer los trabajadores despedidos y sobre todo reduce la publicidad negativa de la empresa,¹⁰⁵³ pues se ha comprobado que las empresas que consiguen reestructurarse de manera “socialmente responsable” son las que mejor imagen ofrecen en cuanto a competitividad y adaptación al mercado. Pero incluso también son

¹⁰⁵¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Comares, Granada, 2006, pág. 4.

¹⁰⁵² RICCA, S.: “La actual transformación de los servicios públicos de empleo”, op.cit.

¹⁰⁵³ GÓMEZ MEJÍA, L.R.; DAVID BALKIN, D.; CARDY, R.L.: *Dirección y gestión de Recursos Humanos*, op.cit., págs. 234 y 235.

positivas para nuestro Sistema de Seguridad Social, y ello porque todos los trabajadores que se recolocan van a suponer un ahorro en prestaciones y subsidios por desempleo, y pueden ayudar a reducir las prejubilaciones masivas que hoy constituyen el primer medio para la gestión de los procesos de reestructuración¹⁰⁵⁴ y suponen además importantes costes para la Seguridad Social,¹⁰⁵⁵ e incluso aumentan las nuevas cotizaciones al Sistema al haber recolocado a estos trabajadores. Por todos estos motivos, la única conclusión que se extrae es el efecto positivo en su actuación, y lo que hay que hacer es impulsarlas con sus debidos controles, más que plantearse su situación de ilegalidad.

Incluso, en el empeño de plantear su legalidad, se puede también justificar su actuación teniendo en cuenta el ordenamiento internacional, europeo y estatal, tanto constitucional como laboral.

Así, no sólo en el Convenio núm. 181 OIT se hace una referencia a éstas, aceptándolas como Agencias de Empleo Privadas, sino también en el Convenio núm. 158 y Recomendación núm. 166 OIT sobre terminación de la relación de trabajo de 1982 se indica que es necesario entablar consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores para atenuar las consecuencias de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por lo que indirectamente se está refiriendo a este tipo de servicios.

En la Unión Europea, y concretamente en el Libro Verde titulado “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”,¹⁰⁵⁶ hace alusión a las medidas alternativas en los casos de pérdida de empleo, tales como la reubicación, la recolocación, la formación o reciclaje de trabajadores afectados, la ayuda en la búsqueda de nuevos empleos, orientación ocupacional, etc. Por otra parte, se considera como una de las líneas preferentes para promover las buenas prácticas empresariales en situaciones de reestructuración, la adaptabilidad y posibilidades de empleo y dentro de ella la gestión de la carrera profesional,

¹⁰⁵⁴ MARTÍNEZ, A.: “Outplacement: la mejor arma para superar el trauma de un despido”, www.expansion.com

También se ha sugerido por parte de la doctrina la utilización del *Outplacement* como alternativa a la prejubilación de un trabajador maduro ante un proceso de reestructuración. Véase GALA DURÁN, C.: “La recolocación externa de los trabajadores maduros (*Outplacement*) como vía de actuación ante el desempleo”, VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 1326.

¹⁰⁵⁵ Los agentes sociales utilizan esta medida en la negociación colectiva condicionada al intervencionismo público que es quien hace viable económicamente las medidas previamente acordadas. Para un estudio de la prejubilación como medida de política de empleo, véase MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Política de empleo” y Sistema de Relaciones Laborales: la autonomía colectiva como fuente del derecho del empleo”, *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, núm. 10, junio (2001), págs. 64 y ss.

¹⁰⁵⁶ Bruselas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final.

por lo que, aunque de forma indirecta, está valorando de forma positiva las Empresas de *Outplacement*. Además, la Comunicación de la Comisión sobre “Reestructuraciones y empleo: anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea”,¹⁰⁵⁷ señala que para mantener la cohesión social, característica del modelo social europeo, es necesario aplicar políticas de acompañamiento para minimizar los costes sociales. Aunque no hace una mención expresa de estas políticas de acompañamiento, podrían estar incluidas las Empresas de *Outplacement* que permiten además preservar y desarrollar la competitividad empresarial.

También se puede deducir del Art. 40 CE la aceptación de estas Empresas, ya que de este artículo se extrae la necesidad de mantener garantías de mantenimiento del empleo. Además, en nuestro ordenamiento laboral se prevé para los despidos colectivos regulados en el Art. 51 ET una obligación para el empresario de elaborar un plan social que forma parte de la solicitud con la que inicia el procedimiento administrativo y el período de consultas. Concretamente, en el Art. 6.1.c) del RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, señala que la solicitud del procedimiento de regulación de empleo comienza “en empresas de cincuenta o más trabajadores, con un plan de acompañamiento social que contemple las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados tales como, entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas...”. Lo que ocurre es que, aunque se ha producido un avance en la normativa actual, ampliando los efectos de los despidos más allá de las indemnizaciones económicas, las medidas de acompañamiento social no adquieren actualmente en nuestro ordenamiento demasiada fuerza y ello porque en muchas ocasiones no son aceptados por los propios representantes de los trabajadores que se limitan a negociar con el empresario el aumento de la indemnización legal prevista en el Art. 51.8 ET, convirtiéndose el Plan de Acompañamiento Social en un plan estrictamente económico; es decir, se prefiere una mayor indemnización que negociar las medidas para paliar los efectos del despido.¹⁰⁵⁸ Y, además, este Plan de Acompañamiento Social ni siquiera se prevé para otros supuestos en

¹⁰⁵⁷ Comunicación de la Comisión, de 31 de marzo de 2005, [COM (2005) 120 final, no publicada en el Diario Oficial].

¹⁰⁵⁸ Véase, en este sentido, SERRANO GARCÍA, J.M^a.: *El plan social en los despidos colectivos*, Valencia, Lex Nova, 2002, pág. 104.

los que sería necesario incluirlo, como es el caso de despidos colectivos en empresas de menos de cincuenta trabajadores,¹⁰⁵⁹ ni tampoco para los despidos por circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción. Es decir, en el momento actual, el régimen jurídico no cuenta con medidas que se impongan al empresario para hacer posible la empleabilidad de trabajadores despedidos por estas causas, y ello porque son pocos los casos en los que se prevé el Plan de Acompañamiento Social, y en los casos en los que se prevé, se convierte en plan estrictamente económico.

b.2. Algunas reflexiones para una regulación legal de las Empresas de Outplacement

Tras un estudio -práctico- detallado de estas Agencias se confirma la necesidad de su regulación. Para ello, como se ha venido aquí diciendo en más de una ocasión, la mejor solución sería crear una ley específica que incluyera todas las Agencias de Empleo Privadas y determinara el régimen de actuación de cada una de ellas. En este caso, sería necesario que se determinara tanto la forma de conceder la autorización, así como su renovación y extinción. Al igual que se ha realizado en el ordenamiento italiano, se podría constituir un sistema de autorización único para todo tipo de Agencias, así como constituir un registro informático para que se pueda consultar directamente a través de Internet para que además cualquier persona pueda tener acceso a dichos registros para comprobar qué Agencias operan teniendo autorización y cuáles de ellas actúan ilegalmente.¹⁰⁶⁰

También se tendría que determinar expresamente cada una de las relaciones existentes entre las partes implicadas en el proceso de recolocación, haciendo una especial referencia a la prohibición de cobrar estos servicios al candidato,¹⁰⁶¹ es decir, al trabajador

¹⁰⁵⁹ El Prof. Monereo y el Prof. Fernández Avilés indican que la limitación de la previsión de elaboración del Plan Social se encuentra limitada a las empresas de cincuenta o más trabajadores y que “pretende aliviar la carga procedimental en las empresas de menores dimensiones, pero que, teniendo presente que nuestro tejido industrial se basa en empresas de pequeña y mediana dimensión, tendrá como efecto que un amplísimo segmento de trabajadores se vean privados de tal garantía acentuándose así los actuales procesos de fragmentación del mercado de trabajo y, por ende, del interés colectivo de los trabajadores, esta vez en propia sede normativa. MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 241.

¹⁰⁶⁰ Ley de 14 de febrero n. 30 de 2003 y Decreto Legislativo de 10 de septiembre de 2003.

¹⁰⁶¹ Hoy en día, se cobra de forma “indirecta” a los trabajadores que utilizan estos servicios, y ello porque aunque las indemnizaciones por despido están exentas del IRPF (artículo 17 Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), no lo está la cuantía que supere lo establecido en el ET. Esto significa que la Agencia Tributaria podría considerar pago en especie los

que va a ser despedido, a pesar de que es una práctica que se viene haciendo ya, pues es una de las “reglas” que compone el Código Deontológico de las Empresas de *Outplacement*. Actualmente el contrato de *Outplacement* se considera como un contrato de arrendamiento de servicios, en la que la EOPC se compromete a poner todos los medios para hacer posible la recolocación del trabajador, aunque no existe una obligación de resultado, es decir, de contratar a los candidatos a los que se les ha hecho el seguimiento. Se podría establecer como cláusula del contrato la obligación de contratar al candidato, estableciendo además cláusulas de garantía para una vez después de contratado, como se viene haciendo en el caso de las Empresas de Selección. De este modo, se fomentaría el uso de estas Empresas de *Outplacement* si se sabe de antemano que existe una obligación de “buscar empleo” a los trabajadores que van a ser despedidos en la empresa.

Al margen de su necesaria legalización, hay que ser conscientes del escaso uso en España de estas Agencias en comparación con otros países, y ello tiene una explicación: este servicio es costoso para las empresas, sobre todo en un momento en el que su situación es poco propicia a desembolsar una cantidad económica para la recolocación de sus trabajadores, en un momento de crisis de empresa, por lo que normalmente son las grandes empresas -y no todas- las que vienen utilizando estos servicios. Por otra parte, no existe ningún tipo de obligación para que en los Planes Sociales de las Empresas se incluyan este tipo de servicios, y, además, ya las empresas en una situación de despido de los trabajadores tienen que otorgar al trabajador una indemnización -legal- incuestionable; es decir, si una Empresa contrata los servicios de *Outplacement*, ésta no puede sustituir la indemnización legal que se le concede al ser despedido, pues es inderogable, ya que esta “garantía establecida se sustancia, en suma, en una obligación de dar, que compensa los perjuicios ocasionados por la pérdida de empleo”.¹⁰⁶² La indemnización que reciben los trabajadores está fijada legalmente, y es una obligación jurídica independiente a la que se pueda establecer para acompañar esta medida para paliar los efectos del despido.

servicios de *Outplacement*, lo que podría obligar a tributar por ella. Pero tal y como queda establecido en el Convenio núm. 181 OIT, está prohibido cobrar a los trabajadores tanto de forma directa como indirecta, y, siguiendo la normativa internacional, no se debería considerar como pago en especie para que así los trabajadores (candidatos) decidieran libremente aceptar estos servicios que le ofrece la empresa. Sin embargo, señala NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “Medidas de empleo ante situaciones de crisis empresarial: en particular el *Outplacement*”, VVAA.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas: XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2006.

¹⁰⁶² VALDÉS DAL-RE, F.: “El carácter imperativo de la indemnización legal por despido (II)”, *RL*, núm. 4, febrero (2004).

Habría por tanto que plantearse la forma de potenciar el uso de las Empresas de *Outplacement* partiendo de la base que en ningún momento se propone la idea de hacer obligatorio el uso de estas Empresas, ni para el trabajador, pues además en el Código de Ética Profesional de la AECO señala que “siempre inician sus actuaciones tras recibir la conformidad explícita del candidato”, ni tampoco hacerlo obligatorio para la empresa. Ahora bien, se podrían establecer medidas para fomentar su uso.

En primer lugar, en los supuestos en los que está prevista una indemnización legal en caso de despido, sería necesario que además de la indemnización legal prevista -que como se analizó es insustituible pues de otro modo se estaría produciendo un retroceso¹⁰⁶³ en derechos laborales que en su momento fueron difíciles de conseguir- no se otorgue una cantidad económica añadida y se sustituya tal cantidad que se pacta en el Expediente de Regulación de Empleo por la utilización de los servicios de OPC.¹⁰⁶⁴ Y en los casos en los que se pacte una indemnización superior a la legal, la Empresa podría pactar una cláusula en el contrato celebrado con el trabajador indicando que si se “recoloca” una vez despedido, se exigiría la devolución de la indemnización pactada por encima de la legal, cláusula lícita, ya que esta cuantía no constituye una indemnización, sino una “garantía recolocadora”.¹⁰⁶⁵

En segundo lugar, se podrían establecer medidas para fomentar su uso por parte de las Empresas en determinadas circunstancias. Y es concretamente en el caso en el que una gran empresa decida proceder al despido de trabajadores aun cuando la situación de la organización productiva de la empresa sea satisfactoria, con la intención de continuar siendo altamente competitiva. Para estos casos en los que se producen comportamientos sociales irresponsables, sería necesaria una reforma legal en la que se limitara el despido en el caso de que la empresa alegara simplemente necesidades empresariales a pesar de que se anuncien resultados de rentabilidad con balance de crecimiento de beneficios. Y la limitación podría consistir en que el despido se aceptara por esta causa siempre que se justificara como *última ratio* y siempre y cuando se adjuntaran medidas de acompañamiento que facilitaran la recolocación de los trabajadores. En este caso no se está obligando directamente a utilizar las Empresas de *Outplacement* pero sí indirectamente se está fomentando su uso, pues constituye

¹⁰⁶³ En el mismo sentido, SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “Las empresas de *Outplacement* y la intermediación laboral”, op.cit.,pág. 26.

¹⁰⁶⁴ Ahora bien, nunca la empresa cliente puede exigir al candidato la devolución de la indemnización mínima establecida legalmente. Sin embargo, en algunos países, como es el caso de Alemania, se puede establecer la condición de renuncia del trabajador a una parte de la indemnización que tiene que recibir. WEISS, M.; ROJOT, J.: “L`outplacement: osservazioni sull`esperienza tedesca e francese”, op.cit.

¹⁰⁶⁵ En el mismo sentido, SERRANO GARCÍA, J.M.ª: *El plan social en los despidos colectivos*, op.cit.,pág. 243.

una medida adecuada por la que podrían optar las Empresas en esta situación, y en el caso de no llevar a cabo este tipo de medidas, se les podrían aplicar “sanciones indirectas”, como no optar a ningún tipo de ayuda pública, ni disfrutar de medidas flexibilizadoras de carácter financiero, etc.¹⁰⁶⁶

En tercer lugar, también se podría fomentar el uso de las Empresas de *Outplacement* por medio de la negociación colectiva contemplando esta medida en caso de que se llevara a cabo un despido colectivo, es decir, incluyendo esta medida en el Plan de Acompañamiento Social; incluso extender esta obligación en el caso de que se realicen despidos colectivos en empresas de menos de cincuenta trabajadores y en los despidos por circunstancias objetivas (Art. 52.c ET) o las extinciones contractuales que sean consecuencia de una decisión judicial de cese de la empresa (Art. 51.10 ET), de la venta judicial de la organización productiva (Art. 51.11 ET), de la extinción de la personalidad jurídica del empresario (Art. 49.1 g ET) o de un supuesto de fuerza mayor (Art. 51.12 ET). Incluso en relación al despido por circunstancias objetivas, se podía dar contenido en la negociación colectiva a lo establecido en el Art. 53.2 ET, que señala que “durante el período de preaviso el trabajador... tendrá derecho, sin pérdida de retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar un nuevo empleo”. Como con este permiso retribuido se pretende ayudar al trabajador que va a ser despedido para que opte por una recolocación, se podría plantear como posibilidad -en caso de que así lo decida voluntariamente el trabajador- el poder recibir los servicios de una Empresa de *Outplacement* en el tiempo del permiso retribuido. Otra forma de fomentar este tipo de Empresas es la de incluir en el contrato que firmen el empresario y el trabajador una cláusula normativa haciendo obligatorio el uso de este tipo de Empresas, indicando en los casos de extinción en que sería posible junto con las condiciones que se establecieran expresamente.¹⁰⁶⁷

Otro aspecto de suma importancia que hay que analizar es si la Empresa que decida utilizar los servicios de una Empresa de *Outplacement* puede recibir una financiación

¹⁰⁶⁶ En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, op.cit., págs. 31 y 53.

¹⁰⁶⁷ Así lo manifiestan ARIAS DOMÍNGUEZ, A.; HIERRO HIERRO, J.; GARCÍA SILVERO, E.A.: “Estrategias de lucha contra el desempleo: el emergente fenómeno del *Outplacement*”, op.cit, pág. 264. Los autores señalan que una de las vías de desarrollo de las Agencias Privadas de *Outplacement* sería el establecimiento de una cláusula normativa en el contrato individual “que obligue a la empresa a prestar el referido servicio cuando prescinda del trabajador, especialmente si esta circunstancia se produce por causas ajenas al comportamiento contractual del trabajador, singularmente cuando lo es por causas objetivas, técnicas o de producción”.

pública.¹⁰⁶⁸ El tema es de suma importancia práctica, y ello porque podría solucionar algunas reticencias sobre el uso de este tipo de Empresas, pues las Organizaciones Sindicales podrían manifestar su apoyo, ya que en este caso no se modificarían ni se eliminarían las indemnizaciones legales recibidas, sino que estos Servicios constituirían un complemento en supuestos de extinción; y por otra parte, las Empresas podrían recibir este tipo de ayuda pública para reducir el fuerte coste que para los empresarios supone compatibilizar el coste de las Empresas de *Outplacement* y el régimen de las indemnizaciones legales. Por el momento, este tipo de medida no se ha previsto en nuestro ordenamiento, pues no se prevé la participación del Estado en la financiación del Plan de Acompañamiento Social en los despidos colectivos, ya que no participa en la elaboración de dicho Plan, pues es el empresario el que presenta unilateralmente este tipo de Plan al inicio del procedimiento, y son los representantes de los trabajadores los que negocian durante el período de consultas las propuestas empresariales para conseguir un Plan definitivo. Así, una de las medidas para que se pudiera impulsar la utilización de los servicios de *Outplacement* sería el de aumentar el escaso control administrativo sobre las medidas sociales en el Expediente de Regulación de Empleo y ampliar la obligatoriedad de imponer estos Planes de Acompañamiento a otro tipo de despidos.

Ahora bien, para la aplicación de las subvenciones públicas a otorgar por el uso de este tipo de Empresas de *Outplacement*, es absolutamente necesario un reconocimiento legal expreso de éstas así como el control de su actuación, y determinar en qué supuestos se concede la subvención, pues no siempre podrían tener derecho a este tipo de ayudas. Sería posible conceder subvenciones en el caso de que la empresa, en situación de crisis, demuestre la ausencia de recursos para garantizar a sus trabajadores un Plan adecuado;¹⁰⁶⁹ sin embargo, entiendo que se considerarían ilegales las subvenciones otorgadas en el caso de que una empresa despida a trabajadores a pesar de haber obtenido un balance positivo de beneficios, pues en este caso, se estaría “premiando” un comportamiento absolutamente irresponsable, y además, iría en contra de lo establecido en el Art. 87.1 TCE que señala que están prohibidas... “las ayudas otorgadas por los Estados mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. Además, la primera interpretación jurisprudencial

¹⁰⁶⁸ En el mismo sentido se manifiesta la OIT al indicar en el Art. 26.2 de la Recomendación núm. 166 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo que “de conformidad con la legislación y práctica nacionales, la autoridad competente debería estudiar la posibilidad de otorgar recursos financieros que cubran todo o en parte el costo de las medidas...”.

¹⁰⁶⁹ En el mismo sentido, SERRANO GARCÍA, J.M.³: *El plan social en los despidos colectivos*, op.cit., pág. 203.

sobre este tema fue la STJCE de 26 de septiembre de 1996,¹⁰⁷⁰ que se sometió a consideración del Tribunal la participación discrecional del Estado francés en los procesos de reestructuración empresarial mediante la financiación parcial de planes sociales que acompañaban los despidos colectivos. El TJCE manifestó que la inversión estatal beneficiaba directamente a estos últimos y no mejoraba la situación competitiva de la empresa, y que la ayuda estatal producía un ahorro de costes para la empresa que no tenía que hacer frente a determinadas obligaciones financieras respecto a los trabajadores situándola en una posición más favorable que sus competidores”. En este caso en concreto, por tanto, se considera que si se concede una ayuda estatal, sería contraria al correcto funcionamiento de la competencia en el mercado, es decir, que con la concesión de estas ayudas se consigue una mejor posición en el mercado. Sin embargo, en el caso que aquí se está analizando, la posibilidad de otorgar subvenciones públicas por utilizar las Empresas de *Outplacement* no iría en contra del Art. 87 TCE, pues además las Directrices de Salvamento y Reestructuración¹⁰⁷¹ declaran compatibles con el TCE las medidas que financien las acciones de formación, asesoramiento y búsqueda de empleo alternativo, recolocación, formación profesional y asistencia para los trabajadores que deseen realizar nuevas actividades (Directriz 65)¹⁰⁷² por lo que entiendo que sería posible la aplicación de estas subvenciones para favorecer la recolocación individual o colectiva de trabajadores despedidos siempre y cuando, como ya se ha indicado, la empresa manifieste la ausencia de recursos para garantizar a sus trabajadores un Plan de Acompañamiento Social adecuado.

El otorgamiento de subvenciones públicas en los casos que proceda, sería una adecuada medida de política activa de empleo impulsada por los poderes públicos para hacer frente al desempleo, reduciendo las prestaciones por desempleo,¹⁰⁷³ al mismo tiempo que perseguiría el fin de responsabilizar al empresario de las repercusiones profesionales y personales de los trabajadores que van a ser despedidos.

¹⁰⁷⁰ STJCE de 26 de septiembre de 1996, C-241-94, (TJCE 1996/159)

¹⁰⁷¹ Comunicación de la Comisión. Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (Comunicación a los Estados Miembros en la que se proponen medidas apropiadas) [Diario Oficial C 288 de 9.10.1999].

¹⁰⁷² Para un estudio completo, véase MARTÍNEZ FONS, D.: “Los efectos de la normativa comunitaria relativa a las ayudas de Estado sobre las políticas de empleo en los procesos de reestructuración empresarial”; GOMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.ªJ.: “Ayudas públicas para empleo y límites del derecho comunitario en la regulación de la libre competencia”, Comunicaciones presentadas al XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, www.aedtss.com/XVICONGRESO.htm

¹⁰⁷³ BOSCH, G.: *Recualificación frente al desempleo*, MTSS, Madrid, 1996, pág. 265.

Por último, se manifiesta, a modo de conclusión, la necesidad de regular este tipo de mecanismos que posibiliten la reducción del desempleo, sobre todo en un momento en el que los cambios tecnológicos en las empresas son inevitables. Estos mecanismos permiten a su vez garantizar una capacidad de adaptación empresarial al cambio de las circunstancias, pues las empresas tienen que adaptar el volumen de sus plantillas a las exigencias cambiantes de la demanda o de las innovaciones técnicas, hecho que se sitúa en el marco de la denominada “flexibilidad laboral de salida”. Como no se puede cuestionar la existencia del fenómeno de la reestructuración de empresas ni de su posible utilidad renovadora del tejido económico y empresarial,¹⁰⁷⁴ es necesario complementar éste con medidas de acompañamiento sociales que reduzcan la situación de desempleo en la que pueden quedar los trabajadores despedidos.

Lo que se ha pretendido con este análisis es dar a conocer este tipo de Empresas, ver las posibilidades para su regulación legal y sobre todo para potenciar su uso, destacando la posibilidad de la financiación pública como una solución para potenciar el uso de las EOP.

Ahora bien, al margen de la utilización de este tipo de Empresas Privadas, no significa que se dejen de potenciar medidas públicas para hacer posible la recolocación de excedentes de trabajadores, como ya se venía haciendo desde los años ochenta.¹⁰⁷⁵ Y quien podría tener un peso en esta materia serían los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, bien ellos mismos, o a través de su red de Entidades Colaboradoras, destacando sobre todo entre éstas la Administración Local principalmente, o también otras instituciones como las

¹⁰⁷⁴ Así lo manifiesta MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, op.cit, pág. 42.

¹⁰⁷⁵ Aunque en este momento se potenciaban más las medidas pasivas de empleo que las activas, pues en caso de reestructuración de empresas se facilitaba sobre todo el retiro anticipado y subsidiado de la fuerza de trabajo. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, Granada, 1988.

Actualmente, aunque en menor medida, se llevan a cabo medidas públicas para favorecer la empleabilidad y la recolocación de los trabajadores excedentes en algunos sectores, como es el caso del sector textil y de la confección, llevando a cabo acciones principalmente de orientación profesional y de formación profesional ocupacional (Orden TAS/3243/2006, de 19 de octubre, por la que se disponen medidas necesarias para el desarrollo parcial de lo previsto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 2006, sobre determinadas medidas financieras y sociolaborales integradas en el Plan de Apoyo del sector textil y de la confección.

Fundaciones Laborales.¹⁰⁷⁶ Incluso se podría potenciar la firma de Convenios de Colaboración con las Empresas de *Outplacement* -como ya se ha venido haciendo en alguna ocasión- para establecer medidas públicas en colaboración con entidades privadas que ya tienen un alto grado de especialización y experiencia en la materia. En definitiva, además de potenciar medidas privadas para la recolocación de los trabajadores a cargo de las Empresas, es necesaria también la implicación de la Administración para la elaboración de planes específicos que hicieran posible la recolocación de trabajadores pertenecientes a empresas en reestructuración.

3.4.3. Portales de Empleo en Internet

La “maduración de la Revolución Tecnológica”¹⁰⁷⁷ a partir de los años noventa se viene manifestando en diferentes campos, y concretamente en la estructura del mercado de trabajo. Internet se está utilizando cada vez más para cubrir necesidades de tipo científico, cultural y social,¹⁰⁷⁸ y también para servir de encuentro entre ofertas y demandas de trabajo, formándose una auténtica “comunidad virtual”¹⁰⁷⁹ de demandantes y oferentes de empleo. La búsqueda *on line* constituye una manifestación más del postindustrialismo,¹⁰⁸⁰ que aún necesita conocer sus límites y contar con una regulación legal, aún inexistente. Estamos ante una verdadera Revolución científica¹⁰⁸¹ en este campo.

Los agentes “clásicos” que se han venido dedicando a la actividad de Intermediación están utilizando Internet como una vía adicional para mostrar sus ofertas y demandas de trabajo. Esta práctica se considera muy acertada y desde hace muchos años se decía que las

¹⁰⁷⁶ Para un análisis detallado de las medidas activas en los planes sociales, véase LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “Consideraciones en torno a un nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas”, *RL*, núm. 1 (2005), págs. 340 y ss.

¹⁰⁷⁷ CASTELLS, M.: *La era de la información*, op.cit., pág. 295.

¹⁰⁷⁸ GÓMEZ FERNÁNDEZ-CABRERA, J.: *Derecho y administración pública en Internet*, op.cit., pág. 17.

¹⁰⁷⁹ CASTELLS, M.: *La era de la información, Vol I, La sociedad red*, op.cit., pág. 52.

¹⁰⁸⁰ CASTELLS, M.: *La era de la información, Vol I, La sociedad red*, op.cit., pág. 270.

¹⁰⁸¹ KUHN, T.: *La estructura de las Revoluciones científicas*, Fondo de cultura económica, Madrid, 2001, pág. 28.

Oficinas de Trabajo debían utilizar los métodos de publicidad acostumbrados en el mundo de los negocios”.¹⁰⁸² Estos Agentes de la Intermediación tradicionales se están abriendo a la tecnificación y modernización de la actuación administrativa en su vertiente de producción jurídica adaptándose permanentemente a las revoluciones tecnológicas. De hecho, la mayor parte de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos cuentan en su página Web con un servicio de búsqueda de empleo *on line*, e incluso el Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, hacía referencia a la modernización del Servicio Público de Empleo Estatal, en el que se establecía un compromiso para modernizar el Servicio Público de Empleo Estatal creando Oficinas virtuales de empleo. Las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC, a pesar de su escasa implantación, también han venido utilizando en algunas ocasiones esta vía para modernizar de igual modo la Actividad de Colocación que escasamente han desarrollado. Sin embargo, como ya se ha indicado en el estudio de las Agencias de Colocación, la mayor parte de las organizaciones con fines de interés general -Administración Local, Cámaras de Comercio, Universidades, Fundaciones, Colegios Profesionales...- vienen realizando la Actividad de Colocación sin utilizar la forma jurídica de las AC reguladas en el RDAC, y sin embargo su actuación se viene realizando a través de las “bolsas de trabajo en Internet”.¹⁰⁸³ También merecen una especial atención debido a su mayor implantación en el mercado de trabajo, los conocidos como Portales de Empleo en Internet que se crean y actúan sólo en la Red y a nivel internacional. Aunque este estudio se dirige principalmente al análisis práctico y jurídico de los Portales de Empleo en Internet, se extraerán de igual modo conclusiones generales que se pueden aplicar a todo el conjunto de instituciones que de algún modo emplean Internet para mostrar ofertas y demandas de trabajo, pues debido a la proliferación de este medio, es necesario conocer los aspectos jurídicos, cuestiones que se pasan a analizar.

a) Significado práctico

No todos los Portales de Empleo funcionan de la misma forma, aunque los aspectos generales suelen ser los mismos. Así, el demandante “virtual” de empleo necesita disponer de una dirección de correo electrónico que constituye el canal de transmisión de datos. Algunos Portales ofrecen la posibilidad de buscar directamente las ofertas de trabajo indicando el sector profesional y el país o provincia donde desea trabajar el demandante de

¹⁰⁸² OIT.: *La colocación de trabajadores...*, op.cit., pág. 48.

¹⁰⁸³ Para un análisis de éstas véase FUERTES DÍAZ.: “Bolsa de trabajo en Internet”, www.rrhh.net/art10514.htm

empleo, y cuando se valida la petición aparece una correlación de las ofertas en curso.¹⁰⁸⁴ Sin embargo, otros Portales obligan a registrarse antes de optar la búsqueda, para facilitarle la utilización de herramientas específicas para modificar sus datos curriculares, seleccionar ofertas de empleo, establecer criterios de búsqueda, gestionar candidaturas presentadas o preparar cartas de presentación.¹⁰⁸⁵ Aunque la práctica totalidad presenta en la Web un formulario que debe ser cumplimentado por los demandantes de empleo, en algunos casos se utiliza un buzón electrónico en el que el demandante de empleo remite el Currículum que él mismo confecciona, sin que se determine previamente el contenido del mismo. Además, normalmente, en el caso en el que no se encuentre la oferta deseada en una primera búsqueda, se ofrece un servicio de suscripción para enviar ofertas, en el que cada cierto tiempo el demandante de empleo recibe en su buzón de correo electrónico una lista de ofertas de trabajo en curso que se ajustan al perfil del candidato. El tipo de demandantes de empleo que utilizan tales Servicios son -en la mayor parte de las ocasiones- recién licenciados, incluso personas que están pensando en cambiar de empleo.¹⁰⁸⁶ Es habitual que este tipo de Portales obtengan beneficios de la Actividad de Colocación que realizan. Así, reciben beneficio material de la propia publicidad que estos Portales de Empleo incluyen en sus páginas Web o bien por el número de visitantes que reciben dichas páginas. Pero tal ánimo lucrativo también repercute en el oferente de empleo y también en la Empresa de Selección que en muchas ocasiones también contrata los servicios de los Portales de Empleo para realizar la primera fase del proceso de selección encargado por la Empresa cliente. Sólo en casos contados se ofrece una inserción gratuita de anuncios para determinadas empresas de forma limitada.¹⁰⁸⁷ En otras ocasiones se hace una constante alusión a la prohibición de cobrarle a los demandantes de empleo, llamados candidatos, incluso señala que las ofertas no podrán incluir teléfonos de tarificación adicional al perseguir éstos un importante beneficio económico para el contratante de la línea que repercute en el demandante de empleo; también se prohíbe cualquier tipo de contacto que suponga un coste económico para el candidato. Y, en sentido contrario, en otras ocasiones se exige al propio demandante de empleo que pague por la utilización de los servicios de los Portales de Empleo con la

¹⁰⁸⁴ Es el caso de www.trabajo.org

¹⁰⁸⁵ Es el caso de www.todotrabajo.com

¹⁰⁸⁶ BERNER, C.: *Work in the Economy. Flexible Labor Markets in Silicon Valley*, Blackell, Maden, Osford, Melbourne, Berlin, 2002, págs. 118-119.

¹⁰⁸⁷ Es el caso de www.infojobs.net, que actualmente cuenta con personalidad jurídica propia y se constituye como sociedad limitada.

intención de distinguirse de los demás y constatar que son altamente cualificados.¹⁰⁸⁸ Y la falta de protección al demandante de empleo también se viene demostrando en la utilización en Internet de las llamadas “subastas de empleo” para cubrir determinados puestos de trabajo, y consiste en la puja por parte de los interesados para conseguir un puesto de trabajo, venciendo el que se ofrece a cobrar el salario más bajo del establecido por quien ofrece el puesto de trabajo.¹⁰⁸⁹

c) Análisis jurídico

Las nuevas formas de gestionar la colocación a través de Internet ponen a prueba la capacidad del Derecho para adaptarse a las nuevas tecnologías. Por el momento, existe un importante desequilibrio entre la realidad y el régimen jurídico,¹⁰⁹⁰ que por el momento en este campo es inexistente. Tampoco se cuenta con un estudio completo de este tipo de Agencias de Empleo Privadas, y ello es debido a que la aparición de estas nuevas Agencias, al igual que ocurre con todo tipo de comunicación a través de Internet, constituye un fenómeno social reciente y “la investigación académica no ha tenido la oportunidad de alcanzar conclusiones firmes sobre su significado social”.¹⁰⁹¹ No existen tampoco antecedentes históricos sobre este tipo de Agencias de Empleo Privadas, debido a que la revolución de Internet es bastante reciente, aunque se puede relacionar con la obligación que existía hasta el año 1994 de visar por parte del INEM cualquier oferta de empleo que se publicara por medios diferentes a éste. Sin embargo, a partir de esta fecha y al admitirse la contratación directa y eliminarse el monopolio público en la Actividad de Colocación, empieza a proliferar la publicidad de ofertas a través de la prensa -especializada o no- y actualmente a través de Internet, sin ningún tipo de control en su actuación.

A nivel internacional, como ya se sabe, el Convenio núm. 181 OIT hace una enumeración poco exhaustiva de todas las Agencias de Empleo Privadas existentes, diferenciando tres grupos: Agencias de Intermediación, Agencias de cesión de trabajadores,

¹⁰⁸⁸ BENNER, C.: *Work in the Economy. Flexible Labor Markets in Silicon Valley*, op.cit., págs. 146-147.

¹⁰⁸⁹ Parece que hasta el momento el único caso conocido se ha producido en Alemania con la aparición de la web www.jobdumping.de. Véase PÉREZ DOMÍNGUEZ, F.: “Servicios privados de empleo: razones para una reforma”, *DL*, núm. 79, (2007), pág. 112.

¹⁰⁹⁰ OCHOA MONZÓ, J.: ¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?, op.cit., pág. 152.

¹⁰⁹¹ CASTELLS, M.: *La era de la información*, op.cit., pág. 430.

y Agencias de Información y Asesoramiento. Descartando, por motivos ya expuestos en numerosas ocasiones, que estas Agencias se puedan incluir dentro de las de cesión de trabajadores, la cuestión estaría en determinar en cuáles de los dos grupos restantes encajarían. Se podrían encuadrar en lo que llamó la OIT en el año 1994 al realizar el informe sobre las Agencias de Empleo Privadas “bancos informáticos de ofertas de empleo”, que, en un principio se encuadrarían en las llamadas Agencias de Información, es decir, en “servicios relacionados con la búsqueda de empleo...como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y demanda específicas”. Y ello porque los Portales de Empleo en la mayor parte de las ocasiones sirven de soporte de conocimiento de las ofertas y demandas, entrando las partes en contacto directamente, por lo que no cabría hablar de Intermediación.¹⁰⁹² Sin embargo, en otras ocasiones no realizan simplemente una mera transmisión sino una labor de Intermediación, es decir, se encargan de vincular ofertas y demandas de empleo, y hay una atención personal para cada demandante u oferente de empleo a través del registro personal llegándole las ofertas más adaptadas a su petición. Por tanto, es necesario analizar caso por caso para delimitar la actividad -de información o de intermediación- que realizan. Ahora bien, independientemente del tipo de actividad, estas Agencias de Empleo Privadas, según el Convenio 181 OIT, tienen que contar con una autorización para su actuación, y concretamente los dos tipos de Agencias de Empleo Privadas carecen en nuestro país de una regulación específica.

Además, al igual que en las Empresas de Selección o en las Empresas de *Outplacement*, a pesar de una falta de regulación específica, no significa que su “mala” actuación no quede sancionada. En cuanto a las infracciones y sanciones en materia de empleo, a los Portales de Empleo se les puede aplicar una sanción al constituir infracción grave -según el Art. 15.5. TRLISOS- “la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan las condiciones contrarias a la normativa de aplicación...”. Y en materia de protección de datos tienen que cumplir con lo establecido en la LOPD, y en caso contrario se les aplicarían las sanciones correspondientes por las infracciones que se determinan en esta ley. Sin embargo, se ha podido comprobar que la normativa en materia de protección de datos que se tiene que aplicar a los Portales de Empleo es incumplida en la mayor parte de los casos, conclusión que se deduce de un informe llevado a cabo por la Agencia Española de Protección de Datos. Este incumplimiento se concreta en la falta de inscripción en el Registro General de Protección de Datos, en la falta de confidencialidad de los datos personales o en el desvío de finalidad de empleo en los ficheros registrados, pues en algunos casos se utilizan tales datos para la promoción comercial de productos y/o servicios, en la falta de información explícita

¹⁰⁹² En el mismo sentido, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., pág. 104.

a los interesados acerca del tiempo que un determinado empleador dispondrá de tales datos, o en no cancelar los datos una vez que exprese el demandante de empleo tal voluntad, o también se producen deficiencias en lo que respecta al almacenamiento de las contraseñas de acceso de los usuarios inscritos en el portal, o la ausencia de identificación personal en la Web del responsable del tratamiento o del fichero o en relación al domicilio, ausencia que se complica si está ubicado fuera de las fronteras de nuestro país, ya que no se conoce cuál será la legislación aplicable y los derechos que se le reconocen al demandante de empleo.

No sólo es necesario un cumplimiento de la normativa que se aplica a los Portales de Empleo en materia de protección de datos de carácter personal, sino que es necesaria una regulación específica de estos Portales de Empleo, o incluso de toda la Actividad de Colocación llevada a cabo a través de Internet. Para ello sería necesario prohibir -al igual que se ha hecho en el ordenamiento italiano- la gestión de parte de sujetos no autorizados de sitios de Internet que efectúan la recogida de currículum¹⁰⁹³ y realizan determinadas actividades relacionadas con la Colocación de los trabajadores.

Si quien va a publicar ofertas de empleo o va a realizar una actividad de Intermediación a través de Internet la realiza también sin utilizar este medio, no sería necesaria una regulación expresa de la Actividad de Colocación que desarrollan a través de Internet, sino que se podría hacer en los mismos términos que ya se establecieron en la autorización que tienen concedida. Ahora bien, en los casos en los que se realice la Actividad de Colocación sólo en Internet, como es el caso de los Portales de Empleo, se necesita una regulación específica, y para ello tal regulación se podría incluir en la normativa que regule todas las Agencias de Empleo Privadas. Lo importante en este caso es controlar toda la Actividad de Colocación llevada a cabo a través de Internet. No existe ninguna justificación para que no haya ningún tipo de regulación ni control para quien desempeñe la Actividad de Colocación a través de la Red, pues hay que tener en cuenta que Internet es simplemente un medio de transmisión, que no muda la naturaleza de las actividades que se prestan a través de ella, que -en principio- deben someterse al mismo régimen jurídico, pues “de lo contrario, la normativa tendría un carácter discriminatorio”.¹⁰⁹⁴ Es necesario apuntar algunos aspectos para la próxima regulación: en primer lugar, determinar la prohibición expresamente de

¹⁰⁹³ En el ordenamiento italiano, tras la Reforma *Biagi*, se prevé la autorización de este tipo de Agencias. Concretamente, el Art. 9 del Decreto Legislativo núm. 276, de 10 de septiembre de 2003 prevé que sólo los sujetos autorizados o acreditados puedan efectuar comunicaciones en prensa, Internet, televisión u otros medios de información, relativas a la actividad de selección, recolocación, intermediación y suministro de mano de obra, a menos que no quede realizada directamente por el oferente de empleo.

¹⁰⁹⁴ LAGUNA DE PAZ, J.C.: “Internet: aspectos de su régimen jurídico-público”, *REDA*, núm. 113, enero-marzo (2002), pág. 14.

cobrar a los demandantes de empleo, aunque se podría incluir la excepción -admitida por la OIT- de cobrar a determinados trabajadores¹⁰⁹⁵ altamente especializados, al igual que ya se indicó al analizar las Empresas de Selección de Personal; y, en segundo lugar, habría que determinar con carácter general el contenido de los datos que tienen que presentar a través de Internet, con el objetivo de proteger tales datos y cumplir la normativa existente. Para ello se propone que se determine expresamente un formulario a rellenar por el demandante de empleo, con los datos que obligatoriamente tiene que indicar y los de carácter voluntario, pues de esta forma se llevaría a cabo un fuerte control para proteger tales datos.

Al margen de la necesidad de una regulación de la Actividad de Colocación en Internet, sería necesario -como ya se analizó- una regulación a nivel europeo que estableciera requisitos mínimos para todos los Portales de Empleo, pues en este caso, más que en otros, se plantea el problema de la diferente regulación existente que afecta directamente a los Portales de Empleo, pues en la mayor parte de las ocasiones son Portales extranjeros.

3.5. Conclusiones finales

Una vez analizada la Actividad de Colocación que se viene desarrollando actualmente en nuestro país, se ha podido comprobar la situación de “caos” normativo en la que se encuadra dicha actividad. Y ello porque, en primer lugar, se ha producido un fracaso de la Actividad de Colocación realizada por las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, y, en segundo lugar, se está asistiendo a una proliferación “aceptada” de las Agencias de Empleo Privadas, que, salvo en el caso de las ETT, actúan sin una regulación específica. Es necesaria una completa reforma de la Actividad de Colocación, que vaya acorde con la realidad práctica y tenga por finalidad ordenar y controlar tal actividad así como ajustarse a la normativa internacional. Sin perjuicio de las posibles reformas que se puedan llevar a cabo para mejorar la actividad de los Servicios Públicos de Empleo, aquí las conclusiones que se extraen van dirigidas a las entidades públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro que participan en nuestro país en la Actividad de Colocación.

De este modo, las reformas a realizar se podrían resumir en dos grandes bloques: el primer bloque comprendería la reforma de todas las entidades, tanto públicas como privadas sin ánimo lucrativo que “colaboran” en la actividad de colocación con el Servicio Público de Empleo. Para ello, es necesario derogar el RDAC, que ya no se aplica en la práctica, pues actualmente casi es inexistente la concesión de autorizaciones para realizar la actividad de

¹⁰⁹⁵ En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S.; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT”, op.cit., pág. 724.

colocación bajo la fórmula jurídica de Agencias de Colocación sin fines lucrativos. Y lo que se tendría que hacer es llevar a cabo un desarrollo reglamentario de la LE en donde se fije el completo régimen jurídico de las Entidades Colaboradoras, y se incluyeran todas las actividades que pueden realizar éstas (incluidas las de Intermediación), las características que tienen que presentar tales Entidades, y sobre todo, fijar expresamente la inexistencia de ánimo lucrativo de estas Entidades. De este modo se unificaría un régimen jurídico regulado -lógicamente- a nivel estatal, para que posteriormente las Comunidades Autónomas pudieran gestionar las políticas activas que desarrollen estas Entidades Colaboradoras.

El segundo bloque comprendería la regulación de las Agencias de Empleo Privadas, que, como se ha venido analizando, a pesar de que es muy necesaria una regulación legal de éstas, se ha admitido, por el momento, su legalidad resolviéndose los litigios que pudieran surgir en la Jurisdicción correspondiente. No consiste tal reforma en proceder a su prohibición, pues no tendría sentido, al ir en contra de la normativa internacional y europea y de la realidad práctica; tampoco tendría sentido llevar a cabo en esta materia una “desregulación” completa, pues es necesario un control sobre su actuación, a pesar de que esta práctica se viene haciendo en algún ordenamiento.¹⁰⁹⁶ Aquí se opta por una reforma para regular por primera vez en nuestro ordenamiento las Agencias de Empleo Privadas, regulando los aspectos mínimos para su actuación, pues con su reconocimiento legal expreso aumentaría su eficiencia,¹⁰⁹⁷ y no frenaría ni mucho menos su libertad de movimiento ni su iniciativa. Es necesario que se produzca seguridad jurídica en esta materia, lo que exige positividad del derecho;¹⁰⁹⁸ así, es necesaria la regulación de las Agencias de Empleo

¹⁰⁹⁶ En el caso del Reino Unido, los servicios de colocación privados se venían regulando en la Ley de Colocación de 1973 y sus sucesivas modificaciones. En los primeros diecinueve años, desde su entrada en vigor, necesitaban para su actuación una licencia administrativa. Esta obligación se derogó en el año 1994 como consecuencia de una política de desregulación seguida por el Gobierno inglés. Véase HEPPLÉ, B.: “Le agenzie private per l’impiego nel Regno Unito”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 4, (1998), pág. 462.; CERNECCA, A.: “Pubblico e privato nella gestione del collocamento: il caso inglese”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 2, (1998), pág. 177.

En Suecia se han aceptado las Agencias de Empleo Privadas aunque no están sometidas a ningún tipo de autorización. Véase NYSTROM, B.: “Employment Agencies: The legal regulation of Employment Agencies and Employment Leasing Companies in Sweden”, *23 Comp.Lab.L&Policy Journal*, 2001, págs. 195-196.

¹⁰⁹⁷ DORENBOS, R.; VOSSSEN, I.: *Public employment services: Can East Asia learn from the experience in Europe?* Rotterdam, February, 2002, pág. 29.

¹⁰⁹⁸ RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, op.cit., pág. 90.

Privadas,¹⁰⁹⁹ que además, iría acorde con los principios básicos que caracterizan el Derecho del Trabajo: el principio de protección del trabajador y el principio de rendimiento o eficiencia económica vinculado a la libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado.¹¹⁰⁰ Con una regulación específica se daría una mayor fiabilidad, profesionalidad y solvencia de los Agentes de Empleo para diferenciarlos de los que actúan de forma abusiva, y conseguir así una mayor transparencia en el mercado de trabajo. Esto evitaría la contradicción existente en la actualidad en esta materia: la Actividad de Colocación regulada está totalmente controlada, mientras que la Actividad de Colocación que está sin regular, se viene aceptando sin someterse a ningún tipo de control, lo que hace que se puedan agravar situaciones discriminatorias.

Por otra parte, la regulación de las Agencias de Empleo Privadas es positiva para los usuarios de estos servicios, pues tienen la posibilidad de conocer cuáles son los agentes de empleo que actúan en la práctica y la libertad de elegir al que quieran acudir, pudiendo de este modo asegurar con ello un servicio que esté preparado para suministrar un servicio eficiente y eficaz.

Otra cuestión a determinar sería dónde ubicar tal reforma. La regulación de las Agencias de Empleo Privadas, aunque se puede hacer en la Ley de Empleo,¹¹⁰¹ no parece que encajen estas Agencias en su articulado, y ello porque sólo ha dedicado un artículo sobre los Agentes de Intermediación que “colaboran” directamente con el Servicio Público de Empleo. La solución más acertada estaría en la regulación específica de una Ley sobre Agencias de Empleo Privadas, derogándose para ello la Ley de Empresas de Trabajo Temporal así como su reglamento de desarrollo.¹¹⁰²

¹⁰⁹⁹ En el mismo sentido, GARCÍA JIMÉNEZ, M.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Modernización del Sistema Público Estatal de Empleo, “mejora” de la intermediación y “evaluación” de las políticas activas de empleo. Una reforma otoñal”, *TL*, núm. 85, (2006), pág. 170.

¹¹⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, *op.cit.*, pág. 199.

¹¹⁰¹ En este sentido, véase MOLINA HERMOSILLA, O.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Más acá y más allá del trabajo...”, *op.cit.*, pág. 56; CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El nuevo Derecho del Empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo”, *op.cit.*, pág. 364.

¹¹⁰² Otra opción sería la de aceptar legalmente que las ETT se configuren como “Empresas de servicios integrales de empleo”. En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El nuevo papel de las ETT”, en VV.AA.: *Diez años desde la regularización*, *op.cit.*, pág. 45. Sin embargo, aquí se ha optado por crear una Ley que regule todas las Agencias Privadas, aunque es perfectamente posible que una misma Agencia quede autorizada para la realización de varias actividades (Ej. selección, cesión de trabajadores, intermediación, *outplacement*, etc.).

Aquí se mantiene la necesidad de la regulación de las Agencias de Empleo Privadas, y además es necesario que se requiera el cumplimiento de determinados requisitos para su constitución (autorización administrativa, constitución de garantías financieras, obligaciones de registro e información...). Como estos requisitos no se exigen para todos los supuestos de actividad mercantil en España, es necesario valorar su necesidad para la constitución de Agencias de Empleo Privadas, centrándonos en la autorización administrativa.

Así pues, hay que plantear si la autorización constituye un requisito indispensable para la constitución de tales Agencias, en un momento en que la tendencia es liberalizar y desregular los servicios y actividades pues se piensa que de este modo se mejora la calidad del Estado y que el exceso de intervención debilita a la Administración y dificulta la iniciativa privada debido a la imposición de cargas burocráticas.¹¹⁰³ Incluso desde la Unión Europea también existe la tendencia de admitir la autorización en los casos en los que sea imposible comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión.¹¹⁰⁴

Sin embargo, creo que en este caso en concreto está justificado un control preventivo mediante la técnica jurídico-administrativa de la autorización, para que la Administración pueda comprobar la compatibilidad de los servicios de estas Agencias con el interés general, y sobre todo evitar que se produzcan abusos dirigidos principalmente al demandante de empleo pero también al empresario. Y por otro lado, para evitar que la técnica autorizatoria produzca excesivas cargas a las empresas que solicitan constituirse como Agencias de Empleo Privadas y se produzca también un enlentecimiento de la Administración, sería necesaria la incorporación de medios electrónicos para la tramitación de la autorización.

Así, sería totalmente necesaria una regulación de las Agencias de Empleo Privadas en el que la autorización habilite a tales Agencias para ejercer una de las actividades de colocación, permitiéndose en las condiciones que fije la normativa que lo regule, y que la Administración no limite el número de autorizaciones, sino que se autoricen tantas Agencias de Empleo Privadas como solicitudes existan, lógicamente, siempre que cumplan toda la normativa que se le aplique.

¹¹⁰³ LAGUNA DE PAZ, C.: *La autorización administrativa*, op.cit., pág. 173.

¹¹⁰⁴ Véase la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como *Directiva Bolkestein*, que aunque no se aplica a las Agencias de Empleo Privadas, puede dar una aproximación a la tendencia de la Unión Europea de limitar lo máximo posible el requisito de la autorización.

Como las actividades que realizan las Agencias de Empleo Privadas difieren unas de otras, la próxima regulación debería identificar cada una de las actividades que pueden realizar, pues cada actividad necesita su propia regulación normativa.¹¹⁰⁵ Ahora bien, hay algunos aspectos que sí se podrían unificar, como es el régimen de autorización, como ocurre en el ordenamiento italiano, y registrar¹¹⁰⁶ todas ellas en la misma Administración Pública, aunque con secciones diferenciadas que correspondieran a cada una de las Agencias de Empleo Privadas. Sería perfectamente posible que una misma Institución solicite la autorización, por ejemplo, para poder realizar la actividad de Intermediación, de selección y de *Outplacement*, incluso la actividad de cesión de trabajadores. Esto llevaría a modificar el régimen de las ETT, en el que el objeto social es exclusivo. Ahora bien, tendría que estar reconocida y controlada cada actividad de forma independiente, y para cada actividad se tendría que respetar el régimen jurídico establecido para cada una de ellas.¹¹⁰⁷ Se admite, por tanto, la polifuncionalidad de las Agencias de Empleo Privadas,¹¹⁰⁸ para poder crear verdaderos Servicios integrales de Empleo.

¹¹⁰⁵ En el mismo sentido, véase DEL REY GUANTER, S.; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio número 181 de la OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías”, op.cit., pág. 715, al indicar que aunque el Convenio número 181 dispone de un régimen unificado para todas las Agencias no impide que haya tantas regulaciones internas como grupos crea la OIT, y además de indicar que es posible la regulación separada, se mantienen a favor de esta posición, al señalar que “no parece, sin embargo, que ello sea factible, debido a las específicas peculiaridades de algunas de las agencias, caso de las ETT”.

¹¹⁰⁶ Hay que tener en cuenta que la autorización es independiente del registro, pero que en la mayoría de las ocasiones la autorización lleva aparejado el registro, al igual que la revocación de la autorización también implica la cancelación en el registro específico. LAGUNA DE PAZ, C.: *La autorización administrativa*, op.cit., pág. 101.

¹¹⁰⁷ Así, el Prof. CAVAS MARTÍNEZ, F. (“El entramado institucional del empleo en la vertiente pública y privada”, op.cit., pág. 208), señala que es necesario establecer un control público de todas las actividades de colocación que se realicen en el mercado de trabajo, aunque sería adecuado someterlas a diferentes niveles de control, pues lo que puede ser exigido para algunas Agencias (Ej. las ETTs), puede ser excesivo para otras.

¹¹⁰⁸ En el ordenamiento italiano, en el Decreto Legislativo de 10 de septiembre de 1003, número 276, se distinguen cinco tipos de agencias: las agencias de suministro generales, que se inscriben automáticamente en las secciones dedicadas a la intermediación, búsqueda y selección de personal y de recolocación, aunque su objeto social debe prevalecer dentro de la agencia; las agencias de suministro especiales que se inscriben automáticamente en el registro de las agencias de selección y recolocación para poder desarrollar este tipo de actividades, aunque no se prevé que el objeto social sea prevalente; las agencias de intermediación, que son inscritas automáticamente en el registro de las agencias de búsqueda y selección de personal y de recolocación aunque se obliga a que la actividad de intermediación sea prevalente sobre las otras; las agencias de búsqueda y selección de personal, y las agencias de recolocación (*Outplacement*).

La nueva reforma en materia de empleo iniciada por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y de empleo, convalidado por la Resolución de 29 de junio de 2006¹¹⁰⁹ y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo no introducen ningún cambio en esta materia, simplemente se establece un compromiso de modernización de los Servicios Públicos de Empleo. Aunque en los trabajos preparatorios del citado Decreto Ley¹¹¹⁰ se mantuvo la necesidad de realizar una reforma a modo de simples “principios programáticos”,¹¹¹¹ nada se ha plasmado. Esta falta de adaptación a la legalidad internacional se viene produciendo desde hace tiempo: la LE atajó el tema utilizando simplemente el concepto de Intermediación y determinando cuáles eran los intermediarios que legalmente actúan en el mercado de trabajo, sin llevar a cabo una regulación completa de la Actividad de Colocación y de los Agentes de Empleo que actúan y que tienen un reconocimiento específico en la normativa internacional. Se va dando de lado a esta reforma, optando por su “omisión” y dando la espalda a una realidad que suplica una reforma en este sentido y una ordenación normativa de estos Agentes que actúan en el mercado de trabajo. Aquí se es consciente de que no va a ser fácil llevar a cabo una regulación sobre las Agencias de Empleo Privadas,¹¹¹² casi imposible, pues se prefiere aparentar un sistema en el que no se acepta la Actividad de Colocación lucrativa, y esta apariencia hace que se estén produciendo en algunas ocasiones importantes abusos que se evitarían si hubiera un régimen específico de estas Agencias de Empleo Privadas controlando su actuación, pues no se duda de las ventajas de estas Agencias no sólo a título particular entre trabajador y empresario, sino para la sociedad en general al evitar importantes tasas de desempleo.

Como la realidad va siempre más allá que la regulación normativa, en el caso de que se proceda a la regulación, sería necesario, como se viene diciendo, llevar a cabo una regulación más general de los requisitos y límites de las Agencias de Empleo Privadas, y

¹¹⁰⁹ BOE núm. 159, de 5 de julio de 2006

¹¹¹⁰ Hay que recordar que el “Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo” de 9 de mayo de 2005 sólo se hizo referencia a que un grupo de trabajo tripartito analizará los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y, concretamente, las Entidades Colaboradoras, las Agencias de Colocación y Empresas de Recolocación.

¹¹¹¹ PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La Reforma Laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 122.

¹¹¹² Esta previsión se deduce de la última reforma citada, pues parece que no se va a llevar a cabo una reforma legal para subsanar las deficiencias detectadas en la Ley de Empleo (entre las que se encuentra la falta de regulación de las Agencias de Empleo Privadas), sino que se van a subsanar a través de su desarrollo reglamentario. VV.AA. (Sempere Navarro, A. Director): *La Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Aranzadi, Pamplona, pág. 199.

posteriormente una regulación de las que actualmente vienen utilizándose en la práctica, sin perjuicio de llevar a cabo una “lista abierta”¹¹¹³ de cara a la constante aparición de este tipo de Agencias y evitar que en un tiempo haya de nuevo un vacío legislativo en esta materia.

¹¹¹³ También se ha propuesto el sistema de lista abierta por PÉREZ DOMÍNGUEZ, F.: “Servicios privados de empleo: razones para una reforma”, op.cit., pág. 117.

III. LA UTILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO Y DE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS POR COLECTIVOS CON PARTICULARIDADES ESPECÍFICAS

En una fase tan avanzada de la investigación, ya se ha podido comprobar cuál es el propósito básico de ésta. Es decir, hasta el momento se ha analizado desde un punto de vista jurídico la intervención de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas en un período en el que a pesar de los nuevos cambios normativos en esta materia que se han venido produciendo en España, la realidad sigue sobrepasando el contenido del régimen jurídico vigente, comprobando también que no existe una relación adecuada entre la normativa sobre este tema en nuestro ordenamiento y la que queda regulada a nivel internacional y comunitario, mucho más cercana a la actualidad.

Pues bien, llegado a este punto, es necesario agrandar el campo de investigación y preguntarse concretamente quiénes son los que utilizan los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas. La referencia normativa más genérica se encuentra en la LE, y además en el Art. 16 ET, este último artículo aplicable solamente al trabajador asalariado, según indica el Art. 1 ET. Se plantean por tanto algunas cuestiones a resolver, como la de determinar qué régimen de colocación se le va a aplicar a los demás “demandantes de empleo” que buscan trabajo y que están al margen del Estatuto de los Trabajadores, o qué régimen de colocación se aplica a determinados colectivos que incluidos en el ámbito de aplicación del ET presentan determinadas particularidades, o a aquellos en los que su relación laboral es de carácter especial.

Para hacer un análisis de estos colectivos, se han ido agrupando en función de las características comunes que presentan: así, entre otros, un grupo es el de aquellos que su relación de trabajo es de carácter especial.

Pero el análisis se tiene que hacer de forma individualizada siguiéndose siempre el mismo enfoque: en primer lugar, analizar cuál es el papel que desempeñan los Servicios Públicos de Empleo en cada caso, y en qué colectivos el régimen de colocación se aproxima más a un casi monopolio público en la colocación, y en cuáles se usa frecuentemente -o en ciertos casos, se abusa- de las Agencias de Empleo Privadas.

Esta diversidad de colectivos vuelve a mostrar el cambio progresivo del modelo clásico de trabajo, donde -por regla general- no es suficiente con la intervención pública en esta materia, sino que cada vez son más utilizadas las Agencias de Empleo Privadas.

El proceso de fragmentación en el capitalismo avanzado¹¹¹⁴ en colectivos laborales

con intereses más diferenciados que el modelo-tipo de “obrero-masa” también se refleja en el uso tan diferente que hace cada colectivo de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas.¹¹¹⁵ Así pues, se va a hacer una revisión crítica de la situación legal actual y posteriormente elaborar una serie de propuestas en este campo.

1. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas por colectivos con una relación laboral de carácter especial

Las peculiaridades que presentan las relaciones de carácter especial -principalmente enumeradas en el artículo 2 ET- no siempre afectan al régimen jurídico de la colocación aplicable. Por ello, se va a analizar de forma individualizada si se aplica el mismo régimen jurídico de la colocación que el establecido en el artículo 16 ET, con todas las críticas que ya se han efectuado a este artículo, o, si por el contrario, el régimen de colocación es totalmente diferente. En este apartado no se van a tratar ni la colocación de los estibadores portuarios ni la de los minusválidos en centros especiales de empleo, aún considerándose también relaciones laborales de carácter especial. Ha parecido conveniente integrarlas en otros colectivos: la primera de ellas dentro del grupo de los trabajadores del mar, principalmente dada su relación con éstos, que permitirá conocer las diferencias existentes; y la segunda en las personas con discapacidad, con el objetivo de poder tener una visión global de la colocación de este colectivo, pues todos los trabajadores con discapacidad no van a ser contratados exclusivamente en Centros Especiales de Empleo.

1.1. El personal de Alta Dirección

El Art. 3 del *Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección*, señala que “las normas de la legislación laboral incluidas en el ET sólo serán aplicables en los casos en los que se produzca remisión expresa en este Real Decreto o así se haga constar específicamente en el contrato”. No se lleva a cabo una remisión expresa al Art. 16 ET, por lo que no hubo obligación de acudir obligatoriamente al antiguo INEM para solicitar a un trabajador de Alta Dirección ni tampoco éste de inscribirse en sus Oficinas. Hoy en día, se entiende que el Servicio Público

¹¹¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, *RL*, (2001-II), pág. 215-217.

¹¹¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo, Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 104, pág. 104.

de Empleo correspondiente no realiza funciones de control con respecto a este colectivo, es decir, el empresario no tiene que comunicar el inicio del contrato ni tampoco su terminación.¹¹¹⁶ Este es un ejemplo clave de un colectivo que “no necesita” la Intermediación llevada a cabo por el Servicio Público de Empleo, ni la realizada por las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, y que cada vez es más común -al igual que es una práctica muy normal en Estados Unidos y en otros países europeos- la intervención de empresas especializadas para este colectivo.¹¹¹⁷

Las Agencias que más se utilizan son las Agencias *head-hunting* como modalidad específica de Empresas de Selección de Personal, como ya se analizó en su momento, por lo que no es necesario volver a analizarlas. Aunque, según la normativa específica por la que se regula el personal de Alta Dirección no hay obligación de cumplir la normativa sobre colocación establecida en el Art. 16 ET, es totalmente necesario que este tipo de Agencias de Empleo Privadas se regulen y se controlen sin distinción alguna del colectivo al que se dirige, pues así se deduce del Convenio núm. 181 de la OIT.

1.2. El Personal al Servicio del Hogar Familiar

El *Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar* contiene las materias específicas que difieren de la normativa general del ET, normalmente fundamentadas en la singularidad del trabajo doméstico al que el Decreto se refiere.¹¹¹⁸ Y, concretamente, en el Art. 5 señala que “no será

¹¹¹⁶ El silencio acerca de la normativa de colocación se entiende como silencio negativo, es decir, no es obligatorio seguir todo el proceso de colocación indicado en el ET “y menos aún si las disposiciones estatutarias no son supletorias”. DE VAL TENA, A.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 207. El citado autor también indica que si se hubiera querido mantener la obligación de registro para el personal de Alta Dirección se hubiera dicho expresamente como ha ocurrido en otras relaciones laborales especiales como es el caso de los artistas en espectáculos públicos.

De forma contraria opina MOLERO MANGLANO, C. (*El contrato de alta dirección*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 194), pues indica que cuando estaba vigente el artículo 42 de la LBE, solamente se exigía el registro en la oficina de empleo de aquellos contratos cuyas normas reguladoras así lo establecieran, y que el contrato de Alta Dirección no tenía que ser registrado pues ni el artículo 2 del ET ni el 4 del Decreto que regula esta relación laboral de carácter especial establecen esta obligación. Sin embargo, después de la Reforma de la Ley 10/1994 sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, el panorama cambia al exigir el registro de todos los contratos que se celebren por escrito.

¹¹¹⁷ MARTÍNEZ MORENO, C.: *La relación de trabajo especial de alta dirección*, CES, Madrid, 1994, págs. 255-261.

¹¹¹⁸ QUESADA SEGURA, R.: *El contrato del servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991, pág. 135.

de aplicación de esta relación laboral especial lo dispuesto en el Art. 16.1 ET, sin perjuicio de la prohibición de las agencias privadas de colocación”. Esto significa que el titular del hogar familiar no tenía que solicitar al personal al servicio de éste al INEM, ni tampoco comunicar el inicio¹¹¹⁹ ni la terminación de la relación laboral; y el trabajador no tenía que inscribirse en la Oficina de Empleo obligatoriamente¹¹²⁰, por lo que tampoco se aplicaba lo establecido en el Art. 42 de la LBE. Ahora bien, sí podían, voluntariamente -sin que lo tuvieran que hacer por imperativo legal- acudir a una Oficina de Empleo tanto el titular del hogar familiar para solicitar al trabajador como el personal al servicio del hogar familiar para solicitar ocupación, aunque esto no se realizó en la práctica. Así pues, si el INEM no intervenía (ni obligatoriamente, ni voluntariamente) pero la ley determinaba que éste actuaba en régimen de monopolio, es evidente que “algún tercero” hacía las veces de INEM para ajustar ofertas y demandas de trabajo. Pero esta intervención al margen del Servicio Público no encajaba en la prohibición de las Agencias privadas de Colocación para este colectivo,¹¹²¹ y ello porque se aplicaba el Art. 16.2 ET y 44 LBE. Tal prohibición se mantuvo con la finalidad de evitar el uso indiscriminado en este sector de las Agencias lucrativas que perjudicaban claramente al personal al servicio del hogar familiar.¹¹²² Pero una vez más, en esta materia, se produce una absoluta incongruencia entre lo regulado y la realidad, que va a tirar por tierra toda la buena intención de prohibir las Agencias Privadas y con ánimo de lucro. Y es que se admitían ya en este momento las Empresas de Selección de Personal reguladas en el Art. 16.2 ET y en la LBE, y ello porque en la Disposición Adicional del citado Decreto se indica expresamente que “en lo no previsto en la presente norma será de aplicación la normativa laboral común”.

¹¹¹⁹ Sin embargo, se ha indicado que “será necesario, por el contrario, el registro del contrato en aquellas modalidades (tiempo parcial, prácticas y formación), que se podrían utilizar en esta relación especial. Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Artículo 2.1. b) ET”, VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentario a las leyes laborales*, Tomo II, Volumen I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987, pág. 66.

¹¹²⁰ En contra, CUEVA PUENTE, M^a.C.: *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 241.

¹¹²¹ Hasta que se reguló esta relación laboral especial, es decir, desde 1980 que entra en vigor el Estatuto de los Trabajadores hasta 1985 que se regula esta relación laboral de carácter especial, se interpretó que la prohibición comprendía “con toda seguridad incluso las relaciones laborales especiales del artículo 2º, lo que hace innecesaria la mención específica de los trabajadores del hogar”. Véase ALONSO OLEA, M.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario breve*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 69.

¹¹²² De hecho, en ocasiones se ha levantado acta de infracción por ostentar la titularidad de una agencia privada de colocación de empleadas del hogar. Véase STS (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 26 de julio de 1996, RJ 1996/6402.

Las Empresas de Selección de Personal actuaban como “Agencias de Empleo Privadas” que intervenían con ánimo lucrativo en la fase de la colocación del trabajador sin controlarse a quién se le exigía tal cantidad económica, pues no había ningún control sobre éstas al no contar con una autorización de la Administración ni tampoco tenían prohibido el ánimo lucrativo, lo que en la práctica, aunque se quisiera evitar, eran un tubo de escape para permitir las Agencias de Colocación lucrativas.

Por otra parte, el texto del Real Decreto lleva a otra incongruencia: si estaban prohibidas las Agencias privadas de Colocación, significa, interpretándolo de acuerdo con el Art. 16.2 ET, que también estaban prohibidas “las agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional”, lo que daría lugar a la prohibición de las Agencias de Colocación gratuitas. Pero, si se admiten las Empresas de Selección que actúan como verdaderas Agencias privadas de Colocación lucrativas, ¿cuál es entonces el sentido de prohibir las Agencias Privadas no lucrativas?

Sin embargo, aunque estaban prohibidas, estas Agencias de Colocación no lucrativas actuaron en la práctica, pues se conoce desde tiempos históricos¹¹²³ la actuación de instituciones religiosas y asistenciales que ofrecían colocación.¹¹²⁴ Estas agencias, interpretando literalmente el Art. 16.2 ET, estaban prohibidas, pero, sin embargo, si se tiene en cuenta que las Empresas de Selección estaban permitidas, era absurdo prohibir la actuación de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos,¹¹²⁵ a pesar de que éstas contaban con una deficiencia, y es que carecían de una autorización administrativa a pesar de que el Convenio de la OIT vigente en aquel momento -Convenio núm. 96- lo exigía.

¹¹²³ En el *Anuario General del Comercio, de la Industria y de las Profesiones* de 1861 aparecen las direcciones de cinco agencias, y hay referencias de otras por los mismos años. Hay concretamente datos de una agencia de colocación en el año 1865 que cobraba 30 reales por adelantado a los amos a cambio de comprometerse a buscarles los sirvientes que necesitaran durante un año y a repartirles el periódico semanal; cobraba también una cantidad que no precisaba a los criados, a los que además se fotografiaba.

Muchas de estas agencias además funcionaron como prestamistas tanto de criados como de amos, aprovechando la extrema necesidad de los primeros cuando perdían su empleo, que solía significar perder también su techo y los problemas de liquidez de muchas familias que no querían sin embargo prescindir del criado. Aunque se han destacado las ventajas de estas agencias, hubo muchos engaños y estafas en este sector. Véase SARASÚA, C.: *Criados, nodrizas y amos...*, op.cit., págs. 66-69.

¹¹²⁴ Concretamente, a principios del siglo XX, la colocación de obreras fue practicada principalmente y casi exclusivamente por instituciones de carácter religioso o benéfico. Hay que destacar la Congregación religiosa llamadas Hijas de María Inmaculada, cuyo fin principal era la santificación y perfección de las religiosas y la santificación de las jóvenes sirvientas acogidas en sus Colegios y Escuelas. Véase GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo y Seguro contra el paro forzoso...*, op.cit., págs. 337-338.

¹¹²⁵ En el mismo sentido, QUESADA SEGURA, R.: *El contrato de trabajo doméstico*, op.cit., págs. 140-141.

Ha sido necesario conocer la regulación anteriormente vigente sobre el personal al servicio del hogar familiar para poder entender ahora el régimen jurídico actual. El Decreto que regula esta relación laboral de carácter especial no ha cambiado, pero sí la normativa sobre Colocación del Estatuto de los Trabajadores, por lo que el Art. 5 del citado Decreto hay que interpretarlo conforme a lo dispuesto en el Art. 16 del vigente ET (producido el cambio en 1994) y con la nueva normativa laboral común en esta materia, la Ley de Empleo 56/2003.

Hay que recordar que el Art. 5 señala que “no será de aplicación en el ámbito de esta relación laboral especial lo dispuesto en el Art. 16.1 del ET, sin perjuicio de la prohibición de las agencias privadas de colocación”.

-No hay cambios en relación al control de la contratación de este colectivo, que se mantiene al margen de las Oficinas de Empleo. Sin embargo, no se entiende esta inaplicación del Art. 16.1 ET, pues lo único que se consigue es llevar a este colectivo a una mayor marginalidad potenciando además la economía sumergida. Sería necesario un “control externo” por parte del Servicio Público de Empleo, en el que se comunicara el inicio y la terminación de los contratos; de esta forma se controlaría más esta relación, en la que además es muy difícil la actuación de la labor inspectora.¹¹²⁶

-En la práctica, actúan Agencias sin fines lucrativos y con fines lucrativos, pero todas ellas sin estar sometidas a un control, y ello porque actúan muchas instituciones -principalmente ONGs e instituciones religiosas- que aunque no tienen ánimo de lucro, lo hacen sin una autorización y no se constituyen como Agencias de Colocación sin fines lucrativos. Como ya se criticó en su momento, la aplicación del régimen jurídico de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos brilla por su ausencia.

Y es aún mayor la actuación de Agencias Privadas que realizan funciones de Colocación en el servicio doméstico. Como el Art. 16 ET admite hoy las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, seguirían sin estar permitidas las Agencias de Colocación con fines lucrativos. Pero, aún sin regulación, están vigentes las Empresas de Selección de Personal. No hay una regulación expresa de estas Agencias en la LE, pero si estaban permitidas ya en una época anterior en la que se prohibían todo tipo de Agencias Privadas, se afirma que hoy se pueden crear Agencias que se encarguen de la selección del personal al

¹¹²⁶ En este mismo sentido, LÓPEZ GANDÍA, J.; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de Reforma*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 26-29.

servicio del hogar familiar.¹¹²⁷ Sin embargo, al no haber ningún tipo de control de estas Agencias, ocurre igual que en épocas anteriores, es decir, no se controla el ánimo lucrativo, aunque parece que en estos casos el ánimo lucrativo repercute en el empresario. De hecho, existen actualmente Agencias que se encargan de “seleccionar” al trabajador a cambio de que el empresario pague unos honorarios que equivalen a una mensualidad que se le ofrece al trabajador, abonándose a la incorporación del mismo en su puesto de trabajo y además se le concede una garantía por un determinado tiempo (puede ser doce meses) en el que se especifica que si no está conforme con los servicios de la persona seleccionada, o abandona voluntariamente su puesto de trabajo, la agencia propone un nuevo trabajador que reúna las condiciones del anterior dándole derecho a cambiar al trabajador hasta tres veces en un plazo de seis meses.¹¹²⁸

La prohibición de Agencias privadas de Colocación y la aceptación de las Empresas de Selección de personal sin una regulación expresa, lleva a resolver supuestos idénticos de diferente modo, y ello ocurre sobre todo en relación al servicio doméstico, en el que se constata cada vez más la aparición de “Agencias de Empleo Privadas” sin controlar y con fines lucrativos. Esto se traduce en una doctrina contradictoria del TSJ en esta materia, y para ello se pueden destacar dos sentencias que confirman esta conclusión: en la primera sentencia¹¹²⁹ no se considera que existe infracción por ejercer una actividad de mediación con fines lucrativos, según lo establecido en el Art. 28 LISOS 88, concretamente la actividad que realiza una empresa que ostenta el nombre comercial “Alcalá Servicios, Centro de Selección Empleadas de Hogar” y que cuenta con la licencia Fiscal como “Selección de Personal Doméstico” y aunque la Inspección de Trabajo señaló que tal Agencia “actuaba como agencia de colocación remitiendo a los solicitantes de empleo a los domicilios de los empleadores y percibiendo una cantidad del amo de casa cuando la empleada de hogar es contratada”, el TSJ de Madrid consideró que el contenido del acta sólo era una “mera opinión o sospecha del Inspector actuante, insuficiente para tenerla por buena...”, argumentación para aceptar esta Agencia de Empleo Privada. En la segunda sentencia¹¹³⁰ se considera en cambio, que existe infracción por ejercer una actividad de mediación con fines

¹¹²⁷ En el mismo sentido, CUEVA PUENTE, M^a.D.: *La relación laboral especial de los empleados de Hogar*, op.cit., pág. 244. La autora indica -y de forma lógica- que estas agencias de selección no pueden percibir suma alguna del trabajador, tal y como señala el artículo 7.1 del Convenio número 181 OIT.

