

EL NUEVO REGIMEN JURIDICO DE LA COLOCACION DE TRABAJADORES

Por JESÚS CRUZ VILLALÓN *

SUMARIO: I. Alcance y orientación de la reforma: 1. Breve bosquejo histórico.-2. Aproximación a las causas determinantes de la actual etapa de los Servicios de Empleo.-II. El nuevo régimen de las oficinas públicas de colocación: 1. Intervención directa en la colocación.-2. Competencias de vigilancia y control.-III. Las agencias de colocación sin fines lucrativos: 1. Consideraciones generales.-2. La autorización administrativa.-3. La remuneración sin fines lucrativos.-4. La actividad de mediación en la colocación.-5. El control administrativo.-IV. Las empresas de selección de trabajadores.

I. ALCANCE Y ORIENTACION DE LA REFORMA

Uno de los elementos centrales de la reforma del mercado de trabajo en curso en nuestro ordenamiento afecta al proceso de colocación, singularmente en lo que se refiere a la labor de intermediación de entidades públicas y privadas en el acercamiento entre la oferta y la demanda de trabajo. La novedad formalmente más significativa puede cifrarse en la pérdida de la exclusividad por parte del Servicio Público de Empleo en la intervención en el momento de la contratación de los trabajadores, lo que se materializa básicamente a través de tres cambios: a) la permisión generalizada de la contratación directa por las empresas, sin la intervención del INEM; b) la admisión de la existencia de las agencias de colocación sin fines lucrativos; y c) la legalización de las Empresas de Trabajo Temporal (1).

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz.

(1) Cfr., arts. 1 y 2 Ley 10/1994, de 19 de mayo (BOE 23 de mayo), sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, en adelante LMUFO, que no hace sino proceder a convertir en Ley ordinaria su antecedente casi literal del Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre (BOE 7 de diciembre), de igual denominación. El desarrollo por lo que se refiere a las ETT en la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Para los aspectos sancionadores de las infracciones de carácter administrativo, arts. 20 ss. Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE 23 mayo). Con carácter general, cfr., M.E. CASAS BAAMONDE y M.C. PALOMEQUE LOPEZ: «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo». *RL* nº 5-6 (1994), págs. 10 ss. L.M. CAMPS RUIZ: *La reforma del mercado de trabajo. El nuevo régimen jurídico de la*

1. Breve bosquejo histórico

Para poder adivinar la profundidad efectiva de la presente reforma resulta imprescindible comenzar por recordar, si bien sea en términos bien esquemáticos, lo que ha sido la evolución de la regulación jurídica en esta materia. A tal efecto, cabría distinguir cuatro grandes fases históricas, que si bien quedan perfectamente reflejadas en el ordenamiento laboral español, no resulta difícil identificar también en el resto de los países de nuestro entorno (2).

Así, en un primer momento, comienzan a extenderse ciertas empresas privadas de colocación, salvando que el grueso de la contratación laboral entonces se desarrollaba por medio de contactos directos e informales entre empresarios y trabajadores a través de los diferentes canales de conocimiento personal, familiar e incluso profesional. Agencias privadas en las que primaba el fin lucrativo de obtención de un rendimiento económico mediante la exigencia de altas cuotas o tarifas sobre todo a los trabajadores, que producen notables distorsiones en el mercado de trabajo con significativos perjuicios para la población asalariada (3). Desde el punto de vista jurídico, la situación se caracteriza por su anomia legislativa, de modo que estas agencias actuaban, sin ningún tipo de cortapisas ni controles públicos, sobre la base del Derecho Civil, que les permite su constitución a partir del reconocimiento de la libertad de la iniciativa económica privada y de la celebración de todo tipo de contratos que no vayan contra ley, la moral o el orden público. En esta primera etapa, tal situación sólo se ve contrarrestada por la aparición incipiente de ciertas instituciones de carácter privado o semipúblico que intentan facilitar la contratación de trabajadores sin pretender obtener un lucro por la prestación de este servicio de intermediación (4), o bien de teóricas Oficinas Públicas de Colocación que en la

(2) Para una descripción completa del panorama comparado en el momento actual, Lord W. WEDDERBURN OF CHARLTON: «La disciplina del mercado del lavoro nei paesi europei». *RIDL*. 1986 (1), págs. 647-ss. T. SALA FRANCO: *La libertad empresarial de contratación*. Madrid, 1980, págs. 77 ss; del mismo autor, «El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa», en AA.VV. *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*. Madrid, 1987, págs. 34 ss.

(3) Por todos, A. OJEDA AVILES: «Los servicios de empleo en España», *RSS* nº 15 (1982) y 17 (1983), pág. 301.

(4) Real Decreto de 12 de junio de 1919 (Gaceta 13 junio), de constitución de Bolsas de Trabajo en las Cámaras Agrícolas. Real Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926 (Gaceta de 27 de noviembre), sobre la Organización Corporativa Nacional, art. 17.4: «Serán atribuciones de los Comités Paritarios locales e interlocales... Organizar Bolsas de Trabajo para procurar en todo momento dar ocupación a los obreros parados, a cuyo efecto llevarán un Censo profesional de los patronos y obreros que existan de su ramo en la localidad, pudiendo establecer un documento que acredite la incorporación en el Censo de estos últimos». En todo caso, la impresión es que la actuación de los Comités fue muy pequeña. cfr. A. GALLART FOLCH: *Derecho español del*

mayoría de las ocasiones no pasaron del papel impreso de la Gaceta de Madrid (5).

La insuficiencia de este tipo de Bolsas de Trabajo, junto a los abusos de las agencias privadas en su posición contractual de preeminencia, condujo, en una segunda fase, a introducir mecanismos de intervención estatal directa en el proceso de colocación, si bien partiendo del reconocimiento de la plena libertad de trabajadores y empresarios de hacer o no uso de estos nuevos servicios públicos de colocación. Como se ha señalado con gran acierto, «si dichas oficinas son imprescindibles y si la gestión mercantil de las mismas daba lugar a fenómenos de especulación o abuso en perjuicio de la parte más débil en la contratación laboral (retribuciones leoninas que consistían a veces en porcentajes de los salarios), lo lógico era sustraer progresivamente a la iniciativa privada esta actividad mediadora, implantando en su lugar un servicio público encargado de la misma» (6).

En nuestro país la norma que podría identificarse como paradigma de este nuevo período de evolución sería la Ley Republicana de 1931 (7), que procede a organizar la colocación obrera bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo, surgiendo por primera vez como una organización de carácter «nacional, pública y gratuita»; en paralelo, la misma norma procedía también por primera vez a prohibir las «empresas comerciales de colocación y las agencias de pago» (8). La manifestación de la libertad de intermediación se expresaba en el hecho de que la única obligación impuesta a trabajadores y empresarios era la de notificar las contrataciones celebradas «al sólo efecto de las estadísticas», sin imponerle deber alguno de acudir con carácter previo a las Oficinas de colocación (9). Bien

(5) Decreto de 25 de mayo de 1917, que crea en el Ministerio de Fomento una «oficina central de colocación». Más adelante, la Orden Ministerial de 29 septiembre 1920 (Gaceta 1 de octubre), estableció el servicio de colocación en España. Cfr. A. OJEDA AVILES: «Los servicios de empleo...», op. cit., págs. 314 ss. Por su parte, el Convenio nº 2 OIT, ratificado por España el 13 julio 1922 (Gaceta 15 julio), obligaba a establecer un sistema de agencias no retribuidas públicas de colocación (art. 2).

(6) A. MARTIN VALVERDE: «Oficinas de colocación», voz en la *Enciclopedia Jurídica Seix*, pág. 417. En parecidos términos, J.I. GARCIA-NINET: «La colocación en la Ley Básica de Empleo», *RSS* nº 12 (1981), pág. 118.

(7) Ley de 27 noviembre de 1931 (Gaceta de 28 de noviembre), de colocación obrera, en particular arts. 1 y 13. Cfr. A. MARTIN VALVERDE: «Estudio preliminar», en AA.VV., *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, pág. XCIII. A. MONTOYA MELGAR: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Madrid 1992, págs. 226-227. A. GALLART FOLCH: *Derecho español...*, op. cit.

(8) Esta prohibición vino reforzada por la ratificación por España el 29 marzo de 1935 (Gaceta 31 marzo), del Convenio nº 34 de la OIT, sobre agencias retribuidas de colocación. De similar orientación era el Convenio nº 9 OIT, sobre colocación de gente de mar, ratificado por España el 23 febrero 1931 (Gaceta 11 marzo 1931).

(9) Frente a ello, sin embargo, se producirán importantes excepciones con tendencia a

ilustrativo de la filosofía de la época era el Reglamento de desarrollo del anterior, cuando con el rancio lenguaje filantrópico de la época llega a explicitar que «Habrán de ser, por tanto, los mismos Registros y oficinas quienes, por la acertada orientación que sigan y los útiles rendimientos que logren, se ganen la confianza de las partes interesadas, produciéndoles el convencimiento de que les será provechoso servirse de los organismos oficiales de colocación» (10).

En una tercera etapa, el legislador pretendería diseñar un modelo de mayor intervencionismo por parte de la Administración en el proceso de colocación, de modo que los correspondientes Servicios Públicos de Empleo pasarán, de tener un papel meramente pasivo como en la fase precedente, a desarrollar una política activa de intermediación en el mercado de trabajo, ampliando su abanico competencial. Ello comportará la plena introducción del monopolio de los Servicios Públicos en el proceso de colocación, junto a la atribución de competencias complementarias dirigidas a facilitar la integración de los trabajadores en el mercado de trabajo: desarrollar programas de formación profesional ocupacional, apoyar la movilidad ocupacional y geográfica del trabajador, explorar el mercado e informar sobre las colocaciones posibles, distribuir las ocasiones de empleo de manera equitativa, la concentración en los grupos sociales con acentuadas dificultades en el acceso al empleo o en la recolocación tras la pérdida de un puesto de trabajo, etc. (11). A partir de ahora, el Servicio de colocación no se concebirá exclusivamente como un mero mecanismo de información al servicio de empresarios y trabajadores, que les facilite un mejor conocimiento de la situación del mercado de trabajo, permitiendo el acercamiento entre oferta y demanda de trabajo, sino que más allá de ello se convertirá en un útil instrumento de fomento de la política de empleo de los poderes públicos. Ello permitirá una actuación más incisiva del Estado en el proceso de colocación, sirviendo de impulso a un objetivo de pleno empleo y, sobre todo, de superación de ciertas trabas para aquellos grupos de trabajadores con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo.

de los remitidos por la oficina de colocación; por ejemplo, por ese mismo periodo se declarará obligatorio «circunstancialmente» para patronos y obreros agrícolas acudir a los Registros de colocación con los avisos de puestos vacantes o de falta de trabajo (Decreto de 26 de marzo de 1936. Gaceta 27 de marzo), de colocación de obreros agrícolas: Cfr. A. MARTIN VALVERDE: «Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola», en la revista *Agricultura y Sociedad*, nº 3 (1977). También a través de las Bases de Trabajo de los Jurados Mixtos se incorporarán fórmulas de contratación obligatoria, si bien la Orden de 26 de septiembre de 1933 (Gaceta 28 septiembre), llegará a declarar la nulidad de tales cláusulas.

(10) Decreto de 6 de agosto de 1932 (Gaceta 13 agosto), Reglamento de colocación obrera.

(11) F. VALDES DAL-RE: «Servicios Públicos de Empleo y contratación laboral», en AA.VV. (E. Borrajo coord.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IV, Madrid 1987, pág. 100.

La norma de referencia de esta época sería la Ley de Colocación de 1943 (12), que se mantendría vigente hasta la entrada en vigor de la Ley Básica de Empleo en 1980. Los elementos más significativos de diferenciación con el período precedente se cifran en dos. De un lado, a partir de ahora se sería mucho más tajante en la prohibición de las agencias de colocación, pues la misma abarcaría a todas ellas, «de cualquier clase» que fueran, no limitándose sólo a proscribir a las lucrativas (13); ello se completaría con la neta prohibición de los fenómenos de prestamismo laboral, «cualquiera que sean los convenios, pactos o estipulaciones que al efecto se concierten» (14). De otro lado, se procedería a introducir la obligatoriedad para las empresas de solicitar de las Oficinas de Colocación los trabajadores que necesiten, que vendría completada con la obligación de los propios trabajadores de inscribirse en la Oficina de colocación cuando hayan de solicitar ocupación. Ello obligaba a las empresas a efectuar la búsqueda de trabajadores por mediación del Servicio Público, prohibiéndose de forma implícita la contratación directa (15); a tal efecto se llegan a establecer sanciones

(12) Ley de 10 de febrero de 1943 (BOE 2 marzo), en particular arts. 3 y 5. Cfr. M. PALANCAR: «El reglamento de colocación de 1959 y el Derecho del Trabajo», *RDT* nº 35 (1959), págs. 78 ss. J.M. SANCHEZ-CERVERA SENRA: «Colocación y empleo», en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, 1977, págs. 133 ss. F. VALDES DAL-RE: «Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo», *RPS*, nº 117 (1978), págs. 33 ss. J.I. GARCIA-NINET: «La colocación en la Ley...», op. cit., págs. 117 ss.

(13) La regla se vería completada con la ratificación de dos importantes Convenios de la OIT: el número 88, sobre Servicio de Empleo, ratificado el 14 de enero de 1960 (BOE 11 enero 1961), y el número 96, sobre Agencias Retribuidas de Colocación, ratificado el 29 de marzo 1971 (BOE 23 mayo 1972). Esta prohibición omnicompreensiva se mantendría con la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Ley 16/1976, de 8 de abril, BOE 21 de abril, art. 12.2, que llegaría a incluir dentro de la prohibición a las agencias para el servicio doméstico), así como con el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Básica de Empleo de 1980.

(14) Cfr. Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952. No deja de ser curioso que esta norma justificaba la prohibición de la cesión de trabajadores en el hecho de que lo contrario podría provocar la aparición de «auténticas oficinas clandestinas de colocación». Esta norma vendría sustituida sucesivamente por el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre (BOE 4 enero), art. 19 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el art. 43 ET. Cfr. A. MARTIN VALVERDE: «Interposición y mediación en el contrato de trabajo. Análisis del Decreto 3.677/70, de 17 de diciembre». *RPS*, nº 91 (1971). M. RODRIGUEZ-PIÑERO: «Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia», en AA.VV., *Estudios en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980. J. GARCIA MURCIA: «Cesión de trabajadores», en AA.VV. (Borrajo Dacruz coord.), *Comentarios a las leyes laborales*, tomo VIII, 2ª edición, Madrid 1988; del mismo autor, «El trabajo en las contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, nº 130 (1981).

