

**TRANSFERENCIA Y PRIVATIZACIÓN DEL SERVICIO
PÚBLICO DE COLOCACIÓN**

(MATERIALES PARA UN ESTUDIO SOBRE LA INCIDENCIA DE
LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO)

Núm.
46/2000

RAFAEL LÓPEZ PARADA

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Extracto:

EN la medida en que el Derecho del Trabajo es el fruto de la intervención de los poderes públicos en la vida económica, los procesos de liberalización y privatización vienen a incidir en elementos esenciales de su estructura. En el presente artículo se analiza un supuesto concreto: la colocación de los trabajadores.

Se parte del estudio de la configuración histórica de la colocación obrera como un servicio público, vinculada a la gestión y control de las prestaciones por desempleo involuntario. Desde los primeros intentos de configuración se pasa a la legislación republicana, época en la que se ponen las bases de un sistema público que será integrado en la Organización Sindical después de la Guerra Civil, hasta que la modernización económica y política española en la década de los setenta impongan su recuperación como servicio público en la Ley Básica de Empleo de 1980, si bien la regulación de entonces se vio lastrada por la configuración burocrática de los servicios de empleo sindicales en la época franquista.

En todo caso, el Servicio Público de Empleo de la democracia vio la luz en un momento de crisis económica y de reforma política, por lo que su eficacia y racionalidad ha sido cuestionada permanentemente, lo que dio lugar a su transformación en el marco de la reforma laboral de 1994, para eliminar elementos burocráticos y permitir la aparición de intermediarios privados sin ánimo de lucro. Pero esta reforma venía a consolidar además un segundo tipo de mercado de trabajo distinto al gestionado por los servicios públicos de empleo, el que llamamos «mercado de trabajo flexible», gestionado por empresas privadas de servicios y empresas de trabajo temporal.

Este esquema se ha revelado transitorio y frágil, por cuanto está sufriendo una rápida transformación.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. La creación en España de un servicio público y gratuito de colocación prestado en régimen de monopolio.
- III. La evolución del servicio público de colocación hasta la reforma laboral de 1994.
- IV. La reforma laboral de 1994. El fin de la intermediación obligatoria del INEM y la aparición de otras entidades: servicios integrados para el empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal.
- V. La transferencia del servicio público de colocación a las Comunidades Autónomas.
- VI. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la aplicación del derecho comunitario de la competencia: la creación de un mercado de la colocación.
- VII. El ámbito territorial de los mercados de la colocación: las libertades comunitarias y la creación de un mercado europeo.
- VIII. El convenio n.º 181 de la Organización Internacional del Trabajo.
- IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La propia existencia del Derecho del Trabajo y, en sentido amplio, del Derecho Social deriva de la intervención del Estado en la vida económica. Se trata de intervenciones de muy diverso tipo, asistemáticas, en ocasiones contradictorias, que compaginan la producción normativa con la acción ejecutiva o judicial, e históricamente han mudado la represión de la acción colectiva de los trabajadores por el amparo, mediante el poder coercitivo del Estado, de los frutos de su negociación con los empresarios. Una estructura jurídica y social de este tipo se ha visto afectada profundamente por las crisis económicas cuyo ciclo se inauguró a mediados de los años setenta y las vías adoptadas para salir de las mismas. La flexibilización y la liberalización, que fueron los discursos dominantes durante la década de los ochenta y principios de los noventa, han dejado hoy su espacio dominante en el discurso político al de la privatización. En rigor privatizar no implica ni flexibilizar, esto es, reducir el nivel de protección ofrecido por las normas a los trabajadores para permitir un aumento del poder de dirección del empresario, ni tampoco liberalizar, esto es, hacer desaparecer normas e intervenciones. Privatizar quiere decir transferir a sujetos privados las tareas de las que antes se encargaban los poderes públicos y, por añadido, crear un mercado competitivo a partir de actividades que antes eran prestadas por la Administración, habitualmente en régimen de monopolio y mediante sistemas de precios públicos o incluso de forma gratuita, a través de la financiación tributaria de los servicios.

Un proceso de privatización y, más allá de los sucesos concretos que lo jalonan, la filosofía que informa el mismo, han de afectar a las estructuras profundas de una parte del ordenamiento jurídico, como es el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cuya esencia deriva, como hemos dicho, de la intervención de los poderes públicos que ahora se cuestiona. Se hace preciso pues repensar el propio contenido de las normas y de sus lógicas para adaptarlas al nuevo contexto procurando salvaguardar los bienes jurídicos esenciales, pero ello es casi imposible sin centrar el problema mediante un estudio, caso por caso, de los sectores afectados por el proceso privatizador. El caso que tomaremos como objeto de nuestra atención en este trabajo es el de la colocación de trabajadores. Analizaremos a continuación la evolución histórica de la colocación, su construcción legislativa como servicio público prestado en régimen de monopolio con financiación tributaria y los problemas que surgen al hilo de la ruptura del monopolio y la privatización del mismo, que viene a coincidir temporalmente con la división de la red de Oficinas de Empleo por Comunidades Autónomas en el marco del proceso de transferencias que hoy está en marcha.

II. LA CREACIÓN EN ESPAÑA DE UN SERVICIO PÚBLICO Y GRATUITO DE COLOCACIÓN PRESTADO EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO

Aunque el primer antecedente normativo de los servicios de colocación en España se encuentra en la creación de Bolsas de Trabajo y Agencias de Colocación por las Cámaras Agrícolas y por las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación¹, el impulso para la efectiva creación de oficinas de colocación fue su carácter de complemento imprescindible para la puesta en marcha de un subsidio público de paro involuntario. El remedio a las situaciones de desempleo se contemplaba desde una doble vertiente: por un lado se intentaría paliar mediante subsidios las situaciones de necesidad generadas por la falta de un salario, mientras que, al mismo tiempo, habría de remediarse dicha falta mediante la búsqueda de un puesto de trabajo para el desempleado. Pero esta búsqueda no era vista únicamente como un mecanismo preventivo. La mera posibilidad de establecer un subsidio exigía, en el entender de todos, la simultánea constatación del carácter involuntario de la situación de desempleo. Y para ello el mecanismo había de ser el ofrecer al obrero subsidiado un puesto de trabajo si tal cosa fuera posible. El servicio de colocación era por ello un complemento indispensable del subsidio.

Esta vinculación apareció desde el primer momento en que se planteó la creación de un seguro facultativo para el paro involuntario, encargando los correspondientes estudios para ello al Instituto Nacional de Previsión mediante el Real Decreto de 5 de marzo de 1910, que conllevó simultáneamente el encargo al Instituto de Reformas Sociales de la elaboración de un proyecto de Ley sobre creación de Bolsas de Trabajo. El mismo criterio se adoptó en las conclusiones de la «Conferencia Técnico-Social para la implantación de los Seguros Sociales» convocada por el Gobierno mediante un Real Decreto de 29 de julio de 1917 y celebrada en octubre del mismo año. Pero el régimen de la Restauración sería finalmente incapaz de organizar este seguro obligatorio contra el paro forzoso, al fracasar finalmente, por el golpe de Estado de Primo de Rivera, el proyecto de Ley elevado al Gobierno en agosto de 1923 por el a sazón Ministro de Trabajo, Chapaprieta Torregrosa, después de haber ratificado en 1922, previa autorización de las Cortes mediante una Ley de 13 de julio, el convenio sobre seguro de paro forzoso que había adoptado la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington en 1919².

Retomados los trabajos en época de la Dictadura a partir de una Real Orden de 26 de marzo de 1924, el mayor problema que se encontraba era obtener los medios para organizar una red de oficinas de colocación, como expresaba el Instituto Nacional de Previsión en 1928, al presentar un anteproyecto de bases para la previsión contra el paro forzoso: «La gran dificultad con que todos los intentos de organización y funcionamiento de un sistema oficial de auxilio contra el paro han tro-

¹ Real Decreto de 15 de noviembre de 1890, base tercera de la Ley de Bases sobre Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, de 29 de julio de 1911 y artículo 9.6 de su Reglamento de aplicación, de 14 de marzo de 1918.

² Su artículo 2 establecía que «todo miembro que ratifique el presente convenio deberá establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación, bajo el control de una autoridad central» y, asimismo, que, «cuando coexistan agencias gratuitas, públicas y privadas, deberán tomarse medidas para coordinar las operaciones de unas y otras con arreglo a un plan nacional».

pezado hasta ahora en España (...) ha sido la falta de una organización de la colocación». Para subsanar esta falta se quiso utilizar la Organización Corporativa Nacional que la Dictadura de Primo de Rivera había creado mediante un Real Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1926 y que constituye un precedente de los futuros Sindicatos Verticales franquistas, puesto que el modelo que se estaba siguiendo era el del fascismo italiano de la época y su Estado corporativo. A partir de esta estructura corporativa, constituida desde el nivel local por comités paritarios de obreros y patronos, se pensó en construir el sistema de oficinas de colocación, resolviendo de esta manera la falta de una estructura pública de la Administración Central para asumir la tarea. Una atribución de los comités paritarios locales e interlocales, según el punto III.17 del Real Decreto-Ley, era «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» .

Sin embargo jamás se llegó a establecer el previsto seguro de paro ni la red de oficinas de colocación o bolsas de trabajo. Fue inmediatamente después de la proclamación de la II República cuando, el 25 de mayo de 1931, se dictó un Decreto que estableció las bases para la creación del seguro de paro forzoso a través de una Caja Nacional inserta en el Instituto Nacional de Previsión. El 30 de septiembre se aprobaba igualmente mediante Decreto el Reglamento de la Caja Nacional contra el paro forzoso. La colocación obrera y el correspondiente Servicio Nacional de Colocación vieron la luz en España mediante la Ley de 27 de noviembre de 1931 y su Reglamento de 6 de agosto de 1932. La Constitución de la República Española, aprobada el 9 de diciembre de 1931, constitucionalizaba los seguros sociales, entre ellos el de paro forzoso, en su artículo 46: «(...) La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de (...) paro forzoso (...)». En realidad lo que la legislación republicana hizo fue poner las bases para la instauración en España del seguro de paro forzoso, dando los dos pasos previos que se venían considerando imprescindibles: organizar las bolsas de trabajo y crear una Caja Nacional de Seguro contra el paro. Los Decretos de 25 de mayo y 30 de septiembre de 1931 no instauraron el seguro de paro forzoso, sino que crearon una Caja Nacional dentro del Instituto Nacional de Previsión, cuya función era financiar a las denominadas «entidades primarias» que otorgasen a sus afiliados los subsidios de paro reglamentariamente previstos y que cumpliesen las condiciones exigidas, firmando un concierto con el Instituto Nacional de Previsión. El necesario correlato del sistema era la organización del servicio de colocación para mantener un control sobre los beneficiarios, de forma que el registro de los mismos y el ofrecimiento a éstos de los puestos de trabajo que pudieran quedar vacantes garantizaran que su situación de paro era realmente «forzosa». El propio Reglamento de la Caja Nacional contra el paro forzoso preveía en su artículo 31 como causa de pérdida del subsidio «no aceptar la colocación adecuada que autorizadamente ofrezca la Oficina de Colocación o Bolsa de Trabajo competente, la entidad primaria a que pertenezca el parado o la Caja Nacional contra el Paro Forzoso».

Así pues el siguiente paso era la creación de Oficinas de Colocación. Inicialmente, mediante sendos Decretos de 28 de abril y 18 de julio de 1931, se habían creado registros de colocación y bolsas de trabajo «con carácter circunstancial y finalidad específica». Tales medidas de urgencia fueron sustituidas por una regulación más sistemática mediante la Ley de 27 de noviembre de 1931, que

reguló la colocación obrera. Su artículo primero establecía: «Bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo y Previsión se organiza por el Estado la colocación obrera con el carácter de nacional, pública y gratuita. Las empresas comerciales de colocación y las agencias de pago cesarán en sus funciones en el término de un año». Y el Reglamento de esta Ley, aprobado mediante Decreto de 6 de agosto de 1932, pasó a hablar, por primera vez en la historia española, de un Servicio Nacional de Colocación, público y gratuito, cuyo principal objeto era «aproximar las ofertas y las demandas de mano de obra, en beneficio de patronos y obreros», además de proporcionar un conocimiento general de la situación del mercado de trabajo en todo el territorio de la República. El Reglamento contenía una regulación detalladísima y completa de este Servicio, de las oficinas y sus funciones, incluida la compensación territorial de ofertas y demandas. El Servicio Nacional de Colocación no se prestaba por la Administración Pública en régimen de monopolio. La prohibición establecida por la Ley de 1931 de las empresas de colocación y agencias de pago no incluía a las «agencias privadas que por su carácter gratuito y altruista deban subsistir» (art. 7 del Reglamento), respecto a las cuales se preveía su integración en la coordinación con el Servicio Público y su «asidua y rigurosa fiscalización» para que, «en todo caso, reúnan las debidas condiciones de moralidad e higiene, no sean onerosas para los que acudan a ellas en busca de trabajo y se sometan en su actuación al sistema establecido por la Ley y este Reglamento» (art. 3.ª del Reglamento). Por otra parte el Servicio Nacional de Colocación no obligaba a registrar todas las ofertas y demandas de empleo y las colocaciones producidas. Ni patronos ni obreros, salvo en los casos en que excepcionalmente se estableciese lo contrario por el Ministerio de Trabajo y Previsión, estaban obligados a acudir al mismo con demandas u ofertas de trabajo. Salvo por lo que respecta a sus finalidades estadísticas, el Servicio de Colocación no era visto como un control burocrático del mercado de trabajo a través del registro de documentos, sino como un prestador del servicio de intermediación, para lo cual sólo debía actuar cuando su intervención fuese demandada por los interesados. En fin, la creación de la red de oficinas de colocación por todo el territorio nacional, que la Dictadura había pretendido resolver mediante la Organización Corporativa, se quiso solucionar por la República acudiendo a los Ayuntamientos de las cabezas de partido, las capitales de provincia y los pueblos principales, a los que se encargaba la creación de las correspondientes oficinas.

Las circunstancias políticas de la República y su final desaparición a manos del Ejército y de las fuerzas políticas de la derecha nacionalista tras la guerra civil dieron al traste con el intento modernizador. La constitución de un Servicio Nacional público y gratuito de Colocación no volvería a reproducirse hasta la Ley Básica de Empleo de 1980 a través de la red de oficinas del Instituto Nacional de Empleo (INEM).

El Estado franquista, en sintonía con los regímenes fascistas europeos de la época, unía el autoritarismo político, el nacionalismo exacerbado y la idea de solidaridad social organizada por el Estado de partido y sindicato único, diluyendo el conflicto de clases en el espíritu nacional. La importancia del «discurso social» en el régimen surgido de la Guerra Civil es esencial para comprender sus instrumentos de legitimación. Este discurso halló sus mejores gestores en los sindicatos falangistas, convertidos en sindicatos únicos e institucionalizados, de afiliación obligatoria para patronos y obreros, en los que encontró acomodo buena parte de la militancia falangista desalojada finalmente por los militares y las élites católicas de la mayoría de los puestos políticos del Estado. El Fuero del Trabajo,

aprobado por Decreto de 9 de marzo de 1938, mantenía una concepción corporativa de la nación, con tintes ciertamente castrenses, de forma que «todos los factores de la economía» eran objeto de encuadramiento bajo los principios de «Unidad, Totalidad y Jerarquía» (declaración XIII), organizados en Sindicatos Verticales estructurados por ramas de producción. El Sindicato Vertical se convertía en una Corporación de Derecho Público, vinculada al partido único al disponerse que las jerarquías del Sindicato recaerían necesariamente en militantes del partido único, Falange Española Tradicionalista y de las JONS. Por supuesto cualquier otro sindicato (igual que cualquier otro partido político) quedaba prohibido y criminalizado. Las Leyes de Unidad Sindical, de 26 de Enero de 1940, y de Organización Sindical, de 6 de diciembre del mismo año, convirtieron en Derecho positivo tales disposiciones. La declaración n.º XIII del Fuero del Trabajo indicaba claramente la reforma que se iba a realizar con las Oficinas de Colocación de la República, cuando decía que el Sindicato «establecerá Oficinas de Colocación para proporcionar empleo al trabajador, de acuerdo con su aptitud y mérito»³. Se volvió de esta manera al sistema de la Dictadura de Primo de Rivera, sustituyendo la fracasada Organización Corporativa Nacional por su equivalente, ideologizado y radicalizado, el Sindicato Vertical, que se apropió de la red de oficinas municipales puesta en marcha por la República.

El artículo 1 de la Ley de Colocación de 10 de febrero de 1943 dispuso: «El Estado español organizará por la presente Ley, por medio del Ministerio de Trabajo y bajo la inspección de éste, la colocación de los trabajadores con carácter nacional, público y gratuito y dependiente de la Delegación Nacional de Sindicatos». Esta Ley no organizaba los Servicios de Colocación con la función de poner en contacto demandas y ofertas de trabajo. El artículo 2 indicaba como primera función de los mismos «el encuadramiento profesional de todos los trabajadores, proveyéndoles, incluso a los aprendices, de la Cartilla profesional correspondiente»⁴. La estricta función de colocación se concebía de la siguiente manera en el mismo artículo 2: «Promover la colocación de los trabajadores, **llevando con exactitud registros y ficheros**». Aún más, el artículo 11 establecía que en cada término municipal, salvo casos excepcionales, no podría funcionar más que un solo Organismo de Colocación, ni podría existir más que una sola Oficina de Colocación, que tendría jurisdicción provincial. La función real cuyo cumplimiento se esperaba de los Servicios de Colocación no era, manifiestamente, su eficacia en la intermediación en el mercado de trabajo. Por el contrario éstos se concibieron como un mecanismo de encuadramiento de la población trabajadora en los Sindicatos Verticales. El hecho de que toda persona dispuesta a trabajar hubiese de inscribirse en las Oficinas de Colocación sindicales y obtener su Cartilla, y de que todo contrato y oferta de trabajo pasara por estas oficinas y fuese registrada constituía un mecanismo de control social en absoluto despreciable, y como tal se instru-

³ El espíritu con el que el Sindicato Vertical abordó el problema de las Oficinas de Colocación lo refleja este texto recogido del número 2, de abril de 1939, de *la Revista de Organización y Acción Sindical*: «También se han reorganizado (...) las Oficinas de Colocación creadas hace siete años, pero que en muchas partes sólo existían en la «Gaceta». El Decreto que las modifica radicalmente lleva la fecha de 30 de agosto de 1938. En él **se suprime la composición paritaria** de las Inspecciones antiguas **para constituir organismos técnicos presididos por un funcionario especializado** en estos problemas; se crean Oficinas de Colocación en todos los partidos judiciales, se ha jerarquizado y organizado el personal y **se han colocado las Oficinas en el Sindicato, su lugar propio, separándolas del Ayuntamiento donde eran sólo un instrumento de la política del día**. Al terminar el año 1938 las Oficinas de Colocación eran en España una realidad eficazísima».

⁴ La Cartilla profesional, cuya implantación ya había previsto la normativa de la Organización Corporativa Nacional de Primo de Rivera, se declaró obligatoria por un Decreto de 3 de mayo de 1940.

mentó. Los Servicios de Colocación se insertaban en esta lógica y, por ello, el artículo 3 de la Ley de 1943 prohibió «la existencia de Agencias u Organismos privados de cualquier clase dedicados a la colocación», algo que la República no había hecho con los organismos sin ánimo de lucro. Al mismo tiempo el artículo 5 estableció la obligación de inscribirse en las Oficinas de Colocación para todos los trabajadores cuando hubieren de solicitar ocupación y la de las empresas de solicitar a través de las Oficinas de Colocación los trabajadores que necesitaran, si bien se mantenía la facultad de las empresas de elegir libremente entre los trabajadores inscritos aquellos a los que habían de contratar. Las colocaciones producidas y la finalización de los contratos de trabajo habrían de quedar igualmente registradas. Serían dos novedades de la legislación franquista destinadas a perdurar: el monopolio absoluto de la intermediación, excluyendo incluso las actividades de colocación sin ánimo de lucro, así como el carácter burocrático de la colocación, registrando todas las ofertas y demandas de trabajo, las colocaciones producidas y las terminaciones de contratos. El Servicio de Colocación de las dos primeras décadas del franquismo no conllevó el establecimiento de un seguro de desempleo.

Las profundas reformas que, a partir del Plan de Estabilización de 1959 comenzaría a sufrir la economía española, especialmente por su mayor apertura al exterior y el fin de la autarquía, implicaban la reestructuración de empresas, lo que aconsejaba, a la vista del tímido resurgir de las protestas obreras, poner en marcha una protección contra el desempleo que amortiguara los costes sociales de las reestructuraciones⁵. La puesta en marcha de la nueva política económica implicaría la vuelta a los planteamientos tradicionales: reforma del Servicio Público de Colocación e implantación de un seguro de desempleo. Así se hizo, por una parte, mediante el Reglamento de desarrollo de la Ley de 1943, aprobado por Decreto 1254/1959, de 9 de julio y mediante la reorganización de los servicios provinciales de empleo de las Delegaciones Provinciales de Trabajo a través de una Orden de 13 de junio de 1961. Y, por otra, mediante la implantación en 1961, por la Ley 62/1961, de 22 de julio, del Seguro de Desempleo, gestionado por el Instituto Nacional de Previsión. Este seguro se integró en la Seguridad Social a partir de la creación de la misma mediante el texto articulado de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril. Pero las limitaciones que imponía el corsé político franquista se hicieron patentes en este terreno, como en tantos otros. Por un lado la protección de desempleo resultaba insuficiente en su cuantía y en cuanto a la protección incluida en su ámbito. Su tasa de cobertura podía alcanzar niveles altos a finales de los sesenta debido al crecimiento económico elevado en España (con la migración masiva hacia las zonas urbanas industrializadas) y en Europa (con la migración igualmente importante hacia los países más desarrollados de nuestro continente)⁶. El Servicio de Colocación se mantuvo en manos de los Sindicatos Verticales con el Reglamento

⁵ Las prestaciones sociales para los trabajadores que se quedan en paro son esenciales cuando se quiere introducir flexibilidad en los mecanismos de despido o en los grandes procesos de reestructuración económica. Algo así volvería a ocurrir en la década de los ochenta con la reconversión industrial ante el nuevo proceso de apertura al exterior de la economía española, derivado del ingreso en la CEE. La gestión de dicho proceso de reconversiones por el Gobierno socialista exigió crear mecanismos de protección social reforzada. Para evitar su generalización se instrumentaron Fondos de Promoción de Empleo y otras instituciones similares, generando un régimen de privilegio para los trabajadores afectados por los procesos de reestructuración en zonas geográficas conflictivas o en grandes empresas frente a los demás. Una perversa enseñanza de aquellos años fue que la lucha en la calle mediante métodos violentos podía conseguir del Gobierno un trato de favor.

⁶ BAREA TEJEIRO, J.: «La prestación por desempleo: coste y financiación». En el número 8 (año 1981) de *Papeles de Economía Española*, revista editada por la Obra Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorro.

de 1959 y, a pesar del intento de reforma mediante la implantación de Oficinas Comarcales y del reforzamiento del control sobre el mismo por las Delegaciones de Trabajo a través de sus Servicios Provinciales de Empleo, careció de operatividad y eficacia para el cumplimiento de la misión que supuestamente tenía encomendada. El conjunto de los procesos de migraciones y de colocación masiva de trabajadores en las zonas en desarrollo se llevó a cabo al margen del mismo.

Por otra parte se echaba en falta un mecanismo de control eficaz de la involuntariedad real de la situación de desempleo de los beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social, lo que era un importante freno para la mejora de su acción protectora. Los sectores desarrollistas del régimen fijaron el objetivo de transferir la competencia en materia de colocación de los Sindicatos Verticales a la Seguridad Social, de forma que se vinculara al control de las prestaciones por desempleo. El Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo, se limitó a reforzar los poderes de control del Ministerio de Trabajo sobre las oficinas sindicales de colocación para conseguir someterlas a un plan anual de actividades, incluido dentro de los planes de desarrollo. Pero la crisis económica y las cifras crecientes de desempleo, con la conflictividad social y política en aumento de los últimos años del franquismo, hizo inaplazable la reforma. Mediante el Decreto-Ley 1/1975, de 22 de marzo y el Decreto 2357/1975, de 12 de septiembre, se reorganizaron los Servicios Públicos de Empleo. Para ello se transformó el Servicio de Acción Formativa de la Seguridad Social en el Servicio de Empleo y Acción Formativa (SEAF), considerado como servicio común de la Seguridad Social. A este servicio se transfirió la red de Oficinas de Empleo y registros de ofertas y demandas de trabajo, cuya «localización, sus funciones específicas y su dotación de medios» debía acomodarse «a las necesidades cambiantes de las acciones de colocación y de formación profesional». Uno de los objetivos fundamentales, la colaboración de las Oficinas de Colocación en el control de las prestaciones por desempleo, se reguló por el Decreto 656/1978, de 30 de marzo.

A su vez la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, estableció en su artículo 12:

- «1. El contrato de trabajo, con el visado de la entidad sindical que corresponda, se registrará con carácter obligatorio por la oficina de empleo competente.
2. Se prohíbe la existencia de agencias u organismos privados de cualquier clase, incluidos los de servicio doméstico o trabajo en el hogar, dedicados a la colocación de todo tipo.
3. Las empresas están obligadas a solicitar de las oficinas de empleo los trabajadores que necesiten y, si no los hubiera, a comunicar los que contraten directamente, y asimismo notificarán la terminación del contrato. Los trabajadores tendrán la obligación de inscribirse en la oficina de empleo de su domicilio cuando hayan de solicitar ocupación».

A la organización sindical, por un lado, se le mantuvo una función de colaboración, de carácter meramente consultivo, con la Administración y, por otro, el visado de los contratos, previo a su registro en la Oficina de Empleo, a efectos del encuadramiento sindical obligatorio, hasta su

desaparición y sustitución por la Administración Institucional de Servicios Socio-profesionales (AISS) ⁷. La formación profesional no reglada, las Oficinas de Colocación y la prestación de desempleo quedaron vinculadas a la Seguridad Social, si bien las dos primeras eran gestionadas por un servicio común (el SEAF) y las prestaciones por el Instituto Nacional de Previsión. En cuanto a las funciones de colocación, las características básicas de la época franquista se mantuvieron: prohibición de todo tipo de agencias privadas, con o sin ánimo de lucro, y burocratización de la función de colocación mediante el registro masivo de todas las ofertas, demandas, colocaciones y terminaciones de contratos.

Esta es la estructura que llega a la transición democrática. La segunda mitad de los años setenta están marcados por la conflictividad política y social, todo ello en el marco de una crisis económica internacional caracterizada por elevadas tasas de inflación y de desempleo simultáneamente. Las políticas económicas en los países occidentales a partir de finales de la década y sobre todo en la década siguiente se fijarían como primer objetivo la inflación, mediante la reducción del déficit público y la fijación de elevados tipos de interés a través de una política monetaria restrictiva. Estas políticas generarían, al menos a corto y medio plazo, un elevadísimo coste en materia de desempleo. Los Gobiernos europeos de todo signo, forzados a considerar el desempleo como un objetivo secundario de sus políticas económicas, se verían obligados a suplir las acciones de carácter macroeconómico por políticas alternativas para actuar en los intersticios del mercado de trabajo. Por un lado procurarían la flexibilización de la contratación y del despido, reduciendo los derechos laborales garantizados por la Ley, todo ello para favorecer simultáneamente que los empresarios no fueran reticentes a embarcarse en la contratación de trabajadores a los que después pudiera ser difícil despedir, así como la reducción de costes salariales y la competitividad comparativa de las empresas. Por otro lado instrumentarían una política de empleo activa mediante la creación masiva de subvenciones a la contratación y a la formación y readaptación profesional, cuya eficacia real es bastante dudosa pero que generan una imagen pública positiva para el Gobierno ⁸. Por último incrementarían la cobertura social de las prestaciones de desempleo y de la asistencia social, pero reduciendo la posibilidad de sustituir realmente las rentas del trabajo por las prestaciones públicas mediante la limitación de su cuantía a determinados máximos, la limitación de su duración y la exacerbación de su control a través de los mecanismos de inspección y, sobre todo, de las acciones de las Oficinas de Colocación para la readaptación, calificación, formación profesional, etc.