¹¹²⁸ Se pueden citar *rosalozano.com* y *servimar*

¹¹²⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1579, de 12 de diciembre de 2001.

¹¹³⁰ STSJ Madrid, núm. 417/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19 de febrero, JUR 2004/143401.

lucrativos, según lo establecido en el Art. 28 LISOS 88, concretamente la actividad que realiza una empresa que ostenta el nombre comercial “Petrita, Servicio Doméstico” y que cuenta con la licencia Fiscal como “Informes Colocación Servicio Doméstico” y que según la Inspección de Trabajo “actuaba como agencia de colocación remitiendo a los solicitantes de empleo a los domicilios de los empleadores y percibiendo una cantidad del amo de casa cuando la empleada de hogar es contratada” a pesar de que se hubiera hecho pasar por una empresa que se encargaba solamente de la emisión de informes domésticos para personas interesadas en la contratación de empleados de hogar. El fallo de la Sentencia, contrario a la anterior, ha conducido a la interposición por la propietaria de la empresa a recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional al considerar que la Sentencia vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley (Art. 14 CE) en la medida en que esta resolución judicial es incompatible con la anterior, y el TCo, después de un análisis de los supuestos de hecho enjuiciados ha indicado que éstos no son sustancialmente iguales, y por tanto inadmite a trámite tal recurso.¹¹³¹ Sin pasar a analizar con detalle los argumentos en los que se basa el Tribunal Constitucional para inadmitir a trámite el recurso de amparo, la contradicción de estas sentencias es fruto de la escasa regulación de la normativa de Colocación y concretamente para el servicio doméstico, en el que se permiten las Empresas de Selección y sin embargo se prohíben las Agencias de Colocación con fines lucrativos, aunque todas ellas se pueden considerar como Agencias de Empleo Privadas, que, en definitiva, están actuando en la fase previa a la contratación del personal al servicio del hogar familiar, y en todas se constata el cobro de cantidades al empresario, en este caso, amo/a de casa.

Teniendo en cuenta la normativa internacional, en este caso en concreto, estas Agencias estarían permitidas, aunque es necesario que cuenten con un sistema de licencias y además se indiquen expresamente las funciones que van a realizar y las garantías tanto para el empresario como para el trabajador. Pero no es adecuado a derecho que en situaciones prácticamente idénticas, se imponga en un caso una sanción y en otra no, teniendo en cuenta que en alguna ocasión se ha interpuesto una demanda por reclamación de cantidad en la jurisdicción civil,¹¹³² y que no se ha cuestionado la legalidad de Empresas de Selección de personal para este colectivo. Es decir, se están admitiendo este tipo de Agencias, llámense de selección o de colocación en otros casos, pero la actividad que realizan es la misma: poner en contacto a empleados/as de hogar con los amos/as de casa que pagan una cantidad que se

¹¹³¹ Auto del Tribunal Constitucional, núm. 386/2005 (Sala Segunda, Sección 3ª), de 7 de noviembre, RTC 2005\386.

¹¹³² Se estimó la devolución de un previo pago de 1562,63 Euros que efectuó un ama de casa por los servicios de personal domésticos y por la permanencia en el puesto de las personas seleccionadas al menos durante doce meses. Se devuelve tal cantidad al no efectuarse el servicio contratado, pues una vez incorporada la persona seleccionada no resultó la más idónea al estar implicada en un robo de joyas ocurrido en casa de la recurrente. SAP Madrid, núm. 604/2004, de 28 de septiembre, JUR 2004/298760.

estipula en cada contrato sin estar sometida a una regulación específica y que tienen por finalidad elegir a un trabajador para enviarlo al domicilio del amo/a de casa, normalmente con cláusulas de “garantía de selección” de un determinado número de meses.

Ante esta situación, es necesario realizar un cambio en la legislación actual: modificando el Real Decreto que regula esta relación laboral de carácter especial proponiendo el siguiente contenido:

-Que el titular del hogar familiar (el empresario) comunique el inicio y la terminación de los contratos de trabajo, pues no existen particularidades en este campo como para que el Servicio Público de Empleo no actúe como medio de control de las contrataciones realizadas por este colectivo;

-Que se regulen las Agencias de Empleo Privadas para este colectivo, siempre que se cobre al empresario y no al trabajador, pues en este caso, dado que el personal doméstico es de por sí desventajado, no se podría aquí admitir la excepción que admite el Convenio núm. 181 OIT de cobrar a determinados colectivos de trabajadores, excepción que en cambio sí la he propuesto para el personal de Alta Dirección y para los Deportistas Profesionales y para los artistas en espectáculos públicos.

-Para la colocación de este tipo de empleados es necesario que se regule la obligación de estas Agencias de Empleo Privadas de “supervisar y controlar” las condiciones impuestas a los trabajadores en el futuro contrato que se vaya a realizar, es decir, que la propia Agencia de Empleo Privada estuviera presente en la firma del contrato de trabajo para supervisar y controlar las condiciones laborales pactadas, sobre todo en lo que se refiere a la remuneración.

La regulación de las Agencias de Empleo (tanto públicas como privadas) al margen del Servicio Público de Empleo es muy necesaria, debido a que se puede constatar la intensa labor de Intermediación privada para este colectivo, produciéndose numerosas irregularidades, en las que en muchas ocasiones se cobra al trabajador, y además se tramita la colocación de inmigrantes en situación irregular, en las que la propia Agencia persigue el único objetivo de lucrarse por este negocio, sin tener en cuenta la situación legal del trabajador, en la que además no se controla la remuneración “mínima” a percibir por el trabajador, fomentando el mercado “negro” de personal doméstico, cuestión por tanto que es totalmente necesaria regular así como un régimen sancionador adecuado que intente prevenir este tipo de situaciones.

1.3. Los Internos en Establecimientos Penitenciarios

Para conocer cómo acceden a un empleo los internos en establecimientos penitenciarios no se puede tener en cuenta solamente el RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, concretamente el Art. 3 que regula el “Acceso a los puestos de trabajo”, y ello porque no se aplica esta normativa a todos los internos que cuentan con una relación jurídico-laboral. Para realizar un estudio completo y delimitar el objeto de esta investigación -que se centra en concreto en determinar qué “intermediarios” se utilizan en este caso- es necesario conocer previamente quiénes de los internos pueden trabajar, atendiendo principalmente a su situación procesal y penitenciaria. De este modo, sólo pueden trabajar los presos provisionales o preventivos y los penados, no así los detenidos. Y en función del grado de libertad que presente cada uno condicionará su capacidad para contratar debido a que dependiendo del régimen de vida que lleven resultará o no compatible con una relación laboral.¹¹³³

a) Así, los internos tanto preventivos o penados -penados clasificados en segundo grado y penados sin clasificar- a los que se les aplique un régimen ordinario de vida, pueden concertar un contrato laboral, lógicamente, dentro del establecimiento penitenciario. Este tipo de internos pueden prestar todas las modalidades de trabajo penitenciario establecidas en el Art. 27 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP), aunque aquí en este análisis sólo se hará referencia a aquellas modalidades de trabajo que tienen naturaleza jurídico-laboral, para posteriormente conocer cuáles son los intermediarios -si los hay- que utilizan. Así, pueden prestar actividades de “producción en régimen laboral” (27.1 c) LOGP), aplicándoseles la relación laboral de carácter especial regulada en el RD 782/2001. Estas actividades se realizan en talleres productivos que se ubican en el establecimiento penitenciario, cuyo titular es el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (en adelante, OATPFE), aunque el poder de dirección se ejercite en ámbito del taller por el Director del Centro o por personal específicamente encargado de ello. Y es necesario advertir que, aunque en estos talleres productivos colaboren empresas externas, el empresario es el OATPFE, aunque se produce

¹¹³³ Es necesario recordar que existen otras limitaciones: a) la nacionalidad, pues muchos de los reclusos extranjeros se encuentran en situación irregular, aumentado además dicha población reclusa en los últimos años; y b) la edad, pues los que pueden estar reclusos en un centro penitenciario son los mayores de 18 años. Esto significa que los mayores de 16 años también pueden prestar servicios pero en centros específicos, de acuerdo a la relación laboral de carácter especial que queda regulada en el RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, norma reglamentaria que, en lo que aquí interesa, ha procedido a regular en su artículo 53 el trabajo de los menores en centros de internamiento.

una extraña relación triangular que se lleva a cabo por un “acuerdo de colaboración suscrito por el OATPFE y la empresa exterior”.

Para realizar un trabajo en los talleres productivos no existe un “intermediario” que ponga en contacto a los internos con dicho taller, y ello porque en primer lugar se tiene que realizar un proceso de selección debido a la escasez de trabajo en talleres productivos, incluso en ocasiones existe alguna dificultad añadida, quedando condicionada por las disponibilidades económicas, o por la inexistencia de talleres productivos en el Centro de destino.¹¹³⁴ En este caso el empresario -el OATPFE- hace de intermediario, pues señala el RD 782/2001 en el Art. 3.1. que *El Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias*¹¹³⁵ u *órgano autónomo equivalente mantendrá una oferta de puestos de trabajo acorde con las disponibilidades económicas, ordenada en un catálogo y clasificada por actividades, especificando la formación requerida y las características de cada puesto*, es decir, da a conocer los puestos de trabajo vacantes, y la selección posterior la realiza un órgano colegiado distinto al OATPFE llamado Junta de Tratamiento siguiendo para ello el orden de prelación establecido en el artículo 3.2 RD 782/2001.¹¹³⁶ Así, ni el Servicio de Empleo ni ninguna otra Agencia Privada actúan como intermediarios; tampoco el Servicio de Empleo en este caso realiza una función de control del mercado de trabajo, y ello se ha justificado por parte de la doctrina por “no formar parte del mercado de trabajo ordinario sino que participan de uno propio y específico”.¹¹³⁷

También los internos en régimen ordinario pueden realizar, además de un trabajo en los talleres productivos, una actividad laboral en Economatos, Cafeterías y Cocinas, que

¹¹³⁴ FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant Lo Blanch-Valencia, 2006, pág. 287; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ MESA, M^a.J.: “La relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias”, *RDS*, núm. 16, (2001), pág. 49.

¹¹³⁵ Tras la aprobación y entrada en vigor del RD 1599/2004 de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio del Interior se ha producido un cambio en la denominación de este Organismo, pasándose a llamar Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (OATPFE).

¹¹³⁶ Señala el artículo 3.2 LOGP que “la Junta de Tratamiento, como órgano administrativo competente, adjudicará los puestos a los internos, siguiendo el siguiente orden de prelación: 1) los internos en cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple el desarrollo de una actividad laboral; 2) los internos penados sobre los preventivos; 3) la aptitud laboral del interno en relación con las características del puesto de trabajo; 4) la conducta penitenciaria; 5) el tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario; 6) las cargas familiares; 7) la situación prevista en el artículo 14.1 de este Real Decreto” (sobre movilidad)”.

Para un estudio de esta relación laboral de carácter especial y por lo que respecta a los estadios previos, véase SOLER ARREBOLA, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, Comares, Granada, 2000.

¹¹³⁷ FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, op.cit., pág. 346.

tiene naturaleza jurídico-laboral -sometidos al régimen del RD 782/2001- cuando el órgano que lo gestione sea el OATPFE, o cuando lo gestionen empresas externas adjudicatarias por contrato administrativo de servicios, realizándose en este caso un contrato laboral ordinario, aplicándose el Estatuto de los Trabajadores y no el RD 782/2001. En este caso se plantearía el problema de quién sería el órgano que selecciona a los internos cuando el empresario sea una empresa externa y no el OATPFE. Aunque no se indica nada expresamente en la normativa penitenciaria, es conveniente, a mi juicio, que el órgano de selección sea la Junta de Tratamiento que es el que se encarga a todos los efectos de impulsar los programas de tratamiento en el establecimiento, y se debería seguir del mismo modo el orden de prelación establecido en el Art. 3.2 RD 782/2001. Ahora bien, un aspecto que se podría incluir, sería que en estos casos también formara parte de la Junta de Tratamiento -aunque de forma excepcional, sólo para estos casos- los representantes de las empresas externas para llevar a cabo el proceso de selección. Y habría además otra diferencia con respecto a la aplicación en otros casos de la relación laboral de carácter especial: y es que los contratos en este caso sí se tienen que comunicar al Servicio de Empleo, lo que produce una división de derechos y obligaciones laborales dentro de los mismos internos que prestan servicios en Economatos, Cafeterías y cocinas.¹¹³⁸

b) Los internos en régimen cerrado tienen más dificultad para poder trabajar, debido a sus particulares condiciones de vida, principalmente por su reducida vida en común y por las medidas de control a las que están sometidos. Aún así, en el caso de que realicen un trabajo, la forma de buscarlo sería en las mismas condiciones que las ya analizadas para los internos en régimen ordinario.

c) Sin embargo la Actividad de Colocación de los internos en régimen abierto difiere de las anteriores, y ello porque pueden trabajar en el exterior del centro penitenciario, pues el objetivo primordial en este caso es favorecer la inserción social, llevando a cabo medidas de resocialización. Así, es el propio centro penitenciario el que tiene la obligación de realizar todo lo que esté a su alcance para ayudar al penado a iniciar la búsqueda de un medio de subsistencia para el futuro, por lo que en este caso harían más bien de servicios de orientación laboral que estrictamente de servicios de intermediación laboral.

La conclusión que se puede extraer es que no se utilizan ni los Servicios de Empleo ni las Agencias de Empleo Privadas para aquellos internos que pueden prestar servicios dentro de las instituciones penitenciarias, pues son órganos administrativos los que se encargan de la difusión de ofertas -OATPFE- y de la selección de los internos -Junta de

¹¹³⁸ Además, incluso la gestión de estos servicios se puede realizar por la propia Administración Penitenciaria, en el que en este caso no habría relación laboral, aunque hoy por hoy sólo se utilizan los sistemas de gestión de estos servicios en los que la misma se encomienda bien al OATPFE, bien a las empresas externas. Véase FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, op.cit. pág. 154

Tratamiento-, y en el caso de los penados que realicen trabajos en el exterior porque su régimen de vida lo permita (régimen abierto), el mismo centro penitenciario es el que tiene que realizar una función de orientación laboral.

No obstante, el Servicio de Empleo (y concretamente los Servicios Autonómicos) desempeñan una actividad crucial en la reinserción de este colectivo, principalmente para los penados en régimen abierto que puedan prestar servicios en el exterior y para los ex-reclusos, elaborando planes de inserción y promoviendo programas específicos de mediación para el empleo para hacer posible su inserción en la sociedad,¹¹³⁹ bien lo hacen ellos mismos o con entidades colaboradoras sin ánimo de lucro. Incluso se ha potenciado a nivel estatal en el Programa actual de Fomento del Empleo las bonificaciones en la contratación tanto indefinida como temporal a los trabajadores en situación de exclusión social, entre los que se encuentran los internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.¹¹⁴⁰

Con todas estas medidas por parte de los poderes públicos (tanto por parte de las instituciones penitenciarias como por parte del Servicio de Empleo) se daría cumplimiento a lo previsto en el artículo 25 de la Constitución, facilitando la resocialización de este colectivo, si bien es cierto que dicha reinserción social no depende solamente de la actuación de los poderes públicos, sino también de otros factores sociales y económicos en los que en muchas ocasiones se tropieza.

1.3. Los Deportistas Profesionales

La colocación de los deportistas profesionales regulada en el *Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales*, tiene también que ser precisada. El Art. 3.3 señala que “No será de aplicación a la relación laboral especial de los deportistas profesionales lo dispuesto en el Art. 16.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la prohibición de agencias privadas de colocación”. De la simple lectura de este precepto, se puede entender que ni el deportista profesional tiene que acudir a la Oficina de Empleo correspondiente para solicitar ocupación, ni el empresario

¹¹³⁹ En el mismo sentido, véase SANTOS ORTEGA, A.; MONTALBÁN OCAÑA, C.; MOLDES FARELO, R.: *Paro, exclusión y políticas de empleo. Aspectos sociológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 334.

¹¹⁴⁰ Programa de Fomento del Empleo regulado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (artículo 6 del Capítulo I). Sin embargo, queda excluida del Programa de Fomento del Empleo la relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias.

tiene que comunicar a la Oficina de Empleo el inicio del contrato ni su terminación, al igual que el personal al servicio del hogar familiar. Pero, al tener en cuenta el Art. 3.1 del citado Decreto, señala, contradiciendo el contenido del Art. 3.3, que un ejemplar del contrato de trabajo se “registrará” en el INEM, entendiéndose, aunque no se indique expresamente, que esta obligación es del empresario. Ante tal contradicción de preceptos en una misma normativa, la solución estaría en considerar obligatorio comunicar -actualmente se comunica y no se registra- el contrato de trabajo, interpretándolo conforme a la normativa vigente.¹¹⁴¹ Por lo tanto, la regulación en materia de Colocación de los deportistas profesionales, que parecía ser en un principio idéntica a la del personal al servicio del hogar familiar, difiere en relación a la obligación que tiene el empresario de comunicar el contrato de trabajo, que en el caso que se está ahora analizando, sí es obligatoria, aunque no siempre se realiza en la práctica.

Por otro lado, y en lo que respecta a la intervención de intermediarios privados, hoy en día, teniendo en cuenta la nueva redacción dada al Art. 16 ET al aceptarse las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, el Art. 3.3. se tiene que interpretar en el sentido de permitir tales Agencias y prohibir aquellas que tengan ánimo de lucro, por lo que se se puede indicar que en esta materia, no hay ninguna novedad formalmente establecida para este colectivo, pues la situación es idéntica a como queda establecida en el Art. 16.2 ET. Sin embargo, este precepto no va acorde con la realidad del fuerte mercado lucrativo que envuelve cualquier deporte profesional. Que estén o no aceptadas las Agencias de Colocación sin fines lucrativos para este colectivo no importa mucho, porque con seguridad no se van a utilizar por razones obvias. Para los deportistas profesionales se suelen constituir Empresas de Selección de Personal,¹¹⁴² y quien actúa principalmente son los agentes de jugadores o agentes deportivos, que firman un contrato con el deportista para conducir los negocios de éste y en el que se fija un porcentaje como comisión a favor del agente. Para analizar las características de estos agentes, se puede tener como referencia a los agentes deportivos en Estados Unidos, pues es donde este fenómeno está ocupando una especial relevancia y que tras años de pasividad legislativa, se ha procedido recientemente a darle cobertura legal:¹¹⁴³

¹¹⁴¹ En el mismo sentido, véase RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 164 y ss.

¹¹⁴² Existen Empresas de Selección de deportistas profesionales, concretamente *Intelsport* que además de la búsqueda de deportistas y de equipos en cualquier mercado del mundo ofrecen asesoramiento deportivo por prestigiosos profesionales, servicios jurídicos, fiscales, financieros, campañas de marketing y publicidad, gestión del patrimonio del deportista, etc.

¹¹⁴³ Para un estudio exhaustivo del tema, véase GARCÍA SILVERO, E.A.: “De nuevo sobre el régimen jurídico de los agentes deportistas en los Estados Unidos. A propósito de la *sports agent responsibility and trust act*”, *RJDE*, núm. 15, (2005), págs 399-405.

las funciones a destacar son la de orientar al deportista para obtener el mejor contrato; y ayudar en la toma de decisiones, dirección y administración financiera de las rentas que derivan de la actividad profesional del deportista, gestión de contratos publicitarios, y planificación del futuro del deportista una vez que deje de estar en activo. Como se puede comprobar, la actividad de Intermediación no es la única que realiza, viene aparejada a otras funciones varias. El contenido del Decreto sobre deportistas profesionales está totalmente desfasado, pues no se corresponde con la realidad, y ello porque lo que se tendría que regular sería concretamente la actividad de los agentes y agencias de jugadores, que además de realizar una función de Intermediación, se le encargan otro importante número de funciones. Además, no es congruente con la realidad, pues existe en el mundo del deporte profesional un movimiento de grandes cantidades de dinero en un mercado de por sí lucrativo.¹¹⁴⁴

A nivel internacional se ha adoptado por la FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*) un Reglamento en el año 1994¹¹⁴⁵ -y modificado en el año 2000-¹¹⁴⁶ sobre los agentes de jugadores para poner fin a determinadas prácticas perjudiciales para los jugadores y los clubes. En este Reglamento se indica que la función de un agente de jugadores -que siempre tiene que ser una persona física- consiste en desempeñar con regularidad una actividad remunerada que lleva a un jugador al establecimiento de una relación laboral con un club, o a dos clubes a acordar un contrato de transferencia, por lo que junto con otras actividades, también realiza una función de Intermediación con ánimo lucrativo. El citado

¹¹⁴⁴ Así, en el mismo sentido, indica DURÁN LÓPEZ, F.: “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, *RL*, Tomo II, (1985), pág. 272 que “con la formulación actual de la norma, muy probablemente quede espacio para esta mediación privada lucrativa no llevada a cabo a través de agencias privadas de colocación”.

Ya señaló CABRERA BAZÁN, J.: “La relación especial de los deportistas profesionales”, en *VVAA.: El Estatuto de los trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo II, Volumen I, op.cit., pág. 157, que aunque en un principio se excluyera a los clubs o a entidades deportivas de la obligación de solicitar de las Oficinas de Empleo de los Deportistas Profesionales, se “mantiene la prohibición, en cualquier caso, de las agencias privadas de colocación, lo que no quiere decir que en la práctica no exista un mercado irregular e incontrolado”.

¹¹⁴⁵ La intermediación privada es ya antigua en este deporte, pues el Reglamento de Jugadores y Entrenadores de Fútbol de 1964 indicaba que estos intermediarios podían ser solamente los directivos o funcionarios de los Clubes interesados. Véase RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, op.cit., págs. 164 y 167.

¹¹⁴⁶ El 10 de diciembre de 2000, un nuevo Reglamento sobre los agentes de jugadores entró en vigor el 1 de mayo de 2001 y fue de nuevo modificado el 3 de abril de 2002. El texto completo del Reglamento se puede consultar en www.fifa.com

Reglamento prevé que para ejercer la profesión de agente de jugadores es necesario poseer una licencia expedida por la asociación nacional competente por tiempo indeterminado; el candidato debe superar un examen; la relación entre el agente y el jugador debe ser objeto de un contrato escrito de una duración máxima renovable de dos años; y el contrato debe estipular la remuneración del agente, que se calcula en función del sueldo base bruto del jugador, y a falta de acuerdo entre las partes, será del 5% de dicho sueldo; se establece un régimen de sanciones respecto a los clubes, jugadores y agentes en caso de infracción del Reglamento; y además, el agente debe suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional. Así, la única regulación en relación a la Actividad de Colocación para los deportistas profesionales que existe es para los futbolistas profesionales, aunque se prevé una próxima regulación para el baloncesto.

El Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea¹¹⁴⁷ se ha pronunciado sobre la legalidad del sistema de licencias para los agentes de jugadores, al señalar que el Reglamento de la FIFA no es contrario al derecho comunitario de la competencia, pues se planteaba si la FIFA puede tener atribuidas facultades normativas al ser una organización privada, pues en principio tal regulación, que corresponde al control de una actividad económica y afecta a libertades fundamentales, forma parte de las competencias de las autoridades públicas. Dicho Tribunal ha justificado la intervención normativa de la FIFA, por la necesidad de *profesionalización* y *moralización* de la actividad de agente de jugadores con el fin de proteger a estos últimos, cuyas carreras son cortas, en caso de transferencias mal negociadas, y por la inexistencia casi general de regulaciones nacionales, y la ausencia de una organización colectiva de los agentes de jugadores.

Indirectamente se está pidiendo desde el Tribunal de Primera Instancia que se lleve a cabo a nivel nacional un régimen jurídico aplicable a la actividad de los agentes de jugadores, aunque en ningún momento se plantea si los agentes de jugadores realizan actividad de Intermediación.

Esto significa que no se discute la intervención y la legalidad de los agentes de futbolistas, pero se exige que para desempeñar su actividad tanto en España como en cualquier otro país, tienen que respetar lo indicado en el Reglamento de la FIFA. Esto podría plantear algún problema de interpretación ya que están en España prohibidas las Agencias de Colocación con fines lucrativos. La doctrina judicial española se ha manifestado al respecto, aceptando su legalidad, al indicar que no es nulo un contrato entre un futbolista profesional y un agente de futbolista pues éste no tiene como objeto o causa la Intermediación lucrativa que está prohibida en nuestro ordenamiento, al contrario de lo que alega el futbolista, y que por tanto no es nula la obligación reclamada al futbolista de pago de

¹¹⁴⁷ STPICE (Sala Cuarta), de 26 de enero de 2005, TJCE 2005\28.

las comisiones correspondientes a su agente por su Intermediación, y ello porque la “naturaleza (del contrato) no es de mera Intermediación o agencia laboral sino que resulta un contrato mucho más complejo y perfectamente acorde con la realidad jurídica, económica y social donde se desenvuelve la actividad de los futbolistas, no siendo el agente un mero intermediario laboral, sino realmente un asesor, promotor, *alter ego* y defensor de los intereses de su representado frente a terceros en cuestiones que normalmente le son extrañas y desconocidas para el propio futbolista, y no sólo en el ámbito de la contratación laboral sino en el resto de los derechos de su representado, como es el de la imagen y publicidad”.¹¹⁴⁸

El fallo de esta Sentencia se ajusta a la realidad. Sin embargo, la argumentación de la Sentencia es insuficiente, pues acepta la legalidad de los agentes de jugadores “a toda costa”, sin aplicar en este caso en concreto el Reglamento de la FIFA para limitar la actividad de estos agentes. Se debería haber planteado la forma de actuación del agente de jugador para determinar si se adaptaba a la normativa internacional que se tiene que cumplir, pues en caso contrario, se podían haber impuesto “multas” que señala la FIFA por su actuación irregular en la actividad desempeñada. Además, se debería haber justificado la legalidad de tales Agentes teniendo en cuenta la normativa internacional y concretamente el Convenio núm. 181 OIT sobre Agencias de Empleo Privadas, que incluye dentro de éstas las denominadas “gestorías de carreras profesionales”.¹¹⁴⁹

La conclusión que se extrae es que a pesar de que quede prohibida la actuación de Agencias de Colocación con fines lucrativos para los deportistas profesionales en general, se aceptan, tanto por la normativa internacional (Reglamento de la FIFA) como por la doctrina judicial, la actuación de los agentes de jugadores. Sin embargo, esta aceptación se refiere a un deporte profesional en concreto, el fútbol. Ante esta situación se podrían plantear dos cuestiones diferentes: en primer lugar, si se aceptan los agentes de jugadores para otro tipo de deportes profesionales diferentes del fútbol; y en segundo lugar, si además de los agentes de jugadores, podrían considerarse legales las “Agencias” de jugadores.

¹¹⁴⁸ SAP Sevilla (Jurisdicción civil) núm. 252/2005, de 29 de junio, AC 2005/1957.

¹¹⁴⁹ En el Informe que la Oficina Internacional del Trabajo prepara para la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, incluye, dentro de las Agencias de Empleo Privadas, a las Gestorías de Carreras Profesionales, que se encargan de las carreras profesionales de sus clientes, destacando la celebración de contratos. Estas Agencias, sin embargo, no se incluyen dentro del grupo de las Agencias de Intermediación, pues constituyen “una forma de mediación diferenciada de la intermediación tradicional por la estabilidad y características del vínculo existente entre las partes”. Para un análisis de este tipo de AEP, véase LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., págs. 94 y ss.

1. La solución correcta, a mi juicio, sería considerar legales a los agentes de jugadores para cualquier tipo de deporte profesional, pudiendo cobrar una cantidad económica al deportista por las gestiones que realicen. Pero se plantearía un problema, y es que al no haber una normativa específica a nivel internacional para cada deporte profesional, actualmente se produciría su aceptación pero no quedaría controlada su actividad. Por ello es necesario proceder a una nueva regulación del régimen jurídico de la Colocación para los deportistas profesionales, pues como se ha comprobado, la regulación actual es inoperante al estar muy alejada de la realidad.¹¹⁵⁰ Esta normativa se tendría que inspirar tanto en el Reglamento de la FIFA existente de los agentes de jugadores de futbolistas y en la doctrina judicial española que ampara la actuación de dichos agentes. Y ello serviría para imponer un régimen jurídico aplicable y sancionador al respecto. Este cambio normativo se ajustaría a lo establecido en el Convenio núm. 181 OIT, ya que éste considera también Agencia de Empleo Privada a las personas físicas, y además permite cobrar al trabajador en determinadas ocasiones; y ello porque aunque como regla general, el Convenio prohíbe el cobro de honorarios o tarifas a los trabajadores, admite excepciones respecto de determinadas categorías de trabajadores, siempre y cuando se consulte previamente con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, y podría ser una excepción ya que estaría justificado que fuera el trabajador el que pague a los agentes, debido a las importantes cantidades económicas que cobra por la actividad desempeñada, y además, el deportista profesional se va a beneficiar de la actuación de tal agente, pues el interés del deportista es obtener una mayor rentabilidad de su actividad como deportista.

Es necesaria de forma urgente una regulación del régimen de Colocación de los deportistas profesionales, regulando la actuación de los agentes de jugadores para establecer los requisitos mínimos a cumplir en su actuación: obligación de registrar tal actividad, establecer requisitos mínimos a pactar entre el agente y el deportista, y sobre todo, la determinación de las comisiones máximas a cobrar por el agente. Durante el período de espera de esta regulación, la solución sería la aceptación de tales agentes, aplicando el régimen establecido para los agentes de futbolistas.

2. Por otra parte, existen Agencias o empresas mercantiles que mediante la denominación de “empresas de servicios publicitarios”, por ejemplo, realizan entre otras actividades una actividad de mediación con fines lucrativos. Existe una sentencia al respecto que es necesario analizar.¹¹⁵¹ La citada empresa de servicios publicitarios celebra un contrato de representación con un futbolista en virtud del cual la empresa podía balizar en nombre y representación del futbolista todo tipo de contratos relacionados con la explotación,

¹¹⁵⁰ En el mismo sentido, véase RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, op.cit., pág. 166.

¹¹⁵¹ SAP Valencia (Jurisdicción Civil), núm. 650/2005, de 15 de noviembre de 2005, JUR 2006/101662.

promoción, publicidad, lanzamiento y aprovechamiento de su imagen, así como llevar a cabo el inicio de los habituales contactos con otros clubes de fútbol que pudieran estar interesados en contratar los servicios del futbolista, última función que se puede considerar de Intermediación, teniendo en cuenta que además de esta función realizaba otras actividades. La Sentencia estima que el contrato celebrado no es nulo, y ello porque el objeto del contrato no es ilícito, ya que no se puede considerar que tal entidad fuera una Agencia de Colocación, y considera tal actividad incardinada en la de los agentes de jugadores de fútbol cuya función está expresamente regulada por un organismo público como es el Reglamento de Agentes de Jugadores de la Federación Española de Fútbol. Pero se tropieza con un problema que lo tiene que interpretar y ello porque según el Reglamento de la FIFA, agente de jugador sólo son personas físicas, pero aunque esta entidad sea una persona jurídica, indica que por este motivo no se puede considerar ilegal tal actividad, sino que la única repercusión sería la imposición de una multa a las partes contratantes al no ser el representante un Agente FIFA.

De nuevo, al igual que la anterior Sentencia, se está reconociendo no sólo la actividad de los agentes de jugadores de fútbol, sino la legalidad de cualquier empresa mercantil que se dedique a tal actividad. Aunque tiene razón al indicar que tal empresa no es una Agencia de Colocación tal y como se define ésta en el Art. 16.2 ET, estamos ante un supuesto de Agencia de Empleo Privada reconocida y aceptada por el Convenio núm. 181 OIT, y aunque la citada Sentencia no hace mención a la normativa internacional, ha tenido en cuenta la realidad existente para aceptarlas.

Sin embargo da a entender que se aceptan todo tipo de empresas mercantiles “a toda costa”, sin controlar esta actividad, y ello porque al ser Agencias no se incluirían en el ámbito de aplicación del Reglamento de la FIFA que regula los agentes de jugadores de fútbol, y la única sanción sería el establecimiento de una multa correspondiente. Pero esta empresa, como se puede comprobar de los datos que aporta la Sentencia, ha actuado sobrepasando los límites que permite el Reglamento de la FIFA a los Agentes de Jugadores, y ello porque se había concertado pagar el 10% del importe bruto que figure en el contrato que el deportista había suscrito con su equipo, es decir, la empresa había cobrado el doble de lo que permite la FIFA, que es un 5%. Sin embargo, esta situación no se plantea en la Sentencia, que al indicar que no es nulo el contrato está aceptando que se pague la total cantidad, por lo que lo considero desmedido teniendo en cuenta lo permitido por el Reglamento a nivel internacional y aceptado por la Federación Española de Fútbol.

Por estos motivos, es totalmente necesario que se regule la actividad de Colocación de los deportistas profesionales, incluyéndose la posible actuación de los agentes de jugadores, y de las Agencias en general, siempre y cuando a través del régimen jurídico que se establezca se pretenda controlar y además *profesionalizar* y *moralizar* tal actividad en todo deporte profesional. Como ya se viene diciendo, tal regulación respetaría el contenido del

Convenio 181 OIT que considera Agencias de Empleo Privadas tanto a las personas físicas como jurídicas y acepta excepciones para poder cobrar al trabajador en la Actividad de Colocación, que se podría aplicar perfectamente tal excepción al deportista profesional.

Por último, también es muy positiva la actuación de otro tipo de Agencias de Empleo Privadas que han actuado en este ámbito: son concretamente las Empresas de *Outplacement*, que actúan en el momento en el que termina la “corta” carrera profesional del deportista de élite y necesita ser reorientado y recolocado una vez que sus carrera como deportista ha finalizado. Se podría incluir en el nuevo régimen jurídico la obligación de ofrecer servicios de *Outplacement* para los deportistas, siempre que estos últimos los acepten.¹¹⁵² En otros ordenamientos, como es el caso de Estados Unidos, en el contrato que firma el agente y el deportista se le encarga también al agente una planificación económica para garantizarse su futuro al margen del deporte activo.¹¹⁵³

1.4. Los Artistas en Espectáculos Públicos

El *Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos*, no contiene ningún precepto en relación a la Colocación de trabajadores. El Art. 12 señala que “en lo no regulado por el presente Real Decreto será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos”; esto significa que se le va aplicar el Art. 16 ET y las normas concordantes a estos efectos en la Ley de Empleo 56/2003.

Las funciones de control que se le asignan al Servicio Público de Empleo para cualquier relación laboral también se van a aplicar aquí; de este modo, el empresario¹¹⁵⁴ tiene

¹¹⁵² Para un análisis de los programas de *Outplacement* que se han realizado con los deportistas profesionales, véase SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: “Las Empresas de *outplacement* y la intermediación laboral”, op.cit., pág. 30.

¹¹⁵³ Véase GARCÍA SILVERO, E.A.: “De nuevo sobre el régimen jurídico de los agentes deportistas en los Estados Unidos, op.cit., pág. 403.

¹¹⁵⁴ Aunque no se haga referencia expresa, se entiende que es el empresario el que tiene la obligación de registrar el contrato de trabajo. En este sentido, véase LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Artículo 2.1.e). Artistas en espectáculos públicos”, VV.AA: *El Estatuto de los trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo II, volumen I, op.cit., pág. 200.

que comunicar el contrato de trabajo al Servicio Público de Empleo, y no hace falta ya proceder al registro, aunque el Real Decreto lo indique expresamente (Art. 3) sino que se comunicará, tal y como indica la normativa vigente en esta materia. Del mismo modo se tiene que comunicar la terminación del contrato de trabajo por parte del empresario. En algunos Convenios Colectivos que regulan algunas relaciones laborales que se encuadran dentro del ámbito de los espectáculos públicos obligan a comunicar (se entiende que sin perjuicio de la obligación legal de comunicar el contrato en el Servicio Público de Empleo) a la “Comisión de seguimiento, vigilancia y control” constituida por las partes firmantes que tiene la función de visar y registrar tales contratos, teniendo un efecto de instar a las Administraciones Públicas para que en caso de denegación del visado o que no se haya producido éste, no se conceda la autorización para la celebración del espectáculo público. Este control del contrato de trabajo realizado por una Comisión paritaria del Convenio tiene un fin muy positivo, y es el de vigilar el cumplimiento de la legislación vigente.¹¹⁵⁵

Aunque en principio se le aplica la normativa establecida en el Art. 16 ET, los empresarios que deciden contratar a artistas en espectáculos públicos no acuden al Servicio Público de Empleo o a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, más aún cuando no hay creada ninguna agencia con un ámbito funcional específico para este colectivo. La realidad práctica acredita la escasa probabilidad¹¹⁵⁶ de utilizar los intermediarios previstos legalmente. Entonces, si no se utilizan los citados intermediarios, ¿actúan Agencias de Empleo Privadas específicamente para este colectivo? Más que Agencias de Empleo Privadas lo que intervienen son “terceros” que hacen de intermediarios, dstando dos formas de actuación:

1. En muchas ocasiones, la relación se produce entre un empresario y un grupo artístico en su conjunto, reconduciéndose bajo la modalidad de contrato de grupo conforme al Art. 10 ET. En estos casos no se plantea ni siquiera la posibilidad de acudir a Agencias públicas o privadas, sino que es el mismo representante del grupo, como persona individual y además con un futuro vínculo jurídico-laboral con el empresario, el que realiza la actividad de intermediación.

2. En otras ocasiones, también como persona individual, aparece la llamada figura del agente mediador o agente artístico, que en términos coloquiales se le llama “el apoderado”, que realiza una verdadera labor de Intermediación cuando éste no asume

¹¹⁵⁵ Arts. 5 y 17 del Convenio Colectivo Nacional Taurino (BOE núm. 90, de 15 de abril de 2006).

¹¹⁵⁶ En Francia, a partir de 1922 funcionó una agencia pública específica para la colocación de artistas, denominada Agencia Oficial del Espectáculo, pero también funcionaban Agencias particulares. OIT.: *La colocación de los trabajadores*, op.cit.

personalmente parte del contenido del contrato de trabajo.¹¹⁵⁷ Este agente mediador lógicamente actúa con ánimo lucrativo, ya que cabe la posibilidad de que se le abonen las correspondientes retribuciones.¹¹⁵⁸ De hecho se acredita su constante actuación en la práctica, y prueba de ello es que en el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas aparecen los “agentes de colocación de artistas” como grupo específico (Grupo 853). Esto significa que en la colocación de este colectivo actúan más los agentes de colocación de forma independiente que Agencias de Empleo Privadas creadas para ello. Y además, la doctrina judicial indirectamente ha aceptado su legalidad, concretamente al plantearse la legalidad de los agentes de jugadores, ya que equipara éstos a los “apoderados taurinos, agentes de artistas o estrellas de cine o teatro, cantantes, etc”, al señalar que el agente o apoderado no es un mero intermediario laboral “sino realmente un asesor, promotor, *alter ego* y defensor de los intereses de su representado frente a terceros en cuestiones que normalmente le son extrañas y desconocidas para el propio futbolista, y no sólo en el ámbito de la contratación laboral sino en el resto de los derechos de su representado, como es el de la imagen y publicidad”.¹¹⁵⁹

En definitiva, en esta relación laboral de carácter especial, el Servicio Público de Empleo realiza principalmente para este colectivo una función de control del mercado de trabajo, ya que en la práctica no realiza funciones de colocación para artistas en espectáculos públicos. Se resalta esta función de control en el propio Real Decreto que regula esta relación especial de trabajo, al indicar en el Art. 3 que “las Entidades sindicales y patronales a las que, en su caso, pertenezcan el artista y el empresario podrán solicitar del INEM las certificaciones correspondientes de la documentación presentada”.¹¹⁶⁰ Aunque están

¹¹⁵⁷ Si la función del representante va más allá de la mediación asumiendo personalmente parte del contenido del contrato, se estaría en presencia no de un apoderado sino de un empresario que contrata con otro la realización de un espectáculo. Véase GARRIDO PÉREZ, E.: “Trabajo autónomo y trabajo subordinado en los artistas en espectáculos públicos”, VV.AA. (Cruz Villalón, J. Coord): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, CARL, Madrid, 1999, pág. 348; y ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 39-42.

¹¹⁵⁸ Se lleva a cabo entre el artista y el representante un contrato de arrendamiento de servicios, limitándose el mediador a tener derecho a cobrar comisión cuando realiza la actividad. Puede además contraer obligaciones con la contraparte pudiendo existir una relación jurídica de mandato, gestión, colaboración, etc. Véase GARRIDO PÉREZ, E.: “Trabajo autónomo y trabajo subordinado en los artistas en espectáculos públicos”, op.cit., pág. 348.

¹¹⁵⁹SAP Sevilla, núm. 252/2005, de 29 de junio, AC 2005/1957, ya analizada.

¹¹⁶⁰ Se ha puesto de manifiesto por DURÁN LÓPEZ, F. “La relación laboral especial de los artistas”, *RL*, Tomo I, (1996), pág. 231, que el INEM también tendría que expedir las certificaciones que pudieran

permitidas las Agencias de Colocación sin fines lucrativos para estos fines, de un análisis práctico se deduce que no hay creadas Agencias al amparo del RDAC, y lo que predominan son personas físicas que realizan una función de intermediación, bien actuando como representante del grupo al que se va a contratar según el Art. 10 ET, o bien como agente de colocación de artistas.

Sería bien acogida una reforma del citado RD que regulara de forma específica el régimen de Colocación que se le aplica a este colectivo, regulando, principalmente, la figura del agente de colocación de artistas, para someter tal figura a controles, pues en este caso, como ocurre en el deporte profesional, también es necesario la *profesionalización y moralización* de los terceros que realizan una función, entre otras, de Intermediación. Y ello porque a pesar de la prohibición de Agencias de Colocación con fines lucrativos para estos colectivos, se acepta la legalidad de dichos agentes, aunque no están sometidos a régimen jurídico específico. La regulación de estos agentes, o en general, de la Actividad de Colocación para este colectivo, respetaría lo establecido en el Convenio núm. 181 OIT que considera Agencias de Empleo Privadas tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, y además sería un supuesto válido en este caso -al igual que se ha indicado para los deportistas profesionales- que se pudiera cobrar a los trabajadores, admitiéndose como excepción en el citado Convenio.

1.5. Los Representantes de Comercio

Probablemente sea ésta una de las relaciones laborales de carácter especial más controvertidas, debido a la difícil distinción en la práctica entre los representantes de comercio y los agentes de comercio¹¹⁶¹ -ésta última considerada como una relación excluida- y debido también a que la normativa que regula esta relación laboral de carácter especial - *Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por la que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo*

solicitar cualquier sindicato, sobre todo si es más representativo y también en el caso de que el artista no esté afiliado a ninguna organización sindical.

¹¹⁶¹ Esta diferenciación, como se verá en su momento, fue aún más difícil de detectar a partir de la aprobación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, que regula el régimen jurídico del contrato de agencia, pues el agente comercial puede en este momento asumir o no el riesgo y ventura de tales operaciones mercantiles, y la diferenciación radica ahora más bien en si tienen independencia o autonomía y capacidad de autoorganización en sentido empresarial (agente de comercio) o no la tienen (representantes de comercio).

y ventura de aquéllas- no remite de forma expresa ni en su conjunto a la normativa que se aplica supletoriamente, ya que las remisiones sólo las hace en casos concretos.

La única remisión concreta regulada en el citado Decreto es en relación a la obligación del empresario de registrar el contrato de trabajo -hoy ya se entiende como comunicación del contrato y no de registro- pues se señala expresamente en el Art. 2 que se tiene que registrar “en la Oficina de Empleo que corresponda por razón del domicilio del trabajador, pudiendo a este efecto ser presentado en dicha Oficina, o también en la correspondiente del domicilio de la empresa, que deberá remitirla a aquella en que se haya de quedar inscrito”.¹¹⁶² La conclusión que se puede extraer es que para los representantes de comercio el empresario tiene que comunicar a la Oficina de Empleo correspondiente el inicio del contrato, así como la terminación de éste, pues aunque no se indique nada para esta última obligación en el citado Real Decreto, es también hoy en día una función de control que realiza el Servicio Público de Empleo.

En cuanto a la aplicación del Art. 16.2 ET, ni se regula un régimen distinto al determinado en el ET ni tampoco hay una remisión expresa para la aplicación de éste. Esto significa, que a *sensu contrario*, no se aplicaría el artículo 16.2 ET, es decir, para este colectivo estarían permitidas las Agencias de Empleo Privadas, siempre y cuando se acuda al Servicio Público de Empleo para comunicar el inicio y la terminación del contrato de trabajo, interpretación que parece congruente al tener en cuenta que el agente de comercio, al no aplicársele la legislación laboral, no tiene prohibido acudir a cualquier Agencia de Empleo Privada. Esta interpretación va acorde con el pasado¹¹⁶³ -en la que no se aplicaba la legislación laboral- y con el momento presente,¹¹⁶⁴ en que la diferenciación entre estas dos figuras es cada vez menor.

De este modo, la única diferencia existente en materia de Colocación con respecto al agente de comercio es que en este caso el Servicio Público de Empleo no realiza funciones de control. Pero en ambos casos hay una total libertad para poder acudir a cualquier Agencia de Empleo Privada. Ahora bien, al igual que ya se ha reivindicado en general y

¹¹⁶² Pero si se opta por presentarlo en la Oficina del domicilio de la empresa, ésta deberá remitirlo a aquella en la que haya de quedar inscrito. Además, aunque la gestión se lleve a cabo en la Oficina de Empleo correspondiente al domicilio de la empresa, el registro debe hacerse necesariamente en la que le corresponda al domicilio del trabajador. Véase LOPERA CASTILLEJO, M^a.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 288.

¹¹⁶³ Concretamente, hasta la Ley 21/1962, de 21 de julio, los representantes de comercio estaban excluidos de la legislación laboral.

¹¹⁶⁴ Ha matizado mucho las diferencias la Ley 12/1992, de 27 de mayo, que regula el régimen jurídico del contrato de agencia.

también para otros colectivos en particular, sería necesario regular tales Agencias, pues aceptar las Agencias de Empleo Privadas no significa aceptar cualquier condición que impongan éstas, evitando así los posibles abusos que se puedan cometer en la fase previa a la contratación.

1.6. El personal civil no funcionario al servicio de Establecimientos Militares

La consideración como especial de esta relación laboral, sin embargo, no está expresamente indicado en el Art. 2 ET, sino que la Disposición final 7º del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción inicial del año 1980, señalaba que “el Gobierno, en el plazo de tres meses, y a propuesta de los Ministerios de Defensa y Trabajo, regulará la prestación de trabajo del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares de modo que se incorporen a su texto cuantas normas y disposiciones de la presente ley sean compatibles con la debida salvaguarda de los intereses de la Defensa Nacional”. Así pues, el régimen jurídico queda regulado en el *Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares*.¹¹⁶⁵ Las peculiaridades son importantes en relación al régimen de Colocación que se le aplica, pues todo parece indicar, aunque no se establezca nada expresamente en el RD, que para esta materia el ET no se aplica como norma supletoria, debido a que la empresa contratante es la Administración Pública y más concretamente, la Administración Militar, por lo que ésta no puede tener libertad de contratación ni es libre para utilizar como intermediario el Servicio de Empleo o cualquier Agencia de Empleo Privada para que le proporcionen un trabajador, pues el proceso selectivo, como se analizará detenidamente al estudiar el régimen de Colocación del personal laboral en las Administraciones Públicas, está perfectamente regulado para todo el personal que ingrese en la Administración Pública, sea en régimen funcionarial o en régimen laboral. Así, descartando la posibilidad de equipararlo con el régimen de colocación aplicable al trabajador por cuenta ajena, la pregunta que se debe hacer es la siguiente: ¿Cuál es la normativa que se le aplica a este colectivo? Si se tiene en cuenta que el personal civil no funcionario en los establecimientos militares es personal laboral de las Administraciones Públicas, es de aplicación lo establecido de forma general para el personal laboral de las Administraciones Públicas. De este modo, en el ámbito de aplicación del *Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por RD 364/1995, de 10 de marzo* (en adelante, RGIPP) se incluye al personal laboral

¹¹⁶⁵ Para un estudio pormenorizado y completo de esta relación laboral, véase GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, Comares, Granada, 2000.

adscrito al Ministerio de Defensa, e indica además, que “en los procesos selectivos para el ingreso de personal laboral en dicho Departamento, será mérito baremable en cada convocatoria el tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo” (Art. 1.2. d). Es decir, a la hora de contratar al personal civil no funcionario en establecimientos militares, es de aplicación la normativa estatal sobre la selección de personal laboral en las Administraciones Públicas (*Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, en adelante LEBEP, y también el RGIPP) así como el II Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado.¹¹⁶⁶

Aunque de la lectura del RD 2205/1980 se podría deducir que quien únicamente puede ingresar al trabajo es el personal fijo (Art. 13), la interpretación que se debe hacer es la contraria: como es de sobra conocido, y además, se estudiará al analizar el régimen de Colocación del personal laboral de las Administraciones Públicas, el personal laboral puede ser tanto fijo como temporal. De hecho, según lo establecido en el CC Único de 2006, a las plazas vacantes de personal laboral fijo se les da cobertura -siguiendo normalmente este orden- por reingreso, traslado, promoción profesional, ingreso libre y movilidad entre Administraciones Públicas. Esto significa que cubrir una plaza vacante por personal laboral fijo de nuevo ingreso no es lo normal, pues se realiza después de haber agotado otras vías previas. Así, en el caso de que se realice una contratación de personal laboral fijo de nuevo ingreso, se convoca por los Departamentos Ministeriales de acuerdo con lo previsto en la oferta de empleo público, y es el Boletín Oficial del Estado el cauce publicitario para hacer conocer las convocatorias, y también las solicitudes y anuncios de las pruebas (Art. 28 y ss del RGIPP).

Sin embargo, la forma más usual de contratar personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares es mediante la contratación temporal para cubrir las necesidades no permanentes de personal. En estos casos, no se puede realizar una contratación directa, y por tanto, los Establecimientos Militares no pueden utilizar cualquier medio para buscar a los trabajadores que temporalmente necesitan. Los Establecimientos Militares tienen que respetar lo establecido en cuanto a los procesos selectivos en la normativa que los regula, al igual que para cualquier personal laboral de las Administraciones Públicas, tanto si es fijo como si es temporal. Así, pues, la única forma de contratar al personal laboral temporal es a través del proceso selectivo que está fijado ya expresamente. Existe una Bolsa de Trabajo en la que los solicitantes de empleo se tienen que inscribir, y en el caso de que sea insuficiente, se tiene que acudir al Servicio Público de Empleo correspondiente para que le proporcionen el personal adecuado, según lo

¹¹⁶⁶ Resolución de 10 de octubre de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del II Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2006).

establecido en el RGIPP y en la Orden Ministerial núm. 165 de 25 de octubre de 2005 por la que se convoca el proceso selectivo para la elaboración de las relaciones de candidatos para la contratación de personal laboral temporal. Esta Orden prevé la difusión de la convocatoria por numerosos medios, también utilizando ya medios virtuales, y prevé expresamente que se de publicidad mediante el envío de la convocatoria al Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma correspondiente en las provincias en las que se convoquen plazas. Pero la intervención del Servicio Público de Empleo no se limita a dar publicidad a las convocatorias, sino que también puede intervenir como intermediario, pero con carácter supletorio, pues se indica en la citada OM que en el caso de que sea insuficiente el número de candidatos inscritos en la Bolsa de Trabajo (de acuerdo con el procedimiento establecido en la OM), se puede realizar oferta genérica a los Servicios Públicos de Empleo de un mínimo de cinco trabajadores demandantes de empleo por cada plaza convocada que, por supuesto, deben reunir el requisito de titulación exigido para el desempeño de la categoría solicitada. Esto significa que “el demandante de empleo” que quiera trabajar en un establecimiento militar puede utilizar dos vías para ser contratado: mediante la inscripción en la citada Bolsa de Trabajo, o, mediante la inscripción en el Servicio Público de Empleo correspondiente, aunque, por el carácter supletorio que presenta esta última, la forma más adecuada y segura es la de inscribirse directamente en la Bolsa de Trabajo, trámites que se pueden hacer directamente a través de la página web del Ministerio de Defensa.¹¹⁶⁷

Por otra parte, quedan por analizar cuáles son los trámites que tiene que seguir la Dirección del Establecimiento Militar para poder contratar a personal civil no funcionario para cubrir puestos de trabajo temporales. Aquí es donde entra en juego el contenido que en materia de ingreso al trabajo regula el RD 2205/1980 que explica a quién le corresponde -dentro del orden jerárquico del Ministerio de Defensa- solicitar tal contratación. Lógicamente, son las propias direcciones de los Establecimientos Militares -que son las únicas que pueden conocer las necesidades de contratación en cada momento- las que tienen que solicitar autorización, pero lo tienen que hacer de acuerdo con el procedimiento establecido en este RD (Art. 14). Salvo casos excepcionales (Art. 14.3 RD 2205/1980), la solicitud se realiza a la Subdirección General del Personal Civil que es la que la tramita, de acuerdo con el organigrama actual del Ministerio de Defensa.

Una vez explicado cuál es el régimen de Colocación aplicable al personal civil no funcionario en Establecimientos Militares -que no es diferente al que se aplica para el personal laboral de las Administraciones Públicas- es necesario hacer algunas aclaraciones, a modo de conclusión:

¹¹⁶⁷ www.mde.es

1. No se admite para este colectivo la contratación a través de cauces no oficiales,¹¹⁶⁸ pues el ingreso al trabajo se tiene que realizar de acuerdo con el proceso selectivo que está perfectamente regulado para el personal laboral de las Administraciones Públicas, tanto incluyendo al fijo como al temporal. Por tanto, está prohibido en estos casos el uso de cualquier Agencia de Empleo Privada, y, en cuanto al papel que desempeñan los Servicios Públicos de Empleo, se puede indicar que éstos dan publicidad de la convocatoria de plazas a cubrir, así como realizan la labor de Intermediación para el personal laboral temporal, pero de forma subsidiaria, es decir, en el caso de que no se puedan cubrir las plazas mediante la Bolsa de Trabajo creada al efecto.

En cuanto a las funciones de control que realiza el Servicio Público de Empleo, el Art. 8 del RD 2205/1980 que regula la forma del contrato no hace ninguna alusión al envío por parte del Establecimiento Militar de una copia del contrato a la Oficina de Empleo correspondiente. A pesar de la ausencia de una obligación expresa en este sentido, se entiende que sí se tiene que comunicar el inicio del contrato y su terminación al Servicio Público de Empleo correspondiente, como se realiza para cualquier contrato laboral. Tal afirmación se puede justificar teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

-La Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación señalaba, en lo que aquí interesa, que la copia básica de los contratos se envía a la Oficina de Empleo correspondiente del INEM. Esta ley no ha sido incorporada al Real Decreto que regula esta relación laboral, pero no existe circunstancia que impida la aplicación de esta normativa al personal civil no funcionario en establecimientos militares, pues esta ley en concreto no excluye a este personal. Al ser incorporada esta ley al nuevo Estatuto de los Trabajadores de 1995, significa que también la obligación de comunicar el inicio de los contratos de este colectivo a la Oficina Pública de Empleo se aplica al personal civil no funcionario.¹¹⁶⁹

-La ya derogada LBE señalaba que “los organismos del Estado, así como los de la Administración territorial o institucional, tendrán las mismas obligaciones que se establecen para las empresas, siempre que la relación con los trabajadores sea de carácter laboral común

¹¹⁶⁸ Sin embargo, esta fue la posición de RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; SALA FRANCO, T.: “La relación laboral especial del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares”, en VV.AA. (Borrajo Dacruz, E., Director): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, Volumen I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987, pág. 310, al señalar que “no prevé el RD 2205/1980 obligación alguna respecto de las Oficinas de Empleo, lo que significa la posible canalización de la oferta y demanda de trabajo en este sector por cauces no oficiales”.

¹¹⁶⁹ En este mismo sentido, véase GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, op.cit., pág. 125-129.

o de colaboración social” y además “están obligados a facilitar a los servicios de empleo cuantos datos les sean solicitados...” (Arts. 42.5 y 6 LBE).

-El anterior Convenio Colectivo para el personal laboral del Ministerio de Defensa¹¹⁷⁰ señalaba que “una vez suscrito cada contrato, la Jefatura del Establecimiento efectuará su registro en el INEM, y en los términos y condiciones previstos legalmente...”.

2. Por otra parte, y para evitar confusiones, hay que hacer una aclaración en relación a una norma interna del Ministerio de Defensa: la Orden 25/1984, de 12 de abril, que regula la provisión de plazas vacantes del personal civil no funcionario. Ésta crea una Oficina de Colocación integrada en la Sección Laboral Central de la Subdirección General de Personal Civil del Ministerio de Defensa para asumir las funciones de control y coordinación de la política de empleo del personal laboral al servicio de la Administración Militar. Aunque la citada Orden está aún vigente, hoy en día, teniendo en cuenta la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, no existe como tal una Oficina de Colocación dependiente de la Subdirección General de Personal Civil. A esta Subdirección actualmente le corresponden las funciones -en cuanto a lo que aquí interesa- de elaborar, proponer y coordinar la aplicación de la normativa específica que afecta al personal civil del departamento y también de elaborar, proponer y dirigir la política de acción social para el personal civil.¹¹⁷¹ De todas formas, esta Oficina de Colocación nunca tuvo la función de realizar una función de intermediación propiamente dicha, a pesar de la denominación que recibió, pues ya se ha comprobado la forma de ingresar al trabajo del personal civil no funcionario en establecimientos militares.

3. Junto a la relación del personal civil no funcionario en Establecimientos Militares, es necesario -por las particularidades que presenta en el régimen de Colocación- tener en cuenta la relación del personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas de los EE.UU en España. En esta materia en concreto, aunque el RD 2205/1980 incluye a este colectivo dentro de su ámbito de aplicación,¹¹⁷² el ingreso al trabajo se regula concretamente por un Convenio de Cooperación para la defensa entre España y los Estados Unidos de

¹¹⁷⁰ Resolución de 23 de junio de 1992, por el que se aprueba el convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Defensa (RCL 1992/1495).

¹¹⁷¹ Artículo 9.3 c) del Real Decreto 1551/2004, de 25 de junio por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

¹¹⁷² Sin embargo, esta remisión es parcial, si se tiene en cuenta la normativa específica de aplicación de este personal, concretamente, el RD 144/81, de 23 de enero y la OM 166/81, de 17 de noviembre. Para un estudio exhaustivo de este colectivo, véase GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: *Un supuesto excepcional: personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América en España. Peculiaridades*, Universidad de Granada, Granada, 2000.

América.¹¹⁷³ Además, el CC Único de 2006 excluye de su ámbito de aplicación al personal local que presta servicios a las Fuerzas de los Estados Unidos.

Se parte de la base que quien contrata es el Ministerio de Defensa español, aunque la selección definitiva del personal tanto temporal como indefinido la realiza la Administración Militar americana, aunque es el Ministerio de Defensa el que presenta por cada vacante un número suficiente de candidatos cualificados para cubrir las necesidades de dichas Fuerzas (Art. 4, anejo 8, del citado Convenio) por lo que en estos casos la selección de personal se realizará mediante un proceso selectivo de forma idéntica a como se hace para el personal civil no funcionario en los Establecimientos Militares. Sin embargo, queda previsto que las Fuerzas de los Estados Unidos de América, con carácter excepcional y con la aprobación del Ministerio de Defensa Español, puedan reclutar directamente y seleccionar personas para su nombramiento en los puestos que tengan carácter técnico o requisitos especializados o en los puestos de categorías en las que haya escasez de personal idóneo, y posteriormente le notifican la selección al Ministerio de Defensa español y solicitan la contratación de las personas que hayan sido seleccionadas (Art. 5.2. y 3, anejo 8, del citado Convenio).

Por tanto, salvo en estas ocasiones excepcionales, la vía para reclutar al personal laboral al servicio de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América en España es a través del Ministerio de Defensa Español, de forma idéntica a como se hace para el personal civil no funcionario en establecimientos Militares. El Ministerio de Defensa español realiza por tanto una contratación de trabajadores españoles para cederlos a la Administración militar americana, siendo un “nuevo supuesto de cesión de mano de obra lícita en nuestro ordenamiento”.¹¹⁷⁴

1.7. Profesionales de Ciencias de la Salud en período de formación especializada.

Existen determinadas profesiones sanitarias que cuentan con un sistema de formación de especialistas mediante el sistema de residencia, regulados todos estos aspectos en la la *Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias* (en adelante LOPS). En su Art. 20.3 f), así como en la Disposición adicional primera de esta ley, se

¹¹⁷³ El 1 de diciembre de 1988 se firma, entre España y los EE.UU de América un Convenio sobre Cooperación para la Defensa, Anejos y Canjes de Notas (BOE, número 108, de 6 de mayo de 1989).

¹¹⁷⁴ GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: *Un supuesto excepcional: personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América*, op.cit., pág. 54.

habilita al Gobierno para establecer una relación laboral especial entre el Servicio de Salud o el centro y el especialista en formación, desarrollado actualmente por el *Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud*. Las profesiones sanitarias que cuentan con determinadas especialidades que requieren un período de formación previo mediante el sistema de residencia son los Médicos, Farmacéuticos, Químicos, Biólogos, Bioquímicos, Psicólogos, Radiofísicos Hospitalarios y determinadas especialidades en Enfermería (Enfermería Obstétrico-Ginecológica -matrona- y de Enfermería de Salud Mental). El período de formación mediante el sistema de residencia se va a regir por la relación laboral de carácter especial regulada en el RD 1146/2006, excepto determinadas especialidades, que por el momento no se llevan a cabo mediante el sistema de residencia, sino en régimen de alumnado en Escuelas Profesionales de Especialización Médica, por lo que quedarían excluidas del ámbito de aplicación del RD 1146/2006, aunque según la LOPS el sistema de acceso va a ser el mismo. Son las especialidades en Farmacia Industrial y Galénica, Hidrología, Medicina de la Educación Física y del Deporte y Medicina Legal y Forense.¹¹⁷⁵

El Decreto 1146/2006 se ha centrado en asegurar la realización y el cumplimiento de los programas formativos de los residentes regulando un régimen de derechos y deberes comunes a todos ellos, principalmente en relación a la jornada laboral, al sistema retributivo, a la suspensión y extinción del contrato y al régimen disciplinario. Sin embargo, los aspectos relativos a la colocación de los trabajadores no se han incluido en el Decreto 1146/2006, sino que se rigen por otra normativa, concretamente, por la LOPS, para analizar el sistema de acceso, y por el ET, para analizar las obligaciones de control en el Servicio Público de Empleo para esta relación laboral de carácter especial.

-En primer lugar, para determinar la forma de acceder al sistema de residencia, está previsto un sistema de convocatoria anual de carácter nacional para cada Titulación (Art. 22 LOPS), aunque previamente a esta ley ya existían estas convocatorias anuales para el acceso a la formación especializada.¹¹⁷⁶ Esto significa que la intervención del Servicio Público de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas es inexistente.

¹¹⁷⁵ Por otro lado, en otras ocasiones, a pesar de aplicarse el RD 1146/2006, como es el caso de la especialidad en enfermería, hay que tener en cuenta otra normativa específica (ej. Disposición Transitoria tercera RD 1146/2006 y Real Decreto 450/2005, de 22 de abril, sobre especialidades de Enfermería).

¹¹⁷⁶ Concretamente, para un estudio específico sobre la formación médica especializada en España y el modelo MIR (Médicos Internos Residentes), véase TEMES MONTES, J.L.; GIL REDRADO, J.: *El Sistema Nacional de Salud*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996, págs. 167 y ss. Para una primera aproximación a esta nueva relación de carácter especial, véase DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre", *RL*, núm. 3, (2007), págs. 93 y ss.

Actualmente se llevan a cabo dos convocatorias anuales: una para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada para Médicos, Farmacéuticos, Químicos, Biólogos, Bioquímicos, Psicólogos y Radiofísicos Hospitalarios;¹¹⁷⁷ y otra convocatoria para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada para Enfermeros.¹¹⁷⁸ El sistema de selección instaurado por el momento mediante las convocatorias anuales difiere para las distintas profesiones sanitarias, pues para el acceso al período de formación de Médicos, Farmacéuticos, Químicos, Biólogos y Psicólogos se tiene en cuenta un ejercicio de contestaciones múltiples, distinto para cada una de las Titulaciones, y además la valoración del expediente académico correspondiente a los estudios universitarios, y la valoración del Doctorado si se tiene realizado. Sin embargo, para las pruebas de acceso para Radiofísicos hospitalarios se tiene sólo en cuenta el ejercicio de contestaciones múltiples; y para las especialidades en Enfermería el sistema de selección consiste en la realización de un ejercicio de contestaciones múltiples, junto con la valoración de expediente académico y también el ejercicio profesional y docente que acredite el candidato.

Sin embargo, se prevé en la LOPS -aunque todavía no se ha puesto en marcha- un nuevo enfoque para el acceso al sistema de formación especializada en el que se pretende hacer mayor hincapié en la destreza clínica de los aspirantes, y evaluar los conocimientos teóricos y prácticos y las habilidades clínicas y comunicativas, la valoración de los méritos académicos y en su caso profesionales (Art. 22.2 LOPS). Este nuevo modelo se implantará de forma progresiva durante los ochos años posteriores a la entrada en vigor de la LOPS (Disposición Transitoria Primera).

Así pues, ésta es la vía común u ordinaria para acceder a un período de formación para la obtención del título de especialista en determinadas ramas de Ciencias de la Salud que anteriormente se han mencionado. Sin embargo, se prevé una vía “extraordinaria”, en el artículo 23 LOPS que se podría denominar “Reespecialización”, y consiste en poder otorgar a los Especialistas en Ciencias de la Salud, con al menos cinco años de ejercicio profesional, un nuevo título de especialista en especialidad del mismo tronco que la que posean, por un procedimiento que aún no está determinado reglamentariamente.

¹¹⁷⁷ Orden SCO/2907/2006, de 14 de septiembre, por la que se aprueba la convocatoria de pruebas selectivas 2006, para el acceso en el año 2007, a plazas de formación sanitaria especializada para Médicos, Farmacéuticos, Químicos, Biólogos, Bioquímicos, Psicólogos y Radiofísicos Hospitalarios (BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2006).

¹¹⁷⁸ Orden SCO/2908/2006, de 14 de septiembre, por la que se convoca prueba selectiva 2006, para el acceso en el 2007, a plazas de formación de las especialidades de Enfermería Obstétrico-Ginecológica (Matrona) y de Enfermería de Salud Mental, (BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2006).

-En segundo lugar, no hay una referencia expresa a las obligaciones del empresario (en este caso el Servicio de Salud o el centro) con el Servicio Público de Empleo. Pero existe una remisión expresa al ET como derecho supletorio (Art. 1.4. RD 1146/2006) por lo que aquí se aplicaría lo establecido en el Art. 16.1, teniendo en este caso el empresario que comunicar los contratos de trabajo realizados con los residentes en la Oficina Pública de Empleo correspondiente. Esta comunicación del contrato al Servicio de Empleo tiene una finalidad de control del mercado de trabajo, mientras que el Registro Nacional de Especialistas en Formación gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo (Art. 32 LOPS) tiene distinta finalidad, y es la de inscribir a los especialistas en formación cuando comiencen su formación para anotar los resultados de sus evaluaciones anuales y final, así como la inscripción cuando obtengan el título de especialista.

1.8. Abogados que prestan servicios en despachos de abogados

La Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas Directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y de electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes y regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea, reconoce el carácter especial de la relación laboral de los abogados que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho, individual o colectivo, habilitando al Gobierno a regular dicha relación laboral de carácter especial, procediéndose a su regulación por el *Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que presten servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos*. La justificación de tal especialidad -aunque algunos autores aluden al carácter “ligero” del carácter especial de esta relación-¹¹⁷⁹ reside en otros aspectos diferentes al régimen de Colocación, concretamente los derechos y deberes de los abogados, la regulación del contrato en prácticas, la organización del trabajo y el régimen de prestación de la actividad laboral, el tiempo de trabajo, los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo, las vicisitudes de la relación laboral de carácter especial y el régimen disciplinario.

Sin embargo, los problemas relativos al régimen de Colocación no son diferentes a los derivados para cualquier relación laboral común. En este caso, en lo no regulado en el RD 1331/2006, será de aplicación lo dispuesto en la Ley del Estatuto de los Trabajadores,

¹¹⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La Relación Laboral Especial de los Abogados que prestan Servicios en Despacho”, *RL*, núm.1, enero, (2007), pág. 8.

por lo que el Art. 16 ET se aplica en este caso. Esto significa que no hay una limitación de la utilización de las Agencias de colocación sin fines lucrativos, ni tampoco de acudir al Servicio Público de Empleo. Pero como ya se analizó en el estudio de las Agencias de Empleo Privadas, es común para este colectivo -pues además cuenta con un alto nivel de formación- utilizar vías informales para el acceso a un despacho profesional y utilizar otras Agencias de Empleo Privadas que distan de los “intermediarios” comunes, esto es, los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.

Por otra parte, en relación al control de esta relación laboral de carácter especial por parte de los Servicios Públicos de Empleo, no hay tampoco novedades con las ya analizadas con carácter general. El empresario tiene en este caso que comunicar el contrato de trabajo así como remitir una copia básica al Servicio Público de Empleo correspondiente y también se extiende la obligación ya analizada de comunicar en el Servicio de Empleo correspondiente la terminación del contrato de trabajo.

.....

A pesar de las diferentes peculiaridades que presentan en el régimen de Colocación las relaciones laborales de carácter especial aquí analizadas, es común la escasa participación de los Servicios Públicos de Empleo, tanto a la hora de llevar a cabo la función estricta de intermediación, como la de realizar las funciones de control en el mercado de trabajo, que esta última sólo es obligatoria, para los deportistas profesionales, para los artistas en espectáculos públicos, para los representantes de comercio, para el personal civil no funcionario en establecimientos militares, para los profesionales de Ciencias de la Salud en período de formación especializada y para los Abogados que prestan servicios en despachos.

En cuanto a la utilización de las Agencias de Empleo Privadas, difiere de unas relaciones laborales de carácter especial a otras, pero es un dato común su utilización, estando prohibido en algunos casos -personal al servicio del hogar familiar, deportistas profesionales o artistas en espectáculos públicos- y en otras permitido aunque no reguladas expresamente, como es el caso del personal de Alta Dirección o el caso de los representantes de comercio.

En otros casos no se aplica el régimen de colocación del trabajador por cuenta ajena, debido sobre todo a la naturaleza del “empresario” de la relación laboral: son concretamente, los penados en instituciones penitenciarias, el personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares, y los profesionales de Ciencias de la Salud en período de formación especializada.

En definitiva, se ha tenido que ir analizando de forma individual el régimen de Colocación aplicable de cada relación laboral de carácter especial, pues no hay afinidad en las relaciones laborales consideradas especiales, y por tanto, en esta materia no existen características peculiares comunes a todas ellas, aunque es común el alejamiento de la realidad de la normativa que regula estas relaciones laborales de carácter especial, en la que las formas de realizar la colocación en estas relaciones de carácter especial se están convirtiendo en “costumbres de carácter normativo, simplemente a base de conseguir arraigo profundo en la vida social”.¹¹⁸⁰

Por otra parte, hay algunos colectivos que no están encuadrados en una relación laboral de carácter especial, y el régimen de colocación aplicable tiene más particularidades que los que puede tener alguna relación de este tipo, lo que demuestra que el encuadramiento de un determinado colectivo dentro de estas relaciones obedece más a cuestiones políticas que técnico-jurídicas,¹¹⁸¹ como a continuación se va a poder comprobar.

2. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas por colectivos con una relación laboral común con particularidades

Como se viene analizando en este Capítulo, una de las notas características de la colocación de los trabajadores es la de la imposibilidad de llegar a conclusiones generales sobre la utilización de los Servicios de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas, pues para algunos colectivos es adecuado -o incluso obligatorio- el uso de los Servicios de Empleo y para otros, sin embargo, es más frecuente -nunca obligatorio en este caso- el uso de las Agencias de Empleo Privadas. Esto también ocurre para algunas relaciones laborales, que a pesar de que se les aplica la legislación laboral, presentan algunas particularidades en el régimen de Colocación. En algunas ocasiones, son simples particularidades -es el caso de los trabajadores del campo-, en otras, un auténtico régimen de Colocación absolutamente diferenciado del trabajador por cuenta ajena, como es el caso de los trabajadores en las Administraciones Públicas o los trabajadores del Mar.

La relación laboral de estos colectivos -como bien se sabe- no se han constituido como relación laboral de carácter especial, pues el legislador a la hora de regularlas no consideró que las particularidades que presentaban fueran de tal intensidad como para

¹¹⁸⁰ ROSS, A.: *Lógica de las normas*, (Estudio preliminar por Monereo Pérez, J.L. “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho. La teoría de la mera aplicación judicial lógico-deductiva de las normas jurídicas, mediante silogismos”, última edición en Comares, Granada, 2000, pág. 109.