(15) Sólo se admitirían supuestos especiales de contratación directa en el Reglamento de Colocación de 9 de julio de 1959: personal eventual de menos de cinco días, cónyuge y parientes del empresario, directivos, personal técnico oficialmente colegiado y

administrativas, contractuales e incluso penales a la trasgresión de esta prohibición (16). En todo caso, conviene recordar que el modelo español siempre se ha mantenido dentro de las coordenadas de respeto a la libertad de contratación del empleador, por cuanto que la obligatoriedad de solicitud a las Oficinas de Colocación podía cumplirse con posterioridad al acto real de selección del trabajador idóneo a juicio del empleador y formulando así una solicitud nominativa 'a posteriori'; e incluso si se procedía a realizar una solicitud genérica, el Servicio de Colocación se limitaba a remitir un listado de trabajadores demandantes de empleo, dejando plena libertad al empresario para seleccionar al trabajador a contratar; más aún, nunca llegó a considerarse que la contratación ilícita al margen de las Oficinas de Empleo provocara la nulidad del contrato de trabajo (17), sino tan sólo como hemos indicados sanciones administrativas y, en su caso, de estabilidad contractual.

En algunos países europeos, caso paradigmático era el de Italia en el pasado, la normativa llegó a ser más incisiva, contemplando un mecanismo de asunción obligatoria por el que el requerimiento empresarial había de ser necesariamente genérico y el Servicio Público de Empleo remitía a la empresa el concreto trabajador a contratar (18). Frente a este modelo, el sistema español insistimos siempre se ha mantenido en el terreno de la intermediación activa por parte del Servicio Público, pero sin llegar a establecer fórmulas de limitación directa de la libertad de selección por parte de la empresa en el momento de la contratación (19). Desde este punto de vista el sistema español hasta el presente se ha identificado con el generalizado en la mayoría de los ordenamientos laborales, basado en el principio francés de «monopole de placement, mais liberté d'embauchage» (20).

- (16) Las sanciones administrativas típicas lo eran a través del ejercicio de la potestad sancionadora de la autoridad laboral. Por lo que se refiere a las contractuales, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 llegaría a atribuir la condición de trabajadores fijos a quienes «no hayan sido admitidos por la empresa a través de la Oficina de Empleo correspondiente» (art. 19.3); idem Decreto 3.677/1970, de 17 de diciembre; aunque la jurisprudencia interpretaría esta regla como mera presunción «iuris tantum». Las sanciones penales derivaban de la tipificación en el art. 499 bis del delito contra la estabilidad en el empleo. SANCHEZ-CERVERA SENRA, «Colocación y empleo...», op. cit., págs. 151-152. T. SALA FRANCO. *La libertad empresarial...*, op. cit., pág. 92.
- (17) PALANCAR, El Reglamento de colocación..., op. cit., pág. 80. T. SALA FRANCO, *La libertad empresarial...*, op. cit., pág. 92.
- (18) Cfr., por todos, LISO, F.: «Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella Legge n° 223/1991». *RGL*, n° 1 (1993), págs. 5 ss. P. ICHINO: «Diritto al lavoro e collocamento nella giurisprudenza costituzionale», *GDLRI*, n° 37 (1988), págs. 1 ss.
- (19) La única excepción digna de reseñar se encontraría en la actividad de estiba y desestiba, donde el sistema especialísimo de contratación conduce a una fórmula de selección externa de los trabajadores a los que se da ocupación, limitándose notablemente desde este punto de vista la libertad empresarial de contratación.
- (20) La expresión en WEDERBURN, «La disciplina...», op. cit., pág. 649. Para la descripción de las características generales del sistema español, por todos,

En una cuarta fase, se produce un punto de inflexión, a partir del cual se observa una pretensión de reequilibrio en el reparto competencial entre los objetivos asignados a los Servicios Públicos de Empleo y el juego atribuido a la iniciativa privada de intermediación en la colocación. A partir de un cierto momento, comienzan a desaparecer las hasta entonces generalizadas desconfianzas a todo tipo de actuación de las agencias privadas en el proceso de colocación, si bien ello se efectúe sin alterar las bases hasta ahora presentes de la centralidad de los Servicios Públicos. A estos efectos no se pretende abandonar el rol activo de intermediación pública en la colocación, si bien se viene a admitir que éste no llegue a abarcar a la totalidad de los mercados de trabajo y, en consecuencia, a establecer una diversificación de actuaciones entre lo público y lo privado (21).

Este punto de inflexión, por lo que se refiere a nuestro país, puede situarse su inicio en el año 1980 con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores y la Ley Básica de Empleo (22). Las innovaciones centrales de estas normas se situarán en los siguientes datos. En primer lugar, la aparición de diferentes excepciones a la regla general de la obligatoriedad de solicitar al Instituto Nacional de Empleo (INEM) los trabajadores que necesiten: cuando no exista Oficina de Empleo en la localidad (art. 16.1 ET), cuando se lleven a cabo convocatorias públicas para celebrar pruebas objetivas para proceder a la contratación de trabajadores (23), o bien cuando se trate de constituir ciertas relaciones laborales especiales (deportistas profesional (24), servicio doméstico (25), altos cargos (26), cualquier relación especial cuando el empleador fuera una Administración Pública -art. 42.5 LBE-, incluidos los civiles no funcionarios al servicio de establecimientos militares (27)). Con ello, se abre la vía a la contratación directa por parte de las

- (21) Para algunos este periodo llegará a valorarse como tendencia a «liberalizar al máximo» o «desmovilizar» la utilización del servicio público de empleo. Cfr. VALDES DAL-RE, «Servicios públicos...», op. cit., págs. 218 y 230. GARCIA-NINET, «La colocación en la Ley...», op. cit., pág. 120.
- (22) Cfr., por todos, VALDES DAL-RE, «Servicios públicos...», op. cit., págs. 196 ss. OJEDA AVILES, A.: «El procedimiento de colocación revisitados». *REDT*, n° 14 (1983), págs. 203 ss.; del mismo autor. Los servicios de empleo..., op. cit., GARCIA-NINET, «La colocación en la Ley...», op. cit., págs. 135 ss.
- (23) Esta excepción se introducirá en el año 1986, por medio del RDL 1/1986, de 4 de marzo (BOE 26 marzo), de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales. Entre ellas se incluyen las ofertas de empleo del personal al servicio de la Administración del Estado, reguladas por el art. 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (BOE 3 de agosto), de medidas de reforma de la función pública, modificado por el art. 15 de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre (BOE 31 diciembre), de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de protección por desempleo.
- (24) RD 1006/1985, de 26 de junio (BOE 27 junio) art. 3.3.
- (25) RD 1424/1985 de 1 de agosto (BOE 13 agosto) art. 5.
- (26) RD 1382/1985 de 1 de agosto (BOE 12 agosto) art. 3.2.

empresas sin la intermediación formal del Servicio Público de Empleo, desapareciendo al propio tiempo las sanciones contractuales (no así las administrativas) al incumplimiento del deber de solicitud al INEM cuando éste se mantiene. En segundo lugar, de sentido similar al anterior, se abre la posibilidad a que, una vez realizada la solicitud al INEM de los trabajadores que se necesiten cuando ello es obligado, las empresas contraten directamente a trabajadores diversos a los que figuran inscritos en la Oficina Pública: bien cuando el INEM no facilitase en un plazo perentorio la lista de inscritos o bien cuando los proporcionados no reúnan los requisitos idóneos «a juicio del empleador» (arts. 16.1 ET y 44.2 LBE). Con esta última regla se otorgaría plena discrecionalidad (28) al empleador en la selección de los trabajadores a contratar, que como regla general permitía la contratación de quienes ni siquiera se encontraban inscritos, amen de la pervivencia de la regla de la posibilidad de formular la petición nominativa. En tercer lugar, a partir de esta fecha se admitiría legalmente la existencia de las gabinetes de selección de trabajadores (arts. 16.2 ET y 44.3 LBE), sin controles sustanciales por parte del INEM en cuanto a su funcionamiento, lo que se convertía en una primera excepción a la regla general de prohibición de las agencias privadas de colocación (29). Todo ello conduce a un modelo por el que de facto se produce una dulcificación del formal monopolio de los Servicios Públicos en la intermediación de la contratación laboral.

El precedente excursus histórico nos ha permitido insertar la reforma actual del proceso de colocación en España en un arco temporal más amplio, lo que nos facilita acercarnos mejor a su profundidad y orientación. En particular, las últimas consideraciones nos permiten concluir afirmando, sin la menor duda, que la última reforma de 1993 no comporta, ni mucho menos, un viraje radical en lo que son las líneas de tendencia de los últimos años. Por el contrario, la misma se inserta en un proceso paulatino de evolución, que se inicia en nuestro país precisamente, en el año 1980, con la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores y la Ley Básica de Empleo. El RDLMUFO 18/1993, de 3 de diciembre y posterior LMUFO 10/1994, de 19 de mayo no son, pues, un inicio sino una continuación y desarrollo de una nueva orientación de la regulación del proceso de colocación, que ya se podía vislumbrar en reformas legislativas precedentes.

Ahora bien, tal circunstancia no nos exime de preguntarnos por las causas determinantes de esta nueva etapa y correspondiente punto de inflexión que se produce en nuestro país a partir de la década de los años ochenta. Tal cometido es el que corresponde efectuar a continuación, para intentar descubrir cuales son

(28) Plena discrecionalidad no entendida como admisión de tratamientos discriminatorios, que evidentemente quedaban prohibidos taxativamente conforme a los arts. 14 de la Constitución y 17 del ET; idem en virtud del Convenio nº 111 OIT, sobre la discriminación en materia de empleo y de ocupación, ratificado por España el 26 de octubre de 1967, BOE 4 diciembre 1968.

las claves del nuevo sistema legal, cuales son sus vinculaciones con las transformaciones estructurales que se vienen produciendo en el conjunto del sistema de relaciones laborales y, en particular, las implicaciones con las nuevas tendencias de flexibilización del mercado de trabajo.

2. Aproximación a las causas determinantes de la actual etapa de los Servicios de Empleo

La evolución en los últimos años de los sistemas de relaciones laborales y, en particular, de su regulación jurídica, se presenta en tal grado compleja que resulta materialmente imposible proceder a dar una respuesta simplificadora de los cambios actuales. Al propio tiempo, la situación de permanente mutación en la que nos encontramos inmersos, así como la imprescindible distancia temporal, dificulta en igual medida pretender ofrecer un cuadro cerrado de la situación. Por todo ello, tómanse las consideraciones que siguen como meros apuntes de primera aproximación; todo ello requerirá un análisis de mayor profundización a la luz de posteriores desarrollos legislativos de carácter reglamentario, de la aplicación administrativa y judicial de estas nuevas reglas, así como de la constatación de los resultados prácticos de la aplicación de las nuevas reglas. Así, en un listado meramente enunciativo de elementos y sin que necesariamente el orden descriptivo implique jerarquización de su trascendencia, pueden formularse las consideraciones que siguen.

En primer lugar, conviene advertir que el desarrollo en la realidad laboral del proceso de colocación ha transcurrido, si no de espaldas, cuando menos paralelo al sistema formalmente diseñado desde el punto de vista jurídico (30). Ello se trasluce, sobre todo, en la paradoja de que, a pesar de la presencia durante décadas en nuestro país de un modelo legal de monopolio público en la colocación, han sido relativamente modestos los niveles de penetración efectiva de las Oficinas Públicas de Colocación como protagonistas reales de la intermediación en el acercamiento de la oferta y demanda de empleo. Por ejemplo, no deja de ser casual que más del 90 % del total de las contrataciones registradas en las Oficinas de Empleo se hayan desarrollado por el mecanismo de la petición nominativa (31), es decir, con una intervención del INEM a los puros efectos de formalizar una búsqueda y selección del trabajador idóneo previamente efectuada por el empleador a través de canales diversos a los de la propia Oficina de Colocación (32). Incluso, en muchos de los supuestos de peticiones genéricas tampoco se llega a producir una mediación activa del INEM, pues también en estos casos la empresa puede

(30) Para un análisis estadístico de las actitudes de los trabajadores desempleados, cfr., J. QUIROS TOMAS y M. ALCAIDE CASTRO: «Formas de búsqueda de empleo en España en el periodo 1987-1992», *RL*, nº 2 (1994), págs. 102 ss.

(31) Exactamente el 92,5% de las colocaciones en el año 1992 y el 92,9% en el año 1993.

(32) SALAS FRANCO, *La libertad empresarial*, op. cit. pág. 91.

tener identificado de antemano el trabajador a contratar, bien porque sabe que en el listado va a aparecer éste o bien porque preveía hacer uso de la habilitación legal de contratar a quien no se encontrara dentro del listado del INEM. Finalmente en los datos estadísticos de colocación no suelen reflejarse las contrataciones que se llevan a cabo respecto de asalariados ya ocupados que cambian de empresa, sin pasar por una situación de desempleo; relaciones laborales que se establecen una vez más por circuitos ajenos a los oficiales, en estos casos generalmente sin que lleguen a reflejarse estadísticamente en la Oficina de colocación, ni siquiera vía el correspondiente registro posterior (33).

Esta situación no puede considerarse como excepcional o patológica dentro del panorama comparado, pues viene a ser generalizado que en otros países con fuerte implantación de los Servicios Públicos de Colocación su nivel de penetración sea reducido, no llegando en el mejor de los casos a alcanzar porcentajes superiores al 30 %, pues las vías informales o no institucionalizadas de acercamiento de las partes contratantes siguen siendo las dominantes. Pero, en todo caso, conviene advertir que los niveles de penetración no necesariamente están condicionados por el carácter de exclusividad de las Oficinas Públicas, ni por la existencia de la obligatoriedad de comunicar las vacantes a las mismas; por el contrario, no deja de ser curioso que uno de los sistemas de mayor penetración del Servicio público es el inglés, que precisamente se corresponde con el modelo más puro de 'laissez faire' en esta materia (34).