La importancia simbólica de la política de empleo en la acción de Gobierno exige la existencia de un organismo gestor. Ese papel fue asumido por el Instituto Nacional de Empleo (INEM), creado con la reforma institucional de la Seguridad Social operada mediante el Real Decreto-

⁷ Real Decreto-Ley 19/1976, de 8 de octubre.

⁸ El establecimiento de subvenciones y ayudas públicas, así como bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, en beneficio de las empresas por la contratación de trabajadores fue una respuesta que comenzó a generalizarse en la transición. Así se previó en el Real Decreto-Ley 43/1977, de 25 de noviembre, regulando a continuación en los Decretos 3280/1977 y 3281/1977 medidas de fomento de la contratación de trabajadores perceptores del subsidio por desempleo y del empleo juvenil, respectivamente. Estos dos colectivos serían inicialmente objeto de atención preferente por la política de subvenciones, especialmente el paro juvenil, dada la ausencia de cobertura del desempleo para aquellas personas que no hubiesen trabajado nunca y la progresiva llegada al mercado de trabajo de las generaciones de la explosión demográfica de los años sesenta.

Ley 36/1978, de 16 de noviembre, y cuya estructura fue regulada posteriormente por el Real Decreto 439/1979, de 20 de febrero. El INEM culminaba el proceso de racionalización administrativa del empleo, al unificar en un organismo la gestión de la prestación de desempleo, las Oficinas de Colocación, la gestión de las subvenciones de contratación y la formación profesional no reglada. Después del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la Ley 51/1980, Básica de Empleo, de 8 de octubre, cerraba el sistema. Los tres primeros párrafos del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores, que venían a reproducir aproximadamente el artículo 12 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, se complementaban con el artículo 40.1 de la Ley Básica de Empleo, no muy diferente del artículo 1 de la Ley de Colocación Obrera de 1943, pero tampoco del artículo 1 de la Ley de Colocación Obrera republicana de 1931: «El Instituto Nacional de Empleo organizará la colocación de los trabajadores como un servicio nacional público y gratuito». El artículo 40.2 de la misma Ley Básica de Empleo de 1980 reiteraba la prohibición de las agencias de colocación privadas, «de cualquier clase y ámbito funcional». Este monopolio del INEM sobre la intermediación en el mercado de trabajo estaba jurídicamente protegido mediante sanciones administrativas e incluso penales ⁹.

Los instrumentos previstos en la Ley Básica de Empleo para la gestión de la colocación eran sustancialmente idénticos a los existentes, hasta el punto de que el artículo 42 de la misma venía a reproducir, en ocasiones literalmente, las disposiciones de la Ley de Colocación de 1943. La principal novedad del Servicio de Colocación de la democracia respecto al franquista era, en la línea pretendida por los tecnócratas del desarrollismo, su separación de las estructuras sindicales y su encaje en la Administración Pública, vinculado estrechamente a la gestión de las prestaciones de desempleo y a la formación profesional. Parece pues evidente la continuidad en este aspecto entre el último franquismo y la transición, lo que probablemente tenga que ver con la continuidad de los mismos grupos de altos funcionarios en las estructuras de poder de la Administración Pública. Aunque el Estatuto de los Trabajadores de 1980, en su artículo 16.1, permitía a los empresarios contratar directamente a los trabajadores, sin solicitarlos a la Oficina de Empleo, «cuando no existiese Oficina de Empleo en la localidad, o no se les facilite por la Oficina, en el plazo de tres días, los trabajadores solicitados o no contratase a los que la Oficina le haya facilitado, comunicando en todos estos casos la contratación a la Oficina de Empleo correspondiente» ¹⁰, la Ley Básica de Empleo mantuvo, con esa excepción, la

⁹ El punto 1 del artículo 28 de la Ley 8/1988, de 15 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social, tipificó como infracción administrativa muy grave, cuya persecución se encomendaba a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, «ejercer las actividades de mediación privada en la colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la contratación laboral de todo tipo, prohibidas en el párrafo primero del artículo 16.2 de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores». Por otro lado el artículo 499 bis del Código Penal tipificaba como delito, desde la Ley de 15 de noviembre de 1971, la conducta del que «trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra». El Código Penal de 1995 ha mantenido la tipificación, prácticamente en idénticos términos, de dicho delito en el artículo 312.1.

¹⁰ Hay que tener en cuenta que las posibilidades de contratación directa por las empresas se ampliaron con el Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, cuyo artículo 7 permitió a las empresas contratar directamente «cuando lleven a cabo convocatorias públicas para celebrar pruebas objetivas de acceso a las mismas, siempre que transcurran más de tres días desde la convocatoria hasta la celebración de la prueba». Las empresas en estos casos debían comunicar previamente la convocatoria al INEM y, posteriormente, las contrataciones efectuadas a la Oficina de Empleo. La Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social, tipificó como infracción grave, en su artículo 27.2, la falta de comunicación a la Oficina de Empleo, con carácter previo, de dichas convocatorias públicas. Toda esta normativa desapareció con el Real Decreto-Ley 18/1993.

obligación de las empresas de solicitar los trabajadores que necesitasen de las Oficinas de Empleo (art. 42.1, e igualmente el art. 16.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1980), si bien con la libertad de elegir entre los mismos (art. 42.4), al igual que en 1943; la obligación paralela de inscripción en las Oficinas de los trabajadores que quisieren solicitar ocupación (art. 42.2); la presentación obligatoria en las Oficinas para visado ¹¹ y registro de los contratos laborales que así se estableciera reglamentariamente (art. 42.1); la comunicación de todas las contrataciones (art. 44.3); y la obligación de empresario y del trabajador de comunicar a la Oficina de Empleo la terminación del contrato de trabajo (art. 42.3 e igualmente el art. 16.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1980).

III. LA EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE COLOCACIÓN HASTA LA REFORMA LABORAL DE 1994

El Servicio Nacional de Colocación, público y gratuito, prestado en régimen de monopolio, venía a nacer finalmente en su versión democrática, en un momento completamente inadecuado, terminando por ser más una manifestación de voluntad de los responsables públicos que un instrumento de una política de empleo coherente. El momento era difícil por la concurrencia de dos circunstancias esenciales:

1. La situación de desempleo masivo, que ponía a disposición de las empresas mano de obra abundante y, por tanto, hacía innecesario para éstas acudir a un Servicio Público de Colocación, mientras que al mismo tiempo incrementaba exponencialmente la demanda del mismo por los trabajadores desempleados.
2. Al mismo tiempo que se estructuraba un servicio estatal, dependiente de la Administración Central, se ponía en marcha la construcción del Estado Autonómico con una distribución competencial que exigía la transferencia a cada Comunidad Autónoma de los servicios de colocación en su territorio y, al mismo tiempo, enfrentaba a los responsables políticos de las Comunidades Autónomas (e incluso a los de las Corporaciones Locales) con una fuer-

¹¹ El visado era una curiosa supervivencia del visado sindical del contrato, que se mantuvo en manos sindicales después de transferir las Oficinas de Colocación al SEAF, como hemos visto. Tenía funciones de control del encuadramiento y de la legalidad, siendo estas últimas puramente ilusorias en la práctica. De la misma forma el visado del contrato por el INEM, especialmente a partir de las reformas en materia de contratación laboral de 1984 y la generalización de los contratos temporales y precarios, a menudo fraudulentos, llevó a que el INEM renunciara a cualquier control de legalidad de los contratos que registraba, para lo cual incluso en los sellos de visado empezó a indicar expresamente que el visado no suponía una conformidad a la legalidad del contrato. Esta renuncia del INEM al control de la legalidad de los contratos temporales, que fue pobremente suplida por el sistema sancionador en manos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a partir del artículo 7.5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social (hoy art. 95.6 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995), intentó ser asumida por las organizaciones sindicales mayoritarias mediante el sistema de «copias básicas», a partir de la Ley 2/1991 (hoy integrada en el artículo 8.3 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995). De esta forma se volvió a una especie de «visado sindical», esta vez a través de los representantes legales de los trabajadores, que, como ha ocurrido con los intentos anteriores, ha fracasado en su finalidad de poner freno al fraude en la contratación.

te demanda social de empleo, frente a la cual respondían, con los escasos medios competenciales transferidos, con una política de subvenciones masivas a la contratación y a la formación profesional solapadas y escasamente coordinadas con las establecidas por la Administración General del Estado, con las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social y con los beneficios fiscales varios.

La política de subvenciones adquirió una entidad desconocida con la afluencia de los fondos de cohesión comunitarios, especialmente a partir del pacto del primer marco comunitario de apoyo, que permitía que aquellas subvenciones que encajaran con los objetivos fijados por el Fondo Social Europeo y otros fondos estructurales se beneficiasen de una cofinanciación comunitaria que, en determinadas regiones, era de una cuantía tres veces superior a la de la aportación hecha por la correspondiente Administración. Junto a estas dos circunstancias la presión de los agentes sociales por obtener determinadas competencias o servicios gestionados por el INEM en cuanto servicio de colocación no ha sido significativa. Su participación en la gestión del Servicio Público de Colocación se limitó, en la práctica, a su presencia en las Comisiones Ejecutivas, central, provinciales e insulares, que regula el Real Decreto 1458/1986, de 6 de junio, por el que se determina la estructura orgánica del INEM, y posteriormente en las comisiones de seguimiento de la contratación reguladas por el Real Decreto 355/1991, de 15 de marzo.

El progresivo agravamiento de la situación del desempleo abocó al INEM a una situación de impotencia creciente. La organización de un Servicio Público de Colocación constituye la respuesta a una demanda social derivada de la situación de desempleo. Esta lógica condiciona su efectividad y sistemática: no son los empleadores los clientes de un servicio de tal tipo, sino los trabajadores en paro¹². Por el contrario los empresarios que demandan trabajadores, ante un mercado saturado de oferta, carecen de motivos para acudir a intermediarios que les procuren lo que no tienen problema en encontrar por sí mismos. Dado que el objeto de un Servicio de Colocación no es otro que poner en contacto a demandantes y oferentes de empleo, una descompensación tan brutal entre el número de ambos aboca al servicio al fracaso en su función. La efectividad del Servicio de Colocación está condicionada, por tanto, a su éxito en la búsqueda y tramitación de las ofertas de empleo de los empresarios. Y para que éstos utilicen el Servicio de Colocación como medio para cubrir tales ofertas habrán de estar obligados a ello o habrán de encontrar en el mismo algún incentivo que les impul-

¹² Según un estudio de Javier QUIRÓS y Manuel ALCAIDE sobre el período 1987-1992 basado en la Encuesta de Población Activa, la forma de búsqueda principal por los desempleados de una colocación en todo este período era, para un porcentaje del 85-90% de los mismos, la inscripción en una Oficina de Empleo del INEM. De forma secundaria, a gran distancia, la forma de búsqueda eran las relaciones personales (6-10%, según los años) y los anuncios publicados en la prensa (2-4%). Resulta significativo que para los desempleados con estudios superiores las formas de búsqueda de empleo difieran significativamente, teniendo un peso estadístico importante la presentación a oposiciones para el ingreso en la Administración, el uso de la prensa (lo que nos remite a los anuncios de las empresas de selección reclamando técnicos, profesionales y directivos) y las agencias privadas de colocación, a pesar de la ilegalidad de éstas. QUIRÓS TOMÁS y ALCAIDE CASTRO: «Formas de búsqueda de empleo en España en el período 1987-1992», publicado en la *Revista Relaciones Laborales* de La Ley, (Tomo I/94, págs. 1.263 a 1.276). Habría que casar estos datos con los de las formas de búsqueda de trabajadores por los empresarios y las formas finales de acceso a los puestos de trabajo. Sospecho que una investigación de tal tipo revelaría profundas contradicciones.

se a hacerlo. Se podría pensar por ello en la imposición como obligatoria de la contratación de los trabajadores seleccionados por las Oficinas de Empleo, pero esta medida tan drástica está descartada por la Ley Básica de Empleo en su artículo 42.4, que copia en este punto lo que disponía el artículo 5, último párrafo, de la Ley de Colocación Obrera de 1943¹³. En tiempos recientes sólo excepcionalmente se ha exigido, como condición para el acceso a determinados beneficios de fomento del empleo, que la contratación de los trabajadores se realice mediante oferta genérica al INEM¹⁴, pero esto tampoco significa, como veremos, que la selección del trabajador que va a ser contratado la lleve a cabo la Oficina de Empleo¹⁵.

¹³ La Ley de 1931 permitía que, por Decreto aprobado en el Consejo de Ministros, se obligase «a empresarios y obreros a acudir a las Oficinas de Colocación correspondientes con sus avisos de puestos vacantes o de falta de trabajo» y «a que acepten los primeros a los obreros de la correspondiente categoría y a que acepten los obreros los empleos que les designe la Oficina». Según MARTÍN VALVERDE («La formación del Derecho del Trabajo en España», estudio preliminar a la edición de *La legislación social en la historia de España de la revolución liberal a 1936*, obra editada en 1987 por el Congreso de los Diputados): «El recurso a esta fórmula excepcional de la colocación numérica no se produjo por la vía prevista de la decisión del Gobierno, sino por el atajo de los acuerdos de los jurados mixtos, que adoptaron en numerosas ocasiones dicho criterio de colocación con el nombre de «turno riguroso». También acudió a la colocación numérica, con una serie de limitaciones, la Generalidad de Cataluña».

¹⁴ Este es el caso del artículo 4 del Real Decreto 41/1979, de 5 de enero, sobre promoción de empleo juvenil, que estableció que las contrataciones subvencionadas habían de cubrirse mediante oferta genérica. Esta limitación reapareció en la reforma laboral de 1994, con la disposición adicional sexta de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, en la que el acceso a las medidas legales de fomento del empleo por la contratación de beneficiarios de prestaciones por desempleo se condicionaba a su contratación mediante la presentación por la empresa de oferta genérica en la Oficina de Empleo. Esta previsión desapareció ya ese mismo año con la Ley 42/1994, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, para 1995, cuyo artículo 44 venía a reproducir la norma anterior, pero permitía el acceso a las medidas de fomento de empleo de los contratos de beneficiarios de prestaciones por desempleo hechos mediante oferta nominativa.

Es cierto también que las normas de selección de personal laboral temporal de las Administraciones Públicas, habitualmente instrucciones administrativas internas o disposiciones al respecto de los convenios colectivos de aplicación, han determinado que éstas acudan a la presentación de ofertas genéricas al Instituto Nacional de Empleo, si bien en este caso la selección no es realizada por éste, sino que los órganos de selección, con participación de los representantes del personal habitualmente, son propios de la Administración contratante: el INEM se limita a remitir al órgano de selección a un conjunto de candidatos que cumplan con las condiciones pedidas, no siendo infrecuente que se permita la presentación de candidatos expresamente inscritos como desempleados para la convocatoria en cuestión. Así, en muchas ocasiones la oferta genérica dirigida al INEM cumple funciones meramente de apariencia de objetividad del proceso. Los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española son aplicables a los procesos de selección de personal laboral eventual al servicio de las Administraciones Públicas en cuanto establecen el derecho a concurrir a dichos puestos en condiciones de igualdad, mediante un procedimiento que garantice la aplicación de los principios de mérito y capacidad. Su estricta aplicación resulta si cabe más importante si tenemos en cuenta la conocida costumbre administrativa de terminar convirtiendo en fijo, e incluso funcionarizando, al personal temporal mediante procedimientos abiertos a todos los ciudadanos pero en los que la prestación de servicios anterior es valorada como un mérito, generalmente decisivo. Sin embargo las normas de selección de personal para el servicio de las Administraciones Públicas han obviado esta regulación, remitiéndose a meras instrucciones administrativas. Así lo han hecho tanto el artículo 32 del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, como el artículo 35 del Reglamento aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que sustituyó al anterior. Este vacío se ha llenado frecuentemente por convenios colectivos (en una incursión de dudosa legalidad del ámbito de aplicación de los convenios por los terrenos del Derecho administrativo), cuando no por la simple discrecionalidad administrativa.

¹⁵ En algunos casos las normas exigen que la selección sí la lleve a cabo el INEM. El Real Decreto 2544/1979, de 19 de octubre, que reguló la utilización por las Corporaciones Locales de trabajadores desempleados perceptores de prestaciones en trabajos de utilidad social en beneficio de la comunidad, responsabilizó al INEM de la **selección** de los trabajadores, lo que se ha mantenido en el capítulo V del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio. Pero en este caso no se

Como vimos, la Ley Básica de Empleo mantuvo la vigencia del sistema de inscripción obligatoria de todas las demandas y ofertas de empleo, el visado y registro de contratos y la comunicación de las terminaciones de contrato que introdujo la Ley de 1943, a pesar de haber perdido la finalidad de encuadramiento sindical y control social que tenía aquella. Sobre la suposición de que todas las personas que buscan empleo estén inscritas en las Oficinas de Empleo, puesto que están obligadas a ello, el sistema de respuesta a las ofertas de empleo dirigidas por los empresarios era el siguiente: el empresario estaba obligado a solicitar los trabajadores que precisara a la Oficina de Empleo. La Oficina de Empleo, en función de los requisitos expresados por el empresario en su oferta, remitiría a éste a todos o parte de los trabajadores que cumplieren con dichas condiciones ¹⁶. El empresario podría seleccionar libremente entre los trabajadores remitidos por la Oficina de Empleo e incluso no contratar a ninguno de ellos, contratando directamente a otro (era uno de los supuestos de contratación directa admitidos por el artículo 16.1 del Estatuto de 1980), si bien el trabajador contratado, en definitiva, debía estar inscrito en la Oficina de Empleo previamente a su contratación.

Sobre este sistema tradicional se añadió posteriormente la denominada **oferta nominativa** ¹⁷. La invención de este tipo de oferta no venía a solucionar un problema de libertad del empresario, sino a simplificar los trámites de contratación. Al dirigir su oferta a la Oficina de Empleo el empresario indica ya, con nombres y apellidos, al desempleado a quien dirige la oferta, de forma que la Oficina no se toma la molestia de remitir a otros trabajadores, ni el empresario ha de esperar a rechazar a éstos para poder contratar. Por contraposición, el sistema de oferta tradicional pasó a denominarse **oferta genérica**. Aunque esta oferta genérica, como hemos visto, no implica que la Oficina de Empleo sea la que seleccione al trabajador que va a ser contratado, puesto que esta libertad la sigue manteniendo el empresario, lo cierto es que sí permite poner en contacto a demandantes y oferentes de empleo que previamente no se conocían. Por el contrario la oferta nominativa no deja de ser una mera simulación de la intermediación del Servicio Público de Colocación, que ni siquiera supone ya puesta en contacto de trabajador y empresario, que lógicamente ya se conocen previamente y han decidido la celebración del contrato de trabajo. Al convertirse la oferta nominativa en la habitual y mayoritaria hasta superar el 90% de las tramitadas, todo el sistema de intermediación obligatorio y monopolístico se convertía en una mera máquina burocrática de registro de documentación, por

produce una contratación laboral del demandante por la Administración, por lo que más que de una intermediación en el mercado de trabajo se trata de un mecanismo de control de las prestaciones por desempleo. Igualmente se ha seguido confiando a las Oficinas de Empleo la selección de los trabajadores en aquellas contrataciones de trabajadores desempleados, beneficiarios o no de prestaciones, realizadas por las Administraciones Públicas por motivos de utilidad social, como son las reguladas por las Órdenes de 19 de diciembre de 1997 (convenios con la Administración General del Estado) y 26 de octubre de 1998 (convenios con las Corporaciones Locales), así como en los Planes de Empleo Rural y programas de fomento del empleo agrario (en la actualidad el regulado por el Real Decreto 939/1997, de 20 de junio).

¹⁶ En general las Oficinas de Empleo han evitado en lo posible ser agentes de selección de los trabajadores, lo que es una inagotable fuente de conflictos ante las expectativas encontradas de los desempleados, si bien en la práctica, ante ofertas cuyos requisitos podrían ser cumplidos por cientos de desempleados inscritos, no les queda más remedio que elegir entre los mismos a un grupo para su entrevista por el empresario. Dado que el empresario no está obligado a contratar a ningún trabajador en concreto, normalmente la Oficina de Empleo, para ahorrar tiempo, suele ser receptiva a las sugerencias que pueda hacer aquél sobre el nombre de las personas que deban estar incluidas en ese grupo.

¹⁷ Los Decretos 3280/1977 y 3281/1977, de 9 y 16 de diciembre, respectivamente, que establecieron programas de bonificaciones para los empresarios que contraten trabajadores perceptores del subsidio de paro y para jóvenes desempleados, ya distinguían entre ofertas nominativas para trabajadores concretos y ofertas genéricas.

mucho que la presentación de oferta previa a la contratación estuviese exigida a través de sanciones administrativas¹⁸. Este carácter burocrático de las Oficinas de Empleo se reforzaba con las obligaciones de los empresarios de registrar gran parte de los contratos celebrados¹⁹ (art. 42.1 de la Ley Básica de Empleo y 16.3 del Estatuto de los Trabajadores), de notificar a las mismas las contrataciones celebradas en los demás casos (art. 44.3 de la Ley Básica de Empleo) y de comunicarles la finalización de todos los contratos. Todas estas obligaciones se encontraban reforzadas con sanciones administrativas, si bien de carácter leve y escasa sanción²⁰. De esta forma las Oficinas de Empleo habían de dedicar un volumen importante de sus medios materiales y personales al registro de documentos, en detrimento de otras tareas.

El resultado de todo ello ha sido que el índice real de colocaciones gestionadas por el Servicio Público de Colocación era ínfimo en relación con el total de colocaciones producidas, si bien el necesario registro de todas las ofertas y demandas de empleo y la peculiar forma de las Administraciones Públicas de acudir a ofertas genéricas para preseleccionar los candidatos para sus posteriores procesos de selección pueden haber ocultado estadísticamente una parte de esta realidad. La gestión documental masiva de ofertas, demandas y contratos, agravada por la rotación de contratos temporales inducida por la normativa reguladora de la contratación temporal, convirtió al INEM y sus Oficinas de Empleo en una institución gigantesca y burocratizada, cuya principal función pasó a ser la gestión y control de las prestaciones de desempleo y la generación de datos estadísticos para consumo político y mediático. Y para estas dos finalidades el aparato de registro documental masivo resultaba, sin duda, de utilidad, si bien nadie ha calculado el coste de oportunidad de los medios públicos consumidos en la tarea. La promoción de empleo mediante subvenciones, los convenios de colaboración con las Corporaciones Locales para la realización de obras o servicios mediante desem-

¹⁸ La Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social, tipificaba en su artículo 27.1 como infracción administrativa grave «contratar directamente a un trabajador sin hacer, con carácter previo, la correspondiente solicitud a la Oficina de Empleo, salvo los casos excluidos legalmente de tal situación».

¹⁹ El artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 establecía la obligación de registro de todos los contratos, pero el artículo 42.1 de la Ley Básica de Empleo rebajó dicha exigencia y sólo exigía el «visado y registro» de «aquellos contratos laborales que hayan de cumplir dichos requisitos en virtud de normas legales o reglamentarias». El desarrollo reglamentario de las modalidades contractuales y de las relaciones laborales especiales vino a establecer la obligación de registro para los contratos subvencionados, bonificados o simplemente temporales o a tiempo parcial, así como para los relativos a determinadas relaciones especiales, como representantes de comercio. A partir de la reforma de la contratación temporal en 1984 los contratos de registro obligatorio eran prácticamente todos los que se celebraban, puesto que quedaban excluidos de tal obligación solamente los contratos por tiempo indefinido a jornada completa no subvencionados ni bonificados, así como algunos contratos temporales, también a jornada completa, no subvencionados ni bonificados, de duración inferior a cuatro semanas. Después del Real Decreto-Ley 18/1993 el criterio legal, hoy recogido en el artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1995, es que deben registrarse obligatoriamente los contratos que deban celebrarse por escrito (lo que remite, con carácter general, al art. 8.2 del mismo Estatuto). En todo caso deben comunicarse a la Oficina de Empleo las contrataciones, aunque no exista obligación legal de formalizarlas por escrito.

²⁰ El artículo 26.5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social, tipifica como infracción leve, sancionable con multa de 5.000 a 50.001 pts., «la falta de registro en la Oficina de Empleo del contrato de trabajo en los casos en que estuviere establecida la obligación de registro». El artículo 26.1 de la misma Ley 8/1988 tipifica como infracción administrativa leve «no comunicar a la Oficina de Empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida esa obligación». Y, finalmente, el artículo 26.2 tipifica como infracción administrativa también leve «no comunicar a la Oficina de Empleo la terminación de los contratos de trabajo, en los supuestos en que estuviere prevista tal obligación».

pleados y la formación profesional ocupacional, impartida generalmente de forma indirecta a través de centros privados colaboradores en el marco de los planes de formación e inserción profesional (FIP), constituyen las grandes partidas del consumo de recursos económicos por el INEM. Pero en esta línea de gasto en subvenciones la actividad estatal a través del INEM se ha desarrollado en paralelo a la de las Comunidades Autónomas, Diputaciones, Ayuntamientos y diversos tipos de órganos administrativos, aprovechando la financiación comunitaria. La política de empleo se convirtió para muchas administraciones en un componente esencial de su política de gasto presupuestario, sin que los resultados obtenidos pareciesen justificar los recursos empleados, a pesar de lo cual precisamente este fracaso, manifestado en la situación de desempleo masivo, se utilizaba para demandar nuevos recursos que invertir en la tarea subvencionadora.

El fracaso del Servicio Público de Colocación en la función de intermediación abrió de hecho este mercado a las empresas con ánimo de lucro y a otro tipo de instituciones. Sin embargo la Ley prohibía toda actividad de colocación externa al Servicio Público, esto es, al INEM, lo que plantea **dos problemas** a las empresas e instituciones privadas que quieran, a pesar de ello, desarrollar funciones de intermediación:

1. Cómo sortear la prohibición; y
2. Si se trata de actividades realizadas con ánimo de lucro, cómo conseguir que los empleadores paguen por lo que, en principio, podrían obtener gratis acudiendo al Servicio Público de Colocación.

Para alcanzar el **primer objetivo** (sortear la prohibición) se vinieron utilizando varias vías:

La **primera** y obvia consiste en la violación directa de la prohibición aprovechando la tolerancia de la Administración o su incapacidad para hacerla respetar. Éste ha sido el caso de las actividades de colocación para colectivos muy específicos, como el del hogar familiar, directivos, artistas, toreros, futbolistas, etc.²¹ También ha sido éste el caso de las bolsas de trabajo y las actividades de colocación de algunos centros de enseñanza, colegios profesionales, instituciones sociales y religiosas, etc.²²

²¹ Hay que tener en cuenta que el Servicio Público de Colocación no atiende las necesidades de intermediación de estas relaciones laborales especiales. El artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que establecía el sistema de intermediación obligatoria del INEM, no era de aplicación a una buena parte de estas relaciones laborales especiales, por ejemplo, a la de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto), a la de servicio del hogar familiar (art. 5 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto) o a la de los deportistas profesionales (art. 3.3 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio). Todo ello, como señalan expresamente las normas relativas al servicio del hogar familiar y a los deportistas profesionales, «sin perjuicio de la prohibición de agencias privadas de colocación». La falta de obligatoriedad de la intermediación del INEM produjo en la práctica el rechazo del INEM a atender ofertas genéricas y registrar ofertas nominativas correspondientes a estos sectores. La consecuencia fue que, correlativamente y de hecho, se vino a tolerar el ejercicio de funciones de intermediación contractual en estos concretos sectores.

²² Como señalan QUIRÓS TOMÁS y ALCAIDE CASTRO en su estudio «Formas de búsqueda de empleo en España en el período 1987-1992», publicado en la *Revista de Relaciones Laborales* de La Ley (tomo I/1994, págs. 1.263-1.276), la propia Encuesta de Población Activa (EPA) reflejaba la existencia de agencias de colocación privadas como forma de búsqueda.