¹¹⁸¹ MORENO VIDA, M^a.N.: “Artículo 2 ET”, VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L., Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pág. 78.

aplicarles una regulación distinta a la del Estatuto de los Trabajadores. Las peculiaridades se presentan sobre todo en el régimen aplicable de la jornada de trabajo o en la aplicación de las normas sobre prevención de riesgos laborales, pero también en algunos casos presentan diferencias con respecto a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores sobre el régimen de Colocación, que incluso pueden ser más relevantes que las diferencias que existen en esta materia para algunas relaciones laborales de carácter especial. Aunque no se van a analizar todas las relaciones laborales comunes con particularidades sectoriales, se ha considerado oportuno analizar algunas de las más relevantes, seleccionadas atendiendo sobre todo a un criterio cuantitativo -por el número tan elevado de personas que realizan su trabajo bajo estas modalidades- pero también atendiendo a un criterio de especialidad, es decir, por las particularidades que presentan en relación al régimen aplicable de la Colocación.

2.1. Los trabajadores del campo

No todos los trabajadores que prestan servicios en el campo son trabajadores por cuenta ajena, pues existe un porcentaje elevado de éstos a los que no se les aplicaría el régimen de Colocación que aquí se va a analizar: éstos son los trabajadores extranjeros, que tienen un régimen de Colocación específico para este colectivo, y por otra parte, otro gran porcentaje son trabajadores por cuenta propia en régimen familiar.

Para los trabajadores del campo por cuenta ajena se puede indicar que la ordenación normativa del trabajo asalariado en la agricultura -y aplicándolo aquí a la normativa sobre Colocación- “no reviste la más mínima diferencia respecto de la aplicable a otro sector cualquier de la actividad económica”.¹¹⁸² No existe -en cuanto al régimen de Colocación- ninguna referencia a este colectivo en la anterior LBE ni en la vigente LE, ni tampoco en las leyes de creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, y sorprende que no exista ninguna referencia, sobre todo en las Comunidades Autónomas en las que existe un mayor volumen de trabajadores del campo y a su vez una importante tasa de desempleo agrario.¹¹⁸³ La ausencia específica de una referencia al régimen de la Colocación de los

¹¹⁸² VIDA SORIA, J.: “Consideraciones en torno al régimen jurídico del trabajo por tiempo determinado en la agricultura”, VV.AA. (Bayón Chacón, G.; Sagardoy Bengoechea, J.A., Coords.): *La problemática laboral de la agricultura*, Colegio Universitario de San Pablo (CEU), Madrid, 1974, pág. 192.

¹¹⁸³ A pesar de la falta de programas específicos para este colectivo en los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas en donde el porcentaje de trabajadores del campo es elevado, se puede destacar, en Extremadura, la Orden de 30 de junio de 2004, por la que se establece un programa extraordinario de subvenciones destinadas a facilitar la disponibilidad de trabajadores agrícolas demandantes de empleo, en las campañas agrícolas de vendimia y recogida de aceituna de verdeo del ejercicio 2004, en la Comarca de Tierra de Barros (DOE de 5 de agosto de 2004). Para un estudio de esta Orden, véase HIERRO HIERRO, F.J.: “Servicios Públicos de Empleo y gestión de las políticas activas en

trabajadores del campo se debe, sin lugar a dudas, a que desde que nace la legislación laboral, ésta “se ha pensado exclusivamente desde la perspectiva del trabajo industrial”.¹¹⁸⁴ Lo que hay que analizar en este caso, es si los Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas se utilizan de la misma forma que para los trabajadores “industriales”.

La contratación directa de trabajadores, que es muy utilizada en todos los ámbitos, también es muy usada para los trabajadores del campo, donde el “boca a boca” o las ya históricas “contrataciones de plaza” siguen aquí estando a la orden del día,¹¹⁸⁵ incluso se ha comprobado que en otros países principalmente agrícolas la intermediación privada ha sido muy utilizada produciendo importantes abusos en los trabajadores agrícolas.¹¹⁸⁶

La realidad en España demuestra la escasa utilización tanto de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, pues si se recuerda los tipos de agencias creadas, no existe ninguna de éstas con un ámbito funcional específico para los trabajadores del campo, y en las que están creadas, se ha podido demostrar de las Memorias proporcionadas por la Subdirección de Promoción de Empleo del MTAS que están inscritos en tales Agencias un porcentaje muy reducido, sin llegar a un 2% aproximadamente del total de demandantes inscritos en las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.¹¹⁸⁷ La intervención de los Servicios Públicos de Empleo o bien a través de las Entidades que colaboran con éstos, se reduce a establecer acciones de inserción laboral para incentivar la incorporación y permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, beneficiarios de la renta agraria,¹¹⁸⁸ y en otras ocasiones, aunque no es muy normal, los convenios colectivos utilizan como referente al Servicio Público de Empleo para evitar el trabajo a destajo o a rendimiento

el sector agrario: el ejemplo de la Comunidad Autónoma de Extremadura”, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo...* op.cit., págs. 263 y ss.

¹¹⁸⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: “Legislación laboral y relaciones de trabajo en la agricultura”, VV.AA. (Durán López, F. Coord.): *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Publicaciones del Monte Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983, pág. 262.

¹¹⁸⁵ Véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Madrid, 1995, págs. 141-142.

¹¹⁸⁶ SÁNCHEZ SALDAÑA, K.: “Acerca de enganchadores, cabos, capitanes y otros agentes de intermediación laboral en la agricultura”, *Revista Estudios Agrarios*, núm. 17, (2001), <http://www.pa.gob.mx/publica/pdf/pa071705.pdf>

¹¹⁸⁷ De las Memorias del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de Agencias de Colocación sin ánimo de lucro se puede deducir que en el sector de la Agricultura, en el año 2001 estaban inscritos el 1,5%, en el 2002 el 2,12%, en el 2003 el 1,13%, y en el 2004 el 1,10%.

¹¹⁸⁸ Regulado por el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.

prohibiendo su utilización en el caso de que exista paro registrado oficialmente en el Servicio de Empleo en la localidad en la que haya de afectarse la recolección.¹¹⁸⁹

Y en cuanto a las Agencias de Empleo Privadas, las más utilizadas son las Empresas de Trabajo Temporal y además, cada vez con mayor intensidad se están creando Empresas de Servicios¹¹⁹⁰ que en la mayoría de las ocasiones se dedican a la cesión ilegal de trabajadores del campo.¹¹⁹¹

Una vez vista la realidad existente, ¿cuáles podrían ser las propuestas para mejorar la Intermediación laboral para este colectivo? Para ello hay que conocer las características particulares con las que cuenta este sector:¹¹⁹² en determinadas épocas del año se requiere mucha mano de obra, que en otras épocas es innecesaria por falta de trabajo, y es precisamente aquí donde la intervención de los Servicios Públicos de Empleo se considera esencial: sería necesaria la creación de más Oficinas en las zonas rurales para que tengan conocimiento de las ofertas de empleo existentes proporcionándole información precisa sobre los puestos de trabajo que pueden ocupar en los períodos del año en el que el trabajo es prácticamente innecesario y evitar así desplazamientos sin éxito hacia las zonas urbanas.¹¹⁹³

Pasando ahora a analizar las funciones de control del mercado de trabajo para este colectivo que realiza el Servicio Público de Empleo correspondiente, se puede indicar, que, aunque no existe particularidad alguna, en la práctica ni los empresarios suelen comunicar a

¹¹⁸⁹ Convenio Colectivo de Recolección de Cítricos de la Comunidad Valenciana para el período comprendido entre el 1-9-2003 y el 31-8-2010, DO. Generalitat Valenciana 5 de marzo 2004, núm. 4706.

¹¹⁹⁰ En países de Latinoamérica, como es el caso de Argentina, quienes realizan labores de colocación son los contratistas de mano de obra, y llevan a cabo una actividad mucho más compleja que el reclutamiento de los trabajadores, al implicar una meticulosa organización, destacando, entre otras tareas, las de trasladar diariamente al personal a distintas fincas y controlar la calidad de la recolección, liquidar los salarios de los trabajadores y capataces. APARICIO, S.; BERENGUER, P.; RAU, V.: “Modalidades de intermediación en los mercados de trabajo rurales en Argentina”, *Cuadernos de Desarrollo Rural*, núm. 53, (2004), <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/117/11705305.pdf>

¹¹⁹¹ Para un estudio completo de las Empresas de Servicios y la necesidad de su regulación, véase LLANO SÁNCHEZ, M.: “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, op.cit., págs.13 y ss.

¹¹⁹² Para un estudio exhaustivo de las características de este sector, véase MARTÍN VALVERDE, A.: “Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural”, *TL*, núm. 2, (1985), págs. 23 y ss.

¹¹⁹³ OIT.: *El empleo como objetivo del desarrollo económico*, Ginebra, 1961, pág. 147.

la Oficina de Empleo el inicio del contrato de trabajo ni su fin, ni tampoco los demandantes de empleo que quieren trabajar en el campo acuden a los Servicios de Empleo para buscar ocupación en este sector, simplemente se reduce su vinculación con el Servicio de Empleo en un momento posterior, inscribiéndose para poder recibir la prestación por desempleo. La ausencia en la práctica de control del mercado de trabajo por parte del Servicio Público de Empleo se debe sobre todo a la naturaleza “anárquica” de la actividad en el campo, en el sentido de que es incierto e imprevisible el momento exacto de la contratación, y esto se refleja en la ausencia de sometimiento a controles “burocráticos” por parte de los Servicios Públicos de Empleo.

2. 2. Los Trabajadores del Mar

Cuando en este estudio se hace referencia a los trabajadores del mar, se está incluyendo aquí a todo trabajador por cuenta ajena que se le aplica el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar¹¹⁹⁴ (en adelante REM), esto es, trabajadores por cuenta ajena que presten servicios para un empresario del mar en actividades marítimo pesqueras tanto realizadas en el mar o para el mar.¹¹⁹⁵ En este caso, debido a las particularidades que presentan los colectivos incluidos en el REM, no se puede realizar un análisis general del régimen de Colocación aplicable. Para ello, en primer lugar, se hará un análisis conjunto del régimen de Colocación de este colectivo; en segundo lugar, se analizará el régimen de Colocación de los marinos mercantes debido a la especial regulación en esta materia en la normativa de la OIT; y, en tercer lugar, el análisis del régimen de Colocación de los estibadores portuarios, por ser a su vez una relación laboral de carácter especial.

1. El régimen de Colocación de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el REM -que por regla general se les aplica el Estatuto de los Trabajadores-¹¹⁹⁶ presenta

¹¹⁹⁴ Regulado por el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar.

¹¹⁹⁵ Para un análisis completo del Régimen Especial del Mar, véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Civitas, Madrid, 1999.

¹¹⁹⁶ Hay que tener en cuenta que el personal de confianza del armador, el patrón de pesca, el técnico o contramaestre se aplica lo establecido para la relación laboral especial de Alta Dirección (STS (Sala de Social), de 20 de octubre de 1998, RJ 1998/8909), y la relación de trabajo de los estibadores portuarios - que serán también objeto de estudio- queda regulada en el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques.

importantes particularidades y ello porque quien gestiona el empleo de los trabajadores incluidos en el REM no son los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos ni el Servicio Público de Empleo Estatal, sino el Instituto Social de la Marina (ISM), entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia, de ámbito nacional, que actúa bajo la dirección y tutela del MTAS, adscrita a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.¹¹⁹⁷ Lo más lógico y correcto hubiera sido que al crearse las nuevas Entidades Gestoras por el RD-Ley 36/1978 de 16 de noviembre sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, éste hubiera desaparecido, pues ya no tenía sentido que siguiera en funcionamiento, pues a partir de este momento había ya organismos específicos para gestionar todas las funciones que absorbía de forma conjunta el ISM. Pero ello no fue así, y actualmente sigue existiendo y gestionando la Colocación de este colectivo, junto con otras funciones conexas como la de gestión, administración y reconocimiento del derecho a las prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la formación y promoción profesional, la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, recaudación y control de cotizaciones, la asistencia e información sanitaria así como la realización de estudios y proponer proyectos de normas o programas, y participar en la elaboración de Convenios internacionales que afecten al sector marítimo-pesquero.¹¹⁹⁸

La normativa que actualmente regula la estructura orgánica del Instituto Social de la Marina que tanta tradición tiene en nuestro país,¹¹⁹⁹ hay que interpretarla teniendo en cuenta el traspaso de competencias que en materia de colocación y empleo se ha producido en algunas Comunidades Autónomas, concretamente en Cataluña¹²⁰⁰, Valencia¹²⁰¹, Andalucía¹²⁰²,

¹¹⁹⁷ Según lo establecido en el Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

¹¹⁹⁸ Para un estudio completo de las competencias y funciones del ISM, véase CANOSA RODRIGO, M.: “Competencias y funciones del Instituto Social de la Marina”, *TS*, núm. 49, (1995), págs. 52-64; CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, op.cit., págs 447 y ss.

¹¹⁹⁹ La creación del ISM data a primeros del siglo XX -al igual que lo hizo el Servicio Público de Empleo- (CARRIL VAZQUEZ, X.M.: *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, op.cit., pág. 447-492), y que cronológicamente se corresponde con la etapa comúnmente conocida como “Previsión Social”.

¹²⁰⁰ Real Decreto 2227/1998, de 16 de octubre, sobre traspaso a la Generalitat de Cataluña los funcionarios y servicios en materia de asistencia y servicios sociales, empleo y formación profesional ocupacional de los trabajadores encomendados al Instituto Social de la Marina.

¹²⁰¹ Real Decreto 846/1999, de 21 de mayo, sobre traspaso a la Comunidad Valenciana de las funciones y servicios en materia educativa, de asistencia y servicios sociales, empleo y formación profesional ocupacional de los trabajadores del mar, encomendados al Instituto Social de la Marina.

Asturias¹²⁰³, Galicia¹²⁰⁴ y Cantabria.¹²⁰⁵ En el resto de las Comunidades Autónomas es la Sección de Empleo dependiente de la Subdirección General de Acción Social Marítima¹²⁰⁶ la que promueve las acciones que le corresponderían al Servicio Público de Empleo Estatal y participa en la gestión de las prestaciones por desempleo que a los mismos correspondan.¹²⁰⁷

Pero, a efectos prácticos, quien gestiona la Colocación son las Oficinas de Empleo Marítimo -en unas ocasiones dependientes de las CCAA, y en otras del Estado- y siempre actúan en coordinación con el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos pues están integrados informáticamente en la red de Oficinas de Empleos del Sistema Nacional de Empleo a través del sistema informático SISPE.

Las funciones que realizan en esta materia las Oficinas de Empleo Marítimo son las mismas que las que realizan las Oficinas de Empleo del Servicio Público de Empleo correspondiente: es decir, pueden realizar labores de Intermediación, siempre y cuando las empresas “del mar” voluntariamente acudan a estas Oficinas, y siempre van a realizar las funciones de control del mercado de trabajo: el empresario está obligado a comunicar a la Oficina de Empleo Marítimo el inicio y el fin del contrato de trabajo. Además, al aceptarse en general la apertura hacia otros intermediarios privados, concretamente las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, se puede interpretar que en este caso también estaría permitida la creación de Agencias de Colocación sin fines lucrativos para este colectivo. Pero no hay ninguna Agencia de Colocación con un ámbito funcional específico para los

¹²⁰² Real Decreto 957/2005, de 29 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo, formación profesional ocupacional de los trabajadores del mar encomendados al Instituto Social de la Marina.

¹²⁰³ Real Decreto 1360/2005, de 18 de noviembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo, formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina.

¹²⁰⁴ Real Decreto 553/2006, de 5 de mayo, de traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina.

¹²⁰⁵ Real Decreto 1586/2006, de 22 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria de las funciones y servicios en materia de educación, empleo y formación profesional encomendados al Instituto Social de la Marina.

¹²⁰⁶ Artículo 1.5 de la Orden de 10 de julio de 1984 que desarrolla la estructura orgánica de los Servicios Centrales del ISM.

¹²⁰⁷ Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, que reestructura el ISM.

trabajadores del mar, y es poco probable que las Agencias de Colocación que estén ubicadas en un lugar en el que no haya actividad marítimo-pesquera se dediquen a realizar funciones de Intermediación para este colectivo. Se puede entender, por tanto, que aquellos empresarios y trabajadores que no acuden a las Oficinas de Empleo Marítimo para que éstas le gestionen la Colocación, lo hacen principalmente a través de la contratación directa, mediante vías “coloquiales” acudiendo a personas conocidas o mediante la inscripción directa en las Bolsas de Trabajo que puedan ofrecer las Empresas del mar.

2. Es necesario hacer un análisis particular de los marinos mercantes. Aunque a éstos se les aplica el mismo régimen de Colocación anteriormente analizado para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el REM -pues también están incluidos en este Régimen Especial- es necesario hacer algunas aclaraciones debido a que la OIT cuenta con una regulación específica en materia de Colocación de la “gente de mar”, expresión con la que se hace referencia a los marinos mercantes, esto es, a las personas que estén ocupadas laboralmente a bordo de buques dedicados a la navegación marítima entendiéndose por ésta el transporte de mercancías o de pasajeros con fines comerciales. La OIT en el año 1920 adoptó el Convenio núm. 9 sobre la colocación de la gente de mar ratificado por España en el año 1931. Este Convenio específico responde a la necesidad de crear agencias especiales para conferir toda su eficacia a la colocación de los marineros y para asegurar que las Oficinas de Empleo de este colectivo se hallen en el mismo lugar donde se realizan las contrataciones.¹²⁰⁸ En el citado Convenio se prohíbe el comercio ejercido con fines lucrativos por una persona, sociedad o empresa, e impide que la gente de mar pague por ello una remuneración cualquiera, directa o indirecta. Solamente permite las Agencias gratuitas de Colocación de la gente de mar, bien creadas en asociaciones representativas de armadores y de la gente de mar bajo el control de la autoridad central, o creadas por el Estado mismo, o bien se permite que coexistan ambos modelos, exigiendo siempre que quien se encargue de la actividad de colocación sean personas que tengan experiencia marítima práctica.

De este modo, si se compara lo establecido en el Convenio núm. 9 OIT -actualmente ratificado por España- y la normativa actual en nuestro ordenamiento sobre dicha materia, se puede afirmar que no hay un alejamiento de posiciones, sino todo lo contrario, pues para este colectivo en España se crearon -como ya se ha venido diciendo- Oficinas de Empleo dependientes del Estado adscritas a un organismo particular llamado ISM.

Sin embargo, hay dos aspectos que hay que aclarar:

¹²⁰⁸ OIT.: *La colocación de los trabajadores*, op.cit.

-En primer lugar, la OIT cuenta con más Convenios en esta materia que no van por este camino, sino que vienen aceptando -aunque no obligando- la creación de servicios privados de colocación de gente de mar. Son concretamente el Convenio núm. 179 de 1996 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, acorde con el cambio que se iba a llevar a cabo al año siguiente al aceptar las Agencias de Empleo Privadas (Convenio núm. 181 OIT) y que España no lo ha ratificado a pesar de que la OIT “invitó” al Gobierno a examinar la oportunidad de ratificar este nuevo instrumento;¹²⁰⁹ y el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006, que engloba los anteriores Convenios sobre la gente de mar y que dedica parte del Título II a la colocación y contratación de la gente de mar en similares términos que hacía ya el Convenio número 179 OIT, y que España no ha ratificado aún (sólo está ratificado por Liberia), pero se espera que logre una ratificación universal. En estos Convenios se permite -aunque sin imponer- la creación de servicios privados de contratación y colocación siempre que el Estado Miembro cuente con un sistema de licencias o certificados u otros tipos de regulación, prohibiendo que se facture a la gente de mar, directa o indirectamente y en totalidad o en parte, los honorarios u otros emolumentos por concepto de contratación, colocación u obtención de un empleo.¹²¹⁰ Pero en ningún momento impide que un Estado Miembro mantenga un servicio de contratación y colocación público y gratuito para la gente de mar en el marco de una política destinada a atender las necesidades de la gente de mar y los armadores, bien formando parte de un Servicio Público de Empleo para todos los trabajadores y empleadores, o bien que funcione en coordinación con él. Se pretende con el contenido de estos Convenios mantener la necesidad de un servicio público de colocación, y al mismo tiempo aceptar los servicios privados con una serie de controles iniciales y medidas de inspección y control en su funcionamiento, para evitar la proliferación indebida de servicios privados de contratación y colocación de gente de mar.

-En segundo lugar, tanto en España como a nivel internacional actúan en este caso intermediarios privados en la contratación, bien a través de las *empresas consignatarias* o bien a

¹²⁰⁹ Véase CEACR: “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm.9, colocación de la gente de mar, 1920 España (Ratificación:1931) Envío: 1999, www.ilo.org

¹²¹⁰ Sigue señalando el Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 en la Norma A1.4 que se puede facturar a la gente de mar “los honorarios u otros emolumentos por concepto de contratación, colocación u obtención de un empleo, salvo los costos correspondientes a la obtención del certificado médico nacional obligatorio, de la libreta nacional de servicio y de un pasaporte o de otros documentos personales de viaje similares (sin embargo, no se incluirá el costo de los visados, cuya cuantía total se imputará al armador).

través de *agencias de embarque*.¹²¹¹ Así, para los marinos mercantes que vayan a trabajar en un buque extranjero no actúan las Oficinas de Empleo Marítimo del ISM, a pesar de que la normativa que regula el traspaso de competencias a las CCAA en esta materia señala que son funciones que se reserva la Administración del Estado la atención a los marinos emigrantes en buques extranjeros y plataformas petrolíferas tanto en el momento de su contratación como durante la realización de su trabajo y posterior repatriación. Tampoco se utiliza en estos casos la Red EURES.

Tales *empresas consignatarias* no se dedican exclusivamente a la captación y selección de marinos mercantes sino que también proceden, entre otras funciones, a la formalización de sus contratos de embarque. Realizan una labor de intermediación “reforzada”, pues además de realizar una función de ajustar ofertas y demandas, tienen que adoptar medidas para asegurar que ambas partes cumplan con sus obligaciones (asegurarse que el armador no vaya a abandonar en un puerto extranjero a los marinos, y que el marino posea las calificaciones y documentos necesarios), y tienen que dar a conocer a la gente de mar los derechos y obligaciones que resultan de su contrato de trabajo. Además, se suelen instalar en países en vías de desarrollo para evitar la aplicación de la legislación laboral de un país desarrollado en el que la protección al trabajador es mucho más elevada.

En el caso de España, sería totalmente necesario -según lo establecido en el Convenio refundido de la OIT sobre el trabajo marítimo de 2006- aceptar expresamente estas Agencias en los términos del citado Convenio, y sobre todo, establecer un adecuado sistema de control de estas Agencias siempre que actuaran en España, independientemente de que éstas estuvieran establecidas en España o en otro Estado diferente.

Sin embargo, la tendencia en nuestro ordenamiento a la prohibición de este tipo de Agencias es innegable, y ello porque en el TRLISOS, tanto en la antigua como en la nueva versión dada al Art. 35 por la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, se considera infracción “la contratación de marinos españoles por cuenta de empresas armadoras extranjeras realizada por personas o entidades no autorizadas por la autoridad laboral para realizar ese cometido”, y ello se ratifica en el Art. 36.1 al considerar infracción muy grave “el establecimiento de cualquier tipo de agencias de reclutamiento”.

Ésta no es la solución adecuada, porque se están prohibiendo Agencias que son las que actúan en la práctica y además se han aceptado ya por la OIT (a pesar de que España no ha ratificado este último Convenio). No es suficiente -incluso se podría decir que es poco

¹²¹¹ Para un estudio completo de éstas, véase FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “Las empresas intermediarias en el mercado laboral marítimo y el Convenio refundido de la OIT sobre el trabajo marítimo de 2006”, Comunicación presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2007), aún sin publicar.

acertado- la prohibición de este tipo de Agencias imputándoles responsabilidad administrativa, sino que es necesaria una regulación y sobre todo, regular todo el régimen de responsabilidades de estas Agencias cuando actúan en España, independientemente de que estén establecidas en otro Estado.

Entre las opciones existentes para su regulación, una muy adecuada sería utilizar el desarrollo reglamentario del Art. 21.c) LE para regular de entre los “servicios para los trabajadores en el exterior” la colocación llevada a cabo por las *Empresas consignatarias*. También se podría llevar a cabo mediante una regulación general del régimen jurídico de los servicios de contratación y colocación de la gente de mar, en el que la legislación determinara expresamente que éstos pueden colocar o contratar a gente de mar en el extranjero, o regular sólo y exclusivamente el régimen jurídico de la colocación de este tipo de empresas.

Por otra parte, hay que advertir que no se puede equiparar la actividad de estas empresas a la de cesión de trabajadores, pues no asumen el cargo de empresario, sino que lo que realizan es una función de Intermediación “reforzada”, pues además de realizar una función de ajustar ofertas y demandas, tienen que adoptar medidas para asegurar que ambas partes cumplan con sus obligaciones (asegurarse que el armador no vaya a abandonar en un puerto extranjero a los marinos, y que el marino posea las calificaciones y documentos necesarios), y tienen que dar a conocer a la gente de mar los derechos y obligaciones que resultan de su contrato de trabajo. Es necesario que la regulación incluya un régimen específico de responsabilidad de las *empresas consignatarias* en el caso de incumplimiento de sus obligaciones.

3. En último lugar, se va a realizar un análisis detallado del régimen de colocación de los estibadores portuarios, que, aunque incluidos en el REM, presentan algunas particularidades en la relación de trabajo al aplicarse una normativa específica, pues constituyen una relación laboral de carácter especial regulada por el *Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques* y por el Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba (Título IV -Arts. 11 a 17-). Como se puede comprobar, la normativa que regula esta relación laboral de carácter especial es ya antigua y es del todo necesario adaptarla a la normativa posterior que ha ido cambiando en relación a la colocación de los trabajadores, por lo que no se puede acudir directamente y sin más al régimen sobre la colocación y contratación de los trabajadores portuarios que regula el Real Decreto-Ley 2/1986 (Arts. 9 a 12).

Para entender el régimen actual aplicable a este colectivo, es cuestión indispensable analizar los antecedentes históricos.¹²¹² La primera regulación de los estibadores remonta al

año 1939 (OM de 6-09-1939), donde aparece por primera vez la necesidad de registrar aquellos trabajadores portuarios que quieran trabajar.¹²¹³ Del mismo modo, a partir de las Órdenes Ministeriales de 10 de febrero de 1944 y 12 de diciembre del mismo año se crea un cuerpo único de registro de trabajadores portuarios adscrito a la Dirección General de Trabajo, denominado Servicio de Trabajos Portuarios, que pasó a partir de 1968 a denominarse “Organización de Trabajadores Portuarios” (en adelante OTP). Ésta desempeñó un papel de Agencia de Colocación, en la que se inscribían los estibadores en un registro de esta oficina especial de empleo llamada OTP (Orden de 16-6-1981). En este momento intervenían tres sujetos: la OTP, la empresa en la que prestaban servicios, y el estibador. Pero la OTP no era el empresario, sino que las empresas portuarias tenían que solicitar a ésta el personal que precisaban. En definitiva, existía una obligación por parte de las empresas portuarias de acudir a la Oficina de Empleo para solicitar trabajadores portuarios, y esta Oficina de Empleo no era el INEM, sino era una Oficina especial, la OTP. Sólo intervenía el INEM en el caso en el que la OTP no atendiera la solicitud formulada, pues en este caso se podía contratar trabajadores ocasionales o acudir al INEM, no pudiendo exceder las contrataciones de un turno de trabajo.

Aunque en este momento estaban prohibidas las Agencias de Empleo Privadas -excepto las Empresas de Selección de Personal- la OTP no funcionaba como AEP sino como una Oficina de Empleo especial de carácter público y sin ánimo de lucro, que incluso se ha llegado a pensar que realmente, a pesar de que su función era la de mediación, realizaba una función de “cesión encubierta bajo la forma de agencia de empleo especial para unos trabajadores especiales de un sector especial”.¹²¹⁴

Sin embargo, el régimen de Colocación cambia cuando se regula esta relación laboral de carácter especial por el *Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques*. Las OTP desaparecen y en su lugar se crean las Sociedades Estatales, con diferencias importantes con respecto a las OTP. Estas Sociedades se convierten en

¹²¹² Para un análisis detallado véase ODRIOZOLA LANDERAS, A.: *La especialidad en la relación laboral de los estibadores portuarios*, Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2001, págs. 24 y ss.

¹²¹³ El trabajador fijo que iba a trabajar en las operaciones de carga y descarga, estiba y desestiba, tenía que estar inscrito en una lista de trabajadores fijos que eran confeccionadas por el Servicio Sindical del Puerto, que pertenecía a su vez a la Central Nacional Sindicalista. En principio, los empresarios escogían libremente a los trabajadores fijos de estas listas, aunque en el caso de que se necesitase por cualquier circunstancia personal ajeno a sus plantillas para trabajos de carga y descarga, lo tenían que solicitar del Servicio Sindical. Por otra parte, los empresarios tenían la obligación de comunicar la contratación a la Delegación de Trabajo (Arts. 5 y 22 de la OM de 6-09-1939) de Reglamentación del Trabajo de Carga y Descarga.

¹²¹⁴ ODRIOZOLA LANDERAS, A.: *La especialidad en la relación laboral de los estibadores portuarios*, op.cit., pág. 30.

verdaderos empresarios de los estibadores, por lo que se pasa de realizar una actividad de mediación a través de una Agencia de Colocación u Oficina especial de Empleo, a realizar una auténtica actividad de interposición, en la que la Sociedad Estatal es la empresaria que se encarga de ceder a los estibadores portuarios de forma temporal a las empresas portuarias. Es decir, el trabajador portuario tenía que acudir obligatoriamente al Servicio Público de Empleo para inscribirse para solicitar ocupación, obligación que obedecía a una doble finalidad: la primera, por cuestiones de control del mercado de trabajo, nada novedoso con respecto a los demás trabajadores; y la segunda, para acreditar que habían superado las correspondientes pruebas de aptitud y seguido los cursos de perfeccionamiento portuario. Sin embargo, y aquí es donde está el cambio y la “especialidad”, las empresas estibadoras - generalmente-¹²¹⁵ no acudían directamente al Servicio Público de Empleo para solicitar al trabajador portuario, sino que éstas acudían a las Sociedades Estatales que a su vez reclutan el personal en el Servicio Público de Empleo que se encargaba de buscarles los trabajadores adecuados. En este caso se produce una modalidad de cesión de trabajadores en las que las empresas estibadoras no contratan al trabajador portuario, sino que es contratado por las Sociedades Estatales.

En definitiva, los trabajadores tenían que acudir de forma obligatoria al INEM (no a al ISM) inscribiéndose en un Registro Especial de trabajadores portuarios que existía en las Oficinas de Empleo del INEM (Art. 9 RD-Ley 2/1986) y en cambio, las empresas portuarias no acudían en principio a éste -salvo en el caso de que las Sociedades Estatales no pudiesen proporcionar a los trabajadores solicitados por no disponer de ellos en número suficiente (Art. 12), sino que acudían a las Sociedades Estatales que a su vez asumían el papel de verdadero empresario del trabajador portuario. Así pues, en este caso, no tenía cabida la actuación de otras Agencias de Empleo Privadas, debido al carácter obligatorio del INEM.

Aunque esto es lo establecido en el Real Decreto-Ley 2/1986, es necesario ajustarlo a los cambios posteriores que se han ido produciendo en materia de Colocación.

La Disposición Adicional Séptima de la Ley 10/1994 de fomento de la ocupación, suprime el registro especial previsto en el Art. 9 del Real Decreto-Ley 2/1986 y la única función que se mantiene para los Servicios de Empleo es que éstos tienen que expedir a favor de los trabajadores inscritos en los registros suprimidos el certificado acreditativo de la profesionalidad que tuvieran reconocida. Ante esta supresión, se planteó la duda de si se

¹²¹⁵ Señala el artículo 12 del Real Decreto-Ley 2/1986, que en el caso de que las Sociedades Estatales no pudiesen proporcionar los trabajadores solicitados, por no no disponer de ellos en número suficiente, éstas podrán contratar directamente, pero parece indicar que tiene que utilizar la vía del Servicio Público de Empleo, pues tiene que contratar a los trabajadores inscritos en el registro especial de trabajadores portuarios de las Oficinas de Empleo. Al no existir actualmente el Registro Especial, se puede entender que las empresas podrán contratar directamente, pero utilizando aún la vía del Servicio Público de Empleo.

tenían que seguir inscribiendo (aunque no fuera en un registro especial) los trabajadores portuarios en el Servicio de Empleo, y si las Sociedades Estatales tenían que acudir obligatoriamente al Servicio de Empleo para solicitar los trabajadores que necesitasen.

Este problema de interpretación fue finalmente resuelto por el III Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario que actualmente está en vigor.¹²¹⁶ Del Art. 7 -que regula la selección de personal portuario- se deduce que las Sociedades Estatales no acuden al Servicio Público de Empleo para solicitar a los trabajadores portuarios sino que se ha producido una *funcionarización* en el ingreso al trabajo de este colectivo, pues se señala que la selección y contratación del personal portuario por parte de una Sociedad de Estiba debe inspirarse en los principios de igualdad, mérito y capacidad, mediante convocatoria pública, por lo que ni las Sociedades Estatales tienen que acudir al Servicio Público de Empleo ni los trabajadores portuarios tienen que inscribirse en éste. La única forma prevista en tal Acuerdo que tienen los trabajadores portuarios para recibir información sobre su posible colocación es a través de los tabloneros de anuncios de la Sociedad de Estiba y de la Autoridad Portuaria, así como en los dos diarios de mayor difusión de la provincia (Art. 7.1). Pero sería muy adecuado que tanto el Servicio de Empleo como el ISM difundieran la convocatoria para que la publicidad de las plazas vacantes quede aún más garantizada.

En definitiva, el régimen de Colocación de los estibadores portuarios no solamente difiere del general regulado en el Estatuto de los Trabajadores, sino que también difiere del inicialmente regulado en el Real Decreto-Ley 2/1986 que regula esta relación laboral de carácter especial, y también es distinto del que se aplica en general a los trabajadores del mar. Actualmente la intervención del Servicio Público de Empleo se reduce a recibir la comunicación del inicio y del fin del contrato de trabajo, realizando por tanto una función de control, tal como se prevé expresamente en el Art. 15 del Real Decreto-Ley 2/1986. Parece todo indicar, aunque no se mencione expresamente en tal normativa, que las funciones de control las realizará el ISM a través de las Oficinas de Empleo Marítimo en el caso de que los estibadores portuarios se afilien al REM. Pero a efectos prácticos, no parece presentar ningún problema en qué Oficina se comunique el inicio y el fin del contrato, pues la coordinación entre las Oficinas de Empleo del Servicio Público de Empleo correspondiente y las Oficinas de Empleo Marítimo es automática. Por otra parte, sería conveniente que tanto el Servicio Público de Empleo como el ISM dieran publicidad de la convocatoria pública de empleo de este colectivo, y que además intervinieran -principalmente el ISM- en

¹²¹⁶ En el artículo 4 de tal Acuerdo (Resolución de 19-11-1999) que regula el ámbito temporal, señala que su vigencia es de cinco años pero que a su vencimiento se prorrogará por años sucesivos. Para un estudio de este Acuerdo, véase ODRIOZOLA LANDERAS, A.: *La especialidad en la relación laboral de los estibadores portuarios*, op.cit., pág. 70.

el caso en el que los procesos de selección realizados por las Sociedades Estatales fueran insuficientes.

Se ha producido por tanto a partir del año 1999 una funcionarización en el ingreso de los trabajadores portuarios aunque no se van a regir por lo dispuesto en esta materia para el personal laboral de las Administraciones Públicas, sino por un convenio específico que regula la selección del personal estatutario. Por último, no tienen cabida aquí las Agencias de Empleo Privadas, salvo en el caso de que el proceso de selección se externalice, realizándose el proceso por una Empresa de Selección de Personal, en vez de realizarlo directamente las Sociedades Estatales, situación bastante frecuente.

2.3. El personal laboral de las Administraciones Públicas

El análisis del régimen de Colocación del personal de las Administraciones Públicas no se va a realizar de forma conjunta por razones de sistematización del estudio, y para ser congruente con los apartados en los que se ha dividido este Capítulo. Hay que recordar que el “empleado público” puede estar ligado con un ente público por una relación de servicios a través de una relación funcionarial de carrera, por una relación funcionarial interina, por una relación funcionarial eventual, pero también a través de un contrato de derecho laboral, bien a tiempo fijo, o bien con un contrato de derecho laboral temporal.¹²¹⁷ Se estudiará en este apartado sólo el personal laboral de las Administraciones Públicas, pues el personal funcionario queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación laboral, por lo que se estudiará a continuación en un apartado que analice el régimen de Colocación de diferentes relaciones excluidas del ámbito de aplicación de la legislación laboral.

Partimos de la base -indiscutible- de la posición de predominancia absoluta del régimen funcionarial respecto de cualquiera otros, manifestándolo así en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional.¹²¹⁸ Pero no se puede olvidar el importante número de empleados vinculados a la Administración Pública con un contrato laboral debido a la flexibilidad que

¹²¹⁷ Ya no se contrata a personal en la Administración Pública con un contrato administrativo, pues han sido eliminados en virtud de la Disposición Adicional Cuarta de la LMRFP. A partir de este momento los contratos a celebrar de forma excepcional por las Administraciones Públicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la legislación de contratos del Estado.

¹²¹⁸ Por citar algunas sentencias, STC 99/1987, de 11 de junio, (RTC 1987/99); STC 281/1992, de 27 de septiembre, (RTC 1993, 281).

este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada.¹²¹⁹ A este colectivo se le va a aplicar durante la relación laboral lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, aunque, precisamente, en el ingreso al trabajo -debido al carácter público del empleador- va a estar sujeto a los mismos principios inspiradores que el resto del personal al servicio de la Administración, es decir, se tienen que respetar y utilizar los criterios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad ya que en todas las Administraciones Públicas, el ingreso y selección de todo tipo de personal -incluyendo al laboral- se les aplica los Arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, siendo recogido a su vez en el Art. 61 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante LEBEP). Por tanto, de este colectivo, hay importantes aspectos en el régimen de Colocación que hay que destacar, pues existen numerosas diferencias con el trabajador que va a ser contratado en la empresa privada, hasta tal punto que estos aspectos tan diferenciados podrían haber tenido peso para considerar esta relación como de carácter especial.¹²²⁰ El análisis del régimen de colocación de este colectivo se va a analizar respondiendo a dos preguntas: la primera de ellas, si es posible utilizar cualquier tipo de intermediario para colocar a un trabajador en la Administración Pública con un contrato laboral, y, la segunda de ellas, si tiene el Servicio Público de Empleo que realizar determinadas funciones de control del mercado de trabajo para este colectivo.

Para dar respuesta a estas preguntas, es necesario volver a hacer otra diferenciación dentro del colectivo de personal laboral de las Administraciones Públicas: el régimen de Colocación es diferente para el personal laboral fijo y para el personal laboral no permanente, siendo una característica común de ambas la no aplicación del Estatuto de los Trabajadores en esta materia.

¹²¹⁹ Tal y como pone de manifiesto la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007).

¹²²⁰ Hoy en día, no se considera una relación laboral de carácter especial, sin incluirse como tal en el artículo 2 del ET. La doctrina más ilustrada en estos temas considera que podría haberse considerado como una relación laboral de carácter especial, no sólo por la diferencia en el ingreso al trabajo, sino también por las consecuencias derivadas en caso de una defectuosa contratación. Véase MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, VV.AA.: *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 29; BODAS MARTÍN, R.: “Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en el régimen laboral de las Administraciones Públicas”, VV.AA.: *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales...* op.cit., pág. 243; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las contrataciones laborales especiales y las modalizadas”, VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. Dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003; VV.AA (Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.): *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, pág. 352 (es la edición que contiene la referencia a la que se alude; hay otras ediciones posteriores; la última de 2006).

1. Haciendo referencia al personal fijo de nuevo ingreso, la Administración Pública no puede utilizar cualquier Intermediario para poder contratar, pues los procesos selectivos para el acceso a las plazas vacantes que deban cubrirse con personal laboral fijo se realizan mediante oposición, concurso-oposición, o concurso de valoración de méritos (Art. 61.7 LEBEP), y se convocan por los Departamentos Ministeriales de acuerdo con lo previsto en la oferta de empleo público, siendo el Boletín Oficial del Estado el cauce publicitario para dar a conocer las convocatorias, y también las solicitudes y anuncios de las pruebas (Arts. 28 y ss del RGIPP), teniendo en cuenta además para los procedimientos concretos de selección la negociación colectiva o la decisión de los órganos administrativos. Esto significa que ni el Servicio Público de Empleo ni ningún otro actúan para intermediar entre la Administración Pública y el personal laboral fijo; la única función que podría desempeñar el Servicio de Empleo es la de informar de las ofertas de empleo público tanto a nivel estatal, de Comunidad Autónoma y Local, reforzando así el principio de publicidad.

En relación a si la Administración Laboral, una vez formalizado el contrato, tiene que acudir al Servicio de Empleo para comunicarlo (16.1 ET), en este caso no hay nada que haga diferente al contrato laboral celebrado entre un trabajador y un empresario o entre un trabajador y la Administración Pública, pues si es un contrato laboral, y ya ha iniciado la relación laboral, no tiene por qué haber distinción alguna. Para corroborar esta afirmación, se puede recordar lo establecido en la derogada LBE, concretamente en el precepto referido a las obligaciones de empresas y trabajadores, al indicar que “los organismos del Estado, así como los de la Administración territorial o institucional, tendrán las mismas obligaciones que se establecen para las empresas, siempre que la relación con los trabajadores sea de carácter laboral común o de colaboración social” y además “están obligados a facilitar a los servicios de empleo cuantos datos les sean solicitados en relación con el cumplimiento de los fines expresados en el presente capítulo” (Arts. 42.5 y 6 LBE). Aunque esta ley ha quedado derogada por la LE, se puede tener en cuenta para argumentar que efectivamente el Servicio Público de Empleo -ningún intermediario más- realiza las funciones de control del mercado de trabajo también para el personal laboral de la Administración Pública, esto es, recibe la comunicación del contrato y la comunicación de la terminación de éste por parte de la Administración Pública. Ahora bien, se entiende que el futuro trabajador de la Administración Pública no tiene que inscribirse previamente en la Oficina de Empleo correspondiente, ni en una Agencia de Colocación, pues el cauce de encontrar empleo se hace al margen de estos intermediarios. Sí es necesario que se inscriba como demandante de empleo en el caso de que por alguna circunstancia se extinga su relación laboral -a pesar de ser personal fijo- y tenga derecho a percibir la prestación por desempleo, según lo establecido en la LGSS.

2. El régimen de Colocación del personal laboral no permanente difiere del personal laboral fijo de nuevo ingreso. Aunque para el personal laboral no permanente se exige una convocatoria y un sistema público de selección, no se exige, debido a su temporalidad, que figure en una previa relación de puestos de trabajo o en una oferta pública de empleo anual (Art. 35 RGIPP), aunque se tienen que respetar los principios de mérito, capacidad, publicidad e igualdad, pero en la mayoría de los casos estos principios quedan aquí desvirtuados.¹²²¹

Los sistemas selectivos para el personal temporal no quedan establecidos en la LEBEP, pero sí en el II CC Único de 2006 para el personal laboral de la Administración General del Estado. Se prevén tres tipos de sistemas selectivos: a) acudir a los Servicios de Empleo en los términos en los que el CC único determina, b) seleccionar al personal que no ha superado los procesos de selección de personal de carácter fijo (es lo que se viene llamando *bolsas de trabajo*) o bien mediante convocatoria pública al efecto, o c) podrán utilizarse igualmente los procesos selectivos previstos para el personal laboral de carácter fijo. Sin embargo no queda prevista la preferencia por alguno de estos sistemas selectivos, encomendando a la CIVEA (Comisión Paritaria de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación) fijar los criterios que orientarán su utilización.

En la mayoría de las ocasiones, los sistemas de selección “urgentes” utilizados son las *bolsas de trabajo* o también llamadas *listas de espera*, o incluso se sigue el sistema de oposición. Las vacantes en la mayoría de las ocasiones se cubren utilizando el sistema de las *bolsas de trabajo* que están compuestas por personas que habiendo participado en el proceso selectivo no lo han superado,¹²²² o incluso en otros casos -aunque no se prevé expresamente en el CC Único- por la reincorporación a la lista del contratado temporal que hubiese cesado

¹²²¹ Estos sistemas de selección en los que se da prioridad a la contratación interna frente a la contratación externa, a pesar de tener algunas ventajas, constituyen, a mi juicio, un procedimiento contrario al artículo 23 CE que garantiza el acceso al empleo público en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos. Véase MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000, pág. 175.

Se ha criticado por la doctrina en numerosas ocasiones el funcionamiento de las “bolsas de trabajo”, pues se utiliza de forma indiscriminada para resolver necesidades que no responden a la urgencia y temporalidad que las justifican y además contribuyen al incremento de la contratación laboral irregular. Véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Bolsas de trabajo y Administración Pública: problemas jurídicos”, *AL*, núm. 21, (2006), pág. 2559 y ss.

¹²²² Se plantea si las bolsas de trabajo, que además es un sistema de selección bastante usado, vulneran los principios constitucionales de mérito y capacidad, pues quienes la integran son aspirantes a una plaza de personal fijo que no la han superado. Véase MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, op.cit., pág. 179.

en su contrato con la Administración. De esta forma la Administración no tiene que reclutar personal externo, sino personal que cuenta con conocimientos teóricos (y a veces prácticos), siendo por tanto positivo para la Administración, y también beneficioso para que el personal pueda ganar experiencia y aprovecharla así para futuras pruebas selectivas.¹²²³ Y aunque no se duda de lo positivo de las *bolsas de trabajo* si se comparan con la contratación directa,¹²²⁴ se puede criticar que no se haya previsto un control “legal” de éstas, pues realizan una función de “Agencia de Colocación” sin cumplir los requisitos establecidos en el RDAC,¹²²⁵ limitando de esta forma los demandantes de empleo que pueden acceder a la Administración Pública.

La solución en este caso sería atribuir a los Servicios Públicos de Empleo o bien a Entidades Colaboradoras la función de Intermediación de este colectivo. De esta forma se llevaría a cabo un control de la colocación temporal en las Administraciones Públicas. Hay que tener en cuenta que actualmente queda previsto en el CC Único de 2006 la labor de Intermediación del Servicio Público de Empleo, pero en la práctica no se viene utilizando, ya que al no quedar expresamente establecido el orden de preferencia de los intermediarios allí previstos, se utiliza éste con carácter supletorio, lo que hace que en la práctica se omita su utilización.¹²²⁶

Es decir, la realidad es la utilización de la vía del Servicio de Empleo como un procedimiento excepcional, urgente y subsidiario, y ello se deduce de la negociación colectiva de determinadas Administraciones Públicas.¹²²⁷

¹²²³ Para un estudio completo de las bolsas de trabajo véase GÓMEZ ALVAREZ, T.: “Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas”, *AS*, núms. 7-8, (2005).

¹²²⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Bolsas de trabajo y Administración Pública: problemas jurídicos”, *op.cit.*, pág. 2576.

¹²²⁵ OJEDA AVILÉS, A.: *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1998, págs. 124-128.

¹²²⁶ Además, se ha tomado como ejemplo la Resolución de 14 de febrero de 1999, de la Universidad de Zaragoza, por la que se regula el procedimiento de elaboración de listas de espera para cubrir, con carácter temporal, puestos de trabajo reservados al Personal de Administración y Servicios, tanto laboral como funcionario (BOA núm. 32, de 17 de marzo de 1999).

¹²²⁷ En esta línea, Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Tarancón, BO Cuenca, 20 julio 2001, núm. 84; Convenio Colectivo para Personal Laboral de la Diputación Provincial de Cuenca, BO Cuenca 1 agosto 2001, núm. 89; III Convenio Colectivo de las Universidades Públicas de Galicia, DO. Galicia 18 octubre 1996, núm. 205; III Convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Asuntos Sociales y sus Organismos Autónomos, BOE 21 julio 1995, núm. 173.

La función actual del Servicio Público de Empleo se reduce a la de control del mercado de trabajo, y no exime este control la existencia en cada Departamento de un registro de personal laboral no permanente (Art. 71 LEBEP y Art. 35.2 RGIPP).

Por otra parte, y en relación al personal laboral fijo no permanente, hay que hacer una mención especial -por las particularidades que presenta- a los desempleados que pueden ser contratados por la Administración Pública por una duración temporal en el ámbito de ciertos programas públicos diseñados para hacer frente a determinadas situaciones de desempleo. Son concretamente los programas de contratación de desempleados en obras y servicios de “interés general y social”, y los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo,¹²²⁸ que se canalizan a través del contrato para la formación (Art. 11 ET). En ambos casos, la intervención de los Servicios Públicos de Empleo es esencial, pues los colectivos que van a ser contratados en el marco de estos programas tienen una característica común: y es que tienen que ser desempleados inscritos en el Servicio Público de Empleo. En estos casos se produce una excepción en relación al procedimiento selectivo que se aplica para el personal laboral no permanente, pues no resultan exigibles los procesos de selección específicos para cumplir los principios de igualdad, mérito y capacidad, y ello puede tener una explicación: los desempleados de estos programas son colectivos en una situación de desventaja en el mercado de trabajo, siendo la finalidad perseguida su inserción y poner fin a situaciones de marginación o exclusión laboral o social.¹²²⁹ Esto es, la política de inserción perseguida con estos programas predomina sobre los procesos selectivos que se basan en un sistema de méritos, que no se aplica en estos casos.

3. Así, las conclusiones que se pueden extraer en cuanto a la utilización por parte de las Administraciones Públicas de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas para contratar a personal laboral, son las siguientes:

-Las Administraciones Públicas a la hora de contratar a este personal están obligadas a atenerse a las exigencias de derecho constitucional y administrativo ya mencionadas, y

¹²²⁸ Los programas públicos para realizar obras y servicios de interés general y social son los recogidos en las OOMM de 19 de diciembre de 1997 y de 26 de octubre de 1998. Los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios en la Orden de 14 de noviembre de 2001 por la que se regula el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas. El programa de Talleres de Empleo se regula en el RD 281/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de talleres de empleo.

¹²²⁹ Véase, en este sentido, SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: *El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 101. (Hay que tener en cuenta que los programas y servicios de interés general y social se canalizaban a través del contrato de inserción, que ha sido derogado por la Ley 43/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo).

tienen limitada la libertad de acceder a cualquier intermediario para reclutar el personal laboral que les sea necesario. Sólo en los casos de contratación de personal laboral no permanente puede intervenir el Servicio Público de Empleo, aunque normalmente de forma supletoria, una vez que se agota el acudir a las bolsas de trabajo creadas al efecto.

También es necesario indicar que como medida excepcional y enmarcada dentro de una política de inserción laboral, se pueden contratar a colectivos desempleados inscritos en las Oficinas del Servicio Público de Empleo en el marco de los programas de contratación de desempleados en obras y servicios de “interés general y social” y en los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo, y en estos casos no se acudiría a los procesos selectivos que están obligados a seguir las Administraciones Públicas para el personal laboral no permanente contratado por ellas.

-Al margen de esta intervención del Servicio Público de Empleo en materia de Intermediación, éste realiza funciones de control del mercado de trabajo, siendo receptor de la comunicación por parte de las Administraciones Públicas del inicio y terminación del contrato de trabajo. Sin embargo, el personal que se contrata no tiene obligación previa de estar inscrito ni en el Servicio Público de Empleo ni en ninguna Agencia de Colocación sin fines lucrativos.

-Otra de las funciones que podría atribuirse al Servicio Público de Empleo -y que ya se está haciendo, y que se podría extender también a las Agencias de Colocación actualmente autorizadas- sería la de dar publicidad de todas las ofertas de empleo público correspondientes a su ámbito de actuación. Es necesario -para dar efectivo cumplimiento al principio de publicidad- utilizar medios de difusión distintos a la tradicional publicación de las convocatorias de empleo público en los Boletines Oficiales.¹²³⁰ Desde hace unos años, en las ofertas anuales de empleo público se prevé que los Ministerios y organismos que oferten plazas cuenten con página Web en Internet para incluir cada una de las convocatorias y actos que se deriven de los correspondientes procesos selectivos, y las relaciones de aspirantes admitidos y excluidos y de aprobados en cada uno de los ejercicios. Pero el Servicio Público de Empleo podría incluir también en su página web estas ofertas de empleo público para tener así una información global de todas las ofertas en su conjunto, siendo una forma muy adecuada de dar publicidad en un Organismo que se encarga -y así lo establece la Ley de Empleo- de “facilitar la información necesaria que permita a los demandantes de empleo encontrar un trabajo o mejorar sus posibilidades de ocupación...” (Art. 6.1. c) LE). Sería un medio adecuado, complementando así la difusión de estas ofertas que se hacen ya por otros

¹²³⁰ En este mismo sentido, véase ILDEFONSO HUERTAS, R.M^a.: *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004, pág. 446.

medios, como es el Centro de Información Administrativa (CIA) en el Ministerio de Administraciones Públicas (MAP), en el que se recogen todas las ofertas publicadas tanto por la Administración Estatal como autonómica, local, institucional y por las Universidades Públicas.

-Por último, si los Servicios Públicos de Empleo casi no intervienen en este ámbito, menos lo van a hacer las Agencias de Empleo Privadas. Las únicas que pueden actuar, y de hecho es muy frecuente que actúen, son las Empresas de Selección de Personal. Este tipo de AEP puede realizar procesos de selección, realizando con la Administración Pública correspondiente un contrato enmarcado en una actividad prestacional o de servicios según lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), enmarcándose en la categoría de “Colocación y Selección de personal” (Art. 206. 22 TRLCAP).

Aunque este estudio no se ha centrado en el análisis exhaustivo de la ETT como AEP, sí es necesario aquí advertir que teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 196 *in fine* del TRLCAP, sólo se puede recurrir a éstas para la contratación eventual cuando tenga por objeto la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos, con una duración máxima de seis meses.

3. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas por las personas con discapacidad

Para denominar a las personas limitadas en su capacidad física, psíquica, sensorial e incluso social, se utilizan diversas denominaciones tanto en la realidad social como en el lenguaje administrativo y legislativo. Se ha optado en este estudio por el término *persona/trabajador con discapacidad*, “por razones de consideración a la dignidad de las personas afectadas” y porque refleja una visión unitaria al abarcar las lesiones originarias, sobrevenidas y posteriores a una actividad laboral,¹²³¹ aunque en ocasiones -por recoger directamente el texto legal- se hará alusión al término “minusválido”. Es decir, el análisis se va a centrar en determinar cómo queda estructurada la colocación de las personas con discapacidad producida por causas físicas, psíquicas y sensoriales, sin hacer alusión a las personas con discapacidad por causas

¹²³¹ Se ha optado aquí por este término, de forma idéntica a como lo hace ESTEBAN LEGARRETA, R.; en su completo estudio denominado *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999, pág. 35.

sociales.¹²³² Se tendrá en cuenta la función que desempeñan los Servicios Públicos de Empleo y si existen Agencias de Empleo Privadas especializadas para este colectivo.

Para ello, es necesario partir de un análisis de la normativa internacional y comunitaria, seguido de la normativa constitucional¹²³³ y, por último, realizar un recorrido normativo de la legislación más reciente en esta materia.

A nivel internacional, y principalmente en Convenios y Recomendaciones de la OIT¹²³⁴ sí hay una referencia expresa a la organización de la Colocación de trabajadores con discapacidad, concretamente se hace alusión a los *Servicios de Readaptación Profesional y Empleo*. Éstos no son servicios diferentes a los ya existentes para todos los trabajadores en general, pues es clara la preferencia por integrar éstos en los Servicios de Empleo ya creados, llevando a cabo las adaptaciones necesarias para este colectivo¹²³⁵ y además se mantiene la idea de que estos *Servicios de Readaptación Profesional y Empleo* también se instalen en zonas rurales y en las comunidades apartadas.¹²³⁶ Además, se hace mucho hincapié en que éstos no estén aislados de la gestión de otras medidas de empleo que hagan posible una completa función de colocación, y que todas estas políticas de empleo se gestionen bien de forma

¹²³² Para un estudio de la “discapacidad social”, véase ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo y discapacidad*, op.cit., págs. 62-69.

¹²³³ Para un análisis completo de la normativa de los discapacitados en las normas internacionales y en la Constitución, véase SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M.; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados*, CISS PRAXIS, Barcelona-Valencia, 1999, págs. 17 y ss; VV.AA. (Alcaín Martínez, E.; González-Badía, J.; Molina Fernández, C. Coords.): *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2006.

¹²³⁴ También en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por Naciones Unidas, por Resolución 48/96 de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1993 se hace referencia al apoyo por parte de los Estados para poder integrar a las personas con discapacidad y para ello cita como una de las medidas necesarias la prestación de servicios de formación y colocación. VALENZUELA COSSÍO, B.; TARANCO SEGOVIA, M.: “La reserva de puestos de trabajo para minusválidos”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 164, (1996), pág. 58.

¹²³⁵ El Convenio núm. 159 (1983) sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas se refiere a las medidas a nivel nacional para el desarrollo de Servicios de Readaptación Profesional y Empleo para personas inválidas. El artículo 7 señala que “las autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo; siempre que sea posible y adecuado se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias”.

¹²³⁶ Artículo 8 Convenio núm. 159 (1983).

conjunta por un mismo servicio o bien de forma separada pero siempre de forma coordinada.¹²³⁷

Por otra parte, aunque hay una preferencia para que la gestión de la colocación de los trabajadores con discapacidad se haga en el Servicio Público de Empleo que se encarga a su vez de la colocación de los trabajadores en general, no es contrario a que organismos privados se encarguen de la colocación¹²³⁸ y a que haya organismos especiales al respecto, aunque éstos se utilicen de forma subsidiaria.

Ahora bien, independientemente de quién realice las labores de colocación, se desprende que quien se dedique a la gestión de la colocación de este colectivo tiene que realizar una serie de medidas especiales para asegurar una colocación satisfactoria llevando a cabo un registro concreto para los solicitantes de empleo; un registro de las calificaciones, antecedentes profesionales y preferencias, entrevistas para el empleo; evaluación de la capacidad física y profesional; estimular a los empleadores para que notifiquen a la autoridad competente los empleos vacantes y establecer contacto con los empleadores para exponerles la capacidad profesional del inválido y procurar a éste un empleo; y procurar además

¹²³⁷ Artículo 8 Convenio núm. 159 (1983). La Recomendación número 99 (1955) señala en el artículo 16 que “la responsabilidad administrativa de la organización general y desarrollo de los servicios de adaptación y readaptación profesionales debería incumbir: a) a una sola autoridad o b) conjuntamente a las autoridades encargadas de las distintas actividades comprendidas en el programa, ocupándose, en tal caso sólo una de ellas en la coordinación.

¹²³⁸ El artículo 17 de la Recomendación número 99 (1955) señala que “la autoridad o autoridades competentes deberán tomar las medidas necesarias y oportunas para lograr la colaboración y coordinación entre los organismos públicos y privados que se ocupen de la adaptación y readaptación profesionales”. El artículo 11.d) de la Recomendación número 168 (1983) sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas señala que tiene que haber medidas para promover oportunidades de empleo de las personas inválidas, y que deberían incluir d) ayuda gubernamental adecuada a la formación profesional, la orientación profesional, el empleo protegido y *los servicios de colocación administrados por organismos no gubernamentales* (claramente se refleja la opción aquí manifiesta).

Del Convenio número 181 (1997) sobre las Agencias de Empleo Privadas se puede comprobar la posible existencia de Agencias Privadas en la que se gestione también la colocación de trabajadores con discapacidad, pues su artículo 5 se refiere a que con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo miembro velará por que las Agencias de Empleo Privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y práctica nacionales, tales como la edad o la *discapacidad*. Además, el propio Convenio alude a que, en cualquier caso, las Agencias de Empleo Privadas deberán facilitar servicios especiales o aplicar programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo.

asistencia para que los inválidos aprovechen los servicios de orientación o de formación profesional y cualesquiera otros servicios médicos y sociales que pudieren ser necesarios.¹²³⁹

En lo que más incide la Unión Europea¹²⁴⁰ en relación a las personas con discapacidad es en hacer posible una atención específica para incrementar la igualdad de oportunidades laborales de este colectivo sobre la contratación, y para que se incremente la igualdad de oportunidades se tiene que prestar un apoyo adecuado para acceder a los servicios de colocación.¹²⁴¹ La normativa que regula la igualdad de trato para el empleo y la ocupación¹²⁴² tiende a limitar las acciones positivas a favor del empleo de las personas con discapacidad, lo que se podría pensar que estaría limitando la creación de servicios especiales de empleo para este colectivo, pretendiéndose su integración en los Servicios de Empleo ordinarios. Pero esto no significa, como indica tal normativa, que se adopten por parte de los Estados Miembros medidas cuya finalidad sea crear o mantener facilidades con el objetivo de fomentar y proteger la inserción de dicho colectivo en el acceso al mercado de trabajo. Serán por tanto los Estados Miembros los que determinen en qué casos serán necesarios Servicios de Empleo más específicos para favorecer la colocación de las personas con discapacidad.

Tampoco se puede deducir de la normativa comunitaria que se prohíban las Agencias de Empleo Privadas para este colectivo, aunque sí muestra su preferencia por mantener la máxima integración posible, y para ello opta por la integración de los servicios de colocación de las personas con discapacidad en los Servicios ordinarios de Empleo o al menos que se mantengan relaciones lo más estrechas posibles con estos Servicios. De este modo se estaría aplicando el principio de trato equitativo de las personas con discapacidad con respecto a los servicios de colocación.¹²⁴³

¹²³⁹ Artículo 10.1 de la Recomendación número 99 (1955).

¹²⁴⁰ Por otro lado, la Carta Social Europea indica en el artículo 15 dedicado al derecho de las personas físicas mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social señala que las Partes Contratantes se comprometen a “adoptar las medidas adecuadas para proporcionar a un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación.

¹²⁴¹ Resolución del Consejo de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías (DOCE C 186/3, de 2 de junio de 1999).

¹²⁴² Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE 303/16, de 2 de diciembre de 2000).

¹²⁴³ Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1989, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad.

En cuanto a la normativa sobre colocación de las personas con discapacidad en la Constitución Española, no existe un precepto que regule esta materia. Sin embargo, implícitamente sí está incluido al señalar en el Art. 49 CE que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Esto implica directamente a los Servicios Públicos de Empleo, pues que los poderes públicos tengan que realizar una política de integración de las personas con discapacidad es igual que decir que a los poderes públicos les corresponde desarrollar una Política de Colocación para este tipo de colectivo. Así pues, no hay duda de la necesaria intervención de los Servicios Públicos de Empleo, aunque esta afirmación no implica la prohibición y por tanto la inexistencia de las Agencias de Empleo Privadas. Lo que sí queda claro es la preferencia o al menos la necesidad de la intervención pública en la Colocación de las personas con discapacidad.

Analizando la normativa sobre Colocación que hasta hace poco ha estado vigente, esto es, la LBE, en el Título III que trataba “De la colocación y servicios del Instituto Nacional de Empleo”, no se hacía ninguna referencia a un régimen de Colocación específico para las personas con discapacidad, pero se puede deducir del texto legislativo el monopolio público de la Colocación de este colectivo de la misma forma que se aplicaba al resto de trabajadores.¹²⁴⁴

Coherente con el monopolio público en materia de Servicios de Empleo continúa la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos* (LISMI), pues en el Art. 39 determina que van a ser las Oficinas de Empleo del INEM las que se van a encargar de la Colocación de este colectivo contando además con un *Registro de minusválidos* en estas Oficinas,¹²⁴⁵ al igual que queda establecido en la normativa internacional. Esto significa que

¹²⁴⁴ Las únicas referencias en esta ley a las personas con discapacidad eran para determinar medidas de fomento del empleo para adoptar programas por parte del Gobierno destinados a fomentar el empleo de trabajadores con dificultades de inserción en el mercado de trabajo y para facilitar la colocación y empleo de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales. Se señalaba que el Gobierno dictaría normas relativas al fomento en la contratación, otorgando beneficios especiales a las Empresas y fomentando el trabajo en Centros Especiales de Empleo como una forma de empleo protegido (Art. 13 LBE).

¹²⁴⁵ El Decreto 2531/1970 preveía el establecimiento de un censo de trabajadores minusválidos dentro de los Servicios Públicos de Colocación y Empleo, y fueron regulados poco más tarde por el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, que aunque trataba en general de la política de empleo y colocación incluyó alguna normativa específica sobre el censo de minusválidos o discapacitados. Para un estudio completo del desarrollo histórico del trabajo de los incapacitados, véase GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo de los incapacitados”, *TS*, núm. 91, julio (1998), págs. 27 y ss.

en un primer momento las personas con discapacidad se tenían que inscribir y registrar en las Oficinas de Empleo de forma obligatoria, y que el único intermediario permitido era el Servicio Público de Empleo. Por otra parte, los empresarios también tenían que acudir a estas Oficinas para solicitar al trabajador con discapacidad (en el que se admitía la oferta genérica y también la nominativa¹²⁴⁶) bien porque así lo habían determinado a la hora de organizar los puestos de trabajo en su empresa, o bien porque tenían que acudir de forma obligatoria para cumplir la obligación de establecer una cuota de reserva del 2 por 100 para las personas con discapacidad (Art. 38.1 LISMI y Art. 4 Real Decreto 1451/1983 de 11 de mayo) lo que convertía al INEM en “colaborador necesario de la empresa”.¹²⁴⁷

No hubo por tanto intervención “oficial” de otros agentes de la intermediación distintos al INEM, pues no estaban permitidos, ya que era éste el que se encargaba de gestionar las ofertas y demandas de empleo. La idea inicial era que el mejor intermediario que podía gestionar las ofertas de empleo de este colectivo era un organismo público, atribuyéndose al INEM e incluso era este organismo el que tenía que hacer efectivo el cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 de trabajadores con discapacidad. Pero ya se comprobaba que se gestionaba la Colocación de este colectivo por otros organismos distintos del INEM, pues éste firmaba convenios y permitió en algunos casos que tales funciones fuesen desarrolladas por entidades sin ánimo de lucro; tal es el caso del Convenio firmado en los años ochenta entre el INEM de Barcelona y el *Institut Municipal de Disminució del Ayuntamiento de Barcelona*,¹²⁴⁸ o también la creación de los “Servicios Sociales de Apoyo a la Integración Laboral de personas con discapacidad” (SSIL).¹²⁴⁹

Sin embargo, la situación actual ha cambiado, no sólo por la descentralización territorial producida, en la que la colocación es gestionada por los Servicios Públicos de

¹²⁴⁶ Se admitió por parte de la doctrina la solicitud “nominativa” y ello porque el Real Decreto 1445/2982 de 25 de junio, que refundió en una sola disposición toda la normativa referente al fomento del empleo, suprime la frase de que las “solicitudes no podrán ser nominadas”. Véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Protección al empleo de colectivos específicos”, en VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 526.

¹²⁴⁷ NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: “La nueva configuración de la reserva de empleo para las personas con discapacidad”, *AL*, (1999-I), pág. 236 y 246.

¹²⁴⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, VV.AA (Romero Ródenas, M^a.J.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, 2003, pág. 64.

¹²⁴⁹ Regulados por la Orden de 1 de marzo de 1990, ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op.cit., pág. 235.

Empleo Autonómicos en el caso de que tengan traspasadas las competencias, sino también por la creación legal de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.

El Servicio Público de Empleo realiza también para este colectivo funciones de control del mercado de trabajo, siendo idénticas las de recibir la comunicación del inicio y del fin del contrato por parte del empresario. Sin embargo, en cuanto a la inscripción de este colectivo, hay que hacer algunas indicaciones. En principio, tal inscripción no es obligatoria, salvo en algunas ocasiones, aunque altamente recomendable: es obligatoria en el caso de que los trabajadores con discapacidad quieran acceder a un Centro Especial de Empleo (en adelante, CeEE),¹²⁵⁰ y recomendable porque, como ahora se comprobará, los empresarios al contratar a personas con discapacidad van a recibir incentivos a la contratación, pero tienen que solicitar a los trabajadores de la correspondiente Oficina de Empleo, según lo establecido en el Art. 8 del Real Decreto 1451/1983, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, modificado por Real Decreto 170/2004, de 30 de enero.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta es si esta inscripción se lleva a cabo en el Registro especial de trabajadores con discapacidad que existe en las Oficinas de Empleo creado por la LISMI, y que actualmente sigue existiendo al no haber sido derogado expresamente como sí se hizo en el año 1994 con el registro especial de trabajadores portuarios. Aunque la inscripción en tal Registro es opcional,¹²⁵¹ es recomendable su utilización pues sirve para incentivar la colocación de este colectivo acorde con el principio de igualdad de oportunidades. Además, la no inscripción en tal Registro puede ocasionar perjuicios al trabajador con discapacidad, pues se entiende que cuando el empresario quiera o tenga que contratar a una persona con discapacidad, la selección se hará desde el registro especial de este colectivo del Servicio Público de Empleo correspondiente.¹²⁵² Tiene una explicación el hecho de que los trabajadores con alguna discapacidad prefieran en parte inscribirse como cualquier demandante de empleo, principalmente para ocultar su condición a la hora de buscar empleo al ser conscientes de los perjuicios de los empresarios a la hora

¹²⁵⁰ En el artículo 4 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo se indica que “los titulares de los Centros Especiales de Empleo deberán solicitar de la correspondiente Oficina de Empleo los trabajadores minusválidos que pretendan emplear...”.

¹²⁵¹ IMSERSO.: *Discapacidad y trabajo en España. Estudio de los procesos de inclusión y exclusión social de las personas con discapacidad*, MTAS, Madrid, 1998, pág. 105.

¹²⁵² En el mismo sentido, y concretamente para las personas con discapacidad que vayan a prestar servicios en un Centro Especial de Empleo, véase TUSSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 156.

de contratarlos, y por ello prefieren no mostrar de primeras su discapacidad y evitar la desconfianza que tienen los empresarios de sus posibilidades laborales.

Por otra parte, el empresario que contrate a personas con discapacidad, por regla general, no tiene obligación de solicitar previamente a la Oficina de Empleo correspondiente los trabajadores, al estar derogado el Art. 42.1 LBE. Sólo en algunas ocasiones la solicitud es obligatoria, y sería acertado entender cumplida tal obligación en el caso de que el empresario solicitara los trabajadores con discapacidad en una Agencia de Colocación debidamente autorizada. Los casos en los que tiene que acudir al Servicio Público de Empleo de forma obligatoria son los siguientes:

-En el caso de que el empresario se quiera beneficiar de los incentivos a la contratación que puede recibir al contratar a trabajadores con discapacidad.¹²⁵³ Así, según el Art. 8 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, modificado por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, señala que las “empresas deberán solicitar los trabajadores minusválidos de la correspondiente oficina de empleo...”. Lo más adecuado sería interpretar en estos casos la solicitud de oferta de empleo como genérica, con la intención de que el Servicio de Empleo escogiese al trabajador adecuado.¹²⁵⁴

-También los empresarios titulares de Centros Especiales de Empleo tienen que solicitar de la correspondiente Oficina de Empleo las personas con discapacidad que

¹²⁵³ Se entiende que las Empresas deberán solicitar los trabajadores minusválidos de la correspondiente Oficina de Empleo para poder beneficiarse de todas las ayudas contempladas en el citado Real Decreto; así lo entiende la STSJ Castilla y León (Valladolid), núm. 180/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de septiembre, RJCA 2005\710).

¹²⁵⁴ ESTEBAN LEGARRETA (*Contrato de trabajo y discapacidad*, op.cit. pág. 240) señala que “el sistema podría reforzarse con la eventual introducción de la oferta genérica de trabajadores con discapacidad, de modo que el servicio de colocación escogiese al trabajador adecuado, sin posibilidad de rechazo por parte de la empresa solicitante, excepto en caso de una negativa justificada y en armonía con el artículo 17.1 ET”.

Para que el empresario pueda recibir subvenciones, tal y como indica el RD 1451/1983 o la Ley 42/1994 el trabajador minusválido tiene que estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo. La doctrina judicial no es unánime al respecto, pues hay sentencias que han aplicado el artículo 8 del RD 1451/1983 como una prohibición implícita a la oferta nominativa, otras aceptan el acceso a la subvención cuando el trabajador no ha sido reclutado a través del Servicio Público y otras exigen la contratación a través del Servicio Público de Empleo pero aceptando la posibilidad de hacerlo a través de la oferta nominativa. Véase ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, op.cit., pág. 75.

pretendan emplear, y sólo queda admitida en este caso la oferta genérica, pues se indica en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por la que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en CeEE que tienen que “describir detalladamente en las ofertas que formulen los puestos de trabajo que vayan a cubrir, las características técnicas de los mismos y las circunstancias personales y/o profesionales que deben cumplir los trabajadores” (Art. 4.2).

-Cuando el empresario decide cumplir la obligación que por ley se prevé de contratar a un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad -Art. 38.1 de la LISMI- no se deduce ni de este artículo ni del Art. 4 del RD 1451/1983 modificado por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, que haya una obligación de solicitar del Servicio Público de Empleo los trabajadores con discapacidad, aunque es recomendable que lo solicite aquí para poder beneficiarse de las subvenciones y ayudas ya mencionadas. -Ahora bien, cuando el empresario utiliza la vía de cumplir la cuota de reserva del 2 por 100 con medidas alternativas a la contratación directa de los trabajadores con discapacidad prevista legalmente, tiene -en prácticamente todos los casos- que acudir previamente a los Servicios Públicos de Empleo o a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos y que sean éstos los que acrediten la imposibilidad de poder atender la oferta de empleo después de haber realizado todas las gestiones de intermediación necesarias y que concluya con resultado negativo por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta (Art. 1.2. a) del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad).

Así pues, las funciones del Servicio Público de Empleo que realiza con respecto a este colectivo varían con las analizadas en general, y ello porque aquí se acentúan las funciones de control, al crear un Registro especial de estos trabajadores, e incluso en algunos casos se obliga a trabajadores y empresarios a acudir a los Servicios Públicos de Empleo. Se pueden resumir las funciones “burocráticas” del SPE en cuanto a este colectivo en las siguientes:

-Resolver sobre la solicitud presentada por el empresario que pide un trabajador con discapacidad bien en el Servicio Público de Empleo o en una Agencia de Colocación y declarar en su caso la inexistencia total o parcial de demandantes de empleo, con mención expresa de las ocupaciones solicitadas, para que el empresario pueda así hacer uso de las medidas alternativas a la obligación de la cuota de reserva del 2 por 100.