En segundo lugar, ello comporta que, aunque en un alto porcentaje la colocación en nuestro país se produce a través de canales informales no institucionalizados (relaciones de amistad, vecindad, familiar, profesional, etc.), también es verosímil pensar que se hayan desarrollado al propio tiempo fórmulas variadas de institucionalización privada o semipública de intermediación en la colocación, que como situación de hecho rompen el teórico modelo de exclusividad del INEM. A través de resquicios varios dejados abiertos por la legalidad vigente, se han venido extendiendo, con mayor o menor éxito, agencias privadas de colocación, que precisamente por su no presentación explícitas como tales actuaban sin ningún tipo de control público. Caso paradigmático de ello se encuentra en las empresas de selección de trabajadores, que, como labor precedente o complementaria a la selección propiamente dicha, suelen publicar anuncios en la prensa de ofertas concretas de empleo o incluso organizan un registro particular de trabajadores que buscan colocación, con lo que de facto actúan como auténticas agencias de colocación y no meramente de selección (35). Del mismo modo, sin que se pueda precisar con exactitud el alcance de su presencia, tienden a constituir estructuras variadas próximas a las antiguas Bolsas de trabajo, a través de organizaciones de diverso tipo —como pueden ser las academias e institutos de enseñanza, colegios profesionales, cámaras de comer-

(33) WEDDERBURN, «La disciplina del mercado...», op. cit., págs. 668-669.

(34) WEDDERBURN, «La disciplina del mercado...», op. cit., págs. 650-651.

cio, instituciones humanitarias y religiosas, sindicatos y asociaciones empresariales, etc.— que una vez más de facto actúan como canales privados de intermediación en la colocación.

Junto a ello, en los últimos años se han venido extendiendo en nuestro país las Empresas de Trabajo Temporal, con particular incidencia en ciertas actividades profesionales del sector servicios (36). A pesar de la formal prohibición legal hasta el presente año de 1994 de todo tipo de actos de cesión de trabajadores, las mismas han venido implantándose en el mercado de trabajo, bien bajo la cobertura de la figura de las contrataciones de obras y servicios —con el agravante de que difícilmente entran dentro del círculo de la propia actividad (37)— bien como resultado de una tolerancia pública frente a este tipo de iniciativas. A pesar de que su mediación entraba dentro del supuesto de hecho contemplado por la prohibición de prestamismo laboral recogido en el ya derogado art. 43 ET, nuestros Tribunales de Justicia no suelen imponer las consecuencias de responsabilidad previstas en dicho precepto (38). Por lo demás, a pesar de los indudables riesgos de precarización de condiciones laborales de los sujetos sometidos a este tipo de cesiones, se trata de un fenómeno cada vez más extendido en el mercado de trabajo de la práctica totalidad de los países comunitarios. Consecuencia de todo ello, se ha procedido a la legalización de esta figura. No es el cometido de este estudio proceder al análisis de las Empresas de Trabajo Temporal, pero cuando menos queda citada en este instante al mero objeto de que se tenga presente que las mismas despliegan un destacado papel en el proceso de colocación, a pesar de que formalmente no actúan como mediadores en la contratación de trabajadores.

En tercer lugar, los cambios en la estructura del mercado de trabajo y su progresiva mayor complejidad así como la mayor diversificación de situaciones, provocan un panorama en el que resulta ciertamente voluntarista pretender que los Servicios Públicos se conviertan en los protagonistas únicos de una política activa de fomento del encuentro de las ofertas y demandas de trabajo.

Así, por ejemplo, resulta difícil hoy en día hablar de la existencia de un sólo mercado de trabajo a efectos de colocación de asalariados, pues la tendencia a la especialización conduce también a la constitución de una pluralidad de mercados de trabajo y, en consecuencia, accediéndose a cada uno de ellos por canales también plurales en función de factores de cualificación y experiencia profesional (39). Desde la perspectiva que nos preocupa en estos momentos, se verifica una

(36) Cfr., M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO: «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», Madrid 1992, AA.VV., *Las empresas de trabajo temporal. Debate laboral de los interlocutores sociales*, Valladolid, 1993.

(37) J. CRUZ VILLALÓN: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrataciones y subcontratas», *RL*, 1992/I.

(38) Cfr., por todas, STSJ, País Vasco, 24 febrero 1992 y 29 junio 1992.

(39) OJEDA AVILES, *Los servicios de empleo...*, op. cit., págs. 295 ss. VALDES DAL-RE, «El papel de los servicios públicos de empleo: un debate pendiente» *RI*, nº 8

mayor complejidad en el proceso de selección del trabajador idóneo a los efectos de proceder a su contratación, sobre todo cuando se trata de cubrir vacantes que requieren ciertos niveles de formación profesional especializada o de práctica laboral previa. Para este tipo de actividades es difícil pensar que los Servicios Públicos lleguen a desarrollar un papel activo en el momento preciso de la colocación, siendo más habitual la centralidad de los circuitos no oficiales y, en particular, la intervención de las empresas de selección que realizan cometidos difícilmente sustituibles por la Oficina pública. Caso típico de ello se encuentra en casi todas las relaciones laborales especiales, aunque este tipo de situaciones de peculiaridades personales o profesionales del trabajador a contratar se extienden en la actualidad a grupos más significativos aún de asalariados desde el punto de vista cuantitativo.

Por otra parte, en las empresas de medianas y grandes dimensiones, incluyendo a todo el sector público que da ocupación vía contratación laboral, tienden a generalizarse los procesos objetivos de selección de los trabajadores a contratar. La convocatoria de los concursos-oposiciones, con la realización de exámenes o pruebas de selección, suele venir acompañada de la correspondiente publicidad general del concurso, que hace innecesaria una vez más la intermediación directa de los Servicios Públicos en el proceso de colocación. Prueba de ello, es que la Ley Básica de Empleo preveía —y continúa haciéndolo— la colaboración del INEM, a través de sus servicios técnicos de orientación profesional y laboral, con empleadores y trabajadores a fin de realizar la selección objetiva de candidatos para cubrir las ofertas de puestos de trabajo, incluyendo a estos efectos también la colaboración con las Empresas dedicadas a la selección de trabajadores (art. 44.1); y, a pesar de ello, la efectividad práctica de este precepto ha resultado bien reducida, por no decir nula.

La difusión, al propio tiempo, de los sistemas de publicidad de las ofertas de empleo en los medios de comunicación social —incluida la aparición de publicaciones especializadas en este tipo de anuncios— incrementa la información directa a la población interesada de la situación del mercado de trabajo, lo que permite una vez más el contacto directo o indirecto de las partes contratantes sin la mediación de la Oficina Pública. Sin embargo, la inexistencia de una regulación específica sobre este tipo de publicidad, deriva una vez más en una ausencia de control externo de sus contenidos y efectos sobre el mercado de trabajo.

Conviene tener presente también que la concepción organizativa y funcional que da origen durante décadas precedentes a los Servicios Públicos de colocación se sitúa en un contexto que ha dejado de ser el dominante en la actualidad. Se trata de un modelo pensado para intervenir en facilitar una colocación por tiempo indefinido y a jornada completa, donde se verifica una evolución lenta en los cambios del mercado de trabajo y, a la postre, actuando estos Servicios de colocación en un medio donde existe una cantidad relativamente controlable de colocaciones en masa (40). Frente a ello, no se pueden desconocer los efectos

(40) F. VALDES DAL-RE: «Colocación y mercado de trabajo», en AA.VV. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. I Jornadas de la*

provocados en nuestro sistema por las altas tasas de rotación en las empresas (41). Por ejemplo, el número absoluto de contratos laborales que se celebran cada año en nuestro país se ha incrementado muy significativamente, debido tanto a los elevados porcentajes de contratación temporal alcanzados en nuestro mercado de trabajo, como también al flujo constante de creación y desaparición de pequeñas empresas derivado a su vez de la tendencia a instalarnos en lo que se ha denominado «el gobierno de la incertidumbre» y de turbulencias económicas. Así, en el año 1993 el número total de colocaciones registradas en el INEM superó los 4,8 millones de contrataciones, lo que representaba el 32 % del total de la población activa y el 41,3 % del la población ocupada; frente a ello, sin irnos muy atrás en el tiempo, por ejemplo, en el año 1985 el número de colocaciones se situaba en los 2,5 millones, lo que representaba en porcentajes el 19 % y el 24 %, respectivamente (42). Cifras tan elevadas de colocaciones anuales, sólo desde la perspectiva de registro, implican un esfuerzo ímprobo, lo que, no cabe la menor duda, acentúa la dificultad de que los Servicios Públicos desarrollen un rol efectivo como instrumento de acercamiento directo de las partes en el momento de la colocación; o cuando menos dificultar alcanzar objetivos ambiciosos en la penetración como agente exclusivo. Al mismo tiempo, muchas de estas colocaciones afectan a fórmulas de trabajo a tiempo parcial u otras modalidades «atípicas» de contratación, para las que las exigencias de intermediación vía las Oficinas de Colocación puede que no sea del todo satisfactorias.

La generalización de las modalidades «atípicas» de contratación laboral, permite la creación de un proceso más lento de selección de los trabajadores a contratar definitivamente como personal fijo de la empresa. La contratación por tiempo indefinido ahora viene habitualmente precedida por estadios previos de incorporación precaria a la empresa o al mercado de trabajo, en forma de becas de formación, periodos de prueba, contratos de aprendizaje y en prácticas, contrataciones temporales, a tiempo parcial, etc.; estadios previos que, desde la perspectiva ahora analizada, revalorizan la importancia de la selección «interna», paralela a una menor incidencia de la clásica selección en el momento de la primera colocación. Todo ello, a la postre, desemboca en una menor trascendencia del acercamiento inicial de oferta y demanda de empleo, que es justamente el lugar por excelencia hasta el presente de actuación de los servicios de colocación; servicios que prácticamente no intervienen en esos otros procesos cada vez más importantes de selección interna (43).

(41) J. NOVELLA IZQUIERDO: «Movilidad de las plantillas y contrataciones en el mercado de trabajo español (1978-1988)», en AA.VV., *Transformaciones del Derecho del Trabajo: nuevas formas de empleo y concertación social*, Barcelona, 1991; L. FINA: *El problema del paro y la flexibilidad del empleo. Informes sobre un debate*, Madrid, 1991.

(42) Cfr. Ministerio de Trabajo, *Anuarios de Estadísticas Laborales*, cifras proporcionadas por la Encuesta de Población Activa y por el Movimiento Laboral Registrado.

Por lo demás, las exigencias organizativas, productivas y de mercado a las que responde el surgimiento de las Empresas de Trabajo Temporal –si pensamos en un uso racional y no abusivo de este tipo de prácticas– dan lugar a que éstas cubran un espacio que difícilmente podría ser satisfecho por el Servicio Público de Colocación. La flexibilidad en la contratación, la rapidez en responder a las peticiones de las empresas usuarias así como la propia inmediatez en la selección del trabajador idóneo, tal como se afronta desde una empresa privada, difícilmente se puede realizar por parte de un organismo como son las oficinas de colocación que, por mucha autonomía que se les otorgue, necesariamente han de actuar conforme a los parámetros propios del Derecho Público, a estos efectos relativamente más lentos.

En cuarto lugar, los poderes públicos van ensayando progresivamente otra serie de instrumentos, diversos al estricto de intermediación en la colocación, que a pesar de su carácter indirecto se van manifestando como actuaciones más incisivas que las estrictas de presencia inmediata en el momento individualizado de cada colocación.

Tal sucede, por ejemplo, vía la intervención normativa en el establecimiento del régimen de modalidades contractuales. Así, el amplio abanico de medidas de fomento de empleo que, según las coyunturas, pretenden favorecer la contratación de ciertos colectivos de la población, bien a través de la técnica del ahorro de costes –salario o cotizaciones sociales– o bien de la mayor flexibilidad o disponibilidad de facultades directivas del empleador –temporalidad, movilidad, etc.–, se está convirtiendo en un método de intervención notablemente efectivo en la orientación de las preferencias empresariales respecto a la contratación de trabajadores. Con ello se llegan a alcanzar dosis más fuertes de encauzamiento del mercado de trabajo que, como tales, de forma implícita pueden llegar a provocar un menor interés por la intervención individualizada en el momento de la colocación. Desde este punto de vista, los objetivos de política de empleo, que en otros momentos se pudieran intentar imponer por vías más vinculantes de actuación en el momento de la colocación pero que se han mostrado menos asumibles por los empresarios, se logran por la vía normativa sin que formalmente se le condicione al empleador la libertad de contratación en la fase de incorporación del trabajador a la empresa.

En este mismo grupo, podría citarse también la influencia de otras medidas de actuación colectiva. Piénsese en la incidencia que llegan a alcanzar los programas de formación profesional continua y reciclaje ocupacional organizados y financiados desde instancias públicas. La capacidad de desplegar una política de empleo con estos programas puede llegar a ser también más incisiva, en función de sus contenidos, su intensidad, los grupos sociales a los que se dirige, etc. Si ello viene completado con un conocimiento suficiente de las necesidades del mercado de trabajo, facilitado por los correspondientes análisis estadísticos y estudios de prospección, la preparación profesional de los trabajadores a través de estos programas puede facilitar aún más el acercamiento de la demanda y la oferta de trabajo, que los resultados que se puedan obtener de una intervención

En quinto lugar, se ha venido produciendo un reforzamiento de la trascendencia del control sindical intraempresarial en lo que se refiere a la corrección legal, objetividad y pureza de los trámites de selección de los trabajadores a contratar. El fenómeno antes apuntado relativo a la revalorización de los procesos de selección «interna», debido a la presencia de estadios previos a la incorporación plena a las plantillas de las empresas, otorga mayor significación al seguimiento sindical de las decisiones empresariales en estas fases, que ahora resulta inviable pretender efectuar desde fuera vía su presencia en los órganos de gestión de las Oficinas de colocación, de modo que han de ser justamente los representantes unitarios o sindicales a nivel de centros de trabajo quienes desplieguen esta labor de vigilancia. En la medida en que los representantes sindicales en las empresas obtengan competencias relativas al momento de la contratación de trabajadores tenderá orientarse el centro de gravedad de esta materia al interior de las empresas, de nuevo con su posible repercusión indirecta sobre el rol efectivo de las Oficinas de colocación. Ya desde la Ley se le apuntan importantes instrumentos que le permiten el desarrollo de este tipo de cometidos de control. Así, en términos enunciativos, la remisión de la copia básica del contrato de trabajo celebrado por escrito así como las prórrogas de los mismos (Ley 2/1991, de 7 de enero), la notificación de los contratos de duración determinada (art. 15.4 ET), la recepción de información acerca de la evolución probable del empleo en la empresa (art. 64.1.1 ET), el conocimiento de los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen (art. 64.1.5 ET). Más directas suelen ser las previsiones sobre el particular en los convenios colectivos: presencia de los representantes de los trabajadores en las comisiones que evalúen las pruebas objetivas de selección de trabajadores bien a ser contratados, a cambiar de modalidad contractual o bien a la promoción profesional en el interior de las empresas, la negociación vía convenio colectivo del uso de la contratación atípica y de los procedimientos de consolidación en situaciones más estables, etc.