La **segunda vía** consiste en diferenciar, dentro del proceso de intermediación, determinadas actividades que puedan configurarse como algo distinto a la colocación en sí misma y pasar a constituir el objeto de explotación económica de una empresa. Esencialmente esto se ha realizado a través de la configuración jurídica de la **selección de trabajadores**. El artículo 44.1 de la Ley Básica de Empleo da carta de naturaleza a esta diferencia, dejando al INEM, en materia de selección, una mera función de eventual colaboración con empleadores y trabajadores, así como con «las empresas dedicadas a la selección de trabajadores». La normativa no prohíbe al empleador buscar directamente a sus trabajadores por medios distintos al recurso a la Oficina de Empleo. El artículo 44.2 de la Ley Básica de Empleo le permitía «hacer publicidad» de su oferta, previo visado de la misma por el INEM²³. De la misma forma el trabajador puede ofrecer sus servicios mediante publicidad. La tramitación de los documentos obligatorios en la Oficina de Empleo, como la oferta de empleo y la inscripción del trabajador como desempleado, se podía dejar para el caso de llegar al acuerdo de formalizar un contrato²⁴. El empresario que publica un anuncio solicitando trabajadores puede posteriormente proceder a realizar una selección entre los candidatos, valorando sus aptitudes. Y, para realizar esta selección, el empresario podrá utilizar su propia estructura organizativa o contratar con empresas especializadas en esta actividad. Esta contratación externa de la selección le resultará especialmente conveniente cuando lo que busca es personal directivo o técnico cuyas aptitudes y actitudes pretende valorar lo más objetivamente posible. Si la empresa de selección añade a sus servicios la gestión de la redacción y publicación de los anuncios en la prensa la diferencia entre una empresa de selección y una agencia privada de colocación se hace realmente oscura²⁵. Pues bien,

queda de empleo, a pesar de su prohibición. Bajo tal título incluía «bolsas de trabajo que tienen ciertas academias de enseñanza, colegios profesionales, organizaciones religiosas, etc.». Se trata de una red de aprovechamiento institucionalizado de las relaciones sociales de dichas organizaciones en beneficio de su «clientela» (entendida tanto en términos económicos como en términos sociológicos, según los casos). Estas «bolsas de trabajo» forman parte sustancial de la legalización como agencias de colocación sin ánimo de lucro, mediante convenios con el INEM, a partir de la reforma laboral de 1994.

- ²³ El artículo 44.2 de Ley Básica de Empleo sólo permitía al empleador la publicidad de ofertas de empleo «cuando no pudiera atenderse a una oferta de empleo por no existir en el Instituto Nacional de Empleo demandantes inscritos que reúnan los perfiles profesionales que se exigen para cubrir el puesto de trabajo solicitado a juicio del empleador», pero esto es algo que nunca se hizo cumplir. Por otra parte los medios de comunicación no pueden ser considerados como agencias de colocación por el mero hecho de publicar ofertas de trabajo, como señalaba el artículo 1.1. a del convenio n.º 96 de la OIT.
- ²⁴ Una vez seleccionado el trabajador éste se inscribe en la Oficina de Empleo como solicitante de empleo, registrando simultáneamente el empresario una oferta nominativa reclamando sus servicios. La intermediación de la Oficina Pública en este caso se convierte en algo puramente documental y burocrático, puesto que el proceso de contratación se ha producido fuera de la misma, siendo esencialmente realizado, bien por el empresario directamente, bien por la empresa de selección.
- ²⁵ Como señala VALDÉS DAL-RÉ, «aún siendo cierto que formalmente las empresas de las que nos ocupamos no invaden el terreno de la mediación reservada al Servicio Público de Empleo, no puede desconocerse, situando la reflexión desde una perspectiva material, que el proceso de selección no siempre se circunscribe a la verificación de las aptitudes profesionales de los candidatos; antes al contrario, las más de las veces comprende la previa recepción de ofertas de empleo y la captación, por ellas mismas, de demandantes de empleo, operaciones preliminares éstas de carácter informativo, que no otra cosa hacen que auxiliar a los trabajadores a encontrar empleo y a los empresarios a contratar los trabajadores apropiados a sus necesidades. Y, a la postre, así es como definía y sigue definiendo el artículo 43.b Ley Básica de Empleo la función de mediación pública en las contrataciones laborales encomendadas al INEM». VALDÉS DAL-RÉ: «Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo». Publicado en la *Revista de Relaciones Laborales de La Ley*, (Tomo I/1995, págs. 9 a 22).

el Estatuto de los Trabajadores de 1980 dio carta de naturaleza a la selección de trabajadores como actividad diferenciada de la colocación, puesto que en el artículo 16 reproducía la prohibición de las agencias de colocación en los mismos términos que el artículo 12 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, pero añadía a continuación que «las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores deberán hacer constar en sus anuncios el número de la demanda en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta». Esta previsión se reiteró en el artículo 40.2 de la Ley Básica de Empleo, que en los números 1 y 3 del artículo 44 volvía a mencionar a las empresas de colocación para señalar la posibilidad de colaboración de éstas con el INEM «en los términos y condiciones que se determinen», así como la obligación de las mismas de informar «de sus tareas» al INEM. El artículo 26.3 de la Ley 8/1988, de infracciones y sanciones en el orden social, tipificó como infracción administrativa leve «no hacer constar en los anuncios que hagan las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores el número de la oferta²⁶ en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta». La estricta aplicación de la misma únicamente hubiese obligado a las empresas a registrar una oferta genérica cuyo número sería el que constaría en el anuncio: los candidatos remitidos por el INEM se sumarían a los que respondieran al anuncio en la prensa. En todo caso la actuación de la Administración para obtener el cumplimiento de esta norma fue realmente escasa, a pesar de la publicación masiva en toda la prensa de anuncios de empresas de selección sin referencia alguna al número de la oferta en la Oficina de Empleo. Y así las referencias legislativas sirvieron más para despejar las posibles dudas sobre la legalidad de la actividad de las empresas de selección que para condicionar y limitar la actuación de éstas. En cualquier caso la actividad que de hecho realizan las empresas de selección es la propia de una agencia de colocación: habitualmente se encargan de definir el perfil del candidato idóneo en conjunción con los responsables de la empresa cliente, publican en la prensa la oferta de empleo, reciben a los candidatos e incluso disponen de una base de datos de eventuales candidatos a partir de las solicitudes que reciben en los sucesivos procesos de selección, realizan las actividades propias del proceso de selección (exámenes, entrevistas, pruebas) y presentan a la empresa cliente los resultados y los candidatos seleccionados para elegir. Pero el que tal cosa venga ocurriendo con publicidad abundante en la prensa no parece preocupar mientras se respeten dos tabúes: que no se exijan pagos ni se cobren gastos a los candidatos que se presenten y que no se establezca una red visible de oficinas de colocación en locales abiertos al público.

La **tercera vía** consiste en modificar el objeto de la actividad y sustituir el trabajador por el trabajo. En definitiva, salvo en los supuestos de personal directivo y de confianza o técnico cualificado, cubiertos por las empresas de selección, al empresario le resulta indiferente la concreta persona del trabajador, siempre y cuando realice su tarea en el plazo establecido, al precio fijado y sin plantear problemas. Por tanto el empresario carece en principio de interés en contratar directamente al trabajador, puesto que su interés real es recibir su prestación de trabajo. Si la empresa que actúa en el mercado de trabajo contrata ella misma al trabajador y lo pone a disposición del empresario que va a utilizar sus servicios se puede decir que formalmente, en la medida en que no hay una con-

²⁶ Curiosamente el artículo 16.2 del Estatuto hacía referencia a la demanda de empleo para referirse a lo que en la terminología consolidada al uso se denomina oferta. La Ley 8/1988 corrigió la terminología y utilizó el término oferta. Este uso lingüístico merece un breve análisis: desde el punto de vista del INEM el demandante de empleo es el trabajador desempleado. El cliente es, por tanto, el trabajador y el bien buscado el puesto de trabajo. Sin embargo desde el punto de vista de una empresa de selección el cliente es el empresario, que busca un trabajador que reúna determinadas cualidades. Por tanto el demandante es el empresario.

tratación laboral entre el trabajador y el empleador que recibe sus servicios, no existe intermediación, sino otra figura jurídica como es la cesión o puesta a disposición de trabajadores. De esta forma la empresa cedente no incurriría en la prohibición de las agencias privadas de colocación, puesto que desde un punto de vista formal no sería esta su actividad ²⁷.

El problema para este tipo de contratación no sería, en consecuencia, la interdicción de las agencias privadas de colocación, sino otra norma distinta, como es la prohibición del préstamo de mano de obra ²⁸, llamado en España «cesión de trabajadores» hasta que la regulación de las empresas de trabajo temporal en 1994 por la Ley 14/1994, de 1 de junio, nombró a este tipo de contrato, cuando se lleva a cabo legalmente, con el nombre de «puesta a disposición» ²⁹. La cesión de trabajadores se identifica en el Derecho español como una modalidad del tráfico de mano de obra, estando sujeta a disposiciones restrictivas y sancionadoras. Apareció en el Derecho español con un Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952 ³⁰, que no prohibía dicha conducta, limitándose a establecer que el cedente debía cumplir rigurosamente con respecto a sus trabajadores «todas las obligaciones legalmente impuestas en el orden laboral en la esfera de la previsión social, abonándoles las retribuciones marcadas en los Reglamentos de trabajo aplicables, según las actividades a que se dediquen y la

²⁷ Este argumento ha sido objeto de especial atención en la doctrina francesa, puesto que la aparición de las empresas de trabajo temporal suscitó el debate sobre su compatibilidad con el Convenio n.º 96 de la Organización Internacional del Trabajo, igualmente ratificado por Francia. Según señalan GÉRARD LYON-CAEN y JEAN PELISSIER: «A pesar de la constatación de ciertas organizaciones obreras, la actividad de las empresas de trabajo temporal no ha sido nunca considerada ilícita en Francia. Tanto en el ámbito interno como en el internacional no se trata de una oficina de colocación prohibida, puesto que lejos de desaparecer después de proporcionar el trabajador solicitado por su cliente, la empresa continúa siendo el empleador de forma permanente y se responsabiliza de todas las obligaciones que ello comporta frente al interesado y frente al Estado» (LYON-CAEN y PELISSIER: *Droit du Travail* -quatorzième édition-. Pág. 233. *Jurisprudence Générale Dalloz*. Paris, 1988).

²⁸ Para completar lo indicado en la nota anterior, debe decirse que la figura de la cesión de trabajadores está igualmente regulada en el Derecho del Trabajo francés y está prohibida, salvo cuando se lleve a cabo por empresas de trabajo temporal. La prohibición del *marchandage* se inició muy tempranamente con un Decreto del Gobierno Provisional de 2 de marzo de 1848 (SEWELL, W.H.: «Trabajo y revolución en Francia. El lenguaje del movimiento obrero desde el Antiguo Régimen hasta 1848». Ed. Taurus. Madrid, 1992). Actualmente el artículo L 125 del *Code du Travail*, bajo el nombre de *marchandage*, prohíbe la actividad de suministro de mano de obra a título lucrativo (párrafo 1), la subcontratación de trabajos o servicios con empresas clandestinas (párrafo 2) y el préstamo de mano de obra, salvo cuando se realice al amparo de las disposiciones reguladoras de las empresas de trabajo temporal (párrafo 3).

²⁹ En relación con la situación española antes de la legalización de las empresas de trabajo temporal puede verse el libro de RODRÍGUEZ-PINERO ROYO: «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal». Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1992.

³⁰ La exposición de motivos de esta norma demuestra que la analogía entre el sistema de cesión de trabajadores y las agencias de colocación era claramente percibida: «Viene iniciándose en los últimos tiempos, especialmente en las regiones de mayor volumen industrial, un sistema o procedimiento de contratación de mano de obra que, si se extendiera, por no ser atajado y reprimido con todo el rigor de la Ley, podría dejar prácticamente sin efectos todos los beneficios de amparo, tutela y protección que el Estado persigue afanosamente en favor de los trabajadores. (...) **Es innegable que, en el supuesto de que, ante la impasibilidad del Poder Público, se propagase dicho sistema, se llegaría a autorizar -siquiera fuera tácitamente- el funcionamiento de auténticas oficinas clandestinas de colocación**, en las que, con menosprecio de normas fundamentales de índole moral y legal, volvería de nuevo a considerarse el trabajo como una pura mercancía, y se contrataría el esfuerzo ajeno sin respeto a los más esenciales principios de la dignidad humana, con manifiesto olvido de todas las disposiciones que amparan y regulan las relaciones laborales».

función efectivamente desempeñada en cada instante»³¹. A continuación establecía la responsabilidad solidaria del empresario cesionario en caso de incumplimiento del cedente. La figura volvió a recogerse, de forma técnicamente deficiente, en el artículo 59.2 de la Ordenanza de Trabajo de la construcción, vidrio y cerámica, aprobada por Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de agosto de 1970, confundiendo la falta de intervención, siquiera formal, de las Oficinas de Colocación y la situación de tráfico ilegal de mano de obra. La prohibición de la cesión ilegal de trabajadores se produjo poco después, mediante el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, llegando a una regulación muy similar a la que después recogió el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: se establecen responsabilidades administrativas y penales para «las personas naturales o jurídicas que contraten o recluten trabajadores y los proporcionen, presten o cedan temporalmente a las empresas, cualesquiera que sean los convenios, pactos o estipulaciones que al efecto se concierten» y, asimismo, a «los empresarios que utilicen los trabajadores incluidos en el número anterior sin incorporarlos a la plantilla de su empresa». Las consecuencias de la violación de la prohibición de tráfico de mano de obra consistían en multas administrativas y eventualmente en las sanciones penales que pudiera contemplar el Código Penal³². Se mantenía, como en el Decreto-Ley de 1952, la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario por las obligaciones salariales y de Seguridad Social correspondientes al período de la cesión y se añadía en todo caso la condición de fijo del trabajador en la plantilla en la que efectivamente prestase servicios³³. El completo contenido del Decreto 3677/1970 pasó con escasísimos cambios a convertirse en el artículo 19 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, constituyéndose en precedente sistemático de los artículos 15.5, 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores de 1980. Cabe reseñar que la incorporación a la plantilla de la empresa cesionaria

³¹ Resulta curioso observar cómo, una vez legalizadas las empresas de trabajo temporal en 1994, la primera gran reforma de la Ley que las regula, a través de la Ley 29/1999, de 16 de julio, tiene por objeto principal, al igual que el Decreto-Ley de 1952, garantizar que el trabajador cedido perciba «la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria» (art. 11.1 de la Ley 14/1994 reformada). El paralelismo entre ambas normas es evidente y revelador.

³² Mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, con la creación de un novedoso delito social en el nuevo artículo 499 bis, que fue escasamente aplicado por los tribunales y hoy ha pasado a los artículos 311, 312 y 313 del Código Penal de 1995. Este delito se creó fundamentalmente con intención propagandística y ya entonces fue recibido por la doctrina con escepticismo. El reto que planteaban al Sindicato Vertical la actividad de los sindicatos clandestinos y las luchas obreras generó una importante presión de los jerarcas del sindicato, a través del Consejo Nacional de Trabajadores, sobre el Ministerio de Trabajo para que dejase ver que el Régimen era perfectamente capaz de adoptar medidas tuitivas de los trabajadores frente a determinadas situaciones que preocupaban fundadamente a muchos de ellos, en la línea del discurso social falangista, un discurso que hacía aguas entre la oposición al Régimen y el predominio en el Gobierno de la tecnocracia desarrollista. Las normas de 1970 y 1971 sobre el tráfico de mano de obra encuentran una explicación en este contexto. *Vid.* BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J.: «Derecho Penal del Trabajo», p. 21 a 25. Ed. Trotta. Madrid, 1997. La técnica que utilizó el Ministerio de Trabajo fue tomada de la regulación del *marchandage* en el artículo L 125 del *Code du Travail* francés, hasta el punto de que el artículo 4 del Decreto regulaba las contrataciones y subcontratas de obras o servicios, como hace el citado artículo del Código francés. Curiosamente poco después en Francia, mediante una Ley de 3 de enero de 1972, se legalizaban y regulaban las empresas de trabajo temporal.

³³ El artículo 2 finalizaba diciendo que «igualmente adquirirán la condición de trabajadores fijos **quienes no hayan sido admitidos por la empresa a través de la Oficina de Colocación** y no hubiesen sido dados de alta en la Seguridad Social, siempre que no haya transcurrido un lapso de tiempo igual o superior al período de prueba establecido legal o convencionalmente». Es el precedente del actual artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores, si bien resulta interesante comprobar cómo el tráfico de mano de obra se vinculaba a la elusión de la intermediación obligatoria de las Oficinas de Colocación sindicales.

se convirtió en 1976 en una opción para el trabajador y que el artículo 15.5 del Estatuto de 1980 (hoy art. 15.2 del texto refundido de 1995) suprimió toda referencia a las Oficinas de Empleo para dejar la condición de fijo vinculada meramente a la falta de alta en la Seguridad Social. En definitiva este régimen legal imposibilitaba, en principio, la utilización de la cesión de trabajadores como vía para el ejercicio de la actividad de intermediación en la colocación de trabajadores. La elusión de esta norma exigía, a su vez, bien la violación directa de la misma constituyendo una empresa de trabajo temporal en base a la falta de voluntad o de capacidad de la Administración para impedirlo³⁴, bien la simulación de una contratación de obra o de servicios, aunque el auténtico objeto de la contratación entre las empresas fuese el propio trabajo de los operarios vinculados a la contrata. De esta forma la distinción entre la subcontratación en términos propios, cuya regulación en el ámbito laboral se encuentra en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, de la cesión de trabajadores, cuya regulación figura en el artículo siguiente, se ha ido haciendo más y más compleja y, en ocasiones, inextricable³⁵. De esta forma también la cesión de trabajadores se ha ido alejando de su aspecto de intermediación en el mercado de trabajo para acercarse en su lógica y operatividad a la externalización o *outsourcing*.

Aún conociendo las vías para sortear la prohibición legal, el segundo problema sería convencer a los empresarios para que se dirijan a una agencia privada de colocación y paguen por un servicio que, en principio, podrían obtener gratuitamente del Servicio Público de Colocación. Es obvio que en el caso de las actividades especiales (hogar familiar, artistas, etc.) no cubiertas por el servicio público esta alternativa no existía. En el caso de las empresas de selección la respuesta se halla en la ausencia de ejecución por el Servicio Público de una selección de los candidatos con criterios que puedan ser considerados fiables por las empresas clientes. Esto puede ser debido en ocasiones a la incapacidad del servicio público para ello por falta o inadecuación de los medios de los que dispone. En otras ocasiones puede ser debido a la inviabilidad para el servicio público de incurrir en determinadas conductas poco ortodoxas de las empresas de selección privadas que, de hecho, imponen criterios inasumibles para la Administración, ocultos bajo la confidencialidad de las relaciones entre la empresa de selección y su empresa cliente. O puede ser, por último, que la filosofía del servicio público considera cliente al trabajador desempleado al que debe buscar un trabajo, mientras que la empresa de selección considera cliente a la empresa contratante, a la que debe buscar un trabajador adecuado y que esta diferencia de filosofías genera diferentes actitudes de aproximación a la tarea, de forma que las empresas no ven en el servicio público un seleccionador en quien puedan confiar. Sea como sea, lo cierto es que la intermediación en el mercado de personal directivo, técnico y demás trabajadores de confianza no se ejecuta por el servicio público sino por empresas privadas con ánimo de lucro, toleradas por la Administración bajo el nombre y la apariencia de empresas de selección.

³⁴ Antes de la legalización de las empresas de trabajo temporal una parte de éstas funcionaba ya normalmente bajo tal denominación e incluso existía una Asociación Española de Empresas de Trabajo Temporal (GEESTA) que operaba públicamente.

³⁵ El estado actual de la jurisprudencia sobre la cuestión aparece resumido, a título de ejemplo, en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999, que cita abundante jurisprudencia anterior que sistematiza.

Pero donde resulta más característica la diferenciación de la oferta entre el servicio público y las empresas privadas es en el mundo de la cesión de trabajadores y subcontratas, hasta el punto de que es imposible pensar que el Servicio Público de Colocación constituya una alternativa a las empresas privadas de este tipo. Esto es así porque las empresas de trabajo temporal y subcontratación ofrecen un producto cuyos componentes esenciales no consisten en la puesta en contacto entre trabajador y empresa, hasta el punto de que en muchas ocasiones la selección puede venir predeterminada por la propia empresa cliente, que indica los trabajadores que le han de ser puestos a disposición. Los elementos esenciales de la oferta en el mundo de la subcontratación y la cesión de trabajadores son:

1. La gestión administrativa de contratos, Seguridad Social, etc. se lleva a cabo por la empresa contratista o cedente, que suma por tanto a la puesta a disposición de los trabajadores la actividad propia de una gestoría.
2. La separación entre empresas principal y empresa contratista o cedente permite diferenciar el convenio colectivo aplicable y las condiciones de trabajo entre las propias de los trabajadores de la empresa principal y los de las contratistas o cedentes, con el consiguiente abatamiento de costes ³⁶. Esto no sería posible si los trabajadores fuesen contratados directamente por la empresa principal, puesto que la jurisprudencia se ha inclinado por considerar como causa de discriminación ilícita las diferencias de trato basadas en el carácter fijo o temporal de los contratos ³⁷.
3. La subcontratación y la puesta a disposición de trabajadores permiten convertir en relaciones de trabajo temporales lo que antes eran contratos por tiempo indefinido, lo que, especialmente en tiempos de desempleo elevado, implica una mano de obra mucho más

³⁶ No obstante, como señalamos en una nota anterior, la Ley 29/1999, de 16 de julio, ha establecido una cierta equiparación salarial entre trabajadores de la empresa de trabajo temporal y trabajadores de la empresa usuaria. Esta equiparación ha supuesto un encarecimiento del recurso a las empresas de trabajo temporal y una reanimación, por consiguiente, del mercado de las subcontratas, lo que demuestra la proximidad e incluso intercambiabilidad entre ambos.

³⁷ La sentencia del Tribunal Constitucional 52/1987, de 7 mayo, declaró inconstitucional, por violación del artículo 14 CE constitutiva de discriminación contraria al principio de igualdad, la aplicación a los eventuales y a los fijos discontinuos, mediante su exclusión del convenio colectivo de una empresa, de condiciones salariales inferiores a las del resto del personal, sin razón objetiva y razonable que justificara el trato desfavorable, en contra de los convenios 111 y 117 de la OIT. La sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987, de 22 julio, hizo lo propio en relación con la exclusión del convenio colectivo al personal con contrato temporal para sustituir al personal fijo durante las vacaciones, de forma que se aplicaban al mismo salarios inferiores a los correspondientes a los trabajadores fijos. En el mismo sentido pueden mencionarse las sentencias del Tribunal Constitucional de 7 de septiembre y 30 de diciembre de 1987 y, entre las posteriores, puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1993, de 31 mayo, que declaró contraria al derecho fundamental de igualdad la diferencia de tratamiento del personal fijo y del temporal, al imponer el convenio colectivo de empresa que para el personal fijo discontinuo y eventual el importe de las pagas extraordinarias sería inferior al de las del personal fijo. En el mismo sentido, lógicamente, se ha pronunciado el Tribunal Supremo de forma reiterada, por ejemplo, en la sentencia de la Sala de lo Social de 28 de septiembre de 1993 (Aranzadi 7085), que declaró discriminatoria la decisión del Banco de excluir del beneficio de la gratificación especial de fusión al personal contratado para campañas o en la sentencia de la misma Sala de 14 de octubre de 1993 (Aranzadi 8051): «La discriminación puede darse no sólo en el capítulo de las retribuciones salariales de los trabajadores, sino también en el campo de la acción social. La concesión a uno y la exclusión a otro de un beneficio social será discriminatoria cuando la diferenciación en que la discriminación consiste obedezca a motivaciones injustificadas y desprovistas de razón que conduzca a una regulación de desigualdad en la aplicación de tal beneficio».

disciplinada, reticente a implicarse en actividades sindicales o en denuncias o reclamaciones contra la empresa, rompe las solidaridades entre los trabajadores y predispone a éstos a aceptar condiciones de trabajo, especialmente en materia de jornada, horas extras y exclusión de cotización a la Seguridad Social de los más diversos conceptos, que en ocasiones están muy por debajo de los requisitos legales ³⁸. Esta conversión de trabajos fijos en contratos temporales ha sido sancionada por el Tribunal Supremo al adoptar diversos criterios:

- a) La posibilidad de que el contrato mercantil entre la empresa principal y la subcontratista constituya una «obra o servicio determinado» en el sentido del artículo 15.1.a del Estatuto de los Trabajadores, lo que implica que la terminación del contrato con la empresa subcontratista implique la extinción de la relación laboral de los trabajadores adscritos a la contrata, salvo que la contrata terminara por causa imputable al contratista ³⁹;
- b) La negativa a que el artículo 44 (sucesión de empresas) sea aplicable a los casos de sucesión entre distintas contratas, de forma que los trabajadores no tienen garantía de estabilidad ante el cambio de contratista ⁴⁰; y

³⁸ BILBAO, A.: «El empleo precario. Seguridad de la economía e inseguridad del trabajo». Ed. Los libros de la catarata. Madrid, 1999. Vid. también SENNETT, R.: «La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo». Ed. Anagrama. Barcelona, 2000. Igualmente puede consultarse el informe realizado por PETRAS, J., publicado por la revista *Ajoblanco* en el número especial del verano de 1996.

³⁹ Criterio establecido como doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 15 de enero de 1997 y reiterado posteriormente en distintas sentencias, como las de 23 de junio de 1997, 18 y 28 de diciembre de 1998 y 8 de junio de 1999.

⁴⁰ El criterio reiterado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo era que el artículo 44 no es aplicable en los supuestos de cambio de empresa contratista, de forma que la empresa entrante esté obligada por el mismo a hacerse cargo, respetando los derechos adquiridos, de los trabajadores de la empresa saliente. No obstante la inaplicación del artículo 44 no impide que en las normas colectivas sectoriales (lo que específicamente sucede habitualmente en las del sector de limpieza, así como en las del sector de seguridad privada) se establezcan obligaciones en este sentido para las empresas sometidas a las mismas (lo que hace imposible su extensión a empresas no incluidas en el ámbito del correspondiente convenio): en estos casos el Tribunal Supremo utiliza el término «subrogación», con la finalidad de diferenciarlos de la «sucesión» regulada en el Estatuto de los Trabajadores. En cualquier caso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en aplicación de la Directiva 77/187/CEE no es tan tajante como la del Tribunal Supremo, sino que, aun con vacilaciones, admite ciertas matizaciones, aunque el principio general sea que la Directiva es aplicable «siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica» y que «la mera circunstancia de que las prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y el nuevo concesionario o adjudicatario de la contrata sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad» (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 1998 en los asuntos acumulados C-173/1996 y 247/1996). De esta forma la Directiva 77/187/CEE sí sería aplicable si, junto con la mera sucesión en una posición contractual, se produjese una transmisión de «elementos significativos del activo material o inmaterial», o si «el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de la contrata» (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de marzo de 1997 en el caso *Süzen*). La doctrina judicial europea ha obligado a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a modificar su posición (véase su sentencia de 30 de noviembre de 1999 en el recurso de casación para unificación de doctrina n.º 3983/98).

- c) La admisión de que la externalización mediante subcontratas de tareas realizadas internamente por la empresa pueda suponer una causa lícita de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ⁴¹.

Pero, más allá de esta jurisprudencia, resulta decisivo el hecho de que en la legislación española el despido, salvo los escasos supuestos de nulidad, es libre, aunque implique una indemnización ⁴². El cálculo del beneficio que dicha indemnización supone, en relación con la posibilidad de pérdida del empleo en caso de enfrentamiento con la empresa, es un moti-

⁴¹ El criterio lo establece por primera vez una sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en una sentencia de 21 de marzo de 1997 y lo reitera posteriormente en sentencia de 30 de noviembre de 1998, en relación con el despido individual por causas objetivas en base al artículo 52.c, según quedó redactado después de la reforma laboral de 1994. En la medida en que la causa justificativa de este tipo de despido es la misma que la del despido colectivo por vía de expediente de regulación de empleo, parece que la jurisprudencia es trasladable a este segundo. En todo caso el Tribunal Supremo matiza que la descentralización productiva sólo tiene encaje en la causa del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores «si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad», «siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial».