-Declarar la excepcionalidad para que los empresarios puedan adoptar las medidas alternativas reguladas en el Real Decreto 364/2005.

-Realizar un seguimiento del cumplimiento de la adopción de las medidas alternativas.

-Ser receptor de las memorias que realicen los CeEE sobre la tipología de las acciones que han realizado y los recursos financieros aplicados a dichas acciones.

-Ser receptor de la comunicación de los contratos de trabajo de este colectivo; incluso en algunos Convenios Colectivos se recuerda esta obligación por parte del empresario, y establecen cláusulas referentes a la integración laboral de las personas con discapacidad, estableciendo la obligación de comunicar cada cierto tiempo al Servicio de Empleo correspondiente como a los representantes de los trabajadores la relación de puestos de trabajo ocupados por discapacitados y de los que quedan reservados a éstos.¹²⁵⁵

Si la función que desempeña el Servicio Público de Empleo es escasa en cuanto a la labor de Colocación -aunque la función de control aquí se agrava- hay que analizar si existen otras instituciones que realizan esta función. La tendencia actual de dejar en manos especializadas distintas al Servicio Público de Empleo la función la Intermediación de las personas con discapacidad, es una realidad.¹²⁵⁶ Aunque hoy en día se pueden crear Agencias de Colocación sin fines lucrativos (Art. 16 ET y RDAC) con un ámbito funcional específico, es decir, para personas con discapacidad, no han sido muchas las que se han creado, a pesar de las acciones que se están promoviendo desde los Planes de Acción para el Reino de España para elaborar Convenios específicos con organizaciones representativas del sector que aborden asuntos como la creación de una Agencia de Colocación especializada para este colectivo.¹²⁵⁷ Se pueden destacar *FSC Discapacidad* (Fundación Social Consulting) reconocida por el Servicio Público de Empleo como una Agencia de Colocación de personas con discapacidad desde el año 1999¹²⁵⁸ constituida como una sociedad instrumental de la

¹²⁵⁵ Convenio Colectivo del Sector Industria Siderometalúrgica de Cantabria, BO. Cantabria 18 julio 2003, núm. 138.

¹²⁵⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos a favor del empleo de las personas con discapacidad”, *DL*, núm. 64, (2001), pág. 130.

¹²⁵⁷ Plan de Acción para el Reino de España de 1999. Además, en el año 2000 se llevan a cabo medidas para intensificar la cooperación entre el Servicio Público de Empleo y las Agencias privadas de Colocación sin ánimo de lucro para las personas con discapacidad.

¹²⁵⁸ En el Plan de Acción para el Reino de España de 2001 se hace una valoración de las medidas establecidas para el año 2000, indicando que la labor de la Agencia de Colocación de ONCE facilitó la colocación de 1424 trabajadores discapacitados

Fundación ONCE dedicada a la formación, empleo, consultoría para personas con discapacidad y desarrolla programas cofinanciados por el Fondo Social Europeo, la Fundación ONCE y la Administración Central y Autonómica.¹²⁵⁹ Las demás Agencias de Colocación que pueden realizar labores de Intermediación para las personas con discapacidad, no cuentan con un ámbito funcional específico para este colectivo. Pero, lógicamente, estas Agencias no pueden dejar de aceptar la gestión de la colocación de una persona con discapacidad, pues claramente se estaría produciendo una discriminación en el acceso al empleo.

Aunque hay pocas Agencias de Colocación especializadas para este colectivo, existen cada vez más, numerosos organismos que realizan funciones de intermediación, sin estar constituidas como Agencias de Colocación sin fines lucrativos según el RDAC. Son varios los ejemplos que se pueden citar:

-Las *Asociaciones de afectados* han tenido un importante protagonismo en relación a las personas con discapacidad, y aunque casi siempre se han encargado de otras materias diferentes a la Colocación de trabajadores, tales como la atención a la salud, la información sobre ayudas y pensiones o los servicios asistenciales, han creado comisiones para temas laborales o bolsas de trabajo, pero no cuentan en la mayoría de las ocasiones con una infraestructura que les permita desarrollar la Actividad de Colocación con soltura. Estas bolsas de trabajo se organizan en la mayoría de las ocasiones de modo informal y los casos que se presentan son solventados por los propios socios y a través de contactos con empresas conocidas en la asociación. La informatización de estas bolsas de trabajo hace que esta forma de buscar empleo se convierta ya en usual. En alguna ocasión las Asociaciones de personas con discapacidad no crean una Agencia de Colocación pero se constituyen como Entidades Colaboradoras del Servicio Público de Empleo llevando a cabo programas de orientación e inserción laboral que permiten dar apoyo y asistencia a los discapacitados para encontrar su oportunidad en el mercado de trabajo.¹²⁶⁰ Otras veces lo que hacen las propias Asociaciones es crear en éstas Centros Especiales de Empleo o Centros Ocupacionales:¹²⁶¹ en el caso de crear un CeEE en la propia Asociación -que se crean sobre todo para la

¹²⁵⁹ Así, en el Real Decreto 1359/2005, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 358/1991, de 15 de marzo, por el que se reordena la Organización Nacional de Ciegos Españoles señala como uno de los fines de la citada Fundación la promoción profesional y ocupacional, colocación y empleo.

¹²⁶⁰ Se incluyen en el Programa “Andalucía Orienta” de la Junta de Andalucía la Confederación Andaluza de Minusválidos Físicos, y la Federación de Asociaciones Pro Deficientes Mentales de Sevilla.

¹²⁶¹ IMSERSO.: *Discapacidad y trabajo en España*, op.cit., pág. 452, 456 y 460.

atención de personas con discapacidad intelectual¹²⁶² ésta hace al mismo tiempo de intermediario y de empleador, llevando a cabo un empleo protegido que sirva de puente para una posterior inserción del trabajador en el mercado ordinario de trabajo.

-También se han creado algunos *Servicios de Intermediación Laboral*, terminología empleada en el Plan Nacional de Acción para el Reino de España de 1998 como medida prevista para mejorar el empleo de discapacitados, jóvenes y mujeres demandantes de empleo, y además proceden de proyectos europeos enmarcados en la iniciativa comunitaria Empleo-Horizon que incluyen servicios dirigidos a facilitar la inserción sociolaboral del colectivo de discapacitados a través de acciones específicas de orientación al empleo. Estos *Servicios de Intermediación Laboral* realizan una importante función de intermediación pero sin estar creados como Agencias de Colocación sin fines lucrativos.

-Las *Fundaciones en el ámbito de la discapacidad* desempeñan un papel importante en la labor de colocación, que se acredita además al analizar las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, pues las empresas pueden aplicar para cumplir la obligación de reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad la realización de donaciones y de acciones de patrocinio, con carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando dichas acciones de colaboración se desarrollen en una Fundación o una Asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo para permitir la creación de puestos de trabajo para las personas con discapacidad.

Las Fundaciones cuentan casi siempre con servicios de integración laboral en Internet; a título de ejemplo, se puede destacar *Disc@pnet*, como iniciativa promovida por la Fundación ONCE, y la *Fundación Adeco* y *Mercadis*, que nació como iniciativa de la Fundación Telefónica con el apoyo técnico de la Asociación Telefónica de Ayuda a Minusválidos.¹²⁶³

-La escasa participación de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos en este ámbito se debe, al igual que ya se analizó con carácter general, a que muchas Instituciones en vez de crear una Agencia de Colocación se organizan como Entidades Colaboradoras en la orientación e información profesional, que aunque su fin último es la inserción laboral de este colectivo, lo hacen principalmente informando y asesorando al trabajador mejorando

¹²⁶² Institución de Ararteko al Parlamento Vasco: *La Integración laboral de las personas con discapacidad*, Ararteko, Bilbao, 2003, pág. 46.

¹²⁶³ Véase ALBA, A.; MORENO, F.: *Discapacidad y mercado de trabajo*, op.cit., págs. 103-104, en la que se indican además las direcciones electrónicas para poder acudir a estas “Agencias de Colocación virtuales”. <http://www.discapnet.es>; <http://www.fundacionadeco.es>; <http://www.mercadis.com>

las habilidades y las técnicas de búsqueda de empleo, y en algunas ocasiones, ofrecen también a los beneficiarios de estas acciones un Servicio de Intermediación Laboral, pero sin constituirse como Agencia de Colocación.¹²⁶⁴

-Otra de las formas que se viene usando -y que recientemente se han regulado y adoptado como medida alternativa- es la posibilidad de que el empresario opte por cumplir la cuota de reserva del 2 por 100 acudiendo a un CeEE -realizando con éste un *enclave laboral* para que le ceda temporalmente a uno o varios trabajadores con discapacidad. Es una nueva medida alternativa, creada por el Real Decreto 190/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.¹²⁶⁵ De esta forma las empresas cuentan con trabajadores con discapacidad, pero sin acudir al Servicio Público de Empleo o a la Agencia de Colocación, pues tras tener las empresas en sus manos el certificado negativo de no haber encontrado trabajadores con discapacidad para su contratación, pueden acudir a una especie de “Empresas de Trabajo Temporal para este colectivo” creadas en los Centros Especiales de Empleo.

Así, la empresa va a estar en contacto con el trabajador con discapacidad, aunque ésta no lo contrate, pues actúa simplemente como *Empresa Colaboradora* ya que el empleador es el CeEE, al igual que la relación establecida entre la Empresa de Trabajo Temporal y la Empresa Usuaria.¹²⁶⁶

Estos Centros Especiales de Empleo, que tienen unos trabajadores que a su vez los ceden a las *Empresas Colaboradoras*, tienen que reclutarlos -según señala el RD que regula esta relación laboral de carácter especial- necesariamente en el Servicio Público de Empleo correspondiente, aunque esto resulta algo paradójico, pues no se explica que los Centros Especiales de Empleo encuentren trabajadores en el Servicio Público de Empleo para

¹²⁶⁴ A título de ejemplo, se puede destacar el proyecto de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid y realizado por una Consultora de Recursos Humanos, Formación, investigación y empleo, y cofinanciado por el FSE, en el que desarrollaron un sistema de intervención basado en la orientación e información profesional para personas con discapacidad desempleadas. Las conclusiones de este Proyecto se pueden encontrar en *Capital Humano*, núm. 178, junio (2004), págs. 96 y ss.

¹²⁶⁵ Para un estudio completo de los *enclaves laborales*, después de tres años de vigencia, véase ESTEBAN LEGARRETA, R.; FUSTÉ MIQUELA, J.M.: “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (Una aproximación crítica tras un período de experimentación)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 286, enero (2007), págs. 161-188.

¹²⁶⁶ Algún autor ha considerado que los enclaves laborales jurídicamente se han encuadrado en la figura de la contrata a la que alude el artículo 42 ET, para evitar que esta figura implique un supuesto de cesión ilegal de mano de obra de las reguladas en el artículo 43 ET. Para un estudio completo de esta nueva figura jurídico-laboral, véase SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M.; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados*, op.cit., págs. 177-178.

cederlos a *Empresas Colaboradoras*, mientras que las empresas en teoría acuden a los Centros Especiales de Empleo porque no encuentran a trabajadores con discapacidad en el Servicio Público de Empleo. Esto significa que más que una medida alternativa -aunque así se ha establecido- al final, en la práctica, va a ser otro medio de Intermediación más, en el que el Servicio de Empleo, incluso las Agencias de Colocación delegan en estos Centros sus funciones en materia de colocación de este colectivo.

La regulación jurídica de los *enclaves laborales* ha servido para darle un soporte jurídico a una práctica que ya era antigua y que por tanto se aplicaba antes de tener una regulación legal expresa y que lógicamente se ha regulado porque esta práctica ha funcionado, y lo que se pretende es darle un soporte jurídico, aunque lo “ideal” -pero alejado de la realidad- hubiera sido que el Servicio Público de Empleo y las Agencias de Colocación hubieran funcionado de forma eficaz y así no se hubiera planteado la necesidad de crear *enclaves laborales*. Pero la realidad ha demostrado la ineficacia de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Colocación, y en cuanto a estas últimas, la ineficacia no se ha producido tanto por su mal funcionamiento como por su poca implantación.¹²⁶⁷

.....

La conclusión final que se puede extraer del estudio de las instituciones que se encargan de la Colocación de las personas con discapacidad, es la escasa intervención de los Servicios Públicos de Empleo resultando ineficaz el registro especial de las personas con discapacidad,¹²⁶⁸ y limitándose en la mayoría de las ocasiones a realizar labores “burocráticas”.

También se ha podido comprobar la poca implantación de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, y la proliferación de un importante conjunto de Asociaciones de afectados y Fundaciones que sin estar creadas como Agencias de Colocación realizan una importante labor de inserción laboral. En muchas ocasiones son las Entidades Colaboradoras del Servicio de Empleo en materia de orientación e información profesional las que realizan una labor muy importante que tiene como fin último la inserción

¹²⁶⁷ En esta posición está también ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, op.cit., pág. 64.

¹²⁶⁸ CES.: Informe 5/1995 sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación, de 26 de octubre de 1995, www.ces.es

de este colectivo en el mercado de trabajo ordinario. Por otra parte, la implantación de los *enclaves laborales*, que sin dudarlo constiuyen -y cada vez más- una considerada vía de inserción del trabajador con discapacidad, no se han creado para sustituir por completo la actuación de los Servicios Públicos de Empleo, pues hay que recordar que se han regulado como medida alternativa y no sustitutiva de éstos y de las Agencias de Colocación. El resto de las Agencias de Empleo Privadas que actúan para otro tipo de colectivos no intervienen para la colocación de las personas con discapacidad como es el caso de las Empresas de Trabajo Temporal.¹²⁶⁹

Así, el modelo adecuado de Colocación de las personas con discapacidad es un modelo mixto,¹²⁷⁰ en el que intervienen tanto Servicios Públicos de Empleo como otras instituciones públicas y privadas sin ánimo de lucro, siendo poco adecuada la implantación de Agencias de Empleo Privadas con ánimo de lucro para este colectivo. Este modelo mixto está actualmente instaurado, pero falta una coordinación entre todas las instituciones que realizan funciones de colocación para las personas con discapacidad. De hecho, se ha puesto de manifiesto y denunciado por los “prácticos” que diariamente se enfrentan a hacer posible la colocación de personas con discapacidad¹²⁷¹ que no se pueden identificar todos los “Servicios de Intermediación Laboral” por la heterogeneidad que presentan en cuanto a la naturaleza y funciones, y para ello proponen la creación de un “Inventario-guía” con las características de los Servicios de Intermediación existentes para las personas con discapacidad, para que éstos vean facilitada su labor y además de facilitar el funcionamiento de la colocación de dichos trabajadores “iluminaría apropiadamente al legislador reformista”. Si estas críticas que se vienen haciendo desde la práctica diaria las trasladamos al análisis jurídico de esta institución, se puede indicar que más que crear nuevas instituciones que se encarguen de la Colocación de las personas con discapacidad, hay que reordenar el sistema implantado, creando una “red de servicios de colocación de personas con discapacidad”, y

¹²⁶⁹ Las ETT prácticamente no intervienen o no favorecen la colocación de personas con discapacidad. Lo único que hacen es respetar la cuota de reserva del 2%, pero no contratan trabajadores con discapacidad. En el mismo sentido, véase ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op.cit., pág. 242.

¹²⁷⁰ También está a favor de un sistema mixto ESTEBAN LEGARRETA (*Contrato de trabajo y discapacidad*, op.cit., págs. 237-238), al señalar expresamente que “en mi opinión, el mejor modelo sería el mixto, en el que tenga participación el Servicio Público de Colocación, es decir, el INEM o servicio autonómico que lo sustituya junto con asociaciones y entidades representativas y asistenciales del colectivo de personas con discapacidad”.

¹²⁷¹ GARCÍA VISO, M.: “Los servicios de intermediación laboral para el empleo de las personas con discapacidad”, *Revista Dicendi*, núm. 6, (1999), págs. 12-18.

La falta de comunicación entre las distintas organizaciones y servicios de intermediación laboral también se ha puesto de manifiesto en las Jornadas Horizon sobre Intermediación Laboral y Empleo de Personas con Discapacidad, conclusiones recogidas en la *Revista Dicendi*, núm. 6, (1999), págs. 19-25.

que actúen de forma coordinada, teniendo carácter preferente el Sistema Nacional de Empleo, en el sentido de direccionar y dirigir estos servicios.¹²⁷² De este modo, tanto los empresarios y los demandantes de empleo sabrían las vías que pueden utilizar para acceder a un determinado puesto de trabajo.¹²⁷³

Sería conveniente potenciar secciones especializadas en los Servicios Públicos de Empleo, medida que también se propone desde la OIT y desde la Unión Europea¹²⁷⁴ y que éstos se encarguen de velar siempre por hacer posible la colocación de colectivos con más dificultades de inserción dentro de las personas con discapacidad.¹²⁷⁵ Estos servicios de

¹²⁷² La profesora GARRIDO PÉREZ, E.: (“El trabajo de discapacitados en Centros Especiales de Empleo”, VV.AA (Romero Ródenas, M^aJ.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 39-40) señala que “no existe un argumento jurídico alguno que impida la intervención de otras vías de acceso al empleo para trabajadores discapacitados, como podría ser la agencia de colocación, sí habría que conceder en todo caso al INEM un papel prioritario y preferente en la colocación de trabajadores discapacitados, no sólo porque apriorísticamente pueda contar con mayores medios para ofrecer un servicio idóneo, adecuado y vigilado a tal fin, sino porque también podría coordinarse con otras funciones asignadas al INEM como la de control de las contrataciones de personas discapacitadas que llevarán aparejada subvenciones, o la de comprobación de certificado de discapacidad del trabajador contratado (Art. 8 del RD 1451/1983 sobre ocupación selectiva) o la de resolución de las solicitudes de ayudas para la adaptación de puestos de trabajo (Art. 12 RD 1451/1983)”:

¹²⁷³ Se indica en un estudio realizado por el Observatorio Ocupacional del Instituto Nacional de Empleo en 1997 sobre la “formación y mercado laboral de minusválidos” que el sistema más utilizado para conseguir un empleo había sido las relaciones personales y familiares (41,5%) seguido por las Oficinas del INEM y las instituciones vinculadas a minusválidos (ambas el 17,9%) y a continuación se sitúan las visitas a empresas (11,3%), el envío de currícula (5,2%) y los anuncios (3,3%). IMSERSO.: *Discapacidad y trabajo en España. Estudio de los procesos de inclusión y exclusión social de las personas con discapacidad*, op.cit., pág. 107.

¹²⁷⁴ En el informe CES del año 1995 sobre la situación de empleo de las personas con discapacidad también se propone una sección especializada en la colocación de este colectivo. Además, en Alemania, cada Oficina de Empleo tiene la obligación de contar con uno o varios especialistas en promoción de empleo para personas con discapacidad; Suecia cuenta con oficinas especializadas para que la persona con discapacidad sea atendido por un equipo multiprofesional integrado por expertos en orientación profesional, psicólogos, trabajadores sociales y fisioterapeutas. SOTELO, H.: “La normativa en materia de empleo privado de las personas con discapacidad: apuntes sobre la situación de la Unión Europea”, *Boletín del Real Patronato de Discapacidad*, núm. 53, ([Http://www.rpd.es/boletin/bol53/e-normativa.pdf](http://www.rpd.es/boletin/bol53/e-normativa.pdf))

¹²⁷⁵ Cuanto mayor es el nivel de estudios, mayor es el porcentaje de los que están trabajando y menor el de los inactivos, pues en la población analfabeta con discapacidad se da un alto porcentaje de inactividad superior al 92%.

Por otra parte, las personas con discapacidad intelectual y enfermedad mental son las más desfavorecidas en materia de empleo, y presentan tasas de actividad y ocupación inferiores que las del resto de personas con discapacidad. Véase VILLA FERNÁNDEZ, N.: “Situación laboral de las personas con discapacidad en España”, *REDSI*, núm.1, marzo (2004), págs. 8-9.

colocación que “colaboran” con los Servicios de Empleo, además de estar debidamente autorizados de forma homogénea, no habría inconveniente en que se crearan Agencias de Colocación para diferentes grupos de personas con discapacidad.¹²⁷⁶ Por otra parte, es esencial la colaboración de los Equipos Multiprofesionales con todos los intermediarios que se dediquen a la Colocación de las personas con discapacidad, y debería quedar regulado que se solicitara con carácter previo su intervención.¹²⁷⁷ Ya se establece en el Plan de Acción para el Reino de España para el año 2004 que se “prestará una atención especial a potenciar la coordinación de los SPE y los Órganos Técnicos de Valoración de la Discapacidad, a nivel central y autonómico, mediante la elaboración de Protocolos y programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con discapacidad, diseñando itinerarios de intermediación laboral ajustados al perfil profesional y necesidades específicas de estos desempleados”.

El modelo mixto aquí propuesto va acorde con la Política de Colocación que se deduce de la Ley de Empleo 56/2003, que aunque no hay una referencia expresa a la Política de Colocación de las personas con discapacidad, sí manifiesta que se tienen que asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a colectivos con mayores dificultades de inserción laboral, entre los que destacan los discapacitados (Art. 2.d) y se le atribuye al Sistema Nacional de Empleo fomentar el empleo y apoyar la creación de puestos de trabajo, en especial dirigidos a personas con mayor dificultad de inserción laboral (Art. 6.1.a). La LE considera a los discapacitados como colectivos prioritarios (Art. 26) por lo que habrá que adoptar programas específicos destinados a fomentar su empleo. Pero desde luego la LE no ha optado por el monopolio del Servicio Público de Empleo para gestionar la colocación de personas con discapacidad, y ello se demuestra en el Art. 22 de la LE al señalar que “en el

Por otra parte, el profesor MALO, M.A. (“Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español”, *RMTAS*, núm. 46 (2003), pág. 113) hace un repaso de las investigaciones recientes sobre las personas con discapacidad y resume así los “principales hallazgos de estos trabajos”: “los discapacitados están afectados por una actividad mucho más baja que el promedio de la población española: existen importantes diferencias en los resultados de mercado de trabajo en función del tipo de discapacidad (destacando la mala situación de los que sufren discapacidades mentales y los que tienen varias discapacidades a la vez); su bajo nivel educativo (más de las tres cuartas partes de los discapacitados tiene como mucho terminada la educación obligatoria); y una gran importancia de las prestaciones sociales en las fuentes de ingresos de los discapacitados y sus familias”.

¹²⁷⁶ Así se propuso en las Jornadas Horizon sobre Intermediación Laboral y Empleo de las personas con discapacidad. Su resumen se encuentra en *Revista Dicendi*, núm. 6, (1999). Se crean servicios de intermediación para personas sordas (SILPES); o bien la Federación de Minusválidos Físicos de la Comunidad de Madrid (FAMMA) ha puesto en marcha un Centro de apoyo a la intermediación laboral (Cai) dentro de su red de Servicios de Integración Laboral para fomentar el empleo entre los colectivos con más dificultades a la hora de encontrar un puesto de trabajo.

¹²⁷⁷ En el mismo sentido, GARRIDO PÉREZ, E.: “El trabajo de discapacitados en Centros Especiales de Empleo”, op.cit., págs. 39-40.

colectivo con especiales dificultades de inserción laboral, los servicios públicos de empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso específico de selección y casación entre oferta y demanda de empleo”. Lo que es necesario es que todas las instituciones que se encargan de la Actividad de Colocación para este colectivo tengan una adecuada coordinación entre ellas.

Para finalizar, se puede indicar que la propuesta de establecer una legislación para favorecer la Colocación de las personas con discapacidad es sólo una parte del problema, pues además se tienen que hacer muchos esfuerzos por los organismos implicados para hacer frente a las resistencias existentes en el mundo empresarial para la contratación de este colectivo, así como poner remedio a la postura pasiva de algunas personas con discapacidad en su proceso de búsqueda de empleo al encontrar numerosos factores desmotivadores.¹²⁷⁸

4. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas por los trabajadores extranjeros

Si bien la Actividad de Colocación está destinada principalmente a los trabajadores españoles debido a su gran volumen en nuestro país, no hay que olvidar los mecanismos que se vienen utilizando para hacer posible la Colocación de trabajadores extranjeros. Este colectivo, que en principio integraría toda persona no nacional, no se puede tratar de forma general, pues cada uno de ellos tiene sus propias peculiaridades que afectan también al régimen de la colocación. Así pues, es necesario distinguir los ciudadanos de la Unión Europea (UE) y del Espacio Económico Europeo (EEE), y por otra parte los nacionales de terceros países. La diferencia de tratamiento -concretamente en materia de Colocación- encuentra su fundamento en el Art. 13 CE según el cual los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución en los términos que establezcan los Tratados y la ley. Para los ciudadanos comunitarios el Reglamento CEE número 1612/1968, de 15 de octubre, permite, en aplicación del Art. 96 TCE, que los ciudadanos comunitarios queden equiparados a los nacionales españoles en cuanto a su derecho a acceder en condiciones de igualdad a un empleo en el mercado de trabajo español. Sin embargo, los ciudadanos extracomunitarios teniendo en cuenta los Tratados Internacionales y las leyes de extranjería, no pueden acceder en condiciones de igualdad con los españoles a nuestro mercado de trabajo.

¹²⁷⁸ El propio CERMI (Comité Español de Representantes de los Minusválidos) se ha planteado incluso la necesidad de “penalizar” a aquellos minusválidos receptores de prestaciones que, pudiendo trabajar, rechacen una oferta de empleo. IMSERSO.: *Discapacidad y trabajo en España. Estudio de los procesos de inclusión y exclusión social de las personas con discapacidad*, op.cit., pág. 460.

Aquí se trata de determinar si el diferente régimen jurídico de acceso al empleo de trabajadores comunitarios y extracomunitarios repercute en los Agentes de la Intermediación que utilizan unos y otros; es decir, si cada uno de ellos cuenta con diferentes Agencias de Empleo o si por el contrario se utilizan los mismos Agentes de la Intermediación previstos para los trabajadores españoles. Para ello es necesario realizar un estudio del régimen jurídico de la Colocación de forma separada, tratando por una parte los trabajadores comunitarios y por otra los trabajadores extracomunitarios. En ambos se analizarán dos situaciones bien diferenciadas: el caso en el que estén los trabajadores extranjeros (comunitarios o no) en España y desde aquí busquen empleo o si están en su país de origen y desde allí realizan todos los trámites para hacer posible su colocación.

4.1. Los Trabajadores Comunitarios (y del EEE)

Las novedades y cambios que se están produciendo en el marco europeo y por otro lado en el ámbito de la Colocación de los trabajadores en España, hacen que sea un tema innovador y de gran interés y que necesite de un estudio que aclare la situación actual del régimen de Colocación que se le aplica a los ciudadanos comunitarios y del EEE que vengan a trabajar a España.

Actualmente el régimen jurídico de la Colocación aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea también se extiende a nuevos países por la ampliación producida en mayo de 2004,¹²⁷⁹ y en enero de 2007¹²⁸⁰ y a los ciudadanos pertenecientes al Espacio Económico Europeo (EEE) -Noruega, Islandia y Lichstenstein- así como a los ciudadanos de la Confederación Suiza, pues se aplica a estos países las cuatro libertades del mercado interior y

¹²⁷⁹ Desde el 1 de mayo es efectiva la adhesión a la Unión Europea como Estados Miembros de Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa. Por Circular de 14 de abril de 2004 se determina el régimen de entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de Terceros Estados incorporados a la Unión Europea el 1-5-2004. España ha fijado para estos países (excepto Chipre y Malta) un período transitorio de dos años, cuya finalización se encuentra prevista el 1 de mayo de 2006. Así pues, a partir de este momento se les ha aplicado automáticamente y en su totalidad a los trabajadores asalariados nacionales el régimen previsto en España para los ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE y de la Conferencia de Suiza.

¹²⁸⁰ Desde el 1 de enero de 2007 es efectiva la adhesión a la Unión Europea como Estados Miembros de Bulgaria y Rumanía. En este caso, durante dos años a partir de la fecha de adhesión, los Estados Miembros actuales pueden aplicar medidas nacionales o medidas que resulten de acuerdos bilaterales para regular el acceso de los nacionales búlgaros y rumanos a sus mercados de trabajo. En España se está aplicando el período transitorio de dos años, pero se reconsiderará su aplicación una vez transcurrido un año desde la adhesión.

la libre competencia, entre las que se incluye la libre circulación de trabajadores.¹²⁸¹ También se les va a aplicar el mismo régimen de la Colocación que a los ciudadanos comunitarios y del EEE a los miembros de la familia del ciudadano comunitario según lo establecido en la *Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros*.

1.1. Los trabajadores comunitarios (y del EEE) que vienen a trabajar a España.

En cuanto a los ciudadanos comunitarios o del EEE que estén fuera de España y deseen venir aquí a trabajar, “no se les podrá imponer ningún visado de entrada ni obligación equivalente” (Directiva 2004/38/CE). Tampoco se obliga a que desde su país de origen traigan ya un empleo buscado, sino que pueden perfectamente venir a España con esta intención. Esto significa que pueden o no buscar empleo desde su país de origen y utilizar cualquier forma de conseguirlo, aunque a nivel comunitario se ha implantado la Red EURES para que la utilicen los ciudadanos comunitarios y del EEE de forma voluntaria, con el objetivo de que los trabajadores que se interesen desde su país de origen por una actividad en otro Estado Miembro les faciliten información fiable y precisa en su propia lengua. De esta forma se pretende proteger a los trabajadores del abuso que cometen algunas Agencias altamente lucrativas que realizan una labor de intermediación falsa o poco honrada. Esta sería la forma más adecuada de buscar empleo, es decir, desde su propio país de origen, y a través de una Red especializada -Red EURES- aunque, no obstante, esta Red tiene aún que mejorar, por lo que se comparten íntegramente las críticas efectuadas desde el Comité Económico Social y Europeo:¹²⁸²

¹²⁸¹ Sin embargo no es aplicable a los nacionales de terceros Estados que residan en Noruega, Islandia y Lichstenstein. La regulación de la libre circulación de personas se contiene en los artículos 28, 29 y 30 EEE y además la disposición esencial en cuanto a la libre circulación de trabajadores contenida en el artículo 28 EEE es idéntica al artículo 39 TCE, aunque la zona de libertad con los países miembros de la Comunidad Europea sólo se aplicará a los nacionales de las respectivas partes contratantes, y cada una de ellas conservará su autonomía en cuanto al trato que reserve a los nacionales de terceros Estados. Para un estudio completo del EEE véase STOFFEL VALLOTTON, N.: “El Espacio Económico Europeo: un ejemplo de integración diferenciada en las relaciones exteriores de la Unión Europea. La aplicación del acervo comunitario a terceros Estados”, *RDCE*, año 7, núm. 15, mayo-agosto (2003), págs, 573-625.

¹²⁸² Dictamen sobre la libre circulación de trabajadores en el mercado interior, Bruselas, 28/29 de marzo de 2001 (CES 406/2001).

*Por una parte, el número de consultas de Internet sobre la información necesaria del ejercicio del derecho a la libre circulación está aumentando considerablemente, pero todavía hay una situación de falta de publicidad y eficacia de dicha Red y además en muchas ocasiones no permiten de ningún modo a los que buscan trabajo obtener una visión precisa de la situación en el sector y en el lugar que desean trabajar. Además se propone que se den en esta Red “datos más precisos sobre el salario, carácter temporal o indefinido del contrato, tiempo y lugar de trabajo, y en su caso, si se requieren o no cualificaciones y conocimientos lingüísticos”.

*El Comité Económico y Social Europeo critica además la falta de publicidad en la Red EURES de todas las ofertas de empleo de un Estado Miembro, por lo que esta Red queda en desventaja con respecto a las ofertas publicadas en cada uno de los Estados y aconseja hacer “públicas en EURES al menos todas las ofertas de trabajo de los organismos nacionales de empleo para actividades a largo plazo o indefinidas que estén disponibles en línea”.

*Hace falta además que haya una conexión más efectiva entre EURES y los agentes sociales de los Estados Miembros y para ello se propone, como se ya se indicó en otra parte de este estudio, que la red EURES sea gestionada no sólo por los Servicios Públicos de Empleo sino también por asociaciones no lucrativas para difundir más aún y hacer más efectiva la intermediación a nivel europeo. Sería conveniente que las Agencias de Colocación sin fines lucrativos también llevaran a cabo la gestión de esta Red junto con los Servicios Públicos de Empleo, para que se produjera una mayor especialización en este campo. De hecho, el propio Comité Económico y Social Europeo señala que actualmente son los sindicatos y las organizaciones sociales profesionales y empresariales las que desempeñan una labor importante de información, asesoramiento y gestión de las ofertas de empleo siendo necesaria más financiación con recursos nacionales y comunitarios sobre todo para los nuevos Estados Miembros.

*No sólo sería conveniente ampliar las entidades que se dedican a la gestión de la Red EURES, sino que además -como indica el propio Comité Económico y Social Europeo- es necesario ampliar los recursos humanos que se dedican a esta labor, ya que actualmente “EURES sólo cuenta con 220 asesores, de los cuales 90 tienen que desempeñar esta actividad voluntariamente, al margen de otro empleo a tiempo completo de distinta naturaleza”.

1.2. Los trabajadores comunitarios (y del EEE) que se hallan y/o residen en España

Otra situación diferente a la ya analizada es que el ciudadano comunitario o del EEE se encuentre ya en el país de acogida -en este caso España- para buscar empleo. Aunque se tendría que potenciar que el ciudadano comunitario viniera ya con una oferta de empleo y se utilicen mecanismos de intermediación desde su país de origen -principalmente utilizando la Red EURES- es perfectamente posible que decida hacerlo desde el país de acogida.¹²⁸³ Así, el Reglamento 1612/1968 señala en el Art. 5 que “el nacional de un Estado Miembro que busque un empleo en el territorio de otro Estado Miembro recibirá allí la misma asistencia que la que las Oficinas de Empleo de ese Estado concedan a sus propios nacionales que busquen empleo”. Es decir, la regla general aplicable es la plena equiparación con el nacional del Estado Miembro de acogida, que además se justifica también en el Art. 39 TCE (antiguo Art. 48) al señalar que la Libre circulación de trabajadores implica el derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo y de residir en uno de los Estados Miembros con el objeto de ejercer en él un empleo, y coincide además con el Art. 133 del Proyecto del Tratado por el que se establece la Constitución Europea.¹²⁸⁴

Es necesario, sin embargo, plantear una cuestión que ha suscitado diferentes opiniones y que actualmente hay legislación al respecto. Esto es, determinar si los ciudadanos comunitarios pueden estar en España en situación de búsqueda de empleo, si se les limita el tiempo de estancia y además si tienen obligatoriamente que utilizar algún tipo de Agente de la Intermediación en concreto y sobre todo cuál es la función del Servicio Público de Empleo en este caso. Actualmente, la solución se encuentra en la Directiva

¹²⁸³ Queda definido el país de acogida en la Directiva 2004/38/CE en su artículo 2.3 como “el Estado miembro al que se traslada el ciudadano de la Unión para ejercer su derecho de libre circulación y residencia”.

¹²⁸⁴ Del mismo se señala en una Resolución del INEM, Resolución de 11 de julio de 1996, sobre Instrucciones sobre inscripción de los extranjeros en las Oficinas del Instituto Nacional de Empleo y en las agencias de colocación, protección por desempleo e intercambio de información, BOE de 9 de agosto de 1996, núm. 192, al señalar que “no será exigible la inscripción previa de trabajadores que no residan en España, sean nacionales de Estados Miembros y sean contratados nominativamente para trabajar: para la inscripción en las Oficinas del INEM de trabajadores nacionales de dichos Estados que busquen empleo, se aplicarán las mismas normas que para la inscripción de nacionales españoles, sin que sea exigible la obtención previa de una tarjeta de residencia; estos mismos criterios se aplicarán a los nacionales de terceros Estados que sean cónyuge, hijo menor de veintiún años, o mayor de esa edad a cargo de un país de la Unión Europea o del EEE (incluida España) que resida en España”.

2004/38/CE,¹²⁸⁵ que ha pretendido simplificar y reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión Europea. Se pueden distinguir diferentes situaciones:

a) El ciudadano comunitario que llegue al país de acogida con la intención de buscar trabajo, no podrá ser expulsado mientras pueda demostrar que sigue buscando empleo y que tiene posibilidades reales de ser contratado (Art. 14.4 b Directiva 2004/38). Se indica expresamente que no se puede limitar por un Estado el tiempo de permanencia para la búsqueda de empleo, aunque durante este tiempo “el Estado Miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios” (Art. 24.2 Directiva 2004/38).

Esta nueva Directiva ha derogado -entre otras- la anterior *Directiva 68/360/CE de 15 de octubre de 1968 sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los Estados Miembros y de sus familias dentro de la Comunidad*, y concretamente en el acta de la sesión del Consejo en la que se adoptó tal Directiva se encontraba una declaración *-de carácter político-* que indicaba que “Los nacionales de un Estado Miembro contemplados en el Art. 1 que vayan a otro Estado Miembro para buscar en él un empleo dispondrán para este fin de un plazo mínimo de tres meses; en el supuesto de que a la expiración de dicho plazo no hayan encontrado empleo, podrá ponerse fin a su estancia en el territorio de este segundo Estado”.¹²⁸⁶ Ya hubo un pronunciamiento jurisprudencial al respecto, concretamente la STJCE *Antonissen Asunto C-292/89*, que resolvió un tema de limitación del derecho de residencia de un ciudadano comunitario -Reino Unido- que buscaba empleo, y para ello no tuvo en cuenta el contenido de la declaración anteriormente citada. Así el TJCE dio una respuesta a una cuestión dudosa, de acuerdo con la normativa comunitaria vigente en ese momento: si la legislación del Estado de acogida puede disponer que el ciudadano comunitario abandone su territorio si no ha conseguido un empleo transcurrido seis meses

¹²⁸⁵ Un comentario a esta directiva, BLAZQUEZ PEINADO, M^a.D.: “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, *GJUEC*, núm. 233, septiembre/octubre (2004), págs. 18-33.

¹²⁸⁶ Es “histórico” el plazo de tres meses que se le debe garantizar a todo aquel que busca empleo, pues el Acuerdo Europeo sobre el régimen de la circulación de personas entre los países miembros del Consejo de Europa, de 13 de diciembre, ya hacía referencia a dicho plazo. Véase LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “La libre circulación de trabajadores y las dificultades de desplazamiento de los desempleados”, *Derecho y conocimiento*, Vol. 1, (2002), pág. 417.

desde que fue admitido en el mencionado territorio.¹²⁸⁷ El TJCE señaló que “las disposiciones de Derecho comunitario que regulan la libre circulación de los trabajadores no son óbice para que la legislación de un Estado Miembro establezca que todo nacional de otro Estado Miembro que haya entrado en su territorio para buscar allí un empleo pueda ser obligado (sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso) a abandonar dicho territorio si transcurridos seis meses no ha encontrado empleo, a no ser que el interesado pruebe que continúa buscando un empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado”.¹²⁸⁸

Así pues, hoy en día no se admite la expulsión de un ciudadano comunitario en un país de acogida que esté buscando empleo siempre que acredite que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de encontrarlo, por lo que la legislación nacional no puede establecer un plazo determinado para que en el caso de que no encuentre empleo pueda ser expulsado. Y ello queda claro porque expresamente está ya indicado en la Directiva 2004/38 que ha recogido “literalmente” el pronunciamiento de la sentencia *Antonissen* y además, por si quedaba alguna duda de interpretación según lo señalado en la declaración del Consejo que se anexaba a la Directiva 68/360/CE, ésta ha quedado derogada por la Directiva 2004/38/CE. Se ha puesto fin a una laguna comunitaria, pues ni en los Tratados ni en el Derecho derivado se establecía nada al respecto para la determinación del derecho de residencia de las personas que buscan empleo. La nueva Directiva además de tener en cuenta el fallo de la sentencia *Antonissen*, ha incluido además las conclusiones del Abogado General en la citada sentencia, al señalar concretamente que “los ciudadanos de la Unión Europea o los miembros de sus familias no podrán ser expulsados mientras los ciudadanos de la Unión puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades para ser contratados”. Es decir, es prácticamente idéntico -aunque dicho con otras palabras- a la conclusión a que llegó el Abogado General en la Sentencia, al indicar que el plazo de búsqueda de empleo limitado a tres meses es hoy en la actualidad insuficiente y que por ello tiene que ser eliminado pudiendo estar el ciudadano comunitario en el Estado de acogida “durante todo el tiempo en que se dedique a la búsqueda de dicho empleo de un modo activo y con constancia y seriedad”.

La citada Directiva indicaba que la incorporación al Derecho nacional se realizaría en el plazo de dos años, es decir, antes del 30-4-2006. Sin embargo, la incorporación a nuestro Derecho interno se ha producido con retraso, concretamente, por *Real Decreto 240/2007*, de

¹²⁸⁷ El artículo 3 de la Ley de 1971 que se aplicaba en Reino Unido autorizaba la expulsión de su territorio si el ciudadano comunitario no conseguía un empleo transcurridos seis meses desde que fue admitido en Reino Unido. Concretamente, y haciendo referencia al litigio principal, el Sr. *Gustaff Desiderius Antonissen*, nacional belga, llegó al Reino Unido en octubre de 1984, buscó infructuosamente empleo... y el 27 de noviembre de 1987 el Secretario de Estado decidió expulsar del país al Sr. Antonissen, basándose en la Ley de 1971.

¹²⁸⁸ En el mismo sentido, STJCE de 20 de febrero de 1997, *Asunto C-344/95*.

*16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*¹²⁸⁹. Pero en este RD no se contempla una referencia expresa al derecho de residencia de las personas que buscan empleo, ya que el citado Decreto se ha limitado a trasponer (y a aclarar) en general los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, y sobre todo para los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de uno de los Estados Miembros de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE. A pesar de una falta de delimitación del derecho de residencia de las personas que buscan empleo, se puede hacer una interpretación teniendo en cuenta el contenido de la Directiva y del Real Decreto 240/2007: la entrada en España sin trabajo y con la intención de buscar empleo no es impedimento por sí misma para su residencia en España, por lo que quedaría prohibida su expulsión por este simple motivo. Ahora bien, si la permanencia en España va a ser superior a tres meses -Art. 7 del Real Decreto 240/2007- se tiene que inscribir en el Registro Central de Extranjeros y así obtener el correspondiente certificado de registro.

El RD no hace por tanto ningún tipo de referencia a la estancia para búsqueda de empleo, ni establece la obligación de acreditar la búsqueda de empleo y las posibilidades de ser contratado por quien está en esta situación. Esto significa que no se produce una diferenciación entre el ciudadano comunitario que esté buscando empleo de forma activa y el que esté buscando empleo sin acreditarlo, por lo que no se indica nada en el RD que éstos tengan que inscribirse como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo o Agencia de colocación. No se contempla la intervención de ningún Agente de Empleo específico para esta situación, aunque, lógicamente, esto no significa que no se puedan inscribir de forma voluntaria, equiparados a demandantes de empleo nacionales, pero lo que aquí se pone de manifiesto es que no existe una Política de Colocación específica para este colectivo. Es decir, a los efectos de la posible entrada y residencia del ciudadano comunitario, no se ha previsto que el Servicio Público de Empleo correspondiente u otros Agentes de la Intermediación pongan en marcha un plan de Intermediación laboral para hacer posible la colocación de los ciudadanos comunitarios en situación de búsqueda de empleo. Así, no importa para nada que esté buscando empleo de forma activa, o esté en una situación de paro voluntario. Teniendo en cuenta la normativa interna, no se podría expulsar al ciudadano comunitario si no puede acreditar la participación activa en la búsqueda de empleo.

¹²⁸⁹ BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007, y ha derogado el anterior Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Sería conveniente, y en coherencia con el contenido de la citada Directiva, que hubiera una implicación real de los Servicios Públicos de Empleo en este sentido. No se ha procedido a una transposición completa al derecho interno de esta Directiva, el RD no contempla determinados aspectos que pueden en la práctica plantear problemas de interpretación.

b) Otra de las situaciones en las que se puede encontrar el ciudadano comunitario en el Estado Miembro de acogida, además de estar buscando empleo, es en el caso de que haya estado empleado y se encuentre en situación de paro involuntario. En estos casos sigue conservando la condición de trabajador por cuenta ajena así como el derecho de residencia, pero tiene que estar inscrito “en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo” (Art. 7.3.b) y c) de la citada Directiva).

La citada Directiva matiza este aspecto: si el ciudadano comunitario está en situación de paro involuntario tras haber estado empleado durante más de un año, no hay límite de mantener la condición de trabajador siempre que esté inscrito en el Servicio de Empleo; pero si está en paro involuntario “tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses”, la condición de trabajador podrá estar limitada y se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses.

El Real Decreto de forma indirecta hace referencia al respecto, aunque sólo se limita a señalar que los períodos de desempleo involuntario, debidamente justificados por el Servicio Público de Empleo competente, se considerarán como períodos de empleo (Art. 10.4 RD 240/2007). Por tanto, los ciudadanos que se encuentren en una situación de paro involuntario tienen que estar inscritos en el Servicio Público de Empleo: concretamente los perceptores de la prestación por desempleo lo hacen de forma automática, por lo que tienen que proceder a la inscripción aquellos que estando en situación de paro involuntario no tienen derecho a recibir la prestación por desempleo.

Tampoco se hace ninguna referencia a la posible inscripción en las Agencias de Colocación debidamente autorizadas, que, a pesar de las dificultades prácticas que está teniendo este tipo de inscripción, desde el punto de vista jurídico, aquellos ciudadanos comunitarios en situación de paro involuntario (y que no sea perceptor de la prestación por desempleo) podrían inscribirse de igual modo en una Agencia de Colocación debidamente autorizada, teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 10.2 RD 735/1995.

Sin embargo, la Directiva no hace ninguna referencia al trabajador comunitario en situación de paro voluntario. Aunque no se indique nada expresamente, es perfectamente posible y acorde con el contenido de la Directiva que pueda permanecer en el Estado Miembro de acogida hasta que encuentre otro nuevo empleo, es decir, se le equipararía al

ciudadano comunitario que está buscando empleo, y se debería de exigir que demuestre que sigue buscando empleo y que tiene posibilidades reales de ser contratado.¹²⁹⁰

c) Por otra parte, los ciudadanos de la Unión Europea tienen derecho de residencia permanente (Art. 16 Directiva 2004/38 y Art.10 RD 240/2007) si han residido durante un período continuado de cinco años en el Estado Miembro de acogida.¹²⁹¹ En estos casos, si pierden un empleo tanto de forma voluntaria como involuntaria y están buscando un nuevo empleo se les aplicarán los mismos requisitos que a un nacional del Estado Miembro de acogida. Y del mismo modo se les aplicará el derecho de residencia permanente a los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad. Esto significa que todos ellos van a poder utilizar tanto los Servicios Públicos de Empleo como las Agencias de Empleo autorizadas y previstas para los trabajadores nacionales, y quizá el único requisito que se les podría exigir es el certificado de residencia permanente como documento acreditativo.

.....

La conclusión que se puede extraer en relación al uso de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas por parte de los ciudadanos comunitarios que se encuentren en España en situación de demandantes de empleo, es que, por regla general, se aplica el régimen de Colocación de forma idéntica que para los propios nacionales que buscan empleo, y además, a la hora de ser contratados no se puede aplicar la regla de

¹²⁹⁰ De forma parecida -aunque no es un supuesto idéntico- se resolvió en la STJCE de 23 de enero de 1997, *Asunto C-171/95* interpretando que “un trabajador turco que ha trabajado legalmente durante más de cuatro años en el territorio de un Estado miembro, que decide espontáneamente abandonar su empleo para buscar en el mismo Estado Miembro una nueva actividad y que no consigue iniciar inmediatamente otra relación laboral, goza en dicho Estado, durante un período razonable, de un derecho de residencia con objeto de buscar en él otro trabajo por cuenta ajena, siempre y cuando siga perteneciendo al mercado de trabajo del Estado Miembro de que se trate, ajustándose en su caso a las disposiciones de la normativa vigente en tal Estado, por ejemplo, inscribiéndose en él como solicitante de empleo y poniéndose a disposición de los Servicios de Empleo. Corresponde al Estado Miembro interesado y a falta de normativa en este sentido, al órgano jurisdiccional que conozca el asunto, fijar dicho plazo razonable, que, no obstante, debe ser suficiente para no menoscabar las posibilidades reales del interesado de encontrar otro empleo”.

¹²⁹¹ Así, el Reglamento (CE) n° 635/2006 de la Comisión, de 25 de abril de 2006 deroga el Reglamento (CEE) n° 1251/70 relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado Miembro después de haber ejercido en él un empleo. El Reglamento señala que tal derogación se ha producido por la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, que modifica tal derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado Miembro después de haber ejercido en él un empleo y las modifica confiriendo a los beneficiarios del derecho a permanecer un estatus más privilegiado, a saber, el derecho de residencia permanente.

preferencia en el empleo de los trabajadores nacionales sobre los trabajadores comunitarios, pues la libre circulación de trabajadores implica la no discriminación en el acceso al empleo y no puede existir una reserva de puestos de trabajo a los nacionales.¹²⁹²

Por último, y teniendo en cuenta el RD 240/2007, no se deduce que en todos los casos sea necesaria la inscripción obligatoria en los Servicios de Empleo; tan sólo en el caso en el que el ciudadano comunitario esté en situación de paro involuntario. Pero a pesar de que no es obligatoria, es totalmente necesaria la inscripción en el Servicio Público de Empleo correspondiente o en una Agencia de Colocación debidamente autorizada para que tenga más posibilidades reales de encontrar empleo: para ello, sería necesario una adecuada Política de Colocación de este colectivo, que, aunque se equiparan a los nacionales, no hay que olvidar las trabas principalmente de idioma así como de régimen jurídico aplicable que encuentran, y que justifican una atención personalizada por parte de los Servicios de Empleo.

4.2. Los Trabajadores Extracomunitarios

Es difícil, como ya se viene indicando, tratar en general el régimen jurídico de la colocación, pues no existe únicamente un determinado colectivo con unas características comunes y específicas, sino que los colectivos a los que se dirige son numerosos y de complicada unificación. Aunque, lógicamente, los trabajadores extracomunitarios no son el mayor colectivo del país, cada vez es más común contar con su presencia, pues España constituye actualmente uno de los países “de más reciente pero intensa recepción del

¹²⁹² STJCE DONA, de 14 de julio de 1976, *Asunto C- 13/76*; STJCE Clean Car Autoservice/Landeshauptmann von Wien, de 7 de mayo de 1998, *Asunto C-350/96*.

Por otra parte, no hay una preferencia en el empleo en función de que la lengua materna sea la del Estado Miembro de acogida. La Comisión [Comunicación de la Comisión, Bruselas 11.12.2002 COM (2002) 694 final “La libre circulación de trabajadores, la plena realización de sus ventajas y sus posibilidades”, pág. 7] considera que, “si bien en determinadas circunstancias bien defendidas para ciertos trabajos puede justificarse la exigencia de un nivel muy alto de conocimientos de una lengua la exigencia de que ésta sea la materna es inaceptable”.

La igualdad de trato queda recogida en términos idénticos en el artículo 39 TCE y en el artículo 133 del Proyecto de Constitución Europea, al prohibir toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados Miembros con respecto al empleo, y también en el artículo 24 de la Directiva 2004/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros.

fenómeno inmigratorio”¹²⁹³ junto con Grecia, Italia, Portugal e Irlanda. Estos nacionales de terceros países, esto es, el inmigrante en sentido propio,¹²⁹⁴ pueden estar ya trabajando -de forma legal o de forma clandestina- o pueden estar en situación de búsqueda de empleo. También surge la necesidad constante de captar trabajadores extranjeros no comunitarios que residen en su país para trabajar en España bien de forma estable o temporal.

Son por tanto numerosas las situaciones en las que se encuentra el extranjero no comunitario con respecto al mercado de trabajo en España. Por ello hay que determinar en cada una de ellas el objetivo de este estudio: la participación de organismos públicos en la Colocación así como la posibilidad de intervención de Agencias de Empleo Privadas. De esta forma se analizará aquí el fenómeno migratorio desde una perspectiva exclusivamente social, siendo un tema de importante trascendencia, a pesar de que en la mayoría de los casos el fenómeno inmigratorio se ha entendido como un asunto de seguridad interna que siempre ha correspondido al Ministerio del Interior, sin atender otras caras “de la realidad poliédrica de la inmigración”,¹²⁹⁵ entre las que se encuentra la social.

4.2.1. Los extranjeros no comunitarios que vienen a trabajar a España

El importante cambio en España de ser un país emisor de emigrantes a ser un país de acogida de inmigrantes procedentes del extranjero no se debe a que actualmente España necesite trabajadores extranjeros por estar en un nivel de alto empleo. Por el contrario, las ofertas de trabajo para inmigrantes presentan un carácter complementario y no concurrente y ello porque cada vez están más delimitadas las prestaciones de servicios, que bien por su penosidad o por su escasa valoración social e incluso por su retribución baja no se aceptan por los trabajadores nacionales, destacando los trabajos serviles (atención a personas

¹²⁹³ Informe CES 2/2004: “La inmigración y el mercado de trabajo en España”, Sesión del Pleno de 28 de abril de 2004, www.ces.es, pág. 74.

¹²⁹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Legislación de extranjería y política de inmigración”, *RL*, (2000-II), pág. 75.

¹²⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.; GALLEGO MORALES, A.L.: “Comentario al artículo 1º”, VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. Coords.): *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, pág. 68.

mayores, niños, servicio doméstico) o la realización de trabajos en la agricultura o en la construcción.¹²⁹⁶

El extranjero no comunitario que desee trabajar en España tiene que realizar todos los trámites para ser contratado en su país de origen, y además los trámites que tiene que llevar a cabo el empresario están sometidos a un fuerte control administrativo. Así, la intervención de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas queda en la mayoría de los casos muy limitada, aunque es necesario analizar su actuación teniendo en cuenta las dos formas ordinarias de acceso al mercado de trabajo: mediante contratos de trabajo que se atienen al Régimen General y mediante los contratos de trabajo que se gestionan a través del Contingente.

a) Empresarios que contratan a través del Régimen General

El empleador que pretenda contratar a un extranjero determinado puede llevar a cabo una solicitud individual de autorización para residir y trabajar. Esta no es la única vía que se puede utilizar para contratar a un trabajador extranjero, pues convive con ésta el Contingente de mano de obra, que se incluyó a partir del Reglamento de 1996, y que como se verá a continuación, se está consolidando como vía preferente.¹²⁹⁷

En el caso que contraten a través del Régimen General, esto es, soliciten de forma individual la contratación de un extracomunitario, la iniciativa -formal- la realiza el empresario que en principio no tiene que acudir al Servicio Público de Empleo para solicitar al demandante de empleo, sino que tiene que llevar a cabo una solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena que según señala el artículo 51 del *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante REx) se presenta “ante el registro del órgano competente para su tramitación correspondiente a la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral”. La autoridad competente no realiza en este caso funciones de Intermediación sino resuelve sobre la autorización de residencia y trabajo solicitada, y en estos casos se tiene que proceder, como indica el Art. 51 REx, al

¹²⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.; GALLEGO MORALES, A.L.: “Comentario al artículo 1º”, op.cit., pág. 68.

¹²⁹⁷ Para un completo estudio de las distintas formas de acceso al mercado de trabajo véase CAVAS MARTÍNEZ, F.; FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B.: “Sistemas de acceso de los extranjeros al mercado nacional de trabajo”, VV.AA (Sánchez Jiménez, M^a.A. Coord.): *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial*, Editorial Diego Marín, Murcia, 2005, pág. 471 y ss.

abono de las tasas en el plazo correspondiente, que por supuesto no se pueden confundir con tarifas por realizar tareas de Intermediación.

De la normativa citada de extranjería no se puede deducir cómo ha conocido el empresario al extranjero que solicita su entrada en España ni cuál ha sido el medio empleado para conocerle. Todo parece indicar que la solicitud se hace para un trabajador en concreto, es decir, es una oferta nominativa, al tener que presentar en la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena “el contrato de trabajo o la oferta de empleo en el modelo oficial establecido”. De la citada normativa tampoco se puede deducir cuál ha sido el medio utilizado por el extranjero para encontrar un empleo en España, aunque lo único que se indica es que tiene que acudir a la “misión diplomática u oficina consular” española correspondiente al lugar de residencia del trabajador para finalizar los trámites y poder entrar y residir legalmente en nuestro país.¹²⁹⁸

Así pues, la intervención del SPE en el caso de los trabajadores extranjeros que vienen ya a España con una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, no la realiza para encargarse de captar al trabajador extranjero, por lo que la intervención en este sentido del Servicio Público de Empleo correspondiente es inexistente y sólo interviene para comprobar que antes de contratar en algunas ocasiones a un trabajador extranjero, hay que previamente acudir al SPE para constatar que se agota primero la posibilidad de contratar a un trabajador nacional. Concretamente, es obligatorio acudir al SPE correspondiente si el empresario va a contratar un trabajador que vaya a desempeñar una ocupación que no esté calificada como de *Difícil Cobertura*, pues en este caso tiene que presentar de forma genérica la oferta ante el SPE correspondiente y solamente puede iniciar los trámites para la futura contratación del extranjero si la gestión de la oferta de empleo presentada ante el SPE concluye con resultado negativo. Para ello, el SPE tiene que emitir “en el plazo máximo de quince días una certificación en la que se exprese que de la gestión de la oferta se concluye la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta” (Art. 50.a) REx).¹²⁹⁹ En este caso en concreto no acude al SPE para solicitar allí al trabajador extranjero sino para agotar la vía previa de intento de contratación de un trabajador nacional para conservar la preferencia en el empleo del trabajador nacional.

¹²⁹⁸ Hay que tener en cuenta que aunque aquí se está analizando cómo accede el extranjero que se encuentra fuera de España, también se pueden presentar las solicitudes iniciales relativas a la autorización de residencia y trabajo si el extranjero se encuentra en territorio español.

¹²⁹⁹ El procedimiento de certificación de no existencia de candidatos en el mercado nacional, vinculándolo al hecho de no poder satisfacer la oferta en un plazo determinado de 15 días, fue propuesto por el CES en el Informe sobre inmigración y mercado de trabajo en España que propuso un plazo determinado entre 15 o 30 días.

Otra cuestión que se puede plantear, es qué ocurriría en el caso de que el SPE encuentre un candidato ajustado a las necesidades del empresario para cubrir el puesto de trabajo solicitado, y el empresario finalmente decide no contratarlo. Aunque no hay nada regulado en la normativa vigente que de una solución a esta cuestión, se puede deducir en virtud del principio de libertad de empresa recogido en la Constitución en el Art.38, que el empresario puede rechazar el demandante de empleo seleccionado por el Servicio Público de Empleo y proceder a la contratación de un trabajador extranjero porque se entiende que se ha intentado contratar a un trabajador nacional. Lo importante en este caso es cumplir con la obligación de acudir previamente al SPE para tramitar allí la oferta, pero no hay obligación de contratar de forma obligatoria a un trabajador nacional.

Este es el caso en el que el empresario tiene que acudir al SPE cuando desee contratar a un trabajador extranjero por el Régimen General. Sin embargo, si el empresario va a contratar un trabajador que su ocupación se integra en el *Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura* que elabora el Servicio Público de Empleo Estatal para cada provincia así como para Ceuta y Melilla de acuerdo con la información suministrada por Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, no tiene que acudir previamente al Servicio Público de Empleo para contratar a un trabajador nacional, sino que la tramitación para poder contratar al trabajador extranjero se hace al margen de la intervención de éste y se hace así porque previamente se ha determinado la “Situación Nacional de Empleo elaborando tal Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura (Art. 50 REx).¹³⁰⁰ De este modo se permite la contratación del trabajador extranjero aunque se tiene que seguir el procedimiento para su contratación tal y como indica el Art. 51 REx.¹³⁰¹

¹³⁰⁰ Hay que tener en cuenta también la Resolución de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el procedimiento para la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura regulado en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2005).

¹³⁰¹ Una de las profesiones que normalmente se encuentra en todos los ámbitos geográficos como de *Dificil Cobertura* es la de Empleada de Hogar, por lo que en estos casos no tienen que acudir previamente al Servicio de Empleo. La inclusión de este colectivo en el citado Catálogo parece lógica, si se tiene en cuenta que en un momento anterior, cuando estaba vigente el anterior Reglamento (Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000), a pesar de que cuando se solicitaba a un trabajador/a extranjero para desempeñar el trabajo de empleada de hogar se acreditaba la existencia de demandantes de empleo de puestos de trabajo de empleada de hogar disponibles en el territorio nacional y en la provincia concreta en la que se solicitaba a la empleadora extranjera, la jurisprudencia venía concediendo el permiso de trabajo entendiéndose que “se aprecia en el trabajo ofertado la existencia de una relación de confianza propia de un puesto de trabajo que afecta al hogar familiar y a la intimidad domiciliaria, tratándose más bien de una oferta de trabajo *intuitu personae*, es decir, en consideración a un perfil ya contrastado, en el que las partes

Y, por último, si el empresario va a contratar a nacionales de terceros Estados con los que hayan suscrito Convenios internacionales, así como a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al EEE enrolados en buques españoles en virtud de acuerdos internacionales de pesca marítima, se indica expresamente en el Art. 50 in fine del REx que no se tiene en cuenta para la concesión de la autorización para trabajar la Situación Nacional de Empleo. También se deduce que en estos casos no existe la obligación de acudir previamente al Servicio Público de Empleo para intentar colocar previamente a un trabajador nacional.

b) Empresarios que contratan a través del Contingente

Otra forma de contratar a trabajadores extranjeros no comunitarios es a través del Contingente, que permite la contratación de trabajadores que no se hallan ni residen en España y que comprende una cifra provisional anual del número de ofertas de empleo para un año natural, y va dirigido a cubrir puestos de trabajo estables, según la nueva redacción del REx (Art. 78.1). Lo primero que es necesario delimitar es dónde tiene que acudir el empresario para poder contratar al trabajador extracomunitario por esta vía. En el caso de utilizar esta vía, la solicitud por parte del empresario va a ser en las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales de la provincia donde vaya a realizarse la actividad laboral o en la Dirección General de Inmigración. La presentación en un lugar u otro depende principalmente del número de trabajadores que se vaya a contratar, según indica el acuerdo de Contingente para el año 2007.¹³⁰² Un dato que sí merece especial atención es que los empresarios que pretendan contratar a trabajadores extranjeros a través del Contingente deberán presentar las solicitudes personalmente o bien a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial que para estos supuestos podrán ser las organizaciones empresariales según indica el Art. 80.2 REx. Esto significa que los empresarios en estos casos pueden tener sus propios intermediarios que son las asociaciones empresariales. En estos casos no actúan los Agentes de la Intermediación previstos legalmente, pues el trabajador ya cuenta con su contrato de trabajo antes de residir en nuestro país, siendo por tanto inexistente la función que desempeñan los Servicios Públicos

confían recíprocamente y en el que se ponen en común aspectos tan esenciales como la intimidad personal y familiar” (SSTSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 811/2005, de 11 de mayo, JUR 2005/163438 y núm. 1967/2005 de 3 de noviembre, JUR 2006/107435).

¹³⁰² Resolución de 26 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de diciembre de 2006 por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2007.

de Empleo y otros intermediarios.¹³⁰³ Lo que sí podrían realizar los Servicios Públicos de Empleo es una función de “formación de este colectivo”, una vez que hayan llegado a España, aunque sería mejor que esta formación se llevara a cabo en el país de origen, mencionando el REx (Art. 80.4) las dos posibilidades.¹³⁰⁴

El empresario puede presentar bien ofertas genéricas que según el nuevo REx “se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios” (Art. 78.5), o bien puede tramitar ofertas nominativas siempre y cuando el Consejo de Ministros establezca los supuestos en los que será posible tramitarlas de este modo.¹³⁰⁵

En la mayoría de las ocasiones las solicitudes son genéricas y el empresario no puede contactar directamente con el trabajador que quiere contratar, pues es el país de origen el que se encarga de la selección del candidato, cumpliendo en este caso el órgano creado al efecto la función de una Empresa de Selección de Personal, pero con la particularidad de que tal selección vincula al empleador, sin que haya participado necesariamente en la selección.¹³⁰⁶

Así, para evitar que el empresario conozca al trabajador una vez que ya lo va a contratar en España, se da la posibilidad prevista en el REx de acudir bien el empresario o sus representantes legales al país de origen del extranjero para realizar allí la selección. Concretamente, se ha puesto en marcha en Cataluña a través del Servicio de Ocupación de

¹³⁰³ En el mismo sentido, véase OJEDA AVILÉS, A.: “Los Servicios Públicos de Empleo en España (II). El Instituto Nacional de Empleo”, *RSS*, núm. 17, enero-marzo (1983).

¹³⁰⁴ El artículo 80.4 REx señala que “teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo que se vaya a desempeñar, se podrán desarrollar cursos de formación, en España o en los países de origen, dirigidos a los trabajadores que hayan sido seleccionados o preseleccionados”.

¹³⁰⁵ Según señala el Informe CES 2/2004, de 28 de abril sobre la inmigración y el mercado de trabajo en España, (pág. 92), en el contingente para el año 2003 ya se distinguieron ofertas genéricas y nominativas, éstas últimas con carácter limitado, concretamente en tres supuestos: trabajadores que hayan sido titulares de un permiso o autorización para el trabajo en España y hayan retornado a su país de origen en el que se encuentran; otros supuestos de carácter excepcional autorizados expresamente por la DGOM; y en el caso del servicio doméstico cuando haya existido relación laboral previa con el empleador en otro país. Además, el CES en el citado Informe (pág. 134), pide “un margen más amplio de autonomía de las empresas en el proceso de selección que se aproxime al que tienen en el mercado nacional, siendo deseable la ampliación del ámbito de las ofertas nominativas, actualmente muy restringido”.

En el contingente para 2007 se prevé las ofertas nominativas para determinados supuestos.

¹³⁰⁶ Véase la crítica efectuada al proceso de selección por CEINOS SUÁREZ, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 320.

Cataluña, un Servicio de Intermediación Laboral en origen (SILO), que actualmente está creado en Varsovia, Tánger y Bogotá, y que se ha puesto a disposición de empresas catalanas para facilitar la contratación en origen de trabajadores extranjeros.¹³⁰⁷ Este modelo de “intermediación laboral en origen” se podría trasladar también a otras Comunidades Autónomas, ya que facilitaría la contratación a través de esta vía.

Hay que hacer una especial mención por su novedad y por el interés en el estudio que se está realizando sobre la Colocación de los trabajadores en general, al nuevo contenido del Contingente incorporado en la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx) y en el REx. El Art. 17 de esta ley introduce cambios en el Art. 39 de la LO 4/2000, de 11 de enero tras la redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y señala que el acuerdo de Contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, así como un número de visados para búsqueda de empleo limitados a determinados sectores de actividad u ocupaciones en un ámbito territorial concreto, en las condiciones que se determinen. A pesar de que ambos tipos son “visados para búsqueda de empleo”, es necesario analizarlos por separado:

b.1. Contingente para búsqueda de empleo distribuido por sectores de actividad y ocupaciones.

Por primera vez se regula en nuestro país en una ley de extranjería esta nueva figura de estancia especial para búsqueda de empleo, aunque ya se había introducido en los Contingentes anuales a partir de 2002 para la actividad del servicio doméstico.¹³⁰⁸ Aunque el

¹³⁰⁷ Se pueden solicitar tales servicios cuando la oferta de trabajo es para la ocupación incluida en el contingente, cuando la oferta de trabajo está contemplada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, y cuando la oferta ha sido gestionada por la Oficina de Trabajo de la Generalitat y ha emitido una certificación de inexistencia de candidatos para esta oferta. http://www.oficinatreball.net/socweb/opencms/socweb_es/suport_empreses/proces_contractacio/contract_estrangers/silo.html

¹³⁰⁸ Mediante Resolución de 11 de enero de 2002, se disponía que los Servicios Públicos de Empleo de las provincias donde se hubiese fijado contingente para tal actividad, elevarían a las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM una propuesta de selección de un número determinado de trabajadores, asumiendo el compromiso de realizar un “programa específico de intermediación laboral” dirigido a facilitar la contratación una vez que los extranjeros se hallasen en España.

CES aclaró que estas experiencias parecidas al visado de búsqueda de empleo en los anteriores Contingentes no se podían considerar como un precedente para la futura aplicación de esta ley,¹³⁰⁹ el caso es que así ha sido, y queda constancia de ello en la regulación desarrollada de este tipo de visado en el REx (Arts. 81-83) y también en el Contingente para el año 2007, en el que los visados para búsqueda de empleo distribuidos por sectores de actividad y ocupaciones van dirigidos únicamente al sector de empleados/as de hogar.¹³¹⁰ La justificación de este nuevo visado ya la había previsto la Unión Europea, concretamente el Comité Económico y Social Europeo,¹³¹¹ al señalar que a pesar de que el sistema más adecuado para la admisión legal de inmigrantes es disponer de una oferta de empleo estando el inmigrante en el país de origen, existe una parte del mercado de trabajo que se está cubriendo por la población inmigrante y que corresponde a pequeñas empresas, artesanía, servicio doméstico, atención a personas dependientes y es imposible el conocimiento previo en el país de origen entre el empleador y el trabajador inmigrante, y para evitar la economía sumergida y el empleo irregular -indica el CESE- es necesario poner en funcionamiento el visado para búsqueda de empleo que propone fijarlo en seis meses de duración. Así pues, en España se ha tomado en cuenta esta “propuesta comunitaria”, pero, sin embargo ha reducido el visado a un solo colectivo -servicio doméstico- y ha reducido también el tiempo de visado -de seis meses a tres meses-, lo cual hace pensar que todavía se está en una fase de experimentación y que va a ser necesario ampliar este tipo de visados debido a la cantidad de pequeñas empresas que actúan en España contratando a trabajadores inmigrantes, y sobre todo particulares que emplean -hoy en día abundando la inmigración irregular- a inmigrantes para el servicio doméstico.

Dicho visado, que se tiene que someter a la valoración de la *Situación Nacional de Empleo*, tiene una duración de tres meses, sin admitirse ningún tipo de prórroga,¹³¹² y si

¹³⁰⁹ Informe CES 2/2004: “La inmigración y el mercado de trabajo en España”, op.cit., pág. 137.

¹³¹⁰ Sin embargo, en el Contingente para el año 2006 (BOE núm. 14, de 17 de enero de 2006) los visados para búsqueda de empleo iban dirigidos, principalmente, al sector de empleado de hogar y en menor medida, a camareros, albañiles y cocineros.

¹³¹¹ Dictamen del CESE sobre las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo, DOC 80 de 3.4.2002.

¹³¹² También se aplica de forma idéntica al visado para hijos y nietos de español de origen. Los autores Rodríguez Benot, A. e Ybarra Bores, A. [“La situación de los extranjeros en España”, en VV.AA. (Sánchez Jiménez, M^a.A, Coord.): *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España*, Editorial Diego Marín, Murcia, 2005, pág. 387], señalan que “a tenor de lo dispuesto en el art. 29.1. del REx no cabe la posibilidad de una prórroga de esta situación, como sí ocurre, en general, con la situación de estancia.

transcurrido este plazo no hubiera obtenido un empleo, debe salir del territorio incurriendo en caso contrario en la infracción del Art. 53.a) de la LOEx con la sanción adicional de no poder obtener autorización para trabajar en el plazo de dos años. Pero se deduce de la normativa analizada que la expulsión del territorio es la medida última que se tiene que utilizar en el caso de que el extracomunitario no encuentre empleo, y ello porque el SPE correspondiente o bien las Asociaciones Empresariales -que son los que solicitan estos visados- tienen que poner en marcha un programa específico para la búsqueda de empleo, y también se puede facilitar la contratación en un ámbito geográfico o en una ocupación distinta cuando se acredite por el Servicio de Empleo la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta.

Así pues, estos visados, que de forma voluntaria se pueden incluir en los Contingentes anuales¹³¹³ -y que por el momento se han incluido- se consideran positivos¹³¹⁴ manifestándose también a favor de ellos la Unión Europea, concretamente en la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración”.¹³¹⁵

En definitiva, y a modo de síntesis, y en relación al régimen de la Colocación de este colectivo, se puede indicar que:

-En relación a los intermediarios previstos: los SSPE son auténticos intermediarios, aunque no en exclusiva, pues también desempeñan esta función las Organizaciones Empresariales, ya que ambos pueden solicitar extracomunitarios con estos visados. De estos intermediarios depende que el proceso de búsqueda de empleo sea lo más eficaz y más corto posible,

¹³¹³ En primer lugar, regular el contingente de trabajadores extracomunitarios de forma anual constituye una posibilidad, no una obligación. La LOEx señala que “el gobierno podrá aprobar un contingente anual...”; y, en segundo lugar, si se decide regular el contingente, también es una posibilidad incluir los dos tipos de visado para búsqueda de empleo, pues la LOEX (Arts. 39.3, y 39.4) vuelve a utilizar “podrá”.

¹³¹⁴ Es unánime por parte de la doctrina considerar positivo este tipo de visado, sobre todo para las relaciones donde la confianza entre las partes se considera esencial. Véase RODRÍGUEZ BENOT, A.; YBARRA BORES, A.: “La situación de estancia de los extranjeros en España”, en VV.AA.: (Sánchez Jiménez, M^a.A. Coord.): *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico en España*, op.cit., pág. 386; TRINIDAD GARCÍA, M^a; MARTÍN MARTÍN, J.: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 58-60.

Por otra parte, el CES (Informe 2/2004, pág. 137), se manifiesta a favor de este tipo de visados, pues señala que van a facilitar muchos trámites sobre todo para los empresarios que aún tienen más dificultades o recelos respecto a la selección en el exterior”.

¹³¹⁵ DOUE Serie C, núm. 260, de 17 de septiembre de 2001, pág. 108.

aunque se puede criticar que en el caso de que la búsqueda de empleo no sea eficaz, éstos no asumen ninguna responsabilidad -por ejemplo, no hay sanciones aplicables a estos efectos- sino que el afectado va a ser el extracomunitario, ya que se le obliga salir de España. Ahora bien, existe una obligación de llevar a cabo por parte del Servicio Público de Empleo o de las Organizaciones Empresariales un plan concreto de inserción y de búsqueda de empleo dirigido a los trabajadores solicitados. La simple solicitud de estos intermediarios lógicamente no asegura que se lleve a cabo una Colocación de estos trabajadores extracomunitarios, es necesario incorporar dichos planes de inserción y búsqueda de empleo.