Finalmente, dato señalado con insistencia por todos, la acumulación dentro del INEM de tareas conexas de carácter más administrativo vienen provocando de forma recurrente un efecto perjudicial sobre la tarea en principio cualitativamente más trascendente como es la relativa a la intermediación en la colocación. Así, se ha señalado hasta la saciedad cómo las cargas derivadas de la gestión de la prestación por desempleo (44), o bien labores mecánicas de registro y de contabilización a los meros efectos estadísticos, se realiza sin que la misma venga acompañada de una estructura organizativa interna que permita un razonable reparto de funciones, lo que repercute en un desequilibrio en las prioridades de dedicación en lo administrativo, que justamente vienen desembocando en una mayor dejación en los cometidos propiamente de intermediación en el mercado de trabajo.

(44) Cfr., por todos, VALDE DAL-RE, «Colocación y mercado...», op. cit., págs. 166

II. EL NUEVO REGIMEN DE LAS OFICINAS PÚBLICAS DE COLOCACION

1. Intervención directa en la colocación

Indicamos al inicio que la novedad principal introducida por la LMUFO 10/1994 en esta materia consiste precisamente en la pérdida de la exclusividad del INEM como agente de intermediación en la colocación, lo que se manifiesta ante todo en la supresión de la obligación de la solicitud previa por parte de las empresas al INEM de los trabajadores que precise contratar (45). Ello se verifica técnicamente por medio de la derogación tanto del art. 16.1 ET como del art. 42.1 LBE, que eran los preceptos que hasta el presente recogían tal obligación empresarial, con la correlativa derogación también de los preceptos que lo tipificaban como infracción administrativa (art. 27.1 y 2 LISOS). Tal supresión comporta indudablemente una medida de liberalización del mercado, por cuanto que permite a las empresas proceder a contratar directamente a sus trabajadores, sin necesidad de intermediación alguna, ni pública ni privada. En particular, como consecuencia de la derogación de los arts. 44.2 LBE y 26.4 LISOS, a partir de la LMUFO las empresas pueden hacer publicidad de sus ofertas de empleo, sin ningún tipo de trámite previo ni de visado de ello por el INEM (46).

Ahora bien, esta tendencia hacia la liberalización del proceso de colocación se pretende facilitar sin desmerecer del protagonismo que le debe corresponder a los poderes públicos y en particular a los servicios de colocación, aún cuando tienda a alterarse el tipo de intervencionismo a desarrollar a partir de ahora por el INEM.

Es cierto que la reforma comporta la eliminación de obligaciones empresariales frente a las Oficinas de colocación y justamente uno de los deberes principales impuestos hasta ahora, esto es, aquél que ponía en marcha todo el aparato administrativo de intervención en el proceso de colocación. Sin embargo, si se compara con la realidad de fondo precedente, la supresión de la obligación empresarial de solicitud lo único que hace es elevar al terreno de lo jurídico lo que ya sucedía a través de vericuetos indirectos legalmente admitidos, a saber: que la inmensa mayoría de las contrataciones se llevaban a cabo directamente sin intermediación auténtica por parte del INEM (47). Lo que se procede a hacer ahora es suprimir un mero requisito formal, que de facto sólo comportaba incremento de la tarea burocrática del INEM, pues tenía que efectuar una labor inútil de recepción de solicitudes y de proporcionar un listado de trabajadores en

(45) L.M. CAMPS RUIZ, «La reforma del mercado...», op. cit., pág. 22.

(46) La única excepción a la publicidad sin visado se encuentra en el caso de la contratación de los trabajadores extranjeros no comunitarios en los términos que referiremos más adelante (art. 37.1 RD 1.119/1986, de 26 de mayo, BOE 12 junio).

(47) VALDES DAL-RE. «Colocación y mercado...» . op. cit., pág. 180; idem en «El

muchos casos con nula incidencia como real agente de intermediación. Parece lógico pensar que las Oficinas de colocación se ofrezcan como un servicio público allí donde existan carencias informativas sobre la situación del mercado que dificulten el acercamiento de oferta y demanda de empleo, pero no para imponer cargas procedimentales innecesarias allí donde las partes no precisan de su actuación.

Pero, al propio tiempo, tal reforma en modo alguno afecta al conjunto de funciones legalmente asignadas al INEM. En particular, el art. 43 LBE permanece vigente en toda su extensión, con lo que al INEM se le siguen atribuyendo tanto la organización de los servicios de empleo en orden a procurar, pública y gratuitamente, el mejor desarrollo y utilización de los recursos, como la de ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a las Empresas a contratar a los trabajadores apropiados a sus necesidades. Ello supone, que la Administración laboral mantiene un compromiso de ofrecer un servicio público que facilite el encuentro de oferta y demanda de trabajo. Más aún, no se prevé como un mero servicio público de carácter pasivo, en términos tales que la Administración se limite a estar a la expectativa de quien desee acudir a las Oficinas de colocación; por el contrario, se sigue sobre la lógica de la obligatoriedad de desarrollar una política activa, por medio de la cual se debe incentivar a las partes a que acudan a la intermediación ofrecida por el INEM. A estos efectos no pueden minusvalorarse ciertas prescripciones constitucionales, entre ellas el reconocimiento del derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE) (48), así como el mandato a los poderes públicos para que realicen una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) y al retorno de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42). La plena satisfacción de estos derechos constitucionales sólo puede articularse por medio de un sólido sistema de Oficinas Públicas de Colocación (49). En los mismos términos cabría recordar la ratificación por España del Convenio nº 88 OIT, que obliga «a mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo» con la función esencial de facilitar el proceso de colocación. Tales disposiciones fuerzan a que la Administración ponga a disposición del INEM los medios personales, materiales y organizativos necesarios para que las Oficinas de empleo puedan desplegar una efectiva labor de intermediación en el proceso de colocación. En efecto, sólo un Servicio Público de Colocación de las características del INEM puede en la actualidad poseer los medios y la implantación a lo largo de todo el territorio nacional como para poder coordinar una política de colocación que ofrezca a las partes con carácter de globalidad la información, asesoramiento y formación inexcusables para agilizar los procesos de colocación laboral.

Más aún, con los cambios en la estructura de la población asalariada que se

(48) Por todos, A. MARTIN VALVERDE: «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española», en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Madrid, 1980. en particular, pág. 201.

observa en los últimos tiempos, se afianza la presencia de ciertos grupos sociales con particulares *hándicaps* en su incorporación al mercado de trabajo: jóvenes sin titulación profesional específica o sin experiencia laboral, mujeres con responsabilidades familiares, ciertos grupos de trabajadores con minusvalías, trabajadores mayores de 45 años con pérdida del empleo en situación de paro de larga duración, etc. A estos efectos, se manifiesta mucho más imperiosa la actuación de efectiva presencia del Servicio Público en favor de estos grupos de trabajadores con singulares dificultades de contratación. Muy previsiblemente, las otras instancias que a partir de ahora van a intermediar formal o sustancialmente en el mercado de trabajo –agencias de colocación y empresas de trabajo temporal– se van a especializar y van a dirigir sus miras a los trabajadores que no presenta este tipo de *hándicaps*, razón por la cual la colocación de estos últimos sólo será posible en la medida en que existan medidas particulares de fomento de su contratación y las mismas son gestionadas y controladas por los Servicios Públicos de Colocación.

A estos efectos, por ejemplo, sí que se mantiene la obligación de los trabajadores de inscribirse en las Oficinas de Empleo cuando hayan de solicitar ocupación (art. 42.2 LBE); regla que, si bien no viene acompañada por instrumento sancionatorio alguno a su incumplimiento, se debe a su innecesariedad, pues hasta el presente se cumplimenta con suficiencia por los trabajadores (50), que siguen utilizando al INEM como vía prevalente de búsqueda de ocupación (51). Asimismo, pervive la obligación empresarial de registro de los contratos que deban celebrarse por escrito o bien la mera comunicación en el caso de que no exista tal obligación legal de formalización por escrito (art. 1.1 LMUFO y 44.3 LBE); en esta ocasión tal obligación legal sí viene acompañada de la tipificación de su incumplimiento como infracción leve a efectos de su posible sanción administrativa (art. 26.1 y 5 LISOS). Similares características tiene la obligación, tanto del empleador como del trabajador, de comunicar la terminación del contrato de trabajo (art. 42.3 LBE), cuyo incumplimiento también viene tipificado como infracción leve en caso de que el sujeto responsable sea el empresario (art. 26.2 LISOS). En estos dos últimos casos las obligaciones impuestas a las partes tienen un valor más bien instrumental, que permiten tanto conocer estadísticamente la situación del mercado de trabajo, como también proporcionar una información significativamente útil para una posterior actividad de colocación por parte del INEM.

Por otra parte, la permisión de la contratación directa por parte de la LMUFO no es total, pues cabe identificar aún ciertos supuestos particulares en los cuales pervive la precedente obligación de solicitud previa al INEM.

(50) Entre otras razones, porque la mera solicitud de la prestación por desempleo implica la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiese efectuado antes (art. 7.1 Ley 31/1984, de 2 de agosto, BOE 4 agosto, de protección por desempleo).

(51) Cfr., QUIROS TOMAS y ALCAIDE CASTRO, «Formas de búsqueda de em-

Ante todo, en los supuestos de modalidades contractuales particulares previstas como mecanismos de fomento del empleo, en los cuales se ofrecen ciertos incentivos a la contratación –sean estos de flexibilidad de condiciones de trabajo o de ahorro–, es posible que como regla de garantía de un uso correcto de las mismas se exija que la colocación se efectúe necesariamente a través del INEM. Así sucede con los programas de fomento del empleo (arts. 17.3 ET y 5 LMUFO). Tal sucede, con carácter general, para el fomento de la contratación por tiempo indefinido (52), o bien para la celebración de los contratos de relevo (53); lo mismo ocurre, en concreto, con las medidas previstas para el año 1994, que imponen taxativamente que estas contrataciones se efectúen a través de la correspondiente Oficina de Empleo y, en el caso concreto de la contratación de perceptores de la prestación por desempleo, que se lleven a cabo mediante la presentación de oferta genérica de empleo (disp. adic. sexta LMUFO). Con ello, parece que se responde a la finalidad antes apuntada de especialización del INEM en la colocación de los grupos sociales con particulares dificultades de incorporación al mercado de trabajo.

Junto a ello, permanece la obligación de colocación a través del INEM para dos supuestos concretos de relaciones laborales especiales. De un lado, el RDL sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques mantiene la prescripción de que solamente pueden ser contratados aquellos trabajadores en las Oficinas de Empleo, sin que a estos efectos tenga mayor trascendencia la supresión de los registros especiales de trabajadores portuarios (disp. adic. 7ª LMUFO); al propio tiempo que se obliga a las empresas estibadoras a que cubran sus necesidades temporales de fuerza de trabajo con los trabajadores que les proporcionen al efecto las sociedades estatales de estiba y desestiba (54). Dentro de la actividad de estiba no se produce alteración sustantiva del marco legal, por lo que permanece como un mercado de trabajo singularmente acotado, donde pervive un muy fuerte control público en el proceso de colocación.

En parecidos términos la norma reguladora de la relación laboral especial de minusválidos sigue imponiendo a los Centros Especiales de Empleo la obligación de solicitar al INEM los trabajadores minusválidos que pretendan emplear. Por la forma que se recoge esta obligación, puede deducirse que en estos casos no se permite la contratación directa por parte de los Centros, si bien éstos conservarían la libertad de selección del trabajador a contratar entre los varios que les proporcione el INEM. En efecto, el Decreto exige que la solicitud concrete tanto las características de los puestos que se vayan a cubrir como las circunstancias

(52) Art. 2 OM 6 agosto de 1992 (BOE 15 de agosto), que a estos efectos desarrolla la Ley 22/1992, de 30 de julio (BOE 4 agosto), de medidas urgentes de fomento del empleo y protección por desempleo.

(53) Art. 4.4 LMUFO y art. 7 RD 1.991/1984, de 31 de octubre (BOE 9 noviembre), por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial.

profesionales y/o personales que deben reunir los trabajadores; a su vez el INEM, con el asesoramiento de los Equipos Multiprofesionales, facilitará los trabajadores con aptitudes para desempeñar el puesto (55). Todo este régimen conduce, pues, a un sistema de fuerte control por parte del INEM, al extremo que puede llegar a condicionar casi por completo la selección última del minusválido a contratar.

Al mismo tiempo, también permanece la obligación de contratación por mediación del INEM cuando se desea contratar a trabajadores extranjeros no comunitarios, en los términos que se precisará más adelante.

Finalmente, se introducen nuevas funciones de colaboración, cercanas a las de vigilancia y control, entre las que cabe citar la emisión de certificados en los que conste el tiempo que un trabajador ha estado contratado en prácticas o en aprendizaje con anterioridad, al objeto de asegurar que ningún asalariado pueda ser contratado de nuevo bajo estas modalidades superando los topes máximos legalmente admitidos (art. 17.2 p. 2 RD 2317/1993, de 29 diciembre).

2. Competencias de vigilancia y control

Frente al mantenimiento, en lo sustancial, de los esquemas precedentes en materia de mediación individualizada en la colocación, surgen cambios de mayor calado en campos diversos, atribuyéndose ahora al INEM funciones de coordinación y control que hasta el presente se encontraban mínimamente desarrolladas (56). En efecto, la liberalización producida del mercado de trabajo en esta materia, paralela a la permisión ahora oficializada de la penetración de la iniciativa privada en este ámbito, contempla también un cambio de orientación en los cometidos del INEM. En una metodología clásica de intervención legislativa, el reconocimiento tanto de la libertad de contratación directa como de la presencia de agencias o empresas en la colocación, abre paso a una típica actividad administrativa de «policía», a través de la cual se efectúa un seguimiento de esta actividad privada en orden a garantizar intereses generales de la comunidad, incluida la garantía de que no se produzcan abusos o situaciones de desprotección de los trabajadores.