⁴² Formalmente la extinción del contrato de trabajo tiene carácter causal, pues debe basarse en alguna de los motivos regulados en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo la legislación española (arts. 53.5 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como 110, 123.2 y 279.2 de la Ley de Procedimiento Laboral) permite, en caso de que la causa no quede acreditada o se produzca cualquier irregularidad en el despido, que el empresario sustituya la readmisión del trabajador por una indemnización, calculada en días de salario en función de la antigüedad del trabajador, salvo en los casos de despidos de representantes legales de los trabajadores y delegados sindicales o en los tasados supuestos de nulidad del despido, en los que la readmisión es obligatoria a instancias del trabajador. Lo que significa que, de hecho y salvo para esos concretos supuestos, el empresario tiene la libertad de despedir al trabajador, si bien no de forma gratuita, sino indemnizada, lo que le llevará a calcular su decisión en función del coste que le suponga. El Tribunal Constitucional, en el auto de 17 de febrero de 1983, por el que se inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad 394/1982, promovida por la Magistratura de Trabajo n.º 3 de Guipúzcoa, así como en las sentencias 58/1983, de 29 de junio, y 69/1983, de 26 de junio (BB.OO. de 15 de julio y 18 de agosto de 1983, respectivamente), afirmó la constitucionalidad del artículo 211 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, en aplicación del cual las antiguas Magistraturas de Trabajo sustituían por una indemnización pecuniaria tasada, en el trámite de ejecución de sentencia, la readmisión en el puesto de trabajo como consecuencia de una sentencia declarativa de la nulidad de un despido. Estima el Tribunal que no existe violación del derecho de tutela judicial efectiva, dado que nada impide, desde la perspectiva constitucional, que la ejecución no se realice en especie, sino mediante la sustitución de la obligación de hacer por su equivalente pecuniario. El problema estribaría entonces en determinar si la indemnización tasada establecida en la legislación laboral y procesal, a razón de cuarenta y cinco días de salario por año trabajado, puede estimarse que sea realmente el «equivalente pecuniario», esto es, si el valor de la ejecución en especie está bien calculado tomando en consideración la antigüedad del trabajador en lugar de su expectativa de ganancia perdida, que hace referencia al futuro y no al pasado. Al respecto señala VALDÉS DAL-RÉ: «Por este lado se evidencia la **finalidad de la ley** o su lógica interna, que no es otra que la de **procurar certeza y predictibilidad al coste económico del despido injustificado**. La salvaguardia de este objetivo, que tiene un carácter general, se ha considerado por el legislador como prioritaria y **a su consecución han quedado subordinados o sacrificados otros intereses más singulares** o individuales, que son los que podría aportar un sistema fundado en el abono de los daños y perjuicios realmente causados ... Como hiciera notar la sentencia del TS de 24 de julio de 1989 (Ar. 5909), la razón de entender años de servicios como período de tiempo durante el que el trabajador ha prestado su actividad a un concreto empresario se debe, evidentemente, a que **a mayor tiempo trabajado la empresa obtuvo mayor rendimiento del trabajador**, por lo que es razonable y justo que la indemnización por el despido improcedente sea determinada en función de los años efectivamente trabajados en la empresa». VALDÉS DAL-RÉ: «El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente». *Revista de Relaciones Laborales* de La Ley. (Tomo I/1996, págs. 86 y ss.). No obstante todo lo explicado, ha de tomarse en consideración la

vo esencial para que los trabajadores se abstengan en muchas ocasiones de toda reclamación, especialmente cuando su antigüedad es poca, dado que la cuantía de la indemnización no depende de la expectativa del empleo futuro que se pierde, sino de la antigüedad en la empresa. Con mucho más motivo se abstendrán de todo conflicto si su contrato es temporal, puesto que entonces el empresario podrá simplemente esperar a la finalización del mismo para optar por su no renovación, lo que resulta de muy difícil fiscalización judicial. Claro está que si se ha producido ya el despido parece que el trabajador no tendría nada que perder por reclamar contra su empleador y, de hecho, los litigios judiciales sobre la legalidad de los contratos temporales a efectos de la calificación de su extinción como despido nulo o improcedente son cada día más numerosos, lo que pone de manifiesto un incremento de las reclamaciones de los trabajadores temporales contra los contratos considerados fraudulentos, especialmente una vez producida su extinción⁴³. Por ello **es esencial la especialización de estas empresas en la gestión del trabajo temporal, que les permite maximizar frente a sus trabajadores las posibilidades de colocaciones sucesivas en distintas empresas clientes**. Si el empleador dispone de posibilidades efectivas de colocar al trabajador en distintas empresas clientes, el trabajador tendrá motivos para abstenerse de reclamar para evitar perder la expectativa de colocación futura a cambio de una indemnización que sabe de antemano que va a ser de una cuantía escasa⁴⁴. Se produce así una intensa rotación entre los puestos de trabajo de distintas empresas clientes, alternando con situaciones transitorias de desempleo, durante las cuales las prestaciones del INEM permiten a la empresa gestora de mano de obra externalizar hacia el sistema público de protección social la cobertura de los costes salariales de estos períodos intermedios de desocupación del trabajador⁴⁵.

postura recientemente publicada de SANTIAGO REDONDO, KM («La causa en la extinción consensual de la relación laboral»). Ed. Lex Nova. Valladolid, 2000), según la cual el instituto de la improcedencia como mecanismo de despido no causal no es admisible, dado que la acausalidad de la extinción del contrato decidida unilateralmente por el empleador llevaría a la nulidad al configurarse la causa como un elemento sustantivo y no meramente formal del negocio jurídico del despido. En cualquier caso no es ésta la práctica habitual en la Jurisdicción Social.

- ⁴³ Vid. DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA: «La contratación temporal en la unificación de doctrina». Artículo publicado en el n.º 1 (febrero 2000) de la revista *Justicia Laboral* de la Ed. Lex Nova.
- ⁴⁴ Teniendo en cuenta que la duración promedio de los contratos en las empresas de trabajo temporal es de unos pocos días, resulta evidente que la indemnización que habitualmente podrán obtener los trabajadores por la extinción de uno de sus contratos tendrá unos importes ridículos. Es más, dada la especialísima característica de la actividad de las empresas de trabajo temporal, por la cual el trabajador habitualmente presta servicios con contratos sucesivos en empresas clientes diferentes y en oficios diferentes, se hace difícil la aplicación de la doctrina jurisprudencial acerca del cálculo de la indemnización por despido en base a la antigüedad acumulada con los contratos sucesivos, siempre y cuando entre ellos no haya transcurrido un tiempo superior a los veinte días (criterio establecido por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencias de 13 de octubre de 1998 y 30 de marzo de 1999).
- ⁴⁵ El Estado había aceptado ya desde tiempo atrás el coste de esta externalización, al admitir que los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de contratos o reducción de jornada (art. 47 del Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 43/1996, de 19 de enero -antes Real Decreto 696/1980, de 14 de abril-) se convirtieran en un mecanismo de flexibilidad para la organización productiva de las grandes empresas financiado por el INEM, absorbiendo los costes salariales de los períodos de caída de la producción en los sistemas de gestión productiva llamados *just in time* o «justo a tiempo». Pero estos expedientes requieren siempre de una negociación con los representantes de los trabajadores y de un procedimiento administrativo que es considerado rígido por las empresas, por lo cual la vía de acudir al trabajo temporal, especialmente mediante la subcontratación o el recurso a empresas de trabajo temporal, se impone en la práctica a medida que se puede ir sustituyendo la antigua plantilla fija y sindicalizada, en muchas ocasiones gracias a ayudas

4. Muy principalmente, la subcontratación o cesión de trabajadores elimina para la empresa principal las rigideces de la legislación laboral, especialmente en lo relativo al despido y a las modificaciones del contrato de trabajo, puesto que la relación contractual que une a la empresa principal con la subcontratista o cedente es de carácter mercantil y está, por tanto, sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 del Código Civil). Ello permite, literalmente, alquilar el trabajo por horas, pagando a precio fijo única y exclusivamente las horas de trabajo efectivo y excluyendo el pago de las horas de trabajo improductivas, con el consiguiente ahorro de costes. Se pueden poner en marcha de esta forma sistemas de organización del trabajo a llamada, inviables con la legislación laboral vigente, pero sí con la mercantil⁴⁶. La gestión de la relación laboral, con todo el cúmulo de incidencias generadas por este tipo de organización de la prestación de trabajo, corre por cuenta de la subcontratista o cedente que, para ello, se vale de la disciplina de la mano de obra producida por la temporalidad, como hemos visto en el punto anterior.
5. Y, finalmente, las responsabilidades laborales y de Seguridad Social por la mano de obra son asumidas por la empresa cedente o subcontratista, que es la que suscribe el contrato de trabajo. La legislación laboral y de Seguridad Social impone determinadas obligaciones y responsabilidades a la empresa principal (art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, arts. 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, arts. 24 y 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y arts. 15.8 y 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social), pero la mayor parte de las mismas están condicionadas a que la actividad de la empresa principal y de la contratista sean la misma, lo que da lugar a una extensa casuística⁴⁷.

públicas mediante planes de prejubilación. Lo cierto es que mientras que esas plantillas fijas conservan en gran parte su capacidad de presión sobre los poderes públicos a través de las organizaciones sindicales, lo que impide el recorte de sus expectativas de derechos económicos, las nuevas plantillas flexibles, en las que impera un tipo de trabajador joven y ajeno a la acción colectiva, carecen de mecanismos efectivos de presión sobre los mismos poderes públicos, lo que permite incluso que la respuesta del Estado frente a los problemas financieros para el seguro de desempleo que supone la rotación contractual se resuelvan mediante simples recortes del nivel de protección, como ocurrió con la elevación del período de carencia para acceder a prestaciones contributivas desde los seis meses hasta un año con el Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril, convertido en la Ley 22/1992, de 30 de julio, tras su tramitación parlamentaria.

- 46 Recientemente una importante empresa de trabajo temporal ha llegado a un acuerdo con una empresa de telefonía móvil para entregar teléfonos móviles a los aspirantes a ser contratados por la primera, de forma que a través de un sistema de mensajería electrónica en los aparatos les indiquen, con una antelación mínima, las ofertas de trabajo disponibles para su cobertura de forma urgente. Este sistema de gestión, favorecido por la incorporación de nuevas tecnologías, permite que las empresas organicen sus necesidades de mano de obra para minimizar el coste de la misma, limitando las horas pagadas al trabajador a las estrictamente productivas.
- 47 La interpretación del término «propia actividad» por el Tribunal Supremo ha reconducido el contenido de dicho concepto hacia el de «ciclo productivo», basándose en la inherencia o imprescindibilidad de la actividad para la producción de los bienes o servicios específicos por la empresa principal, excluyendo aquellas tareas esporádicas y meramente complementarias, fuera de las actividades normales de la empresa contratante (por ejemplo, en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995). Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: «Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad. (STS 4.º 29 de octubre de 1998)», en la *Revista de Relaciones Laborales de La Ley*, (tomo I/1999, págs. 705 a 710). En todo caso la Sala de lo Social del Tribunal Supremo insiste en la necesidad de estudiar las peculiaridades de cada caso concreto, como se ocupan de recordar algunas sentencias de Tribunales inferiores para reafirmar su autonomía de juicio (por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de octubre de 1997). Vid. también RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel: «Propia actividad y contrata» en la *Revista de Relaciones Laborales de La Ley*, (tomo I/1996, págs. 35 y ss.).

Lo que todo ello nos revela es que el mercado de trabajo cubierto por estas empresas ya no tiene por objeto en la mayor parte de los casos al trabajador. En realidad considerar la persona del trabajador como el producto que se intercambia en el mercado para su integración en la empresa mediante el mecanismo del contrato de trabajo responde a una concepción organicista de la empresa y estatutaria de la relación laboral cuyo ámbito se va reduciendo en la economía moderna ⁴⁸. El objeto de intercambio en el mercado es el trabajo en sí, medido en unidades de tiempo cada vez más pequeñas ⁴⁹.

Debido a la prohibición de las empresas de trabajo temporal, las ventajas económicas y de gestión se venían buscando por las empresas a través de sistemas de subcontratación, en ocasiones indistinguibles de la pura cesión de trabajadores. Pero además las empresas de trabajo temporal operaban en la ilegalidad sin una acción decidida de la Administración para forzar el cumplimiento de la legalidad a la sazón vigente, lo que permitía plantear el problema no en términos de «legalización *versus* prohibición», sino de «regulación jurídica *versus* falta de normativa» ⁵⁰. La situación de inseguridad jurídica previa a la reforma laboral de 1994 contenía la expansión del mercado de trabajo flexible, que se disparó posteriormente, una vez legalizadas las empresas de trabajo temporal ⁵¹.

Mediante los mecanismos de externalización o interposición contractual el concepto de la colocación como inserción del trabajador de forma permanente en la estructura de la empresa entra en crisis, al mismo tiempo que el trabajo fijo o, cuando menos, el mercado de trabajo se segmenta en dos: el viejo mercado del trabajo estatutario y el creciente mercado del trabajo flexible ⁵². La com-

⁴⁸ Vid. GIERKE, O. von: «Las raíces del contrato de servicios» (edición española en Editorial Civitas. Madrid, 1982). Y muy especialmente el libro de BAYLOS GRAU, A.: «Derecho del Trabajo: modelo para armar» (Editorial Trotta. Madrid, 1991); y el de SUPLOT, A.: «Crítica del Derecho del Trabajo» (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1996).

⁴⁹ Actualmente la unidad de medida predominante en el mercado de empresas de trabajo temporal es la hora, que es la unidad de tiempo cuyo coste se cuantifica en el contrato de trabajo y en el contrato de puesta a disposición. No es descartable que nuevos avances tecnológicos y organizativos permitan reducir esta unidad de cálculo, aunque ahora parezca inverosímil una «tarificación» por minutos o por segundos, como si de la telefonía se tratase.

⁵⁰ VALDÉS DAL-RÉ («Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio»). *Relaciones Laborales de La Ley*, (tomo I/1993, pág. 41 y ss.) así lo afirma cuando dice ser preferible legalizar a tolerar: «El debate no es si regular o no, sino cuándo y cómo». Igualmente RODRÍGUEZ-PINERO ROYO: «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal». Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1992.

⁵¹ Lo que no significa que las empresas de trabajo temporal sean las únicas que operan actualmente en ese mercado. Los mercados de empresas de trabajo temporal y subcontratas son de facto excesivamente contiguos e incluso sustituibles, hasta el punto de que los grupos empresariales dedicados a la explotación del trabajo flexible suelen estar constituidos por empresas de trabajo temporal, empresas de limpieza, empresas de seguridad y empresas denominadas genéricamente «de servicios». La legalización de las empresas de trabajo temporal llevó hacia las mismas muchas contrataciones que venían siendo cubiertas anteriormente por empresas de servicios. El encarecimiento del trabajo temporal debido al convenio colectivo de empresas de trabajo temporal de 1997 y, especialmente, la Ley 29/1999, ha producido un nuevo corrimiento de muchas contrataciones hacia las empresas de servicios.

⁵² Prefiero la utilización de los términos «trabajo estatutario» y «trabajo flexible» que los de «trabajo fijo» y «trabajo temporal», porque lo que a mi entender diferencia ambos mercados es la inserción orgánica del trabajador en la empresa o su mantenimiento en la órbita de la misma sin llegar a entrar en ella. De esta forma un trabajo estatutario podría gestionarse a través de contratos temporales (cada seis meses, por ejemplo), pero no dejaría de ser estatutario porque se partiría de la idea de un trabajador integrado en la estructura productiva, con su horario más o menos fijo y previsible.

praveña de trabajo flexible permite **agregar al producto «trabajador» un valor añadido** en la medida en que también las condiciones de trabajo en cuanto a contratación temporal, despido, salario y jornada entran en juego. Pero este valor añadido en toda la extensión que hemos analizado, no es posible sin acudir a los mecanismos de interposición mediante subcontratas o empresas de trabajo temporal. En la medida en que un servicio público de empleo no puede contratar para sí a los trabajadores para su posterior puesta a disposición⁵³, estableciendo un sistema de «alquiler por horas», su campo de actuación se limita al mercado del «trabajo estatutario». Pero en este mercado, que es el de la contratación directa por las empresas sin interposición ni externalización, se encuentra con la competencia de las empresas de selección, cuando se requiere de un proceso de evaluación especializado de las características de los candidatos. Cuando este proceso de selección no es necesario las empresas suelen acudir a la búsqueda directa de sus trabajadores, habitualmente por vía de las redes de relaciones sociales de sus cuadros directivos o formando con los sucesivos procesos de selección bolsas de candidatos a las que acudir, sin que el Servicio Público de Colocación parezca disponer de instrumentos para hacerse atractivo como alternativa. En estas condiciones el Servicio Público de Colocación se limitaba al desempeño de sus funciones burocráticas de registro de ofertas y de contratos. La confluencia en el mismo organismo, el INEM, de competencias distintas, como son la gestión de prestaciones por desempleo, el fomento de subvenciones y bonificaciones por contratación y la formación profesional, permitió llenar con estas otras funciones el vacío dejado por la actividad de colocación.

Por el contrario un trabajador flexible podría estar vinculado de forma más o menos permanente a la empresa, pero ello sería a través de contratos sucesivos de corta duración, hasta el punto de que cada día podría trabajar un número de horas diferentes en distintos momentos del día con un contrato distinto, siendo llamado con antelación mínima. En mi opinión la dualización del mercado y de la plantilla de las grandes empresas (a través, en su caso, de la intermediación de empresas de trabajo temporal o de subcontratas) está encontrando aquí su línea divisoria y no en la tradicional diferencia entre trabajador fijo y temporal, aunque lógicamente entre los dos extremos existen multitud de casos intermedios. Hasta hace poco las empresas buscaban la flexibilidad del despido mediante el mantenimiento de una plantilla temporal cuyos contratos pudieran ser no renovados en caso de que la actividad productiva disminuyera. Este sistema refleja un trabajo más o menos estable día a día, con ciclos productivos calculables en meses. Ahora la gestión empresarial viene sustituyendo, conforme a los modelos del «justo a tiempo», los ciclos productivos medidos en meses por picos de producción medidos en semanas o incluso en días u horas. La temporalidad del contrato como flexibilidad del despido ya no es esencial en este sistema, siendo necesaria una flexibilidad en la gestión de las horas de trabajo. Para ello se establecen sistemas de «bolsas de horas» compensables para la plantilla fija y/o se compran externamente las horas de trabajo a través de empresas de trabajo temporal o subcontratas.

⁵³ Con la notoria salvedad de los trabajos de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general. Tales trabajos, cuando las empresas estibadoras no los puedan realizar con personal propio, deben ser contratados con sociedades públicas (sustitutas de la antigua Organización de Trabajos Portuarios), que tienen contratados a los estibadores de forma fija y los ceden temporalmente a las estibadoras, según un sistema de rotación, para la atención de sus necesidades. Se trata de un sistema de monopolio público del trabajo flexible muy anterior en el tiempo a la legalización de las empresas de trabajo temporal. Su finalidad es la de asegurar el servicio de estiba y desestiba y simultáneamente garantizar una estabilidad de ingresos y de condiciones de trabajo de los operarios. *Vid.* Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo y Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo.

IV. LA REFORMA LABORAL DE 1994. EL FIN DE LA INTERMEDIACIÓN OBLIGATORIA DEL INEM Y LA APARICIÓN DE OTRAS ENTIDADES: SERVICIOS INTEGRADOS PARA EL EMPLEO, AGENCIAS DE COLOCACIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

La crisis económica iniciada en 1991, los criterios liberalizadores predominantes en los países occidentales en la década de los noventa y las exigencias de privatización y reducción del déficit público para la integración en la Unión Económica y Monetaria pactada en el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el mismo año 1992 llevaron al Gobierno a plantear una amplia reforma del mercado de trabajo dentro del Programa de Convergencia para 1992-1996, aprobado por el Congreso de los Diputados el 12 de mayo de 1992. En relación con el Servicio Público de Colocación el Programa de Convergencia se limitaba a indicar: «Se hace necesario abordar una reforma en profundidad del Instituto Nacional de Empleo, principal órgano tanto en la mediación y colocación en el mercado de trabajo como en el reconocimiento y gestión de las prestaciones y subsidios destinados a cubrir la eventualidad del desempleo. Dicha reforma no sólo potenciará su faceta de Agencia Pública de Empleo, sino que abordará asimismo la creación de un marco legal similar al que ya existe en otros países comunitarios para facilitar la colocación de los trabajadores».

El documento que el Gobierno elevó en 1993 al Consejo Económico y Social explicando y justificando las líneas de la reforma del mercado de trabajo que pretendía llevar a cabo venía a especificar en qué consistían ambos pasos: potenciación de la faceta de Agencia Pública de Empleo del INEM y creación de un nuevo marco legal similar al de los países de nuestro entorno. Por lo que se refiere a la potenciación del INEM como Agencia Pública de Empleo la idea era establecer mecanismos «para dar respuestas ágiles y eficaces a las ofertas y demandas de empleo, primando tales aspectos sobre inútiles cargas burocráticas». Todo ello con objetivo estratégico de «lograr que estos nuevos servicios se insertaran dentro de la política de creación de empleo y gestionaran eficazmente la mayor cuota posible del mercado de trabajo». Según el documento del Gobierno, entre las medidas necesarias para ello estarían la calificación de los demandantes de empleo, la orientación para la búsqueda de empleo y para la formación profesional, la prospección de las necesidades de empleo y, por lo tanto, de las cualificaciones que van a requerir las empresas y asegurar la transparencia del mercado de trabajo tanto nacional como comunitario. Igualmente se aludía a «la modificación de los términos en los que actualmente se contempla la obligatoriedad de registro de los desempleados en las oficinas del servicio público de empleo». Por lo que se refiere a la creación de un nuevo marco legal similar al de los países de nuestro entorno, el documento gubernamental señalaba que «tal y como lo demuestra la experiencia de los restantes países comunitarios, los servicios públicos de empleo, incluso aquellos que suelen tomarse como ejemplo de buen funcionamiento, no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas, especializadas y muchas veces extraordinarias ofertas de empleo, que no obstante movilizan un porcentaje nada despreciable del volumen total de empleo y a las que no se puede dejar sin respuesta por parte del servicio público sin ofrecer vías alternativas para cubrir las». Entre estas vías se identificaba expresamente a las empresas de trabajo temporal ⁵⁴.

⁵⁴ Se puede consultar el texto íntegro del Programa de Convergencia en la revista *Relaciones Laborales* de la Ley (tomo II/1993, págs. 1.415 a 1.437) y el del Documento remitido al CES en la revista *Relaciones Laborales* de la Ley (tomo I/1993, págs. 1.255 a 1.287).

La reforma del sistema de colocación en la línea prevista por el Gobierno se inició con el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación⁵⁵. Este Decreto-Ley, previa tramitación parlamentaria, se transformó en la Ley 10/1994, de 19 de mayo⁵⁶. Poco después se aprobó la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las empresas de trabajo temporal, que daba carta de naturaleza a la legalización y regulación de las mismas, anunciada en el Decreto-Ley de diciembre. El Reglamento de esta Ley se aprobó mediante Real Decreto 4/1995, de 13 de enero. Poco después mediante Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, se regularon las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo (SIPes). Estos últimos fueron desarrollados por una Orden de 10 de octubre de 1995 y por varias resoluciones administrativas del Ministerio de Trabajo, especialmente la de 13 de febrero de 1996, publicada en el BOE de 7 de marzo de 1996. A su vez los certificados de profesionalidad se regularon por el Real Decreto 797/1995, de 19 de mayo, dando lugar a la regulación, mediante nuevos Decretos posteriores, de aproximadamente 130 certificados de profesionalidad hasta el momento. Por otra parte el Ministerio de Trabajo estableció sistemas de subvenciones para la realización por entidades colaboradoras sin ánimo de lucro de «acciones de comprobación de la profesionalidad, información profesional, orientación profesional y búsqueda activa de empleo»⁵⁷, así como para la realización, igualmente por entidades colaboradoras sin ánimo de lucro, de «acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo»⁵⁸.

Mediante todo este aparato normativo las reformas que se introdujeron sobre la situación anterior fueron las siguientes:

- 1. Supresión de determinadas obligaciones de los empresarios**, en concreto las de solicitar los trabajadores que necesitaren a través del INEM; de visar las ofertas de empleo, previamente a darles publicidad; de comunicar previamente al INEM la convocatoria pública para celebrar pruebas objetivas de acceso a la empresa; así como de la obligación de las empresas de selección de hacer constar en su publicidad el número de oferta registrada en la Oficina de Empleo. Todo ello mediante la reforma del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores y la derogación de los artículos 40.2, 42.1 y 44.2 de la Ley Básica de Empleo, así como de los tipos sancionadores contenidos en los puntos 3 y 4 del artículo 26 y 1 del artículo 27 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social. El objetivo, según el propio Real Decreto-Ley 18/1993, era eliminar rigideces burocráticas en el funcionamiento del INEM, al haberse convertido su intermediación obligatoria

⁵⁵ Un primer análisis del contenido de este Decreto-Ley se puede ver en el artículo de CASAS BAHAMONDE y PALOMEQUE LÓPEZ, «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo», en la revista de *Relaciones Laborales* de Editorial La Ley (tomo I/1994, págs. 236 a 253). Igualmente los estudios de VALDÉS DAL-RÉ en la misma revista (tomo I/1995, págs. 8 a 22) bajo el título «Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo».

⁵⁶ Una buena parte de su texto se encuentra incorporado actualmente al texto refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

⁵⁷ Orden de 9 de marzo de 1994.

⁵⁸ Orden de 20 de enero de 1998.

en un mero sistema de registro de ofertas de empleo, en su inmensa mayoría nominativas. El medio esencial era suprimir la obligación de presentar ante el INEM una oferta de empleo de forma previa a la contratación de un trabajador. El empresario puede buscar libremente sus trabajadores y, sin necesidad de presentar previamente las ofertas de trabajo ante la Oficina de Empleo, proceder a su contratación. Basta con registrar el contrato de trabajo en el plazo de diez días hábiles, si éste ha de constar por escrito, o de comunicar la contratación en el mismo plazo, en caso de que el contrato no haya de constar por escrito. El efecto real de esta medida es el de hacer desaparecer casi completamente las ofertas nominativas. Y no porque éstas se supriman expresamente, sino porque el empleador puede contratar directamente al trabajador sin estar obligado a presentar dicha oferta ante el INEM y por tanto, sólo parece lógico que se dirija a la Oficina de Empleo si desea conocer, para su posible contratación, a los trabajadores que figuran en sus listas de demandantes de empleo, para lo cual la oferta ha de ser, lógicamente, genérica⁵⁹. De todas formas la reforma mantuvo determinadas obligaciones documentales, como el registro en la Oficina de Empleo de los contratos que hayan de constar por escrito o la comunicación de las demás contrataciones, en ambos casos en el plazo de diez días hábiles (art. 16.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y 44.3 de la Ley Básica de Empleo), la comunicación al INEM de las prórrogas y finalizaciones de los contratos (art. 42.3 de la Ley Básica de Empleo, así como las normas reguladoras de los distintos tipos de contratos) y la inscripción obligatoria de los demandantes de empleo en las Oficinas de Colocación (art. 42.2 de la Ley Básica de Empleo)⁶⁰. Con ello la carga de trabajo burocrática subsistente en las Oficinas de Empleo no es en modo alguno despreciable.

2. Separación de determinadas actividades del estricto proceso de intermediación y regulación específica de su gestión, con objeto de potenciar la capacidad de colocación de trabajadores por el sistema: en primer lugar hay que mencionar las actividades de selección de trabajadores, que siguen reconocidas legalmente por los números 1 y 3 del artículo 44 de la Ley Básica de Empleo, sin introducir cambio alguno, como algo distinto de la intermediación. Por otra parte, en el ámbito de las políticas públicas, se procede a regular con bastante exhaustividad la certificación de profesionalidad de los trabajadores, con objeto

⁵⁹ No obstante determinadas normas reguladoras de subvenciones a la contratación de trabajadores mantuvieron la obligación del empresario de contratar a los trabajadores a través de la correspondiente Oficina de Empleo, con el resultado de mantener para estos supuestos de las ofertas nominativas. Es el caso de la disposición adicional sexta, número primero, *in fine*, de la Ley 10/1994; del artículo 44.uno.1 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre y del artículo 8 del Real Decreto 1451/1983 (fomento del empleo de trabajadores minusválidos), pero la obligación de contratar a través de las Oficinas de Empleo ha desaparecido en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 8/1997 y en la correspondiente de la Ley 63/1997, en el Real Decreto-Ley 9/1997 y en la subsiguiente Ley 64/1997, así como en los programas de fomento del empleo para 1999 (disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 50/1998) y para 2000 (art. 28 de la Ley 55/1999).