Por otra parte, aunque no se ha previsto en el Contingente para el año 2007 la intervención de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos,¹³¹⁶ se podría hacer extensiva la posibilidad de Intermediación de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos; es decir, con carácter voluntario los extracomunitarios con visado para búsqueda de empleo podrán inscribirse como demandantes de empleo en las Agencias de Colocación sin fines lucrativos,¹³¹⁷ aunque no se indica nada sobre un compromiso de estas Agencias de establecer un programa de inserción laboral. Pero sería necesario que las Agencias de Colocación, en el momento de realizar funciones de Intermediación para este colectivo, se implicaran también y proporcionaran un plan de inserción laboral al demandante de empleo extracomunitario.

También podría existir la posibilidad de que los Servicios Públicos de Empleo firmaran Convenios de Colaboración¹³¹⁸ con Entidades Colaboradoras para externalizar la función de Colocación de este colectivo, aunque por el momento no se ha realizado.

Aunque aquí se está a favor de la ampliación del campo de intermediarios en el ámbito de extranjería, no se está a favor de la creación de Agencias de Empleo Privadas con ánimo de lucro para ajustar ofertas y demandas de extracomunitarios con un visado para la búsqueda de empleo. La inserción de este colectivo, junto con los programas de

¹³¹⁶ Del citado informe del CES (Informe 2/2004) parece deducirse que podrían actuar otros intermediarios distintos a los Servicios Públicos de Empleo. Concretamente, se indica (pág. 137) que “en todo caso, su novedad aconsejaría una introducción gradual, en coordinación con determinados sectores y territorios que pueden concentrar estas necesidades, y utilizando los instrumentos de intermediación en España previstos en el marco de la Ley de Empleo una vez que los trabajadores se encuentran en España”.

¹³¹⁷ Así se determina en el artículo 11 de la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación (BOE núm. 291, de 6 de diciembre de 2006).

¹³¹⁸ En el mismo sentido, CEINOS SUÁREZ, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, op.cit., págs. 312-313.

intermediación que realizan, tendría que ser competencia, bien de los Servicios Públicos de Empleo o bien de las Agencias de Colocación, aunque también mantengo una posición favorable a la función que desempeñan en este campo las Organizaciones Empresariales, a pesar de que no estén constituidas como Agencias de Colocación.

-En relación al empresario: se deduce del Contingente para el año 2007 que los empresarios tienen obligatoriamente que solicitar a los trabajadores -se entiende que es mediante oferta genérica- bien del SPE correspondiente o bien de las Organizaciones Empresariales, pues son los que solicitan a su vez a la Dirección General de Inmigración la asignación de un número determinado de visados aprobados en el Contingente para la búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones. Antes de comunicar el contrato de trabajo en el SPE -que se entiende que las obligaciones de comunicar el inicio y el fin del contrato se tienen que realizar pues no hay distinción una vez firmado el contrato de trabajo- el empresario es el que tiene que presentar el contrato de trabajo-solicitud autorización en la Oficina de Extranjeros o en el Área o Dependencia de Trabajo en la Delegación o Subdelegación del Gobierno donde vaya a realizarse la actividad laboral, y quedará condicionada a la posterior afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social “para evitar contrataciones falsas y fraudulentas”.¹³¹⁹

-En relación al trabajador con visado para búsqueda de empleo: la selección de estos trabajadores se hace en el país de origen, que coincide “preferentemente” con aquellos países con los que España tiene suscrito acuerdos sobre regulación de flujos migratorios, según señala el Art. 39.6 LOEXs al determinar cómo se orientan las ofertas de empleo a través del Contingente.¹³²⁰ Aunque se denomine visado para búsqueda de empleo, éstos no vienen “a la aventura” sino que saben de antemano dónde tienen que acudir para que se beneficien del programa de Intermediación con la finalidad de encontrarles un empleo. Así, aunque en el Art. 39.5 LOEXs se señala que “podrá inscribirse en los Servicios Públicos de Empleo correspondientes”, es totalmente necesario que la inscripción en el Servicio Público de Empleo correspondiente sea obligatoria, y de ahí se deriven estos trabajadores previamente solicitados al programa de búsqueda de empleo, bien realizado por el Servicio Público de Empleo o por las Organizaciones Empresariales, dependiendo de quién haya solicitado estos trabajadores.

¹³¹⁹ IGARTÚA MIRÓ, M^a.T.: “Algunas consideraciones sobre el contingente de trabajadores extranjeros a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería”, VV.AA. (Sánchez-Rodas Navarro, C. Direc.): *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Laborum, Madrid, 2005, pág. 114.

¹³²⁰ Aunque en el Contingente para el año 2007 se prevé también la posibilidad de que la selección se lleve a cabo en países con los que España no tenga suscritos estos Acuerdos.

Se podría plantear si el extracomunitario con este tipo de visado para búsqueda de empleo puede utilizar otro tipo de Intermediario u otra vía de búsqueda de empleo: los Servicios Públicos de Empleo y las Organizaciones Empresariales tienen la obligación de prestar obligatoriamente estos planes de inserción laboral y orientarlos en la búsqueda de empleo; pero no hay inconveniente para que el extracomunitario opte por otra vía y después se formalice el contrato a través de la Oficina Pública, pues la intención clara en este caso es la contratación del trabajador, por lo que sería absurdo imponer trabas si el trabajador quiere de forma independiente iniciar la tarea de búsqueda de empleo.

b.2. Contingente para búsqueda de empleo para hijos y nietos de español de origen

Este tipo de visados no se conceden para la búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones -y además se conceden al margen de la valoración de la Situación Nacional de Empleo- sino que se otorgan para buscar empleo en España sólo y exclusivamente para hijos y nietos de español de origen.¹³²¹ Así, el Contingente para 2007 no contempla restricción alguna en cuanto a ámbito geográfico ni sector de actividad u ocupación, a diferencia de lo que se preveía en el Contingente para el año 2006, que preveía tal visado solamente para algunas Comunidades Autónomas, concretamente Andalucía, Galicia y Cantabria, dividido a su vez por provincias.

En este caso no se prevé ningún intermediario obligatorio, pues sólo hace referencia a la posibilidad de poner en marcha programas específicos de Intermediación laboral dirigidos a un número determinado de titulares de estos visados de búsqueda de empleo. Se puede criticar la escasa implicación de los Servicios Públicos de Empleo en el campo de la inmigración, siempre se hace alusión a la posibilidad de participar éstos en las tareas de Intermediación y activación de políticas de empleo dirigidos a estos colectivos, pero no se establece en ningún momento la obligación de los Servicios de Empleo de llevar a cabo labores de Intermediación laboral. Esto significa que hay aún una menor participación de los Servicios de Empleo para los hijos o nietos de español de origen que vengan a buscar empleo a España a través de la vía del Contingente de búsqueda de empleo.

Sin embargo, deberían tener más responsabilidad los Servicios de Empleo en este ámbito, pues de su eficacia y del buen funcionamiento de los programas que lleve a cabo va

¹³²¹ Sin embargo, parece que en la práctica esta forma de buscar empleo en España se va a limitar a los nietos de español de origen, y ello porque se contempla en el artículo 45.2 c) REx que los hijos de españoles de origen queden exentos de la Situación Nacional de Empleo y del visado, y tengan además una autorización de residencia y trabajo. Véase BALLESTER PASTOR, M^a.A.: *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 323.

a depender la efectiva colocación de este colectivo y la estancia en España, pues en caso de que no encuentren un empleo en el plazo de tres meses sin haber encontrado trabajo, van a ser expulsados del país.¹³²²

Del mismo modo que en el caso anterior, el empresario tiene que comunicar tanto el inicio como el fin del contrato de trabajo, y previamente tiene que presentar el contrato de trabajo-solicitud autorización en la Oficina de Extranjeros o en el Área o Dependencia de Trabajo en la Delegación o Subdelegación del Gobierno donde vaya a realizarse la actividad laboral, y quedará condicionada a la posterior afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social. Una de las diferencias importantes con el visado para búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones es que en estos últimos son los empresarios los que a través de los SSPE o de las Organizaciones Empresariales solicitan a los trabajadores, mientras que en el visado para búsqueda de empleo para hijos o nietos de español de origen son éstos los que toman la iniciativa, es decir, parece que lo que se le concede es un visado para entrar en España y poder buscar empleo, por lo que la intervención de los Servicios Públicos de Empleo en estos casos va a ser esencial. Tampoco se deduce que obligatoriamente tengan que utilizar únicamente los Servicios de Empleo, sino que podrán utilizar los demás intermediarios previstos legalmente, aunque el programa de intermediación específico lo realizará solamente el SPE correspondiente.

4.2.2. Los extranjeros no comunitarios que se hallan y/o residen en España

El colectivo de extranjeros no comunitarios que se encuentra en nuestro país tampoco es homogéneo, al tener diferentes relaciones jurídicas con respecto a la Administración, y que van a incidir en la búsqueda de empleo, pues no todos ellos van a tener las mismas oportunidades a la hora de acceder al mercado de trabajo. Para ello se van a ir diferenciando cada una de estas situaciones teniendo en cuenta la normativa de extranjería vigente, esto es, la *Ley Orgánica de extranjería 14/2003 de 20 de noviembre, de reforma de la Ley*

¹³²² Se ha señalado por parte de la doctrina que si el hijo no encuentra trabajo en el período de tres meses, no tiene que ser expulsado, apuntando como solución para el supuesto de los hijos de español de origen la vía del arraigo, aunque esto no se le aplicaría a los nietos de españoles. Véase LIROLA DELGADO, I.: “El Proyecto de Reglamento de Extranjería de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Un comentario”, *Diario, La Ley*, núm. 6144, 10 de diciembre de 2004, pág. 2.

Por otra parte, para este caso en concreto no está previsto que la Dirección General de Inmigración en el plazo de los tres meses facilite la contratación en un ámbito geográfico o en ocupación distinta de los que inicialmente estaban previstos.

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), así como el Reglamento que lo desarrolla, concretamente el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (REx).

1. Aquellos nacionales de terceros países que se encuentren en situación de residencia permanente, pueden -como indica el Art. 71 REx- trabajar en igualdad de condiciones que los españoles, lo que significa que pueden utilizar los mismos Agentes de la Intermediación que los trabajadores nacionales y pertenecientes a la UE y al EEE.

Aunque es muy limitada la labor de los Servicios Públicos de Empleo como intermediarios entre empresarios y nacionales de terceros países que ya se encuentran en España, hay alguna referencia en el REx. Se prevé la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando el trabajador haya tenido un período de actividad de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, junto con otros justificantes “que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas” (Art. 54.4.b) REx).¹³²³ Esto significa que los Servicios Públicos de Empleo o bien a través de las entidades que colaboren con los mismos, tienen la obligación de poner en marcha políticas activas y sobre todo de inserción laboral para los trabajadores inmigrantes. En este caso los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos realizan una verdadera función de Colocación; esto significa que si los trabajadores extranjeros en este caso quieren renovar su autorización tienen entonces que inscribirse como demandantes de empleo en la Oficina de Empleo correspondiente.

2. Un colectivo que merece especial atención es el de refugiados y asilados, ya que aunque no son muchas las personas que llegan a España en esta situación, sí quedan regulados y además contemplados en la normativa de extranjería.¹³²⁴ Para este colectivo se han creado Agencias de Colocación específicas; concretamente CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado) cuenta desde el año 1998 con seis Agencias de Colocación en Andalucía, Canarias, Cataluña, Madrid, Valencia y País Vasco. Estas Agencias se encargan de realizar funciones de Colocación, pero a su vez trazan un itinerario de inserción laboral, y se

¹³²³ También tiene que acreditar “que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad”, y “que en el momento de solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor” (At. 54.4 a),b).

¹³²⁴ Se entiende por refugiado en el ámbito de la Unión Europea “cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiado en los términos de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967. Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE, L 251/12, de 3-10-2003).

asignan tutores para su seguimiento, contando con un Observatorio Ocupacional con una red de Agentes de inserción laboral, Unidades de Apoyo que responden a las necesidades de los planes personalizados de inserción laboral y cursos de Formación Profesional Ocupacional cuando se detectan necesidades formativas, así como campañas de información y sensibilización a empresarios e instituciones.¹³²⁵

El concepto de asilado difiere del de refugiado. La persona que busca “asilo” es aquella que “ha solicitado la protección de un Estado Miembro reclamando el estatuto de refugiado de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951 y sobre cuya solicitud no se ha adoptado todavía una decisión definitiva”.¹³²⁶ El asilado no es aún refugiado, sino que está en espera de serlo. Es interesante destacar la nueva política de asilo en la Unión Europea para ver cómo puede afectar al régimen jurídico de la Colocación que se siga para este colectivo. Concretamente en el Consejo Europeo de Tampere, los Estados Miembros acordaron trabajar en la construcción de un sistema europeo común de asilo. De este modo, se llevaron a cabo normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados Miembros mediante la *Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados Miembros*. En materia de empleo se establece que los Estados Miembros no podrán prohibir a los solicitantes de asilo el acceso al mercado laboral y a la formación profesional transcurridos seis meses a partir de la fecha de presentación de la solicitud. Ahora bien, los Estados Miembros “mantendrán el control total del mercado nacional de trabajo, puesto que pueden determinar los tipos de empleo a los que pueden acceder los solicitantes de asilo, el número de horas o días al mes o al año durante el cual están autorizados a trabajar, las cualificaciones que deben poseer, etc”.

La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (modificado en algunos aspectos por el REx de 2004), no tratan en concreto del derecho de acceder a los Servicios de Empleo para buscar trabajo, pero en el momento en el que se les autoriza la permanencia en España y se les concede una autorización de residencia conforme a lo establecido en la LOEx, están legitimados para utilizar los Servicios de Empleo que se utilicen en España para hacer posible la Colocación de trabajadores.

Además, concretamente, la Disposición Adicional Decimoséptima del REx trata de la autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de asilo tal y como señala la ya citada

¹³²⁵ <http://www.cear.es>

¹³²⁶ Acción común 1999/290/JAI, adoptada por el Consejo, por la que se establecen proyectos y medidas de ayuda para la acogida y repatriación voluntaria de refugiados, personas desplazadas y que buscan asilo, incluida ayuda de emergencia a las personas que han huido como consecuencia de los recientes acontecimientos en Kosovo.

Directiva 2003/9/CE, y de este modo están autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud de asilo, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado aunque no hay ninguna referencia expresa acerca de las limitaciones de empleos a los que pueden acceder.

También hay que aclarar que, en materia de extranjería, como ahora se comprobará, existen oficinas específicas para tramitar las diferentes solicitudes para poder residir y trabajar legalmente en nuestro país. En este campo en concreto, se encargan las *Oficinas de Asilo y Refugio*, pero ello no quiere decir que también se les encargue la función de Colocación pues ésta se centraliza en los Servicios de Empleo y en las Agencias de Colocación creadas para estas situaciones.

En resumen, se ha deducido de la normativa existente que los refugiados y solicitantes de asilo pueden utilizar los mismos Agentes de la Intermediación que los trabajadores nacionales. Ahora bien, son muchos los que no están en una situación legal de refugio o asilo, pues siguen permaneciendo en el país de acogida aún después de la negación de sus peticiones, haciendo que se desarrolle la inmigración ilegal, cuestión que se pasa ahora a analizar.

3. Es muy común la existencia de una importante bolsa de trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular, que aunque no pueden acceder a los Servicios de Empleo que actúan para los nacionales, miembros de la UE y del EEE, y extracomunitarios en situación regular, utilizan otros cauces para encontrar empleo. No existe un régimen jurídico de Colocación aplicable a los inmigrantes ilegales, pues la única política existente para este colectivo es la de control de flujos migratorios, que se está llevando a cabo actualmente desde la Unión Europea y desde todos los Estados Miembros. Como prueba de esta política de control de flujos destaca el Reglamento (CE) núm. 2007/2004 del Consejo de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras, para coordinar los esfuerzos europeos de lucha contra la inmigración ilegal. Esta Agencia no se ha creado ni mucho menos como Agencia de Colocación, sino que la intención es llevar a cabo una política “fría y poco hospitalaria”¹³²⁷ que consiste en la cooperación del control de las fronteras exteriores, tanto terrestres como marítimas o en los aeropuertos internacionales de la Unión Europea. Esta será una forma adecuada de combatir y poner fin a redes clandestinas que desde el país de origen actúan como verdaderos intermediarios para ofrecerles un empleo a los trabajadores en España, así como en otros Estados Miembros de la Unión Europea al margen de la

¹³²⁷ MERCADER UGUINA, U.; MUÑOZ RUIZ, A.B.: “El tratamiento de la política migratoria en una Unión Europea”, *RMTAS*, núm. 32, (2001), pág. 54.

legalidad vigente. La política de la Unión Europea en la actualidad, y que se ve reflejada también en el Proyecto de Constitución Europea, es aplicar el espíritu de solidaridad y el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad solamente a los “habitantes” y por tanto a aquellos nacionales de terceros países que se encuentren en situación regular. En España la situación es idéntica en este sentido, y así se refleja en el nuevo REx, al indicar que el “Reglamento es fruto del esfuerzo por priorizar la inmigración legal, a lo que se añaden nuevos instrumentos para perseguir más eficazmente la inmigración irregular”. De este modo, además de llevar a cabo medidas para combatirla, se han establecido medidas para hacer frente a una realidad, y es la de convertir la inmigración irregular en nuestro país en inmigración regular, llevándose a cabo en algunas ocasiones procesos extraordinarios de regularización, o llamado recientemente “proceso de normalización de carácter extraordinario”.¹³²⁸ Pero en estos casos no intervienen intermediarios en el mercado de trabajo, pues el contacto entre oferta y demanda ya está efectuado y lo que se pretende es regularizar su situación.

4. Hay que hacer una matización con respecto a algunos nacionales de terceros países que al ser miembros de la familia¹³²⁹ de un ciudadano comunitario se les va a aplicar la normativa comunitaria relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros (concretamente la Directiva 2004/38, ya analizada) y por tanto el régimen de Colocación es el mismo que el ya analizado para los ciudadanos comunitarios.

¹³²⁸ El último proceso de normalización fue previsto en la Disposición Transitoria del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y ha sido desarrollado por la Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero.

¹³²⁹ En la Directiva 2004/38 se indica que es “Miembro de la familia” el cónyuge, la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja, los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja con la que el ciudadano de la Unión haya celebrado una unión registrada. También el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas: cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de familia, y la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

4.3. Valoración general

Los Servicios Públicos de Empleo, que realizan algunas funciones específicas con respecto a los trabajadores extracomunitarios -como pueden ser la de elaborar la *Situación Nacional de Empleo*,¹³³⁰ la de acreditar que no existen trabajadores nacionales (o comunitarios o del EEE) para que el empresario pueda contratar a un extracomunitario que su actividad no esta incluida en el *Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura*, o la de recibir las solicitudes de renovación y prórroga de las autorizaciones de trabajo y residencia junto con el INSS,¹³³¹ también desempeñan en determinadas ocasiones funciones de Colocación, principalmente dirigidas a aquellos extracomunitarios que vienen a España con un visado para búsqueda de empleo o para aquellos que quieren renovar la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ya que en este caso tienen que acreditar que están buscando activamente empleo. Es decir, en todos los supuestos en los que los extracomunitarios tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo, podrán inscribirse en los Servicios Públicos de Empleo, haciéndolo extensivo a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.¹³³²

¹³³⁰ El Servicio Público de Empleo Estatal, según dispone el Art. 50 REx, interviene en el procedimiento para la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, y lo elabora con periodicidad trimestral, en la primera quincena de cada trimestre natural, para cada provincia, así como para las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla que contendrá aquellas ocupaciones de la Clasificación Nacional de Ocupaciones. Pero también intervienen los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos pues se les remite los Catálogos correspondientes a cada una de las provincias de su ámbito territorial, y tienen capacidad de incluir o excluir de dicho Catálogo aquellas ocupaciones que su experiencia en la gestión así lo determine. Véase la Resolución de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el procedimiento para la elaboración del catálogo de ocupaciones de Dificil Cobertura regulado en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2005).

Por otra parte, se ha criticado por el CES (Informe 2/2004) la forma en que queda fijada en la normativa de extranjería la determinación de la Situación Nacional de Empleo debido a la baja proporción de la oferta global de empleo que se gestiona por los Servicios Públicos de Empleo.

¹³³¹ Se han ampliado los organismos en los que se tienen que presentar tales solicitudes y se ha elegido al Servicio Público de Empleo por disponer de una estructura administrativa descentralizada que permite evitar aglomeraciones y facilitar la presentación de este tipo de solicitudes. Concretamente, Resolución de 8 de julio de 2004, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de encomienda de gestión al INSS y al Servicio Público de Empleo Estatal/INEM. La encomienda de gestión se otorga en este caso con carácter temporal (de 5-7-2004 a 31-12-2004) y con el ámbito territorial de aplicación siguiente: Andalucía, Aragón, Canarias, Cataluña, Islas Baleares, Madrid, Murcia y Comunidad Valenciana.

¹³³² Los documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo se pueden encontrar en la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de

Se valora de forma muy positiva la intervención de los Servicios Públicos de Empleo realizando programas de Intermediación para favorecer la colocación de los trabajadores extranjeros, aunque se puede considerar escasa su participación, y ello se deduce incluso de la normativa actual en materia de empleo (concretamente la Ley de Empleo 56/2003). En la Exposición de Motivos de la citada Ley se menciona el tema de extranjería señalando que uno de los factores “adicionales” que han afectado al mercado de trabajo es el “fenómeno inmigratorio”, con la consiguiente llegada de importantes recursos humanos procedentes del exterior a nuestro mercado de trabajo”. Lo incluye además como colectivo prioritario junto con los jóvenes, parados de larga duración, mayores de 45 años y discapacitados (Art. 26), y le atribuye la función de realizar “programas de intermediación y políticas activas de empleo cuyo objetivo sea la integración laboral de trabajadores inmigrantes, realizados en sus países de origen, facilitando la ordenación de flujos migratorios (Art. 13.e).¹³³³

Sin embargo no se ha previsto en la LE ningún Agente de la Intermediación específico para los extranjeros extracomunitarios, pues la única referencia a algún intermediario con componente extranjero es a los Servicios para los trabajadores en el exterior, y que, como ya se analizó, tales servicios -en el caso de que se constituyan- estarán dirigidos a trabajadores emigrantes y no a trabajadores inmigrantes.¹³³⁴

Y en cuanto a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, que realmente son los verdaderos protagonistas en la gestión de la Colocación de este colectivo, no hay ninguna referencia a éstos ni en las leyes de creación de estos Servicios ni en los Decretos sobre traspaso de competencias en materia de empleo. Las únicas referencias sobre la intervención de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en materia de inmigración están en los *Planes Autonómicos para la integración social de las personas inmigrantes*, pero, ni todas las Comunidades Autónomas han elaborado dicho Plan¹³³⁵ ni se puede afirmar que tales Planes

trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación (BOE núm. 291, de 6 de diciembre de 2006).

¹³³³ Esta referencia expresa a este colectivo se incluyó después de haber emitido un Dictamen el CES (Dictamen 7/2002) al Anteproyecto de Ley de Empleo al manifestar su desacuerdo por la ausencia de la referencia al fenómeno inmigratorio.

¹³³⁴ Hay otras Oficinas creadas para los extranjeros, concretamente las *Oficinas de Extranjeros* que garantizan la eficacia y coordinación en la actuación administrativa, los *Centros de Migraciones*, que desempeñan tareas de información, atención, acogida, intervención social, formación dirigida a la población extranjera, y también las *Oficinas de asilo y refugio*, que son oficinas administrativas de “tramitación” concretamente para este colectivo. Todas estas Oficinas no realizan funciones de colocación.

¹³³⁵ No todas las CC.AA disponen de planes aprobados para la integración de los inmigrantes. Son planes plurianuales que han comenzado en algunas CC.AA a partir de 2001, concretamente en Andalucía,

tengan un carácter jurídico, sino más bien carácter político aunque orientan sobre las buenas intenciones que tienen las Comunidades Autónomas al respecto. Algunos de dichos Planes hacen referencia expresa al Servicio Público de Empleo principalmente para favorecer el acceso al mismo por parte de la población inmigrante. Entre estas medidas destaca la elaboración de materiales de difusión en varios idiomas en relación con los Servicios Públicos de Empleo para dar a conocerlos, la coordinación entre Organizaciones no Gubernamentales que atienden a personas inmigrantes, Servicios Sociales Municipales y Servicios Públicos de Empleo, o la realización de campañas informativas sobre los Centros Locales de Empleo para favorecer el acceso de la mujer inmigrante o la dotación de traductores a los centros del Servicio de Empleo. Una de las medidas esenciales para la intervención de los Servicios Públicos de Empleo es que, como se ha incluido en algún Plan, se dote de recursos materiales y humanos a las Oficinas administrativas del Servicio Público de Empleo para la prestación de sus servicios de cara a los inmigrantes, y para ello crear más Oficinas del Servicio Público de Empleo en zonas con elevado número de población inmigrante. Todas estas medidas no se incluyen en todos los Planes Autonómicos, sino que aquí se han enumerado todas ellas, y la característica general es que están destinadas para los inmigrantes legales que residen en cada una de las Comunidades Autónomas. Solamente el Plan Autonómico de Canarias se refiere a los inmigrantes ilegales, aunque de forma idealista, planteando establecer una “negociación específica con el Estado, tanto para solucionar la problemática respecto a la atención de las personas inmigrantes que buscan empleo desde el Servicio Público de Empleo como para poder atender a determinados colectivos de personas inmigrantes que actualmente no pueden beneficiarse de los programas estatales en materia de políticas activas de empleo”.

Por otra parte, las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, que no se han previsto en la normativa de extranjería como Agentes de la Intermediación, desempeñarían un papel importantísimo sobre todo en las zonas donde son más intensos los flujos migratorios. Se deberían potenciar más estas Agencias, que alguna hay creada para este colectivo.

También adquieren mucha importancia en este campo las Organizaciones Empresariales, y se tendrían que reconocer como Entidades Colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo para que hubiera una eficaz coordinación y colaboración entre estas.

En materia de Colocación también están desempeñando un papel muy importante las Asociaciones de inmigrantes, reconociéndose el movimiento asociativo en la LOEx (Art. 69), y también las Organizaciones Sindicales. Se valora de forma muy positiva su actuación,

Aragón, Baleares, Canarias, Cataluña, Castilla-La Mancha, Madrid, Murcia y Navarra. La recopilación de todos estos Planes se puede consultar en CC.OO.: “Los planes de las Comunidades Autónomas para la integración de las personas inmigrantes”, *Cuadernos de Información Sindical*, núm. 50, Madrid, noviembre (2003).

pero, para evitar descoordinación entre ellas, se podían constituir también como Entidades Colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo para que además recibieran regularmente ayudas públicas dirigidas a los programas de inserción y a las funciones de intermediación que realizan.

Por otra parte, a pesar de que el Convenio núm. 181 de la OIT¹³³⁶ acepta las Agencias de Empleo Privadas para este colectivo, y además aquí se ha mantenido su aceptación, parece más oportuno no crear en un futuro AEP para los trabajadores extracomunitarios, y que la gestión de la Colocación la realicen bien los Servicios Públicos de Empleo o a través de su red de Entidades Colaboradoras. Por este motivo, es adecuado el régimen de infracciones y sanciones en materia de extranjería, al considerar el Art. 54.1.b) de la LO 14/2003¹³³⁷ infracción muy grave “inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro individualmente o formando parte de una organización la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito. En este precepto quedan incluidos los intermediarios que bien fuera de España pero también dentro se encarguen de llevar a cabo una falsa colocación cobrándoles importantes cantidades económicas o bien consiguiéndoles –también con ánimo lucrativo- empleos ilegales.

Por lo tanto, desde un punto de vista institucional, se puede indicar que los Servicios Públicos de Empleo son los que se encargan de realizar la Actividad de Colocación -cuando se puede realizar- y los programas específicos de Intermediación laboral que se le aplican, aunque en algunos casos se le atribuye también a las Entidades Colaboradoras (en ocasiones

¹³³⁶ El artículo 8.1 del Convenio 181 de la OIT señala que: “Todo Miembro deberá, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, adoptar todas las medidas necesarias y convenientes dentro de los límites de su jurisdicción y en su caso, en colaboración con otros Miembros, para que los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por Agencias de Empleo Privadas gocen de una protección adecuada y para impedir que sean objeto de abusos. Estas medidas comprenderán leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de aquellas Agencias de Empleo Privadas que incurran en prácticas fraudulentas o abusos”.

¹³³⁷ El artículo 54.1. b) de la LO 4/2000 sí ha sido modificado por la LO 14/2003, pues ahora se sanciona no sólo la actuación colectiva formando parte de una organización sino también de forma individual. Y también se añade que se considera infracción muy grave la inmigración clandestina de personas que se encuentran en el territorio español, ampliando por tanto lo que se considera inmigración clandestina. Un dato positivo que se desarrolla en el REx es la no expulsión del territorio español y la concesión de autorización de residencia temporal así como la autorización para trabajar si colaboran o cooperan con las autoridades o sus agentes proporcionando datos esenciales o declarando en los programas correspondientes como víctima, perjudicado o testigo, o denunciando a las autoridades competentes a los autores y cooperados de los tráficos ilícitos de seres humanos (también se les da la posibilidad de facilitarle el retorno a su país de procedencia).

también a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos) bien públicas o bien privadas que realizan programas de inserción y que cuentan con subvenciones públicas (Art. 54.4.b) REx).

Por último, un aspecto que hay que aclarar: aquí se ha analizado la relación de los intermediarios -públicos y privados- en relación al inmigrante que o bien está en España o bien está en su país de origen y quiere venir a España a trabajar. Sin embargo, este estudio no ha analizado la situación del inmigrante o extranjero extracomunitario que viene a trabajar a cualquier país de la Unión Europea. Simplemente indicar que, por el momento, tienen que cumplir los procedimientos administrativos que se dispongan en cada Estado Miembro, pues lo único que existe es una Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y estancia de los nacionales de países terceros con fines de empleo o de una actividad económica por cuenta propia.¹³³⁸

En relación al trabajo por cuenta ajena, se indica que el permiso de residencia lo tiene que solicitar a la autoridad competente, y dicha solicitud va a tener que ir acompañada -junto con otros documentos- de un contrato de trabajo válido o una oferta en firme de trabajo en el Estado miembro respectivo que cubra los términos del permiso de residencia que se solicite. Se sigue manteniendo en la actualidad el carácter subsidiario del empleo de los nacionales de terceros países, esto es, se puede contratar por un empresario de un Estado Miembro un trabajador de terceros países cuando haya un puesto vacante y concretamente se cumpla este requisito cuando el puesto de trabajo se publique en los Servicios de Empleo de varios Estados Miembros durante como mínimo cuatro semanas y en particular, cuando proceda, mediante la red europea de los Servicios de Empleo (EUREs).

5. El uso de los Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas por trabajadores que están excluidos del ámbito de aplicación del ET

5.1. Funcionarios Públicos

Hasta ahora se ha analizado el régimen de Colocación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Sin embargo, los Funcionarios Públicos (tanto los de carrera, los interinos y los eventuales) están excluidos del ámbito de la legislación laboral (Art. 1.3. a) ET) aún concurriendo todas las notas que tipifican una relación laboral, y ello está justificado en el Art.103.3 CE al señalar que “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos”. El régimen de Colocación presenta particularidades -al igual que el

¹³³⁸ [COM (2001) 386 final -Diario Oficial C 332 E de 27-11-2001].

personal laboral de las Administraciones Públicas- al regirse el ingreso al trabajo por los principios de mérito y capacidad. Pero no se aplica el mismo régimen de Colocación a todo tipo de Funcionarios Públicos, pues a los Funcionarios eventuales no se les recluta ni por un proceso selectivo ni mucho menos por intermediarios públicos o privados, sino simplemente por la libre voluntad de la autoridad de que lo nombra, pues ocupan puestos de confianza y de asesoramiento especial (Art. 12 LEBEP). Sin embargo, los Funcionarios de carrera ingresan en la Administración mediante un procedimiento de selección absolutamente regulado, regido por los principios de mérito y capacidad, y en este caso -a diferencia de lo que ocurría con el personal laboral al Servicio de las Administraciones Públicas, en los que en algunos casos intervenían Servicios de Empleo y Agencias de Empleo Privadas- no participa ningún intermediario. Tan sólo pueden realizar (y sería necesario), una labor de publicidad para que la información de todas las ofertas de empleo público puedan llegar a todos los aspirantes posibles. Los diferentes medios publicitarios que se utilicen -y de forma obligatoria el Boletín Oficial correspondiente- son la única vía para poner en contacto a la Administración Pública con sus empleados, tanto la publicación de las convocatorias y sus bases, como la relación de aprobados y los nombramientos.

Tampoco en este caso el SPE realiza funciones de control del mercado de trabajo pues estas funciones se realizan para el trabajador que se le aplica la legislación laboral. El único control con el que cuenta este colectivo, se realiza a través de la comunicación al Registro Central de Personal -ajeno por tanto al Servicio Público de Empleo- dentro de los tres días hábiles siguientes a la formalización tanto de la toma de posesión de los funcionarios como de su cese (Art. 71 LEBEP y Art. 37 RGIPP).

En cuanto al personal Funcionario interino, sí está prevista la participación de los Servicios Públicos de Empleo, según lo establecido en la Orden APU/1461/2002, de 6 de junio, que desarrolla el Art. 27 RGIPP, por la que se establecen las normas para la selección y nombramiento de este personal. Así, la Administración puede nombrar funcionarios interinos -de forma temporal- por razón de necesidad o urgencia para ocupar plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera (Art. 10 LEBEP). En estos casos y con la intención de que el proceso de selección se realice con la máxima agilidad en razón a la urgencia requerida para la cobertura transitoria de puestos de trabajo, la Orden prevé con carácter general realizar un proceso de selección mediante concurso en el que se tendrán en cuenta la experiencia profesional y académica y los conocimientos y cursos de formación. Y con carácter supletorio, y no alternativo, señala que “por razones de plazos o de dificultad para captar candidatos, podrá recurrirse, con carácter excepcional, a los servicios públicos de empleo para realizar la preselección”. Se deduce que la intervención de los Servicios Públicos de Empleo va a ser inexistente pues se cubrirán los puestos de trabajo mediante el sistema de concurso que se establezca. Por otra parte, al igual que ocurre con todo el personal funcionario, y a diferencia de lo que ocurre con el personal laboral de las

Administraciones Públicas, éstos no tienen ni que comunicar al Servicio Público de Empleo ni el nombramiento ni el cese de tal relación.

En definitiva, no se puede tratar el régimen de Colocación en las Administraciones Públicas de forma global. La característica común es que el Servicio Público de Empleo podría actuar en todos los casos como cauce publicitario para hacer conocer las diferentes convocatorias. Y en ningún caso, y concretamente para los Funcionarios Públicos, el SPE realiza funciones de control del mercado de trabajo, y tan sólo para los funcionarios interinos actúa como intermediario pero con carácter supletorio, siempre y cuando se haya agotado la vía preferente del concurso.

Por otra parte, el proceso de selección se les puede encargar a Empresas de Selección de Personal, al igual que quedó ya analizado al estudiar el personal laboral en las Administraciones Públicas.

5.2. Trabajadores Autónomos

Los cambios de naturaleza productiva han incrementado las actividades prestadas en régimen de autonomía, ocupando este colectivo un importante lugar dentro de la población activa. Así, es necesario determinar cuál es el régimen de Colocación que se le aplica a este colectivo, dadas las numerosas particularidades que presenta con respecto al trabajador asalariado. Pero hay que partir de la base de la heterogeneidad de la figura del trabajador autónomo, siendo necesario distinguir dos grupos claramente diferenciados: por una parte, el trabajador por cuenta propia y por otro, el trabajador autónomo dependiente o parasubordinado.¹³³⁹

1. El trabajador por cuenta propia no presta servicios de forma dependiente, es decir, no presta servicios para un empresario, aunque sí necesita dar a conocer los servicios que presta, o “vender” el producto elaborado por él mismo. Así, la clientela del trabajador autónomo la busca él mismo principalmente mediante la publicidad de sus servicios en prensa, páginas especializadas en Internet o por las tradicionales “páginas amarillas”. Sin embargo, aquí no intervienen “intermediarios”, pues si se recuerda lo hasta ahora analizado, éstos tienen otra finalidad distinta, y es la de ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades. Un intermediario no interviene cuando falta el oferente de empleo pues en este

¹³³⁹ Para un estudio de las diferentes categorías del trabajador autónomo, véase VALDÉS ALONSO, A.: “Tipología del trabajo autónomo”, *DL*, núm. 70, (2004-I), págs. 11 y ss.

ámbito “no se puede trasladar el esquema bilateral que fundamenta la intermediación en el mercado de trabajo”.¹³⁴⁰

No se puede aquí trasladar todo lo explicado para el trabajador por cuenta ajena, pues este colectivo tiene su propio régimen de Colocación. De hecho, la LE, al clasificar los programas y medidas que integran las políticas activas de empleo, señala el objetivo de fomentar el autoempleo, la economía social y el desarrollo de las pequeñas empresas (Art. 25.1.f) LE). Así, son los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos¹³⁴¹ y las Entidades Colaboradoras los que desarrollan tareas de orientación profesional y asistencia para el autoempleo como salida en el mercado de trabajo de demandantes de empleo inscritos durante un cierto período de tiempo en las Oficinas de Empleo o en una Agencia de Colocación autorizada. Como programas específicos de fomento del autoempleo es necesario destacar los centros colaboradores de Orientación para el Empleo y el Autoempleo (OPEA), que son Entidades con personalidad jurídica propia que carecen de fines lucrativos, y colaboran con el Servicio Público de Empleo Estatal o el Autonómico en la realización de acciones para facilitar al usuario las herramientas que hagan posible la búsqueda de empleo por cuenta ajena o por cuenta propia. A pesar de la importante labor que están realizando, se puede criticar la realización conjunta de estas funciones para el autoempleo con las funciones para el empleo de trabajadores por cuenta ajena, integrándolos ambos en programas comunes, pues se achaca a esta gestión conjunta los resultados poco eficaces de la asistencia al autoempleo a pesar de que el presupuesto para estos programas es bastante elevado. Así, se pone en tela de juicio la intervención actual de los Servicios Públicos de Empleo y Entidades Colaboradoras, y se plantea la posibilidad de “estudiar otras vías más adecuadas y efectivas”.¹³⁴² Podrían analizarse otras formas de gestión teniendo en cuenta lo que se viene haciendo en países de nuestro entorno: así, recientemente en Alemania se han creado agencias concretas para el fomento del autoempleo con el objetivo

¹³⁴⁰ Un análisis de las medidas de política de empleo autónomo es realizado por GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La política de empleo autónomo”, *RMTAS*, núm.33 (2001), págs. 263 y ss.

En el mismo sentido, GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: “Promoción y fomento del autoempleo”, *TL*, núm. 81, (2005), pág. 108.

¹³⁴¹ Entre las funciones del Servicio Andaluz de Empleo, hay que destacar las relativas al fomento de vocaciones empresariales, la formación de emprendedores y pequeños empresarios, el fomento del autoempleo y la difusión de la cultura empresarial (Art. 3 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo).

¹³⁴² *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*. Informe de la Comisión de Expertos, formada por (Cruz Villalón, J.; Del Rey Guanter, S.; Maroto Acín, J.A.; Saez Lara, C.; Valdés Dal-Ré, F (Coord.), designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, octubre de 2005, pág. 122.

principal de fomentar la creación de empresas unipersonales por los desempleados recibiendo para ello ayudas económicas y acompañamiento técnico.¹³⁴³ Trasladado al caso español, se podrían crear Entidades Colaboradoras que se encargaran de forma exclusiva de prestar un servicio “integral” de asistencia al autoempleo, y al mismo tiempo dar información sobre la existencia de tales Entidades.

Al margen de estas propuestas de *lege ferenda*, la conclusión que aquí se puede extraer es que, actualmente, quien se encarga de la asistencia al autoempleo son las Entidades Colaboradoras que no realizan funciones dirigidas únicamente a este colectivo, sino también para el trabajador asalariado. Parece que los Servicios Públicos de Empleo delegan estas funciones en las Entidades Colaboradoras.

Por otra parte, de la lectura del Real Decreto que regula las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, se puede decir que éstas no tienen asignadas funciones en este campo, a no ser que acuerde con el Servicio Público de Empleo correspondiente realizar esta asistencia al autoempleo a través de la firma de un Convenio de Colaboración para tener un plan OPEA.

2. El trabajador autónomo dependiente (conocido ya de forma generalizada bajo las siglas TRADE) siempre está ligado a un empresario por una relación contractual, desarrollando su actividad profesional predominantemente para un solo cliente en términos de intensa dependencia económica, y sin trabajadores a su servicio, por lo que, a diferencia de lo que ocurre con el trabajador por cuenta propia, necesitan en la mayoría de las ocasiones de un tercero que se encargue de realizar la labor de intermediación. Las diferencias entre el trabajador por cuenta ajena y el trabajador subordinado se hallan en el momento del inicio de la relación de trabajo, pues en este último el empresario se limita al pago de los servicios y al control de los resultados, pero, sin embargo, no existe diferencia alguna en los actos previos a la contratación, pues en ambos supuestos trabajan para un empresario, y en ambos supuestos, por tanto, puede que se necesite la actuación de intermediarios.

Aunque sea un trabajador autónomo desde la perspectiva jurídica profesional, prestan servicios por lo general para un solo empresario o contratante, por lo que éstos (trabajador autónomo y empresario o contratante) tienen que “encontrarse”, es decir, aquí intervienen terceros realizando una función de Intermediación.

Ambas partes están unidas por una relación o civil o mercantil, pero no de naturaleza laboral. Esto hace determinar el régimen de Colocación que se le aplica a este colectivo, pues aunque se califique al trabajador subordinado como una figura situada a medio camino entre

¹³⁴³ Con las leyes para la modernización de la ocupación de servicios en el mercado laboral (Leyes Hartz), que entraron en vigor en enero de 2003, se pusieron en marcha las primeras nuevas medidas de estímulo a la ocupación resultando de la reforma, entre otras, las agencias para el fomento del autoempleo, (“Ich-Ags”).

el trabajador por cuenta ajena y el trabajador autónomo por cuenta propia, en este aspecto en concreto, la distancia con el trabajador por cuenta ajena se acorta. Ante esta similitud en este aspecto con el trabajador por cuenta ajena, se pueden hacer dos preguntas:

-En primer lugar, si se aplica al trabajador autónomo económicamente dependiente la prohibición de acudir a Agencias de Colocación con ánimo de lucro, tal y como señala el Art. 16 ET.

-En segundo lugar, si el empresario antes y después de la contratación tiene que acudir a los Servicios de Empleo para que aquí se lleven a cabo las funciones de control del mercado de trabajo, al igual que lo hace al contratar al trabajador por cuenta ajena.

Ha sido común la ausencia de regulación de este tipo de colectivo; sólo en algunos aspectos se les ha venido equiparando -por ley- al trabajador por cuenta ajena, y también en algunos convenios colectivos se regulan las condiciones de prestación de servicios de los autónomos,¹³⁴⁴ aunque no se ha regulado en la negociación colectiva el ingreso al trabajo, pues son cláusulas que ni siquiera son frecuentes para el trabajador asalariado.

Sin embargo, la necesidad de llevar a cabo una regulación completa de la relación contractual de este tipo de trabajadores, ha hecho que ya se cuente con un régimen jurídico propio, a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (en adelante, LETA) que aunque en materia de políticas de empleo se centra en la regulación del fomento y promoción del trabajo autónomo, se pueden también deducir algunos aspectos en cuanto a la Actividad de Colocación.

No hay ninguna referencia a la prohibición o aceptación de las Agencias de Empleo Privadas; sin embargo, se podría interpretar que por el momento se le aplican las mismas prohibiciones que al trabajador por cuenta ajena. Pero al igual que ya se analizó de forma general en la Actividad de Colocación, es necesario que se reconozca legalmente el uso de las Agencias de Empleo Privadas para este colectivo, incluso con fines lucrativos, sometidas a controles por parte de la Administración Laboral.¹³⁴⁵

Se ha incluido con mucho acierto en la LETA la obligación de formalizar por escrito el contrato y deberá ser “registrado” en la “oficina pública” correspondiente (Art. 12.1). A

¹³⁴⁴ Véase GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatutaria”, *RL*, (2000-I), págs. 687 y ss.

¹³⁴⁵ Del mismo modo, en el ordenamiento italiano, cuando estaba vigente la Ley núm. 264, de 29 de abril de 1949, en la que sólo podía actuar el Servicio Público de Empleo, el Tribunal de Milán declaró lícita la mediación privada en la colocación de modelos fotográficos como trabajadores autónomos. Véase BONARETTI, L.: *Il lavoro autonomo*, Teoria e Pratica del lavoro, núm. 27, Giuffrè Editore, Mián, 1982, pág. 231.

pesar de su ambigua redacción, que se espera que se concrete en el desarrollo reglamentario que prevé la norma, se entiende que la comunicación de los contratos se realizará en el Servicio Público de Empleo Autónomo correspondiente, y que, además, también se tendrá que comunicar la terminación del contrato de trabajo, y ello porque no hay en principio justificación alguna para que este colectivo “se contrate” al margen de cualquier tipo de control por parte de los Servicios Públicos de Empleo.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS IMPLICADOS EN LA COLOCACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Actualmente no existe en el conjunto de normas sobre la Actividad de Colocación una regulación de las responsabilidades de los diferentes sujetos que intervienen, esto es, oferentes de empleo (empresarios), demandantes de empleo (trabajadores) y todos los Agentes de Empleo, tanto los previstos legalmente como los que actúan en la práctica sin un marco legal.

Por este motivo, la ubicación sistemática de este Capítulo es bien significativa, pues pretende -una vez analizado por completo el régimen jurídico de la Colocación- aportar un enfoque totalizador del entramado de responsabilidades en la materia, sin perjuicio de que previamente ya se haya hecho alusión en algunas ocasiones al régimen de responsabilidades al analizar cada uno de los agentes que se encargan de la Actividad de Colocación. Se ha optado por realizar un Capítulo específico sobre el régimen de responsabilidades para poder contar con una visión general, y sobre todo, para llegar a la conclusión de las carencias importantes en este ámbito que derivan a su vez del escaso régimen de Colocación existente. Esto va a provocar que en muchas ocasiones se excluya a determinados sujetos de responsabilidades en materia de colocación, y en otros -injustamente- respondan de acciones que podrían considerarse como lícitas.

La responsabilidad, como forma con la que se “presenta la noción de deber en la ética contemporánea”¹³⁴⁶, está prevista en nuestro sistema para en el TRLISOS, aunque no existe un cuadro completo de sanciones en esta materia. Pero no hay que olvidar que la responsabilidad administrativa convive en este ámbito con otros tipos de responsabilidades: la penal, que posee naturaleza jurídica similar y que como se va a comprobar, no tiene en este caso demasiada aplicación práctica, y la civil o patrimonial que no persigue la sanción en sentido estricto, sino más bien la reparación económica de daños. Así pues, las normas reguladoras en esta materia se encuentran dispersas, destacando tres bloques normativos: el TRLISOS, el Código Penal, que cuenta con un precepto en concreto dedicado expresamente a esta cuestión (Art. 312.1 CP) y la responsabilidad civil o patrimonial que habrá de exigirse por lo general conforme a las cláusulas generales del Código Civil (Arts. 1101 y sig. para la responsabilidad contractual, Arts. 1902 y ss para la naturaleza extracontractual) que en este caso se limita a la reparación o compensación económica de los daños y perjuicios causados

¹³⁴⁶ VIOLA, F.: *De la naturaleza a los derechos...*, op.cit., pág. 337 y ss.

por una persona debido a las acciones u omisiones de otra, sin perjuicio de las reglas particulares que el ordenamiento ha dispuesto para la Administración Pública (LRJAP).

Todas estas responsabilidades se relacionan entre sí, lo que habrá que determinar en el caso en concreto cuáles podrían entrar en juego en relación con un mismo sujeto y un mismo incumplimiento. Lo que sí hay que evitar es la duplicidad por una misma infracción de sanciones de la misma naturaleza o naturaleza equivalente, concretamente en relación a la responsabilidad administrativa y a la responsabilidad penal.

El estudio que aquí se va a realizar se dividirá en dos partes: el análisis de la responsabilidad de Derecho Público y en segundo lugar, el análisis de la responsabilidad de Derecho Privado, haciendo una distinción en relación a los sujetos. Aunque es un sistema de responsabilidades que gira principalmente alrededor de los terceros que intervienen en la Actividad de Colocación, también se hará alusión a las responsabilidades en las que pueden incurrir los sujetos a los que les afecta esta actividad, es decir, el demandante de empleo y el oferente de empleo, que aquí indistintamente se utilizará este término o el de trabajador y empresario.

1. Responsabilidad de Derecho Público (Derecho Público sancionador)

Tanto la responsabilidad administrativa, cuya fuente se encuentra en el TRLISOS, como la responsabilidad penal, cuya fuente se encuentra en el Código Penal, son manifestaciones del *ius puniendi* estatal y son esenciales tanto para la supervivencia como para mantener la eficacia del Derecho del Trabajo¹³⁴⁷ y en este caso en concreto, la Actividad de Colocación.

1.1. Responsabilidad administrativa

El TRLISOS tiene, por un lado, una finalidad preventiva para advertir las consecuencias desfavorables que tendría su incumplimiento y, por otro, una función represiva, para aplicar tales sanciones en el caso de que los sujetos implicados sean incumplidores.¹³⁴⁸ Sin embargo en materia de colocación estas finalidades pueden tener poco

¹³⁴⁷ DEL REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 202.

¹³⁴⁸ DEL REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora...*, op.cit., pág. 31.

efecto práctico como consecuencia de la falta de concreción de la normativa sancionadora que deriva a su vez de una escasa y ambigua normativa sustantiva. Y esto ocurre porque, como en todo el TRLISOS, la norma tipificadora en sentido estricto carece de contenido material, al tener un carácter genérico, pues “se limita a calificar de infracción el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones que aparecen en otra norma, a la que se remite”. Así, en estos casos el tipo “no se realiza a través de una descripción directa sino que surge de la constitución de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte o prohíbe, y la que advierte que el incumplimiento es infracción”.¹³⁴⁹ En estos casos la norma a la que se remite para calificar de infracción un tipo de incumplimiento es inexistente en muchos aspectos, es decir, la norma que manda o prohíbe y que va a servir para determinar el tipo, no se ajusta a la realidad. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que en el orden social no es oportuno realizar una concepción excesivamente rígida del principio de tipicidad.¹³⁵⁰ La materia social cuenta con una normativa cambiante y es muy difícil que la norma sancionadora esté ajustada a la normativa sustantiva, por lo que es necesario mantener a modo general una concepción flexible de la tipificación legal.¹³⁵¹ Pero esta posición que aquí se mantiene sobre la concepción flexible de la tipificación legal no desplaza la necesidad de realizar un cambio completo del régimen de Colocación que afectaría también a la normativa sancionadora.

Por otra parte, la atribución de la responsabilidad administrativa es -lógicamente- de la Administración Pública y las competencias sancionadoras se atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa y no a la jurisdicción social.¹³⁵² Así, en materia de Colocación no hay un único orden que se encargue de la solución de los conflictos que puedan surgir, estando repartido entre el orden social, el civil y el contencioso administrativo.

¹³⁴⁹ NIETO, A.: *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 301.

¹³⁵⁰ Aún más rígida es la posición de MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “La aplicación de los principios constitucionales de fondo al sistema de infracciones y sanciones en el orden social”, *Act. Adm.* núm. 21, (1998), pág. 451, al señalar que el principio de tipicidad “exige que la conducta lesiva del ordenamiento jurídico se encuentre previamente tipificada mediante una descripción clara y precisa de los presupuestos a los que aparece ligada una sanción aplicable”.

¹³⁵¹ Sobre la concepción flexible de la tipificación legal en el orden social, véase DEL REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora...*, op.cit., págs. 179-180.

¹³⁵² Se ha propuesto la creación de una jurisdicción especial o de la atribución social de dichas competencias para que los Inspectores de Trabajo y Controladores Laborales puedan ejercer una adecuada colaboración con los órganos judiciales. Véase PÁRAMO MONTERO, P.: *Responsabilidad empresarial*, CISS, Valencia, 1995, pág. 13

1.1.1. Responsabilidad prevista en el TRLISOS de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas.

En el TRLISOS, en la sección 3ª, sobre las infracciones en materia de empleo, se encuentra una subsección (1ª) que trata a su vez de las *infracciones de los empresarios y de las agencias de colocación en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional ocupacional*. Así, los sujetos infractores directos son los empresarios y, como intermediarios, únicamente las Agencias de Colocación, al no extenderse esta rúbrica a otros Agentes de Empleo. Sin embargo, esto no significa que no pueda haber otros “sujetos infractores indirectos” pues el Art. 2.3 del TRLISOS recoge una cláusula lo bastante abierta como para incluirlos al señalar que pueden ser sujetos infractores de la sanción, entre otros, “las personas físicas o jurídicas, respecto de la normativa de colocación”.¹³⁵³ Por lo que pueden ser sujetos infractores tanto aquellos Agentes de la Intermediación previstos en la LE, como aquellas otras Agencias de Empleo Privadas reconocidas a nivel internacional y que actúan también en España sin una regulación específica, destacando las Empresas de Selección de Personal, las Agencias de *Outplacement*, y las Agencias virtuales de empleo. La posición que se mantiene al respecto tiene en cuenta como posibles sujetos infractores todos los Agentes que intervienen en la Actividad de Colocación. Pero para determinar con exactitud quiénes pueden ser responsables, hay que analizar de forma individual las infracciones previstas en el TRLISOS, que se realiza a continuación:

-Se considera infracción grave “no informar las empresas de selección de sus tareas al servicio público de empleo” (Art. 15.1 TRLISOS).

La desregulación de las Empresas de Selección de Personal es hoy en día una realidad, pues únicamente queda este precepto que además es imposible de aplicar, a pesar de que se haya aquí mantenido una concepción flexible de la tipificación legal.

La normativa sustantiva y sancionadora en materia de Empresas de Selección de Personal ha ido descendiendo hasta ser prácticamente inexistente. Así, si se recuerda, la LISOS 88 consideraba infracciones leves “no hacer constar en los anuncios que hagan las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores el número de la oferta en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta” (Art. 26.3) y “hacer publicidad de una oferta de trabajo sin que haya sido visada previamente por el Instituto Nacional de Empleo”, y consideraba infracciones graves “no comunicar a la Oficina de Empleo, con carácter previo, la

¹³⁵³ En este sentido, véase MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen jurídico sancionador en materia de empleo...”, op.cit., pág. 174.

convocatoria pública para celebrar pruebas objetivas de acceso a la empresa” y “no informar las empresas de selección de sus tareas al Instituto Nacional de Empleo”. En el actual TRLISOS se volvió a incluir solamente esta última infracción considerándola también como infracción grave. La diferencia con respecto a la antigua LISOS 88 es que actualmente este precepto es inaplicable, pues la normativa sustantiva en la que se determinaban las obligaciones de las Empresas de Selección con el Servicio de Empleo han desaparecido, obligaciones que derivaban del control de la Actividad de Colocación por el INEM, y que queda hoy sin contenido al admitirse la contratación directa.

Hay que advertir que este precepto tampoco se puede aplicar a otras Agencias de Empleo Privadas en el caso de que no informen de sus tareas al Servicio Público de Empleo,¹³⁵⁴ pues la posición que aquí se mantiene es la única que va acorde con una de las reglas hermenéuticas en el Derecho Administrativo Sancionador: “la analogía no es lícita y no cabe la subsunción de hechos concretos en los que falte algún elemento esencial del tipo”.¹³⁵⁵

Así que hoy por hoy, esta infracción no se aplica y solamente entraría en juego el Derecho Administrativo Sancionador para estas Empresas de Selección en el caso de que se puedan aplicar otros preceptos en materia de empleo regulados en el TRLISOS, sin perjuicio de que determinadas actuaciones se puedan impugnar por otras vías (responsabilidad civil). Es por tanto necesario reformar todo el régimen de Colocación y regular un nuevo Derecho Administrativo Sancionador. En lo que respecta a las Empresas de Selección de Personal, una de las infracciones que se deberían contemplar sería la falta de actuación sin autorización o llevar a cabo una actividad lucrativa sin respetar los límites legales impuestos en la normativa que regule estas Empresas; y además, se deberían regular las obligaciones de las Empresas de Selección con el Servicio de Empleo y sancionar, por tanto, los incumplimientos de tales obligaciones.

-Es infracción grave “*la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan las condiciones contrarias a la normativa de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente*” (Art. 15.5 TLISOS).

¹³⁵⁴ En el mismo sentido, MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo*, op.cit., pág. 313; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen jurídico sancionador en materia de empleo...”, op.cit., pág. 170; ORTIZ DE SOLÓRZANO, C.: “Artículo 15”, VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2004, pág. 277.

¹³⁵⁵ NIETO, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, op.cit., pág. 177.

Las infracciones establecidas en el TRLISOS en materia de publicidad van en la línea establecida en el Convenio núm. 181 OIT y concretamente en la Recomendación núm. 188 que señala en su Art. 7 que “La autoridad competente debería reprimir las prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos incluidos aquellos para empleos inexistentes”.

Los sujetos infractores en este caso no sólo van a ser los empresarios y las Agencias de Colocación sino que también se extiende según señala el Art. 2.3 del TRLISOS a todas las personas físicas y jurídicas respecto de la normativa de colocación. Así pues, el sujeto infractor, es decir, el sujeto pasivo puede ser cualquiera, tanto terceros que dan publicidad de una oferta de empleo,¹³⁵⁶ como los propios empresarios. Hay que advertir que en este momento se va a hacer un análisis de las infracciones en materia de publicidad de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas, sin olvidar que también se analizará esta infracción cuando se estudien las infracciones que en materia de empleo puedan cometer los empresarios.

Se puede entender que aquí se incluye cualquier tercero que publique por cualquier medio la difusión de ofertas engañosas (irreales) bien ilegales, o bien abusivas. Es decir, se incluirían los Servicios Públicos de Empleo, las Entidades Colaboradoras de éstos, las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, los Servicios para los trabajadores en el Exterior, las Empresas de Selección de Personal, las Empresas de *Outplacement*, Portales de Empleo, periódicos, e incluso cualquier tercero que de forma esporádica realice tareas de Intermediación.¹³⁵⁷ Para ser sujeto responsable de esta infracción no tienen que ser agentes reconocidos legalmente y sin ánimo de lucro, pues estos requisitos no están recogidos dentro del tipo. Tampoco tiene que haberse producido la contratación ya que constituye infracción si simplemente se publica la oferta sin responder “a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación”, pues se deduce de tal precepto, que “se trata de un tipo de mera actividad, es decir, se consume simplemente con la realización del comportamiento descrito en la norma, sin necesidad de que se produzca resultado perjudicial o dañoso en el plano material (por ejemplo,

¹³⁵⁶ Sin embargo, hay opiniones contrarias al señalar que “Aspecto muy discutible es si las empresas anunciantes pueden quedar incluidas debido a que la conducta infractora se refiere a la publicidad o difusión, posibilidad que se debe entender disipada ya que ni el artículo 2 del TRLISOS ni la Subsección 1ª se refiere a otros empresarios que a los laborales”. Véase CISNEROS LARRODÉ, R.: “Artículo 16”, VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, op.cit., pág. 288.

¹³⁵⁷ MATEOS BEATO, A.; GONZÁLEZ DE LENA, F.: “El texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenidos”, *RL*, núm. 6, marzo (2001), pág. 60, señalan que la imputación de las ofertas engañosas puede realizarse “al empresario o, en su caso, a las agencias de colocación”.

materialización de una contratación irregular o ilegal), bastando pues, el “perjuicio jurídico”.¹³⁵⁸

Se puede llegar a pensar que cuando un tercero publique ofertas engañosas o irreales, bien ilegales o bien abusivas, lo haga bien porque desconoce que estas ofertas son engañosas al limitarse a publicar la oferta que ha hecho el empresario, o bien lo hace de forma intencionada, es decir, sabiendo que la publicidad de la oferta de empleo es engañosa. El precepto no llega a diferenciar si la publicación de tales ofertas engañosas es intencionada o no, por lo que todo indica que cualquier publicidad, independientemente de la intencionalidad o no, se consideraría como un comportamiento infractor, que recaería en la persona que ha realizado la publicidad, independientemente de si ha sido otra persona (normalmente el empresario) el que ha inducido a tal publicidad. En este caso se podría sancionar tanto al medio publicitario (ej. Agencia virtual de empleo, periódico) como al empresario. Tampoco parece que el citado precepto requiera que para que una determinada conducta se pueda considerar como infracción administrativa se tenga que realizar de forma habitual, pues cabe infracción en el caso de que la publicidad de ofertas engañosas por cualquier medio se realice de forma esporádica, incluso se haya realizado una sola vez.

Este precepto puede plantear algunos problemas con las “reglas de uso” que publican algunos Portales de Empleo en Internet, ya que exoneran en muchas ocasiones su responsabilidad culpando directamente a las empresas que les envían tales ofertas, como es el caso de *Infojobs* que indica que “cualquier empresa que inserte una oferta que contravenga la legalidad vigente asumirá la responsabilidad exclusiva de los perjuicios y consecuencias derivadas de la misma, eximiendo a *Infojobs* de cualquier responsabilidad” ni tampoco asume la responsabilidad sobre los contenidos de las ofertas de empleo publicadas. Sin embargo, la interpretación que parece más correcta es determinar que la norma sancionadora considera infracción la publicación de ofertas por quien las haya realizado en cualquier medio, independientemente de si es el empresario o cualquier tercero que esté o no previsto legalmente, bien de forma esporádica o habitual, y para que se pueda considerar como comportamiento infractor no se tienen en cuenta si se ha realizado contratación o no. Pero a pesar de la interpretación que se ha hecho aquí del precepto, conviene modificarlo, al igual que todo el Derecho Administrativo Sancionador en materia de colocación e indicar expresamente quiénes son los sujetos infractores, así como ampliar el tipo infractor, al considerar infracción grave la publicidad hecha sin la debida autorización y en condiciones engañosas.

-Se considera infracción muy grave “*ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores, así como*

¹³⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen jurídico sancionador...”, op. cit., pág. 174.

ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o continuar actuando en la intermediación y colocación tras la finalización de la autorización, o cuando la prórroga se hubiese desestimado por el servicio público de empleo (Art. 16.1 TRLISOS).

En este precepto no sólo hay una modalidad de comportamiento infractor sino varias, y son las siguientes, todas ellas consideradas como infracciones muy graves:

1. “Ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional que tengan por objeto la colocación de trabajadores”.

2. “Ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa”.

3. “Ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos tras la finalización de la autorización”.

4. “Ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos cuando la prórroga se hubiese desestimado por el Servicio Público de Empleo”.

*** De todas ellas, la que más problemas suscita en la práctica es la primera, debido a la imprecisión de la norma que deriva a su vez del escaso régimen jurídico de Colocación existente, es decir, no existe una norma sustantiva clara al respecto que precise qué conductas pueden ser sancionadas. Esta infracción era coherente con la LBE de 1980 así como con el Art. 16 ET que permite solamente las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, “con el objeto de evitar una especulación de las necesidades laborales cuando los trabajadores se sirven de dichas empresas privadas”.¹³⁵⁹ Sin embargo, la norma es insuficiente en el momento actual, pues el término Mediación puede dejar sin sancionar determinadas conductas que aunque conectadas a la Intermediación, no entrarían dentro de este término. Ante todos los problemas de aplicación práctica que suscita, es del todo necesario modificar por completo todo el régimen de infracciones y sanciones en materia de empleo, y concretamente este precepto,¹³⁶⁰ y el lugar adecuado sería en el TRLISOS, que aunque no pretende atribuirse una función de absoluto monopolio, constituye el lugar adecuado para modificar o incluir las infracciones y sanciones en el orden social.¹³⁶¹ Para ello

¹³⁵⁹ STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 de octubre de 1995, RJCA 1996/1807.

¹³⁶⁰ En el ordenamiento italiano, que sí están permitidas las Agencias de Empleo con ánimo de lucro, se prevé una norma que sanciona con la pena alternativa de arresto no superior a un año y multa de 2500 a 6000 Euros, además de prever también la cancelación de la Agencia en el registro (Art. 18.4 del Decreto Legislativo núm. 276, de 10 de septiembre de 2003).

se tiene que modificar previamente el régimen de Colocación en los términos que ya se han venido indicando. Así pues, la Actividad de Colocación se podría sancionar en el caso en el que la realizara cualquier tercero sin estar previamente autorizado, es decir, al margen de las Agencias de Empleo autorizadas, y además sancionar el cobro a los trabajadores cuando no estuviera permitido y el cobro al empresario más allá de los límites establecidos. Y, por lo que respecta a la actividad llevada a cabo por las Entidades Colaboradoras, se tendría que sancionar aquella que no se realice conforme a la normativa que regula estas Entidades (incluyendo las Agencias de Colocación sin fines lucrativos) y cuando cobren por los servicios prestados y realicen su actividad con ánimo lucrativo.

Así, llama la atención que las Empresas de Trabajo Temporal estén completamente reguladas -tanto en lo que respecta a la normativa sustantiva como a la normativa sancionadora- y, sin embargo, el resto de Agencias de Empleo Privadas y demás instituciones que participan en la actividad de colocación funcionan sin un régimen jurídico que se aplique en su actuación.

Pero mientras se lleve a cabo un nuevo régimen jurídico sobre la Actividad de Colocación, es necesario -a pesar de los problemas que suscita- delimitar este tipo infractor y analizar en qué supuestos este precepto se puede aplicar. Se va a realizar por tanto una labor de “remiendo” provisional, que a pesar de que no es lo más adecuado, sirve al menos para resolver por el momento cuándo se aplica tal precepto.

En primer lugar, es necesario determinar la conducta infractora, es decir, qué se entiende por el término Mediación, que como ya se indicó en la Primera Parte de este estudio, no es un término muy adecuado para utilizarlo en la Actividad de Colocación, pues se utiliza normalmente en el ordenamiento laboral como medio de solución de conflictos colectivos.¹³⁶² Ahora bien, este término se identifica con el de Intermediación,¹³⁶³ por lo que en este caso lo que constituiría infracción muy grave sería el ejercer la actividad de Intermediación con fines lucrativos, es decir, la labor de ajuste de ofertas y demandas de trabajo. La delimitación de la conducta delictiva lleva a su vez a delimitar qué tipo de

¹³⁶¹ DEL REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, op.cit., pág. 174.

¹³⁶² En el Dictamen del CES 7/1998 al Anteproyecto de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 1999 se propuso cambiar el término mediación al que se refería el Art. 28.2. de la LISOS por el de intermediación, a fin de utilizar el primero de ellos sólo para los casos de solución y composición de los conflictos laborales.

¹³⁶³ En el mismo sentido, CISNEROS LARRODÉ, R.: “Artículo 16 TRLISOS”, op.cit., pág. 285.

terceros podrían ser sujetos activos de esta infracción, lo que habrá que realizarlo de forma individual:

-Tanto las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC¹³⁶⁴ como cualquier tercero que realice una actividad de Intermediación lucrativa, aunque no lo realice de forma ocasional, se podría considerar como sujeto activo de esta infracción.¹³⁶⁵ Por lo tanto, no tiene por qué concurrir el elemento de habitualidad. Ahora bien, para ajustarlo lo máximo posible a la normativa internacional, lo que se debería sancionar es la actividad de intermediación con fines lucrativos cuando tal ánimo de lucro repercuta en la persona del trabajador.

Así, la doctrina judicial considera infracción muy grave tipificada en el antiguo Art. 28.1 LISOS -actual Art. 16.1 TRLISOS- el que una Sociedad limitada realice una actividad de recogida de solicitudes de empleo que presentaban personas de un Municipio con quienes contactaba para su posterior tramitación por una Empresa de Trabajo Temporal, considerada como una actividad de colaboración en la contratación laboral con fines lucrativos, sin estar autorizada. En este caso en concreto se está ejerciendo una actividad de Intermediación con fines lucrativos que tiene por objeto la colocación de los trabajadores.¹³⁶⁶ Además, que la empresa que vaya a contratar posteriormente sea una ETT, no significa que este supuesto no encaje en el tipo descrito, pues la ETT es una empresa como otra cualquiera, pues es ella la que va a contratar a los trabajadores enviados, sin perjuicio de que la finalidad de ésta sea el envío de los trabajadores a la empresa usuaria correspondiente.

Por otra parte, aunque el Art. 16.1 TRLISOS considera infracción muy grave ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional, habría que determinar, en cuanto a las relaciones laborales de carácter especial, en cada caso en concreto, si está o no prohibida la actividad de mediación con fines lucrativos, pues como en

¹³⁶⁴ Se podría sancionar la conducta de una Agencia de Colocación regulada en el RDAC que ejerza su actividad con fines lucrativos, es decir, no se limite a cobrar por los gastos ocasionados por los servicios prestados establecidos en el Convenio de Colaboración y, sin embargo, se sobrepase de este límite, ya que estaría ejerciendo, aún con autorización, actividad de mediación con fines lucrativos, apartándose de la legalidad vigente, concretamente de lo establecido en el Art. 11.3.f) del RDAC. En el mismo sentido, MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y Empleo*, op.cit., pág. 326.

¹³⁶⁵ Sin embargo, esta no es la opinión de LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., pág. 122, pues señala que la mediación ocasional no se puede sancionar administrativamente en tanto su no consideración como intermediación, aunque las mediaciones ocasionales desarrolladas pueden estar en la esfera del derecho penal.

¹³⁶⁶ STSJ Cataluña núm. 472/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 24 de abril, JUR 2002/206703.

el caso de los representantes de comercio, y, sobre todo, el personal de alta dirección, se admitiría la actividad de mediación con fines lucrativos.

-También se pueden considerar sujetos infractores las Entidades Colaboradoras que estén autorizadas para gestionar políticas activas de empleo (ej. formación, inserción, etc.) y utilicen esta vía para al mismo tiempo llevar a cabo una actividad de Intermediación con fines lucrativos. Así, la doctrina judicial considera que se comete una infracción prevista en el Art. 28.1 LISOS (actual Art. 16.1 TRLISOS) en relación con el Art. 16.2 ET cuando una Entidad Colaboradora que se encarga de realizar cursos de formación para desempleados -en este caso en concreto es un *Centro Integral de Empleo*- realiza a su vez una actividad de Intermediación, pues las condiciones que imponía a las Empresas clientes consistían en el pago inicial a la búsqueda de empleo y otro al obtenerlo, sin que se especificara la realización de “curso orientador alguno”. Esta actividad se incardina por tanto en el ilícito administrativo sin perjuicio de que esta actividad no autorizada se compatibilice con otra autorizada, como es la de ofrecer cursos de formación para desempleados. Aquí en este caso no se está sancionando la labor de orientación profesional a candidatos para la obtención de un empleo mediante la relación de Currículum, test psicológicos, etc., pues se deduce de esta Sentencia que estaría permitida, sino lo que se sanciona es actuar como intermediario poniendo a ambos en contacto con ánimo de lucro. Parece deducirse también de esta Sentencia que no se consideraría infracción el que los centros de orientación ofrezcan bolsas de trabajo sin que ello presuponga que cobran a sus clientes, o que los centros de orientación cuelguen, sin más, ofertas de trabajo en tablones de anuncios de empresas.¹³⁶⁷

-El problema realmente está en determinar si la actividad de las Agencias de Empleo Privadas puede ser sancionada por ejercer actividad de mediación con fines lucrativos, ya que en este caso, como ya se ha venido analizando, se produce el silencio de la ley ante determinados problemas jurídicos.¹³⁶⁸ Antes de analizar las demás Agencias de Empleo Privadas, hay que advertir que en ningún caso se podría sancionar la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal aplicándole este precepto, y ello porque hay infracciones específicas establecidas en el TRLISOS para estas Empresas (Arts. 8.2, 18 y 19).

Así, no se podría aplicar sin más este precepto para sancionar la actividad realizada por las Empresas de *Outplacement*, y ello porque no realiza una actividad de Intermediación, por lo que su actividad no encaja en el tipo descrito. Esto no significa que su actividad no pueda ser impugnada en caso de incumplimiento en lo previamente pactado, pero para ello

¹³⁶⁷ STSJ Cataluña, núm. 1301/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 de octubre, JUR 2003/120450).

¹³⁶⁸ ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, op.cit., pág. 292.

se derivaría actualmente a la responsabilidad de Derecho Privado, concretamente una responsabilidad contractual derivada del contrato de arrendamiento de servicios llevado a cabo entre ésta y la Empresa Cliente. Ahora bien, tampoco significa que no sea sujeto de tal infracción si además realiza una labor estrictamente de Intermediación cobrándole al trabajador.

También se puede plantear si los Portales de Empleo pueden ser sujetos infractores. Como ya se vino diciendo, en los casos en los que se acredite que realizan una verdadera actividad de Intermediación con fines lucrativos, podría constituir esta actividad una infracción muy grave por ejercer actividad de mediación con fines lucrativos. Ahora bien, tal y como está actualmente redactado tal precepto, sin parecerse en nada a la realidad social, plantea algunos problemas a la hora de delimitar determinados aspectos. Se afirma sin lugar a dudas que cualquier tercero que realice una actividad de Intermediación con fines lucrativos que repercuta en el trabajador podría ser sancionado por el incumplimiento del Art. 16.1 TRLISOS; pero plantea más dudas si se le cobra al empresario, pues estaría permitido en el Convenio núm. 181 OIT. Si en este caso en concreto se tiene en cuenta solamente el precepto de forma literal, toda actividad de intermediación con fines lucrativos, independientemente de en quien repercuta, estaría prohibida; pero si se hace una interpretación teniendo en cuenta la normativa internacional, que a mi juicio es la interpretación más correcta, el Portal de Empleo no sería sancionado si actúa en los términos que señala el Convenio núm. 181 OIT.