Y, justamente, en este nuevo campo de facultades de policía se le van a atribuir al INEM importantes cometidos de control y vigilancia de la correcta actuación de los privados. Desde esta perspectiva, se pretende introducir un nuevo procedimiento de actuación del INEM en el mercado de trabajo, que ya no se limite a una actuación aislada e individualizada en cada proceso de colocación —fórmula que cómo vimos cada vez se muestra menos efectiva cómo intervención de conjunto—, sino que abarque una perspectiva más colectiva y que por una vía indirecta logre objetivos asimilables de saneamiento y pureza en la materialización de la colocación de trabajadores.

(55) Art. 4.2 RD 1.368/1985, de 17 julio (BOE 8 agosto).

En algunos aspectos pueden identificarse precedentes de esta nueva política de orientar al Servicio Público a una actividad de control colectivo e indirecto en la legislación anterior, que por lo demás se trata de reglas que no se han visto alteradas por la LMUFO. Podríamos citar, a estos efectos, la ya prevista obligación de las empresas de selección de trabajadores de dar información acerca de sus tareas al INEM (art. 44.3 LBE), que viene acompañada de la correlativa tipificación de su incumplimiento cómo infracción administrativa de carácter grave (art. 27.3 LISOS). Dentro del mismo grupo se podría citar la obligación de las empresas de remitir la copia básica de los contratos de trabajo al INEM, de particular importancia para las pequeñas empresas donde no exista representación unitaria o sindical de los trabajadores (57).

Sin embargo, este tipo de precedentes aparecían todavía como competencias de control bastante débiles, pues se trataba de atribuciones aisladas, sin una concepción global de cual había de ser el papel a desarrollar por el INEM en este nuevo campo; el contenido de la regulación aparecía escueto y poco preciso en cuanto al alcance de la obligación empresarial; y, sobre todo, la norma se quedaba en una mera transmisión de información a la Oficina de colocación, sin precisarse cual debía ser la actividad a desarrollar por el INEM con posterioridad en cuanto a la utilización o procesamiento de la información recibida; en particular, hasta qué punto se podía desplegar una efectiva labor de control de la actividad desarrollada por las correspondientes empresas.

A partir de ahora, por contra, se vislumbra un panorama diverso. A partir de ahora se prefiguran facultades de control más intensas por parte del INEM, no tanto respecto de la colocación directa efectuada por parte de las empresas, cuanto la que se lleva a cabo por intermediación de entidades privadas. Ello se manifiesta sobre todo en el seguimiento tanto de las agencias de colocación, como respecto de las Empresas de Trabajo Temporal, donde se comienza por exigir en todo caso que estas entidades se sometan a un procedimiento previo de autorización administrativa. Asimismo, cabría citar dentro de este grupo el mantenimiento de las reglas que habilitan al INEM para efectuar un seguimiento de la actividad de los gabinetes de selección de trabajadores.

El análisis concreto de la intervención del INEM en este campo procedemos a efectuarlo inmediatamente a continuación al realizar el estudio del nuevo régimen jurídico de estas instituciones. En todo caso, conviene efectuar dos advertencias de carácter general. El diseño definitivo de este tipo de entidades y correlativo control público de su actividad, aún se encuentra pendiente en unos casos del desarrollo reglamentario de las mismas. En segundo lugar, en algunas materias aun se observan importantes lagunas jurídicas que dificultan el pleno desarrollo de estos cometidos de control público que, de no cubrirse adecuadamente, pueden provocar efectos distorsionantes cuando no directamente nocivos en el funcionamiento práctico de este tipo de iniciativas privadas.

(57) Art. 1.1 Ley 2/1992, de 7 de enero (BOE 8 enero), sobre derechos de información

III. LAS AGENCIAS DE COLOCACION SIN FINES LUCRATIVOS

1. Consideraciones generales

La LMUFO ha alterado la situación de plena prohibición de las agencias de colocación, procediendo a diferenciar a partir de ahora según el carácter lucrativo o no de las mismas, acudiendo para ello implícitamente a la tipología consolidada a nivel internacional. Continúa, pues, la absoluta prohibición de la existencia de las agencias de colocación con fines lucrativos, en tanto que se admite el establecimiento de agencias sin fines lucrativos siempre y cuando la actividad de éstas sea autorizada por el Servicio Público de colocación (art. 1.2 LMUFO).

Con carácter general, en esta materia la Ley deja abierto un gran número de interrogantes en cuanto a la intensidad que va a tener la presencia de las agencias de colocación en nuestro mercado de trabajo, así como en cuanto a cual va a ser el marco jurídico concreto en el que van a actuar (58). Algunos de ellos pueden afrontarse o cuando menos vislumbrarse acudiendo a los Convenios de la OIT ratificados por España. Sin embargo, en muchas otras materias la conjunción integrativa de la Ley junto a la normativa internacional se muestra insuficiente a todas luces. Como es técnica generalizada en la relación normativa entre fuentes con rango de Ley y fuentes reglamentarias, la disposición final primera de la Ley faculta al Gobierno para dictar «cuantas disposiciones» sean necesarias para su aplicación y desarrollo. No obstante, el desarrollo reglamentario que se ha verificado hasta el presente se ha constreñido a la regulación de las modalidades contractuales contenidas en el capítulo II (59), sin anunciarse ningún tipo de desarrollo específico por lo que se refiere a la colocación y, en particular, a las agencias sin fines lucrativos. La Ley parece apuntar que la concreción en cada caso del funcionamiento de las agencias se efectuará a través del correspondiente «convenio de colaboración» entre éstas y el INEM.

A mi juicio, sin embargo, este tipo de convenios de colaboración, no pueden o cuando menos no deben afrontar el cúmulo de aspectos que quedan abiertos e imprejuzgados por el art. 1.2 LMUFO. Ante todo, hay que presumir que los «convenios» de referencia aluden a acuerdos singularizados con cada una de las futuras agencias, sin que las mismas puedan por su naturaleza afrontar las materias que refieren al régimen general de la colocación laboral o a las pautas

generales de relación entre Servicio Público y agencias; por lo demás, la inexistencia de reglas comunes y de relativa uniformidad para los diversos convenios podrían provocar tratamientos diferenciados entre las diversas agencias que por su falta de razonabilidad u objetividad provocaran fricciones y agravios comparativos. Debe entenderse que este tipo de convenios de colaboración se celebrarían a tenor de los previstos en el art. 88 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, si bien lo dispuesto en este precepto aclara poco respecto al contenido de tales convenios: identificación de las partes intervinientes, ámbito personal, funcional y territorial, plazo de vigencia y personas a las que estuvieran destinados. De otro lado, no es aconsejable que se deposite en el Consejo General del INEM el cometido de elaboración de este tipo de pautas generales, pues por su trascendencia política parece razonable exigir que las mismas vengán determinadas por instancias con responsabilidad gubernativa. En tercer lugar, cualquiera de los dos mecanismos previamente apuntados —convenios y resoluciones del Consejo General— podrían adolecer de las suficientes garantías de seguridad jurídica. En definitiva, esta materia afecta a instituciones clave del mercado de trabajo, como son las relativas al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, en las que no cabe permitirse la presencia de una insuficiente precisión del funcionamiento de este tipo de agencias que provoque ausencia de garantías del ejercicio de tales derechos como a las técnicas de control público de su actividad. Todo ello nos lleva a concluir en la imperiosa necesidad de una mayor concreción normativa del régimen jurídico de las agencias y, cuando menos, en la necesidad de un desarrollo reglamentario específico de esta materia.

A partir de esta aclaración general, se puede proceder a desmenuzar el elenco de interrogantes aplicativos que puede provocar la admisión en nuestro ordenamiento de las agencias sin fines lucrativos, siempre con las cautelas oportunas de la ya advertida falta de concreción del precepto legal que las reconoce.

Ante todo, el reconocimiento de las agencias, conduce a presumir como derogadas o adaptadas a la nueva situación las varias disposiciones reglamentarias que en correspondencia con el régimen anterior reiteraban la prohibición indiscriminada de las agencias. En particular, la admisión de estas agencias hay que entenderlas, en principio y a salvo de explícitas previsiones en contrario, como una licitud generalizada para todos los sectores y actividades económicas. En concreto, debe presumirse que el art. 1.2 LMUFO extiende su ámbito aplicativo a todas las relaciones profesionales sometidas al ordenamiento laboral, incluidas pues las relaciones laborales especiales; ello lleva a entender por no puesta la prohibición de las agencias sin fines lucrativos para estas relaciones. Ahora bien ello, ha de interpretarse así sólo para aquellos supuestos en los que se deduzca que la referencia reglamentaria lo era en términos de mera reiteración o confirmación de aplicación del mismo régimen que el previsto en el ET (60).

(58) El Grupo parlamentario Vasco, por ejemplo, en sus enmiendas nº 27 y 31, proponía la supresión del art. 1.2 justificándolo en que el precepto prevé una regulación inconcreta constitutiva de un problema de seguridad jurídica, por lo que proponía que el Gobierno presentara un proyecto de Ley de modificación de la LBE regulando las agencias de colocación sin fines lucrativos. En parecidos términos, enmiendas nº 100 y 109 Grupo parlamentario popular. Cfr. BOGG, CD, serie A, nº 41-4, 22 febrero 1994.

(59) Real Decreto 2.317/1993, de 29 de diciembre (BOE 31 diciembre), por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo

(60) Tal sucedería a mi juicio en dos casos: el art. 5 RD 1.424/1985, de 1 de agosto, que contiene una prohibición específica de las agencias de colocación para el servicio doméstico; y el art. 3.3 RD 1.006/1985, que contiene idéntica prohibición para los

Frente a ello, la conclusión debe ser divergente, cuando se trate de relaciones especiales en las que el propio modelo implantado presupone por su naturaleza un control monopolístico público del proceso de colocación o de cesión de trabajadores, dadas las singularidades tradicionales de ese concreto mercado de trabajo; así sucede, a mi juicio, con la actividad de estiba y desestiba, donde salvo reforma legal de su normativa específica no cabría la actuación de las agencias de colocación, lo sean éstas con o sin fines lucrativos. Algo similar debe ocurrir con aquellas otras relaciones especiales donde, si no con tal intensidad, se pretende también un control directo por el INEM, en la medida en que se mantiene la obligación de solicitud y además necesariamente genérica de los trabajadores a contratar; el ejemplo no es otro que el de las relaciones especiales de trabajadores minusválidos.

Una de las restricciones a las agencias retribuidas previstas en el Convenio nº 96 OIT refiere a la imposibilidad de colocar o reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas en la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza (art. 6 c). A mi juicio, el precepto se refiere a dos supuestos complementarios: uno, la agencia de colocación que tiene inscritos a trabajadores españoles para contratarlos prestando servicios en el extranjero; dos, la agencia que inscribe a trabajadores extranjeros para contratarlos en el territorio nacional; a su vez, cada uno de los dos supuestos tendría dos variantes, según que la agencia de colocación tuviera su sede y desplegara su actividad en el territorio español o fuera del mismo. Para muchos de estos supuestos y variantes hay necesariamente que atender a la legislación nacional del país donde se desarrolla el proceso de colocación, o bien donde se van a prestar los servicios, así como a la aplicación del principio de reciprocidad. Por ello nos vamos a limitar a comentar lo relacionado estrictamente con la legislación española.

Como se sabe, en nuestro ordenamiento el régimen general del trabajo de los extranjeros en España impone la necesidad de obtención del Ministerio de Trabajo del correspondiente permiso de trabajo junto con el correlativo permiso de residencia (61), de modo que la prescripción contenida en el Convenio nº 96 podría entenderse como la exigencia de obtención de ambos permisos como condición previa a la posibilidad de inscribirse en los registros de una agencia de colocación. Sin embargo, hay que tener presente que para la obtención del permiso de trabajo para prestar servicios por cuenta ajena se exige que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente

(61) LO 7/1985, de 1 de julio (BOE 3 julio), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, arts. 15 a 19 y 22 a 24 (LODLE); desarrollada por RD 1.119/1986, de 26 de mayo (BOE 12 junio), por el que se aprueba el Reglamento de ejecución, modificado por el RD 116/1988, de 5 de febrero (BOE 19 febrero) y RD 766/1992, de 26 de junio (BOE 30 junio); OM 26 julio 1989 (BOE 28 julio), por la que se fija normas generales y de procedimiento en relación con el reconocimiento de situacio-

el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo (art. 17.1 LODLE). De este modo, la exigencia del previo permiso de trabajo para inscribirse se convertiría en la «pescadilla que se come la cola», dado que una vez obtenido el permiso no precisa acudir a los servicios de las agencias pues en tal caso ya ha concluido el proceso de colocación. En todo caso, más decisivo a mi juicio es que el Reglamento de ejecución establece que la autoridad laboral podrá exigir del empleador que solicite un permiso, justificación de que ha publicado en la prensa un anuncio con la oferta de empleo correspondiente, debidamente visado por la Oficina del INEM que corresponda, y que remita a los eventuales candidatos a dicha Oficina (art. 37.1). A pesar de la supresión con carácter general de la obligación de solicitar los candidatos al INEM, por la forma implícita como se ha producido la permisión de la contratación directa, lo más razonable es interpretar que permanece vigente dicho art. 37.1, en base al principio de especialidad para los extranjeros y a la filosofía de fondo de protección de los demandantes de empleo nacionales frente a los extranjeros. En esas condiciones, habría que concluir que de facto no se admite la posibilidad de contratación de extranjeros por mediación de las agencias de colocación y ésta ha de realizarse a través del INEM si así lo estima oportuno la autoridad laboral en el momento de solicitud del permiso de trabajo. Pero, incluso cuando no se estime precisa dicha intermediación, conforme al Convenio nº 96 OIT sería necesario que la concreta agencia de colocación esté expresamente autorizada para actuar en la colocación de extranjeros. A falta de precisión en la LMUFO, se ha de entender que dicha autorización se integraría dentro del convenio de colaboración con el INEM donde se precisan las condiciones de ejercicio de la actividad de colocación.