⁶⁰ No obstante los demandantes de empleo que no perciben prestaciones por desempleo pueden optar, de acuerdo con el artículo 10 del Real Decreto 735/1995, por inscribirse en agencias de colocación autorizadas, con lo cual se da por cumplida su obligación legal, que en todo caso carece de sanción en caso de incumplimiento. Sólo los solicitantes y perceptores de la prestación o subsidio de desempleo encuentran condicionado su derecho legalmente a la inscripción como demandantes de empleo en las Oficinas de Empleo y a la renovación periódica de su demanda de empleo en las fechas que le señala la Oficina.

de mejorar su empleabilidad al permitir acreditar sus conocimientos profesionales mediante certificaciones emitidas por la Administración tras comprobar el cumplimiento por el trabajador de determinados requisitos de experiencia y/o formación, o bien la realización de exámenes públicos⁶¹. La colaboración con la Administración laboral por parte de entidades sin ánimo de lucro realizando acciones de comprobación de la profesionalidad puede ser objeto de subvenciones públicas⁶². Pero lo más característico es que se pone en marcha una externalización, a través de convenios y subvenciones, de las actividades de análisis del mercado de trabajo, orientación e información a demandantes de empleo, entrevistas, calificación y comprobación de profesionalidad de los mismos, seguimiento personalizado, etc. Esta externalización se realiza, en aplicación del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, la Orden de 10 de octubre y las resoluciones administrativas que las complementan, en favor de entidades sin ánimo de lucro en condición de asociadas a los denominados Servicios Integrados para el Empleo (SIPES), mediante la suscripción de convenios con el INEM en los que se especifiquen las acciones que van a llevar a cabo las entidades asociadas y su financiación. Estas entidades asociadas son generalmente sindicatos, asociaciones patronales y otros entes sociales. La financiación para llevar a cabo las actividades convenidas con el INEM se obtiene a través de los distintos programas de subvenciones relacionados con sus actividades, si bien éstos no están específicamente destinados a estas entidades, sino que están abiertos a otras personas, con o sin ánimo de lucro, según lo que disponga su normativa reguladora⁶³.

3. En la misma línea anterior, como colaboración con el INEM instrumentada a través de convenios, se produce un gesto llamativo y esencial: la **derogación de la prohibición de agencias de colocación distintas al INEM, admitiendo la legalidad exclusivamente de las que operan sin ánimo de lucro**. Tal posibilidad está recogida legalmente en el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores (texto refundido de 1995), habiendo sido introducida por el Real Decreto-Ley 18/1993. El sistema de acceso a la actividad de agencia de colocación se produce mediante una autorización del Servicio Público de Empleo, instrumentada mediante la firma de un convenio. Se trata de un procedimiento administrativo autorizador en el que la resolución final es un convenio (art. 13 del Real Decreto 735/1995 y art. 88 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Mediante el convenio la agencia de colocación se configura como entidad colaboradora del INEM, asumiendo con ello un conjunto de obligaciones durante un año. Previa solicitud de la agencia el convenio se prorroga por un año

⁶¹ Vid. Real Decreto 797/1995, de 19 de mayo, así como los más de cien Decretos que, en desarrollo del anterior, regulan las distintas profesiones certificables y los requisitos para acceder a la certificación.

⁶² Orden de 9 de marzo de 1994.

⁶³ De esta manera las acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autempleo se regulan por la Orden de 20 de enero de 1998, que sustituyó a los programas de subvenciones previstos expresamente para los SIPES en el derogado capítulo III de la Orden de 10 de octubre de 1995, así como a la parte correspondiente de la Orden de 9 de marzo de 1994. Las acciones de comprobación de la profesionalidad son subvencionadas a través de la Orden de 9 de marzo de 1994 en la parte que queda vigente. Las eventuales acciones de formación profesional en favor de los desempleados se regulan en el capítulo II de la Orden de 13 de abril de 1994. Y así sucesivamente.

más. La segunda prórroga, igualmente a solicitud de la agencia, tiene carácter indefinido. La autorización se concede para un ámbito territorial o funcional al cual debe circunscribir sus actividades la agencia. Los demandantes de empleo pueden inscribirse en las agencias de colocación autorizadas, con lo cual se da por cumplida su obligación legal de inscripción en las Oficinas de Empleo, con la excepción de los solicitantes y perceptores de prestaciones por desempleo, quienes, con independencia de que se inscriban en una o varias agencias de colocación, deben registrarse como demandantes en las Oficinas de Empleo del INEM, a efectos de control de las prestaciones. De la misma forma los empleadores pueden dirigirse a las agencias de colocación con sus ofertas. Las agencias de colocación están obligadas a comunicar al INEM los datos de los solicitantes de empleo, así como sus bajas, las ofertas de trabajo recibidas y el resultado de las acciones de intermediación (trabajadores enviados a las empresas, comparecencia o no de los mismos, rechazos de las ofertas por los trabajadores, rechazos por los empresarios de los trabajadores enviados y contrataciones producidas) ⁶⁴. Las agencias de colocación autorizadas deben carecer de fines lucrativos, aunque se permite que reciban del empresario o del trabajador una remuneración, a efectos únicamente de cubrir los gastos ocasionados por los servicios prestados, entendiéndose por tales la tramitación de la oferta al trabajador y la presentación de éste al empleador (art. 2.1 del Real Decreto 735/1995). Para garantizar este principio están obligadas a tener una contabilidad separada y están sometidas al control financiero del INEM. Y, por último, se establece claramente la prohibición de que la agencia lleve a cabo ofertas de empleo de carácter discriminatorio, debiendo garantizar en su actuación la inexistencia de discriminaciones prohibidas (art. 16.2 del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y art. 2.2 del Real Decreto 735/1995). La actuación de las agencias de colocación se disciplina mediante un conjunto de infracciones y sanciones incorporadas en la Ley 8/1988 por la Ley 11/1994 primero y por la Ley 50/1998 después: hacer publicidad de ofertas de empleo que no respondan a las condiciones reales del puesto de trabajo ofertado o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación (infracción grave tipificada en el punto 7 del art. 27); ejercer las actividades de mediación con fines lucrativos o, aunque se ejerzan sin fines lucrativos, sin la autorización previa del Servicio Público de Empleo (infracción muy grave tipificada en el punto 1 del art. 28); establecer condiciones de acceso al empleo de carácter discriminatorio (infracción muy grave tipificada en el punto 2 del art. 28); y continuar actuando en la intermediación una vez finalizada la autorización para ello o cuando la prórroga hubiese sido desestimada por el Servicio Público de Empleo (infracción muy grave tipificada en el punto 5 del art. 28). Este régimen disciplinario, basado en pocas infracciones, pero de gravedad, está confiado en su vigilancia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

4. Legalización y regulación de las empresas de trabajo temporal, preavisada por el Real Decreto-Ley 18/1993 y ejecutada por la Ley 14/1994, reguladora de las empresas de trabajo temporal, y su reglamento aprobado por Real Decreto 4/1995, de 13 de enero. Siguiendo

⁶⁴ Tales comunicaciones no solamente tienen una finalidad estadística, sino que coadyuvan al control de las prestaciones por desempleo, puesto que los rechazos injustificados de las ofertas de empleo tramitadas a través de las agencias de colocación se estiman comprendidos en el artículo 213.1.b, y 215.1.1 de la Ley General de la Seguridad Social y pueden, por tanto, dar lugar a la extinción de la prestación o subsidio.

el modelo francés, se regula un mercado separado del propio de las agencias de colocación, pero también de las empresas de servicios y subcontratistas, mediante la configuración legal del objeto de las empresas de trabajo temporal como la celebración con las empresas clientes de contratos de puesta a disposición de los trabajadores reclutados y contratados para ser cedidos. Esta actividad sólo puede ser llevada a cabo por las empresas de trabajo temporal, estando protegida su exclusividad por el sistema sancionador previsto para la cesión ilegal de trabajadores en los artículos 43 y 96.2 del Estatuto de los Trabajadores de 1995. Al mismo tiempo las empresas de trabajo temporal sólo pueden dedicarse a este tipo de actividad, lo que igualmente se pretende garantizar mediante sanciones administrativas, introducidas para este supuesto por la Ley 50/1998 en el punto c) del número 3 del artículo 19 de la Ley 14/1994⁶⁵. El acceso al mercado está limitado a las empresas que obtengan una autorización administrativa, previo cumplimiento de una serie de requisitos. Entre éstos el más significativo, a los efectos que aquí nos ocupan, es el relativo a la estructura territorializada en las distintas provincias en que la empresa opere. El problema de la estructura está íntimamente conectado a la operatoria de las empresas de trabajo temporal en el mercado de la colocación. Lo que está en juego es la existencia o no de una red de oficinas de la empresa cercanas y accesibles a los demandantes de empleo, así como la realización de actividades de formación y calificación de los mismos previas a su registro en la base de datos. Como hemos visto anteriormente la configuración del mercado del trabajo flexible puede situar en un plano secundario la función de intermediación y selección de trabajadores, hasta el punto de que no es infrecuente que las empresas clientes sean las auténticas seleccionadoras de los trabajadores que la empresa de trabajo temporal va a contratar para cederles. La actividad de la empresa de trabajo temporal se aleja en ese caso de la intermediación y sólo necesita una estructura administrativa mínima. Lo cierto es que se esperaba de las empresas de trabajo temporal que instrumentaran vías de acceso a la colocación accesibles a los desempleados y, en este sentido, se estaba dispuesto a la ruptura del tabú de ver aparecer redes de oficinas establecidas por este tipo de empresas privadas, con ánimo de lucro, similares en apariencia a oficinas de colocación. El modelo español se mantiene todavía en la indefinición entre la mera desregulación laboral, con la implantación de sistemas de alquiler de horas de trabajo, y la gestión de acceso al empleo bajo la modalidad de empleo flexible. La regulación de 1994 inclinaba al mercado por la primera vía, primando el precio de la hora sobre cualquier otra consideración. La reforma de 1999, cuyos efectos están por ver, podría influir sobre el modelo para su reversión hacia la segunda vía, configurando algo así como un sistema de trabajo flexible en el que la desregulación se compensa por un mayor precio nominal de la hora de trabajo respecto a la hora de trabajo «estatutaria». Pero aun así falta potenciar el elemento estructural de creación de redes de oficinas accesibles para la colocación de los trabajadores y de servicios adicionales de selección, formación y cualificación profesional de los candidatos que acceden a las bases de

⁶⁵ Como señalamos anteriormente, la delimitación del mercado de las empresas de trabajo temporal frente a las empresas de servicio es bastante ardua, lo que permite oscilaciones entre los sectores y contratos cubiertos por empresas de trabajo temporal y por empresas de servicio. De esta forma los grupos empresariales de estos sectores suelen incluir en su estructura sociedades diferenciadas para ambas actividades, dirigiendo determinadas contrataciones hacia unas u otras en función de las circunstancias.

datos de estas empresas, para las que toda obligación impuesta legalmente en materia de formación, reconocimientos médicos, etc. resulta completamente disfuncional con su modo de operar. En fin, este mercado separado y regulado del trabajo temporal se encuentra disciplinado por un sistema de infracciones y sanciones administrativas (capítulo V de la Ley 14/1994), correspondiendo la responsabilidad de su aplicación a las Autoridades Laborales, previa actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Estos son los elementos esenciales de la reforma de 1994. Salvo en lo relativo a las empresas de trabajo temporal (cuyo mercado además se ha diferenciado del de la colocación, por aproximación al propio de la subcontratación) el sistema de 1994 no es en sí privatizador. Si atendemos a las dos grandes líneas que configuran la reforma del sistema de colocación (fin del monopolio del Servicio Público de Colocación y legalización de las agencias de colocación sin ánimo de lucro, coordinadas y controladas por el servicio público), el resultado es, a la postre, muy similar al regulado por la Ley de Colocación Obrera de 1931, más de sesenta años después. La gran novedad, como digo, es la aparición de las empresas de trabajo temporal y la constitución de un mercado del trabajo flexible. Pero además, como es obvio, el contexto social y económico y el tejido empresarial en el que se inserta la reforma es completamente distinto al de la II República española. Pues bien, el sistema de colocación nacido de la reforma de 1994 era difícilmente sostenible en el momento mismo en el que nació, puesto que venía amenazado, política y jurídicamente, por dos líneas de fuego distintas: la transferencia a las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de políticas activas de empleo y el Derecho comunitario de la competencia. Si la primera causa de quiebra tiende a subdividir el sistema de colocación por Comunidades Autónomas, reproduciendo en cada una de ellas el esquema estatal anterior, la segunda se dirige a su reforma radical, para convertir el mismo en un mercado de empresas con ánimo de lucro en competencia abierta. Esta última línea ha sido la adoptada por la mismísima Organización Internacional del Trabajo en su convenio n.º 181, ratificado en 1999 por España. Pero este convenio redefine el ámbito del mercado de la colocación de forma amplia, reintegrando al mismo a las empresas de trabajo temporal y, muy probablemente, a las empresas de selección y a las entidades colaboradoras de los servicios integrados para el empleo.

V. LA TRANSFERENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE COLOCACIÓN A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La concepción centralista del Servicio Público de Empleo que se instauró en el Real Decreto-Ley 36/1978 y en la Ley Básica de Empleo poco tenía que ver con la realidad constitucional que se inauguraba en nuestro país. La Constitución, en su artículo 149.1.7, construía un marco competencial para las Comunidades Autónomas en el que sólo la producción de la normativa laboral permanecía en el ámbito estatal, siendo susceptible de transferencia la ejecución de toda esta normativa. Por otra parte a las Comunidades Autónomas les corresponde la competencia exclusiva para la organización de sus instituciones y de su Administración (art. 148.1.1 de la Constitución), si bien deben respetar, en el ámbito de la legislación administrativa, las bases del régimen jurídico de las

Administraciones Públicas, de los procedimientos administrativos y de la función pública establecidos por la normativa estatal (art. 149.1.18 de la Constitución). Los Estatutos de Autonomía de Cataluña y el País Vasco en 1979 ya recogieron estas competencias de ejecución de la legislación laboral, como igualmente hicieron posteriormente los de Galicia, Andalucía, Comunidad Foral Navarra, Comunidad Valenciana y Canarias. El proceso de asunción estatutaria de estas competencias culminó en 1994 cuando los Estatutos de las Comunidades Autónomas que habían sido tramitados por la vía del artículo 143 de la Constitución fueron reformados para acoger la ampliación de competencias que ya se había anticipado mediante la Ley Orgánica 9/1992. De esta forma a la altura de 1992 ya estaba previsto que todas las Comunidades Autónomas, excepto Ceuta y Melilla, asumirían las competencias de ejecución de la legislación laboral, con la consiguiente facultad de autoorganización de sus servicios ⁶⁶.

Las competencias del INEM en relación con las denominadas políticas activas de empleo (formación profesional, colocación e intermediación en el mercado de trabajo, fomento de la contratación mediante subvenciones) se mantuvieron sin embargo en el ámbito estatal, mediante la construcción jurídica de un ámbito competencial denominado de «empleo», como algo diferenciado del propio de la legislación laboral, que al no haber sido asumido por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía seguiría siendo competencia del Estado en aplicación del artículo 149.3 de la Constitución. Esta operación no tenía en realidad visos de viabilidad, puesto que los mismos artículos de los Estatutos de Autonomía que hacían referencia a la competencia de ejecución de la legislación laboral mencionaban los fondos de empleo, lo que implicaba claramente que la concepción jurídico-constitucional de lo laboral incluía el ámbito del empleo. Y así lo vino a establecer el Tribunal Constitucional. Ya en su sentencia de 20 de diciembre de 1988, dictada en el conflicto positivo de competencias n.º 371/84 interpuesto por la Generalidad de Cataluña, vino a declarar que la materia relativa a contratación es normativa laboral, especificando que la normativa denominada de empleo no tiene carta de naturaleza constitucional a efectos de la distribución de competencias. Esta declaración la hizo de forma contundente en el fundamento jurídico quinto de su sentencia de 28 de noviembre de 1996, al resolver el recurso interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social. Allí entendió que los deberes y prohibiciones legalmente impuestos a los empresarios respecto de las actividades de contratación en sus diversas fases y estadios (y, en concreto, la colocación, fomento del empleo y formación profesional ocupacional) han de ubicarse en la materia «legislación laboral» y, por tanto, en el artículo 149.1.7 de la Constitución. Aunque esta sentencia del Tribunal Constitucional se refiriese al aspecto adjetivo de imposición de sanciones por el incumplimiento de dichas normas lo cierto es que era palmaria la consecuencia, si a alguien le quedaba alguna duda, en relación con la titularidad autonómica de las competencias administrativas en materia de políticas activas de empleo, definidas bajo estos tres términos: colocación, fomento del empleo y formación profesional ocupacional. Y, aunque la

⁶⁶ Respecto a la estructuración de la distribución de competencias en materia de legislación laboral existen estudios sobrados. Para una comprensión en profundidad del sistema me remito a las referencias contenidas en el recomendable estudio de JIMÉNEZ ASENSIO: «Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado». Ed. Civitas e Instituto Vasco de Administración Pública. Madrid, 1993. También hay que tener en cuenta los retrasos en la asunción de esas competencias por algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Asturias, donde el proceso se ha producido este mismo año.

sentencia sólo hiciese referencia al País Vasco, también era obvia la extensión de dicho criterio a todas las demás Comunidades Autónomas, salvo Ceuta y Melilla, dada la similitud de sus previsiones estatutarias. La competencia en materia de colocación era, por tanto, autonómica, y sólo restaba por ejecutar la transferencia de los medios materiales, personales y presupuestarios para la efectiva ejecución de ésta. Es decir, la división de la red de Oficinas de Empleo y de centros de formación profesional por Comunidades Autónomas, así como todos los presupuestos destinados a la financiación de estas redes y de las políticas de subvenciones en la materia. En manos de la Administración General del Estado quedaría solamente la gestión de las prestaciones por desempleo, cuya devolución al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en un movimiento de retorno del producido en 1980, ya había sido prevista en la disposición adicional decimoctava de la Ley 39/1992, de Presupuestos Generales del Estado para 1993 ⁶⁷, aunque finalmente no fue llevada a cabo.

De esta forma la Administración General del Estado, a principios de los años noventa, ya era consciente de que debía encarar el proceso de transferencias de las políticas activas de empleo, lo que incluía el Servicio Público de Colocación y su red de oficinas en los respectivos territorios. La situación política, con la colaboración de los nacionalistas catalanes en el apoyo parlamentario del Gobierno, obligó a improvisar una solución de urgencia para anticipar dicha transferencia. En base al Real Decreto 735/1995, que antes analizamos, el INEM autorizó a la Generalidad de Cataluña como agencia de colocación sin ánimo de lucro mediante el correspondiente convenio de colaboración. De esta forma la Generalidad podía poner en marcha una red propia de Oficinas de Empleo, en paralelo a las Oficinas de Empleo del INEM. Pero esta situación no duró mucho, porque la transferencia de la red del INEM se produjo efectivamente con el Real Decreto 1050/1997, de 27 de junio, que completó las transferencias anteriores de políticas activas de empleo. Las competencias autonómicas no solamente incluyen la intermediación laboral, esto es, la red de Oficinas de Empleo, con el registro de ofertas y demandas de empleo, contratos, prórrogas, etc., sino también el poder de autorizar, mediante los correspondientes convenios, las agencias privadas de colocación que operen dentro del territorio de la Comunidad, como igualmente la suscripción de los convenios de colaboración con las entidades asociadas de los servicios integrados para el empleo, la gestión de las subvenciones estatales de fomento del empleo y de formación profesional, la gestión y control de los programas de escuelas-taller y casas de oficio, los centros de formación profesional situados en el territorio de la Comunidad, las comisiones de seguimiento de la contratación laboral, la participación en las comisiones ejecutivas provinciales del INEM y, por último, la inspección y sanción de las infracciones tipificadas por la legislación del Estado en estos ámbitos de la colocación, el empleo y el fomento del empleo. En todo caso la Administración autonómica debe garantizar la accesibilidad de la información de sus registros y bases de datos al INEM, a efectos estadísticos, de conocimiento del mercado de trabajo, de control de prestaciones por desempleo y de compensación interterritorial de ofer-

⁶⁷ Esta disposición adicional decimoctava encomendaba al Gobierno tomar las medidas necesarias para que la gestión de la política de empleo continuara correspondiendo al INEM, con exclusión de las prestaciones por desempleo, que debían pasar a ser gestionadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por lo que, lógicamente, la cuota por desempleo pasaba a constituir un recurso de Seguridad Social, correspondiendo a la Tesorería General de la Seguridad Social su recaudación y el pago de las prestaciones por desempleo.

tas y demandas de empleo ⁶⁸. Mediante el Decreto 235/1997, de 2 de septiembre, la Generalidad asignó al Departamento de Trabajo las nuevas funciones y servicios transferidos, que fueron distribuidos en el interior del Departamento por la Orden de 15 de diciembre de 1997. Las funciones en materia de intermediación en el mercado de trabajo fueron a parar a la Dirección General de Ocupación. Poco después el Decreto 13/1998, de 20 de enero determinó las unidades administrativas competentes para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de ocupación y de formación profesional ocupacional. La absorción de la red de Oficinas de Empleo del INEM tomó forma jurídica con el Decreto 307/1998, de 1 de diciembre, de creación de las oficinas de trabajo de la Generalidad, que se constituyen, bajo la dependencia de las Delegaciones Territoriales de Trabajo, como unidades básicas del Servicio Público de Ocupación. Poco después se firmaron tres convenios de colaboración entre el INEM y la Generalidad de Cataluña (que pueden ser consultados en el DOGC de 28 de diciembre de 1998): por el primero se creaba una comisión de coordinación y seguimiento. En el segundo se establecía el sistema de coordinación de la gestión del empleo por la Generalidad de Cataluña con la gestión de prestaciones por desempleo por el INEM en base al mantenimiento en el seno de las nuevas oficinas autonómicas del personal del INEM, con sus propios medios materiales y símbolos institucionales y bajo un responsable propio, con objeto de recibir a los solicitantes y beneficiarios de prestaciones a efectos de recogida de documentación, procedimientos de control, etc. La colaboración de la Generalidad con el INEM en materia de control de prestaciones se lleva a cabo a partir de la obligación de los solicitantes beneficiarios de prestaciones de inscribirse como demandantes de empleo en las oficinas autonómicas, comprometiéndose éstas a llevar a cabo en relación con los mismos los oportunos controles que permitan comprobar su empleabilidad y la involuntariedad de la situación de desempleo. Por último, el tercer convenio regula el intercambio de información y de datos estadísticos entre ambas Administraciones.

El sistema catalán se completa con la regulación de los mecanismos de participación social. El Decreto 320/1998, de 15 de diciembre, creó un Consejo de Dirección del Servicio Público de Empleo de Cataluña ⁶⁹, concebido como un órgano para debatir y formular las líneas básicas de las políticas públicas de empleo y para su seguimiento y desarrollo. En el mismo no solamente participan, como es habitual, los representantes de los sindicatos más representativos y de las asociaciones patronales al lado de la Administración Laboral, sino que también se ha dado cabida a representantes de las Administraciones Locales ⁷⁰. En esta línea de participación social y acercamiento al ámbito territorial de acción, el Decreto 336/1998, de 15 de diciembre, crea y regula las mesas locales de empleo, dependientes del área de empleo del Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña, como instrumentos de participación de los interlocutores sociales y de las Administraciones Locales,

⁶⁸ Ha de recordarse, además, cómo el artículo 2 del Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia para autorizar las actividades de las empresas de trabajo temporal cuyo ámbito de actuación no supere el territorio de dicha Comunidad.

⁶⁹ El artículo 1 de este Decreto define el Servicio Público de Colocación que se pone bajo la dirección de ese Consejo: «El Servicio Público de Empleo de Cataluña está integrado por el conjunto de funciones, servicios y políticas activas en materia de empleo, formación e intermediación cuya titularidad corresponde al Departamento de Trabajo». Este servicio lo pasa a gestionar directamente el Departamento, sin crear para ello un organismo autónomo.

⁷⁰ El Reglamento de organización y funcionamiento interno del Consejo de Dirección del Servicio Público de Empleo de Cataluña está publicado en el DOGC de 2 de julio de 1999.

junto con el Departamento de Trabajo, en los niveles comarcales e intercomarcales, para el seguimiento de las actividades del Servicio Público de Empleo de Cataluña y la formulación de propuestas y planes de acción ⁷¹. Finalmente el Decreto 249/1998, de 22 de septiembre, se ocupa de crear los órganos de participación institucional en el control y seguimiento de la contratación laboral en Cataluña para sustituir en dicho ámbito territorial las comisiones provinciales que regulaba el Real Decreto 355/1991.

Se trata por tanto de un proceso nítido y jurídicamente impecable, en el que la transferencia de la red de Oficinas de Empleo se produce mediante su integración en el sistema administrativo de la Generalidad, pero garantizando el mantenimiento de la colaboración con el INEM en la transferencia de información y en el control de las prestaciones por desempleo y, al mismo tiempo, profundizando la participación social en el ámbito central y en los ámbitos comarcales, en un sentido de aproximación al territorio recomendado desde la Unión Europea y que no ha de confundirse con la mera transferencia del Servicio Público de Empleo a las Comunidades Autónomas ⁷².

Un modelo radicalmente distinto ha sido el del País Vasco. Aquí el Decreto 142/1993, de 11 de mayo, había creado una Sociedad Anónima Pública para la promoción de la formación y el empleo (EGAILAN S.A.), cuyo objeto era gestionar las políticas activas de empleo, esencialmente las subvenciones a la contratación y por formación profesional ocupacional ⁷³. El Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, al amparo del Real Decreto 735/1995, firmó un convenio de colaboración con el INEM, constituyéndose en agencia de colocación sin finalidad lucrativa. Una Orden de 26 de junio de 1996 (modificada posteriormente por otra Orden de 30 de marzo de 1998) reguló la organización y desarrollo de las acciones de intermediación en el mercado de trabajo promovidas por el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, en funciones de agencia de colocación bajo la denominación de Servicio Vasco de Colocación o LANGAI. Se pretendía crear el Servicio Público de Colocación vasco sin haber recibido la transferencia de los medios del INEM, por lo cual la red de oficinas se montaría en paralelo a la de aquél. Pero como no existía posibilidad presupuestaria de estructurar una red de este tipo, que además produciría un problema evidente de duplicidad si se producía posteriormente la transferencia del INEM, se optó por acudir a la externalización de la red a través de la regulación de un estatuto de entidades colaboradoras o centros asociados, tomado de la normativa de la Formación Profesional

⁷¹ El ámbito territorial de las distintas mesas de empleo está determinado por Orden del Departamento de Trabajo de la Generalidad de 23 de junio de 1999.

⁷² Vid. CASAS BAHAMONDE: «Convergencia europea, reformas del mercado de trabajo y territorialización de las políticas y de los servicios públicos de empleo». *Revista de Relaciones Laborales de La Ley* (tomo II/1993, págs. 22 a 30).

⁷³ La gestión de subvenciones públicas por entidades privadas, en concepto de colaboradoras, es algo que actualmente permiten las normas de disciplina financiera y presupuestaria de la mayor parte de las Administraciones. No es raro observar por ello cómo, con esta finalidad, se constituyen por las Administraciones Públicas sociedades anónimas, agencias u otros entes regidos por el Derecho privado, con objeto de evitar la aplicación del Derecho-administrativo. En el ámbito de la Administración General del Estado esta posibilidad viene establecida en el número 5 del artículo 81 de la Ley General Presupuestaria (en la redacción dada por el art. 16 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, y el art. 16 de La Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995).