Pero realmente, el problema a la hora de determinar los sujetos infractores está en las Empresas de Selección, en el que además se cuenta con jurisprudencia al respecto, que es necesario comentar. Este tipo de Agencias de Empleo Privadas son las que más se relacionan con la actividad de Intermediación, pues la búsqueda y selección de candidatos implica en el inicio una tarea de Intermediación. En el caso de que sean Consultoras especializadas, es decir, Empresas que expresamente se dedican a esta actividad, cualquier incumplimiento de esta actividad se reconduciría por la responsabilidad de Derecho Privado, es decir, por responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios entre ésta y la Empresa Cliente. No tendría sentido aplicar este precepto por el simple hecho de que una Consultora realice la actividad de selección cuando está permitida en la práctica y además la doctrina judicial (jurisdicción civil) la viene admitiendo. Ahora bien, sí se podría aplicar este precepto en el caso de que este tipo de Empresas lleven a cabo una labor de Intermediación cobrándole al trabajador por los servicios prestados. Así también lo mantiene la doctrina judicial al considerar infracción muy grave tipificada en el antiguo Art. 28.1 LISOS (actual Art. 16.1 TRLISOS) la actuación de una Empresa de Selección al constatarse la realización de actividades de mediación en la Colocación, careciendo de autorización administrativa y con finalidad lucrativa, pues se comprobó que existían facturas expedidas a los usuarios por dicho concepto y por la

difusión de la actividad de Agencia de Colocación a través de anuncios publicados en una revista y expuestos en los escaparates del establecimiento de la empresa, tendentes a la captación de clientes oferentes de su trabajo como demandantes de empleo así como a las empresas demandantes de trabajadores. Además, las personas interesadas en encontrar trabajo a través de la empresa se inscribían en una especie de bolsa de trabajo abonando la cantidad de 500 pesetas, habiéndose comprobado la existencia de facturas expedidas a los usuarios por la actividad desarrollada y recibían a cambio información sobre posibles colocaciones.¹³⁶⁹ Por tanto, en esta Sentencia no se pronuncia sobre si la actividad de selección tendría cabida en este tipo (Art. 16. 1 TRLISOS), sino que simplemente se comprueba que dicha Empresa de Selección realiza actividades de mediación y no de selección, y por tanto éstas quedan sancionadas.

Esto significa que si una Empresa de Selección realiza simplemente una actividad de Intermediación y además cobra al demandante de empleo por estos servicios, esta actividad sería considerada como infracción muy grave al realizar tareas de mediación con fines lucrativos y se le aplicaría por tanto la sanción prevista para esta infracción tipificada en el Art. 16.1 TRLISOS. Así, se ha aplicado tal precepto en un caso en el que realizaba una actividad de Intermediación con ánimo lucrativo, a pesar de que utilizaba el nombre de Empresa de Selección para cubrir su legalidad. También se ha considerado infracción el cobrar a un demandante de empleo 1000 pesetas por la cuota de inscripción en tal “agencia” y en el caso de que encontrara trabajo, una vez superado el período de prueba, se le cobraba una cantidad de 10000 pesetas al cobrar su primera nómina, ya que “el servicio cuesta 25000 pesetas, de las que 15000 pesetas las paga el empresario y 10000 el trabajador.”¹³⁷⁰

Y ante la falta de un precepto que se ajuste a la realidad, los problemas se acentúan en determinados aspectos que, aunque prohibidos en la norma, han sido aceptados. Es el caso de las polémicas “Empresas de selección del servicio doméstico”, que realmente son Agencias de Empleo Privadas que se encargan de la actividad de Intermediación en el mercado de trabajo. La falta de regulación de las Empresas de Selección y, sobre todo, la falta de delimitación entre estos dos tipos de actividad, ha dado lugar a que en este caso en concreto se den soluciones distintas a casos que se tendrían que resolver de forma idéntica: es decir, ante una actividad de Intermediación de una Agencia especializada en el servicio doméstico sin estar autorizada y además, cobrando -indistintamente al trabajador y al empresario- por los servicios prestados, se plantea el problema de determinar si este tipo de

¹³⁶⁹ STSJ País Vasco núm. 91/2000 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 27 de enero, JUR 2000/230858.

¹³⁷⁰ STSJ Madrid, núm. 669/2003 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 1 de abril, JUR 2004/166994.

Empresas están permitidas. Aunque es absolutamente necesaria una regulación al respecto, la solución estaría, en principio en aceptar este tipo de Agencias a pesar de que el Decreto que desarrolla esta relación laboral de carácter especial prohíbe la existencia de Agencias de Colocación con fines lucrativos. Esta interpretación se justificaría en la aceptación de éstas en la normativa internacional (Convenio núm. 181 OIT) y en la aceptación por la doctrina judicial (jurisdicción civil) cuando se ha interpuesto una demanda de reclamación de cantidad. Ahora bien, en el caso en el que el ánimo de lucro de esta Actividad de Colocación repercutiera en el trabajador, se aplicaría la sanción por haber sido sujeto infractor al realizar una actividad de mediación con fines lucrativos. Esta interpretación no es la que se ha llevado a cabo en una Sentencia, ya que considera la prestación de los servicios de una Empresa de Selección que cobra a un particular (empresario) por los servicios de contratación de una trabajadora de nacionalidad peruana, como una mediación con fines lucrativos en el mercado de trabajo contraria a la norma sustantiva vigente en este momento y por tanto considerando tal comportamiento como un ilícito administrativo tipificado en el Art. 28.1 LISOS (actual Art. 16.1 TRLISOS) pues no se han probado las alegaciones de la empresa sancionada al indicar que la cantidad percibida del cliente lo fue en contraprestación a la mera selección de una persona susceptible de ser empleada para el servicio doméstico, que como actividad selectiva quedaba diferenciada de la prohibición en el propio Art. 16.2 ET.¹³⁷¹

*** El resto de modalidades de comportamientos infractores previstos en el Art. 16.1 TRLISOS tienen una característica en común: y es que siempre se consideran infracciones muy graves el ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, y sin embargo lo que varía es la causa de la infracción, que bien puede suceder por no haber obtenido la correspondiente autorización administrativa, o por haber finalizado la autorización, o cuando la prórroga se hubiese desestimado por el Servicio Público de Empleo, éstas dos últimas introducidas por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Aunque el régimen de infracciones y sanciones en la Actividad de Colocación ha ido dirigido al control sobre todo de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, éste tampoco ha sido completo, pues no todos los incumplimientos de estas Agencias reguladas en el RDAC están tipificados de infracción, citando como ejemplos el caso en el que la agencia actúe en un ámbito territorial y funcional distinto al autorizado, o no realiza auditorías, etc.¹³⁷² Ahora bien, las infracciones aquí detalladas en el Art. 16.1 TRLISOS no se utilizan debido a que se está produciendo un desuso del régimen jurídico de

¹³⁷¹ STSJ Madrid, núm. 826/1995 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de septiembre, RJCA 1995/944.

¹³⁷² SOBRINO GONZÁLEZ, G.M^a: *La política de colocación*, op.cit, págs. 250 y ss.

las Agencias reguladas en el RDAC. Y, por otra parte, si se diera un uso estricto a tal normativa, se estaría sancionado constantamente la actividad de Intermediación sin fines lucrativos que realizan numerosas Entidades -tanto públicas como privadas- sin estar previamente autorizadas como Agencias de Colocación reguladas en el RDAC. Es por tanto necesario un cambio completo del régimen sancionador que deriva a su vez de la necesidad de un cambio completo del régimen de Colocación. En este momento sólo queda prevista como infracción el ejercer una actividad de Intermediación con o sin fines lucrativos, pero no queda contemplada que se pueda sancionar la actividad en general de colocación que puedan realizar el resto de las Agencias de Empleo Privadas. Y además, ni siquiera esta normativa es completa, pues los incumplimientos de la normativa reguladora de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos regulados en el RDAC no se sancionan, directamente se pasa a la extinción de tal Agencia.¹³⁷³

Son escasos los supuestos en los que se sanciona el ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, aunque se pueden citar algunos casos en los que se sanciona por realizar actividad de Intermediación sin fines lucrativos pero sin contar con la debida autorización: así, la doctrina judicial considera que una Empresa de Trabajo Temporal autorizada, no puede realizar actividades de Intermediación propias de una Agencia de Colocación, y que en el caso de realizarlo, se considera infracción muy grave prevista en el Art. 28.1 de la LISOS 88 (actual Art. 16.1 TRLISOS) por ejercer actividades de mediación en la colocación de trabajadores sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa. En este caso en concreto la ETT “ayudó a dos trabajadores a encontrar un empleo y a un empleador a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades sin estar previamente autorizada por el Instituto Nacional de Empleo; es evidente que las dos trabajadoras no lo fueron nunca de la Empresa de Trabajo Temporal, dado que ello exige conforme al Art. 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de tales Empresas, la puesta a disposición de otra Empresa usuaria, con carácter temporal, de trabajadores por ella contratados”.¹³⁷⁴ Ahora bien, en ningún momento se puede considerar infracción la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal sin haber obtenido la debida autorización,¹³⁷⁵ pues

¹³⁷³ Véas MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y Empleo*, op.cit., pág. 326.

¹³⁷⁴ STSJ Castilla y León, núm. 1243/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 de julio, JUR 2001/311401.

¹³⁷⁵ No es la opinión, sin embargo, de DOLZ LAGO, M.J.: “Cambios introducidos en materia de infracciones y sanciones en el orden social por la reforma laboral de 1994”, *TS*, núm. 53, mayo (1995), pág. 39 al señalar que “Aunque el precepto se refiere a actividades de mediación entendemos que comprende también la cesión de trabajadores, donde estaría la autorización de las llamadas Empresas de

éstas no se integran en el concepto de Intermediación. Y además, el legislador no ha tenido la intención de incluir aquí éstas, pues ha dedicado una sección completa para las infracciones en materia de Empresas de Trabajo Temporal y Empresas usuarias.

Por último, hay que destacar una Sentencia que señala que para ejercer una actividad de Intermediación sin fines lucrativos no es suficiente con que una determinada empresa que quiera actuar como Agencia de Colocación se de de alta en el Impuesto de Actividades Económicas indicando que realiza una actividad de selección y colocación de personal en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.¹³⁷⁶ Pero no son muchos los litigios que surgen para sancionar a Empresas e Instituciones que realizan una Actividad de Colocación sin fines lucrativos sin la debida autorización. Para ello, como se viene diciendo, es necesario modificar el régimen jurídico, cambiando toda la forma de “autorizar” la Actividad de Colocación sin fines lucrativos y así controlar y sancionar esta actividad teniendo en cuenta una normativa más ajustada a la realidad.

-Constituye infracción muy grave “establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado” (Art. 16.2 TRLISOS).

Esta infracción puede, en principio, parecer semejante a la prevista en el Art. 15.5 del TRLISOS que considera infracción grave *La publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación...* Sin embargo, una misma persona puede infringir ambos preceptos de forma simultánea, pues no toda publicidad engañosa del puesto de trabajo tiene que ser discriminatoria y por otro lado, una oferta de empleo discriminatoria puede perfectamente responder a las reales condiciones del puesto ofertado y no contener condiciones contrarias a la normativa de aplicación. Son dos tipos de infracciones diferentes, que pueden concurrir o no al mismo tiempo en una misma persona.

Aquí el estudio se va a centrar en el análisis del Art. 16.2 TRLISOS, aunque es conveniente indicar que la tutela antidiscriminatoria en materia de acceso al empleo y concretamente en materia de colocación no se agota aquí, ésta es una posible vía para impugnar una conducta discriminatoria, que, como ahora se comprobará, no cubre todas las posibles conductas discriminatorias en materia de acceso al empleo.

Trabajo Temporal, prohibidas en el artículo 43 ET con su correlato de infracción laboral muy grave en el artículo 8.2 de la LISOS”.

¹³⁷⁶ STSJ Madrid, núm. 595/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de abril, JUR 2003/161341.

En relación a qué instrumentos son los que pueden provocar la difusión de una conducta discriminatoria, parece que puede ser cualquier medio, tanto verbal como escrito.¹³⁷⁷ Sin embargo, la cuestión a analizar, debido a la poca claridad del precepto, es la delimitación de los sujetos activos de este tipo infractor. Si se tiene en cuenta la norma sustantiva, las únicas referencias que directamente hacen alusión a terceros que se encargan de la Actividad de Colocación están, por un lado, en el Estatuto de los Trabajadores y en el RDAC, al señalar que “dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad de acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado, y además indica que una de las condiciones de actuación de dichas Agencias es “garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad de acceso al empleo, en los términos establecidos en el artículo 16.2 ET” (Art. 2.2. RDAC); y por otro lado, en la Ley de Empleo, al señalar, que “la intermediación laboral realizada por los Servicios Públicos de Empleo y las agencias de colocación así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras Entidades Colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos” (Art. 22.2 LE). Y se ha incorporado un nuevo artículo (Art. 22 bis)¹³⁷⁸ sobre la discriminación en el acceso al empleo, pero va dirigido únicamente a los Agentes de la Intermediación previstos en la LE.

Todos estos preceptos se ajustan a lo establecido en la Organización Internacional del Trabajo, concretamente al Convenio y Recomendación núm. 111 sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958, que obliga a los Estados Miembros a asegurar la aplicación de la política de igualdad en la Actividad de Colocación que dependa de una autoridad nacional. Sin embargo, al no haber una regulación sobre las Agencias de Empleo Privadas (excepto de las Empresas de Trabajo Temporal), tampoco existe una regulación específica en materia de discriminación, y al no haber un control específico sobre éstas, hace que sean más vulnerables en esta materia.

Pero al margen de que en la normativa sustantiva se refiera sobre todo a la discriminación llevada a cabo por los Agentes de la Intermediación previstos legalmente, la interpretación más adecuada de este precepto es que se aplique a cualquiera que lleve a cabo una conducta discriminatoria, por lo que no sólo serían sujetos activos los intermediarios previstos

¹³⁷⁷ MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y Empleo*, op.cit., pág. 326.

¹³⁷⁸ Introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

legalmente, sino el resto de Agencias de Empleo Privadas e incluso terceros que de forma esporádica establezcan condiciones que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por los motivos indicados en el tipo infractor. Esta argumentación tiene su justificación tanto en el Art. 4.2. c) ET que recoge como uno de los derechos de los trabajadores el no ser discriminados para el empleo por razones de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato así como razón de lengua dentro del Estado español;¹³⁷⁹ y también en el Convenio núm. 181 OIT al señalar que “con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo Miembro velará por que las Agencias de Empleo Privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad”.

Pero aunque se ha interpretado que el sujeto activo de este tipo infractor puede ser cualquiera, incluyendo aquí a las Agencias de Empleo Privadas, es necesaria una modificación completa del régimen jurídico de la Colocación, tanto de la normativa sustantiva como de la normativa sancionadora.¹³⁸⁰ Este precepto no es completo, pues hay determinadas conductas que no se podrían sancionar. Si se tiene en cuenta la normativa internacional, la discriminación se puede provocar por otras conductas que no están tipificadas en este precepto, como es la discapacidad, la situación conyugal o familiar y la orientación sexual, a las que sí se refiere la OIT (Recomendación número 188)¹³⁸¹ y la Unión

¹³⁷⁹ Sin embargo, aquí no se hace referencia al Art. 17 ET ya que este precepto protege la no discriminación en las relaciones laborales como un derecho derivado del contrato. Y en este caso se está analizando la discriminación en el acceso al empleo, y no como un derecho derivado del contrato, por lo que este precepto sólo se aplica a partir del momento en el que nace el contrato, y no en los estados previos a éste.

¹³⁸⁰ De hecho, en la reciente LOIHM se determinan las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias, entre las que se encuentra el establecimiento de un “sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”, que por el momento, como se ha puesto de manifiesto, no existe de forma completa.

¹³⁸¹ Esta Recomendación señala en su Art. 9 que “se debería prohibir, o impedir con otras medidas, a las agencias de empleo privadas que formulen o publiquen anuncios de puestos vacantes o de ofertas de empleo que tengan como resultado, directo o indirecto, la discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, origen étnico, discapacidad, situación conyugal o familiar, orientación sexual o afiliación a una organización de trabajadores”.

Europea (Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación).¹³⁸² Es necesario incluirlas en la nueva regulación del régimen jurídico de la Colocación. Ahora bien, en el caso que los demandantes de empleo hayan sido objeto de discriminación basada en la discapacidad o en la orientación sexual o en la situación conyugal o familiar, pueden denunciar tal discriminación por otros medios, pues su tutela se realizará ante los tribunales ordinarios a través de un procedimiento sumario y preferente, que en el ámbito laboral, de acuerdo con el Art. 181 LPL, se realiza a través de la modalidad procesal de “tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales” que se ha admitido como idóneo para proteger discriminaciones que se puedan producir en los momentos previos a la contratación laboral.¹³⁸³ Y, una vez agotados los cauces ante la jurisdicción ordinaria, queda abierta la vía del recurso de amparo en los términos previstos en la ley.

Además de ser necesario modificar el derecho sancionador en materia de discriminación, se podrían incorporar otros medios para completar la tutela antidiscriminatoria. Para ello se propone, como lo viene haciendo la OIT¹³⁸⁴ y algunos países, establecer organismos que examinen las denuncias en materia de empleo, creando, por Comunidades Autónomas, una comisión contra la discriminación en materia de empleo de carácter tripartita formada por un presidente independiente y otros representantes nombrados por el Gobierno y representantes de los empleadores y sindicatos. Esta sería una vía adecuada para examinar si en un determinado acto se puede presumir que hubo discriminación para posteriormente realizar una investigación más a fondo del caso.

¹³⁸² Esta Directiva tiene por objeto “establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación”.

¹³⁸³ VVAA (Rodríguez-Piñero Royo, M. Director; Morales Ortega, J.M.; Calvo Gallego, F.J.: Coords.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, op.cit., pág. 260.

¹³⁸⁴ El Art. 4 de la Recomendación núm. 111 OIT señala que “Se deberían crear organismos apropiados, asistidos, donde fuera posible, por comisiones consultivas compuestas de representantes de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, cuando dichas organizaciones existan, y de otros organismos interesados, con el fin de promover la aplicación de esta política en todos los sectores del empleo público y privado...” En Australia se han creado Comisiones contra la discriminación en materia de empleo, de ámbito federal y de ámbito estatal. Véase OIT.: *Cómo combatir la discriminación en el empleo*, Ginebra, 1975, pág. 16.

.....

También hay que hacer mención a otras responsabilidades que, aunque no están incluidas en la Sección 3ª que regula las infracciones en materia de empleo, están directamente relacionadas con la Colocación de trabajadores, pero al estar dirigidas a un colectivo concreto -los trabajadores migrantes- se han incluido en el TRLISOS en el Capítulo (IV) que trata sobre las Infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros. Las infracciones que en materia de emigración afectan a los actos previos al contrato ya se analizaron aquí al estudiar los Servicios para los trabajadores en el exterior, por lo que se hace una remisión a ese análisis. La reforma ha consistido principalmente en dejar de sancionar aquellas ofertas de trabajo para el extranjero sin la preceptiva autorización administrativa (modificación de los Arts. 34 y 35 TRLISOS). Los únicos pronunciamientos jurisprudenciales con los que contamos actualmente han resuelto teniendo en cuenta la antigua normativa del TRLISOS en esta materia y actualmente no sirven como referencia, ya que consideraban como imprescindible la autorización -concedida siempre por el Instituto Español de Emigración-¹³⁸⁵ al ser una forma de control de observancia por parte de las autoridades.¹³⁸⁶

Sin embargo, la crítica que se puede hacer a esta reforma es que se ha mantenido el Art. 36.1 TRLISOS que considera infracción muy grave el establecimiento de cualquier tipo de agencias de reclutamiento de emigrantes. Esto manifiesta que el ordenamiento jurídico sigue siendo “receloso frente a las formas de intermediación privada en la colocación de los trabajadores dada la especial vulnerabilidad de los emigrantes frente a conductas fraudulentas”.¹³⁸⁷ Sin embargo, tal y como se viene poniendo de manifiesto en este estudio, es totalmente necesaria una regulación de estas Agencias Privadas que actúan en la práctica, amparadas incluso en la normativa internacional que las acepta sometiénolas a unos determinados controles en su actuación. Así pues, en el momento actual, y dando una interpretación coherente con la realidad social y la normativa internacional, no creo que sea necesaria que una determinada Agencia que se dedique a la Colocación en el exterior sea sancionada, a pesar de que se mantenga vigente este precepto infractor. Ahora bien, sí se podría sancionar en el caso de que cobre al trabajador o en el caso de que incumpla las

¹³⁸⁵ STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 2 de marzo de 1996 (RJCA 1996/337).

¹³⁸⁶ STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de marzo de 2001, JUR 2001/169764.

¹³⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Artículo 36”, VV.AA.: (García Blasco, J.; Monereo Pérez, J.L. Dirección): *Comentario sistemático al Texto Refundido*, op.cit., pág. 484.

condiciones establecidas previamente en el contrato celebrado con el trabajador que va a prestar servicios en el exterior.

Por último, y al margen del TRLISOS, hay que hacer mención a las posibles sanciones que pueden incurrir las Entidades Colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo que reciban subvenciones por realizar funciones de intermediación o gestionar políticas de empleo. El régimen de infracciones y sanciones queda previsto en la *Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones*.

1.1.2. Responsabilidad administrativa prevista en el TRLISOS de los demandantes de empleo.

No está prevista en el TRLISOS ninguna infracción que sancione al trabajador por no aceptar un puesto de trabajo o por no utilizar determinados medios de colocación para buscar empleo. Y ello porque el deber de trabajar contemplado en el Art. 35.1 CE no se puede interpretar como una obligación de aceptar la oferta que puede provenir directamente del empresario, o bien de una tercera persona llamada intermediario.

Aunque la obligación de aceptar por parte del demandante de empleo un puesto de trabajo se podría fundamentar en el deber de trabajar “como obligación que se impone a todo individuo dentro de la sociedad en que vive, ejercitando alguna actividad socialmente útil”,¹³⁸⁸ esta obligación no se indica expresamente en la Constitución ni tampoco se puede interpretar este deber de trabajar como una obligación de aceptar la oferta que se realice.

Por otro lado, al ser la inscripción como demandante de empleo voluntaria, no existe ningún precepto que sancione la falta de inscripción como demandante de empleo. Ahora bien, en el caso en el que el trabajador decida inscribirse como demandante de empleo en la Oficina de Empleo, éste tiene que cumplir una serie de obligaciones que en caso de incumplimiento pueden ser sancionadas: así, el demandante de empleo no perceptor de las prestaciones por desempleo, pero inscrito como demandante de empleo, tiene la obligación de comparecer previo requerimiento ante el Servicio Público de Empleo, renovar la demanda, devolver en plazo el correspondiente justificante de haber comparecido en lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquellos, cumplir las

¹³⁸⁸ El profesor ALONSO GARCÍA (*Curso de Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1964, pág. 413. Edición que contiene la referencia a la que se alude en el texto. Se ha utilizado otra edición en esta investigación, año 1981, publicada en Ariel), indicaba que “la idea de colocación... nace como consecuencia de la dualidad de un derecho al trabajo y deber de trabajar”.

exigencias del compromiso de actividad, incluida la acreditación de la búsqueda activa de empleo, obligaciones que tiene que cumplir salvo causa justificada (Art. 17.1 TRLISOS)¹³⁸⁹. Y en los casos de incumplir tales obligaciones, constituyen infracciones leves en las que la sanción correspondiente no es pecuniaria, según lo señalado en el Art. 47.2 a) TRLISOS, sino que se sanciona con el cambio de la situación administrativa de su demanda de empleo, de la de alta a la de baja durante un mes. También el demandante de empleo no puede rechazar una oferta de empleo adecuada, ni negarse a participar en programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, pues en el caso de rechazo o negación constituyen infracciones graves (Art. 17.2 TRLISOS) que estarían sancionadas con el cambio de la situación administrativa de su demanda de empleo de la de alta a la de baja durante tres meses (Art. 47.2 b) TRLISOS).

Estas sanciones se aplican en el caso de incumplimiento por un demandante de empleo de las obligaciones citadas en relación a la inscripción cuando no es perceptor de la prestación por desempleo, ya que si es perceptor de la prestación por desempleo el tipo sancionador es distinto y determinadas conductas pueden ser objeto de infracción. En primer lugar, al considerarse la inscripción como demandante de empleo como un requisito para acceder a la prestación por desempleo, en el caso de que no lo realice dentro del plazo de los quince días previsto por la ley produciéndose un retraso en la inscripción (inscripción extemporánea), pierde tantos días de prestación como tiempo haya transcurrido entre el hecho causante y la presentación de la solicitud (Art. 209.2 LGSS y Art. 5RD 625/1985).¹³⁹⁰ Y además también constituirá objeto de infracción leve el no comparecer previo requerimiento ante el Servicio Público de Empleo, o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, o no devolver al Servicio Público de Empleo el justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas, o no cumplir las exigencias del compromiso de actividad, todo ello salvo causa justificada (Art. 24.3 TRLISOS). En caso de incumplimiento la sanción correspondiente es, a diferencia de los demandantes de empleo

¹³⁸⁹ Precepto ubicado en la Subsección 2ª (Infracciones de los trabajadores por cuenta propia y ajena) de la Sección 3ª (Infracciones en materia de empleo), del Capítulo II (Infracciones Laborales). Para un exhaustivo comentario de este precepto, véase CISNEROS LARRODÉ, R.: “Artículo 17. Infracciones de los trabajadores”, op.cit., págs. 300 y ss.

¹³⁹⁰ Para un comentario de esta obligación, véase MONEREO PÉREZ, J.L.; VIÑAS ARMADA, J.L.: “Artículo 209. Solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, Mª.N., Dirección): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Tomo II*, Comares, Granada, 1999, págs. 1763-1764.

inscritos en la Oficina de Empleo, la de pérdida de la prestación durante un determinado tiempo, según lo establecido en el Art. 47.1 TRLISOS.

Ahora bien, “la falta de inscripción del trabajador en la Oficina de Empleo no altera su esencia temporal mutuamente aceptada”,¹³⁹¹ es decir, no se convierte en indefinido por la simple falta de inscripción del demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo, ni tampoco va a provocar la anulación del contrato de trabajo.¹³⁹²

Además, el acto de inscripción “no adjudica al trabajador posiciones jurídicas de ventaja frente al empresario: no consagra un derecho del trabajador inscrito a ocupar un puesto de trabajo”,¹³⁹³ pues el acto de inscripción supone simplemente un requisito previo al contrato de trabajo, y es “una simple expectativa de derecho, nunca un derecho propiamente como tal”.¹³⁹⁴

1.1.3. Responsabilidad administrativa prevista en el TRLISOS de los oferentes de empleo.

Como ocurre en otros preceptos del TRLISOS, no todas los comportamientos del empresario que podrían sancionarse están recogidos en la normativa sancionadora; y por otro lado, aquellos comportamientos que sí están tipificados como infracción necesitan de una interpretación que tenga en cuenta la norma sustantiva a la que se remite, ya que actualmente se han producido algunos cambios en ésta. Como las infracciones que pueden incurrir los empresarios se recogen de forma conjunta en el TRLISOS, para un mejor análisis de éstas se van a dividir en: infracciones de los empresarios por incumplir actos de control del mercado de trabajo, por publicar ofertas irreales y/o discriminatorias y por último, aquellas infracciones en materia de colocación de emigrantes.

-En cuanto a las infracciones de los oferentes de empleo por incumplir actos de control del mercado de trabajo, éstas se consideran leves y quedan recogidas en el Art. 14.1

¹³⁹¹ STS de 8 de noviembre de 1985, RJ 1985/5746; CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La contratación temporal como medida de fomento del empleo”, *REDT*, núm.31, julio-septiembre (1987).

¹³⁹² Sin embargo, el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, considera que si el trabajador no estaba contratado a través de la Oficina de Empleo, y no estaba dado de alta en la Seguridad Social, se consideraba legalmente como fijo transcurrido el tiempo igual al período de prueba.

¹³⁹³ VALDÉS DAL-RE, F.: “Servicios públicos de empleo y contratación laboral”, op.cit., pág. 215.

¹³⁹⁴ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1964, pág. 413.

TRLISOS (*No comunicar a la oficina de empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida esa obligación*); en el Art. 14.2 TRLISOS (*No comunicar a la oficina de empleo la terminación de los contratos de trabajo, en los supuestos en los que estuviere prevista tal obligación*) y en el Art. 14.3 TRLISOS (*La falta de registro en la oficina de empleo del contrato de trabajo y de sus prórrogas en los casos en que estuviere establecida la obligación de registro*).

Así, hoy en día, el empresario -como ya se apuntó al analizar las funciones de los Servicios Públicos de Empleo en relación al control del mercado de trabajo- tiene que comunicar el contenido de todos los contratos de trabajo, es decir, los que se celebren por escrito y los que no, así como la comunicación de sus prórrogas. Así pues, hay que interpretar, teniendo en cuenta los cambios de la norma sustantiva, que no se puede sancionar a un empresario por no haber registrado los contratos de trabajo, pues ya no existe tal obligación, sino la de comunicar los contratos de trabajo, lo que significa que la infracción prevista en el Art. 14.3 TRLISOS queda vacía de contenido, aplicándose solamente en el Art. 14.1 TRLISOS. Y además, se puede sancionar tanto si no se comunica bien por el procedimiento tradicional o bien por el procedimiento innovador a través de medios telemáticos. Y el simple incumplimiento del plazo de los diez días no se considera constitutivo de la infracción ya que el precepto tipifica simplemente la falta de comunicación y no la falta de retraso.

En cuanto a la terminación de los contratos de trabajo, aunque hoy en día no se hace ningún tipo de referencia en la LE a tal obligación, argumenté en su momento mi posición favorable acerca del mantenimiento de tal obligación. El problema que se podría plantear sería el de la determinación del ámbito temporal de esta obligación empresarial. Aunque también se ha mantenido por algún autor que “la dilación en el tiempo de esta comunicación no es sancionable siempre que se produzca antes de la actuación inspectora”,¹³⁹⁵ me parece más coherente que se establezca un plazo determinado para el cumplimiento de este deber, y al no estar indicado expresamente, se podría extender a todos los contratos la obligación de comunicar la terminación de los contratos formativos en el plazo de los diez días siguientes a dicha terminación, tal y como señala el Real Decreto 488/1998 de 27 de marzo por el que se desarrolla el Art. 11 ET, o incluso el plazo de quince días, según establece el Art. 209 LGSS como plazo para que se reconozca la situación legal de desempleo. Mi posición de mantener tal norma infractora podría ir, en principio, en contra de la aplicación retroactiva de la ley más favorable por tratarse de una norma administrativa de carácter sancionador. Pero aquí no se está ante un supuesto en el que se haya derogado expresamente la obligación de comunicar la terminación del contrato de trabajo, pues ya manifesté que la vigencia de tal

¹³⁹⁵ MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y Empleo*, op.cit., pág. 308.

precepto queda implícita y que aunque no haya un precepto tipificador de la infracción cometida, sí se puede deducir de la vigencia de otras normas sustantivas y administrativas de carácter sancionador.

No queda prevista en el TRLISOS una infracción para sancionar al oferente de empleo en el caso en el que no solicite al trabajador en los Servicios de Empleo o en otros Agentes de la Intermediación previstos en la LE, y ello porque actualmente no existe una obligación legal de solicitar previamente en ninguno de los Servicios de Empleo o Agencias de Empleo a los trabajadores que necesiten, como ocurría antes de la reforma del 94 en el que se tenían que solicitar previamente en las Oficinas de Empleo (Art. 42.1 LBE). Ni tampoco va a ser causa de nulidad del contrato de trabajo, pues no constituye un estado previo al contrato de trabajo y no se le aplican los efectos de éste.¹³⁹⁶

Y ni mucho menos se puede imponer sanción alguna por no contratar a los trabajadores que cualquier Agencia de Empleo -de las previstas legalmente- como de las no previstas legalmente- le proporcione. Así, todas las Sentencias que se dictaron después de la reforma del año 1994 -aunque los fundamentos de hecho datan de una fecha anterior a tal Reforma- determinan que a pesar de que se contrate a un trabajador sin solicitud previa a la Oficina de Empleo, no constituye infracción al haberse derogado tal precepto (Art. 42.1 LBE). Se aplica, por tanto, el principio de retroactividad de las normas penales más favorables y no se sanciona a los empresarios como responsables de la infracción grave del Art. 27.1 de la Ley 8/1988 de 7 de abril.¹³⁹⁷

Y no sólo que no exista sanción administrativa, sino que las contrataciones de trabajadores que se realicen por los empresarios al margen de estos Agentes de la Intermediación o sin respetar el Proceso de Colocación produce plenos efectos jurídicos, pues el “proceso de empleo no tiene efecto jurídico constitutivo, su finalidad consiste tan sólo en facilitar el establecimiento de relaciones jurídicas de trabajo”.¹³⁹⁸

¹³⁹⁶ VALDÉS DAL-RE, F.: “Servicios públicos de empleo y contratación laboral”, VVAA.: *Comentarios a las leyes laborales...*, op.cit.

¹³⁹⁷ STSJ Murcia, núm. 651/1996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 9 de octubre, RJCA 1996/1278; STSJ Andalucía núm. 80/1997 Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 3 de febrero, RJCA, 1997/195; STSJ Andalucía núm. 1061/1996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de septiembre, RJCA 1996/2370; STSJ Andalucía, núm. 284/1997 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 3 de marzo, RJCA 1997/546.

¹³⁹⁸ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, M.: “Colocación y empleo”, op.cit., pág. 146.

Sí se puede hacer una crítica en cuanto a la falta de norma sancionadora en el caso en el que el empresario firme un compromiso de contratación y lo incumpla, pues aunque pueden derivar otras consecuencias jurídicas, no se ha incluido en el TRLISOS ningún precepto infractor en esta materia.

-Por otra parte, los empresarios también pueden ser sujetos infractores de las previstas en los Arts. 15.5 y 16.2 TRLISOS, es decir, por publicar ofertas irreales y/o discriminatorias. Ahora bien, en ningún caso el empresario que no haya contratado un trabajador basado en principios discriminatorios, no se puede exigir que lo contrate, lo que indica que a pesar de la normativa sancionadora, “el control antidiscriminatorial en el acceso al empleo es extremadamente frágil”.¹³⁹⁹

-Por último, los empresarios también pueden ser sujetos infractores de algunas infracciones en materia de emigración en relación con la colocación de trabajadores. En los términos ya analizados, hay que recordar que ya el empresario no es sujeto infractor si difunde por cualquier medio, ofertas de trabajo para el extranjero sin la obtención de la preceptiva autorización administrativa, ya que el Art. 35 TRLISOS ha sido modificado por la LECEX. Sin embargo, sí puede ser sujeto infractor en caso de cobrar a los trabajadores comisión o precio por su reclutamiento (Art. 36.4 TRLISOS). Este último precepto va principalmente dirigido a terceros que realizan una actividad de Intermediación, pero también se puede aplicar al empresario en el caso en el que sea él mismo el que le encuentre el trabajo en el exterior.

1.2. Responsabilidad Penal

En el Código Penal quedan recogidos los delitos contra los derechos de los trabajadores, concretamente, en el Título XV. No siempre van a ser los empresarios los únicos sujetos activos de estos delitos, sino que también pueden serlo terceras personas, cualquiera que intervenga en la Colocación de los trabajadores, por lo que estarían incluidas aquí todas las Agencias de Empleo Privadas.

Para seguir el mismo orden utilizado al analizar la responsabilidad administrativa en esta materia, se analizará, en primer lugar, la responsabilidad penal de los terceros que intervienen en la Actividad de Colocación, y, en segundo lugar, la responsabilidad penal de los empresarios y demandantes de empleo en la Actividad de Colocación aunque estos últimos no se incluyen en este Título al no ser delitos específicos de Derecho Laboral.

¹³⁹⁹ VALDÉS DAL-RE, F.: “Ingreso al trabajo”, op.cit., págs. 244-245.

1.2.1. Responsabilidad penal de los terceros que intervienen en la Actividad de Colocación

a) El delito de tráfico ilegal de mano de obra

El primer precepto que se va a analizar, debido a la relación directa con la Actividad de Colocación, es el delito de tráfico ilegal de mano de obra tipificado en el Art. 312.1 CP, que señala que *Serán castigados con las penas de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.*

Este precepto no se ha incluido por primera vez en el CP de 1995, pues el del año 1973 ya lo contemplaba, concretamente en el Art. 499 bis, que regulaba el *delito social*. Éste recogía en un mismo apartado dos tipos diferentes, al señalar que será castigado con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas *El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra e intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador.* Aunque existe un antecedente de este delito tipificado actualmente, sí hay algunas diferencias, tanto en la pena impuesta como en la redacción del mismo, aunque se ha mantenido en los mismos términos el término *tráfico ilegal de mano de obra*. Ahora bien, hay un dato común que se encontraba tanto en el *delito social* como en la redacción actual; y es que en la realidad práctica no se ha utilizado este delito en relación a la Actividad de Colocación, conclusión que se deduce de la doctrina judicial analizada.

Al hacer alusión al delito de *tráfico ilegal de mano de obra* no se puede conocer a primera vista cuál es la conducta delictiva; en un principio, al leer tal precepto, se relaciona directamente con la materia de emigración. De este modo, para analizar cuál es la relación entre este delito y la Actividad de Colocación y poder sacar conclusiones al respecto, es necesario combinar tanto la normativa sustantiva en materia de colocación, la normativa sancionadora prevista en el TRLISOS, la aplicación jurisprudencial de tal precepto, y las posiciones que mantiene la doctrina científica.

Así, hay que tener en cuenta que las conductas tipificadas en el Art. 312.1 CP son muy variadas, pudiéndose resumir en dos modalidades: la Colocación de los trabajadores al margen de los mecanismos legales y la cesión ilegal de mano de obra al margen de las Empresas de Trabajo Temporal.¹⁴⁰⁰ Lógicamente, debido a que en este estudio no se está

¹⁴⁰⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho Penal de la Empresa*, Trotta, Valladolid, 1995, pág. 104; NAVARRO CARDOSO, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 349; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen jurídico sancionador en materia de empleo tras la entrada en vigor del TRLISOS de 2000”, op.cit., pág. 179. En contra, PÉREZ MANZANO, M.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, *RL*, (1997-I), pág. 280, que reconduce la cesión ilegal al margen de las ETT al Art. 311.1 y no al 312.1 CP.

analizando concretamente la actividad de las ETT, el análisis se va a centrar en la primera modalidad: la Actividad de Colocación. Hay que recordar que dicha actividad puede incurrir también en infracciones administrativas, por lo que es absolutamente necesario tener siempre en cuenta la normativa sancionadora. Y la tarea de la delimitación de la conducta delictiva en este caso no es nada fácil, pues el legislador al determinar las infracciones y sanciones administrativas y el delito penal en materia de Colocación no ha sido muy específico, por lo que al operador jurídico le puede resultar muy difícil determinar con precisión cuándo se está ante un ilícito administrativo y cuando se está ante un ilícito penal. A la hora de tener en cuenta tal delimitación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, hay que tener siempre presente el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pues solamente puede actuar éste en los supuestos de mayor gravedad, y en este caso en concreto, aplicando tal principio, se ha producido una “desaparición típica de tal delito”¹⁴⁰¹ reconduciéndose a la normativa sancionadora, aunque tampoco es frecuente utilizar la normativa sancionadora ya que se viene produciendo cierta pasividad y tolerancia tácita¹⁴⁰² de toda la Actividad de Colocación no autorizada.

La relación de este delito con la normativa prevista en el TRLISOS se encuentra en el Art. 16.1 que considera infracción muy grave ejercer actividad de mediación con fines lucrativos, es decir, en el tráfico ilegal de mano de obra no se incluye el incumplimiento de los actos formales de control del mercado de trabajo¹⁴⁰³ que tienen que llevar a cabo los empresarios, y ello porque en el TRLISOS se califican como infracciones leves, y además son infracciones que pueden cometer los empresarios y no son infracciones que sancionan a los terceros “intermediarios”. Esto significa que no todas las responsabilidades en materia de Colocación en las que puedan incurrir tanto empresarios como Agentes que intervienen en la Colocación se encuadran en este tipo penal.

La delimitación de este tipo penal presenta dificultades, y ello porque, en primer lugar, no ha existido en ningún momento doctrina judicial que ayude a resolver determinadas cuestiones de interpretación, y además, porque tal y como está redactado, constituye una *norma penal en blanco* en el que la legalidad o ilegalidad de dicho tráfico se determina fuera del Código Penal, por lo que hay que tener en cuenta la norma sustantiva en vigor en esta

¹⁴⁰¹ MORILLAS CUEVA, L.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, VV.AA.: *Curso de Derecho Penal Español*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

¹⁴⁰² LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La Intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., pág. 241.

¹⁴⁰³ En el mismo sentido, BAYLOS, A.; TERRADILLOS, J.: *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Valladolid, 1997, pág. 86; NAVARRO CARDOSO, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op.cit., pág. 81.

materia en el ET y en la LE. Esto se complica aún más porque, en primer lugar, la normativa sustantiva en esta materia es poco clara, es decir, inutilizada en algunos casos e inexistente en otros, y, en segundo lugar, porque está tipificada como infracción muy grave en el TRLISOS el ejercer actividad de mediación con fines lucrativos, produciéndose en la mayor parte de las ocasiones un solapamiento del tipo previsto en el TRLISOS y en el Código Penal. Así, la inutilización del delito de *tráfico ilegal de mano de obra* en materia de Colocación se debe a que el tipo no está delimitado y además a que existe una infracción administrativa en el mismo sentido que tampoco se utiliza.

Es un delito que -a mi juicio- en materia de Colocación, debería desaparecer, pero para ello se tendría que proceder a una nueva reordenación del derecho sancionador en esta materia sobre todo en lo que respecta a las infracciones de las Agencias de Empleo Privadas. El régimen de Colocación necesita una completa reforma, no sólo en cuanto a la normativa sustantiva, sino también en la normativa sancionadora. Si se realizara esta reforma y se determinaran expresamente las infracciones en materia de Colocación de una forma completa y precisa, no haría falta la tipificación de un delito, pues sería suficiente con imponer -en los casos que fuera necesario- infracciones muy graves por determinadas conductas. Y ni siquiera que el Código Penal contemple la comisión imprudente del delito de tráfico ilegal de mano de obra, pues la imprudencia se puede reconducir a una infracción administrativa.¹⁴⁰⁴

Pero, aunque las propuestas de reforma son en este estudio el centro de la investigación, ya que se ha comprobado que el actual régimen jurídico de la Colocación desde una perspectiva de lo público y privado es totalmente insuficiente y presenta muchas carencias normativas que afectan sobre todo al régimen sancionador, es necesario aquí dar a conocer -de cara al aplicador práctico de la materia- la situación actual, es decir, analizar tal delito y conocer cuál es su utilización en la práctica, en un momento en el que la mayor parte de las Agencias de Empleo Privadas están aún sin regular y sin controlar.

La doctrina penal y laboral que se ha encargado de analizar en varias ocasiones este delito, han delimitado cuál es el sujeto activo del delito, el sujeto pasivo y la conducta delictiva, y ni siquiera en este caso existe una unanimidad a la hora de determinar estos aspectos. Es una de las típicas normas afectadas por una enorme indeterminación, consecuencia del incompleto régimen de Colocación existente, y que hace que haya soluciones diferentes “dependiendo del punto de vista personal de quien goce ese poder

¹⁴⁰⁴ VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, VVAA (Quintero Olivares, G.; Director; Morales Prats, Coord): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 1105.

decisorio”¹⁴⁰⁵ Para ello, se va a llevar a cabo un análisis exhaustivo para dar argumentaciones válidas para delimitar este tipo penal, una vez que se cuenta con un conocimiento previo de los problemas que suscita en el ámbito laboral la Actividad de Colocación.

Prácticamente se coincide en determinar que el sujeto activo del delito es “cualquiera”,¹⁴⁰⁶ a diferencia de la mayor parte de los delitos contra los derechos de los trabajadores en los que el sujeto activo normalmente es el empresario. Aunque en la cesión ilegal de mano de obra el sujeto activo del delito es el empresario (que es al mismo tiempo la Empresa de Trabajo Temporal), aquí considero que en la Actividad de Colocación es siempre una tercera persona,¹⁴⁰⁷ a diferencia de otros autores que piensan que el sujeto activo es el empresario-¹⁴⁰⁸. El empresario, por tanto, no es sujeto activo de este delito en materia de Colocación, pudiendo ser sujeto activo de otro delito tipificado en el Art. 312.2, castigados con la misma pena, *quienes recluten personas ofreciendo empleo o condiciones de trabajo*

¹⁴⁰⁵ ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, op.cit., pág. 159.

¹⁴⁰⁶ En el mismo sentido, véase, ARROYO ZAPATERO, L.: “Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del artículo 499 bis CP”, *REDT*, núm.15, julio-septiembre (1983), pág. 359; PARDELL VEÁ, A.: “El artículo 312 CP. Tráfico ilegal de mano de obra”, *VVAA* (Rojo Torrecilla, E. Coord.): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 68; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, op.cit., pág. 349; SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Delito de tráfico de mano de obra”, *VVAA* (Sempere Navarro, A.V. Coord.): *Delito sancionador público del trabajo*, Colex, Madrid, 2001, págs. 230-231; SAINZ RUIZ, J.A.: “Artículo 312”, *VVAA: Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, Comares, Granada, 2002, pág. 2002; PÉREZ MANZANO, M.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, op. cit., pág. 281; CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: “Faltas y sanciones de trabajadores y empresarios”, *VVAA* (Martín Valverde, A. Director; García Murcia, J. Coord.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pág. 1425; PÁRAMO MONTERO, P.: *La responsabilidad empresarial*, op.cit., pág. 91; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *Infracciones y sanciones en materia de empleo y Seguridad Social*, op.cit., pág. 330.

¹⁴⁰⁷ En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la Administración...*, op.cit., pág. 398. Así también lo manifiesta la SAP de Málaga, núm.5/2000, de 10 de marzo, ARP 2000/1062, que absuelve al acusado (que captó a marroquíes para que trabajaran en su establecimiento) de un delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en el Art. 312.1 CP, “pues no tienen cabida estos hechos en el artículo 312.1 CP que castiga a los que trafiquen de manera ilegal con la mano de obra. La acción típica radica en la captación de trabajadores al margen de los mecanismos legales a fin de que presten servicios para un tercero, por lo que el sujeto activo necesariamente deberá ser un tercero extraño al empresario”.

¹⁴⁰⁸ DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 283.

Sin embargo, otros autores piensan que éstos no son los autores de este delito. En este sentido, véase NAVARRO CARDOSO, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op.cit., pág. 83; VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, op.cit., pág. 1119.

engañosas o falsas. En este momento, determino simplemente que el sujeto pasivo no es el empresario, pero se entenderá quiénes pueden ser la “tercera persona” una vez que se analice la conducta delictiva. Adelantar, simplemente, que podrían ser sujetos activos tanto aquellos intermediarios previstos legalmente de naturaleza pública como privada, como aquellas Agencias de Empleo Privadas que no están expresamente reguladas pero que tienen una importante actuación práctica. Como en la mayoría de las ocasiones quien comete tales delitos son personas jurídicas, habría que tener en cuenta el Art. 318 CP que señala que *cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyen a personas jurídicas se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes conociéndoles y pudiendo remediarlo no hubieren adoptado las medidas para ello*.

Sin embargo, no suscita ninguna controversia determinar quién es el sujeto pasivo del delito, y es el trabajador, y ello además porque se encuadra tal delito en el Código Penal en el Título que regula los delitos contra los derechos de los trabajadores. Se puede matizar aún más, y ello porque en la mayoría de las ocasiones el trabajador es aún demandante de empleo. Esto significa que el sujeto pasivo del delito es el demandante de empleo, pues no tiene por qué estar en vigor el contrato de trabajo, sino que es simplemente una persona que busca trabajo.

Pero la dificultad se presenta, sobre todo, en determinar cuál es la conducta delictiva, es decir, las circunstancias que se tienen que dar para que se pueda considerar como un *delito de tráfico ilegal de mano de obra*. Para ello, como se viene diciendo, es absolutamente necesario conocer el régimen de Colocación y además tener en cuenta la normativa sancionadora, pues sin este conocimiento previo es muy difícil determinar con exactitud cuáles son las conductas que se podrían considerar como delito. Las características que se van a enumerar se tienen que cumplir -para que se constituya delito- de forma conjunta y no alternativa. Se vuelve a advertir por tanto que se tienen que dar todos los elementos que configuran el tipo penal, ya que si falta alguno de ellos no se podría considerar como un delito, en todo caso se reconduciría a las infracciones administrativas previstas en el TRLISOS.

*La Actividad de Colocación se tiene que realizar con ánimo de lucro: Considero que el mismo término traficar conlleva el ánimo de lucro,¹⁴⁰⁹ pues “traficar” significa comerciar,

¹⁴⁰⁹ En el mismo sentido, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, VVAA.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 697; VV.AA. (Suárez-Mira Rodríguez, C. Coord): *Manual de Derecho Penal*, Tomo II, Parte Especial, Thomson, Civitas, 2004, pág. 350; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Artículo 312”, VVAA (Vives Antón, T.S. Coord): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1551. Alguna Sentencia -aunque la minoría- entiende, en relación al delito de tráfico ilegal de mano de obra, que “la conducta habrá de entenderse atípica cuando no se den las notas de habitualidad y lucro, como ocurre en el caso de servicios benévolos o de cesiones aisladas” SAP Barcelona de 15 de diciembre de 1998 (ARP 1998/5931);

negociar con el dinero y las mercancías”.¹⁴¹⁰ Si se recuerda el análisis del Art. 16.1 TRLISOS, aquí también se sanciona la actividad de mediación con fines lucrativos, por lo que en principio esta característica también se tiene que dar para que una conducta pueda ser sancionada. Es decir, si la actividad de Intermediación actualmente se lleva a cabo sin fines lucrativos pero por agentes no previstos legalmente, se podría reconducir a la normativa sancionadora (Art. 16.1 TRLISOS); pero si un “tercero” realiza una actividad de Intermediación con fines lucrativos, en un principio, habría que analizar tanto la infracción muy grave de ejercer actividad de mediación con fines lucrativos y el delito de *tráfico ilegal de mano de obra*. Esto significa que la diferencia no radica en el ánimo de lucro, sino en las demás circunstancias que se tienen que dar para aplicar la normativa penal y no la sancionadora.

Ahora bien, si no existe ánimo de lucro, no se podría plantear ni siquiera la inclusión de tal conducta en este tipo penal. Por tanto, si se aplica el Art. 312.1 CP no se puede apreciar en ningún caso la agravante del Art. 22.3 del Código Penal por “ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa” pues considero que el ánimo de lucro es una exigencia típica del Art. 312.1 CP y que sería desmedido -dada además la elevación de la pena a partir del año 2000- que una intermediación realizada sin ánimo de lucro pudiera ser considerada como delito, cuando se puede considerar como infracción muy grave tal y como señala el TRLISOS.

*La Actividad de Colocación requiere siempre un perjuicio para el trabajador.¹⁴¹¹ Esta afirmación, en un primer momento puede que sorprenda ya que se aparta de la redacción dada al delito sobre tráfico ilegal de mano de obra en el antiguo Código Penal, concretamente en el Art. 499 bis apartado 3º que señalaba expresamente que será castigado... “El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra e intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello *no se derive perjuicio para el trabajador*”. El actual Art. 312.1 CP no hace referencia de forma expresa a si tiene que concurrir o no

En contra, CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: “Faltas y sanciones de trabajadores y empresarios”, cit., pág. 1426. Algunas Sentencias, al relacionar el Art. 312.1 y el Art. 313.1 del Código Penal se mantienen a favor de que no es preciso el ánimo de lucro para que se consuman ambos delitos: SAP Girona, núm 442/1998, de 10 de noviembre, ARP 1998/4426; SAP Huelva, núm.134/2004, de 22 de mayo, ARP 2005/17, SAP Cádiz, de 23 de febrero de 2000, El Derecho, EDJ 2000/25299.

¹⁴¹⁰ Primera acepción de “traficar”: Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, op.cit., pág. 1498.

¹⁴¹¹ En el mismo sentido, NARVAEZ BERMEJO, M.A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 59.

perjuicio para el trabajador, por lo que el operador jurídico tiene que hacer una interpretación al respecto aunque se mantiene que se trata de un delito de riesgo abstracto, en los que basta la realización del acto prohibido para que nazca el delito.¹⁴¹² Sin embargo, el actual Art. 312.1 CP tiene que ser interpretado conforme a la realidad actual, que se diferencia del régimen de Colocación existente cuando se redactó el Art. 499 bis, ya que el régimen de Colocación era restrictivo e intervencionista, y lo que se pretendía con este delito era proteger la actividad de colocación pública, y prohibir cualquier Actividad de Colocación al margen del INEM, independientemente de que causara o no perjuicio al trabajador. Es decir, lo que se pretendía era proteger la prohibición de contratación al margen de los servicios de colocación, debido a la escasez de puestos de trabajo existentes.¹⁴¹³ Pero en el momento actual, al admitirse la contratación directa, lo que se persigue con este delito es proteger al trabajador frente al ánimo lucrativo de determinados “Agentes” que intervienen en la Actividad de Colocación y evitar que este ánimo lucrativo repercuta en el trabajador, causándole por tanto un grave perjuicio. Así, la *ratio* de este delito no se concentra hoy en la protección de un régimen de Colocación público sin más, pues se acepta *de facto* la Actividad de Colocación privada y con ánimo de lucro. El crear esta figura delictiva tuvo un claro interés por parte del Estado para proteger un régimen de Colocación público, pero hoy en día, que cada vez más se está procediendo a la apertura de Agencias de Empleo Privadas, la intención es la de proteger los intereses de los trabajadores como colectivo.

El grave perjuicio para el trabajador, como característica de este delito, se traduce en un perjuicio material, es decir, en las excesivas cantidades económicas que pueda cobrar el tercero que se encarga de ajustar ofertas y demandas de trabajo. Y que se exija un perjuicio para el trabajador no significa que también se exija dolo o actuaciones maliciosas o

¹⁴¹² CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: “Faltas y sanciones de trabajadores y empresarios”, op.cit., pág. 1425. También señala MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pág. 349 que “es indiferente el que de las maniobras se derive o no perjuicio para el trabajador, que puede salir incluso beneficiado. Pero, en todo caso, parece que para la intervención del Derecho Penal, será preciso, por lo menos, la puesta en peligro de los derechos de los trabajadores, pues de lo contrario se difuminan completamente los límites entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal propiamente dicho”. También señalan VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, op.cit., pág. 1120, que el Art. 312.1 se aplicaría por incumplimiento de la normativa de colocación cuando se ponga en peligro el derecho de acceso al puesto de trabajo de otros trabajadores o de obstaculización de la política de empleo”. En el mismo sentido, SAP Soria núm. 35/1998, de 24 de abril de 1998 (RJ 1998/1674).

¹⁴¹³ ARROYO ZAPATERO, L.: “Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del artículo 499 bis CP)”, cit., pág. 369.

fraudulentas, pues este elemento “no forma parte del tipo delictivo de tráfico ilegal de mano de obra”.¹⁴¹⁴

Otro argumento para afianzar la posición que aquí se mantiene es que la pena actual con respecto al antiguo Art. 499 bis 3º ha sido agravada por la Disposición Final 1ª de la Ley 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, que ha pasado de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a la pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses. Además, en el caso de que se produzca actualmente una intermediación sin causar perjuicio al trabajador, cabe la posibilidad de considerar tal conducta como una infracción administrativa de las previstas en el TRLISOS.

-Se exige además una cierta habitualidad o profesionalidad en el tráfico: Aunque pueda pensarse que no es necesaria que sea una nota condicionante de la antijuricidad, pues “cabe imaginar conductas que merezcan tal reproche y que se hayan producido en una sola ocasión o de manera aislada”,¹⁴¹⁵ mantengo la postura de que se exija una cierta habitualidad por ser consustancial al tráfico,¹⁴¹⁶ principalmente para respetar el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pues las conductas que no se realicen con una cierta habitualidad se pueden considerar como una infracción administrativa por realizar actividades de mediación con fines lucrativos. Esta es la característica que distingue a este delito de la infracción administrativa de llevar a cabo la actividad de mediación con fines lucrativos. Que se exija una cierta profesionalidad significa que haya una cierta habitualidad en su dedicación, pero ni mucho menos se relaciona con que el tercero que realiza *el tráfico ilegal de mano de obra* tenga que ser un intermediario reconocido legalmente; puede ser cualquiera, es decir, tanto aquellos que hayan obtenido una autorización como los que actúan sin ella, pues no es una nota característica de este delito el que el “tercero” posea la debida autorización.

-Por último, la actividad de Intermediación se tiene que realizar en España para ser colocado en España, independientemente de si el demandante de empleo es nacional o extranjero, pues en el caso de que la colocación se tramite desde otro país, o en el caso de que sea un extranjero desde el país de origen, o bien se gestione en España para ser colocado

¹⁴¹⁴ DEL REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, op.cit., pág. 400.

¹⁴¹⁵ En contra de la postura que aquí se mantiene, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Delito de tráfico ilegal de mano de obra”, op.cit., pág. 226.

¹⁴¹⁶ En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, cit., pág. 399; MOLERO MANGLANO, C.: “El delito social”, RPS, núm.100, (1973).

en país distinto, ya no se ubicaría tal conducta en este tipo penal, sino estaría directamente relacionado con las migraciones, pudiéndose reconducir al Art. 313 CP, conducta punible relacionada con las migraciones fraudulentas para traer mano de obra de un país a otro, bien si se produce desde el extranjero a España, o hacia otro país pasando por España, o desde España al extranjero. La diferencia con este tipo penal en concreto se va a tratar a continuación. Además, en los casos en los que se realice una labor de mediación para favorecer la emigración de un trabajador bien a países comunitarios como extracomunitarios fuera de los mecanismos legales, se reconduce al tipo penal del Art. 313.2, que además se exige que haya engaño en la actividad de Intermediación.

*Además, para que el delito se consume no es necesario que se haya realizado la contratación, pues lo que se considera delito es el tráfico ilegal y no una contratación ilegal. Ahora bien, el término *tráfico ilegal* se ha identificado aquí con la actividad de Intermediación, es decir, con realizar una actividad de ajustar ofertas y demandas de trabajo de forma lucrativa, con perjuicio para el trabajador, de forma habitual y dentro de España, sin necesidad de que se llegue a una contratación. En este caso se podría plantear la cuestión de si la actuación de todas las Agencias de Empleo Privadas que actúan sin una autorización y con fines lucrativos podrían ser “sujetos activos” del delito. En un momento en el que se están aceptando tácitamente en nuestro ordenamiento, se podría interpretar que simplemente por las funciones que realicen -Empresa de Selección, Empresas de *Outplacement*, Portales de Empleo- no tienen por qué ser sujetos activos de este delito, y sólo sería así si se produce en estos casos un grave perjuicio para el trabajador que derive exactamente de una actividad de Intermediación, es decir, que la intención sea la de colocar al trabajador cobrándole importantes cantidades económicas. De todas formas, en estos casos se podría reconducir de igual modo a la sanción administrativa prevista en el Art. 16.1 TRLISOS, reiterando, una vez más, el carácter innecesario de este delito, que llegará algún día a desaparecer del Código Penal, al igual que siempre ha existido su inaplicación, pues actualmente la mayor parte de las conductas delictivas se podrían reconducir a la normativa sancionadora, concretamente al Art. 16.1 TRLISOS, aplicándose así el principio *non bis in idem*.

De cara a una próxima regulación en esta materia, la solución estaría en regular todo el sistema de Colocación con un adecuado régimen de Agencias de Empleo Privadas, y, en segundo lugar, llevar a cabo una reordenación del derecho Sancionador, y en este caso no tendría sentido mantener un delito penal que estaría incluido en la normativa sancionadora. Actualmente, la utilización de tal delito se hace de forma errónea al tipificar determinadas conductas relacionadas con los movimientos migratorios en este delito, a pesar de que estas conductas delictivas se encuadrarían en tipos penales diferentes, que se pasan ahora a analizar.

b) Las diferencias existentes entre el delito de tráfico ilegal de mano de obra y otros delitos relacionados con los movimientos migratorios.

*Del análisis de la doctrina judicial se ha podido deducir que en muchas ocasiones se pretende subsumir en el delito de *tráfico ilegal de mano de obra* una conducta que es típica del delito establecido en el Art. 313.1 que castiga con la misma pena que en el delito de *tráfico ilegal de mano de obra* (Art. 312.1 CP) al que *promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España*. Y esta confusión deriva sobre todo porque en el anterior Código Penal ambos delitos se contemplaban en un mismo párrafo al señalar el Art. 499 bis 3º que será castigado... *el que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra e intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador*. Aunque actualmente ambos delitos están tipificados en preceptos diferentes, y los criterios de diferenciación entre éstos son claros, su aplicación práctica no lo es tanto, ya que aún sigue plantándose en numerosas Sentencias si determinadas conductas, que claramente contienen los elementos que configuran el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración de trabajadores a España, pueden subsumirse en el tipo del Art. 312.1 CP. Y esta confusión no sólo se produce en la doctrina judicial, sino que el propio legislador viene identificando el tráfico ilegal de mano de obra con el tráfico ilegal de extranjeros, de ahí que la agravación de la pena por la LO de Extranjería 4/2000 se ha hecho también para el delito de tráfico ilegal de mano de obra, aunque este incremento punitivo puede resultar discutible¹⁴¹⁷ ya que el Art. 312.1 CP no se refiere al tráfico ilegal de mano de obra extranjera, aunque así se reconduce en la práctica, comprobado del análisis de la doctrina judicial. Incluso también la OIT ha manifestado en el Convenio núm. 181 que los demandantes de empleo que están más expuestos a los abusos de Agencias de Empleo Privadas son los extranjeros.¹⁴¹⁸

Las diferencias entre estos dos delitos son claras: contemplan conductas distintas. Así, la conducta punible del Art. 313.1 CP está relacionada con las migraciones laborales fraudulentas, esto es, la recluta o traslación ilegal o clandestina de mano de obra de un país a

¹⁴¹⁷ VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, op.cit., pág. 1121.

¹⁴¹⁸ En su Art. 8 señala que “Todo Miembro deberá, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, adoptar todas las medidas necesarias y convenientes dentro de los límites de su jurisdicción y en su caso, en colaboración con otros Miembros, para que los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas gocen de una protección adecuada y para impedir que sean objeto de abuso. Estas medidas comprenden leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas o abusos”.

otro, bien si ese traslado se produce desde el extranjero hacia España o hacia otro país pasando por España¹⁴¹⁹, es decir, la inmigración. Se exige que la inmigración sea clandestina, que se lleve a cabo a espaldas de la Administración y que se acredite que la intención al efectuar el viaje sea “la de obtener un puesto de trabajo en el país de destino”.¹⁴²⁰ Esta conducta no se subsume en el tipo descrito en el Art. 312.1 del Código Penal, precepto que sanciona “a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra” y que reviste dos modalidades: la colocación al margen de los mecanismos legales y la cesión ilegal de mano de obra al margen de las Empresas de Trabajo Temporal.

La doctrina judicial ha tratado de diferenciar los dos tipos de delitos exponiendo sus diferencias, pero también trata de establecer relaciones entre ellos, de las cuales algunas no comparto.¹⁴²¹ indica que ninguno de los dos delitos exigen para su consumación la existencia de un real y efectivo perjuicio para el trabajador al ser ambos delitos de riesgo abstracto, en los que basta la realización del acto prohibido, y tampoco se exige como elemento subjetivo del injusto la concurrencia del ánimo de lucro. Sin embargo, ya he argumentado que para que nazca el delito de tráfico ilegal de mano de obra y se diferencie además de las sanciones administrativas en esta materia, se exige que se haya producido un perjuicio para el trabajador así como que haya concurrido el ánimo de lucro. Pero sí tienen estos delitos aspectos en común, como indican tales Sentencias, ya que en ambos se protegen los derechos de los trabajadores tanto los económicos como los relativos a su libertad, seguridad y dignidad.

Tampoco considero que la relación entre un delito y otro sea de “especialidad” o alternativa,¹⁴²² en la que hay que elegir entre incluir los hechos probados en un tipo penal o en otro, pues no creo que el Art. 313.1 sea un precepto especial respecto del Art. 312.1 que lo es general y que en el caso de subsumir tal conducta en alguno de los dos, se tenga que

¹⁴¹⁹ La doctrina judicial ya ha reiterado que se encuentra penada la inmigración ilegal de trabajadores a otro país, pues el tipo delictivo del Art. 313.1 CP sanciona, igualmente, no sólo la conducta de colaboración en su entrada a nuestro país, sino el mismo favorecimiento en el traslado ilegal de dicho trabajador inmigrante a otro país pasando por España. Véase, entre otras, SAP Cádiz, núm. 41/2000, de 21 de marzo de 2000, JUR 2000/208330.

¹⁴²⁰ SAP Girona, núm. 442/1998, de 10 de noviembre, ARP 1998/4426.

¹⁴²¹ SAP Girona, núm. 442/1998, de 10 de noviembre, ARP 1998/4426; SAP Huelva, núm. 134/2004, de 22 de mayo, ARP 2005/17; SAP Cádiz, núm. 41/200, de 21 de marzo de 2000, JUR 2000/208330.

¹⁴²² Sin embargo, ésta es la opinión de CEINOS SUAREZ, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, op.cit., pág. 520.

aplicar el Art. 313.1 según el principio de especialidad.¹⁴²³ No consiste por tanto en elegir entre uno y otro precepto, las conductas son distintas y puede que en un mismo supuesto concurren ambos delitos. Un ejemplo puede bastar para su comprensión: dos personas que desde España facilitan a decenas de personas nacionales de Rumanía el viaje a España, facilitándoles documentación falsa y una vez documentados también les proporcionan un puesto de trabajo en tareas agrícolas, procediendo a cobrar por todas estas operaciones,¹⁴²⁴ se está ante conductas que se subsumen tanto en el delito de favorecimiento o promoción de la inmigración clandestina (Art. 313.1) -por facilitarles de forma clandestina la entrada en España al margen de la Administración- y por un delito de tráfico ilegal de mano de obra (Art. 312.1 CP) -por facilitarle un puesto de trabajo agrícola-. Aquí parece que la conducta es la cesión ilegal de mano de obra, pues aunque no se indica nada en la Sentencia, todo parece indicar que el empresario es el acusado que cede a una finca agrícola a estos trabajadores cobrando por tal servicio.

Tampoco se aplicaría el Art. 312.1 CP en el caso en el que los movimientos migratorios se produzcan dentro de las fronteras de España,¹⁴²⁵ pues en este caso no se aplicaría tal precepto, sino el 312.2 CP que indica que *En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.*

*Por otra parte, hay que hacer una diferenciación entre el delito de *tráfico ilegal de mano de obra* y el delito de emigración fraudulenta tipificado en el Art. 313.2 CP. En este precepto se determina que *con la misma pena (pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses) será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.* Tanto el Art. 313.1 como el Art. 313.2 CP, que se va a analizar a continuación, tipifican las migraciones laborales fraudulentas, pero en este caso (están tipificadas las migraciones fraudulentas que se realizan desde España hacia otro país (emigración), mientras que en el apartado anterior quedan tipificadas las

¹⁴²³ SAP Girona, núm. 407/1998, de 15 de octubre, ARP 1998/3671; SAP Burgos, de 29 de octubre de 2001, ARP 2001/836.

¹⁴²⁴ SAP Huelva, núm. 134/2004, de 22 de mayo, ARP 2005/17.

¹⁴²⁵ SAP Girona, núm. 407/1998, de 15 de octubre, ARP 1998/3671.

migraciones fraudulentas que se realizan desde el extranjero hacia España o desde el extranjero a otro país pasando por España (inmigración).

En Derecho Administrativo Sancionador también se recogen infracciones y sanciones en materia de emigración, que ya se han analizado aquellas que tienen que ver directamente con la materia de empleo y concretamente con la Intermediación. Pero en estos casos no se tiene por qué aplicar el principio *non bis in idem*, pues tipifican conductas diferentes, pudiendo perfectamente coincidir tanto la sanción administrativa con esta sanción penal. Así pues, se puede sancionar a un tercero que cobre al trabajador una comisión (Art. 36.4 TRLISOS) y además haya determinado o favorecido la emigración de un demandante de empleo a otro país (Art. 313.2 CP).

El sujeto activo del delito de emigración fraudulenta puede ser cualquier persona (física o jurídica), entre los que se incluyen los terceros que realizan una Actividad de Colocación, bien aquellos que estén reconocidos legalmente como los que no, pues no necesariamente tiene que ser siempre el empresario, pues al indicar que el que use de otro engaño semejante, está ampliando el sujeto activo no sólo a los empresarios que directamente realicen un contrato o bien lo simulen, sino a aquellos que aún no siendo parte interviniente en el contrato, determinen o favorezcan la emigración de alguna persona a otro país. El sujeto pasivo, aunque el precepto señala que puede ser “alguna persona”, está más enfocado a que sea o bien el demandante de empleo, si éste aún no ha firmado el contrato de trabajo, o bien el trabajador, si éste ha firmado ya el contrato de trabajo o bien hay una promesa de contrato para realizar en un momento posterior, cuando ya se encuentre en el país de destino. Ahora bien, esta persona puede ser un nacional, un comunitario o un extranjero residente en nuestro país. Aunque es un elemento esencial configurador del tipo que se produzca la salida del territorio español para trabajar,¹⁴²⁶ no está claro si el tipo incluye solamente la salida del territorio español a un país no perteneciente a la Unión Europea o si también incluye el traslado (de forma engañosa) a estos países. Si se tiene en cuenta la normativa administrativa sancionadora en esta materia, concretamente el Capítulo IV del TRLISOS sobre infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, se está refiriendo exclusivamente a la emigración exterior, esto es, a países fuera de los pertenecientes a la Unión Europea. Pero, a mi juicio, este precepto incluye tanto la emigración fraudulenta a un país comunitario como a un país extranjero,¹⁴²⁷ es decir,

¹⁴²⁶ BAYLOS, A.; TERRADILLOS, J.: *Derecho penal del Trabajo*, op.cit., pág. 90.

¹⁴²⁷ En el mismo sentido, NARVÁEZ BERMEJO, M.A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, op.cit., pág. 64. En contra, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., al indicar que “en estos momentos la emigración dentro de la Comunidad Europea no es más que una consecuencia del principio de libre circulación de personas y bienes dentro del ámbito de la Comunidad, y carece de sentido que se incluya en este precepto, aunque, por supuesto, si se da engaño o cualquier maniobra que perjudique o restrinja los derechos del trabajador será aplicable el artículo 311 o el artículo

parece que este tipo penal también se refiere a los traslados que se hagan de forma engañosa a otros países comunitarios. Ahora bien, no es condición indispensable para tipificar esta conducta que el engaño para favorecer la emigración de alguna persona a otro país se realice con ánimo de lucro, no es un elemento configurador del tipo penal que se analiza.

*También existe una importante relación entre el Art. 312.1, el Art. 313 y el Art. 318 bis, este último introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social como único artículo que se introduce en el nuevo Título XV bis sobre “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Este tipo señala que *El que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*

La confusión que puede ocasionar entre el delito de *tráfico ilegal de mano de obra* (Art. 312.1 CP) y el delito de *tráfico ilegal de personas* (Art. 318 bis CP), se puede deber a la terminología utilizada, más que por la conducta tipificada. Así, mientras el sujeto pasivo del tráfico ilegal de mano de obra es el trabajador o demandante de empleo, el sujeto pasivo del delito del tráfico ilegal de personas puede ser cualquier persona. Así, en el caso en el que coincidan ambos supuestos en un mismo supuesto de hecho, habrá que apreciar un concurso de leyes que se tiene que resolver según lo dispuesto en la regla 4ª del Art. 8,¹⁴²⁸ esto es, “el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”, por lo que se aplicaría el Art. 318 bis CP.

La relación entre estos tres tipos de delitos está en que la conducta tipificada es la Intermediación. Así, en el delito de tráfico ilegal de mano de obra, la conducta típica es realizar la Intermediación laboral al margen de los mecanismos previstos legalmente y una vez que están en España adquirir un trabajo, y el sujeto pasivo tiene que ser el demandante de empleo o trabajador, por lo que pueden ser tanto extranjeros como nacionales, lo que significa que no es un delito específico para el tráfico ilegal de mano de obra extranjera. En

312”. Yo creo que en los casos en los que la emigración fraudulenta sea un tercero y no el empresario, no se podría encuadrar la conducta en el 311 que claramente refleja que el sujeto activo es el empresario, además de que las penas no coinciden, pena inferior la del Art. 311 que la del Art. 313 CP. No se puede reconducir al 312.1 que tipifica conductas diferentes, ni tampoco al 312.2 pues de la misma manera el sujeto activo en este caso es el empresario. Así pues, sería necesario que en los casos de emigración hacia otro país comunitario de forma fraudulenta se reconduzca también al Art. 313.2, pues aunque podría ser aplicable el Art. 311 o el 312.2 para el caso de que la emigración fraudulenta la realizase el empresario, no sería aplicable en el caso de que lo realizara otra persona distinta al empresario.

¹⁴²⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 357.

los delitos de migraciones fraudulentas del Art. 313.1 y 313.2 la conducta típica es la intermediación (en este caso no es laboral) por trasladar al extranjero de forma fraudulenta con la intención de venir a España a trabajar, aunque no se ha realizado desde el exterior una labor de Colocación, y en el supuesto del Art. 318 bis la conducta típica es traficar, esto es, comerciar, realizar actos de Intermediación (no tiene que ser laboral) o transporte “desde, en tránsito o con destino a España”. Lo que se ha pretendido con la inclusión de este precepto es que quede protegida penalmente cualquier actuación que impida la integración de los extranjeros en el país de destino.

Es necesario, además, relacionar estos tipos penales con el delito de estafa, tipificado en el Art. 248.1 CP: *Comenten estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*. Como ejemplo, y para ponerlo en conexión con los tipos penales estudiados, se va a tener en cuenta una Sentencia que condena a dos acusados como autores criminalmente responsables de un delito continuado de estafa de los Arts. 248.1 y 249 CP. Los acusados, de común acuerdo, y con ánimo de obtener un beneficio ilícito, se valen para ello de una Agencia de Colocación ficticia y publican en un diario de Marruecos que tal Agencia ficticia oferta 600 puestos de trabajo -inexistentes y sin cobertura legal- en diferentes sectores en la provincia de Alicante. Para ello se exigía que los interesados enviaran, además de su Currículum, 20 Euros a un apartado de correos, y los que fueran preseleccionados se les exigía además el envío de 220 Euros, bien en metálico y por carta, bien en un número de cuenta proporcionado.¹⁴²⁹

La estafa se planeó en Marruecos aunque el “trabajo ficticio” era en España, pero también podría haber ocurrido que la estafa se planeara directamente en nuestro país.