Frente a las consideraciones precedentes, habría que referirse a la fuerte excepción que comporta la situación de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, y ello en un doble sentido. De una parte, el reconocimiento de la libertad de circulación de trabajadores implica la imposibilidad de establecer ningún tipo de diferencia de tratamiento con los asalariados que pretendan incorporarse al mercado de trabajo español (62). A estos efectos no se pueden imponer restricciones, directas o indirectas, a los ciudadanos comunitarios, por lo que a éstos, a pesar de lo que diga el Convenio nº 96 OIT, no se les puede condicionar o limitar su contratación laboral por medio de las agencias de colocación, pues frente a las mismas han de gozar de idénticas posibilidades que los nacionales españoles. De otro lado, en atención a la libertad de circulación de servicios, a partir de la aprobación de la existencia de las agencias de colocación en nuestro país, no puede excluirse a las agencias de colocación establecidas en el territorio de otro Estado miembro la posibilidad de ejercer la actividad de intermediación en el territorio español, siempre que se sometan a idénticas condiciones sustanciales y procedimentales que las impuestas a las agencias

(62) Reglamento 1.612/1968, de 15 de octubre (DOCE 19 octubre), RD 766/1992, de 26

españolas. De este modo, habría que entender como derogadas las disposiciones que hasta ahora limitaban la libertad de circulación de servicios en esta materia (63).

2. La autorización administrativa

La normativa de aplicación impone un importante requisito de procedimiento para la lícita actuación de las agencias de colocación. No basta con que la agencia no posea carácter lucrativo, sino que adicionalmente será imprescindible que la misma obtenga la correspondiente autorización administrativa (64). A estos efectos la LMUFO no hace otra cosa que dar cumplimiento al compromiso recogido en el art. 6 del Convenio 96 OIT, conforme al cual las agencias de colocación deberán poseer una autorización de la autoridad competente. Permanece prohibida, pues, la actuación de cualquier agencia de colocación, con o sin fin lucrativo, cuando no se obtenga la correspondiente autorización. Como confirmación de ello se tipifica como infracción muy grave el ejercicio de actividades de mediación sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa (65).

La norma internacional refiere la autorización a la «autoridad competente», precisando por su parte la LMUFO que en nuestro caso tal competencia le corresponde al «Servicio Público de Empleo». Se trata de una expresión genérica sin referencia a organismo concreto de la Administración, si bien en el momento actual, conforme al art. 40 LBE, tal organismo no puede ser otro que el INEM. Ahora bien, esa referencia genérica deja abierta la posibilidad de que la actividad autorizatoria pueda ser encomendada a otro tipo de instancias y, en particular, que la misma sea objeto de transferencia a las Comunidades Autónomas.

Al ser tan escueta la Ley respecto de esta autorización administrativa, no se precisa nada acerca de la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, razón por la cual ha de entenderse de aplicación general las reglas

(63) Entre ellas cabría citar el artículo 1.3 RD 438/1992, de 30 de abril (BOE 8 mayo), por el que se desarrolla la Directiva 67/43/CEE relativa a la libertad de establecimiento y a la libertad de prestación de servicios, que excluye de su ámbito de aplicación a las agencias de colocación privadas.

(64) Dado el carácter de acto administrativo sometido al Derecho del Trabajo, debe entenderse que las reclamaciones frente a las resoluciones denegatorias de la autorización correspondiente se sustanciarán ante el orden contencioso-administrativo (art. 3 a LPL); cfr. J. CRUZ VILLALÓN: El control judicial de los actos de la Administración Laboral: la extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativo, RL, nº 18 (1990).

(65) Art. 28.1 LISOS, conforme a la nueva redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE 23 mayo), por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Procedimiento Laboral y de

previstas sobre el particular por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (66). En particular, la Administración tendrá obligación de resolver en el plazo de 3 meses, constituyendo uno de los temas más delicados el de precisar los efectos del silencio administrativo caso de que transcurra el citado plazo sin pronunciamiento expreso por parte de la Administración. Resulta criticable que la Ley no haya procedido a explicitar el carácter positivo o negativo de este silencio administrativo, pues se trata de una cuestión trascendental en tanto que la aplicación de la normativa general administrativa plantea ciertas dudas de aplicación al caso concreto. A mi juicio, la interpretación más plausible se inclina en favor del silencio administrativo positivo, pues el supuesto encaja simultáneamente en cada uno de los supuestos contemplados en el art. 43.2 de la Ley 30/1992 (67) acerca de los actos presuntos: se trata de una autorización para la instalación de una empresa o centro de trabajo; su concesión habilita al solicitante para el ejercicio de un derecho reconocido previamente por la LMUFO a ejercer actividad de colocación sin fin lucrativo; su normativa de aplicación no exige resolución de concesión expresa de la autorización. Para algunos, sin embargo, actuaría el silencio negativo, en la medida en que se transfiere al solicitante facultades relativas a un servicio público en los términos del art. 43.2.b de la Ley 30/1992. Sin embargo, tal criterio no resulta convincente, dado que en ningún momento la LMUFO considera que tales agencias de colocación desarrollen un servicio público; por el contrario, al único que nuestro ordenamiento califica de Servicio Público es al INEM, siendo quien procede a dar cumplimiento en exclusiva a las previsiones del convenio nº 88 OIT, relativo a los servicios de empleo, en tanto que estas agencias de colocación se autorizan a tenor del convenio nº 96 OIT de las agencias de colocación, que como tales pueden ser de carácter privado. A mayor abundamiento, el convenio de colaboración INEM-agencia de colocación, como vimos se celebra a tenor del art. 88 de la Ley 30/1992, conforme a cuyo apartado cuarto tales acuerdos no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

Eso sí, la concesión de la autorización administrativa a través del mecanismo del silencio positivo no deja de plantear ciertas dificultades materiales de ejecución práctica, que hubieran aconsejado mejor una expresa previsión del carácter negativo del silencio. Por ejemplo, piénsese que ante el acto presunto de concesión de la autorización, la agencia carecería del correspondiente convenio de colaboración con el Servicio Público de Empleo, por lo que no se sabría con precisión las condiciones de ejercicio de la actividad de mediación, aparte de que es posible que tampoco se conozca con precisión las tarifas que podrían establecer a efectos de satisfacer los gastos ocasionados con su actividad a empleadores y trabajadores. Esto podría constituir un indicio de una voluntad presunta del

(66) Ley 30/1992, de 26 de noviembre (BOE 27 noviembre).

(67) CASAS BAAMONDE y PALOMEQUE LOPEZ: «La ruptura del monopolio...».

legislador de no querer aceptar el silencio positivo, aunque no puede olvidarse que nuevamente el art. 43.2 b Ley 30/1992 no acepta que este mecanismo implícito de exclusión del silencio positivo pues viene a exigir la expresa referencia al carácter negativo del silencio administrativo al establecer como principio general el silencio positivo. En fin, siempre cabe, y ésto sería lo aconsejable, que el sucesivo desarrollo reglamentario solviente esta cuestión, pues la legislación administrativa permite que vía Decreto, cómo normativa de aplicación, se recoja la necesidad de autorización expresa.

La LMUFO, a diferencia de lo que se prevé para las Empresas de Trabajo Temporal, tampoco concreta la extensión temporal de la autorización administrativa; en particular, si la misma será única para el desarrollo permanente de la actividad, tendrá carácter temporal sometida a las correspondientes prórrogas, o bien finalmente una combinación de ambas con un período inicial de ensayo con autorización de carácter temporal posteriormente convertida en permanente. El Convenio nº 96 OIT, tampoco recoge precisión directa sobre el particular (art. 6 a), si bien en el momento de reglamentar las agencias «con» fines lucrativos exige la posesión de una «licencia anual» (art. 10 b), por lo que 'a sensu contrario' cabe interpretar que el Convenio acepta que las autorizaciones de las agencias «sin» fines lucrativos puedan ser de carácter permanente, aunque bien es cierto que deja libertad a las legislaciones nacionales y permite la otra alternativa. En estos términos habría que interpretar que, a salvo de lo que se pueda establecer por vía reglamentaria, la autorización administrativa será de carácter permanente.

Por lo demás, en esta materia se observan otras lagunas jurídicas, que hacen inexcusable el complemento normativo típico del Reglamento de desarrollo. Entre otros aspectos, quedan sin detallar los siguientes: ¿conforme a qué criterios ha de actuar la Administración concediendo o denegando la autorización de actuación a las agencias de colocación?; aceptando que no se trata de un acto administrativo reglado, dado que el art. 1.2 LMUFO concede una facultad de autorización al utilizar el término «podrá» (68), sin embargo ello no es suficiente y habrá que preguntarse ¿qué grado de discrecionalidad posee el acto de autorización?; ¿qué tipo de garantías económicas y de funcionamiento pueden exigírseles para la obtención de la autorización?; ¿la autorización administrativa ha de ceñir su actuación a un concreto ámbito de grupos profesionales específicos, sectores productivos concretos o circunscripciones territoriales concretas?; en su caso ¿cómo se determinan esos ámbitos de actuación profesional, sectorial y territorial?; ¿a qué instancia concreta dentro del INEM le corresponde conceder la autorización, pues al Consejo General del INEM sólo se le atribuyen facultades informativas: Comisión Ejecutiva Nacional, Director General del Instituto, Comisión ejecutiva provincial, Director Provincial?; caso de que las competencias de autorización se transfieran a las Comunidades Autónomas ¿Ha de

(68) En los mismos términos. CASAS BAAMONDE v PALOMEQUE LOPEZ: «La

permanecer en todo caso el previo informe del Consejo General del INEM, o bien este es sustituible por institución asimilada a nivel autonómico?

Por otro lado, queda claro que únicamente las agencias no lucrativas son susceptibles de ser autorizadas para actuar como mediadoras en el mercado de trabajo. A estos efectos conviene advertir, ante todo, que el factor decisivo que marca la frontera refiere exclusivamente a la finalidad económica de la actividad desarrollada, siendo indiferente a estos efectos la naturaleza jurídica de la agencia que lleva a cabo la mediación. Hasta el presente, nuestra legislación laboral ha centrado su atención en el carácter «privado» de las agencias a los efectos de prohibir su actividad (69). Sin embargo, tanto la redacción de la norma (art. 1 LMUFO) como los propios convenios de la OIT no contienen referencia alguna a naturaleza «pública» o «privada» de las agencias, centrandose su atención en su finalidad lucrativa o no. Es cierto que existe una cierta idea preconcebida de que la eliminación de la exclusividad de los servicios públicos, con la correlativa permisión de las agencias de colocación, pretende abrir este campo a la iniciativa privada, admitiendo la constitución de empresas privadas de estas características. Ahora bien, la ausencia de mención al carácter privado de este tipo de agencias en la legislación vigente comporta la posibilidad de que también sean instituciones públicas o semipúblicas de diversa naturaleza quienes, cómo una más de sus actividades de servicios al ciudadano, faciliten el proceso de colocación laboral (70). A estos efectos las dificultades, de acceso a ciertos mercados de trabajo de características muy especiales, con las que se enfrenta el INEM como servicio público gratuito, pueden ser más fácilmente afrontadas por otro tipo de instituciones públicas que por las competencias ejecutadas tienen mayor acceso a concretos colectivos sociales; piénsese en las entidades locales sobre todo en el medio rural, los Institutos de Formación Profesional, las Universidades Públicas, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, los Colegios Profesionales, etc. Más aun, si se tiene en cuenta que la premisa ahora es que dichas agencias no tengan fines lucrativos, es más verosímil que este tipo de instituciones sean auténticamente respetuosas con la filosofía del nuevo modelo legal: «la máxima especialización y proximidad a las fuentes de empleo», sin que ello repercuta en la reaparición de las fórmulas abusivas propias de la primera etapa del liberalismo económico. En el caso de las públicas o semipúblicas, se tratará de instancias menos propensas a desplegar conductas fraudulentas o comportamientos abusivos, escondiendo tras el título formal de retribución de gastos ocasionados por los servicios prestados, auténticas empresas que cobran por su mediación y se dirigen directamente a la obtención de un beneficio económico.

(69) Sobre la intrascendencia de apelativo «privadas» en la legislación precedente, por todos, SANCHEZ-CERVERA SENRA: «Colocación...», op. cit., pág. 136, pues se entendía que ninguna entidad pública podía actuar en el proceso de colocación laboral, «so pena de incurrir en una posible invasión de competencias que están reservadas expresamente al Ministerio de Trabajo».

(70) En términos similares. CASAS BAAMONDE v PALOMEQUE LOPEZ: «La

Ahora bien, la fórmula anterior no se encuentra exenta de riesgos en cuanto a su desarrollo futuro. El peligro de lo anterior es que se produzca una dislocación de los Servicios Públicos de Colocación, pues la progresiva intervención de un número cada vez más alto de agencias públicas o semipúblicas dibuje un panorama relativamente anárquico, de pluralidad de sujetos actuando sobre el mercado de trabajo, sin la debida coordinación entre ellos y sin que, por tanto, sea posible elaborar una política de empleo coherente en la fase de la colocación. Incluso, ello puede llegar a repercutir en el propio diseño del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues cualquier marco teórico sobre el particular, podría venir después desmentido con actuaciones incontroladas por otro tipo de instituciones públicas. De ahí, la trascendencia de la exigencia de que las agencias de colocación se sometan a una previa autorización administrativa, así como que el Servicio Público de colocación determine las condiciones de funcionamiento.