Ocupacional ⁷⁴. La operación se justificó en base a la intención de «desadministrativizar lo más posible la acción pública sobre dicha intermediación e implicar en esa acción a los agentes sociales y económicos» (exposición de motivos de la Orden de 26 de junio de 1996) ⁷⁵. La red de oficinas se sustituyó por una red de centros colaboradores, que al firmar un convenio con LANGAI pueden registrar y modificar demandas (con los datos y currículos de los trabajadores) y ofertas de empleo, utilizando para ello los programas informáticos proporcionados por la Administración autonómica, cuyos datos se transmiten a una base central de datos gestionada por ésta. A cambio las entidades colaboradoras reciben unas cantidades en concepto de subvención por cada demanda u oferta grabada, así como por sus modificaciones. La estructura central del servicio de empleo se localiza materialmente en EGAILAN S.A., puesto que se intentaba aprovechar las estructuras administrativas existentes. El Decreto 158/1996, de 25 de junio, permitió que esta sociedad se dedicara a dirigir, coordinar y supervisar la plataforma tecnológica del sistema y a realizar las acciones de información y direccionamiento, así como de casamiento de la oferta y demanda. La red de centros colaboradores se constituyó a partir de centros de formación profesional, ocupacional o reglada, asociaciones empresariales, sindicatos, facultades, colegios profesionales, etc., lo cuales, según la Orden reguladora, «son los auténticos gestores del sistema de empleo, pues son quienes realizan el análisis exhaustivo de las ofertas y demandas de empleo, las evalúan, realizan los currículos, introducen los datos en el sistema informático, etc.». El modelo vasco es, por tanto, un modelo diseñado para la provisionalidad, cuyo fin es simular, sin apenas inversión de medios, un Servicio Público de Empleo mientras se espera la transferencia de las políticas activas del INEM.

Pues bien, estos son los dos modelos que han condicionado el desarrollo posterior en el resto de las Comunidades Autónomas. El modelo vasco ha sido imitado por otras Comunidades, como es el caso de Galicia ⁷⁶ o de Castilla y León ⁷⁷. Otras Comunidades han preferido esperar a la transfe-

⁷⁴ Vid. artículo 9 y siguientes del Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, y la Orden de 13 de abril de 1994.

⁷⁵ En realidad el problema era político y específico del País Vasco. Debido a las posturas del mayoritario Partido Nacionalista Vasco, como consecuencia de los profundos desacuerdos existentes con el Gobierno de la nación sobre la evolución del proceso de transferencias y los claros incumplimientos estatutarios en esta materia, era imposible firmar un acuerdo de transferencia del INEM similar al catalán (algo que todavía no ha sido posible). El Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, en manos del PSE, decidió hacer lo posible por no quedarse atrás y constituir una apariencia inicial de Servicio Público de Colocación vasco, a la espera de la resolución del conflicto, pero para ello, como resultaba ilógico realizar una inversión en oficinas y personal que, en definitiva, se esperaba que llegara en el futuro del INEM. De ahí el empeño en aprovechar las estructuras existentes y en acudir a la colaboración social. Lo ocurrido posteriormente es que el sistema se ha consolidado y extendido a otras Comunidades Autónomas, introduciendo una filosofía de privatización que no era la querida inicialmente.

⁷⁶ El 3 de enero de 1996 se firmó el convenio entre el INEM y la Junta de Galicia por el que la Comunidad Autónoma se constituyó en una agencia de colocación sin fines lucrativos, con la denominación de Servicio Gallego de Colocación. Su funcionamiento se organizó a través de una red de centros asociados, al igual que en el País Vasco, mediante una Orden de 19 de mayo de 1997. La regulación gallega es menos exhaustiva que la vasca, adoptando su mismo sistema pero simplificando la regulación.

⁷⁷ Mediante un convenio de colaboración firmado el 2 de febrero de 1998 entre el INEM y la Consejería de Industria, Comercio y Turismo de la Junta de Castilla y León, esta última se constituyó en agencia de colocación sin finalidad lucrativa. Mediante una Orden de esta Consejería de 20 de abril de 1998 (modificada posteriormente por una Orden de 5 de octubre del mismo año) se reguló el funcionamiento del Servicio Regional de Colocación de una forma casi calcada respecto del modelo gallego.

rencia del INEM. Esta transferencia ha llegado a Galicia (Real Decreto 1375/1997, de 29 de agosto, y Real Decreto 232/1998, de 16 de febrero), Comunidad Valenciana (Real Decreto 2673/1998, de 11 de diciembre), Comunidad Foral de Navarra (Real Decreto 811/1999, de 14 de mayo), Canarias (Real Decreto 150/1999, de 29 de enero, modificado por Real Decreto 939/1999, de 4 de junio y por el Real Decreto 115/2000, de 28 de enero) y Madrid (Real Decreto 30/2000, de 14 de enero)⁷⁸. Una vez recibida la transferencia del INEM, unas Comunidades han seguido el esquema catalán de atribuir directamente las competencias a la estructura administrativa de la Consejería correspondiente⁷⁹, mientras que otras han constituido organismos autónomos, a imagen y semejanza del INEM⁸⁰. Pero lo más característico es la supervivencia del mecanismo de centros colaboradores propio del modelo vasco después de haber recibido la transferencia de la red de oficinas del INEM, como es el caso de Galicia, donde la gestión pública de las Oficinas de Empleo, según el modelo

⁷⁸ Llamo la atención sobre el hecho de que en este proceso de transferencias, como ha ocurrido últimamente en otros, se ha producido la ruptura de la división entre Comunidades Autónomas de vía lenta y de vía rápida, de forma que finalmente Madrid ha recibido las competencias del INEM antes que el País Vasco o Andalucía, aunque ello se debe a los problemas políticos derivados de los enfrentamientos de sus Gobiernos autonómicos con el Gobierno de la nación.

⁷⁹ Es el caso de Galicia, que mediante el Decreto 488/1997, de 26 de diciembre, que desarrolla la estructura orgánica de la Consejería de Familia y Promoción del Empleo, Mujer y Juventud, ha atribuido a la Subdirección General de Colocación, dentro de la Dirección General de Formación y Colocación, las funciones de intermediación en el mercado de trabajo transferidas, que se desarrollan en el ámbito provincial por las Delegaciones Provinciales de la Consejería, dentro de las cuales está el Servicio de Formación y Colocación. También era inicialmente el caso de la Comunidad Valenciana: por el Decreto 92/1999, de 30 de julio, se aprobó el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Empleo, que contemplaba una Dirección General de Intermediación Laboral a la que se atribuían estas funciones, que llevaban a cabo a través de un área de intermediación y orientación que comprendía un servicio de intermediación laboral, un servicio de coordinación de Oficinas de Empleo y los servicios territoriales de intermediación laboral. La Ley 3/2000, de 17 de abril (DOGV 26 de abril de 2000, BOE 25 de mayo de 2000), creó el Servicio Valenciano de Empleo y Formación, SERVEF, como organismo autónomo adscrito a la Consellería de Empleo, posteriormente integrada por el Decreto 65/2000, de 22 de mayo, en la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo.

⁸⁰ Canarias fue la Comunidad pionera, mucho antes de recibir transferencia alguna, mediante la Ley 7/1992, de 25 de noviembre, por la que se crea el Instituto Canario de Formación y Empleo (ICFEM), modificada por Ley 6/1996, de 30 de diciembre. El Decreto 111/1999, de 25 de marzo, aprueba el Reglamento Orgánico del ICFEM, sustituyendo al aprobado por el Decreto 18/1993, de 11 de febrero. A su vez el Decreto 91/1997, de 9 de junio, creó, como órgano de participación social, las Comisiones Insulares de Formación y Empleo. También Aragón, aun sin haber recibido las transferencias, promulgó la Ley 9/1999, de 9 de abril, de creación del Instituto Aragonés de Empleo (INAEM), garantizándole como competencia, entre otras, «las funciones de ejecución en materia de intermediación laboral, garantizando la transparencia y accesibilidad a la información por parte del sistema público de empleo estatal». En Navarra el Decreto Foral 148/1998, de 29 de abril, creó el Organismo autónomo Servicio Navarro de Empleo y reguló sus Estatutos. Este Decreto ha sido modificado posteriormente por el Decreto Foral 201/1998, de 15 de junio, por el Decreto Foral 433/1999, de 13 de septiembre y por el Decreto Foral 587/1999, de 15 de noviembre. Entre las funciones (art. 2) del Servicio Navarro de Empleo se establece la de «participar activamente en la intermediación entre la oferta y demanda del mercado de trabajo». Una Orden Foral de 2 de mayo de 2000 desarrolla la estructura orgánica del Servicio «a nivel de Negociados». Madrid creó, mediante la Ley 4/1997, de 8 de enero, la Agencia para el Empleo de la Comunidad de Madrid, cuya estructura se desarrolla por el Decreto 115/1998, de 25 de junio. Por último, en las Islas Baleares, la Ley 7/2000, de 15 de junio (BOE 15 de junio de 2000), ha creado el Servicio de Empleo de las Illes Balears, como entidad autónoma de carácter administrativo, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, cuya finalidad es la planificación, gestión y coordinación de las políticas de empleo, con funciones concretas de información, orientación e intermediación en el mercado laboral, el fomento de la ocupación en todas sus vertientes y el desarrollo de la formación profesional (art. 1), si bien el Servicio de Empleo de las Illes Balears podrá otorgar el carácter de centro colaborador a aquellas entidades, de naturaleza pública o privada, que tengan o pretendan tener una dedicación con los objetivos del Servicio (art. 2).

catalán, convive con el sistema de entidades colaboradoras, propio del modelo vasco ⁸¹. También en Navarra los artículos 28 y 29 del Decreto Foral 148/1998, de 29 de abril, por el que se crea el Organismo autónomo Servicio Navarro de Empleo, permite a éste la firma de convenios para otorgar el carácter de centro o entidad colaborador, también en el ámbito de la intermediación, especificando en el convenio el área de la colaboración y su alcance. Esta opción por el modelo de centros o entidades colaboradores plantea importantes problemas jurídicos y de otros tipos, antes y después de la transferencia.

Antes de la transferencia, en primer lugar, están los problemas, ya mencionados, de carácter organizativo y presupuestario. Por una parte no se recibe la transferencia de los medios personales, materiales y presupuestarios del INEM, por lo que la financiación para la creación y mantenimiento de la red autonómica ha de obtenerse de otra forma, lo que no es precisamente sencillo en el marco de disciplina presupuestaria impuesto por la Unión Económica y Monetaria a partir del Tratado de Maastricht. Por otra parte la red autonómica actúa en paralelo a la red estatal de oficinas del INEM, con los problemas de duplicidad e integración que ello puede producir cuando la red estatal es transferida. Aunque la presión de los agentes sociales y de la opinión pública pueden obligar a los responsables políticos a poner en marcha un servicio autonómico de colocación que permita dar una imagen de actividad administrativa contra el paro, las circunstancias descritas no invitan a realizar dispendios presupuestarios. Igualmente antes de la transferencia, en segundo lugar, debe decirse que la mera suscripción del convenio de colaboración con el INEM para constituirse en agencia de colocación no confiere a la Administración Autonómica un estatuto diferente al de cualquier sujeto privado que firme este tipo de convenios, estando incluso sujeta a la inspección y sanción del Estado. En consecuencia, resulta insostenible jurídicamente, por más que la tolerancia del Estado garantice la inmunidad, que la Administración Autonómica opere como si hubiese recibido la transferencia plena de la competencia, convirtiéndose mediante el convenio no en un operador en el mercado de la colocación, sino en el agente regulador del mismo. Por ello, en la medida en que la Comunidad Autónoma no ha recibido la transferencia del servicio, su realización de actividades de intermediación no se lleva a cabo en cuanto ejercicio de competencias de Derecho Público, por lo que parece dudoso que pueda dictar normas en la materia que superen lo estrictamente organizativo del propio servicio. La regulación del ejercicio de la actividad se lleva a cabo por la normativa estatal, especialmente el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto 735/1995, en base a los cuales se firma un convenio, de carácter autorizador, que disciplina el ejercicio de la actividad de mediación, no en base a las normas autonómicas. Y finalmente, también antes de la transferencia y en tercer lugar, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que las limitaciones previstas para los sujetos privados que firmen estos convenios son oponibles igualmente frente a la Administración Autonómica constituida en agencia de colocación y, de hecho, así se refleja en los convenios suscritos. Entre estas limitaciones se encuentra la prohibición de la subcontratación de la actividad. Ceder a terceros una parte sustancial de las actividades de mediación en el mercado de trabajo está prohibido por el Real Decreto 735/1995 y además supone un incumplimiento de las condiciones de

⁸¹ La Orden de 19 de mayo de 1997, que reguló inicialmente el funcionamiento del llamado Servicio Gallego de Colocación, según el modelo vasco, fue sustituida por una Orden de 27 de abril de 1998, por la que se reguló el funcionamiento de los centros asociados al Servicio Gallego de Colocación, que a su vez lo ha sido por otra Orden de 15 de febrero de 1999 y ésta por otra de 24 de febrero de 2000.

autorización incluidas en el convenio de colaboración. Para salvar esta situación en las normas vascas, gallegas o castellano-leonesas se pretende que las actividades cuya realización se cede a las entidades colaboradoras no son en sí la mediación en el mercado, sino la captación y grabación en el sistema unificado de ofertas y demandas de trabajo, dejando que la puesta en contacto entre ambas se haga por la Administración Autonómica. Pero esta opción no deja de plantear serias dudas: si la selección de trabajadores, como vimos, es una actividad distinta de la colocación y ahora resulta que la captación y grabación de ofertas y demandas también son actividades diferenciadas (y por tanto todas ellas son susceptibles de ser desarrolladas por empresas privadas sin que ello implique la realización de actividades de colocación reservadas al Servicio Público de Colocación o a las agencias autorizadas por el mismo ⁸²), entonces ¿qué clase de actividad queda entre la captación y grabación de ofertas y demandas y la selección de trabajadores de la cual pueda decirse que constituye el acto de la colocación o intermediación reservada al Servicio Público de Empleo o a las agencias de colocación por él autorizadas? La respuesta de la normativa del modelo vasco es que tan «purísima» y exclusiva actividad consiste en la denominada «intermediación oferta-demanda», esto es, en el cruce de los datos que permite establecer qué demandantes cumplen los requisitos de la oferta para ocupar el puesto de trabajo de que se trate. Al empresario se le comunicarán los demandantes de empleo registrados que cumplen con las condiciones requeridas, mientras que a estos demandantes se les informará de la oferta a efectos de que se presenten ante el empresario para la correspondiente selección, operación que ya corresponde al empleador, por sus propios medios o recurriendo a los servicios de empresas de selección ⁸³. De esta manera la intermediación reservada al servicio público queda reducida a su expresión más mínima, hasta el punto de que las normas preven que se haga «de forma automatizada», esto es, mediante un equipo informático, sin intervención del personal del servicio: esa es, precisamente la plataforma tecnológica que gestiona EGAILAN S.A., junto con los programas y aplicaciones que se instalan en los ordenadores de los centros colaboradores para grabar y transmitir los datos de ofertas y demandas a la base de datos central. Ahí, en el interior de los circuitos de la máquina central del servicio, se produce el *Misterium Tremens* de la intermediación, que de esta forma resulta ya más parecida a un acto mágico que a una operación jurídica racional.

⁸² La actividad de colocación no puede ser llevada a cabo mediante la firma de un contrato o convenio con una agencia de colocación autorizada (y en esa condición opera la Comunidad Autónoma) y no cabe tampoco que la Comunidad Autónoma dicte una norma en materia laboral que modifique lo dispuesto en el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 735/1995.

⁸³ Algunas normas autonómicas sólo preven que el resultado del cruce de datos consista en proporcionar al empresario que presenta la oferta el listado de candidatos que cumplan con los requisitos establecidos, pero no a los demandantes de la existencia de la oferta. El problema que está detrás es el control de las prestaciones de desempleo del INEM en base al rechazo de una «oferta de empleo adecuada» (art. 213.1.b de la Ley General de la Seguridad Social) por los demandantes que se inscriban en sus servicios de colocación. Las agencias de colocación autorizadas tienen la obligación, en aplicación del artículo 7.3 del Real Decreto 735/1995 y según los convenios de colaboración que suscriben, de comunicar al Servicio Público de Colocación los rechazos de las ofertas de empleo por los demandantes inscritos. En este sistema la actividad material de la agencia de colocación ha sido externalizada a terceros, que en muchas ocasiones son empresas con ánimo de lucro. El seguimiento de las ofertas, una vez realizada la «intermediación» por el ordenador administrativo, corresponde a las entidades colaboradoras. Por tanto el comunicar la oferta a los trabajadores y hacer un seguimiento de su actitud frente a la misma implicaría ceder a los centros asociados la posibilidad de privar a los mismos de sus prestaciones de desempleo, en base a rechazos injustificados de las ofertas de trabajo. Para evitar esto es mejor no conocer formalmente los rechazos y para ello un método consiste en no comunicar la oferta al trabajador y que sea el empresario el que, conociendo el listado de trabajadores considerados idóneos, se ponga en contacto con los que desee, quedando en su ámbito privado el resultado de la entrevista.

Ante este sistema cabe formularse, en mi opinión, varias preguntas: ¿tiene sentido prohibir las actividades de colocación privadas, reservándolas al servicio público, estatal o autonómico, encargado de las mismas, o a los agentes sin finalidad lucrativa autorizados por éste, para que finalmente el objeto de la reserva termine convertido en un acto mínimo, carente de significado real, por pura reducción al absurdo?, es decir, ¿no sería más honesto en estas condiciones liquidar la reserva legal y simplemente regular las condiciones de ejercicio de la actividad de colocación, repensando las tareas que debe asumir y garantizar en todo caso el sector público? El motivo de la reserva de esta actividad central del proceso al organismo público e incluso su realización de forma automatizada mediante ordenadores estriba, según se viene diciendo en algunas normas, en la garantía de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación. Pero en realidad esto carece de sentido teniendo en cuenta que el empresario puede contratar directamente sin pasar por el Servicio de Colocación, que las condiciones de la oferta de trabajo las fija él y que él mismo será después quien seleccione libremente entre los trabajadores disponibles. ¿Quizá se teme que sea el centro colaborador, en cuanto entidad privada, el que pueda discriminar entre los trabajadores inscritos y «recomendar» alguno al empresario? De nuevo la prevención es absurda: si el empresario puede contratar al trabajador que estime oportuno, el centro podrá recomendar de manera informal a quien desee, esté o no esté incluido en la lista de candidatos. Para ello basta con el conocimiento de la existencia de la oferta de trabajo que el empresario presenta en el propio centro colaborador. Pero lo esencial es que si la operación de cruce de datos finalmente resulta ser automatizada, las eventuales posibilidades de manipulación están localizadas en el momento de la introducción de datos y currículos en los centros colaboradores, puesto que conociendo el funcionamiento del programa se puede saber qué datos han de coincidir en oferta y demanda para que el demandante aparezca en un determinado listado de candidatos que vaya a ser proporcionado al empleador que presenta una oferta. Recordemos de nuevo lo que nos dice la exposición de motivos de la Orden vasca de 26 de junio de 1996: «Los centros colaboradores (...) son los auténticos gestores del sistema de empleo, pues son quienes realizan el análisis exhaustivo de las ofertas y demandas de empleo, las evalúan, realizan los currículos, introducen los datos en el sistema informático, etc.». Esto precisamente llevaría a que el momento que habría de reservarse al servicio público para garantía de la objetividad en la calificación del demandante de empleo sería el de la grabación de su demanda. También pudiera ser que la causa de la reserva al organismo público de la casación de demanda y oferta estribe en impedir el acceso por los centros colaboradores a la base de datos personales de todos los demandantes y oferentes de empleo. Esta reserva pudiera considerarse en principio justificada, si bien entonces habría que preguntarse por qué no se extiende el sistema a toda base de datos similar y muy especialmente a las generadas por las empresas de trabajo temporal y por las agencias de colocación sin ánimo de lucro autorizadas ⁸⁴. Por otra parte, aceptando el planteamiento, habría que delimitar el tipo de acceso a los datos que queda limitado al organismo público al reservar a éste la función de intermediación en sentido estricto: no está desde luego reservada al órgano público la introducción de modificaciones en la base de datos (ofertas, demandas, currículos), sino que estas operaciones las pueden llevar a

⁸⁴ El sistema de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, no prohíbe la existencia de sistemas de archivo y tratamiento de datos personales en manos de las empresas privadas, sino que establece un conjunto de normas y limitaciones para su gestión, junto con un sistema de vigilancia administrativa por la Agencia de Protección de Datos, que es aplicable a los archivos de los servicios de colocación y empresas de trabajo temporal.

cabo los centros colaboradores, puesto que de lo contrario sería imposible su tarea. La posibilidad de modificación de cualesquiera ofertas y demandas, con independencia de quién las introdujo en la base de datos, implica la posibilidad de acceso por pantalla a todos los datos modificables, esto es, todos los datos registrados. Cuestión distinta es que se pueda generar un archivo con los datos que permita su transmisión a terceros en forma digital, algo que claramente debe ser evitado, pero que tampoco precisarían hacer los centros colaboradores para el ejercicio de las funciones de intermediación.

Pero, en definitiva, una vez que nos situamos en un momento posterior a la transferencia de la red de oficinas del INEM y de la competencia para autorizar agencias de colocación sin finalidad lucrativa, todo el sistema parece quedar privado de sentido. ¿Qué diferencia existe entre un centro colaborador al amparo de la norma autonómica y una agencia de colocación sin finalidad lucrativa autorizada por la misma Comunidad Autónoma mediante la firma de un convenio en base al Real Decreto 735/1995? En el primer caso estaríamos ante entidades que introducen los datos de ofertas y demandas en una base de datos unificada y, además, no realizarían el acto central de la intermediación, confiado al sistema informático de la Administración, mientras que en el segundo la agencia se gestionaría autónomamente y realizaría por sí misma la intermediación. Pero, tal y como hemos visto, ¿realmente tiene alguna lógica diferenciar el *estatus* de ambos tipos de entidades en función de si la «intermediación» se produce en el ordenador central de la Administración o la hace la entidad? Aún más, la normativa autonómica sobre centros colaboradores crea una vía de legalización de entidades privadas en el mercado de la colocación distinta a la regulada en el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto 735/1995, por lo que muy posiblemente haya de estimarse que se sitúa fuera de las competencias autonómicas, dado que la producción de normativa laboral está reservada al Estado por el artículo 149.1.7 de la Constitución. Cierto es que la Comunidad Autónoma puede alegar su competencia de autoorganización (art. 148.1), entendiéndose que el sistema de entidades colaboradoras constituye una forma de gestión indirecta de un servicio público (así está calificada la actividad de colocación por el art. 40.1 de la Ley Básica de Empleo) del que la Comunidad es titular. Pero en ese caso la vía jurídica procedente para su instrumentación sería el contrato de gestión de servicios públicos regulado en el artículo 155 y siguientes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, puesto que, según el artículo 3.1.d de la misma Ley, para que los convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado sean lícitos no sólo han de ampararse en normas específicas que los regulen, sino además que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en la propia Ley 13/1995 y, en este caso, lo está (gestión de un servicio público) ⁸⁵. Pero más allá de las cuestiones de legalidad cabe cues-

⁸⁵ De acuerdo con la disposición final primera de la Ley 13/1995, el artículo 155 constituye legislación básica en materia de contratación administrativa, al igual que el artículo 2, y por tanto no pueden ser derogados por la normativa autonómica. El artículo 155 (reformado por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre) dice:

- «1. Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público, se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.
2. No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho Público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma».

tionar la lógica de la subsistencia de un servicio público de empleo en estas condiciones, sobre todo cuando gran parte de la colaboración ha ido a parar a manos de empresas privadas con ánimo de lucro, como son academias de enseñanza y similares que simultáneamente son colaboradoras en el ámbito de la formación ocupacional, aunque las actividades de colocación las lleven a cabo sin finalidad lucrativa (sólo a cambio de las subvenciones públicas establecidas por la captación y grabación de ofertas y demandas de empleo). Si lo que se pretende es mantener una base de datos unificada de todos los demandantes de empleo bastaría con obligar a las agencias de colocación a que se adhiriesen al sistema público o bien subvencionar a aquellas que lo hicieran voluntariamente.

En definitiva, junto a modelos de mera división por Comunidades Autónomas del sistema público estatal, sobre el que se han podido añadir elementos de mayor participación social o de territorialización, han aparecido modelos, como el gallego o el castellano-leonés, en los que la gestión de ese sistema público se ha reconvertido en una privatización *sui generis*⁸⁶. En este sentido hay que llamar la atención sobre el hecho de que dentro del modelo vasco, aun aceptado como sistema permanente de gestión del Servicio Público de Empleo, el resultado es completamente distinto si la externalización de las actividades que componen la red de Oficinas de Empleo se hace en favor de agentes sociales e institucionales como Ayuntamientos, Universidades, sindicatos, ONGs, etc., que si se hace en favor de empresas con ánimo de lucro como son academias privadas de enseñanza y formación profesional. En fin, todo lo anterior sirve para demostrar, incluso en la fase inicial en que nos encontramos hoy, que los sistemas de gestión de la colocación va a irse diferenciando entre las distintas Comunidades Autónomas, en función de opciones políticas territorializadas, cuyo elemento de unificación lo ha de constituir la normativa estatal.

VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA: LA CREACIÓN DE UN MERCADO DE LA COLOCACIÓN

Sobre el sistema en evolución que resulta de la reforma de 1994 y de la transferencia a las Comunidades Autónomas, en mi opinión el principal elemento de ruptura lo aporta el Derecho Comunitario. Hasta ahora la incidencia de éste ha sido escasa en lo relativo al Servicio Público de Colocación, pero el problema real estriba en que, desde el punto de vista meramente jurídico, el sis-

⁸⁶ Como indicaba en 1993 CASAS BAHAMONDE («Convergencia europea, reformas del mercado de trabajo y territorialización de las políticas y de los servicios públicos de empleo». *Revista de Relaciones Laborales* de La Ley (tomo II/1993, págs. 22 a 30): «El concepto de territorialización es equívoco y encubre diversos contenidos. Expresa, ciertamente, el deseo de reforzar la dimensión territorial de las medidas de fomento del empleo y, en consecuencia, indirectamente de actuación contra el desempleo. Refleja también la voluntad política de transferir o de delegar atribuciones y responsabilidades en este ámbito a los poderes públicos y actores sociales territoriales a través de técnicas de descentralización de diverso alcance. Pero también, según los países, de técnicas de privatización si las transferencias de atribuciones se hacen en favor de empresas, asociaciones o de organizaciones de servicios privados, que operan en espacios territoriales reducidos».

tema español es insostenible con relación al Derecho Comunitario, en cuanto a la libertad de prestación de servicios y construcción de un mercado único de Servicios de Colocación y en cuanto a la aplicación del Derecho de la competencia. En estas condiciones el sistema español puede no verse afectado mientras no exista un interés económico de las empresas en activar las normas comunitarias para cuestionar la prohibición de las agencias de colocación con fines lucrativos y poner en marcha un mercado en condiciones de competencia abierto a Europa. Cuando tales intereses económicos hagan su aparición, el instrumental jurídico a su disposición les augura el éxito en la transformación del sistema español. Trataré de explicar las causas de todo ello y, con este objeto, comenzaré con el Derecho Comunitario de la competencia.

El artículo básico es el 90 del Tratado CEE⁸⁷. De acuerdo con el párrafo segundo del mismo, «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellos confiada». Por tanto la primera cuestión a dilucidar es si la colocación de trabajadores constituye una actividad económica, a la que sean susceptibles de aplicación las normas sobre competencia. Hay que tener en cuenta que en el Derecho comunitario de la competencia se viene entendiendo que están excluidos de su ámbito tanto las actividades de regalía, esto es, las que implican el ejercicio de un poder, potestad o prerrogativa de carácter público, así como los servicios públicos de solidaridad, como puede ser el régimen obligatorio y público de Seguridad Social⁸⁸. Tratándose de los Servicios públicos y gratuitos de Colocación, la exclusión de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia vendría, en todo caso, por considerar a éstos como servicios públicos de solidaridad y no como actividades económicas. Sin embargo aquí es precisamente donde ha venido a intervenir el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, introduciendo una ruptura jurídica radical en el ámbito de la colocación, puesto que ha considerado que se trata de una actividad económica y que, por tanto, está sometida al Derecho de la competencia. Esta declaración se ha producido ya en dos sentencias distintas, en la dictada el 23 de abril de 1991 en el caso *Höfner y Elser vs. Macrotron GmbH* y, de forma absolutamente rotunda, en la dictada el 11 de diciembre de 1997 en el asunto *Job Centre Coop. Arl.* (JCC)⁸⁹. En la primera de

⁸⁷ Artículo 86 según la nueva numeración introducida por el Tratado de Amsterdam.