Analizando el caso en concreto, se pueden determinar las diferencias con los otros tipos penales hasta ahora analizados: esta conducta no se puede subsumir en el delito de tráfico ilegal de mano de obra (Art. 312.1 CP), pues en este caso, la intención no es la colocación al margen de los mecanismos legales, sino el engaño, la estafa, para obtener un beneficio económico, convirtiéndose la falsa colocación en la “trampa” para lucrarse. Nunca podrían concurrir estos dos delitos, pues las conductas son totalmente diferentes. También hay que diferenciar el delito de estafa -en este caso en concreto en el que hay implicados dos países- con el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración de trabajadores a España (Art. 313.1 CP) o con el delito de tráfico ilegal de personas (Art. 318.1 CP), pues en este caso en concreto no se ha promovido la inmigración, la intención no ha sido traer a estos trabajadores a España, sino “estafarlos” en el propio país de origen, pues la única operación que realizaron fue enviar dinero, y no fueron enviadas las personas. Pero podría

¹⁴²⁹ SAP Alicante, núm. 89/2004, de 18 de febrero, JUR 2004/316658.

concurrir el delito de estafa y el delito de favorecimiento de inmigración clandestina o el delito de tráfico ilegal de personas si además los “trabajadores” hubieran venido a España.

c) La discriminación en el acceso al empleo en el Derecho Penal

El Art. 314 CP, según la redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, señala que serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses *Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa.* En este caso no hay un solapamiento entre la sanción administrativa prevista en el Art. 16.2 TRLISOS y la sanción penal, pues antes de que una determinada conducta se considere delito tipificado en el Art. 314 CP, ha tenido que ser previamente advertida por la Administración, es decir, antes de que una situación de discriminación sea considerada como un delito, es constitutivo de una infracción administrativa, por lo que se ha dicho, con acierto, que más que un delito de discriminación es un “delito de desobediencia”.¹⁴³⁰ Ahora bien, si ya se ha puesto de manifiesto que no todas las discriminaciones en materia de acceso al mercado de trabajo se encuadran en el único precepto del TRLISOS que sanciona la discriminación en el acceso al empleo, de forma idéntica no todas las conductas antidiscriminatorias en relación a la Actividad de Colocación van a poder ser subsumidas en este tipo penal, ya que está estrechamente relacionado con el Art. 16.2 TRLISOS, pues si no ha sido previamente advertida por la Administración, lógicamente tampoco puede considerarse delito.

En este delito, al igual que ocurría con la infracción administrativa, el sujeto activo puede ser cualquiera, tanto terceros que intervienen en la Actividad de Colocación como el empresario, que en la mayoría de las ocasiones va a ser éste el sujeto activo.

Las conductas antidiscriminatorias que pueden dar lugar a un delito tipificado en el Art. 314 CP son escasas. Aunque es el único delito que en materia de empleo tipifica las conductas antidiscriminatorias, también se le podría aplicar al Art. 312.1 (*delito de tráfico ilegal de mano de obra*) la circunstancia agravante establecida en el Art. 22.4 CP por *cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima,*

¹⁴³⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 351.

etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo y orientación sexual o la enfermedad o minusvalía que padezca.

Ahora bien, además del delito previsto en el Art. 314 CP, hay dos delitos más relacionados con la discriminación. Así, los particulares que estén al frente de una Agencia de Empleo o los encargados de un servicio público, pueden también incurrir en delito en el caso en el que se le deniegue a las personas el derecho a acceder al servicio de colocación, o a acceder a sus servicios en el caso en el que sea una empresa privada, por razones discriminatorias. En estos dos delitos no es necesario cumplir ningún requisito administrativo previo para poder ser sancionado penalmente. Se aplicaría el Art. 511 CP: *Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión, creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o en el Art. 512 CP: Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una étnica, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.*

Y tampoco hay que olvidar que existen otras vías para reparar la discriminación causada, a través de un sistema de indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido.¹⁴³¹

1.2.2. Responsabilidad penal prevista en el Código Penal de los oferentes y demandantes de empleo en materia de Colocación.

En relación a la responsabilidad penal del oferente de empleo (empresario) en materia de Colocación, éste no es en principio sujeto activo del delito de *tráfico ilegal de mano de obra* ya que suele ser un tercero. Ahora bien, si el empresario en la actividad ilícita de Intermediación cobra también junto con el tercero que realiza dicha actividad, sería coautor del delito, y por tanto cabría responsabilidad penal por tráfico ilegal de mano de obra.

¹⁴³¹ Así, la LOIHM, en el artículo 10 señala que “los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido...”.

El demandante de empleo, podría ser responsable del delito tipificado en el Art. 392 CP que señala que *El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis a tres años y multa de seis a doce meses.*

.....

Se ha podido comprobar en este análisis del Derecho Público Sancionador que la delimitación de la aplicación de las sanciones constituye uno de los aspectos más delicados del mecanismo del derecho,¹⁴³² y ello porque -aplicado en este caso en concreto- el contenido material en materia de colocación es insuficiente, y el que existe, se somete constantemente a modificaciones legislativas provocando la quiebra del principio de seguridad jurídica.¹⁴³³

Todo ello ha conducido a que el régimen jurídico actual de infracciones y sanciones en esta materia no se aplique, pudiéndose comprobar de una consulta efectuada a la Dirección General de la Inspección de Trabajo sobre las interpretaciones de estos preceptos. Esta inaplicación del Derecho Sancionador choca con una Administración que está dotada de “los más aparatosos poderes represivos”,¹⁴³⁴ pero que, sin embargo, a la hora de aplicarlos, se vienen utilizando poco, sobre todo en determinadas materias.

Se vuelve a reivindicar la necesidad de un cambio en el régimen jurídico de la Actividad de Colocación, tanto en el contenido material como en la normativa sancionadora. Esta es la vía más adecuada para aplicar las consecuencias jurídicas de conductas que vayan en contra de lo regulado en esta materia, y ello porque en nuestro ordenamiento no es pertinente que se produzca la nulidad de los contratos efectuados al margen de la Intermediación legal al ir en contra de la filosofía política jurídica de la estabilidad en el empleo; y con una adecuada regulación también se podría evitar acudir a la vía penal, aunque es perfectamente lícita. Se opta en este estudio por la despenalización de la Actividad de

¹⁴³² CARNELUTTI, F.: *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*, op.cit., , pág. 69.

¹⁴³³ En el mismo sentido, MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “Pasado, presente, de las infracciones en materia de seguridad social, empleo y prestaciones por desempleo”, *REDT*, núm. 90, (1998), pág. 636.

¹⁴³⁴ SUAY RINCÓN, J.: *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 29.

Colocación y convertir en infracciones administrativas los ilícitos de carácter penal en esta materia..

2. Responsabilidad de Derecho Privado

Aunque no se pueden imponer conjuntamente sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos, aplicando el principio *non bis in idem*, sí puede concurrir, junto con la responsabilidad administrativa o penal, una responsabilidad de Derecho Privado, que consiste en una imposición de una indemnización por daños y perjuicios, no tasada legalmente, que dependerá de la entidad del daño, comprendiendo tanto los daños personales -físicos y morales- como los materiales. Aquí por tanto la responsabilidad de Derecho Privado se refiere a indemnizaciones y no a sanciones. La responsabilidad patrimonial o civil en materia de Colocación no ha sido regulada directamente por el ordenamiento laboral, sino que el soporte normativo está, en general, en el Código Civil, y también en relación con los actos de las Administraciones Públicas se tiene en cuenta la normativa específica regulada en la LRJAP. Así pues, ni el Código Civil ni la LRJAP cuentan con reglas específicas para la Actividad de Colocación, sino que se tendrán en cuenta las normas generales que también van a servir para aplicarlas en este caso.

Como todos los sujetos que participan en la Actividad de Colocación pueden incurrir en una responsabilidad patrimonial civil, se analizarán cada uno de los sujetos que intervienen en la Actividad de Colocación y la posible responsabilidad de Derecho Privado por los distintos actos que realicen en dicha actividad.

2.1. Responsabilidad patrimonial de los Servicios Públicos de Empleo

Tanto los demandantes como oferentes de empleo pueden acudir al Servicio Público de Empleo -como ya se ha analizado- de forma voluntaria y gratuita, tal y como está configurado también en la LE, para que éste les gestione la colocación, además de poder disfrutar de otros servicios en materia de políticas activas de empleo que pretenden facilitar la inserción del demandante de empleo en el mercado de trabajo. Cabría preguntarse cuándo pueden los usuarios exigir responsabilidades al Servicio Público de Empleo. Para responder a esta cuestión, hay que partir de la Constitución Española de 1978, que en su Art. 106.2 CE dispone que *Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre*

que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.¹⁴³⁵ Partiendo de la base de que el Servicio de Empleo es un servicio público, se le aplicaría tal precepto. Pero no existe una norma en el ámbito laboral que regule de forma específica el procedimiento y el régimen jurídico de su responsabilidad patrimonial, ni tampoco una norma que determine los derechos, las garantías y obligaciones de los usuarios del Servicio de Empleo, por lo que habrá que aplicar el régimen general establecido en la LRJAP,¹⁴³⁶ en el que se pretende controlar el buen funcionamiento de los servicios públicos.¹⁴³⁷ Concretamente, hay que tener en cuenta el Art. 139.1, que viene a reproducir el Art. 106 CE, al señalar que *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*. Pero además, se señala en el Art. 139.2 que *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*.

Partiendo de la base de estos preceptos, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha sido desarrollada e interpretada por la doctrina judicial, señalando, que para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace falta la concurrencia de dos requisitos sustanciales positivos, uno negativo y otro procedimental:¹⁴³⁸

-El primero de los positivos es que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar.

¹⁴³⁵ La responsabilidad de la Administración, y por tanto, la obligación de indemnizar se halla “en el principio de equidad que exige que nadie sufra individualmente un daño producido que favorece a la colectividad”. Véase ROYO FERNÁNDEZ-CAVADA, S.: *La responsabilidad de la Administración*, Tipografía de Archivos, Madrid, 1933, pág. 60.

¹⁴³⁶ Del mismo modo la Sala de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo afirmó que aplicaría el régimen jurídico establecido en la LRAP a las entidades y organismos dependientes de la Seguridad Social, pues no tienen una norma específica que regule tal procedimiento. Véase SORO MATEO, B.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 55.

¹⁴³⁷ MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 147.

¹⁴³⁸ Entre otras, STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 795/2003, de 9 de mayo, JUR 2004/30753.

Para un análisis de la doctrina judicial, véase GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2000; LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E.; CARRILLO DONAIRE, J.A.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Madrid, 2005.

-El segundo requisito positivo es que el daño sea imputable a una Administración Pública; que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que las lesiones se produzcan como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio; que la lesión obedezca a una anomalía o no del funcionamiento del servicio público; que exista una situación de riesgo creado por la Administración en el ámbito de producción del evento dañoso, o que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.

-El factor negativo consiste en que el daño no obedezca a fuerza mayor.

-El elemento procedimental consiste en que se formule la oportuna reclamación ante la Administración responsable en el plazo de un año, a contar desde la producción de la lesión.

Teniendo en cuenta estos requisitos, la cuestión estaría en determinar si el Servicio Público de Empleo es responsable en el caso de que no contrate a un demandante de empleo que se haya inscrito en éste. En este caso no se trata de un riesgo creado por el Servicio Público, sino más bien al contrario, éste se encarga de prevenir y tratar las consecuencias del paro existente. El Estado, en este caso, a través del Servicio Público de Empleo, acude para intentar dar una solución a estos daños, pero no porque haya causado un riesgo y tenga que reparar el daño, sino por razones de solidaridad social, al igual que ocurre en el Sistema de Seguridad Social.¹⁴³⁹ Ahora bien, a pesar de que la obligación del Servicio Público de Empleo no es de resultado, es decir, de llegar a contratar al trabajador, sí lleva implícito una obligación de actividad, de realizar todas las medidas de políticas activas tal y como está señalado en la normativa que lo regula, pero teniendo en cuenta que la inscripción como demandante de empleo no genera vínculo contractual alguno. La actuación del Servicio Público de Empleo se mide por los medios y no por el resultado, pues no se puede asegurar la obtención de un trabajo, sino el empleo de todos los medios y conocimientos que estén a su alcance. Por tanto, sí se podrían deducir los supuestos en los que la Administración Pública podría ser responsable patrimonial, que van relacionados con la forma en la que desarrolla su actividad. Para ello, va a resultar clarificador utilizar la vía casuística, enumerando los casos en los que la Administración Pública puede ser responsable patrimonial al hilo de algunos casos concretos, entre ellos los supuestos enjuiciados en los últimos años por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de algunos Tribunales Superiores de Justicia:

¹⁴³⁹ En relación al sistema de Seguridad Social, véase VILLAR ROJAS, F.J.: *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límite*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 31.

*El demandante de empleo podría interponer reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio Público de Empleo en el caso en el que estando inscrito como demandante de empleo y cumpliendo los requisitos para cumplir una oferta, no figure para ser enviado a dicha oferta,¹⁴⁴⁰ o interponer reclamación de responsabilidad patrimonial de dicha Administración como consecuencia de presunto error en la clasificación profesional del demandante de empleo, pues le perjudica para acceder a un puesto de trabajo acorde con dicha titulación.

*También se podría exigir responsabilidad al Servicio Público de Empleo en el caso en el que un demandante de empleo no sea preseleccionado por éste para una determinada oferta de empleo si cumple los mismos requisitos que los demás participantes. Además, ante determinados demandantes de empleo que cumplen los mismos requisitos, se tiene en cuenta para establecer un orden en la preselección, el orden cronológico en que han sido presentadas sus demandas de empleo. Ahora bien, si el demandante figura en la lista de seleccionados pero no es contratado finalmente por el empresario, no se puede en este caso exigir al Servicio de Empleo responsabilidad, pues “la decisión sobre el candidato a emplear corresponde libremente a la empresa”; de hecho el ya derogado Art. 42.4 LBE señalaba expresamente que “las empresas podrán elegir libremente entre los trabajadores inscritos en las respectivas oficinas de empleo, dejando siempre a salvo las preferencias establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias”. Hay que tener en cuenta, y así también se manifiesta la doctrina judicial, que la labor de los Servicios Públicos de Empleo “no pasa de ser una labor de mediación, tendente a poner en contacto oferente y demandante de trabajo, sin tener decisión alguna sobre la celebración en sí del contrato, que queda en manos de la libertad negocial de las partes; se trata por tanto de una labor técnica, que crea unas expectativas en los seleccionados aunque aquéllas no puedan ser concretadas por el órgano seleccionador”.¹⁴⁴¹

*Relacionado con el supuesto anterior, se podría exigir responsabilidad en el caso en el que el Servicio de Empleo realice una preselección de candidatos que no se ajusten a los criterios establecidos en la ley; se puede tomar como ejemplo el caso en el que se contraten a trabajadores para obras de interés general y social en una Entidad Local. En los casos en los que se impugne por una tercera persona que no ha sido contratada por no haber realizado

¹⁴⁴⁰ Se deduce esta responsabilidad de una Sentencia en la que se acredita que el Servicio Público de Empleo (de Castellón) no es responsable patrimonial en la cuantía determinada ocasionados por el mal funcionamiento de la Oficina de Empleo de Segorbe, pues el demandante de empleo no estaba inscrito ni como capataz ni como peón agrícola, por lo que en el sorteo reglamentario no pudo figurar para ser enviado a dicha oferta. STSJ Comunidad Valenciana núm. 795/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de mayo, JUR 2004/30753.

¹⁴⁴¹ STSJ Andalucía, Granada, núm. 200/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) , de 8 de febrero, RJCA 1999/516.

de forma adecuada el proceso de selección, el responsable sería el Servicio Público de Empleo y no la Entidad Local, pues ésta no tiene competencia para pronunciarse sobre la selección realizada por el Servicio de Empleo correspondiente.

*También se podría exigir responsabilidad al Servicio de Empleo en el caso en el que no se realice el itinerario de inserción que previamente se hubiera marcado para el demandante de empleo en concreto. Aquí sí podría ser responsable la Entidad Colaboradora que se encargue de realizar tal plan personalizado de inserción, en el caso en el que el Servicio de Empleo haya puesto los medios necesarios y sin embargo la Entidad Colaboradora no lo haya llevado a cabo.

*Y también podría exigir responsabilidad en el caso en el que se le denegara al demandante de empleo de forma arbitraria la inscripción en el Servicio de Empleo, al poder tratarse de una exclusión discriminatoria.

*Sin embargo, hay supuestos en los que no se puede exigir responsabilidad patrimonial al Servicio de Empleo, como ya se ha venido diciendo, si el candidato ha sido seleccionado por el Servicio de Empleo de forma adecuada y finalmente no es contratado, pues la inscripción como demandante de empleo y la participación en un proceso de selección no genera un deber de contratar al demandante de empleo, pues la lista elaborada por los Servicios de Empleo se limita a ordenar la preferencia en el caso de ser contratado. Sin embargo, esto no ocurre de la misma forma en los procesos de selección para trabajar en la Administración Pública, pues la naturaleza de las listas “equivale a un precontrato que genera entre las partes el deber fundamental de concluir el contrato de trabajo y, a partir de él suministrar ocupación efectiva, para una de sus partes, así como, para la otra, ponerse a disposición del futuro empleador”.¹⁴⁴²

*Tampoco se puede reclamar (por jurisdicción civil) responsabilidad civil del Servicio Público de Empleo por incumplimiento de “promesa de contrato”. Lógicamente en la relación entre el Servicio Público de Empleo -también se podría aplicar a cualquier intermediario- y el demandante de empleo no puede nunca efectuarse una promesa de contrato que pueda dar lugar ante su incumplimiento a la reparación de los perjuicios causados. Aunque la figura de la promesa de contrato o precontrato de trabajo no se halla expresamente regulada en el ordenamiento jurídico laboral, hay que remitirse a la normativa civil, a los Arts. 1254 y 1258 CC que establecen que el contrato existe desde que dos o más personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, en dar o hacer algo, así como que el mero consentimiento basta para perfeccionar el contrato, obligando desde este momento

¹⁴⁴² STSJ Canarias, núm. 832/1996 (Sala de lo Social), de 19 de diciembre, AS 1996/4107.

a los pactantes.¹⁴⁴³ No puede haber, aunque el Servicio Público de Empleo le “prometa” una colocación posterior, una promesa de contrato, precisamente porque el Servicio Público de Empleo no es parte contratante, no es el empresario. La promesa de contratar no ha sido realizada por el empleador, por tanto la promesa que resulte incumplida por parte del intermediario no se contempla por nuestro ordenamiento que de lugar al ejercicio de acciones encaminadas a pedir su cumplimiento y junto a ellas, como complementarias o subsidiarias, el de otras dirigidas a obtener las correspondientes indemnizaciones de daños y perjuicios, con base en el Art. 1101 del Código Civil.

.....

Otro de los aspectos que es necesario tener en cuenta es si la Administración puede ser responsable por determinadas actuaciones de las Entidades Colaboradoras y de las Agencias de Empleo Privadas.

En primer lugar, en lo que se refiere a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por determinadas actuaciones de las Entidades Colaboradoras, es difícil determinarlo debido a la inexistencia por el momento de un régimen jurídico completo de las Entidades Colaboradoras que gestionan -en colaboración con los Servicios Públicos de Empleo- las políticas activas de empleo. En el caso en el que se produzca cualquier incumplimiento o irregularidad en la prestación que le afecte al usuario, éste puede denunciar directamente a la Administración responsable debido a que la titularidad de todo servicio público es atribuible a la Administración Pública, y ello porque las Entidades Colaboradoras gestionan las políticas activas de empleo -entre las que se encuentra la Intermediación laboral- pero la titularidad reside en la propia Administración.¹⁴⁴⁴

En segundo lugar, y en lo que hace referencia a las Agencias de Empleo Privadas, también se parte de la base de una ausencia de regulación de la mayor parte de éstas, aunque a pesar de ello se viene aceptando su actuación en la práctica. Al no estar autorizadas por el

¹⁴⁴³ La mayor parte de las reclamaciones por incumplimiento del precontrato son los trabajadores contra los empresarios, y la competencia queda asignada al orden jurisdiccional social. La cuantificación del daño no es unívoca, destacando tres criterios diferentes: por salarios dejados de percibir; por asimilación al despido; por daños reales, que en este último caso la indemnización se fija en cada caso. Véase SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZUCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 124.

¹⁴⁴⁴ Véase VILLAR EZCURRA, J.L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, pág. 22.

momento, no existiría ningún tipo de responsabilidad administrativa patrimonial en este caso, ya que su actividad es totalmente privada sin la intervención de los poderes públicos.

Ahora bien, en el caso en el que se acepten y se regulen las Agencias de Empleo Privadas, y se someta su actuación a un régimen de autorización, entonces cabría preguntarse si la Agencia de Empleo Privada en el desarrollo de su actividad causa daños a terceros, si puede ser responsable la Administración Pública. Así, a pesar de que una AEP lleve a cabo una actividad privada y no una actividad administrativa (a diferencia de las Entidades Colaboradoras), sí tiene un vínculo con la Administración, pues para desarrollar su actividad se tiene que someter a una autorización previa, y que la Administración concede siempre y cuando la AEP reúna todos los requisitos exigidos. Pero a pesar del vínculo con la Administración, la postura que aquí se mantiene es la de ser cautos a la hora de admitir la responsabilidad pública por daños causados por el sujeto autorizado, ya que la Administración no tiene por qué hacerse cargo de toda la actividad desarrollada por la Agencia de Empleo Privada, por lo que se podría reducir la responsabilidad de la Administración únicamente al caso en el que los perjuicios al tercero resulten del deficiente ejercicio de sus competencias a la hora de otorgar la autorización con todos los requisitos que ello conlleva. Existiría por tanto responsabilidad de la Administración porque la Administración tiene la obligación de autorizar solamente aquellas que reúnan las garantías necesarias y de controlar además su desarrollo, por lo que habría responsabilidad administrativa patrimonial por los daños causados por el sujeto autorizado, debido a una actuación negligente de la Administración por haber concedido la autorización. Es decir, respondería sólo en el caso de un funcionamiento anormal de los servicios públicos.¹⁴⁴⁵

2.2. Responsabilidad civil de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos

A diferencia de lo que ocurre en relación a los Servicios Públicos de Empleo en el que no existe ninguna referencia en cuanto a las posibles responsabilidades, en el RDAC se contempla en el Art. 17.2 *in fine* que *La agencia de colocación asumirá las responsabilidades que se pudieran derivar en su caso, frente a sus usuarios, a consecuencia de dicha extinción*. No hace ninguna otra referencia, por lo que no hay un régimen completo sobre las responsabilidades de estas Agencias de Colocación. En este caso en concreto (Art. 17.2 RDAC), aunque no está muy

¹⁴⁴⁵ Incluso se ha propuesto por algún autor (LAGUNA DE PAZ, J.C.: *La autorización administrativa*, op.cit., pág. 325) que en este ámbito se generalice la responsabilidad subsidiaria para que se permita cumplir las normas, pero al mismo tiempo no afecte a las finanzas públicas.

claro a qué responsabilidades se refiere,¹⁴⁴⁶ se podría concretar en la responsabilidad de las Agencias de Colocación en el caso de que hubiera ya cobrado por los servicios prestados sin haber gestionado tal oferta al haberse extinguido tal Agencia. Aunque no haya un régimen completo en el RDAC sobre responsabilidades, no significa que los usuarios no puedan reclamar frente a determinados comportamientos de las Agencias de Colocación, sobre todo en relación a la cantidad económica que en muchas ocasiones cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados. Aunque la vía jurisdiccional adecuada en estos casos tendría que ser la social,¹⁴⁴⁷ también se podría reconducir al orden civil cuando se solicite una responsabilidad patrimonial civil.

Por último, no hay ninguna referencia expresa sobre si una vez que se contrata al trabajador por esta vía, el empresario puede tener derecho a sustituir al trabajador por otro en el caso de que no se haya ajustado al perfil propuesto. Este supuesto, que se contempla muy a menudo en el contrato de servicios que firman con la empresa cliente tanto las Empresas de Selección de Personal como las Agencias de Outplacement, no se viene realizando en el caso de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, que no suelen incluir nada al respecto en los Convenios de Colaboración. Y ello tiene una explicación: la obligación del oferente de empleo en algunos casos de pagar por los servicios prestados se realiza solamente para cubrir gastos, sin que esto implique una cláusula de garantía para cambiar al trabajador en caso de que no se ajuste al perfil adecuado.

2.3. Responsabilidad civil de otras Agencias de Empleo Privadas y los Oferentes de Empleo.

Al analizar las Agencias de Empleo Privadas se determinó expresamente la posición que aquí se mantiene sobre su legalidad. A pesar de que éstas -excepto las ETT- carecen de una regulación específica, se ha mantenido su legalidad, aunque esto no significa que no se exijan responsabilidades en determinados casos. Aunque no estaba claro si estas Agencias pueden ser sujetos infractores por ejercer actividad de mediación con fines lucrativos, se indicó que siempre que se demuestre que éstas lleven a cabo una actividad de ajustar ofertas y demandas de trabajo cobrándole al trabajador, se le podría aplicar la sanción establecida por la infracción de ejercer actividad de mediación con fines lucrativos. Y, además, como estas Agencias de Empleo Privadas celebran un contrato de servicios con la empresa cliente,

¹⁴⁴⁶ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Política de empleo y servicios de colocación”, op.cit., pág. 146.

¹⁴⁴⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; MERCADER UGUINA, J.R.: “Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal laboral en las Administraciones Públicas”, op.cit., pág. 1212.

puede incurrir en responsabilidad contractual en caso de incumplimiento del contrato de servicios pactado entre las partes. El problema podría estar en determinar si la Agencia de Empleo Privada asume responsabilidades frente a determinadas actuaciones que afectan directamente al demandante de empleo, al no ser éste parte del contrato de arrendamiento de servicios. En estos casos se aplicaría la responsabilidad extracontractual: así, como ejemplo, en el caso en el que una Empresa de Selección realice un proceso de selección que contenga discriminaciones en el acceso al empleo o no haya respetado la normativa del convenio colectivo sobre el procedimiento de selección que la Empresa Cliente ha advertido, en este caso podría exigir responsabilidad por daños y perjuicios derivada de estas actuaciones.

En cuanto a los oferentes de empleo, las Agencias de Empleo Privadas les pueden exigir responsabilidad contractual derivada del contrato de servicios que previamente han determinado. Y con respecto a la posible responsabilidad con respecto a los demandantes de empleo, en principio, en caso de que el oferente de empleo no haya formalizado el contrato de trabajo, no se está produciendo un incumplimiento de un precontrato de trabajo y por tanto no existen responsabilidades para el empresario en este caso.¹⁴⁴⁸ En esta fase previa al contrato de trabajo, no se produce una aceptación de la oferta y la demanda de trabajo, las partes no han manifestado todavía la voluntad de obligarse, por lo que entienden los Tribunales -de forma acertada- que a estos tratos preliminares no se les puede atribuir el valor de precontrato de trabajo.¹⁴⁴⁹ Así pues, si se producen distanciamientos entre las posiciones mantenidas por el oferente y demandante de empleo sin obtener un acuerdo para la celebración de un contrato de trabajo, no se podrían interponer reclamaciones por este motivo, por lo que ni podrían exigir el cumplimiento de la obligación ni solicitar la resolución de la misma exigiendo además el resarcimiento por daños y perjuicios. Ahora bien, sólo se podrían exigir en el caso que se pruebe que ha existido una conducta dolosa o culposa por alguna de las partes, y se podría reclamar una indemnización o el pago de todos los gastos derivados de las negociaciones, siendo la indemnización una cuantía económica sin límite legal, sino que se deja al criterio del juzgador, aunque se entiende que se puede

¹⁴⁴⁸ En el mismo sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo”, *RPS*, núm. 117, Madrid, 1978, pág. 54; SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La preparación del contrato de trabajo”, *DL*, núm. 34, (1991), pág. 37.

¹⁴⁴⁹ En el mismo sentido, ALZAGA RUIZ, I.: “Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo”, *DL*, núm. 65, (2001), págs. 74 y 75.

tomar como referencia -sin perjuicio de utilizar otros factores diversos- las indemnizaciones fijadas en el ET para el despido improcedente.¹⁴⁵⁰

Sólo se podría exigir responsabilidad al oferente de empleo en el caso en el que antes de realizar el proceso de selección se haya pactado un compromiso de contratación o bien que ese compromiso de contratación derive de la Negociación Colectiva. En este caso se está ante un incumplimiento de un precontrato de trabajo, pero en cambio, si se realizan las pruebas de selección, pero no se ha realizado previamente un compromiso firme de contratación, existen tratos preliminares en el que las partes (en este caso se está hablando del empresario, aunque también podría pasar al contrario) no quedan obligadas y mantienen su plena libertad de contratar, y en este sentido, no se deriva responsabilidad alguna, excepto si no se ha actuado de buena fe, que en este caso habría derecho a indemnización según lo establecido en el Art. 1902 CC, aunque no es fácil probar la existencia de dolo o culpa, por lo que en estos casos normalmente no se producen indemnizaciones.¹⁴⁵¹

¹⁴⁵⁰ ALZAGA RUIZ, I.: “Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo”, op.cit., pág. 69.

¹⁴⁵¹ ALFONSO MELLADO, C.L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 38 y ss.

CONCLUSIONES FINALES

Una vez analizada por completo la Actividad de Colocación desde un punto de vista jurídico, es del todo necesario llevar a cabo una recapitulación de todas las ideas centrales que se han venido manejando en este estudio, y sobre todo, mantener a través de estas conclusiones -sin ánimo de imponerlas como las únicas “dogmáticamente posibles”- la posición que aquí se mantiene sobre determinados aspectos que por el momento están aún sin perfilar.

PRIMERA

El fin principal de la Tesis Doctoral es el análisis completo de todas las instituciones públicas y privadas que intervienen para hacer posible la consecución de un empleo, pudiéndose denominar a este análisis Actividad de Colocación.

La presente Tesis Doctoral ha tenido la finalidad de analizar los diferentes sectores sociales que intervienen, de algún modo, en la Actividad de Colocación, considerada ésta como el conjunto de actividades -tanto públicas como privadas- destinadas a conseguir la obtención de un empleo. Tales sectores son el Sector Público (Estado), el Sector Privado Mercantil (Mercado), y el Sector Social o Tercer Sistema. Debido a la escasa regulación de esta actividad, y a las deficiencias que presenta su marco normativo, unido a la falta de interés prestado a esta materia desde tiempos históricos, la investigación se centra en gran parte en realizar un análisis de *lege ferenda* de esta actividad aportando posibles soluciones y

propuestas para una próxima y esperada regulación de esta materia. Para alcanzar este objetivo, ha sido del todo necesario analizar la Actividad de Colocación en su estado actual.

Uno de los aspectos a resaltar es el enfoque práctico que se ha querido mostrar, y para ello se han intentado dar soluciones “transitorias” para la aplicación del régimen jurídico actual, con la finalidad de que el aplicador del derecho pueda tener como referencia algunas interpretaciones sobre el régimen actual una vez analizado en su conjunto, y sobre todo, se de una respuesta sobre la licitud o ilicitud de determinadas instituciones -no reguladas actualmente- que se encargan de la Actividad de Colocación.

SEGUNDA

El término *Actividad de Colocación* supera el contenido del derecho positivo en vigor, y se encuadra en la rama del Derecho del Empleo

Existe terminología similar que se viene aplicando en la escasa normativa que existe en este campo y en las investigaciones -también escasas- que se han realizado. Pero en este estudio se ha optado concretamente por el término -Actividad de Colocación- que engloba todo el conjunto de acciones tanto llevadas a cabo por los poderes públicos como por instituciones privadas para procurar o facilitar un empleo. Esto no significa que no se vayan a utilizar otros términos como *Política de Colocación, Proceso de Colocación, Intermediación o Mediación Laboral*, pero no se ha utilizado como título de la Tesis Doctoral porque considero que ninguno de ellos engloba todos los aspectos que aquí se analizan.

La tradicional Actividad de Colocación ha ido alcanzando un nivel de complejidad y extensión que ha hecho que esta materia se encuadre en un nuevo subsector del Derecho del Trabajo, el Derecho del Empleo, y ello porque su estudio no puede ir simplemente dirigido al trabajador por cuenta ajena, sino al demandante de empleo en general. Es por ello necesario que se produzca una adaptación normativa para que dicha Actividad quede regulada para todo tipo de demandantes de empleo.

TERCERA

Desde una perspectiva histórica, se ha comprobado la distinta posición del ordenamiento jurídico frente a la actuación de los Servicios Públicos de Empleo y de las Agencias de Empleo Privadas. Se ha llegado a la conclusión, con carácter

general, que la intervención del sector público en la Actividad de Colocación nunca ha ido en solitario pues han venido interviniendo, con carácter general interviniendo Organizaciones Sindicales y Asociaciones con fines sociales, y paulatinamente se ha venido produciendo una apertura hacia las Agencias de Empleo Privadas.

Si se analiza la Actividad de Colocación desde un punto de vista histórico, se comprueba que no ha existido un único modelo de Colocación en todas las épocas, pues dependiendo del período histórico, el Servicio Público de Empleo ha estado más o menos intervenido, y las Agencias de Empleo Privadas prohibidas, aceptadas sin contar con una normativa específica o reguladas.

Así, la intervención del Sector Público en la Actividad de Colocación remonta a los orígenes del Derecho del Trabajo (siglo XIX), amparada además por la OIT y por las primeras Constituciones Sociales. Con anterioridad a esta fecha sólo hay constancia de determinadas instituciones que de forma esporádica se encargaban de la Colocación de los trabajadores. A partir del siglo XIX el Servicio de Empleo fue un auténtico servicio de desempleo, ligado a la Historia de la Previsión Social, y posteriormente se fue convirtiendo en un Servicio Integral de Empleo que tuvo mayor presencia en los períodos de crisis económica y de posguerra. En algunos períodos la Actividad de Colocación ha estado monopolizada - aunque sólo en la teoría- por el Servicio Público de Empleo teniendo además carácter obligatorio, y además limitando el principio de libertad de empresa, aunque se fue minimizando a partir de la Constitución Española de 1978. Las funciones de control del mercado de trabajo por parte del Servicio de Empleo se han mantenido como una constante en todas las épocas históricas.

Es de destacar la intervención del Sector Social en la Actividad de Colocación, siendo estas instituciones las que en un primer momento -antes que los Servicios de Empleo- lucharon para erradicar las Agencias de Empleo Privadas. Es necesario destacar, sobre todo, las Organizaciones Sindicales, que bien en colaboración con los poderes públicos (II República), o en solitario (Primo de Rivera o Franquismo) vienen participando en la Actividad de Colocación.

Se ha ido produciendo de forma paulatina un cambio de mentalidad en cuanto a la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas. La primera reacción, tanto a nivel nacional como internacional fue la supresión de éstas, pues la Revolución económica del siglo XIX hizo un uso indiscriminado de las bolsas de trabajo lucrativas. De todos modos, ha sido una constante en todas las épocas históricas la prohibición de las Agencias de Colocación con fines lucrativos, aunque se han venido aceptando otro tipo de Agencias de Empleo Privadas (Empresas de Trabajo Temporal, Empresas de Selección), y además no se ha aplicado tal

prohibición a determinados colectivos, como es el caso de algunas relaciones laborales de carácter especial o aquellos colectivos que no se les aplica la legislación laboral.

CUARTA

A nivel internacional, se mantiene la necesidad de creación de un Servicio de Empleo, aunque es necesaria una revisión del Convenio que lo regula; se valora de forma positiva la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas sometidas a controles administrativos; y se critica la falta de control por parte de la OIT del cumplimiento de los Convenios ratificados, así como la escasa ratificación por los Estados Miembros del Convenio núm. 181 OIT

La normativa de la OIT en cuanto a la regulación de los Servicios de Empleo y Agencias de Empleo Privadas se ha caracterizado por las revisiones constantes de Convenios en materia de Agencias de Empleo Privadas y por la escasa regulación y revisión de los Convenios relativos a los Servicios de Empleo, aunque siempre ha mantenido la necesidad de su existencia, con carácter voluntario, sin una preferencia en ningún momento por los regímenes monopolísticos. La OIT, aún respetando el principio de protección al trabajador, ha ido girando hacia las tendencias más liberalizadoras en la materia, pues aunque en ningún momento ha eliminado de forma completa estas Agencias Privadas, se han aceptado actualmente todas ellas, utilizando la terminología Agencias de Empleo Privadas, siempre que estén sometidas a ciertos controles desde su inicio y mediante el cumplimiento de determinados requisitos, entre los que se encuentra la prohibición en general de cobrar al trabajador. Sin embargo, la ratificación del último Convenio sobre Agencias de Empleo Privadas -el Convenio núm. 181 OIT- ha sido escasa, por lo que su repercusión actualmente sigue siendo baja, especialmente en los países pertenecientes a la Unión Europea.

Esta falta de ratificación se une a la escasa utilización por parte de la OIT de mecanismos para hacer posible el cumplimiento de los Convenios ratificados, así como una falta de aplicación de medidas de control para la correcta aplicación de los Convenios ratificados por los Estados Miembros. Esto provoca una fuerte descompensación entre la realidad normativa de los Estados Miembros y el contenido de los Convenios ratificados.

QUINTA

A nivel comunitario, se garantiza la creación de un Servicio Público de Empleo en los Estados Miembros, y se vienen aceptando -de forma agresiva- las Agencias de Empleo Privadas por una consolidada doctrina del TJCE. Es necesaria una Directiva que regule a nivel comunitario las Agencias de Empleo Privadas

En la Unión Europea también se mantiene la necesidad de creación de un Servicio Público de Empleo en cada Estado Miembro. El PCE ha mantenido una postura favorable a un Estado Social al establecer como derecho fundamental de toda persona el “derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación”.

Aunque no existe referencia normativa a las Agencias de Empleo Privadas, la doctrina del TJCE las viene aceptando, pues sostiene que los Estados Miembros no pueden generar un monopolio público de colocación si ello causa un abuso de posición dominante. La jurisprudencia comunitaria considera la Actividad de Colocación encuadrada dentro de la actividad económica, siendo su intención la de suprimir los regímenes monopolísticos legales aunque provengan de fines sociales. Se viene haciendo en este estudio una crítica a la agresiva aceptación de las Agencias de Empleo Privadas, pues se aceptan éstas sin estar sometidas a ningún tipo de control, lo que puede producir una completa mercantilización de la Actividad de Colocación sin proteger al trabajador en su fase previa a ser contratado. Es completamente necesaria la creación de una Directiva a nivel comunitario que regule todo el conjunto de Agencias de Empleo Privadas, y que tenga como modelo el actual Convenio número 181 OIT, mucho más garantista.

SEXTA

Se deduce de la Constitución Española un modelo abierto de Colocación, siempre respetando la intervención pública en dicha Actividad. En la distribución competencial Estado-CCAA, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional así como los Estatutos de Autonomía, se mantiene en este estudio una posición favorable a que la Intermediación Laboral se atribuya al Estado, y sea gestionada por las Comunidades Autónomas.

A nivel constitucional, no se puede deducir del análisis conjunto de los artículos 35 y 40 CE un modelo “estático” de Colocación, pues se podrían admitir varios modelos en los que tendrían cabida los tres sectores sociales. Ahora bien, siempre tiene que estar presente el Sector Público (a través del Servicio Público de Empleo) pues no se puede cuestionar la intervención pública en materia de Colocación. Se admite tanto un modelo de monopolio público, incluso un modelo en el que el Servicio Público pueda externalizar su actividad, y al mismo tiempo participen además Agencias de Empleo Privadas, fundamentado en el Art. 38 CE que reconoce la libre y leal competencia entre los distintos agentes económicos.

El modelo de Colocación se ha construido partiendo de la base de la competencia de la ejecución de la legislación laboral atribuida a las Comunidades Autónomas. Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional (STCo 195/1996, de 28 de noviembre) se puede deducir que sólo puede existir un modelo general de Colocación gestionado por las Comunidades Autónomas, pero no pueden existir tantos modelos de Colocación como Comunidades Autónomas existan. Ahora bien, en la práctica se está produciendo una extralimitación competencial de estas últimas, que va más allá de la mera ejecución.

En este momento actual en el que se está produciendo una Reforma de los Estatutos de Autonomía, es necesario volver a “revisitar” esta materia y analizar si los Estatutos de Autonomía incluyen en su articulado la Colocación (en general las políticas de empleo), y de qué forma lo hacen: es decir, si lo han incluido en otro título competencial ampliando las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia, o por el contrario siguen manteniendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STCo 195/1996, de 28 de noviembre) incluyendo las políticas de empleo en las competencias ejecutivas de la legislación del Estado. Se puede indicar que a pesar de que los Estatutos de Autonomía no son unánimes al respecto -pues se mueven entre la tradición y la tendencia a la expansión de las competencias de las Comunidades Autónomas- se defiende en este estudio la posición de atribuirle al Estado la materia de Colocación y en particular la Intermediación laboral. Aún teniendo en cuenta que no todas las políticas de empleo se pueden incluir en el mismo título competencial, parece correcto que la materia de Intermediación laboral se incluya dentro de las competencias ejecutivas, tal y como ya señaló el Tribunal Constitucional.

SÉPTIMA

Existe una relativa coherencia entre el modelo internacional, el modelo comunitario y el modelo de Colocación en la Constitución Española de 1978. Es necesario orientar nuestro modelo de Colocación basándose en la OIT, al ser el modelo más garantista.

Tanto a nivel internacional y comunitario, como a nivel constitucional se parte de un modelo “institucional o desarrollista del Estado del Bienestar”, ya que se parte del Estado como la instancia principal de provisión del bienestar (proporcionar colocación) a todos los ciudadanos. Se mantiene como obligatorio en todos los modelos la existencia de un Servicio Público de Empleo, quedando prohibido un modelo de Colocación propio de la doctrina del *laissez-faire* o modelo de mercado que llevaría a defender la más absoluta disponibilidad privada sin intromisión alguna del poder público. Aunque son modelos que parten de la misma base, es decir, mantenimiento del Servicio Público de Empleo y posible aceptación de Agencias de Empleo Privadas, el más garantista es el de la OIT, el más agresivo el comunitario y el más desregulado el modelo español, por lo que es necesario mantener como referente el modelo Internacional.

OCTAVA

Se valora de forma positiva la aplicación de la Libertad de Establecimiento y de la Libre Prestación de Servicios a las Agencias de Empleo Privadas, aunque es necesario previamente llevar a cabo una Directiva de armonización de toda la legislación en esta materia en los Estados Miembros.

Dada la proliferación de la movilidad profesional de los trabajadores, también es positiva la utilización de la Red EUREs como mecanismo de intermediación europea, aunque en determinados aspectos es necesario revisar su contenido.

Aunque este estudio se centra principalmente en el modelo de Colocación vigente en España, ha sido necesario -antes de analizar el régimen jurídico de colocación en nuestro ordenamiento- ampliar algunos parámetros geográficos, debido a la constante movilidad profesional de los trabajadores, y a la ubicación de las Agencias de Empleo Privadas en otros países diferentes a los que actúan.

En primer lugar, se ha estudiado la posibilidad de que las Agencias de Empleo Privadas puedan establecerse o prestar servicios libremente en la Unión Europea. Aunque se aplica la Libertad de establecimiento y la Libre prestación de servicios a todas las Agencias de Empleo Privadas (no a la actividad pública de colocación), existen todavía muchos obstáculos para la aplicación de estas libertades, debido a que falta en la actualidad una Directiva de armonización en esta materia. Así pues, hasta que no se produzca una Directiva de armonización, consideramos acertado no aplicar para estos supuestos la Directiva

Bolkestein, que tiene como objetivo “crear un marco jurídico que suprima los obstáculos que se ponen a la Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y a la Libre circulación de los servicios entre los Estados Miembros”. Tal y como ha señalado el Comité Económico y Social Europeo, es aún prematura la aplicación de esta Directiva a las Agencias de Empleo Privadas, ya que previamente se debería tener en cuenta el Convenio núm. 181 OIT que las autoriza con licencias y autorizaciones destinadas a proteger a los trabajadores y a facilitar un trabajo de calidad de dichas Agencias.

En segundo lugar, se ha analizado también la posibilidad de que el demandante de empleo de un Estado Miembro pueda buscar trabajo en otro Estado Miembro. Así, la Red EUREs está siendo utilizada para dar información y buscar empleo a trabajadores de los Estados Miembros como un mecanismo de Intermediación europea implantado en los Servicios de Empleo de los Estados Miembros con financiación europea. A pesar de ser positivo este mecanismo, es necesario avanzar en sus posibilidades de Intermediación.

NOVENA

La relación público-privado en el modelo español de Colocación está aún sin perfilar

Debido a la situación actual del mercado de trabajo, es necesario construir un modelo de Colocación que contenga dos líneas de acción diferentes: por un lado, potenciar y mejorar la acción de los Servicios Públicos de Empleo como uno de los principales objetivos del Estado del Bienestar, que actualmente se está realizando en España y, por otro, regular y controlar la participación de nuevos sujetos privados en la línea con lo establecido en la OIT para la Actividad de Colocación, que por el momento no existe una regulación expresa de esta Actividad.

DÉCIMA

En el proceso de descentralización territorial de competencias en materia de Colocación se han detectado numerosas deficiencias. El Sistema Nacional de Empleo aún está sin completar

Teniendo en cuenta que el modelo de estructura territorial del Estado está compuesto de tres niveles (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) se ha

determinado cómo afecta la organización administrativa española a la Actividad de Colocación.

La actividad desempeñada por los Servicios de Empleo actualmente en España queda enmarcada en la Ley de Empleo 56/2003, que se ha basado principalmente en fijar la actual organización administrativa del Sistema Nacional de Empleo, formado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los diferentes Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Sin embargo, ni está completamente construido el Sistema Nacional de Empleo, ni se está respetando la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, según dispone el Art. 149.1.7 CE en el que se enmarca la actividad de Intermediación. Se está produciendo una extralimitación, creándose tantos modelos de colocación como Comunidades Autónomas existen, y tiene su causa en que el Sistema Nacional de Empleo se ha creado una vez que ya funcionaban los Servicios de Empleo Autonómicos, y además tampoco existe actualmente un desarrollo reglamentario de la LE en el que haya un soporte normativo para la regulación a nivel estatal de la Actividad de Colocación. El modelo de Colocación se ha ido perfilando sobre la base de un reforzamiento de las Comunidades Autónomas, aunque en la actualidad el proceso descentralizador aún no está terminado y además cuenta con un importante nivel de desorden en su organización.

Por otra parte, la Administración Local no lleva a cabo la gestión de las políticas de empleo de forma independiente, sino que la Actividad de Colocación en la Administración Local queda organizada por las propias Comunidades Autónomas. Por ello, aquí se mantiene la posición de dar protagonismo a la Administración Local pero sin que se produzca una gestión independiente de la Comunidad Autónoma.

UNDÉCIMA

Hoy en día, el Proceso de Colocación realizado por los Servicios Públicos de Empleo no está demasiado intervenido

La tendencia actual es evitar que el Servicio Público de Empleo se exceda de trámites burocráticos, y para ello se han intentado simplificar al máximo las funciones de control que realiza este Servicio. Ahora bien, es necesario que se regulen todas las funciones de control que llevan a cabo, pues existen algunas funciones -que a nuestro juicio son necesarias- y que no cuentan con una regulación expresa fruto de la derogación de la LBE.

DUODÉCIMA

El Sistema Nacional de Empleo ha optado -con acierto- por gestionar de forma conjunta la prestación por desempleo y las políticas activas de empleo

Aunque ha habido algunas críticas sobre la gestión conjunta por una misma institución de las políticas activas y las pasivas de empleo, se ha seguido optando por su gestión conjunta para organizar el Sistema Nacional de Empleo como una verdadera “Agencia Integral de Empleo”. Así pues, actualmente la gestión de la prestación por desempleo la lleva el Servicio Público de Empleo Estatal y la gestión de las políticas activas las lleva a cabo el Servicio Público de Empleo Autónomo, con la intención de que haya una adecuada coordinación entre ellas, aunque este objetivo -indispensable- no se está cumpliendo.

Así pues, hay una nueva tendencia doctrinal de proponer el traspaso de la gestión de la prestación por desempleo a los Servicios Públicos de Empleo Autónomos, tendencia que es necesaria analizar en profundidad debido a las posibles limitaciones competenciales, teniendo en cuenta la distribución de competencias establecida en la Constitución Española.

DECIMOTERCERA

Existe una tendencia a externalizar numerosas funciones que se atribuyen al Servicio Público de Empleo. Sin embargo, falta un régimen jurídico completo de las Entidades Colaboradoras, provocando una dispersión incontrolada de la puesta en marcha de las políticas de empleo, y concretamente, de la Intermediación Laboral.

Las Entidades Colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo no cuentan en la actualidad con un régimen jurídico completo a nivel estatal, lo que está provocando que cada Comunidad Autónoma cree su propio régimen jurídico que hace que no exista un modelo de Colocación unificado a nivel estatal y gestionado por las Comunidades Autónomas.

De un intento de clasificación del conjunto de Entidades Colaboradoras existentes en todo el territorio español, se ha podido comprobar la falta de criterios básicos generales a nivel estatal para poder organizar los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas, lo que

está provocando que se creen diferentes modelos de Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en vez de un Sistema Nacional de Empleo.

Se mantiene una posición favorable a la actuación de las Entidades Colaboradoras, aunque es totalmente necesaria una regulación que unifique los requisitos de estas Entidades. Y para evitar una atomización de éstas, se debería mantener el criterio de la subsidiariedad, y además proceder a la regulación de un régimen sancionador de estas Entidades que actualmente en la LISOS es inexistente.

DECIMOCUARTA

Se propone la unificación de toda la Actividad de Colocación Pública en el Sistema Nacional de Empleo

La Actividad de Colocación pública en España no se realiza solamente en el Sistema Nacional de Empleo. Pero actualmente no tiene sentido que otras instituciones públicas se encarguen de la Colocación de determinados colectivos en instituciones diferentes a los Servicios de Empleo: son concretamente el Instituto Social de la Marina y el Servicio de Empleo de Exterior y Retornados, que, hoy en día, tras la entrada en vigor de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior, sigue vigente, pero con carácter voluntario, en el que se ha eliminado la necesidad de la preceptiva autorización administrativa para difundir por cualquier medio de ofertas de trabajo para el extranjero.

DECIMOQUINTA

Se debería potenciar la utilización del Servicio Público de Empleo para determinados colectivos con mayores probabilidades de exclusión social

Aunque la tendencia -tanto a nivel comunitario como nacional- es atribuir al Servicio Público de Empleo el carácter de intermediario de inserción, todavía quedan por establecer políticas efectivas de Colocación en el que intervengan los Servicios Públicos de Empleo para determinados colectivos con menores posibilidades de ser contratados, como es el caso de los trabajadores inmigrantes o de las personas con discapacidad. Incluso se deberían

establecer medidas de Colocación específicas para los trabajadores del campo e incluso para el personal laboral temporal de las Administraciones Públicas.

DECIMOSEXTA

La Ley de Empleo 56/2003 incluye algunos Agentes de la Intermediación, aunque no regula expresamente todos los que actúan en España.

De los Agentes de Intermediación previstos, es necesario un cambio del régimen jurídico de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, una completa normativa de las Entidades Colaboradoras, y un desarrollo reglamentario de los Servicios para los trabajadores en el exterior.

La LE ha mantenido un modelo continuista con el modelo anterior de Colocación, pues se ha limitado a mantener el régimen de Colocación existente hasta el momento, pues mantiene las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, las Entidades Colaboradoras, que ya venían funcionando con anterioridad, y un nuevo Agente denominado Servicios para los trabajadores en el exterior que aún está por desarrollar. Tras más de diez años en funcionamiento de las Agencias de Colocación reguladas en el RDAC, se ha podido comprobar que éstas han fracasado, pues se han detectado numerosas deficiencias en su régimen jurídico -excesiva burocracia y falta de financiación- y como consecuencia, el incumplimiento de éste. Actualmente no se vienen creando nuevas Agencias de Colocación según el régimen jurídico establecido en el RDAC, incluso algunas Comunidades Autónomas han aplazado las decisiones sobre autorización de las Agencias de Colocación que se pretendan crear en su territorio. La falta de aplicación de este régimen jurídico ha hecho que proliferen instituciones que sin tener creadas Agencias de Colocación, se dediquen a esta actividad, destacando las Cámaras de Comercio, Universidades, Fundaciones, incluso los Entes Locales, provocando una dispersión de ofertas y demandas de trabajo existentes.

Además, la mayoría de las instituciones pertenecientes al Sector Público (Entidades Locales) o pertenecientes al Sector Social realizan la función de Intermediación Laboral constituyéndose como Entidades Colaboradoras en materia de información, orientación y Formación Profesional. De este modo, las protagonistas en la Actividad de Intermediación son actualmente las Entidades Colaboradoras, aunque no cuentan con un régimen jurídico que las regule a nivel estatal. Sería conveniente la derogación de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos reguladas en el RDAC y crear un único régimen jurídico de las Entidades Colaboradoras, incluyéndose expresamente la actividad de Intermediación, y establecer

además un régimen de subvenciones para tal actividad concediéndose en función de los resultados obtenidos. Con esta nueva regulación que aquí se propone, se unificaría un régimen jurídico regulado a nivel estatal, para que posteriormente las Comunidades Autónomas pudieran gestionar las políticas activas que desarrollen estas Entidades Colaboradoras.

También es conveniente que se determine expresamente a través de un desarrollo reglamentario los llamados Servicios para los trabajadores en el exterior. Aunque la actividad de Colocación pública para los demandantes de empleo que quieran trabajar en el exterior ya está cubierta, es necesario un replanteamiento completo de esta Actividad, sobre todo centrándose en la regulación de las instituciones privadas que se encargan de ajustar ofertas y demandas para colectivos que quieran trabajar en el exterior.

DECIMOSEPTIMA

Se opta por una regulación de las Agencias de Empleo Privadas que actúan *de facto* en España.

La LE sólo ha incluido la Intermediación realizada por los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y por aquellos Agentes que van a colaborar directamente con el Servicio Público de Empleo con carácter gratuito. Sin embargo, no se ha pronunciado sobre las demás Agencias de Empleo Privadas que actúan en la práctica en la Actividad de Colocación. De todas las que no están reguladas expresamente, una vez analizadas de forma individual, se ha llegado a la conclusión de que la falta de regulación de las AEP no significa que se prohíba su actuación. Para ello se han dado razones jurídicas más que suficientes:

-Se entiende que el Convenio número 181 OIT -que ha sido ratificado por España- es una norma *self-executing* directamente aplicable en el orden interno desde el momento en el que se lleva a cabo la publicación del mismo.

-Teniendo en cuenta la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJCE en esta materia, se aplicaría la normativa comunitaria en caso de conflicto con la normativa interna, ya que produce efecto directo, y llevaría a cuestionar la licitud de nuestro modelo de Colocación.

-La prohibición de Agencias de Colocación con fines lucrativos sólo está prohibida para aquellos “demandantes de empleo” que se les aplica el ET, por lo que a *sensu contrario* estarían permitidas las demás Agencias de Empleo para el resto de colectivos.

-La jurisdicción civil, al resolver conflictos en materia de incumplimiento de contrato de arrendamientos de servicios que se celebra entre la Empresa de Selección y la Empresa Cliente ha mantenido para éstas su licitud.

La aceptación de las Agencias de Empleo Privadas no tiene por qué hacer resurgir las tesis liberales decimonónicas defensoras de la reducción al máximo de la intervención estatal. Pero, para evitar efectos negativos del funcionamiento de estas Agencias, es completamente necesario llevar a cabo una regulación de éstas a nivel comunitario y a nivel estatal; y para ello se opta por regular todas ellas en una Ley sobre Agencias de Empleo Privadas, derogándose la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, y en el que se regulara por separado cada actividad, aunque admitiendo la polifuncionalidad de tales Agencias, pudiendo una misma institución solicitar autorización para la realización de varias actividades.

A pesar de que el requisito de autorización administrativa no se exige actualmente para todos los supuestos de actividad mercantil en España, sumándose además la tendencia de liberalizar y desregular los servicios y actividades, para evitar el exceso de intervención administrativa, en este caso es necesaria una autorización estando justificado un control preventivo mediante la técnica jurídico-administrativa de la autorización, para que la Administración compruebe la compatibilidad de los servicios de estas Agencias con el interés general y sobre todo evitar que se produzcan abusos dirigidos principalmente al demandante de empleo aunque también al empresario. . En cuanto a la regulación del carácter lucrativo de estas Agencias, se podría establecer un sistema tarifario, es decir, un tope máximo y otro mínimo para fijar la cuantía a cobrar.

Tal regulación iría acorde con los principios del derecho del Trabajo: el principio de protección del trabajador y el principio de mantenimiento o eficiencia económica vinculado a la libertad de empresa en el marco del sistema de economía de mercado. Pero por el momento, no hay intención de proceder a su regulación, pues la última reforma del Mercado de Trabajo (Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo) no la ha incluido.

DECIMOCTAVA

La aceptación de las Agencias de Empleo Privadas no se puede proponer para todo tipo de colectivos

A pesar de que aquí se mantiene la licitud de las Agencias de Empleo Privadas, estas Agencias pueden ser sujetos responsables por determinados comportamientos ilícitos en su actuación.

Además, no todos los colectivos pueden utilizar todas las Agencias de Empleo Privadas, en unos casos por las peculiaridades de estas relaciones laborales, como es el caso del personal de la Administración Pública, los penados en instituciones penitenciarias o el personal civil al servicio de Establecimientos Militares.

Y en sentido contrario, es necesaria la regulación de estas Agencias de Empleo Privadas para determinados colectivos que cada vez actúan más en la práctica sin una regulación aplicable. Es el caso de los agentes de jugadores, los agentes artísticos, las empresas de servicios en la agricultura, los agentes de embarque o la colocación *au-pair*.

DECIMONOVENA

Se mantiene la licitud de las Empresas de Selección de Personal, de las Empresas de *Outplacement*, y de los Portales de Empleo, aunque es necesaria una regulación completa de estas actividades.

No sólo se ha analizado la necesidad de una regulación de todas las Agencias de Empleo Privadas que se vienen utilizando, sino que se ha analizado una por una, primero, conociendo su realidad práctica, y posteriormente planteando las cuestiones jurídicas más problemáticas, realizando incluso un análisis jurisprudencial sobre los litigios que se han planteado fruto de su funcionamiento.

*Es necesario proceder a una regulación de las Empresas de Selección de Personal, y aunque no haya una regulación expresa se ha admitido su licitud, aplicándose las normas generales del ordenamiento en lo que respecta a la protección de datos y a la discriminación en el acceso al empleo. Sin embargo, la proliferación de bolsas de trabajo en este tipo de empresas, o la realización de las pruebas de selección requieren una regulación específica, al mismo tiempo que se necesita una regulación específica del contrato celebrado entre la Empresa de Selección y la empresa cliente, ya que por el momento sólo cuenta con una tipificación extralegal. Se está produciendo una aceptación tácita del reconocimiento legal de las Empresas de Selección de Personal, y los únicos conflictos que se presentan por la

actuación de estas Empresas no vienen determinados por la infracción de normas laborales, sino por el incumplimiento del contrato (jurisdicción civil) entre la empresa cliente y la Empresa de Selección de Personal.

Por otra parte, también se puede considerar lícita la actuación de las Empresas de *Outplacement* que cada vez se están utilizando con mayor fuerza en España. Es necesaria su regulación y un régimen de autorización, ahora bien, en caso de incumplimiento o abuso de su actividad, además de las posibles sanciones que se le podrían aplicar teniendo en cuenta el TRLISOS, se podría reconducir a la jurisdicción civil por incumplimiento del contrato de *Outplacement*, al igual que se viene haciendo con las Empresas de Selección de Personal. Constituyen un buen instrumento para hacer posible la recolocación de los trabajadores en los casos de reestructuración y crisis de empresa. Existen algunas vías adecuadas para potenciar el uso de este tipo de Empresas, siempre y cuando sea un servicio voluntario para el trabajador. Dado el momento y en la situación en la que actúan este tipo de Empresas, se puede plantear si las empresas que quieran utilizar estos servicios pueden recibir una financiación pública, que sería posible conceder subvenciones en el caso de que la empresa, en situación de crisis, demuestre la ausencia de recursos para garantizar a sus trabajadores un plan adecuado.

Por último, se ha podido comprobar la proliferación de Portales de Empleo en Internet para la búsqueda de empleo, fruto de la maduración de la Revolución Tecnológica a partir de los años noventa. La falta de protección del demandante de empleo en este caso se puede sancionar en este momento, aunque es necesaria una regulación completa de este tipo de Agencias de Empleo Privadas y prohibir aquellos sujetos no autorizados de sitios de Internet que efectúan una Actividad de Colocación.

VIGÉSIMA

El actual régimen de responsabilidades en materia de Colocación plantea muchos problemas en su aplicación. Es necesaria también, además de una modificación completa del régimen sustantivo de esta actividad, un cambio en el régimen sancionador y el estudio exhaustivo de toda la responsabilidad privada de los sujetos que intervienen en la Actividad de Colocación.

Ante la complejidad del “modelo” de Colocación actual, se plantea cuál es el régimen de responsabilidades que se le aplica a los sujetos implicados en la Actividad de Colocación. Se ha podido comprobar en este análisis del Derecho Público Sancionador que la

delimitación de la aplicación de las sanciones constituye uno de los aspectos más delicados del mecanismo del derecho.

Debido a que la regulación en materia de responsabilidad administrativa prevista en el TRLISOS es ambigua y escasa, es necesario realizar una interpretación de ésta, que en muchas ocasiones lleva incluso a inaplicar algunos preceptos y en otras a interpretar determinados términos como es el de “mediación”. Es completamente necesario modificar el régimen de responsabilidad administrativa, en el que se tendrían que incluir como sujetos infractores todas las Agencias de Empleo Privadas, y además se tendrían que modificar y ampliar las sanciones aplicables no sólo a los Servicios Públicos de Empleo sino también a las Entidades Colaboradoras.

En materia de responsabilidad penal, se está produciendo actualmente una desaparición típica del delito de *tráfico ilegal de mano de obra*; al mismo tiempo que una confusión de este delito con otros relacionados con los movimientos migratorios. La solución estaría en que desapareciera el tipo y reconducir toda la responsabilidad de Derecho Público sancionador al TRLISOS.

También los sujetos implicados en la Actividad de Colocación pueden incurrir en Responsabilidad de Derecho Privado que consiste en la imposición de una indemnización por daños y perjuicios. Así, el Servicio Público de Empleo, teniendo en cuenta la LRJAP, puede ser responsable por su actuación en los casos en que realice la actividad sin aplicar todos los medios que tenga a su alcance, y, por supuesto, las Agencias de Empleo Privadas (no reguladas) pueden ser responsables de Derecho Civil, responsabilidad que deriva del contrato de arrendamiento de servicios entre la Empresa Cliente y la agencia, y también puede incurrir en responsabilidad (extracontractual) cuando el demandante de empleo se vea afectado por una inadecuada actuación de éstas.

VIGÉSIMOPRIMERA

El estudio “práctico” de la Actividad de Colocación se complica además por la escasa doctrina judicial en este campo, unido a la diversidad de jurisdicciones que se utilizan en algunas ocasiones justificadas, pero en otras no

Durante todo el análisis de la Actividad de Colocación se ha podido comprobar que en general no contamos con una doctrina judicial consolidada, pues por el momento la jurisprudencia española en este campo está contribuyendo aún poco, incluso a veces

resolviendo de forma contradictoria, lo que ha resultado difícil mantener una posición avalada por las decisiones judiciales.

La escasa intervención judicial es fruto también de la poca importancia que se le viene dando a toda la actuación previa al inicio del contrato de trabajo. A ello se une la diversidad de jurisdicciones implicadas, interviniendo la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisdicción social y la jurisdicción civil.

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA ESTEVEZ, J.B.:** *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.:** “El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva”, *AS*, núm. 1, mayo (2003).
- AGUIRRE DE MESA, J.M.; ANDRÉS REINA, M.P.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.R.; TOUS ZAMORA, D.:** *Dirección y gestión de personal*, Pirámide, Madrid, 2000.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.:** La Política de Fomento del Empleo de las Comunidades Autónomas”, VV.AA. (Castañeira Fernández, J., Dirección): *III Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia laboral*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985.
- ALBA, A.; MORENO, F.:** *Discapacidad y mercado de trabajo*, Obra Social Caja Madrid, Madrid, 2004.
- ALBIOL MONTESINOS, I.:** “Reformas en materia de colocación a partir del Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación”, *TS*, núm. 36, diciembre (1994).
- ALBIOL MONTESINOS, I.; BLASCO PELLICER, A.:** *Desempleo y despido en la reforma laboral del Decreto-Ley 5/2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ALCAIDE CASTRO, M.; GONZÁLEZ RENDÓN, M.; FLÓREZ SABORIDO, I.:** *Mercado de trabajo, reclutamiento y formación en España*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996.
- ALEMÁN BRACHO, M^a.C.:** *El sistema público de servicios sociales*, Imprendisur, Granada, 1991.
- ALEMÁN MONTERREAL, A.:** *El arrendamiento de servicios en el Derecho Romano*, Universidad de Almería, Almería, 1996.
- ALFONSO MELLADO, C.L.:** *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ALONSO GARCÍA, M.:** *Curso de Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1964.
- Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1981.
- ALONSO OLEA, M.:** *Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 1978; última edición ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2006.
- El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Civitas, Madrid, 1980.

-“La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno”, VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

- *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000.

ALUJAS RUIZ, J.A.: *Políticas activas de mercado de trabajo en España. Situación en el contexto europeo*, CES, Madrid, 2003.

-“Las políticas activas de mercado de trabajo en España en el contexto de la Unión Europea”, *RMTAS*, núm. 61, (2006).

ALVARELLOS GALVE, C.: *Ley Básica de Empleo. Textos y Comentarios*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981.

-*Sistema Institucional y normativo del empleo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983.

ALVAREZ DE LA ROSA, M.: “Las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia laboral y de Seguridad Social”, *REDT*, núm.44, (1990).

ALVAREZ GARCÍA, M.D.: “El contrato de corretaje”, VV.AA.: *Contratos de gestión*, CGPJ, Madrid, 1995.

ALZAGA RUIZ, I.: “Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo”, *DL*, núm. 65, (2001).

ANGIOLINI, V.: *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in VVAA (a cura di Ghezzi, G.): *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Hediese, Roma, 2004.

ARENAS POSADAS, C.: *Historia Económica del Trabajo. (Siglos XIX y XX)*, Tecnos, Madrid, 2003.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.; HIERRO HIERRO, J.; GARCÍA SILVERO, E.: “Estrategias de lucha contra el desempleo: el emergente fenómeno del Outplacement”, VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2004.

ARIÑO ORTIZ, G.: “El Estado-empresario: iniciativa pública y reservas al sector público”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, M^a.N.; Molina Navarrete, C. Coords.): *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.

ARROYO ZAPATERO, L.: “Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del artículo 499 bis CP)”, *REDT*, núm.15, julio-septiembre (1983).

ARRÚE MENDIZÁBAL, M.: “El Servicio Vasco de Colocación/Langai”, VV.AA.(Goñi Sein, J.L.; Landa Zapirain, J.P. Directores): *Derecho Social Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1999.

- AUER, P.; EFENDIOGLU, U.; LESCHKE, J.:** *Active labour market policies around the world*, OIT, Ginebra, 2005.
- AUNÓS PÉREZ, A.:** *Las Corporaciones del Trabajo en el Estado Moderno*, Marva, Madrid, 1928.
- “La organización corporativa nacional del trabajo. Sus principios fundamentales”, *RPS*, número 1, (1928).
- Principios de Derecho corporativo*, Eunibar, Barcelona, 1929.
- BABIANO MORA, J.:** *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España (1938-1958)*, CES, Madrid, 1998.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G.; CANO BUESO, J.; RODRÍGUEZ VERGARA, A.; RUIZ ROBLEDO, A.:** *Curso de Derecho Público de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- BARBA RAMOS, F.J.:** “El ámbito local y el empleo: las iniciativas desde el Ayuntamiento de Huelva”, VV.AA. (Galán García, A.; Rodríguez-Piñero Royo, M. Coords): *Inserción Laboral*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- BARUAH, N.:** “The regulation of recruitment agencies: Experience and good practices in countries of origin in Asia”, VV.AA.: *Merchants of labour*, OIT, Ginebra, 2006.
- BASSOLS COMA, M.:** “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas de interés público”, *RAP*, núm.82, (1977-I).
- BAUZÁ MARTORELL, F.J.:** “Régimen jurídico de los registros telemáticos”, *REDA*, núm. 118, abril-junio (2003).
- BAYLOS, A.; TERRADILLOS, J.:** *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Valladolid, 1997.
- BAYÓN CHACÓN, G.:** *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955.
- BAYÓN CHACÓN, G.; PÉREZ BOTIJA, E.:** *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1967.
- Manual de Derecho del Trabajo*, puesta al día por Valdés Dal-Re, F., Marcial Pons, Madrid, 1978-1979.
- BERNER, C.:** *Work in the Economy. Flexible Labor Markets in Silicon Valley*, Blackell, Maden, Osford, Melbourne, Berlin, 2002.
- BESSY, C.:** “Cabinets de recrutement et formes d’intermediation sur le marché du travail”, VV.AA.: *Les intermediares du marché du travail*, Louis-Jean, France, 1997.
- BLASCO PELLICER, A.; GARCÍA RUBIO, M.A.:** *Curso de Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M^a: “El futuro de la libre circulación de trabajadores. Repensando su contenido a partir de la Directiva Marco sobre mercado”, *RMTAS*, núm. 62, septiembre (2006).

BLAZQUEZ PEINADO, M^a.D.: “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, *GJUEC*, núm. 233, septiembre/octubre (2004).

BODAS MARTÍN, R.: “El reconocimiento de las empresas de trabajo temporal. Requisitos para su constitución y funcionamiento. Las cooperativas y las ETTs”, VV.AA. (Baylos Grau, A. Coord.): *Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, CGPJ, Madrid, 1995.

“Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en el régimen laboral de las Administraciones Públicas”, VV.AA.: *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, CGPJ, Madrid, 2000.

BONARETTI, L.: “Il lavoro autonomo”, *Teoria e Pratica del lavoro*, núm. 27, Giuffrè Editore, Mián, 1982.

BORRAJO DACRUZ, E.: *El sindicalismo obrero en Francia*, Instituto Balmes de Sociología, Madrid, 1956.

-“Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo”. Prólogo a santero Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963.

-“El nacimiento del Derecho del Trabajo: el debate ideológico y la situación social en España de 1902”, *AL*, núm. 9, (2002).

BOSCH, G.: *Recualificación frente al desempleo*, MTSS, Madrid, 1996.

BURGOS GINER, M^a.A.: “Facultades empresariales de control en la fase de acceso al empleo y formalización del contrato de trabajo”, *TS*, núm. 159, marzo, (2004).

BUYLLA, A.; POSADA, A.; MOROTE, L.: *El Instituto de Trabajo. Datos para la historia de la Reforma Social en España*, Instituto del Trabajo, Madrid, 1902.

CABEZA PEREIRO, J.: “Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo”, VV.AA.: *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ponencias*, Laborum, Murcia, 2007.

CABRA DE LUNA, M.A.: “Las fundaciones en España: situación actual y perspectivas de futuro desde una óptica social”, VV.AA.: (De Lorenzo García, R.; Cabra de Luna, M.A.; Jiménez Reyna, R.): *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991.

- CABRERA BAZÁN, J.:** “Aproximación a una política de empleo para Andalucía”, VV.AA. (Prados de Reyes, F., Coord.): *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1985.
- “La relación especial de los deportistas profesionales”, VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L.:** “Los servicios públicos de empleo”, *Información comercial española*, Septiembre (1979).
- CAIRÓS BARRETO, D.M^a:** *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil. Un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- CALVO GALLEGO, J.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; VALDÉS ALONSO, A.:** “Sobre el régimen jurídico de la colocación en España y algunos de los problemas que plantea”, VV.AA.: (Galán García, A.; Rodríguez-Piñero Royo, M.C.): *Inserción laboral, Universidad de Huelva*, Huelva, 1999.
- CANALES ALIENDE, J.M.:** *Programa actual de la Ciencia de la Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.
- CANEDO, J.R.:** “Libre competencia versus servicio público”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 16 (1997).
- CANOSA RODRIGO, M.:** “Competencias y funciones del Instituto Social de la Marina”, *TS*, núm. 49, (1995).
- CAÑAL RUIZ, J.M.; RUBIO DE MEDINA, M^a.D.:** “Pasado, presente y futuro de los servicios públicos de empleo”, *RESAE*, núm. 2, febrero (2003).
- CAPELLI, F.:** “Il monopolio nazionale dei servizi di collocamento alla luce del diritto comunitario della concorrenza”, *Revista italiana di Diritto del Lavoro*, enero-marzo, núm. 1, (1995).
- CARNELUTTI, F.:** *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*, Comares, Granada, 2002. Estudio Preliminar por Monereo Pérez, J.L.: “La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”, última edición en Comares, Granada, 2002.
- CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:** “Artículo 312”, VVAA (Vives Antón, T.S. Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CARRIL VÁZQUEZ, X.M.:** *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Civitas, Madrid, 1999.
- CASAS BAAMONDE, M^a.E.:** “Convergencia, reformas del Mercado de Trabajo y territorialización de las políticas y de los servicios públicos de empleo”, *AL*, (1993-II).

-“El reconocimiento de otros intermediarios privados en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, en VV.AA. (Baylos Grau, A. Coord.): *Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, Madrid, CGPJ, 1995.

CASAS BAAMONDE, M^a.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La ruptura del monopolio público de colocación y fomento del empleo”, *RL*, núm.5-6, (1994).