3. La remuneración sin fines lucrativos

Por lo demás, a juicio del legislador tanto nacional como internacional aún no se encuentra plenamente conjurado el riesgo del resurgimiento de las viejas fórmulas abusivas de las antiguas agencias privadas de colocación. Y, precisamente por ello, permanece la prohibición de las agencias lucrativas (art. 1.2 LMUFO). A tal efecto se mantiene la correspondiente sanción administrativa, tipificando como infracción muy grave el ejercicio de actividades de mediación con fines lucrativos de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la colocación de trabajadores (71) (art. 28.1 LISOS). A partir de ahora, pues, cobra significación dentro del ordenamiento español la distinción tipológica entre agencias «con» y «sin» fin de lucro, para lo cual, y a falta de una definición propia en la legislación nacional, debemos acudir a la noción aportada por la OIT y, en particular, por su Convenio nº 96. Para su art. 1 tendrán fin de lucro aquellas que desarrollen su labor con objeto de obtener del trabajador o del empleador «un beneficio material directo o indirecto». Por contra, las sin fines de lucro serán aquellas 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, la definición internacional de unas y otras incorpora diferencias de matiz no fáciles de trasladar a las situaciones concretas, siendo ineludible un proceso previo de concreción y desarrollo por la legislación nacional. En particular, se advierte inmediatamente que, conforme a tal noción,

(71) Art. 28.1 LISOS, conforme a la nueva redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE 23 mayo), por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de

a las agencias sin fines lucrativos no se las concibe como meras instituciones «humanitarias» que prestan un servicio «gratuito» a las partes contratantes, pues de antemano se prevé la posibilidad de exigir a éstas el abono de ciertas compensaciones económicas por los gastos de funcionamiento de la propia agencia de colocación. A partir de ahora, el carácter «gratuito» servirá para diferenciar al INEM de las agencias de colocación, pero no la licitud o ilicitud de la actividad mediadora. Para llamar la atención sobre ello, el Convenio nº 96 OIT las califica de agencias «retribuidas» de colocación, integrando dentro de ellas a las retribuidas «sin fines de lucro». La propio LMUFO admite expresamente la posibilidad de que las agencias perciban una «remuneración» del empresario o del trabajador que «se limite expresamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados». De este modo, la frontera se sitúa casi en el terreno de lo «cuantitativo», relacionado con el monto máximo de la cantidad exigible a los beneficiarios de la contratación; aun cuando formalmente se presente como un límite cualitativo, atendiendo al móvil de desarrollo de la actividad de intermediación, sea éste o no de obtención de beneficios en una economía de mercado. En otros términos, podría decirse que al estilo de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, a estas agencias de colocación les queda prohibido el reparto de beneficios económicos de ninguna clase a favor de sus titulares.

La escueta referencia legal a la posibilidad de exigir una compensación económica deja fuertes incertidumbres acerca de los elementos o factores que pueden ser tomados en consideración a la hora de determinar el «quantum» de los gastos ocasionados. Por ejemplo, no se especifica si sólo han de computarse los gastos directos e individualizados de la actividad de colocación, o cabe también incluir los indirecto y de carácter general de mantenimiento de la agencia de colocación: publicidad general de la agencia y no estrictamente individual, alquiler de locales o amortización de inmuebles destinados a la agencia, costes de mantenimiento, gastos de personal dedicado a la actividad de intermediación, compensación económica a los directivos y organizadores de la agencia, etc. Una vez más a falta de precisión reglamentaria, ha de entenderse que la expresión legal puede abarcar todos los conceptos anteriormente mencionados, en la medida en que realmente todos ellos hacen frente a gastos directos o indirectos derivados de la actividad de colocación. Al mismo tiempo, no se precisa si el cobro refiere a una prestación de mera actividad o de resultado; es decir, si la mera inscripción como demandante u oferente de empleo permite de por sí exigir el cobro de remuneración, o bien sólo es posible la compensación respecto de servicios «ya» prestados y efectivos. La norma habla de «servicios prestados», por lo que a mi juicio sería incluíble toda actividad efectuada por la agencia en favor del trabajador o empleador, con independencia del resultado más o menos exitoso del mismo. Eso sí, sería necesario fijar tarifas diferenciadas según cual sea el contenido, duración y alcance del servicio prestado por la agencia.

Asimismo, falta la suficiente precisión también del sujeto pasivo del débito. Es cierto que la norma menciona tanto al empresario o al trabajador, pero la copulativa «o» deja abierta también ciertas cuestiones: ¿Se trata de una alternativa absoluta de modo que sólo cabe cobrar a uno o a otro? ¿Cómo se determina quién

de los dos sujetos es el que debe abonar la remuneración a la agencia?, caso de que ciertos gastos se imputen al trabajador y otros al empresario ¿Qué criterios se emplean para efectuar el reparto de cargas económicas de uno y otro sujeto?

Debido a todas estas cuestiones que quedan abiertas cobra notable interés la previsión del Convenio nº 96 OIT, exigiendo que la tarifa a cobrar habrá de ser objeto de aprobación o fijación por la autoridad competente, habida cuenta estrictamente de los gastos ocasionados (art. 6 b). La LMUFO se limita a permitir el cobro de dichas tarifas, debiendo interpretarse que, al haber ratificado España el referido Convenio, también será preciso en nuestro ordenamiento la aprobación o fijación por la Administración de estas tarifas. Ahora bien, el silencio legal por parte de la norma estatal provoca una falta de precisión acerca de quién es la «autoridad competente» que asume las facultades de fijación o autorización de las tarifas. Si bien es cierto que el art. 1.2 LMUFO menciona al Servicio Público de Colocación y al Consejo General del INEM, lo hace tan sólo a los efectos de autorizar la actividad de las agencias y para celebrar el correspondiente convenio de colaboración. Podría entenderse que, por analogía y a falta de atribución de esta competencia a otra instancia estatal, sería el INEM quien autorizaría las tarifas, tanto en el momento inicial a través del convenio de colaboración cómo sucesivamente vía las correspondientes actualizaciones. Pero, ésta no es la única hipótesis imaginable, pues también cabría pensar en que, por su naturaleza, sería cuestión que correspondería resolver a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, previo informe de la Junta Superior de Precios. En particular, debe tenerse presente que corresponde a la Comisión Delegada la autorización de la subida de los precios de los productos y servicios incluidos en el régimen de Precios Autorizados, si bien hay que advertir que las tarifas de las agencias de colocación hasta el presente no se han incluido, al menos formalmente dentro del listado de precios autorizados (72).

4. La actividad de mediación en la colocación

Por lo que se refiere a la actividad de estas agencias, es claro que su cometido consiste en la intermediación entre la oferta y la demanda de empleo. A estos efectos, parece que la delimitación del fenómeno hoy en día resulta incontrovertida y ni siquiera plantea problemas de demarcación fronteriza con actividades afines de cesión de trabajadores, empresas de trabajo temporal, contratos de obras y servicios, sucesión de empresa etc. A diferencia de estos otros supuestos, en el caso de las agencias, las mismas intervienen con sujetos ajenos por completo al contrato de trabajo, actuando en las fases previas al perfeccionamiento de trabajo, como mera instancia que facilita la celebración del contrato. Sin embargo, una vez

(72) Cfr. arts. 19 ss. Decreto 2.695/1977, de 28 de octubre (BOE 31 octubre), modificado por RD 816/1982, de 26 de marzo (BOE 28 abril) y OM de 23 diciembre 1987 (BOE 29 diciembre).

más, queda sin aclarar si estas agencias, para que sea autorizada su actuación, es preciso que se dediquen exclusivamente a la labor de intermediación. Ni la LMUFO ni el Convenio nº 96 OIT contienen mención expresa sobre el particular; en la medida en que tengamos en cuenta la obligada consideración restrictiva de las normas prohibitivas, debe interpretarse de principio cómo admisible la posibilidad de desarrollar otras actividades no estrictamente de mediación. Prueba de ello será que el propio Convenio nº 96 no incluirá dentro de la prohibición de las agencias lucrativas a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tengan por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarias entre empleadores y trabajadores. De otro lado, si aceptamos como se apuntó antes que las agencias sin fines lucrativos puede ser gestionadas por instituciones públicas o semipúblicas, éstas por su propia naturaleza desarrollan otra serie de actividades y a tal efecto constituirían un típico ejemplo de no exclusividad en la actividad de intermediación en la colocación.

Mayores problemas pueden surgir respecto de las agencias estrictamente privadas, donde siempre ronda la duda de la actuación encubridora de una finalidad lucrativa o bien problemas de confusión por los usuarios de sus servicios respecto de los objetivos últimos perseguidos por los titulares, gestores o directores de tales agencias. Por ejemplo, lo que en ningún caso sería admisible es que una entidad desarrollara al propio tiempo labores de intermediación en la colocación y actuara como Empresa de Trabajo Temporal, pues para éstas últimas sí que existe previsión expresa de exclusividad (73). Ni siquiera sería admisible que las agencias de colocación establecieran relaciones de colaboración con las ETT en términos tales que indirectamente eludieran la obligada exclusividad de estas últimas. Piénsese en la conformación de un grupo de empresa que integrara en su seno a filiales, unas dedicadas a las actividades de colocación y otras a las correspondientes a las ETT.

A tal efecto, resulta de interés indicar que el proyecto de Ley regulador de las ETT, tal como fue aprobado por el Senado en su día, permitía a las ETT establecer relaciones de colaboración con las agencias de colocación por medio de la cesión a éstas últimas de sus bases de datos. La supresión expresa de esta posibilidad en el texto finalmente aprobado, unido a la taxativa exigencia de exclusividad de las ETT a las actividades de puesta a disposición de trabajadores a las empresas usuarias, lleva a la conclusión de que en ningún caso es posible que se produzca esta cesión de datos en posesión de las ETT para destinarlos a actividades de estricta colocación por parte de las agencias de colocación. Ahora bien, de principio lo que no aparece expresamente prohibido es el fenómeno inverso: la cesión de la base de datos de la agencia de colocación a una ETT para que ésta desarrolle en exclusiva las tareas de contratación para la puesta a disposición.

(73) Conforme al art. 2.1.b de la Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE 2 junio), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, a las ETT se les exige, entre otros requisitos, «dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de empresa de

Formalmente, esta otra actuación no tendría que incidir sobre la prohibición de exclusividad de las ETT, pues en sede teórica la cesión se efectuaría para atender a las actividades de la ETT. Por su parte la Ley Orgánica sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (74), comienza prohibiendo el uso de los datos de carácter personal para finalidades distintas de aquéllas para las que los datos hubieran sido recogidos (art. 4.2); sin embargo, tal norma también permite las cesiones de bases de datos cumpliendo determinadas condiciones, entre las que se encuentra el consentimiento del afectado, consentimiento que habrá de recaer sobre cesionario determinado o determinable y constando con claridad la finalidad de la cesión que se consiente (art. 11), debiendo también informar sucesivamente al afectado una vez se produzca la cesión de datos (art. 25). Con todo, no cabe la menor duda que este tipo de prácticas de cesión—en particular cuando se efectúan con carácter de generalidad y permanencia en el tiempo—pueden transformarse en un fácil expediente elusivo de la voluntad del legislador de separar netamente las actividades de las ETT respecto de cualquier otra, entre ellas las propias de las agencias de colocación; e incluso pueden llegar a afectar a la prohibición de que las agencias de contratación tengan carácter lucrativo. Al mismo tiempo, como es fácil imaginar la exigencia de consentimiento expreso por el afectado de la cesión de los datos de carácter personal, constituye una garantía de escasa efectividad práctica en el tema que estamos tratando, dada la particular situación de debilidad del trabajador en estos momentos delicados de búsqueda de empleo. Por todo ello, hubiera sido más recomendable que la norma legal, o bien en el futuro la correspondiente norma reglamentaria, procediera a prohibir expresamente este tipo de cesiones en ambas direcciones; y, en ausencia de ello, establecer una fuerte presunción de comportamiento irregular cuando se verifique la cesión de las agencias a las ETT aun cumpliendo formalmente los requisitos de la Ley 5/1992.

Por contra, donde no se impone la exclusividad es en la actividad de los Gabinetes de selección de trabajadores. Se trata precisamente de una actividad estrechamente cercana y conectada con la estrictamente de colocación, al punto que hasta el momento de la legalización formal de las agencias sin fines lucrativos, estos Gabinetes venían efectuando labores plenamente asimilables a las propias de mediación en la colocación. Por lo demás, son servicios complementarios los unos de los otros, de forma que con cierta naturalidad una agencia de colocación que pretenda lograr una efectiva labor de fomento de la contratación laboral proporcionará también a las empresas que acuden a ellas las técnicas o medios correspondientes de selección de los trabajadores más adecuados para el puesto que se pretende ocupar. Por ello, cómo regla general habría que dar una respuesta afirmativa a la posibilidad de realización conjunta por una misma agencia de las labores de colocación y selección de trabajadores.

Con todo, queda por realizar un último matiz de adición a la conclusión precedente. El Convenio nº 96 OIT incluye dentro de las agencias prohibidas, por

perseguir un fin lucrativo, a todas las que pretendan obtener un beneficio material, aclarando que ello afecta tanto a las que buscan dicho beneficio de forma «directa» cómo «indirecta». A tal efecto, puede imaginarse que la actividad de colocación se organice por parte de una agencia con el móvil de prestar un servicio complementario a determinadas empresas o trabajadores al objeto de captación de clientela para su actividad principal, ésta otra sí de carácter lucrativo. Desde este otro punto de vista, es exigible la exclusividad de las agencias privadas de colocación, cuando menos en el sentido de negar la posibilidad de que cualquier tipo de organización que como tal tenga un fin de lucro pueda, como mecanismo indirecto de obtención de beneficios materiales, constituir o controlar una agencia de colocación, aun en el caso de que esta última la establezca como actividad no lucrativa. Por otro lado, al apelar el Convenio nº 96 OIT al objetivo de beneficio «material» no hay que presumir que se está refiriendo exclusivamente a la obtención de un lucro económico, pues cabe hipotizar también la persecución de otro tipo de beneficios materiales particulares en favor de la organización titular de la agencia de colocación; así, habría que incluir dentro de la categoría de obtención de beneficio material, y por tanto prohibidas, las agencias que de forma espúrea pretendan con ello desarrollar una actividad de proselitismo en favor de determinada organización, sea ésta de carácter religioso, político o ideológico de diversa naturaleza.

En cuanto a su procedimiento de actuación, debe insistirse en la fuerte implicación tanto del derecho al trabajo como de la libre elección de profesión u oficio por parte de la actividad de intermediación de las agencias de colocación. Aun cuando las mismas no tengan un fin lucrativo, en función de la orientación de la mediación que despliegan, pueden dirigir la contratación laboral selectivamente en favor de determinados grupos o colectivos sociales y, lo que es más preocupante, con marginación de otros demandantes de empleo que ven así reducidas sus posibilidades de encontrar un empleo. A estos efectos, debe reafirmarse la eficacia directa «inter privados» del art. 14 CE, en atención a la cual queda vetado todo tipo de comportamiento de intermediación por parte de las agencias de colocación que implique tratamiento discriminatorio. Más aún, no se trata ya exclusivamente de una actuación negativa dirigida a prohibir los tratamientos discriminatorios, sino incluso la exigencia de un comportamiento más exquisitamente neutral en orden a impedir la conformación de mercados «cerrados» de trabajo; mercados «cerrados» en el sentido de que se produzca un resultado conforme al cual la actividad de las agencias—sin llegar a incurrir en tratamiento discriminatorio—provoquen que el acceso a determinadas empresas o actividades profesionales quede condicionado a determinadas circunstancias del demandante de empleo ajenas a la capacidad profesional o personal o bien a la experiencia laboral idónea para ser contratado laboralmente. En otros términos, la actuación de las agencias de colocación no sólo debe ser respetuosa con la prohibición de tratamiento discriminatorio sino también con el principio de «igualdad en el acceso al empleo». Con acierto, pues prevé el art. 1.2 LMUFO que dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de

basada en los típicos motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado.