⁸⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO: «Servicio Público y Mercado. I. Los Fundamentos». Ed. Civitas. Madrid, 1998. Págs. 156 a 167. En especial resultan interesantes las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 1994 (asunto Eurocontrol), en lo relativo a facultades públicas de policía, y las de 7 de febrero de 1984 (*Duphar*), 17 de febrero de 1993 (*Poucet y Pistre*), 16 de noviembre de 1995 (*Société Française des Sociétés d'Assurances*) y 26 de marzo de 1996 (*Mutuelle de Prevoyance Sociale d'Aquitaine*), en materia de Seguridad Social. En concreto en la sentencia de 17 de febrero de 1993 (*Poucet y Pistre*), el TJCE establece que una entidad gestora de la Seguridad Social que actúa en el marco de un régimen de monopolio no constituye una empresa en el sentido del artículo 86 del Tratado, ya que su actividad no tiene carácter económico sino que se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa.

⁸⁹ Con posterioridad a la redacción del texto de este artículo el Tribunal de Justicia ha dictado el 8 de junio de 2000 una nueva sentencia sobre esta materia en el asunto C-258/98, (*Giovanni Carra* y otros), en la que reproduce la posición ya manifestada en las sentencias *Macrotron* y *Job Centre*. La sentencia declara con rotundidad lo siguiente: «Aun en el marco del artículo 90 del Tratado, las disposiciones del artículo 86 del Tratado producen efecto directo y generan, para los justiciables, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger. Las Oficinas públicas de Empleo están sometidas a la prohibición del artículo 86 del Tratado, en tanto que la aplicación de esta disposición no impida el cum-

estas sentencias (*Höfner y Elser vs. Macrotron*) el asunto era el siguiente: la empresa Macrotron contrató los servicios de una empresa de selección de directivos, formada por los Srs. Höfner y Elser, para la búsqueda y selección de un director de ventas. Una vez realizada su tarea y presentado un candidato a la empresa Macrotron, ésta lo rechazó y, además, se negó a pagar los honorarios de los Srs. Höfner y Elser. Estos demandaron a Macrotron ante la justicia alemana, pero la empresa alegó que las actividades de intermediación en el mercado de trabajo desempeñadas por Höfner y Elser eran ilícitas, puesto que la actividad de colocación en Alemania (como ocurría a la sazón en España) estaba reservada por la Ley de Fomento del Empleo al Instituto Federal de Empleo (BA). Por tanto el contrato mercantil en el que los Srs. Höfner y Elser basaban su reclamación era nulo de pleno Derecho, al ser contrario a normas imperativas. Los abogados de Höfner y Elser alegaron ante los tribunales alemanes que la norma alemana que imponía el monopolio por el BA del mercado de la colocación era contraria al Derecho comunitario de la competencia y, por tanto, inaplicable, por lo que el contrato era válido. Y, en este punto, el órgano judicial alemán elevó la cuestión prejudicial al TJCE para determinar si el monopolio público de la intermediación por un organismo público era o no compatible con el Derecho comunitario de la competencia por constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado⁹⁰ y, por tanto, prohibido⁹¹. La primera cuestión a resolver en este caso era si el Derecho comunitario de la competencia era aplicable a la cuestión, esto es, si no se trataba de una actividad pública de solidaridad en lugar de una actividad económica. Y el Tribunal fue tajante: «las actividades de colocación son actividades económicas cuya naturaleza no resulta afectada por el hecho de que se confíen normalmente a instituciones públicas». Aun más, el Tribunal añade que «en el contexto del Derecho de la competencia (...) el concepto de empresa incluye toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico y de su fórmula de financiación» y, en consecuencia, «una entidad del tipo de un Instituto Público de Empleo que ejerza actividades de colocación puede ser calificada de empresa a efectos de las normas comunitarias sobre la competencia y se encuentra sometida a estas normas mientras no se demuestre que su aplicación es incompatible con el desempeño de su misión». Esta declaración la reiterará

plimiento de la misión específica que se les ha confiado. El Estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo cuando no la realizan dichas oficinas infringe el artículo 90, apartado 1, del Tratado si crea una situación en la que las oficinas públicas de empleo se ven necesariamente obligadas a infringir los términos del artículo 86 del Tratado. Así sucede en particular cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- Las oficinas públicas de empleo no están manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para todos los tipos de actividades.
- El ejercicio efectivo de las actividades de colocación por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento en vigor de disposiciones legales que prohíben tales actividades so pena de sanciones penales y administrativas.
- Las actividades de colocación de que se trata pueden extenderse a nacionales o a territorios de otros Estados miembros.

El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario tiene la obligación de velar por que dichas normas surtan pleno efecto, dejando de aplicar, si fuera preciso, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que solicitar o que esperar la previa supresión de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

⁹⁰ Artículo 82 en la numeración nueva establecida por el Tratado de Amsterdam.

⁹¹ Hay que tener en cuenta que el TJCE ya había establecido que una empresa que disfruta de un monopolio legal ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado en la sentencia de 3 de octubre de 1985, en el asunto CBEM. No obstante la posición dominante por sí misma no está prohibida por el Derecho comunitario, sino sólo en tanto en cuanto la explotación de la misma se haga de forma abusiva. *Vid.* sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1995 en el asunto Banchemo.

el Tribunal en su sentencia de 11 de diciembre de 1997 en el asunto JCC. Esta sociedad cooperativa pretendía dedicarse a la intermediación entre demandas y ofertas de trabajo por cuenta ajena y al suministro temporal a terceros de prestaciones de trabajo. En Italia se encontraban prohibidas tanto las empresas de trabajo temporal como las agencias de empleo de todo tipo, puesto que, al igual que en España antes de 1994, la intermediación en el mercado de trabajo constituía un monopolio de las oficinas públicas de empleo. La realización de actividades de intermediación por los particulares estaba sometida a sanciones penales y administrativas en aplicación de la Ley n.º 264, de 29 de abril de 1949. Asimismo la Ley n.º 1369, de 23 de octubre de 1960, prohibía la interposición contractual propia de las empresas de trabajo temporal. Después de varias incidencias e incluso una primera sentencia del TJCE de 19 de octubre de 1995, finalmente la solicitud de calificación de la escritura de la sociedad Job Centre Coop. Arl. fue denegada, en base a que su objeto social era incompatible con el Derecho italiano. JCC recurrió a los tribunales y en el marco de ese proceso se plantearon las cuestiones prejudiciales sometidas al TJCE y resueltas en su sentencia de 11 de diciembre de 1997. Las cuestiones formuladas al TJCE, en definitiva, hacían referencia a si «la prohibición de prestar cualquier actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo por parte de sujetos distintos de las oficinas públicas» estaba amparada por el ejercicio del poder público, si era contraria a todo un conjunto de normas del Derecho comunitario entre las que se encontraba la prohibición del abuso de posición dominante y si, en caso de serlo, si las autoridades judiciales y administrativas del Estado miembro estarían obligadas a la aplicación directa del Derecho Comunitario por encima de su propia legislación. El TJCE centró su análisis en la aplicación de los artículos 86 y 90 del Tratado CEE, esto es, en el Derecho de la competencia. El Gobierno italiano alegó que la actividad de colocación no podía ser considerada como una actividad económica ni, por tanto, como una actividad empresarial, recordando la jurisprudencia del TJCE en relación a la exclusión de la aplicación del Derecho de la competencia a las actividades que no tienen carácter económico por estar basadas en el principio de solidaridad nacional y carecer de toda finalidad lucrativa. Frente a lo cual, con expresa cita de la sentencia Höfner y Elser, el TJCE reiteró que «la actividad de colocación de trabajadores debía ser calificada de actividad empresarial con arreglo a las normas comunitarias sobre la competencia» y que «una oficina pública de empleo puede ser calificada de empresa a los efectos de la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia».

Esta declaración no implicaba por sí sola la ilicitud del monopolio público, en la medida en que el artículo 90.2 del Tratado CEE determina que la aplicación de las normas de la competencia a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general resulta obligada, siempre y cuando tal aplicación «no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada». Pero en todo caso la carga de la prueba de las causas que de hecho o de derecho impiden la ruptura del monopolio corresponde ya a quien las alega. No siendo así, el TJCE, en su sentencia de 23 de abril de 1991, señala que existe una posición dominante (obvia, por la propia situación de monopolio) y que además ésta era ejercida abusivamente, puesto que la empresa a la que el Estado ha conferido un derecho exclusivo que comprende las actividades de colocación de personal directivo no se encuentra manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda que presenta el mercado para esta clase de actividades y sin embargo el ejercicio efectivo de estas actividades por parte de sociedades privadas se hace imposible como consecuencia del mantenimiento en vigor de una disposición legal que las prohíba so pena de nulidad de los correspondientes contratos. De la misma forma en la sentencia de 11 de diciembre de 1970, el TJCE indica que no cabe alegar

que la ruptura del monopolio impida a las Oficinas de Empleo el cumplimiento de su misión cuando, como es manifiesto, tal misión no es cumplida por las mismas, dado que es patente que no están en condiciones de satisfacer la demanda del mercado en este ámbito. Y, por otra parte, el hecho de limitar la prestación en perjuicio de quienes solicitan un servicio constituye un abuso de la posición dominante en la que consiste el monopolio. Y es que, dice el TJCE, «el mercado de las prestaciones relativas a la colocación de los trabajadores es, por una parte, muy amplio, y, por otra, altamente diversificado. La demanda y la oferta de trabajo en este mercado engloban a todos los sectores productivos y comprenden una gama de empleos que van desde la mano de obra no cualificada hasta las capacitaciones profesionales más elevadas y menos representadas. En un mercado tan vasto y diferenciado, que, por añadidura, está sujeto a grandes cambios debidos al desarrollo económico y social, las oficinas públicas de empleo pueden no ser capaces de satisfacer una parte significativa de la totalidad de la demanda de prestaciones. Al prohibir, so pena de sanciones penales y administrativas, toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo que no es ejercida por oficinas públicas de empleo, un Estado miembro crea una situación en la que la prestación queda limitada, en el sentido de la letra b) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado, cuando dichas ofertas no están manifiestamente en condiciones de satisfacer, para todos los tipos de actividades, la demanda que existe en el mercado de trabajo».

Por tanto, en ambos casos, el TJCE declara que el monopolio público de las actividades de colocación es contrario al Derecho Comunitario y, por tanto, las normas prohibitivas de los Estados deben ser preteridas en beneficio de los artículos correspondientes del Tratado CEE. En mi opinión en estas dos sentencias se produce un hiato lógico que no deja ver claras cuáles son sus consecuencias. Primero porque no se justifica el motivo por el cual la colocación se considera una actividad económica cuando el Estado miembro ha decidido no considerarla tal, sino un servicio de solidaridad social, como demuestra la gratuidad del servicio. Esta gratuidad precisamente excluye la existencia de un mercado y, al considerar la intermediación una actividad económica, el Tribunal impone expresamente la existencia de un mercado y, en consecuencia, la aparición de operadores con finalidad lucrativa. Por otra parte el análisis del mercado que las sentencias realizan es de un enorme simplismo: ¿quiénes son demandantes y quiénes son oferentes y de qué? Porque no es lo mismo, si hablamos propiamente, el mercado de trabajo que el mercado de la colocación. En el primero unos demandan un empleo y otros lo ofrecen, o bien unos ofrecen sus servicios y otros los demandan (puesto que desde las dos perspectivas puede contemplarse). En el segundo unos ofrecen sus servicios de intermediación (las agencias de colocación y de selección) y otros demandan tales servicios (empresarios en busca de trabajadores y trabajadores en busca de empleo). En el mercado de trabajo es obvio que existe una descompensación, como pone de manifiesto la situación de desempleo. Pero ¿existe dicha descompensación en el mercado de la intermediación? En principio no existe desde el punto de vista de la demanda de intermediación de los empresarios, puesto que por lo general éstas tendrían en el servicio público abundantes demandantes de empleo para elegir entre ellos y el problema es que habitualmente no acuden a este servicio para buscar trabajadores, a pesar de ser gratuito ⁹². La descompensación existe, por el contrario, del lado de los trabajadores, que son los que

⁹² Sí es cierto, sin embargo, que para determinados sectores y profesiones, como puede ser el de los directivos de empresas contemplados en la sentencia *Höfner y Elser vs. Macrotron*, la respuesta del servicio público es muy deficiente y, por tanto, sí existe una demanda de intermediación, desde el punto de vista de las ofertas de trabajo, sin cubrir por el servicio público.

normalmente acuden al Servicio Público de Empleo sin ver satisfechas sus expectativas de colocación. Pero esta demanda de intermediación no es susceptible en estas condiciones de un análisis de mercado, en primer lugar porque la inscripción de los desempleados en las oficinas públicas es obligatoria o pseudo-obligatoria⁹³ y, en segundo lugar, porque es gratuita. Para que pudiera analizarse el mercado de la intermediación (que es el relevante a los efectos que nos ocupan) habría que determinar qué ocurriría con trabajadores y empresarios si se les exigiera un pago por los servicios de intermediación. Y ésta es precisamente la consecuencia a la que apuntan las dos sentencias del TJCE, a la posibilidad de operar en el mercado de la intermediación con finalidad lucrativa y exigiendo el pago de los servicios prestados (y no de una mera compensación por gastos). Por tanto, o se admiten estos pagos, o las sentencias se quedan en meras argumentaciones políticas para legalizar las empresas de selección de directivos en Alemania y las empresas de trabajo temporal en Italia, puesto que, sencillamente, seguirá sin existir el mercado al que hipotéticamente se refieren. No parece haber dificultad para aceptar el pago de servicios por parte de los empleadores. De esta forma sí se ha abierto un mercado en determinados sectores, como es el de las empresas de selección y el de las empresas de trabajo temporal, pero no en la actividad estricta de intermediación en el mercado de trabajo, lo que implica que realmente no existía en la mayor parte de los casos una incapacidad del servicio público para atender la demanda empresarial. Por lo tanto la única falta de capacidad relevante que puede reseñarse es la del Servicio Público de Colocación para atender la demanda de los trabajadores. Y, en consecuencia, el mercado que realmente falta es aquél en el que quien paga por la intermediación es el desempleado en busca de un empleo. Sin embargo estos pagos de los trabajadores están prohibidos en casi todos los países y la prohibición la mantiene el convenio n.º 181 de la OIT, a pesar de su contenido general de liberalización de la actividad de intermediación, como veremos. ¿Cómo habrá de juzgarse desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia la imposición de la gratuidad del servicio para los trabajadores? En la lógica estricta de las dos sentencias del TJCE sería contraria al artículo 86 del Tratado CEE, puesto que éste prohíbe las prácticas consistentes en la imposición directa o indirecta de precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas. Y sin embargo resulta difícil pensar que el TJCE haya querido con sus sentencias legalizar los cobros a los trabajadores por las agencias de colocación.

Por otra parte la sentencia en el asunto JCC es absolutamente confusa sobre el concepto de intermediación, puesto que parece incluir en el mismo la «actividad de mediación entre demandas y ofertas de trabajo por cuenta ajena» a la actividad de «suministro temporal a terceros de prestaciones de trabajo», esto es, la actividad de las agencias de colocación y la de las empresas de trabajo temporal. Como hemos visto las características de ambas actividades no son coincidentes, de forma que no ocupan el mismo mercado, puesto que la actuación de las empresas de trabajo temporal ha generado un mercado del trabajo flexible paralelo al del trabajo estatutario al que se dirigen las primeras. La aplicación de los artículos 86 y 90 del Tratado CEE puede tener su justificación en lo relativo a las agencias de colocación, puesto que su actividad es lícita y lo que faltaría por determinar es si puede ser considerada económica, esto es, ejercida a título lucrativo, de forma que se le apliquen las normas de competencia para liquidar su monopolio estatal. Pero en el caso de las empresas

⁹³ Independientemente de la obligación legal, se puede forzar la inscripción condicionando las prestaciones de desempleo a la inscripción o supeditando el acceso a determinados beneficios a un determinado tiempo de permanencia como inscrito, como es el caso de las medidas de fomento del empleo de parados de larga duración.

de trabajo temporal la actividad es distinta y no es ejercida por el Estado, sino que simplemente estaba prohibida por motivos de orden público social. Por tanto no existe monopolio de la misma por el Estado que quepa romper, sino derogación de una norma prohibitiva. En el terreno jurídico, la prohibición de este tipo de contratos por un Estado en cuanto contrarios al orden público es tan lícita como la prohibición, por ejemplo, del comercio de determinadas sustancias. La Comunidad Europea carece de toda competencia en materia de definición de la legislación penal interna. Y no es posible aplicar el derecho de la competencia para legalizar una actividad prohibida (que, insisto, es distinto a una actividad lícita prestada en régimen de monopolio). El TJCE no ha examinado detalladamente este aspecto y, a pesar de su sentencia en el asunto JCC, resulta imposible decir que el Derecho de la competencia imponga la legalidad de las empresas de trabajo temporal. Lo que el Tribunal ha establecido es que el monopolio público de la intermediación en el mercado de trabajo es contrario al Derecho comunitario y que la colocación es una actividad económica, susceptible de explotación empresarial, que debe operar en un mercado en libre competencia. En modo alguno se ha pronunciado sobre si la prohibición de un determinado tipo de contrato (el de cesión o puesta a disposición de trabajadores) como modo de operar en ese mercado es o no lícita con arreglo a los parámetros comunitarios.

Pero las consecuencias jurídicas de las sentencias *Höfner y Elser vs. Macrotron* y *JCC* no solamente consisten en el fin del monopolio de la colocación por un organismo público. Si así fuese la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 18/1993, al posibilitar las agencias de colocación sin finalidad lucrativa, hubiese puesto fin a una eventual situación de incumplimiento por parte de España. Pero no es éste el caso, puesto que el sometimiento del mercado de la intermediación laboral a todo el ordenamiento jurídico y criterios que regulan el problema de la competencia en los mercados tiene implicaciones de mucha mayor envergadura, de las cuales las principales serían:

1. El acceso a la condición de operador en el mercado de la intermediación no puede limitarse a una única empresa o entidad pública, sino que han de concurrir distintas empresas en condiciones de igualdad, para garantizar la competencia entre ellas y el respeto a las reglas del mercado. Esto no significa, ni se extrae de parte alguna del Tratado CEE, que cualquier persona o empresa pueda desarrollar actividades de intermediación. Es perfectamente posible establecer un sistema de autorizaciones generales o de licencias para el acceso a la condición de operador⁹⁴. De hecho, como veremos, el convenio n.º 181 de la OIT obliga a establecer un sistema de licencias individualizadas para actuar como agencia privada de empleo. En este sentido, pese a las sentencias *Höfner y Elser* y *JCC*, no puede decirse que el sector haya quedado completamente abierto a cualquier persona sin necesidad de cumplir requisito alguno. Lo que ocurre es que cada Estado miembro habrá de regular los requisitos de acceso al mercado de una forma compatible con el Derecho comunitario.
2. El Derecho comunitario no impone a los Estados condición alguna relativa a la naturaleza jurídica y titularidad de las empresas y entes operadores, que por tanto pueden ser empresas públicas. Lo que sí impone es que los distintos operadores, sean públicos o privados,

⁹⁴ Respecto a la diferencia entre autorización general y licencia *vid.* MUÑOZ MACHADO, *op. cit.* pág. 309.

operen en condiciones de igualdad y concurrencia, prohibiendo en consecuencia las situaciones de privilegio que constituyan abusos de posición dominante. Estas exigencias llevan habitualmente a la separación entre el ente regulador del mercado y los operadores, puesto que el hecho de que un operador público en el mercado conserve al mismo tiempo potestades de regulación del mismo lo convierte en juez y parte, lo que genera una presunción de abuso de posición dominante e incompatibilidad con el Derecho de la competencia ⁹⁵. En el caso de la intermediación en el mercado de trabajo, el convenio n.º 88 de la OIT obliga, como veremos, a mantener un operador público, esto es un Servicio Público de Colocación, que concurrirá con otros operadores, públicos o privados. Esto obligaría a constituir dos organismos diferentes: uno regulador y otro operador. El organismo regulador tendría que ocuparse de garantizar el cumplimiento de la normativa por parte de los operadores de mercado, lo que significa en este caso desde la prohibición de discriminación y conductas antisindicales, hasta el respeto de la normativa laboral y de Seguridad Social en el caso de las empresas de trabajo temporal. Porque, además de la relevancia que en sí mismas y por motivos sociales y políticos tiene el cumplimiento de estas normas, a ello se añade el hecho de que al crearse un mercado las mismas se configuran también en normas disciplinadoras de la competencia en el mismo. Si una empresa puede violar impunemente la normativa relativa a, por ejemplo, salarios mínimos o cotizaciones, su conducta no sólo afecta a los derechos de los trabajadores o a la financiación de la Seguridad Social, sino que también supone un acto de competencia desleal en el mercado, que le procura ilícitamente una ventaja comparativa frente a sus competidores. A la hora de elegir y construir un organismo regulador lo habitual es recurrir a la constitución de agencias u otros entes públicos independientes, con objeto de garantizar una actuación técnica y objetiva por su parte, alejada de las influencias de los cambios políticos ⁹⁶. En el caso de la intermediación en el mercado de trabajo la configuración administrativa aporta como principal candidato a regulador, al menos en el terreno ejecutivo, a la Administración Laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que actualmente están lejos del modelo de agencia o administración independiente, así como los candidatos obvios para convertirse en operadores públicos son los organismos autonómicos resultantes del INEM transferido. Pero en este tipo de mercado habrá de buscarse el encaje de los sindicatos y asociaciones patronales y su participación, incluso mediante la negociación colectiva, teniendo en cuenta que habrán de optar entre situarse en posición de reguladores o de operadores del mercado, dada la incompatibilidad de ambas posiciones.

3. El artículo 92 del Tratado CEE ⁹⁷ declara incompatibles con el mercado común las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. De esta forma el operador público habría de financiarse mediante los ingresos económicos

⁹⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, págs. 254 y ss.

⁹⁶ Vid. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.* págs. 259 y ss. Vid. también BETANCOR RODRÍGUEZ: «Las administraciones independientes». Ed. Tecnos. Madrid, 1994.

⁹⁷ Artículo 87 según la nueva numeración del Tratado de Amsterdam.

resultantes de su propia actividad de intermediación, lo que le obligaría a cobrar por sus servicios a los usuarios. Esta situación sería incompatible con el convenio n.º 88 de la OIT, en la medida en que obliga al Estado a mantener un Servicio de Colocación no solamente público, sino también gratuito. Se puede decir que, efectivamente, la gratuidad generalizada del servicio público exigible por este convenio no sería compatible con el artículo 92 del Tratado CEE. No obstante hay que decir que los puntos 2 y 3 del artículo 92 del Tratado declaran compatibles con el mercado común las ayudas públicas en una serie de supuestos, como son las destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo. Igualmente se permiten las ayudas sociales concedidas a consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos. En definitiva el Derecho comunitario de la competencia impediría el mantenimiento de la gratuidad total de los servicios del operador público en todo supuesto y para todos los usuarios, pero no la financiación pública necesaria para ofrecer la gratuidad de los servicios a los colectivos especialmente sensibles, o en las regiones o sectores gravemente afectados por crisis de empleo. De acuerdo con los criterios de la Comisión expresados en su comunicación de 1996 llamada «Los servicios de interés general en Europa»⁹⁸, los supuestos de justificación de la financiación pública serían dos:

- a) Las obligaciones de **servicio público**, esto es, las obligaciones de servicio impuestas por las autoridades públicas al operador con el fin de favorecer o permitir la realización de misiones de interés general, como pudieran ser, en este ámbito, el control de las prestaciones por desempleo, la lucha contra la discriminación, la formación de estadísticas de mercado de trabajo, la certificación de la profesionalidad de los trabajadores, la difusión de información oficial o de interés público, etc.).
- b) Las obligaciones de **servicio universal**, esto es, la cobertura de sectores del mercado no rentables, a los que la lógica del beneficio dejaría excluidos del acceso al servicio, en condiciones adecuadas de precio y calidad.

Bajo este segundo epígrafe estarían los supuestos de proporcionar el acceso al servicio a los usuarios de colectivos desfavorecidos, zonas con problemas especialmente graves de desempleo o de crisis económica, etc. Estos dos tipos de obligaciones podrían ser asumidos por un operador público, vía que parece que pudiera dar satisfacción al cumplimiento del convenio n.º 88 de la OIT, o bien imponerse a todos los operadores privados de forma equitativa. En el caso de que las obligaciones de servicio público y de servicio universal fueran confiadas a un operador público, éste podría recibir financiación pública para ello o incluso ser financiado con aportaciones obligatorias de los demás operadores exentos de tales obligaciones. En todos estos supuestos se suele exigir al operador público la existencia de una contabilidad separada de los ingresos y gastos vinculados al cumplimiento de

⁹⁸ DOCE serie C n.º 281 de 1996, págs. 3 y ss.

estas funciones de servicio público y servicio universal, para evitar distorsiones de la competencia derivadas de la financiación mediante estas aportaciones de los gastos inherentes a las actividades prestadas en competencia pura con otros operadores ⁹⁹.

4. El problema posiblemente más arduo en el caso del mercado de la colocación sería el relativo a la fijación de precios en el mercado, así como la posibilidad de que las agencias de colocación cobren por sus servicios de intermediación a los trabajadores. La normativa española permite a las agencias de colocación sin finalidad lucrativa percibir remuneraciones del empresario o del trabajador, pero exclusivamente limitadas a los gastos ocasionados por los servicios prestados (arts. 16.2 del Estatuto de los Trabajadores y 2.1 del Real Decreto 735/1995). En cuanto a las empresas de trabajo temporal éstas pueden operar sin limitación alguna en cuanto a los precios cobrados a las empresas usuarias, pero tienen prohibido cobrar al trabajador cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación (art. 12.4 de la Ley 14/1994). El convenio n.º 96 de la OIT obligaba a fijar un cuadro de tarifas máximas para las agencias de colocación con finalidad lucrativa, pero el convenio n.º 181, que sustituye al anterior, prohíbe en su artículo 7 que las agencias de empleo privadas cobren a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa, si bien se permite establecer excepciones respecto de determinadas categorías de trabajadores, así como de determinados servicios prestados por las agencias ¹⁰⁰. Por otra parte la libertad de fijación de los precios cobrados por las empresas de trabajo temporal a los empresarios es ficticia, puesto que, estando obligada la empresa de trabajo temporal a abonar los salarios y cotizaciones del trabajador, y resultando que tanto los salarios mínimos como las cotizaciones les vienen impuestas por normas jurídicas obligatorias (convenios colectivos en el caso de los salarios y leyes y reglamentos en el caso de las cotizaciones), de facto existe un mínimo del precio hora que puede cobrar la empresa de trabajo temporal, por debajo del cual se produciría un desequilibrio financiero. La competencia en el precio hora entre empresas de trabajo temporal es un fuerte incentivo para la reducción de costes salariales y de Seguridad Social que sólo a través de mecanismos de dudosa legalidad pueden obtenerse por debajo de esos mínimos de hecho fijados por la normativa y la negociación colectiva.

Pues bien, el Derecho comunitario de la competencia plantea problemas en relación con los dos supuestos. La fijación de precios máximos de los productos es admitida generalmente cuando se trata de servicios de interés económico general, a los que se refiere el artículo 90 del Tratado CEE,

⁹⁹ Vid. MUÑOZ MACHADO: «Servicio Público y Mercado. I. Los Fundamentos». Ed Civitas. Madrid, 1998, págs. 317 y ss. Como indica MUÑOZ MACHADO con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 1997 en el caso *La Poste*, el Tribunal no considera que las normas comunitarias impongan la existencia de una contabilidad separada, pero sí condiciona la legalidad comunitaria de la financiación pública a que su importe sea igual o menor al sobrecoste económico que supone para el operador público la atención de sus obligaciones de servicio público o servicio universal. Claro está que, a falta de una contabilidad separada, el proceso de determinación si se excede o no el sobrecoste se puede hacer extraordinariamente difícil.