CASSAGNE, J.C.: “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, VV.AA.: *Administración Pública y Economía. Balance del papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de liberalización*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, REUS, Madrid, 1852 (reeditado en 2005).

CASTELLS, M.: *La era de la información, Vol I, La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: “Faltas y sanciones de trabajadores y empresarios”, VVAA (Martín Valverde, A. Director; García Murcia, J. Coord): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

CATELAO RODRÍGUEZ, J.; GONZÁLEZ QUINZÁ, A.; VILLAR EZCURRA, M.: *Régimen Local y autonómico*, Editorial Universitas, Madrid, 1996.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La contratación temporal como medida de fomento del empleo”, *REDT*, núm. 31, julio-septiembre (1987).

Las relaciones laborales en el sector agrario, Ministerio de Agricultura, Madrid, 1995.

-“El nuevo Derecho del Empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo”, *AS*, núm.19, marzo (2004).

-“El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, VV.AA. *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ponencias*. Laborum, Murcia, 2007.

CAVAS MARTÍNEZ, F.; FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B.: *Sistemas de acceso de los extranjeros al mercado nacional de trabajo*, VV.AA. (Sánchez Jiménez, M^a.A. Coord.): *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial*, Editorial Diego Marín, Murcia, 2005.

CC.OO.: “Los planes de las Comunidades Autónomas para la integración de las personas inmigrantes”, *Cuadernos de Información Sindical*, núm. 50, Madrid, noviembre (2003).

CEINOS SUÁREZ, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006.

CERNECCA, A.: “Pubblico e privato nella gestione del collocamento: il caso inglese”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 2, (1998).

- CHAPAPRIETA, J.:** *Proyectos de Ley de Oficinas de Colocación y Seguros*, Talleres Gráficos de la Editorial Nuñez Semper, Madrid, 1924.
- CIOCCA, G.:** “Le agenzie di intermediazione”, VV.AA (A cura di Olivelli, P.; Tiraboschi, M.): *Il diritto del mercato di lavoro dopo la Riforma Biagi*, Giuffré Editore, Milano, 2005.
- CIS.:** “Nuevas tecnologías y oferta de empleo”, *CIS, Estudios y Encuestas*, núm. 19, febrero (1990).
- CISNEROS LARRODÉ, R.:** “Artículo 17. Infracciones de los trabajadores”, VV.AA. (García Blasco, J.; Monereo Pérez, J.L., Dirección.): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006.
- “Artículo 16”, VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006.
- CLAUS-WILHELM CANARIS:** *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.:** “Hacia un mercado de trabajo europeo integrado: la contribución de EURES”, Bruselas, 30/09/2002.
- CLAVER CORTÉS, E.; GASCÓ GASCÓ, J.L.; LLOPIS TAVERNER, J.:** *Los recursos humanos en la empresa. Un enfoque directivo*, Civitas, Madrid, 1995.
- CONTI, G.:** “Arts. 33-34”, VV.AA.: *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, Giuffré, Milano, 1975.
- CORNO, R.:** “Le agenzie di ricerca e selezione”, VV.AA (a cura di Olivelli, P.; Tiraboschi, M.): *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffré Editore, Milano, 2005.
- CORRAL VILLALBA, J.:** *Manual de Gestión del Personal de la Administración Local*, Civitas, Madrid, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, J.:** “El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores”, *TL*, núm. 32, (1994).
- “Colocación y Empresas de Trabajo Temporal en Andalucía”, VV.AA.: *La incidencia de la Reforma del Mercado Laboral sobre la estructura, el empleo y las condiciones del mercado de trabajo en Andalucía*, CARL, Sevilla, 1997.
- CUESTA BUSTILLO, J.:** *Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, MTSS, Madrid, 1988.
- CUEVA PUENTE, M^a.C.:** *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- DEANE, P.:** *La primera Revolución Industrial*, Península, Barcelona, 1975.
- DE LA CALLE, M^a.D.:** *La Comisión de Reformas Sociales, (1883-1903)*, MTSS, Madrid, 1989.

DE LAS CASAS, F.: *El paro forzoso*, Edición Saturnino Calleja Fernández, Madrid, 1908.

DE LA CUÉTARA, J.M.: *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1986.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La responsabilidad civil del sindicato*, La Ley, Madrid, 2000.

-“La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre”, *RL*, núm. 3, (2007).

DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, última edición en Comares, Granada, 2003.

DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

DEL PESO Y CALVO, C.: *Regulación internacional del Derecho del Trabajo*, Bosh, Barcelona, 1958.

DEL REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, MTSS, Madrid, 1990.

DEL REY GUANTER, S.; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: Iniciativa privada y nuevas tecnologías”, *RL*, (2000-I).

-Nuevas tendencias de la intermediación en el mercado de trabajo: iniciativa privada y nuevas tecnologías”, *VVAA.:* (Galán García, A.; Rodríguez-Piñero Royo, M.C.): *Inserción Laboral*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

DEL SAZ, S.: *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*, Madrid, Marcial Pons, 1996

DE VAL TENA, A.L.: “La intermediación en el Mercado de Trabajo Comunitario: el S.E.D.O.C.”, *REE*, núm. 7, mayo-agosto, (1994).

-*Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998.

DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2005.

DI GIGLIO, M.: “La reforma del collocamento”, *Il lavoro nella giurisprudenza*, núm.9, (1998).

DI MASSIMO D'ANTONA, M.: “Sistema giuridico comunitario”, *VV.AA.* (Baylos Grau, A.; Caruso, B.; D'Antona, M.; Sciarra, S.): *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi Editore, Bologna, 1996.

- DITCH, J.; ROBERTS, E.:** *Enfoques integrados de políticas activas de bienestar y empleo*, Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, Luxemburgo, 2002.
- DOCKERY, A.F.; STROMBACK, T.:** “Apreciación provisional de los servicios de empleo concertados establecidos en Australia”, *RIT*, núm. 4, Volumen 120, (2001).
- DOLANS, S.; SCHULER, R.; VALLE, R.:** *La gestión de los Recursos Humanos*, MacGraw Hill, Madrid, 1999.
- DOLZ LAGO, M.J.:** “Cambios introducidos en materia de infracciones y sanciones en el orden social por la reforma laboral de 1994”, *TS*, núm. 53, mayo (1995).
- DORENBOS, R.; VOSSSEN, I.:** *Public employment services: Can East Asia learn from the experience in Europe?* Rotterdam, February, 2002.
- DURÁN LÓPEZ, F.:** “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, *RL*, Tomo II, (1985).
- “La relación laboral especial de los artistas”, *RL*, Tomo I, (1996).
- DURAND, P.** (Traducido por Vida Soria, J.): *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991.
- ELORZA, A.:** “Los orígenes del asociacionismo obrero en España: datos sobre la sociedad de protección mutua de tejedores de algodón de Barcelona, 1840-1855”, *RT*, (1972).
- ENGISCH, K.:** *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Estudio Preliminar por Gil Cremades, J.J, última edición en Comares, Granada, 2004.
- ERNST&YOUNG CONSULTORES.:** *Manual del Director de Recursos Humanos, Recursos Humanos*, Cinco Días, Madrid, 1998.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; MERCADER UGUINA, J.R.:** “Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal en las Administraciones Públicas. Abril-Mayo 1995”, *RL*, (1995-II).
- ESTEBAN LEGARRETA, R.:** *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999.
- “Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos a favor del empleo de las personas con discapacidad”, *DL*, núm. 64, (2001).
- “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, VV.AA. (Romero Ródenas, M^a.J.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, 2003.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.; FUSTÉ MIQUELA, J.M.:** “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (Una aproximación crítica tras un

período de experimentación), *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 286, enero (2007).

EUROCOUNSEL.: “El papel de la Orientación de Adultos y el Asesoramiento sobre el Empleo ante la evolución del Mercado de Trabajo”, Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, Luxemburgo, 1997.

EUROPEAN COMMISSION.: *The modernisation of public employment services in Europe: three key documents*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1999.

FAGNONI, S.: “Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato”, VV.AA. (Magnani, M.; Treu, T.): *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2005.

FANTETTI, A.: *Collocamento e pluralismo istituzionale*, Giuffré, Milano, 1983.

FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant Lo Blanch-Valencia, 2006.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Bolsas de trabajo y Administración Pública: problemas jurídicos”, *AL*, núm. 21, (2006).

FERNÁNDEZ GARCÍA, Y.: “El Servicio Público en el Derecho de la Unión Europea”, *RDUE*, núm. 7, 2º semestre (2004).

FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C.: *Derecho de la competencia*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.; DEL REY GUANTER, S.: “Regionalización del sistema de relaciones laborales, autonomía colectiva y política de empleo”, VV.AA. (Prados de Reyes, F. Coord.): *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.

FERNÁNDEZ MARQUEZ, O.: *La forma en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Relaciones interadministrativas de colaboración y de cooperación*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

FERNANDO PABLO, M.M.: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.

FERRARA, F.: *Teoría de las personas jurídicas*, Estudio Preliminar por Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.: “¿Una persona inerte? De la “teoría” al “problema de la interpretación” de las personas jurídicas”, última edición en Comares, Granada, 2006.

FINA SANGLÁS, L.: *El reto del empleo*, McGrawHill, Madrid, 2001.

- FOGLIA, R.:** “La Corte di Giustizia e il collocamento pubblico: oportuno un nuovo intervento del giudice comunitario o del legislatore nazionale?”, *ADL*, núm. 2 (1998).
- *L'attuazione giurisprudenziale del Diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Milán, 2002.
- FOHLEN, C.:** *El trabajo en el siglo XXI*, Nova Terra, Barcelona, 1969.
- FONS TORRES, A.; NAVARRO DOMENICHELLI, R.; BOIX CUENCIA, A.:** “Los Servicios Públicos de Empleo”, *Revista de Treball. Economia i Societat*, núm.22, octubre (2001).
- FONT GALÁN, J.I.:** *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- FORTI, V.:** “Divieto di oneri in capo ai lavoratori”, VV.AA.: *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè Editore, 2005.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O.:** “Presente, pasado y futuro de la Directiva relativa a los servicios sobre el mercado interior”, *RDS*, núm. 34, (2006).
- “Las empresas intermediarias en el mercado laboral marítimo y el Convenio refundido de la OIT sobre el trabajo marítimo de 2006”, Comunicación presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2007), aún sin publicar.
- GALA DURÁN, C.:** “La recolocación externa de los trabajadores maduros (*Outplacement*) como vía de actuación ante el desempleo”, VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2004.
- GALLART FOLCH, A.:** *Derecho Administrativo y procesal de las Corporaciones de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1929.
- *Derecho español del Trabajo*, Labor, Barcelona, 1936.
- GALLEGO MORALES, A.J.:** “La emergencia de nuevos agentes en los procesos de colocación. Perspectivas y peligros”, VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L., Coord.): *La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996.
- *Las Cámaras de Comercio: ¿organizaciones de intereses o administración?*, Ibidem, Madrid, 1997.
- GARCÉS FERRER, J.:** *Administración Social Pública. Bases para el estudio de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.:** “Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”, *RAP*, núm. 12, (1953).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T.:** *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Civitas, Madrid, 2000. Última edición GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA GIL, M^a.B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

GARCÍA INDA, A.: “Firma electrónica y servicios de certificación. El Real Decreto Ley 14/1999, sobre firma electrónica”, *RVAP*, núm. 55, (1999).

GARCÍA JIMÉNEZ, M.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Modernización del Sistema Público Estatal de Empleo, “mejora” de la intermediación y “evaluación” de las políticas activas de empleo. Una reforma otoñal”, *TL*, núm. 85, (2006).

GARCÍA MURCIA, J.: “Las nuevas normas sobre cesión y colocación de los trabajadores”, *TL*, núm.31, (1994).

-“Agencias de Colocación y Empresas de Trabajo Temporal. A propósito de las reformas legales de 1994”, *RAE*, núm. 2, (1995).

-“El trabajo de los incapacitados”, *TS*, núm. 91, julio (1998).

-“Evolución de la legislación laboral”, VV.AA.: *Estado de Bienestar, Diálogo Social y Mercado de Trabajo*, CES del Principado de Asturias, Oviedo, 2003.

-“Desempleo”, VV.AA. *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2004.

GARCÍA NINET, I.: “La colocación en la Ley Básica de Empleo”, *RSS*, núm. 12, (1981).

GARCÍA OVIEDO. C.: *Tratado elemental de Derecho Social*, Sevilla, 1946.

GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I.: “Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre”, VV.AA. *Empresas multinacionales. Su incidencia en las relaciones sociales. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, (2006).

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R.: “La Constitución Europea, un paso en la construcción de una Europa más social”, *Justicia Laboral*, núm. 21, febrero, (2006).

GARCÍA RUBIO, F.: *La Segunda descentralización. Bases para pactos Locales en las Comunidades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

GARCÍA SILVERO, E.A.: “De nuevo sobre el régimen jurídico de los agentes deportistas en los Estados Unidos. A propósito de la *sports agent responsibility and trust act*”, *RJDE*, núm. 15, (2005).

GARCÍA TRASCASAS, A.: *La reforma de la ocupación y el mercado de trabajo en Italia*, Bomarzo, Albacete, 2006.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *El silencio administrativo en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1990.

GARCÍA VALDECASAS, A.J.: *Mediación inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

- GARCÍA VALVERDE, M^a.D.:** *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, Comares, Granada, 2000.
- Un supuesto excepcional: personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América de España. Peculiaridades*. Universidad de Granada, Granada, 2000.
- “Promoción y fomento del autoempleo”, *TL*, núm. 81, (2005).
- GARCÍA VIÑA, J.:** “Las entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria de la Seguridad Social”, *TS*, núm. 160, abril (2004).
- “La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo. Primeras notas a su publicación”, *AL*, núm. 5, (2004).
- GARCÍA VISO, M.:** “Los servicios de intermediación laboral para el empleo de las personas con discapacidad”, *Revista Dicendi*, núm. 6, (1999).
- GARRIDO FALLA, F.:** *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1989. Última edición, GARRIDO FALLA, F.; PALOMAR OLMEDA, A.; LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2006.
- GARRIDO PÉREZ, E.:** “Trabajo autónomo y trabajo subordinado en los artistas en espectáculos públicos”, VV.AA. (Cruz Villalón, J. Coord): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, CARL, Madrid, 1999.
- “El trabajo de discapacitados en Centros Especiales de Empleo”, VV.AA (Romero Ródenas, M^a.J.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003.
- GHIROTTI, M.:** “Il collocamento dopo i piú recenti provvedimenti di riforma”, VV.AA. (A cura di Magnani, M.; Varesi, P.A.): *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n.251/2004*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- GALA DURÁN, C.:** “L`exercivi de competències autonòmiques en matèria de Seguretat Social”, *Revista d`Estudis Autonòmics i Federals -REAF-*, núm. 3, any 2006.
- GIL Y GIL, J.L.:** “El convenio número 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas”, *DL*, número 61, (2000).
- GÓMEZ ÁLVAREZ, T.:** “Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas”, *AS*, núms.7-8, (2005)..
- GÓMEZ FERNÁNDEZ-CABRERA, J.:** *Derecho y Administración Pública en Internet*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000.
- GOMEZ MEJÍA, L.R.; BALKIN, D.; CARDY, R.L.:** *Dirección y gestión de Recursos Humanos*, Prentice May, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.L.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; SÁEZ DE SANTAMARÍA, P.A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ GALLEGU, R.: *El Derecho al Trabajo y su protección en la legislación española. La lucha contra el paro*, Imp. Samarán, Madrid, 1950.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1997.

GONZÁLEZ ROJAS, F.; OYUELOS, R.: *Bolsas de Trabajo y Seguro contra el paro forzoso*, Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1914.

GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: “La gestión de la protección por desempleo: el Instituto Nacional de Empleo”, *RJS*, núm.12, (1981).

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “Derecho comunitario y actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 183 (2000).

GONZALO VIDAL.: “El ordenamiento legal vigente y su reforma: un tejido social en crisis”, VV.AA.: *El mercado de trabajo español: reforma y creación de empleo*, *Círculo de Empresarios*, núm. 57, diciembre (1993).

GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 11988.

-Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, VV.AA. (Alarcón Caracuel, M.R.; Esteban Legarreta, R. Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las contrataciones laborales especiales y las modalizadas”, VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. Dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

GRAVEL, E.: “ILO standards concerning employment services”, VV.AA.: *Merchants of Labour*, OIT, Ginebra, 2006.

GUERA, E.: “Occupazione e flessibilità. Legge n. 196/1997 e provvedimenti attuativi (comento a cura di Edoardo Guera)”, Jovene Editore, Napoli, 1998.

GUILLAMÓN FERNÁNDEZ, J.R.: “Acciones para el empleo desde la Universidad. El COIE de la UNED”, VV.AA (Salmerón Pérez, H.; López Palomo, V.L.): *Orientación educativa en las Universidades*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.

- GUTIERREZ RESA, A.:** *Acción Social no gubernamental. Análisis y reflexiones sobre las organizaciones voluntarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.:** “La política de empleo autónomo”, *RMTAS*, núm.33 (2001).
- “La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatutaria”, *RL*, (2000-I).
- HAMONIAUX, T.:** “L’Agence nationale pour l’emploi, entre droit national et droit communautaire”, *Droit Social*, núm. 11, noviembre (1995).
- HAURIOU, M.:** *Obra escogida* (Santamaría Pastor, J.A.; Muñoz Machado, S.), Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.
- Principios de Derecho Público y Constitucional*, (Traducido y Estudio Preliminar por Ruiz del Castillo, C.), última edición en Comares, Granada, 2003.
- HECK, P.:** *El problema de la creación del Derecho*, traducido por Entenza, M., Comares, Granada, 1999.
- HEPPLE, B.:** “Le agenzie private per l’impiego nel Regno Unito”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 4, (1998).
- HERKNER, E.** (Traducido por Ballvé, F.): *La cuestión obrera*, Hijos de Reus, Madrid, 1916.
- HERRADOR BUENDÍA, F.:** “Aproximación teórica a las políticas de intermediación y colocación de empleo”, *RMTAS*, núm. 66, (2007).
- HIERRO HIERRO, F.J.:** “Servicios Públicos de Empleo y gestión de las políticas activas en el sector agrario: el ejemplo de la Comunidad Autónoma de Extremadura”, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, CARL, Sevilla, 2005.
- HUERTAS BARTOLOMÉ, T.:** *La mediación mercantil en el ámbito laboral: un estudio sobre la relación laboral especial contemplada en el artículo 2.1.f) del ET*, Tecnos, Madrid, 1982.
- ICHINO, P.:** *Il collocamento impossibile*, De Donato, Bari, 1982.
- “Lavoro interinale e servizi per l’impiego. Il nuovo quadro di riferimento”, *QRIDL*, núm. 6, Giuffré, Milano (1995).
- IHERING, R.V.:** *La lucha por el derecho*, última edición en Civitas, Madrid, 1985.
- El fin en el derecho*. Estudio preliminar por Monereo Pérez, J.L.: “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho”, última edición en Comares, Granada, 2000.
- IGARTÚA MIRÓ, M^a.T.:** “Algunas consideraciones sobre el contingente de trabajadores extranjeros a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería”, VV.AA. (Sánchez-Rodas

Navarro, C. Dirección.): *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Laborum, Madrid, 2005.

IGLESIAS CABERO, M.: “La gestión privada del empleo. El papel de las Empresas de Trabajo Temporal”, *AL*, (2000-I).

IHERING, R.V.: *La lucha por el derecho*, Civitas, Madrid, 1985.

ILDEFONSO HUERTAS, R.M^a.: *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004.

IMERSO.: *Discapacidad y trabajo en España. Estudio de los procesos de inclusión y exclusión social de las personas con discapacidad*, MTAS, Madrid, 1998.

Institución de Ararteko al Parlamento Vasco: *La Integración laboral de las personas con discapacidad*, Ararteko, Bilbao, 2003.

INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN.: “La previsión contra el paro forzoso. Planteamiento general de la cuestión”, Madrid, 1928.

-“Las Bolsas de Trabajo”, *El Sol* de 6 de noviembre de 1930, *Anales del Instituto Nacional de Previsión*, Tomo XXIII, núms. 83-84, 1930.

JANOSKI, T.: *La economía política del desempleo*, MTSS, Madrid, 1992.

JUBINDO, B.: *Bolsas de Trabajo*, Escuelas Gráficas de la Santa Casa de la Misericordia, Bilbao, 1932.

KARLSSON, M.; TIRABOSCHI, M “Liberalizzazione e decentramento del collocamento: alcuni spunti di riflessioni offerti dall’ esperienza svedese”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 2 (1998).

KUHN, T.: *La estructura de las Revoluciones científicas*, Fondo de cultura económica, Madrid, 2001.

LAGUNA DE PAZ, J.C.: “Internet: aspectos de su régimen jurídico-público”, *REDA*, num. 113, enero-marzo (2002).

-*La autorización administrativa*, Civitas, Madrid, 2006.

LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “La política social comunitaria entre vinculabilidad jurídica y voluntad política (II)”, *RL*, Tomo I (1992).

-“Las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo (sobre el sentido de la ubicación del artículo 16 ET en el marco del sistema normativo de la política de empleo”, *REDT*, julio-agosto, (1998).

-“La reforma necesaria del Servicio Público de Colocación”, *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, núm. 5, (2001-II).

- “Consideraciones en torno a un nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas”, *RL*, núm. 1 (2005).
- LASSANDARI, A.:** “Attività di collocamento e intermediazione di manodopera: la pronuncia della Corte di Giustizia”, *Il lavoro nella giurisprudenza*, núm. 3, (1996).
- LAYARD, R.; NICKELL, S.; JACKMAN, R.:** *La crisis del paro*, Alianza, Madrid, 1996.
- LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.:** “La libre circulación de trabajadores y las dificultades de desplazamiento de los desempleados”, *Derecho y conocimiento*, Vol. 1, (2002).
- “El Servicio Andaluz de Empleo”, *TL*, núm. 68, (2003).
- La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL, Sevilla, 2003.
- LICERAS, D.:** “Los servicios públicos de empleo y las transferencias del INEM”, *Gaceta Sindical*, núm. 157, (1997).
- LIROLA DELGADO, I.:** “El Proyecto de Reglamento de Extranjería de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Un comentario”, *Diario, La Ley*, núm. 6144, 10 de diciembre de 2004.
- LLANO SÁNCHEZ, M.:** “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, *RL*, núm. 2, enero (2006).
- LOPERA CASTILLEJO, M^a.J.:** *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, MTSS, Madrid, 1990.
- LÓPEZ AHUMADA, J.E.:** “El actual sistema de comunicación de los contratos de trabajo a la Oficina de Empleo”, *DL*, núm. 64, (2001).
- LÓPEZ BAEZA, A.:** “La organización corporativa y la lucha contra el paro”, *RPS*, núms. 7-8, (1928).
- El paro obrero y sus remedios*, Artes Gráficas Municipales, Madrid, 1933.
- LÓPEZ GANDÍA, J.:** “Artículo 16. Ingreso al Trabajo”, VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981.
- “La política de empleo de la Generalitat Valenciana”, *Revista de Treball*, núm.9, (1989).
- LÓPEZ GANDÍA, J.; TOSCANI GIMÉNEZ, D.:** *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de Reforma*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E.;** y otros.: *Derecho Constitucional*, Volumen II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- LÓPEZ PARADA, R.:** “Transferencia y privatización del servicio público de colocación”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 212, noviembre, (2001).

LÓPEZ PENA, I.: “Los orígenes del intervencionismo laboral en España: el Instituto de Reformas Sociales”, *RT*, núm.1 (1969).

LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E.; CARRILLO DONAIRE, J.A.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Madrid, 2005.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Artículo 2.1.e). Artistas en espectáculos públicos”, VV.AA.: *El Estatuto de los trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo II. Volumen I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987.

LOZA AGUIRRE, J.: “Definición del sector social y actividades que realiza”, en VVAA. (De Lorenzo García, R.; Cabra de Luna, M.A.; Giménez-Reyna, E. Coords): *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991.

MALDONADO MOLINA, J.A.: *Génesis y evolución de la protección social por la vejez en España*, MTAS, Madrid, 2002.

MALO, M.A.: “Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español”, *RMTAS*, núm. 46 (2003).

MAP.: *Informe sobre los convenios de colaboración entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, 2001.

MARINO, M.: “Le politiche comunitarie e le misure contro l’esclusione sociale: tra coordinamento e multidimensionalità”, *Affari sociali internazionali*, núm.4, (1999).

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: *Derecho internacional público. Parte General*, Trotta, Madrid, 2005.

MARTÍN, J.L.; MARTÍNEZ SHAW, C.; TUSSEL, J. (Tussel, J. Coord.): *Historia de España*, Taurus, Madrid, 2000.

MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional*, CES, Madrid, 2001.

MARTÍN VALVERDE, A.: “Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola”, en *Agricultura y Sociedad*, núm. 3, (1977).

“Legislación laboral y relaciones de trabajo en la agricultura”, VV.AA. (Durán López, F. Coord.): *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Publicaciones del Monte Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983.

-“Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural”, *TL*, núm. 2 (1985).

-“La política de empleo: caracterización general y relaciones con el derecho del trabajo”, *DL*, núm.9, (1989).

-“La supresión del monopolio público de la colocación”, VV.AA.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

- MARTÍN VALVERDE, A.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; PÉREZ ESPINOSA, F.; VALDÉS DAL-RÉ, F.; CASAS BAAMONDE, M^a.E.; GARCÍA MURCIA, J.:** *Legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.:** “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, VVAA.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MARTÍNEZ LUCAS, J.A.:** “La aplicación de los principios constitucionales de fondo al sistema de infracciones y sanciones en el orden social”, *Act. Adm.* núm. 21, ((1998).
- “Pasado, presente de las infracciones en materia de seguridad social, empleo y prestaciones de desempleo”, *REDT*, núm. 90, (1998).
- Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y Empleo*, Edersa, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ MARTÍN, R.:** *La inserción laboral de los universitarios*, Universidad de Granada, Granada 2002.
- MARTÍNEZ MORENO, C.:** *La relación de trabajo especial de alta dirección*, CES, Madrid, 1994.
- MARSAL I FERRE, M.:** *Pobreza y beneficencia pública en el siglo XIX español*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- MARZAL ZORRILLA, E.:** *Pobreza y Asistencia Social en España, s. XVI al XX*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1987.
- MATEOS BEATO, A.; GONZÁLEZ DE LENA, F.:** “El texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenidos”, *RL*, núm. 6, marzo (2001).
- MAVRIDIS, P.:** “Règimes complémentaries: droit de la concurrence ou droit social communautaire”, *Droit Social*, núm. 3, marzo (1998).
- MEILÁN GIL, J.L.:** “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión”, *RAP*, núm. 71 (1973).
- MELISSARI, P.:** “Il contratto di ricollocamento dei lavoratori”, *Consulenza*, número 40, (2000).
- MELLA MÉNDEZ, L.:** *El compromiso de actividad del desempleado*, Centro de Estudios Financieros, 2005.
- MENÉNDEZ CALVO, R.:** “Acuerdos de empresa para la igualdad de oportunidades: experiencias pretéritas como propuestas futuras”, *RL*, núm. 11, (2007).
- MERCADER UGUINA, J.R.:** “La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y propuestas”, *RTSS*, núm. 14, abril-junio (1994).
- MERCADER UGUINA, J.R.; MORENO SOLANA, A.:** “De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos: notas al Real Decreto 240/2007, de 16 de

febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias”, *RL*, núm. 13, (2007).

MERCADER UGUINA, J.R.; MUÑOZ RUIZ, A.B.: “El tratamiento de la política migratoria en una Unión Europea”, *RMTAS*, núm. 32, (2001).

MERCADER UGUINA, JR., TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MERINO MERCHÁN, J.F.: *Estatuto de los Trabajadores. Trabajos parlamentarios*, Tomos I y II, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980.

MERKL, A.: *Teoría General del Derecho Administrativo*, 1927, reeditado por Comares, Granada, 2004.

MINISTERIO DE TRABAJO: *Bolsas de Trabajo u Oficinas de Colocación*, Madrid, 1920.

MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

MIRANDA BOTO, J.M.: “Los servicios públicos de colocación en el Derecho comunitario: ¿derecho social o derecho de la competencia?”, *AL*, número 15, (2001).

MOLERO MANGLANO, C.: “El delito social”, *RPS*, núm. 100, (1973).

El contrato de alta dirección, Civitas, Madrid, 1995.

MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000.

MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo: el derecho del empleo como nueva categoría sistemática*, CARL, Sevilla, 2005.

MOLINA HERMOSILLA, O.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Más acá y más allá del trabajo. Comentario a la Ley 56/2003, de Empleo”, VV.AA (Molina Navarrete, C. Coord.): *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, Estudios Financieros, Madrid, 2004.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto competencial de competencias en las “maerías” de empleo, trabajo y protección social”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 283, octubre (2006).

-“La segunda fase en la construcción del nuevo Estado Social Autonómico: claves socio-laborales del Estatuto de Andalucía”, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, CARL, Sevilla, 2007.

MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, VV.AA.: *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, CGPJ, Madrid, 2000.

- MONEREO ATIENZA, C.:** *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L.:** Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *REDT*, núm. 21, (1984).
- *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, Granada, 1988.
 - “Instrumentalización jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones”, *REDT*, núm.40, (1989).
 - *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992.
 - *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
 - *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996.
 - *Público y privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid, 1996
 - *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999.
 - “Un futuro para la política social europea”, *Agora, Revista de Ciencias Sociales*, núm.2, enero-marzo (1999).
 - “Voz mediación en la colocación”, VV.AA. (Ojeda Avilés, A. Coord): *Diccionario jurídico laboral*, Comares, Granada, 1999.
 - *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
 - “El negocio jurídico como categoría problemática”, Estudio preliminar a la obra de BETTI, E.: *Teoría General del Negocio Jurídico*, Comares, Granada, 2000.
 - “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la “cuestión social”, *RL*, (2000-I).
 - “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, *RL*, (2001-II).
 - *La Reforma Social en España: Adolfo Posada*, MTAS, Madrid, 2003.
 - *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
 - “Política de empleo y migraciones en la Unión Europea”, en VV.AA. (García Murcia, J. Coord.): *Derecho social comunitario y derecho del trabajo*, Consejería de Industria y Empleo, Oviedo, 2004.
 - *El sistema de protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Comares, Granada, 2006.

-“La distribución de competencias en el Estado Social Autonómico en materia de política de empleo e inmigración”, *Tribuna Social*, núm. 198, (2007); y publicado en VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, CARL, Sevilla, 2007.

-“Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Moroni (1876-1952), *REDT*, núm. 134, (2007).

MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

-“El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social”, *TS*, núm. 161, mayo (2004).

-“Artículos 35 y 36”, VV.AA. (García Blasco, J.; Monereo Pérez, J.L. Dirección): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L.; GALLEGO MORALES, A.L.: “Comentario al artículo 1º”, VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. Coords.): *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta mínima de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999.

-“Artículo 35 CE: el Derecho al Trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.

-Artículo 40.1. El Derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El Derecho al Empleo”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M^a.N. Dirección): *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.

-“Política de empleo” y Sistema de Relaciones Laborales: la autonomía colectiva como fuente del derecho del empleo”, *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, núm. 10, junio (2001).

-“El régimen jurídico sancionador en materia de empleo tras la entrada en vigor del TRLISOS de 2000”, *JL*, número extraordinario, (2001).

MONEREO PÉREZ, J.L.; MONEREO PÉREZ, M.; OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, *Revista Sistema*, núms.. 155-156, abril (2000).

MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a.N.: “Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial”, *RMTAS*, núm. 48, (2004).

- MONEREO PÉREZ, J.L.; VIÑAS ARMADA, J.L.:** “Artículo 209. Solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, M^a.N., Dirección.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Tomo II*, Comares, Granada, 1999.
- MONTOYA MELGAR, A.:** *Ideología y lenguaje en las primeras leyes de España, (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1975.
- “Las respuestas del Derecho del Trabajo ante la crisis económica”, *REDT*, núm. 14, abril-junio (1983).
- MONTOYA MELGAR, A.; CRISTÓBAL RONCERO, R.:** *Comentario a la Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre*, Civitas, Madrid, 2004.
- MORA, A.N.:** *Il collocamento dei lavoratori e l'agenzia del lavoro*, Cedam, Padova, 1998.
- MORENO DE MOLINA, A.M.:** “La Administración Pública de los Estados Miembros como Administración Comunitaria. Referencia a la situación española”, VV.AA.: *Manual de Derecho Administrativo comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- MORENO DE VEGA Y LOMO, F.:** “Las Agencias de Colocación sin fines lucrativos”, *AL* (1997-I).
- MORENO VIDA, M^a.N.:** *El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Comares, Granada, 2005.
- “Artículo 2 ET”, VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L. Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.
- MORILLAS CUEVA, L.:** “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, VV.AA.: *Curso de Derecho Penal Español*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MTAS:** *Las entradas a la vida activa*, MTAS, Madrid, 1999.
- Las ONG's y las Fundaciones y su contribución al empleo*, MTAS, Madrid, 2000.
- Sistemas de intermediación en el mercado de trabajo en el ámbito local*, MTAS, Madrid, 2001.
- MTSS.:** *La reforma de la política de empleo y de los Servicios Públicos de Empleo en España*, MTSS, Madrid, 1991.
- MULLER, M.:** *Control o colocación. Historia del Servicio Público de Empleo francés*, MTSS, Madrid, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F.:** *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ MACHADO, S.:** *Servicio Público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998.
- MURELLI, E.; PETRELLA, D.:** “Outplacement: il caso Ilva”, *Diritto & Pratica del lavoro*, número 35, (1995).

NARVAEZ BERMEJO, M.A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

NAVARRO CARDOSO, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

NIETO, A.: *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2002.

NIETO NIETO, N.: “Los derechos laborales en el Proyecto de Tratado Constitucional”, VV.AA (Gómez Gorona, E.; Gutiérrez Vega, P.; Leñero Bohorquez, R, Coords.): *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

NUÑEZ GONZÁLEZ, C.: “La nueva configuración de la reserva de empleo para las personas con discapacidad”, *AL*, (1999-I).

NYSTROM, B.: “Employment Agencies: The legal regulation of Employment Agencies and Employment Leasing Companies in Sweden”, *23 Comp.Lab.L & Policy Journal*, 2001.

OCDE.: *Los Servicios Públicos de Empleo*, MTSS, Madrid, 1986.

-*Estudio de la OCDE sobre el empleo. Parte II. El potencial de ajuste del mercado de trabajo*, MTSS, Madrid, 1997.

-*Políticas del mercado de trabajo y Servicios Públicos de Empleo*, Conferencia de Praga, julio de 2000.

OCHOA MONZÓ, J.: ¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?, en VVAA (Sosa Wagner, F, Coord.): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

O'DONNELL, A.; MITCHEL, R.: “Employment agencies: the regulation of public and private employment agencies in Australia: an historical perspectiva”, *23 Comp.Lab.L & Pol'y J.*, (2001).

ODRIOZOLA LANDERAS, A.: *La especialidad en la relación laboral de los estibadores portuarios*, Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2001.

OIT.: *La colocación de trabajadores: estudio internacional, Ginebra, 1933*, Publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo, M. Aguilar Editor, 1935.

-*Servicios Nacionales de Empleo (Estados Unidos)*, Ginebra, 1955.

-*El empleo como objetivo del desarrollo económico*, Ginebra, 1961.

-*Cómo combatir la discriminación en el empleo*, Ginebra, 1975.

-*El papel de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento de los mercados de trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1994.

OJEDA AVILÉS, A.: “Los Servicios de Empleo en España (I)”; *RSS*, núm. 15, (1982).

-“Los Servicios Públicos de Empleo en España (II). El Instituto Nacional de Empleo”, *RSS*, núm. 17, enero-marzo (1983).

- “El servicio público de empleo como servicio social: implicaciones autonómicas”, VVAA. (Prados de Reyes, F. Coord.): *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.
- Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1998
- OLIVELLI, P.:** “Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l’impiego”, VV.AA (A cura di Olivelli, P.; Tiraboschi, M.): *Il diritto del mercato di lavoro dopo la Riforma Biagi*, Giuffré Editore, Milano, 2005.
- OLVERIA ASCENSAO, M. de.:** “Los servicios nacionales de empleo”, *RT*, núm.1 enero-febrero (1960).
- ORGANIZACIÓN SINDICAL:** *Oficinas Sindicales de Colocación*, Organización Sindical, Madrid, 1973.
- ORTIZ MALLOL, J.:** “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, *RAP*, núm. 163, enero-abril (2004).
- ORTIZ DE SOLÓRZANO, C.:** “Artículo 15”, VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2004.
- OTTAVIANO.:** *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959.
- PADRÓS REIG, C.:** *La actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid, 2001.
- PALACIO MORENA, J.I.** (Director de la Investigación): *La Construcción del Estado Social. En el centenario del Instituto de Reformas Sociales*, CES, Madrid, 2004.
- PALACIOS, L.; GRIMM, H.:** *Las Oficinas de Colocación principalmente en Alemania*, Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, Madrid, 1928.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.:** “La ruptura del monopolio público de colocación y el ingreso al trabajo: supresión de la obligación de contratar a través de las oficinas públicas de empleo”, VV.AA. (Baylos Grau, A. (Coord.): *Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, CGPJ, Madrid, 1995.
- “Política de Empleo y Protección Social en el sistema Constitucional de Relaciones Laborales”, VV.AA.: (Martínez Abascal, V.A., Coord.): *Política de Empleo y Protección Social*, Editorial Gráficas Signo, Barcelona, 1996
- “El reparto constitucional de competencias en materia laboral a la prueba de las reformas estatutarias”, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los Nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andalúz y Catalán*, CARL, Sevilla, 2007.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; CABERO MORÁN, E.:** *Todo sobre las primeras normas de reforma del Mercado de Trabajo*, Praxis, Barcelona, 1994.
- PANZANI, L.:** “Riforma del collocamento e legislazione”, VV.AA.: *Riforma del collocamento e mercato del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1981.
- PARADA, R.:** “Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- PÁRAMO MONTERO, P.:** *Responsabilidad empresarial*, CISS, Valencia, 1995.
- PARDELL, A.:** “Les Agencies de collocació. Anuari sociolaboral de Catalunya 1995, Institut d’Estudis Laborals, Universitat de Barcelona, junio (1996).
- “El artículo 312 CP. Tráfico ilegal de mano de obra”, VVAA (Rojo Torrecilla, E. Coord): *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.:** *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A.:** *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2006.
- PAZ-ARES, C.; ALFARO AGUILA-REAL, J.A.:** “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, M.N.; Molina Navarrete, C.): *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.
- PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T.; VALDÉS DAL-RÉ, F.:** *La Reforma Laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PEDREGAL, L.J.:** *Notas al Fuero del Trabajo*, Cerón, Madrid, 1938.
- PELAGGI, L.:** “Organizzazione internazionale del lavoro ed Unione Europea: necessità di coordinamento”, *Revista di Diritto Europeo*, (1994-I).
- PELLOUTIER, F.:** *Historia de las Bolsas de Trabajo. Los orígenes del sindicalismo revolucionario*, Zero, Madrid, 1978.
- PÉREZ AMORÓS, F.:** Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materia de Política de Empleo”, *REDT*, núm.26, (1986).
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, F.:** “Servicios privados de empleo: razones para una reforma”, *DL*, núm. 79, (2007).
- PÉREZ ESPINOSA SÁNCHEZ, F.:** “Las empresas de trabajo temporal a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra”, VV.AA.: *La Reforma del Mercado Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.

- PÉREZ JUSTE, P.:** “La economía moderna y la colocación de los trabajadores”, *RT*, núm. 5, mayo, (1945).
- PÉREZ MANZANO, M.:** “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, *RL*, (1997-I).
- PERSIANI, M.:** *El sistema jurídico de la previsión social*, Estudios Administrativos, Madrid, 1965.
- PIETRO SANCHÍS, L.:** *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- POSADA, A.:** *Tratado de Derecho Político*, Estudio preliminar por Monereo Pérez, J.L.: “El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada”, última edición en Comares, Granada, 2002.
- PURCALLA BONILLA, M.A.:** “Desigualdad por razón de sexo en proceso de selección de personal”, *AS*, núm. 19, (2006).
- PRÁXEDES ZANCADA.:** *Derecho corporativo español*, Juan Ortiz, Madrid, 1928.
- PUCHOL, L.:** *Dirección y Gestión de Recursos Humanos*, ESIC, Madrid, 1993.
- QUESADA SEGURA, R.:** *El contrato del servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991.
- “El trabajo au pair: entre la laboralidad y la tutela extralaboral”, VV.AA (Cruz Villalón, J. Coord): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- QUIRÓS SORO, M.F.:** “Centenario del Instituto de Reformas Sociales (1903-2003)”, *REDT*, núm.115, enero-febrero (2003).
- RADBRUCH, G.:** *Filosofía del Derecho*, Estudio Preliminar (Monereo Pérez, J.L.: La filosofía de Gustad Radbruch: una lectura jurídica y política), Reeditada por Comares, Granada, 1999.
- RAHONA LÓPEZ, M.:** ¿La posesión de un título universitario facilita el acceso de los jóvenes al primer empleo? Una aproximación para el caso español, *RMTAS*, núm. 61, (2006).
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.:** “Artículo 2.1.b) ET”, VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentario a las leyes laborales*, Tomo II, Volumen I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987.
- “Política de Empleo y Servicios de Colocación”, VV.AA. (Martínez Abascal, V.A. Coord.): *Política de Empleo y Protección Social*, Ediciones Gráficas Signo, Barcelona, 1996.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; SALA FRANCO, T.:** “La relación laboral especial del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares”, VV.AA. (Borrajó Dacruz, E. Director): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, Volumen I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, T.:** “Del Servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, num.150 (1999).

RAYNAUD, B. (Traducido por Buylla, A.): *Derecho internacional obrero*, Hijos de Reus, Madrid, 1907.

RAYÓN SUÁREZ, E.: “La forma del contrato de trabajo”, VV.AA. (Borrajo Dacruz, E. Director): *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo III, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985.

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.^a : “La fijación legal de plazos de resolución y de notificación de los procedimientos administrativos y de los efectos del silencio administrativo”, *REDA*, núm. 113, enero-marzo (2002).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, Madrid, 2001.

REYNERI, E.: *Sociología del mercado del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2002.

RICCA, S.: “Modelos alternativos de Servicios Públicos de Empleo: aspectos institucionales”, VV.AA.: *Jornadas Europeas sobre Servicios Públicos de Empleo y política de empleo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.

-“La actual transformación de los servicios públicos de empleo”, *RIT*, Vol. 107, núm. 1, (1988).

RIFFLET, R.: “Perspectivas de política del empleo en las Comunidades Europeas”, en *RIT*, Vol. 93, núm. 2, (1976).

RIVERO LAMAS, J.: “La Reforma del Mercado de Trabajo y el modelo español de Relaciones Laborales”, VV.AA (Monereo Pérez, J.L.Coord.): *La Reforma del Mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996.

RIVERO LAMAS, J.; DE VAL TENA, A.L.: “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, VV.AA. (Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. ^a N. Dirección.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Comares, Granada, 2004.

RIVERO YSERN, E.: “La protección del usuario de los servicios públicos”, *RAP*, núm. 87, (1978).

ROCELLA, M.: “Tutela del trabajo y razones del mercado en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *RDS*, número 12, (2000).

RODRÍGUEZ BENOT, A.; YBARRA BORES, A.: “La situación de los extranjeros en España”, VV.AA. (Sánchez Jiménez, M^a.A. Coord.): *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España*, Editorial Diego Marín, Murcia, 2005.

RODRÍGUEZ MESA, M^a.J.: “La relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias”, *RDS*, núm. 16, (2001).

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.:** “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo”, VV.AA. (Borrajo Dacruz, E. Director): *El Estatuto de los Trabajadores .Comentarios a las leyes laborales*, Tomo IV, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, pág. 459
- “Legislación de extranjería y política de inmigración”, *RL*, (2000-II).
- “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, *RL*, núm. 21, noviembre (2001).
- “La Relación Laboral Especial de los Abogados que prestan Servicios en Despacho”, *RL*, núm.1, enero, (2007).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.:** “Público y privado en el mercado de los noventa”, *TL*, núm. 40, (1996).
- “Outplacement, Head Hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, VV.AA.: *La reforma del Mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996.
- “El nuevo papel de las Empresas de Trabajo Temporal”, en VV.AA. (Fernández López, M^a.F.; Rodríguez-Piñero Royo, M. Direct.): *Diez años desde la regularización de las Empresas de Trabajo Temporal. Balances y Perspectivas*, CARL, Sevilla, 2004.
- ROLDÁN MARTÍN, A.:** “Los nuevos contornos del Servicio Público”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.12, (2000).
- ROMÁN VACA, E.:** “La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. La Propuesta Bolkestein”, *TL*, núm. 84, (2006).
- ROMERO MIRET, P.:** “El contrato para el fomento de la contratación indefinida”, *TS*, núm. 175, julio (2005).
- RON LATAS, R.P.:** “Los aspectos laborales más destacables de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior”, *RL*, núm. 10, (2007).
- ROQUETA BUJ, R.:** *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- ROSE, J.:** *En busca de empleo. Formación, paro y empleo*, MTSS, Madrid, 1987.
- ROSENTHAL, F.:** “L’ evolution des Bourses du travail”, *Droit Social*, Vol.I, núm.17, (1954).
- ROSS, A.:** *Lógica de las normas*, (Estudio preliminar por Monereo Pérez, J.L. “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho. La teoría de la mera aplicación judicial lógico-deductiva de las normas jurídicas, mediante silogismos”, última edición en Comares, Granada, 2000.
- ROSSEAU, Y.:** “Le service public de l’emploi et la jurisprudence de la CJCE”, *Droit Social*, núm. 11, noviembre (2002).

-“Du monopole public du placement a un nouveau service public de l’emploi”, *Droit Social*, núm. 456, (2005).

ROYO FERNÁNDEZ-CAVADA, S.: *La responsabilidad de la Administración*, Tipografía de Archivos, Madrid, 1933.

RUBIO LARA, M^a.J.: *La formación del Estado Social*, MTAS, Madrid, 1999.

RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002.

RUIZ-JARABO COLOMER, D.: “El Derecho de la Competencia en la Comunidad Europea”, VV.AA.: *Derecho comunitario. Presente y perspectivas*, CGPJ, Madrid, 1995.

RUIZ RESA, J.D.: *Trabajo y franquismo*, Comares, Granada, 2000

RUMEU DE ARMAS, A.: *Historia de la Previsión Social en España*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

SACARÍA, G.: *Razón jurídica e interpretación*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Protección al empleo de colectivos específicos”, VV.AA. (Borrajo Dacruz, E. Director): *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo IV, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.

SAGARDOY, J.A.; RIVERO LAMAS, J.: “La regulación legal del mercado de trabajo”, VV.AA.. *El mercado de trabajo español: reforma y creación de empleo*, *Círculo de Empresarios*, núm. 57, diciembre, (1993).

SAINZ RUIZ, J.A.: “Artículo 312”, VVAA.: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, Comares, Granada, 2002.

SALA FRANCO, T.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1985.

SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, MTSS, Madrid, 1988.

SÁNCHEZ CERVERA-SENRA, J.M.: “Colocación y empleo”, VV. AA.: *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, Madrid, 1977.

SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M.; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados*, CISS PRAXIS, Barcelona-Valencia, 1999.

SÁNCHEZ MUÑOZ, A.: “El desempleo obrero durante la guerra civil. 1936-1939”, *RTSS*, núm. 15, julio-septiembre, (2004).

SÁNCHEZ PEGO, F.J.: “Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral”, *DL*, núm. 42, (1994-II).

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

- SANTIAGO, E.:** *Servicios paritarios de colocaciones*, [s.n] Madrid, 1927.
- SANTOS ORTEGA, A.; MONTALBÁN OCAÑA, C.; MOLDES FARELO, R.:** *Paro, exclusión y políticas de empleo. Aspectos sociológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SARASÚA, C.:** *Criados, nodrizas y amos. El servicio doméstico en la formación del mercado de trabajo madrileño, 1758-1868*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1994.
- SASTRE IBARRECHE, R.:** *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.
- SCIARRA, S.:** “Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *TL*, núm. 62 (2001).
- SEMPERE NAVARRO, A.V.:** *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*, Akal, Madrid, 1982.
- “La preparación del contrato de trabajo”, *DL*, núm. 34, (1991).
- “Bases ideológicas de las normas laborales en la primera etapa nacionalsindicalista”, VV.AA. (Galán García, A. Coord.): *Intervención pública en las relaciones laborales*, Tecnos, Madrid, 2000.
- “Delito de tráfico de mano de obra”, VVAA (Sempere Navarro, A.V. Coord.): *Delito sancionador público del trabajo*, Colex, Madrid, 2001.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZUCONI, C.:** *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P.; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.:** *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005.
- SERRANO CARVAJAL, J.:** *La emigración española y su régimen jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.
- SERRANO FALCÓN, C.:** *Servicios Públicos de Empleo e Intermediación Laboral en las Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- “La intermediación laboral en los Servicios Públicos de Empleo (En la Unión Europea y en la Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre), en VV.AA. (Quesada Segura, R.): *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales. XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2004.
- SERRANO GARCÍA, J.M^a.:** *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valencia, 2002.
- SERRANO Y SERRANO, I.:** *El Fuero del Trabajo: doctrina y comentario*, Casa Martín, Valladolid, 1939.
- SERRANO TRIANA, A.:** *La utilidad de la noción de Servicio Público y la crisis del Estado Bienestar*, Madrid, MTSS, 1983.
- SEVILLA CORELA, M.:** “Intermediación en el mercado de trabajo. Un modelo de gestión pública integrada”, *REDT*, núm.94, marzo-abril, (1999).

- SIRVENT HERNÁNDEZ, .:** *El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.:** “Las Empresas de *outplacement* y la intermediación laboral”, *RL*, núm. 7, (2006).
- La política de colocación*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- SOETE, L.:** “Nuevas tecnologías, trabajo del conocimiento y empleo. Retos para Europa”, *RIT*, Vol. 120, núm. 2, (2001).
- SOL, E.:** “Employment Agencies: targeting on transitions: employment services in the Netherlands”, *23 Comp.Lab.L. & Pol’y J.*81, 2001.
- SOLDINI, D.:** “Le service public de l’emploi et le droit de la concurrence”, *Droit Social*, núm. 6, (2006).
- SOLER ARREBOLA, J.A.:** *La relación laboral especial penitenciaria*, Comares, Granada, 2000.
- SORO MATEO, B.:** *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Tecnos, Madrid, 2001.
- SPATTINI, S.; TIRABOSCHI, M.:** “Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione”, *VV.AA* (a cura di Olivelli, P.; Tiraboschi, M.): *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffré Editore, Milano, 2005.
- STIGLITZ, J.E.:** “Empleo, justicia social y bienestar”, *RIT*, Vol. 121, (2002).
- STOFFEL VALLOTTON, N.:** “El Espacio Económico Europeo: un ejemplo de integración diferenciada en las relaciones exteriores de la Unión Europea. La aplicación del acervo comunitario a terceros Estados”, *RDCE*, año 7, núm. 15, mayo-agosto (2003).
- SUAY RINCÓN, J.:** *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- SUPIOT, A.:** Transformaciones del trabajo y porvenir del Derecho Laboral en Europa. *RIT*, Vol.118, núm.1, (1999).
- TAJADURA TEJADA, J.:** *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Comares, 2ª edición, Granada, 2000.
- TERRADILLOS BASOCO, J.:** *Derecho Penal de la Empresa*, Trotta, Valladolid, 1995.
- TEMES MONTES, J.L.; GIL REDRADO, J.:** *Sistema Nacional de Salud*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- THOMAS, J.M.:** “Public employment agencies and unemployment spells: reconciling the experimental and nonexperimental evidence”, *50 Ind&Lab.Rel.Rev.*660, (1997).

- THUY, P.; HANSEN, E.; PRICE, D.:** *El servicio público de empleo en una sociedad cambiante*, Informes OIT, MTSS, 2001.
- TOHARÍA, L.:** “Las entradas y salidas del mercado: ¿qué hay que liberalizar?”, *Boletín Círculo de Empresarios*, núm. 57, (1997).
- Los efectos estadísticos de la implantación del SISPE”, *RESAE*, núm.11, febrero (2005).
- TOHARIA, L.; ALBERT, C.; CEBRIAN, I.; GARCÍA SERRANO, C.; GARCÍA MAINAR, I.; MALO, M.A.; MORENO, G.; VILLAGOMIZ, E.:** *El mercado de trabajo en España*, McGrawHill, Madrid, 1998.
- TÖNNIES, F.:** *Desarrollo de la cuestión social*, Barcelona, Labor, 1917.
- TORNOS MAS, J.:** “La reforma de la Administración Periférica del Estado”, VV.AA.: *La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas*, Generalitat de Cataluña. Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1997.
- TORRENTS MARGALEF, J.:** “La merecida normalización de la política social comunitaria”, *DL*, núm. 61, (2000-I).
- TORRES LÓPEZ, M.A.:** “El documento electrónico en las relaciones jurídico-administrativas: especial referencia a los actos de comunicación”, *RAP*, núm.55, (1999).
- TRIGO, J.:** “La reforma del INEM y el mercado de trabajo en España”, VV.AA.: “El mercado de trabajo español: reforma y creación de empleo”, *Círculo de Empresarios*, núm.57, diciembre, (1993).
- TRIGO GARCÍA, M^a.B.:** *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.
- TRINIDAD GARCÍA, M^a.; MARTÍN MARTÍN, J.:** *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- TULLINI, P.:** “Il Governo regionale del mercato del lavoro e l’ intervento dei privati”, VV.AA.: *I servizi per l’impiego tra pubblico e privato*, *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 22, (1999).
- TUSSET DEL PINO, P.:** *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- URÍA, F.:** *El outplacement: el éxito en la búsqueda de un nuevo empleo*, Pirámide, Madrid, 1995.
- URÍA, R.:** *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- US DEPARTMENT OF LABOR:** *Reemployment Services: a Review of their Effectiveness*, Abril, (1994)
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.:** “Las Directivas como instrumento de política social y su relación con el ordenamiento laboral español”, *RMTAS*, núm.17 (1999).

- VALDÉS ALONSO, A.:** “Tipología del trabajo autónomo”, *DL*, núm. 70, (2004-I).
- VALDÉS DAL-RÉ, F.:** “Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo”, *RPS*, núm. 117, Madrid (1978).
- “Política de Empleo y Protección por Desempleo en España: datos para una evaluación”, *DL*, octubre-diciembre, núm. 6, (1982).
- “Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral”, VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*. Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.
- “Colocación y mercado de trabajo”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984.
- “Los tribunales laborales en España y el Derecho Social comunitario: un diálogo emergente”, *AL*, (1993-III).
- “Ingreso al trabajo y colocación”, VVAA (Borrajó Dacruz, E. Coord): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*, Actualidad Editorial S.A., Madrid, 1995.
- “Reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (I, II)”, *RL*, núms. 15-16, (2002).
- “En los orígenes del reformismo social”, *RL*, núm. 1, (2004).
- “El carácter imperativo de la indemnización legal por despido (II)”, *RL*, núm. 4, febrero (2004).
- “El Derecho del Trabajo en la Segunda República”, *RL*, núm. 8, abril (2006).
- “Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional”, *RL*, núm. 19, octubre, (2006).
- VALENZUELA COSSÍO, B.; TARANCO SEGOVIA, M.:** “La reserva de puestos de trabajo para minusválidos”, *Estudios Financieros*, núm. 164, (1996).
- VALLE MUÑIZ, J.M.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.:** “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, VVAA (Quintero Olivares, G.; Director; Morales Prats, Coord): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- VALLE MUÑOZ, F.A.:** “La organización del sistema territorial italiano”, *TL*, núm.58, (2001).
- VALLECILLO GÁMEZ, M^a.R.:** “El modelo “real” de gestión del Servicio Andaluz de Empleo (SAE): ¿Dualismo o indefinición?, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2005.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R.; MOLINA NAVARRETE, C.:** “El régimen de estabilidad de la “Renta Activa de inserción” como subsidio no contributivo de Seguridad Social: ¿Realidad o pretensión? (Impacto jurídico y social del RD 1369/2006,

de 24 de noviembre)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 286, (2007).

VALTICOS, N.: *Derecho internacional del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1977.

VANDAMME, F.: “Movilidad de los trabajadores en la Unión Europea. Constataciones, asuntos en juego y perspectivas”, *RIT*, Vol. 119, (2000).

VAQUER CABALLERIA, M.: “Los servicios atinentes a la persona en el Estado social”, *Cuadernos de Derecho público*, núm.11, sept/dic. (2000).

- Los problemas de la contratación entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 8, (2005), www.iustel.com.

VAQUERO PINTO, M^a.J.: *El arrendamiento de servicios. Propuesta de un modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005.

VARELA AUTRÁN, B.: “Cesión de trabajadores considerada lícita. Configuración y efectos”, VV.AA. (Baylos Grau, Coord.): *Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, Madrid, CGPJ, 1995.

VARESI, P.A.: “Il nuovo sistema di collocamento e di servizi per l'impiego nella riforma del mercato del lavoro”, VV.AA. (a cura di Magnani, M.; Varesi, P.A): *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi, n.276/2003 e n. 251/2004*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

-“Servicios para el empleo y fomento de la reinserción al trabajo en el sistema italiano”, *RL*, núms. 15-16, (2007),

VERGARI, S.: “Collocamento e procedure: vecchie eredità e nuove prospettive”, VV.AA.: *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in *QDLRI*, num. 22, (1999).

VÉRICEL, M.: “la réorganisation du service public de l'emploi ou la difficile mise en oeuvre d'une réforme”, *Droit Social*, núm. 12, décembre, (2005).

VIDA SORIA, J.: “Consideraciones en torno al régimen jurídico del trabajo por tiempo determinado en la agricultura”, VV.AA. (Bayón Chacón; Sagardoy Bengoechea, Coords.): *La problemática laboral de la agricultura*, Colegio Universitario de San Pablo (CEU), Madrid, 1974.

-“La Reforma del marco normativo para la ordenación de las relaciones de trabajo”, en VV.AA.: *La incidencia del Mercado Laboral sobre la estructura, el empleo, y las condiciones del mercado de trabajo en Andalucía*, CARL, Sevilla, 1997.

-“Los acuerdos para la Estabilidad en el Empleo y la Negociación Colectiva de 1997, en el marco de las reformas del sistema normativo para las relaciones de trabajo”, *AL*, Tomo I, (1997).

VIDAL CARUANA, G.; VIDAL BENEYTO, G.: *Los nuevos contratos de trabajo*, CISS, Valencia, 1994.

VIER, C.L.: “La bourse du travail de Paris”; *Droit Social*, núm.2, février (1971).

VIGNEAU, C.: “Employment Agencies: Temporary Agency Work in France”, 23 *Comp.Lab.L. & Pol’y J.*, (2001).

VIVER I PI-SUNYER, C.; BALAGUER CALLEJÓN, F.; TAJADURA TEJADA, J.: *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

VILLA FERNÁNDEZ, N.: “Situación laboral de las personas con discapacidad en España”, *REDSI*, núm.1, marzo (2004).

VILLAR EZCURRA, J.L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.

VILLAR PALASÍ, J.L.: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975.

VILLAR PALASÍ, J.L.; VILLAR EZCURRA, J.L.: *Principios de Derecho Administrativo*, Universidad Complutense, Madrid, 1982.

VILLAR ROJAS, F.J.: *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límite*, Praxis, Barcelona, 1996.

VIOLA, F.: *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milan, 1990.

-De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea, Comares, Granada, 1998.

VÍRGALA FORURIA, E.: “Servicios Públicos y Servicios de interés económico general en la UE (art. 86.2 TCE)”, *REE*, núm.27, Ene/Abr (2001).

VV.AA.: *Manual práctico de colocación obrera*, Editorial Emilio García Enciso, Pamplona, 1934.

VV.AA.: *Servicios Regionales de Empleo: Estudios de caso de Cataluña*, Instituto de Desarrollo Regional, Sevilla, 2002.

VV.AA. (Alcaín Martínez, E.; González-Badía, J.; Molina Fernández, C. Coords.): *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2006.

VV.AA.: (Alonso Rivas, J.; López Quero, M): *Los COIE de las Universidades Madrileñas*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1983.

VV.AA. (Balaguer Callejón, F. Director): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

VV.AA. (Coque Martínez, J., Pérez Fernández, E. Dirección): *Manual de creación y gestión de empresas de inserción social*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2000.

- VVAA.** (Elordi Dentici, A.; Del Rey Guanter, S.; Serrano Martínez, I.E.; Gala Durán, C.): *Trabajo, temporalidad y Empresas de Trabajo Temporal en España*, Aget, Madrid, 2001.
- VV.AA.** (Illescas Ortiz, R.; Moreira González, C.J, Directores): *Derecho comunitario Económico*, (Vol. I), Colex, Madrid, 2001.
- VVAA.** (Molina Navarrete, C. Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, CARL, Sevilla, 2007.
- VV.AA.** (Nuñez-Samper Macho-Quevedo, A. Director): *Empleo*, Consejo Social de la Organización Sindical Española, Madrid, 1959.
- VV.AA.:** (Muñoz Machado, S.; García Delgado, J.L.; González Seara, L., (Coords): *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 2002.
- VVAA.** (Pendás García, B.): *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis Barcelona, 1993.
- VV.AA.:** (Rodríguez-Piñero Royo, M., Coord.): *El impacto de las Empresas de Trabajo Temporal en España: de la legalización a la reforma*, Tecnos, Madrid, 2000.
- VVAA** (Rodríguez-Piñero Royo, M. Director; Morales Ortega, J.M.; Calvo Gallego, F.J.: Coords.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Tecnos, Madrid, 2003.
- VVAA** (Sosa Wagner, F., Coord): *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, Tomo I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- VVAA** (Sempere Navarro, A.V. Director): *Los contratos de trabajo temporales*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- La Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Aranzadi, Pamplona, 2006.
- VV.AA.** (Saragosà i Saragosá, J.V., Coord.): *Derecho del Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- VV.AA.** (Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.): *Manual de Derecho del Trabajo*, última edición en Comares, Granada, 2003.
- VV.AA.** (Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J.L.; García Valverde, M. Coords.): “Los Servicios Públicos de Empleo”, en VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2005.
- VV.AA.** (Suárez-Mira Rodríguez, C. Coord): *Manual de Derecho Penal*, Tomo II, Parte Especial, Thomson, Civitas, 2004.
- VV.AA.:** *La Reforma de los Estatutos de Autonomía*, Revista Jurídica de Castilla y León, Valladolid, 2003.

VV.AA.: *La República de los Trabajadores. La Segunda República y el mundo del trabajo*, Editor Julio Arostegui, Madrid, 2006.

WATT, G.: “En apoyo de la empleabilidad. Guías de buenas prácticas en materia de orientación y asesoramiento sobre empleo”, Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, Luxemburgo, 1999.

WEISS, M.; ROJOT, J.: “L`outplacement: osservazioni sull`esperienza tedesca e francese”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 1, (1999).

ZOPPOLI, L.: “Attività pubblica di collocamento e mediazione dei privati”, *Revista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, suplemento núm. 3, (1999).

INTERNET

-**AEPD.:** *Selección de personal a través de Internet. Plan de Inspección de Oficio. Informe de conclusiones y Recomendaciones*, 17 de noviembre de 2005, www.aepd.es

-**AMUTIO GÓMEZ, M.A.:** “Los servicios paneuropeos de Administración electrónica”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 2 (2006), <http://www.uoc.edu/idp/dt/esp/amutio.html>

-**APARICIO, S.; BERENGUER, P.; RAU, V.:** “Modalidades de intermediación en los mercados de trabajo rurales en Argentina”, *Cuadernos de Desarrollo Rural*, núm. 53, (2004), <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/117/11705305.pdf>

- **CEACR:** “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 88, Servicio del Empleo, 1948 España (ratificación: 1960) Envío: 1994; “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 88, Servicio del empleo, 1948 España (ratificación: 1960) Envío: 1995, febrero”; “Observación individual sobre el Convenio núm. 88, Servicio del empleo, 1948, España (ratificación: 1960) publicación: 2000”; “Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88) España (ratificación: 1960) Envío: 2006”; “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 9, Colocación de la gente de mar, 1920 España (ratificación: 1931) Envío: 1999”; “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, España (ratificación: 1971) Envío: 1992”; “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: 1993”; “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: 2000”; “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 96, Agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 España (ratificación: 1971) Envío: 1994; “Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 181, Convenio sobre las Agencias de empleo privadas, 1997 España (ratificación: 1999) Envío: 2003”; “Solicitud directa

individual sobre el Convenio núm. 181, Agencias de empleo privadas, 1997 España (ratificación: 1999) Envío: 2005”.

-www.cear.es

-www.ces.es Informe 5/1995 sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación, de 26 de octubre de 1995.

-Dictamen 7/1998, al Anteproyecto de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 1999, de 30 de septiembre de 1998.

-Informe 1/2001 sobre la Movilidad Geográfica, de 26 de enero de 2000.

-Informe 2/2004 sobre la Inmigración y el mercado de trabajo en España, de 28 de abril de 2004.

-Dictamen 7/2002 de 24 de junio sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo, CES, Madrid, 2002.

-Informe 1/2005 sobre Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo, de 26 de enero de 2005.

-www.ces.es/centenario/irs.htm “El Instituto de Reformas Sociales (1903-1924)

-**COMISIÓN EUROPEA:** Joint Staments of the European Public Employment Services (PES) on their Role in the Labour Market; y working papers on the contributions of Public Employment Services (PES) to combating long-term unemployment and local development,septiembre-2001,
http://europa.eu.int/comm./employment_social/publications/2001_es.html

-**EURES.:** Fundamento jurídico: una recopilación de textos que constituyen el fundamento jurídico de EURES.
http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2004/ke5603271_es.pdf

-**FERNÁNDEZ VILLARINO, R.:** “La aplicación de las tecnologías de la infocomunicación en los actos de empleo de las empresas a propósito del Real Decreto 1424/2002, por el que se regula la comunicación de los contratos de trabajo a los Servicios Públicos de Empleo”, www.derecho.com,
<http://v2.vlex.com/es/ppu/doctrina/fuente29>;
<http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/contenido.htm>

-**FUERTES DÍAZ.:** “Bolsa de trabajo en Internet”, www.rrhh.net/art10514.htm
<http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/contenido.htm>

-**GOMEZ-MILLÁN HERENCIA, M^a.J.:** “Ayudas públicas para empleo y límites del derecho comunitario en la regulación de la libre competencia”,
www.aedtss.com/XVICONGRESO.htm

-www.ilo.org

-www.infojobs.net

-**GÓMEZ SÁNCHEZ, V.**: “La intermediación laboral pública en España: una perspectiva comparada”, Revista *Circunstancia*, núm.4, mayo (2004), pág. 11, www.ortegaygasset.edu/circunstancia/numero4/art2_imp.htm

-**MARTÍNEZ, A.**: “Outplacement: la mejor arma para superar el trauma de un despido”, www.expansion.com

-**MARTÍNEZ FONS, D.**: “Los efectos de la normativa comunitaria relativa a las ayudas de Estado sobre las políticas de empleo en los procesos de reestructuración empresarial”, www.aedtss.com/XVICONGRESO.htm

- **MAZZA, J.**: “Servicios de intermediación laboral: un análisis de los países de América Latina y el Caribe”, www.iadb.org/sds/doc/socintermediacion.pdf

- **MONTALVO CORREA, J.**: “Del IRS al CES, un siglo de investigación”.

-www.fifa.com

-www.mde.es

-www.mtas.es

-**OJEDA AVILÉS, A.**: *Respuestas sindicales a la mundialización: el caso español*, Organización Internacional del Trabajo, 2000 www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/papers/2000/dp114/

-**SÁNCHEZ SALDAÑA, K.**: “Acerca de enganchadores, cabos, capitanes y otros agentes de intermediación laboral en la agricultura”, Revista *Estudios Agrarios*, núm. 17, (2001), <http://www.pa.gob.mx/publica/pdf/pa071705.pdf>

- **SERRANO OLIVARES, R.**: “La Propuesta de Directiva Bolkestein: ¿es razonable la alarma política y sindical suscitada?”, *Ius Labor*, núm. 5, (2005), www.upf.edu/iuslabor/022005/art01.htm

-**SOMOZA ALBARDONEDO, F.**: *El Estatuto de los Trabajadores. Textos legales y Comentarios*, MTSS, Madrid, 1982.

-**SOTELO, H.**: “La normativa en materia de empleo privado de las personas con discapacidad: apuntes sobre la situación de la Unión Europea”, *Boletín del Real Patronato de Discapacidad*, núm. 53, ([Http://www.rpd.es/boletin/bol53/e-normativa.pdf](http://www.rpd.es/boletin/bol53/e-normativa.pdf))

-www.trabajo.org

-www.todotrabajo.com

-www.wapes.org

ABREVIATURAS

ADL Agencias de Desarrollo Local	CESE Comité Económico y Social Europeo
AECO Asociación Española de Consultoras de Outplacement	CIA Centro de Información Administrativa
AEP Agencias de Empleo Privadas	CIME Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas
AEPD Agencia Española de Protección de Datos	DB Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como <i>Directiva Bolkestein</i>
AESEDP Asociación Estatal de Empresas de Selección, Evaluación y Desarrollo de Personal	DGOM Dirección General de Ordenación de las Migraciones
AI Agente de la Intermediación	DL Revista Documentación Laboral
AL Revista Actualidad Laboral	DOCE Diario Oficial de las Comunidades Europeas
AMSPE Asociación Mundial de Servicios Públicos de Empleo	EECC Entidades Colaboradoras
AS Revista Aranzadi Social	EEE Espacio Económico Europeo
BOA Boletín Oficial de Aragón	EOPC Empresa de <i>Outplacement</i>
BOE Boletín Oficial del Estado	ET Estatuto de los Trabajadores
CARL Consejo Andaluz de Relaciones Laborales	ET 80 Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores
CCo Convenio de Colaboración	ETT Empresas de Trabajo Temporal
CDFUE Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000	EURES European Employment Service
CeEE Centro Especial de Empleo	FEMP Federación Española de Municipios y Provincias
CEACR: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones	FIP Plan de Formación e Inserción Profesional
CEAR Comisión Española de Ayuda al Refugiado	IEE Instituto Español de Emigración
CERMI Comité Español de Representantes de los Minusválidos CES Consejo Económico y Social	INEM Instituto Nacional de Empleo creado por Real Decreto-Ley 36/1978

INP Instituto Nacional de Previsión

IRS Instituto de Reformas Sociales

JL Revista Justicia Laboral

LBE Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo

LCAP Ley 113/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas

LCO Ley 27 de noviembre de 1931 sobre Colocación Obrera

LCOF Ley de 10 de febrero de 1943 de Colocación Obrera (Franquismo)

LCT Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

LE Ley 56/2003, de Empleo, de 16 de diciembre

LECEX Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior

LGSS Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

LISOS 88 Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social

LOPD Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal

LOPS Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias

LRL Ley 16/76, de 8 de abril, de Relaciones Laborales

MAP Ministerio de Administraciones Públicas

MTAS Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

FIFA *Fédération Internationale de Football Association*

GJUEC Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia

INEM Instituto Nacional de Empleo

ISM Instituto Social de la Marina

JONS Juntas de Ofensiva Nacional-Sindicalista

LEBEP Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público

LISMI Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos

LMFAS/00 Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social

LMRFP Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública

LOGP Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

LOIMH Ley Orgánica 7/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

LOPD Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal

LOEx LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

MTSS Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social

MOP Mano de Obra Precolocada

OATPFE Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo

- OE** Oficina de Empleo
- OECD** *Organisation for economic co-operation and development*
- OIT** Organización Internacional del Trabajo
- OM** Orden Ministerial
- ONCE** Organización Nacional de Ciegos Españoles
- OOMM** Órdenes Ministeriales
- OPEA** Centros Colaboradores de Orientación para el Empleo y el Autoempleo
- OTP** Organización de Trabajadores Portuarios
- PCE** Proyecto de Constitución Europea
- PDB 1** Propuesta de Directiva *Bolkestein* (año 2004)
- PDB 2** Propuesta de Directiva *Bolkestein* (año 2006)
- LETA** Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo
- PPI** Plan Personalizado de Inserción
- RAE** Revista Asturiana de Economía
- RAI** Renta Activa de Inserción
- RAP** Revista de Administración Pública
- RCO** Reglamento para la aplicación de la Ley de 27 de noviembre de 1931 sobre Colocación Obrera.
- RCOF** Reglamento de Colocación Obrera, Decreto de 9 de julio de 1959 (Franquismo)
- RD** Real Decreto
- RDAC** Real Decreto 735/1995 por el que se regulan las Agencias de Colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el Empleo
- RDCE** Revista de Derecho Comunitario Europeo
- RDUE** Revista de Derecho de la Unión Europea
- REE** Revista de Estudios Europeos
- REDA** Revista Española de Derecho Administrativo
- REDE** Registro de Demandantes de Empleo en el Exterior
- REDI** Revista Electrónica de Derecho Informático
- REDT** Revista Española de Derecho del Trabajo
- RESAE** Revista de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo
- REM** Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar
- REx** Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
- RGIPP** Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por RD 364/1995, de 10 de marzo
- RIT** Revista Internacional del Trabajo
- RJCA** Repertorio de Jurisprudencia contencioso-administrativo

RJDE Revista jurídica de Deporte y Entretención

RL Revista Relaciones Laborales

RMTAS Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

RPS Revista de Política Social

RSS Revista de Seguridad Social

RT Revista de Trabajo

RVAP Revista Vasca de Administración Pública

SAP Sentencia Audiencia Provincial

SEAF Servicio de Empleo y Acción Formativa

SEDOC Sistema Europeo de difusión de ofertas y demandas de empleo registradas en compensación internacional

SISPE Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo

SIPEs Servicios Integrados para el Empleo

SNE Sistema Nacional de Empleo

SPE Servicio Público de Empleo

SPEE Servicio Público de Empleo Estatal

SPEA Servicio Público de Empleo Autonómico

SSIG Servicios Sociales de Interés General

SSIL Servicios Sociales de Apoyo a la Integración Laboral de personas con discapacidad

STPICE Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea

STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TGSS Tesorería General de la Seguridad Social

TL Revista Temas Laborales

TRADE Trabajador Autónomo Dependiente

TRLCAP Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

TRLISOS Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

TS Revista Tribuna Social

VV.AA. Varios Autores