Conviene hacer hincapié en el hecho de que el citado artículo no solamente contiene, en clave negativa, una prohibición de tratamiento discriminatorio, sino también en clave positiva, una imposición de escrupuloso respeto a la igualdad de trato en el acceso en el empleo, que a estos efectos comporta un plus de conducta respecto a la mera no discriminación. En concreto, con la referencia a la igualdad de acceso, la Ley viene a convertir a las agencias de colocación en organismos «abiertos» a todo solicitante de empleo. Con ello, se impone a las agencias que admiten la inscripción en sus registros de quien busca empleo, siempre que el demandante reúna los requisitos objetivos de titulación y formación profesional requeridos para las actividades correspondientes al ámbito de actuación de la agencia. En sentido contrario, se impide que se restrinja el acceso a los servicios prestados por una agencia de colocación a quienes hayan obtenido la titulación profesional en un determinado centro de estudios, a quien resida en determinado municipio, a quien se encuentre afiliado a determinado sindicato, etc.

5. El control administrativo

Respecto al papel de la Administración, el Convenio nº 96 OIT le atribuye a la autoridad competente funciones de «vigilancia» de la actuación de las agencias de colocación (art. 6 a). Ello supone que la actividad de control por parte del INEM no se agota con el acto inicial de autorización administrativa. Una vez autorizada la agencia y funcionando ésta, el INEM debe efectuar un seguimiento de su actuación, al objeto de comprobar que la misma cumple efectivamente las condiciones del convenio de colaboración. En ese sentido, se presupone que se le van a imponer a las agencias de colocación un deber de información sobre la actividad que desarrollan y que la misma no va a tener un mero valor estadístico de conocimiento por parte del INEM de la situación del mercado de trabajo (75). La información debe tener por objeto básico que el Servicio Público de Colocación pueda continuar marcando las pautas generales de la política de empleo, desarrollando una labor de coordinación general de la actividad de intermediación

(75) A los efectos meramente estadísticos, conviene recordar que a los empresarios se les mantiene la obligación de registrar en el INEM los contratos celebrados por escrito y de comunicar los verbales, obligación que se impone incluso en los casos en los que la colocación se haya efectuado con la cooperación de una agencia de colocación. No obstante, lo que sí podría resultar factible es que, entre las funciones de colaboración encomendadas a las agencias no lucrativas, se les asignara a éstas a través del convenio correspondiente la labor de registro o comunicación en nombre y sustitución de la empresa, aligerando en este caso de trabas administrativas a la actividad

en el proceso de colocación y, en definitiva, asegurarse que las agencias sin fines lucrativos se atienen estrictamente a las condiciones impuestas por el convenio de colaboración.

Todo ello comporta, a la postre, el reconocimiento a la autoridad laboral de la facultad de imponer sanciones en caso de incumplimientos de diversa entidad por parte de las agencias de colocación. Una vez más, el Convenio nº 96 OIT precisará que se deberán establecer sanciones «penales» apropiadas, que comprenderán, si ello fuere necesario, incluso la cancelación de la licencia o de la autorización previstas en el Convenio, por cualquier infracción de las disposiciones del propio Convenio o de la legislación nacional que le dé efecto (art. 8). La referencia a sanciones «penales» ha de entenderse en sentido genérico, incluyendo tanto las estrictamente penales (76) como las de carácter administrativo, éstas últimas de ordinario más utilizadas y efectivas en el ámbito de las relaciones laborales.

Por lo que refiere a la legislación nacional, la disposición adicional 7ª de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, ha procedido a introducir las modificaciones oportunas en la LISOS, al objeto de ampliar la actuación de la autoridad laboral a este campo de las agencias de colocación. Para empezar, la nueva regulación extiende el elenco de los sujetos responsables de las infracciones administrativas en materia social, incluyendo expresamente a las «agencias de colocación» (art. 2.7 LISOS). Junto a ello procede a desarrollar una tipificación relativamente detallada de las correspondientes infracciones administrativas, incluyendo dentro de las infracciones muy graves las siguientes: a) 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 administrativa; b) 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.

En todo caso, se siguen observando ciertas lagunas jurídicas en este terreno, pues, salvo lo relativo a las conductas lesivas a la igualdad en el acceso al empleo, no se prevé correctivo alguno para la actuaciones irregulares de las agencias de colocación ya autorizadas. Aquí se observa un importante vacío legal respecto de las conductas infractoras de las condiciones impuestas por el convenio de colaboración celebrado con el INEM, las relativas al cobro de tarifas por encima de los límites autorizados, etc.

Por lo demás, en cuanto a las sanciones sólo se prevén las de tipo pecuniario. Hubiera sido conveniente especificar también las causas justificativas para que el INEM pudiera proceder a denunciar el correspondiente convenio de colabora-

(76) Para estas, cfr. art. 499 bis del Código Penal, al tipificar los delitos contra la seguridad

ción, lo que por derivación llevaría aparejado la retirada de la autorización administrativa de actuación otorgada en su momento; en la medida en que se considere que tal retirada constituye una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, en principio lo más razonable, habría que tener presente que las exigencias constitucionales de sometimiento al principio de tipicidad y legalidad de esta actuación administrativa impediría su incorporación por vía reglamentaria.

IV. LAS EMPRESAS DE SELECCION DE TRABAJADORES

La reforma legal del proceso de colocación no contiene referencia expresa a las empresas de selección de trabajadores, por lo que podría deducirse que en esta materia en líneas generales se mantiene el régimen jurídico previsto hasta el momento presente. No obstante, se produce sobre esta actividad ciertas derogaciones normativas y, sobre todo, ciertos cambios indirectos que precisan ser aclarados.

Ante todo, conviene recordar que hasta el presente la plena prohibición de las agencias de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, se venía «esquivando» a través de la ampliación de la actividad de las empresas de selección, que de facto venían entrando en el espacio formalmente de exclusividad de la colocación asignado al INEM. A partir de ahora, el reparto de papeles debe ser más nítido, por cuanto que la admisión de las agencias sin fines lucrativos debe provocar correlativamente una reubicación de la esfera de actuación de los gabinetes de selección, que de principio han de realizar sólo las labores de selección. Cómo apuntamos con anterioridad, nada exige que las agencias de colocación actúen conforme a un principio de exclusividad, de modo que es lícito que las mismas complementen su función intermediadora con labores de colaboración en la selección de trabajadores, siempre y cuando ello no encubra su conversión en una entidad con finalidad lucrativa y por tanto tenga un móvil económico en la captación de clientela.

Criterio diferente debe mantenerse respecto de la situación inversa, es decir, la empresa de selección de trabajadores que realiza auténticas funciones de intermediación en el proceso de selección de trabajadores, pues ello sólo se admite que lo haga, bien el Servicio Público de Colocación, o bien las agencias de colocación sin fines de lucro. Y, precisamente, para que las empresas de selección se conviertan en agencias de colocación es necesario que obtenga la correspondiente autorización administrativa para actuar como tales. En ausencia de tal autorización sólo podrán actuar como puras empresas de selección. De lo contrario, incurrirían en la conducta tipificada como infracción administrativa muy grave por el art. 28.1 LISOS: ejercer actividades de mediación sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa. Desde el punto de vista administrativo, a partir de ahora debe desarrollarse una política de estricta vigilancia de estas posibles extralimitaciones en la actividad de las empresas de

autorizatorio de las agencias de colocación y que solamente puedan efectuar la actividad de colocación instituciones sin fines lucrativos.

A estos efectos, los gabinetes de selección 'stricto sensu' se deben limitar a recibir—de parte de las empresas que deseen contratar trabajadores directamente, de las agencias de colocación o del propio INEM— la relación nominal de aspirantes a ocupar un puesto de trabajo, procediendo éstos a efectuar las concretas tareas de selección de los trabajadores más idóneos por razones de capacidad, mérito o experiencia profesional. A sensu contrario, por ejemplo, las empresas de selección no pueden, como hacían hasta ahora, publicar anuncios en los medios de comunicación en los que se recojan las ofertas de empleo, canalizando de este modo la demanda de empleo y convirtiéndose por otras vías en agencias de colocación no autorizadas. La LMUFO procede a derogar los preceptos que exijan a las empresas de selección de trabajadores hacer constar en sus anuncios el número de la demanda en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta (arts. 16.2 ET y 40.2 LBE). Pero tal derogación no puede interpretarse como la posibilidad de que a partir de ahora tales gabinetes de selección puedan efectuar sus anuncios sin previo visado de la Oficina de Empleo, sino a la inversa la imposibilidad de difundir ofertas de empleo vía medios de comunicación, ocultando una actividad de colocación no autorizada y con posibles fines lucrativos.

Y justamente, lo que diferencia a estas empresas de selección es que no precisan de la previa autorización administrativa y que además pueden desarrollar una actividad empresarial con fines lucrativos. Por esas circunstancias de proximidad en cuanto a la función desarrollada con las agencias de colocación, la legislación laboral mantiene la obligación de que las mismas informen de sus tareas al INEM (art. 44.3 LBE), tipificándose el incumplimiento de este deber de información como infracción administrativa, con el carácter de grave (art. 27.3 LISOS).

Con todo, se observa una notable falta de concreción y desarrollo del régimen jurídico de cargas y controles legales de la actividad de este tipo de gabinetes de selección. Por ejemplo, sería bastante aconsejable la propuesta formulada desde hace ya tiempo en orden a la creación de un registro de este tipo de empresas (77), que sin convertirse en una forma oculta de exigir una autorización administrativa, otorgue mayores dosis de transparencia a las entidades que actúan en un terreno tan delicado como es el de la colocación.

Asimismo, la norma es imprecisa en exceso acerca del alcance del deber de información impuesto a los Gabinetes, pues no se concreta en absoluto cual es el contenido de la información que debe proporcionar al Servicio de Colocación, si la misma debe concretar las empresas para las que ha trabajado, el número de trabajadores que ha seleccionado, los métodos empleados, las tarifas cobradas por su actividad de selección, etc.; ni siquiera concreta la Ley la periodicidad con la que se debe informar al Servicio de Colocación, ni cuando surge por primera vez

la obligación de informar de su actividad. El grado de imprecisión es tan alto, que el mínimo de actividad informativa por parte de la empresa de selección se puede considerar formalmente como suficiente para cumplir con el mandato legal y que, en correspondencia, sea materialmente imposible que se incurra en el tipo infractor previsto en la LISOS. Dicho con toda su crudeza, la fórmula legal equivale de facto a la inexistencia de obligación alguna de información.

Por otra parte, se echa en falta en la regulación legal alguna precisión respecto de la actividad selectiva efectuada por las empresas de selección, en particular por lo que se refiere al debido respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas de los seleccionados. Es cierto que, una vez más, la eficacia 'inter privados' de los mandatos constitucionales en este punto nos conducirían a concluir en la prohibición de que los gabinetes de selección actúen con criterios lesivos a los derechos constitucionalizados con el grado de fundamentales; por ejemplo, la imposibilidad tanto de que utilicen elementos de discriminación de los vedados por el art. 14 CE a la hora de proceder a la selección de trabajadores, así como que en los cuestionarios que presenten a los candidatos no puedan atentar contra la privacidad de los demandantes de empleo inquiriéndoles sobre su vida privada, ideología, etc. (78). Sin embargo, sería de gran utilidad que la legislación ordinaria contuviera expresa mención a tal prohibición, como lo hace para el empresario y las agencias de colocación. En particular, sería necesario establecer al efecto la atribución de la competencia al orden social de la jurisdicción, a través de correspondiente proceso sumario y preferente de tutela judicial de las presuntos actos lesivos, especificando cual sería el contenido de fallo judicial en caso de que la sentencia advierta la correspondiente conducta lesiva.

Finalmente, en materia de tarifas no existe limitación de ningún tipo, por cuanto que se presume que aquí nos encontramos frente a actividades económicas que se desarrollan en el marco de la libertad de mercado y de libre iniciativa empresarial, por lo que se da por supuesto que se tratará de empresas con fines de lucro que celebrarán los correspondientes contratos civiles atendiendo a las reglas de la concurrencia mercantil. Con todo, conviene advertir que este tipo de gabinetes de selección establecen sus relaciones contractuales exclusivamente con empresas que, en su condición de empleadores, desean contratar a trabajadores. Ello, a sensu contrario, supone que los gabinetes de selección, una vez más a diferencia de las agencias de colocación, no podrán percibir remuneración alguna de los trabajadores a seleccionar, pues el servicio se lo prestan a las empresas. Sin embargo, a partir de ahora si sería admisible que los empleadores, en el curso del proceso de colocación, procedieran a repercutir sobre los trabajadores contratados los gastos derivados de la selección efectuada por el

(78) Sobre particular, por todos, J.L. GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988, págs. 39 ss., si bien se trata de consideraciones efectuadas respecto al control empresarial en el proceso de selección de personal y no respecto de idéntica actividad llevada a cabo por las empresas especializadas en la selección

gabinete correspondiente. A estos efectos conviene recordar que la Ley 11/1994, de 19 de mayo, ha procedido a derogar la vieja Ley de Contrato de Trabajo, cuyo art. 15 establecía que los gastos que ocasione la celebración del contrato de trabajo los pagará el empresario si no se hubiese pactado lo contrario. En todo caso, la derogación del tal precepto no puede interpretarse como la posibilidad de repercusión automática y unilateral por parte del empresario al trabajador de los gastos de contratación y, entre ellos, los abonados a los gabinetes de selección de trabajadores; tratándose de servicios prestados al empresario, éste es contractualmente el sujeto responsable del pago y sólo cabrá la repercusión en caso de aceptación por parte del trabajador.