¹⁰⁰ Lo cual pone en entredicho la adecuación al mismo de las disposiciones contenidas en el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores y 2.1 del Real Decreto 735/1995.

con objeto de reducir el beneficio posible por la prestación de servicios públicos privatizados a límites razonables, al tiempo que los precios se mantienen en niveles asequibles. Se trata de una de las funciones características de regulación del mercado, propias de los organismos reguladores, si bien el problema al que se enfrentan en estos casos es determinar cuál es el nivel razonable de beneficios y llegar a obtener una información económica suficiente y fiable de los distintos operadores para conocer su estructura de costes, precios y beneficios ¹⁰¹. A este sistema apuntaba el convenio n.º 96 de la OIT en relación con las agencias de colocación con finalidad lucrativa cuando obligaba a establecer cuadros de tarifas máximas, lo que sería compatible con el Derecho Comunitario. Ahora bien, una cosa es fijar precios máximos y otra distinta prohibir el cobro de un precio, puesto que en este segundo caso desaparece el mercado y la consideración del servicio como actividad económica, lo que justamente constituye, como vimos, el elemento central de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Desde este punto de vista la prohibición de cobrar un precio por los servicios sería tan incompatible con los artículos 86 y 90 del Tratado como la prohibición por Ley del ejercicio de la actividad y su reserva como monopolio estatal con financiación pública. Pero en este caso no se prohíbe cobrar el servicio, sino cobrar éste a una de las partes, esto es, a los trabajadores. Con ello en la práctica el mercado se orienta al empresario como cliente, quedando condicionado por sus preferencias e intereses. Pero desde el punto de vista jurídico restan dudas sobre la legalidad comunitaria o no de esta prohibición, puesto que puede considerarse una práctica abusiva en aplicación del artículo 86 del Tratado CEE ¹⁰².

Por lo que se refiere a la fijación de precios mínimos, éste es uno de los supuestos habituales que la normativa y los Tribunales consideran como atentatorios contra la libre competencia en el mercado. Por ello técnicamente no existe ningún sistema de precios mínimos en el mercado de empresas de trabajo temporal y, como hemos visto, éstos son el resultado de facto del respeto a las condiciones de trabajo y salarios fijados como mínimos por la legislación y los convenios colectivos. Por tanto jurídicamente la solución pasa por extremar la vigilancia del mercado por parte del organismo regulador, para evitar que el incumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social constituya una forma de competencia entre operadores en perjuicio de los trabajadores, la financiación de la Seguridad Social y la sociedad en general.

¹⁰¹ Vid. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.* págs. 268 y ss.

¹⁰² Una hipotética solución sería permitir a los operadores que cobren al trabajador según unas tarifas prefijadas, pero abonando el organismo regulador al trabajador, mediante subvenciones finalistas formalizadas en talones o cheques de servicio, el precio cobrado por el operador. De esta forma el servicio seguiría siendo gratuito para cada trabajador, pero éste conservaría su facultad de elección de operador. Los operadores a su vez, al no poder competir por la vía del precio, deberían hacerlo por el servicio prestado, pero considerarían al trabajador como cliente en la medida en que le reportaría los ingresos correspondientes a la tarifa subvencionada. El problema de un sistema de este tipo es que podría resultar inequitativo, en contra de los más desfavorecidos, de forma que los servicios de mejor calidad y resultado terminarían beneficiando a quienes más facilidades de colocación o mayores recursos tienen. Algo así ya está pasando de hecho en el sistema educativo, tanto en la enseñanza oficial como en la de preparación adicional para el acceso al mercado de trabajo. Este riesgo ha de evitarse mediante acciones compensadoras por parte de los operadores públicos en forma de servicios públicos dedicados o financiación especial para los colectivos más desfavorecidos.

VII. EL ÁMBITO TERRITORIAL DE LOS MERCADOS DE LA COLOCACIÓN: LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y LA CREACIÓN DE UN MERCADO EUROPEO

La transferencia de los Servicios Públicos de Empleo a las Comunidades Autónomas suele invocar el fantasma de la parcelación del mercado de trabajo nacional en diecisiete mercados de trabajo autonómicos. Sin embargo tal argumentación es puramente retórica. En primer lugar ha de tomarse en consideración que las Oficinas de Empleo del INEM han venido funcionando con autonomía en su gestión de las ofertas de trabajo genéricas. Fuera de las funciones de mero registro, las funciones de intermediación se limitaban a casar ofertas y demandas dentro de los censos de la propia oficina. Por lo tanto, si ello significase una parcelación del mercado de trabajo, el resultado sería que habría tantos mercados de trabajo como Oficinas de Empleo. Las normas reguladoras de las Oficinas de Empleo, las leyes de colocación de 1931 y de 1943, conscientes de dicho problema, establecían mecanismos de compensación, esencialmente dirigidos a notificar a otras Oficinas de Empleo las ofertas de trabajo que quedasen sin cubrir. Con motivo de la entrada en vigor de la libertad de circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Económica Europea, el 15 de octubre de 1968 se adoptó el Reglamento CEE 1612/1968, cuya segunda parte está dedicada a la compensación de ofertas y demandas de empleo en un mercado de trabajo que se concibe único.

En realidad la unidad del mercado de trabajo se manifiesta en la efectiva circulación de trabajadores en su interior. Para ello la primera exigencia es que no existan obstáculos jurídicos que directamente lo impidan y, en este sentido, dentro de la Comunidad Europea el Tratado CEE en sus artículos 48 a 51 ¹⁰³, así como el Reglamento 1612/1968 y la Directiva 68/360/CEE, esencialmente, levantaron tales obstáculos, creando una normativa sobre el desplazamiento de las personas y el acceso a los puestos de trabajo, así como la igualdad de condiciones sociales de los trabajadores con la prohibición por discriminación por razón de la nacionalidad, que a partir del Tratado de la Unión Europea de 1992 dio lugar al nacimiento del concepto jurídico de la «Ciudadanía de la Unión», hoy recogido en los artículos 17 a 22 del Tratado CEE ¹⁰⁴. Por otra parte la supresión de obstáculos físicos a la circulación de personas que implica el Tratado de Schengen está en trance de alumbrar una política común de la inmigración, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 61 a 69 del Tratado CEE según la nueva versión de Amsterdam. Por lo tanto el mercado de trabajo no sólo es desde el punto de vista jurídico-formal de carácter español, sino de carácter europeo, lo que coincide con políticas de inmigración cada vez más estrictas para los trabajadores venidos desde fuera de Europa. Esta unidad jurídica de mercado en base a la libre circulación de trabajadores se complementa, en el ámbito que nos ocupa, con la libre circulación de servicios en el interior de la Comunidad ¹⁰⁵, que incluye en su ámbito de aplicación a los servicios de intermediación en el mercado de trabajo prestados por las agencias de empleo y empresas de trabajo temporal. Como es sabido, la prestación de servicios liberalizada por el Tratado en el interior de las fronteras comunitarias puede implicar el desplazamiento del prestador, el desplazamiento del prestatario, el de ambos o ninguno. En el caso de que la prestación de servicios exija un desplazamiento físico de personas, el mismo se encuentra

¹⁰³ Artículos 39 a 42, según la numeración del Tratado de Amsterdam.

¹⁰⁴ Según la numeración nueva del Tratado de Amsterdam. En la numeración antigua son los artículos 8 a 8E.

¹⁰⁵ Artículos 49 a 55 del Tratado CEE, según la numeración de Amsterdam, 59 a 66 según la numeración anterior.

liberalizado, al igual que el de los correspondientes medios de pago ¹⁰⁶. Aún más, se enmarca dentro de dicha libertad de prestación de servicios el desplazamiento temporal de trabajadores contratados por las empresas para dar cumplimiento a sus contratos de obras o servicios fuera de las fronteras. Cuando tal cosa sucede el trabajador que se halla en situación legal en el Estado donde se encuentra establecida la empresa o sucursal que va a llevar a cabo la prestación de servicios, puede ser desplazado de forma temporal, incluso aunque no sea nacional de ninguno de los Estados miembros y, por tanto, no tenga la ciudadanía de la Unión. El artículo 14 del Reglamento CEE 1408/1971 ¹⁰⁷ establece para estos casos que el trabajador desplazado continúa estando vinculado a la Seguridad Social del país de establecimiento y no de aquél en el que presta temporalmente servicios, hasta el plazo máximo de un año, ampliable excepcionalmente por otro año más. La Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, regula las condiciones laborales mínimas del país en el que se prestan servicios que habrán de respetarse en caso de desplazamiento temporal, entendiendo como temporal aquél cuya duración es, como máximo, de un año. Esta Directiva ha sido incorporada en el Derecho español por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre. Pues bien, tanto la Directiva 96/71/CE, como la Decisión n.º 162 de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, de 31 de mayo de 1996 (esta última en relación con el Reglamento CEE 1408/71) han establecido claramente que entra dentro del ámbito de la libertad de prestación de servicios comunitaria la actividad de las empresas de trabajo temporal, esto es, la contratación de trabajadores en un Estado miembro para ponerlos a disposición de empresas usuarias en el territorio de otro Estado miembro.

El resultado es que cualquier agencia de empleo establecida en la Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo puede prestar sus servicios de intermediación para la contratación de trabajadores por empresas sin limitación alguna por razón de territorio, esto es, sea cual sea el Estado de residencia del trabajador, su nacionalidad (dentro de los supuestos de nacionalidad de un Estado miembro o familiares incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa de libertad de circulación de trabajadores), el Estado de establecimiento de la empresa contratante y el lugar de prestación de servicios (dentro de la Comunidad y el Espacio Económico Europeo). En estos casos, dado que el trabajador es contratado por la empresa para la que va a prestar servicios, es de aplicación a su desplazamiento y contratación la normativa de circulación de trabajadores. Pero, al mismo tiempo, cualquier empresa de trabajo temporal española que opere legalmente en nuestro territorio puede desplazar trabajadores por ella contratados para ponerlos a disposición de empresas usuarias en el ámbito de la Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo hasta el máximo de un año. En el país de prestación de los servicios habrá de cumplir no sólo los mínimos impuestos por la legislación aplicable a su contrato de trabajo ¹⁰⁸, sino también la normativa dictada por aquel país en aplicación

¹⁰⁶ La liberalización de la circulación de personas en el marco de una prestación de servicios se realizó inicialmente por una Directiva de 25 de febrero de 1964, sustituida posteriormente por la Directiva 73/148/CEE, de 21 de mayo de 1973, mientras que la liberalización de pagos se hizo por la Directiva 63/340/CEE, de 31 de mayo de 1963. En materia de pagos el Tratado CEE recoge un principio de liberalización casi absoluta en su artículo 56.2 (numeración de Amsterdam), sólo limitada por los controles fiscales de los Estados.

¹⁰⁷ Cuyo texto actual se encuentra publicado como anexo del Reglamento 118/1997, de 2 de diciembre de 1996.

¹⁰⁸ Extremo que viene regulado por el artículo 10.6 del Código Civil, por el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores y por el artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, al que España se adhirió por Instrumento de 7 de mayo de 1993.

de la Directiva 96/71/CE. El sistema de Seguridad Social aplicable durante el período de prestación será el español, de conformidad con el artículo 14 del Reglamento 1408/1971¹⁰⁹. Paralelamente cualquier empresa de trabajo temporal establecida legalmente en otro país de la Comunidad o del Espacio Económico Europeo distinto a España puede desplazar trabajadores por ella contratados para ponerlos a disposición de empresas usuarias en España. La duración máxima del desplazamiento es de un año. En España habrá de cumplir no sólo los mínimos impuestos por la legislación aplicable a su contrato de trabajo, sino también lo dispuesto en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, debiendo destacarse que la disposición adicional segunda de esta Ley establece que la distribución de responsabilidades entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria sería la propia del Derecho español¹¹⁰ y que los artículos 3.2 y 4.2 de la misma Ley convierten en aplicable a la prestación de servicios en territorio español todo el contenido de la Ley 14/1994, subrayando especialmente la equiparación salarial con el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria. En aplicación del artículo 5.4 de la Ley, la empresa de trabajo temporal extranjera ha de acreditar documentalmente a la Autoridad Laboral que se encuentra en situación legal en el Estado de establecimiento desde el que desplaza el trabajador y la precisión de las necesidades temporales de la empresa usuaria. El sistema de Seguridad Social aplicable durante el período de prestación será el del país desde el cual es desplazado el trabajador, de conformidad con el artículo 14 del Reglamento 1408/1971, interpretado de conformidad con la citada Decisión n.º 162 de la Comisión Administrativa.

Lo más peculiar de todo el sistema de desplazamiento de trabajadores por las empresas de trabajo temporal es que no se exige que el trabajador esté vinculado previamente a la empresa de trabajo temporal, sino que una empresa de trabajo temporal puede contratar a un trabajador cualquiera, sea cuál sea la residencia de éste (aunque cumpliendo, si fuera preciso, la normativa de extranjería aplicable en el país de establecimiento de la empresa de trabajo temporal) expresamente para ponerlo a disposición de una empresa usuaria en otro Estado de la Comunidad o del Espacio Económico Europeo. El único requisito es que la empresa de trabajo temporal se encuentre realmente establecida en el Estado desde el que opera, realizando efectivamente de forma habitual en el mismo su actividad. Si bien la normativa derivada de la aplicación de la Directiva 96/71/CE limita las posibles ventajas para el empresario del acogimiento a la legislación laboral de otro Estado miembro, el sistema tiene dos efectos destacables:

- a) Permite acogerse a la legislación nacional que menos exigencias imponga para la legalización de la empresa de trabajo temporal¹¹¹, por ejemplo en materia de fianzas administrativas, costes de estructura, incompatibilidad de actividades o trámites de autorización.

¹⁰⁹ En todo caso el desplazamiento de trabajadores genera la obligación de cumplir determinadas obligaciones documentales para comunicar el desplazamiento a las Autoridades Laborales y de Seguridad Social.

¹¹⁰ Lo que constituye un límite a la libertad contractual de las partes (empresa de trabajo temporal y empresa usuaria) para determinar la Ley aplicable al contrato de puesta a disposición en aplicación del artículo 10.5 del Código Civil y del Convenio de Roma de 1980. Llamo la atención sobre la disfuncionalidad que puede producirse como consecuencia de la duplicidad de legislaciones aplicables al contrato de trabajo y al contrato de puesta a disposición.

¹¹¹ Algo que también puede ocurrir con la libre prestación de servicios por parte de agencias de empleo distintas a las empresas de trabajo temporal.

b) Permite igualmente acogerse a la normativa de Seguridad Social de aquel Estado en el que las cotizaciones sean más reducidas ¹¹².

Parece obvio que en estas condiciones, si se extiende la puesta a disposición transnacional, la situación reclamaría una armonización comunitaria en los dos aspectos, al igual que se ha hecho con los derechos laborales mínimos de los trabajadores trasladados en el marco de la prestación de servicios por la Directiva 96/71/CE.

Todo este sistema de libertades, que configura jurídicamente un mercado único europeo de la intermediación laboral, sólo es aplicable en virtud del Derecho Comunitario y por tanto no entran dentro de su ámbito las situaciones puramente internas de los Estados miembros. Por eso resulta legal, aun cuando sea paradójico, que tanto el sistema de autorización de empresas de trabajo temporal regulado en el artículo 2 del Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, como en el de autorización de agencias de colocación regulado en el capítulo III del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, uno de los elementos centrales sea el ámbito territorial de actuación de la empresa o agencia, de forma que una vez dictada la resolución correspondiente ésta no pueda desarrollar actividades fuera de su ámbito autorizado. Tal regulación es contraria al Derecho comunitario cuando afecte a prestación de servicios entre Estados miembros, si bien una norma similar no se encuentra en el Derecho constitucional español. Por tanto una empresa de trabajo temporal autorizada para operar en, por ejemplo, Madrid, podrá contratar trabajadores para cederlos a empresas usuarias que vayan a utilizar sus servicios no solamente en Madrid, sino también en cualquier otra parte del territorio de la Comunidad Europea o del Espacio Económico Europeo, con la notoria excepción del resto del territorio español. De la misma manera una empresa usuaria podrá contratar la puesta a disposición de trabajadores con cualquier empresa radicada en el territorio de la Comunidad y del Espacio Económico Europeo menos con las empresas españolas radicadas en otras zonas del territorio que no tengan autorización expresa para actuar en la provincia de la correspondiente empresa usuaria. La situación en relación con las agencias de colocación es análoga a la descrita para las empresas de trabajo temporal. Esta fragmentación territorial del mercado en el interior de España por mor de las resoluciones administrativas de autorización se debe, al menos en una parte importante, al sistema de distribución de competencias que se ha implantado entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. De acuerdo con el mismo corresponde a la Comunidad Autónoma la autorización de las empresas de trabajo temporal y agencias de colocación cuyo ámbito territorial de actuación no supere el de la Comunidad, mientras que si abarca el territorio de dos o más Comunidades Autónomas entonces la competencia es estatal. En los Reales Decretos de transferencia de las competencias en materia de intermediación del mercado de trabajo se ha establecido para este segundo caso la obligación de la Administración General del Estado de consultar a cada una de las Comunidades Autónomas, denegando la autorización de funcionamiento de la agencia para el territorio de aquellas Comunidades que emitan informe negativo.

¹¹² No obstante para un cálculo de los costes fiscales habrá de tomar en consideración la normativa tributaria del Estado de establecimiento.

De la manera descrita la determinación del ámbito territorial se hace imprescindible y, por consiguiente, la fragmentación del espacio de actuación de las empresas de trabajo temporal y agencias de colocación se convierte en un reflejo del ámbito de poder de la Administración autorizante. La actuación de una empresa fuera de su ámbito autorizado supone una invasión de dicho ámbito de poder pseudo-soberano y, por tanto, ha de ser evitada mediante las correspondientes sanciones administrativas ¹¹³. Pero este esquema no superaría actualmente la prueba de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, no por motivos de unidad de mercado, sino por problemas relativos a la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. En el planteamiento actual del Tribunal Constitucional, la cuestión que ha de resolverse es si la competencia para autorizar la constitución o funcionamiento de una determinada entidad establecida dentro del territorio de una Comunidad Autónoma, que en principio sería competente para ello en función de la materia, ha de atribuirse a la Administración General del Estado, en virtud del artículo 149.3 de la Constitución, cuando dicha entidad vaya a operar también fuera del territorio de la Comunidad Autónoma. El argumento esencial en favor de esta postura es que, a pesar de la atribución estatutaria de competencias por razón de la materia, las Comunidades Autónomas no tendrían competencia por razón del territorio para dictar actos o leyes con eficacia y efectos fuera de su ámbito geográfico. Sin embargo este criterio ha sido rechazado reiteradamente por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (323/94, fundamento jurídico 4.º, 243/1994, fundamento jurídico 9.º, 106/1995, fundamento jurídico 19.º e incluso la sentencia de 28 de noviembre de 1996 sobre la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social, en su fundamento jurídico 14.º). Según el Tribunal, el hecho de que un acto administrativo de una Comunidad Autónoma vaya a tener incidencia más allá del territorio de esa Comunidad no implica sin más que la competencia para adoptar dicho acto administrativo se traslade al Estado, salvo que la Constitución así lo determine o bien que, precisamente por estos efectos supraautonómicos, solamente pueda garantizarse la eficacia en la ejecución de la correspondiente potestad mediante la adecuada ponderación de los intereses generales siendo adoptada la resolución por el Estado. Esto es, en materias ejecutivas que estén íntegramente transferidas, el Estado solamente puede actuar, de acuerdo con un principio de subsidiariedad análogo al aplicable en el ámbito del Derecho Comunitario ¹¹⁴, «en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario». En otro caso la competencia, aunque de efectos territoriales supraautonómicos, quedará en el acervo de la Comunidad Autónoma y no del Estado, si bien corresponderá a la potestad normativa del Estado establecer, de forma análoga a lo que hace mediante el artículo 16.1 del Código Civil en

¹¹³ Artículo 19.2.f de la Ley 14/1994 para el caso de las empresas de trabajo temporal. Para el caso de las agencias de colocación puede ser motivo de extinción de la autorización, conforme al artículo 17 del Real Decreto 735/1995. En todo caso el motivo de la limitación territorial de las autorizaciones también se encuentra en la necesidad de garantizar que las empresas tienen en el ámbito donde actúan una infraestructura material y personal suficiente para atender sus obligaciones y, especialmente en el caso de las empresas de trabajo temporal, evitar que se conviertan en un mero mecanismo de interposición contractual sin que realicen funciones de selección y formación de trabajadores. Sin embargo pretender que estas finalidades se pueden obtener mediante la limitación territorial de la autorización sería una ingenuidad, puesto que esto puede suceder y sucede aun cuando se disponga de autorización suficiente. La lógica mandaría que cada empresa opere dentro del mercado allá donde pueda hacerlo, en función de su capacidad y estructura, sin necesidad de infringir las disposiciones legales. En lugar de centrar los esfuerzos en limitar los ámbitos territoriales de actuación, parecería más lógico que la Administración intensificase sus tareas de disciplina del mercado.

¹¹⁴ Recogido en el artículo 5 del Tratado CEE, según la numeración de Amsterdam.

relación con el Derecho Foral mediante la remisión al capítulo IV del Título Preliminar de la misma norma, cuál será el «punto de conexión» en virtud del cual se determinará cuál, entre todas las posibles, es la Comunidad Autónoma competente para dictar tal resolución ¹¹⁵. Parece por tanto claro que, salvo una inversión en las tendencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, el sistema actual dejará paso en algún momento a uno más similar al propio del Derecho comunitario: las autorizaciones administrativas no limitarán el ámbito territorial de actuación de empresas de trabajo temporal y de agencias de colocación y serán concedidas por las Comunidades Autónomas. Claro está que una solución de este tipo exige una «mutua confianza» entre las autoridades autonómicas que, además de consagrada jurídicamente, esté fundamentada en la realidad, al igual que en el ámbito europeo se viene aplicando el principio de mutua confianza entre los Estados miembros. El papel armonizador que en el marco europeo exige la acción normativa concertada de los Estados miembros en el seno del Consejo de Ministros, lo asume en el marco español el Estado, al monopolizar la producción normativa.

De esta forma el mercado de la colocación y el mercado de trabajo no sufre fragmentación jurídica alguna por el hecho de la transferencia a las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de intermediación laboral. Antes al contrario, la acción de la Comunidad Europea implica la constitución jurídica de un mercado europeo del trabajo y de la colocación. Y esta ampliación del mercado exige una armonización normativa y una coordinación de los organismos de regulación y disciplina del mercado, esto es, la construcción de los mecanismos de gobierno efectivo del mismo. Claro está que no basta con la creación jurídica de un espacio único para que éste haga su aparición en la realidad. Puesto que el mercado único no existe, digan lo que digan las normas, si no existe una circulación significativa de trabajadores y una efectiva prestación de servicios de colocación que cruce el territorio de parte a parte. Para ello existen dificultades jurídicas, sociales, económicas y administrativas, como pueden ser las diferencias de lengua, los diferentes niveles salariales y de precios, la dificultad para encontrar vivienda en el lugar de trabajo, la cultura de vinculación afectiva a la sociedad local, etc. Uno de los obstáculos esenciales es la diferencia de legislaciones, que por ello han de ser objeto de un cierto nivel de armonización. En el ámbito europeo la conservación de los derechos adquiridos y en curso de adquisición en materia de Seguridad Social se alzaba como uno de los impedimentos más significativos, por lo que ha intentado reducirse por la vía de la coordinación de sistemas mediante los Reglamentos CEE 1408/1971 y 574/1972 ¹¹⁶. Pero en principio tales obstáculos no existen dentro del mercado español, como consecuencia prioritariamente de la unidad del sistema de Seguridad Social y de la reserva constitucional de toda la competencia normativa en materia laboral al Estado (art. 149.1.7 de la Constitución). Si existe un espacio de construcción normativa diferenciada que permita diferenciar las condiciones de trabajo en mercados diferenciados éste es el de la negociación colectiva, hasta el punto de que el planteamiento de los sindicatos nacionalistas vascos (ELA-STV y LAB) desde hace años ha sido coincidente en la utilización de este instrumento para la construcción de un «marco vasco de relaciones laborales». Precisamente en el ámbi-

¹¹⁵ Esta declaración ha sido realizada expresamente por el Tribunal Constitucional en lo relativo a entidades de inspección reglamentaria en materia de seguridad industrial (actualmente denominadas organismos de control), así como en materia de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Siguiendo el modelo de la seguridad industrial, una regulación idéntica ha sido adoptada en materia de servicios de prevención ajenos y entidades auditoras de prevención de riesgos laborales por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.

¹¹⁶ Cuyo texto actual se encuentra publicado como anexo del Reglamento 118/1997, de 2 de diciembre de 1996.

to comunitario europeo la construcción de un mercado único que no excluya la participación en la tarea de los interlocutores sociales quiere llevarse a cabo, aunque con bastante timidez, no sólo mediante la aproximación de legislaciones laborales a través de la acción de las instituciones comunitarias ¹¹⁷, sino también a través de la promoción de la negociación colectiva en el nivel comunitario (art. 139 del Tratado CEE según la numeración de Amsterdam) y de la posibilidad de incorporación del contenido de las Directivas sociales en cada uno de los Estados mediante la negociación colectiva de ámbito estatal (art. 137.4 del Tratado CEE según la numeración de Amsterdam).

Destaquemos en último lugar que la efectividad de la construcción de un mercado europeo del trabajo se ha buscado también por la vía de los Servicios de Colocación, a través del desarrollo del Reglamento CEE 1612/1968, anteriormente citado. Superado ya el sistema SEDOC ¹¹⁸, la Decisión de la Comisión 93/569/CEE, de 22 de octubre de 1993 ¹¹⁹, creó una red bajo denominación EURES (European Employment Services). De lo que se trata es de aprovechar los avances tecnológicos en el ámbito del tratamiento y circulación de información para crear una red por la cual circulen:

- a) Las «ofertas de empleo de vocación comunitaria» presentadas por las empresas, de forma que puedan responder a las mismas en tiempo adecuado candidatos procedentes de las oficinas de empleo de toda Europa. La «vocación comunitaria» de las ofertas se establece por relación a una serie de ejemplos relacionados, de forma no exhaustiva, por la Decisión, como pueden ser las de directivos, ingenieros y títulos superiores, las que exijan la utilización de varias lenguas, las que exijan experiencia de trabajo en distintos Estados, las que sean difíciles de cubrir por la escasez de mano de obra en el Estado miembro o aquéllas cuya difusión europea sea reclamada formalmente por el empresario que la presenta.
- b) Las demandas de empleo «con vocación comunitaria», esto es, procedentes de personas con especiales cualificaciones de formación, experiencia o conocimientos lingüísticos o que sencillamente exigen formalmente la difusión en el sistema EURES por estar dispuestos a aceptar la movilidad geográfica que ello implica.

Lógicamente el registro y circulación de información exige, para ser útil, un sistema informático definido de forma unitaria y gestionado de manera fiable por los servicios de empleo de los Estados miembros, que son los responsables de la gestión de los terminales donde se graban las ofertas y demandas del sistema y que gestionan la puesta en contacto de demandantes y oferentes de trabajo a través de la red de relaciones directas entabladas entre los servicios nacionales o regionales de empleo. Precisamente la gestión de la red EURES en el respectivo territorio es una de las competencias que han sido transferidas a las Comunidades Autónomas que han recibido las competencias en materia de intermediación en el mercado de trabajo.

¹¹⁷ El Protocolo de Política Social adoptado en el Tratado de la Unión Europea de 1992 se ha integrado en los artículos 136 a 145 del Tratado CEE como consecuencia del Tratado de Amsterdam.

¹¹⁸ Que estaba regulado por las Decisiones de la Comisión de 8 y 14 de diciembre de 1972, y una Decisión del Consejo de 16 de julio de 1985.

¹¹⁹ DOCE serie L n.º 274 de 1993.

No está de más recordar aquí que los sistemas de gestión del servicio regional de colocación del modelo vasco, como vimos antes, se basan en un esquema de intercambio de información mediante la utilización de la tecnología informática a través de una red de terminales conectados a una base de datos que presenta similitudes con la Red EURES. No obstante la gestión de estos terminales no está en manos directamente de los centros públicos de empleo, sino de una red de entes colaboradores, a menudo empresas con finalidad lucrativa y el sistema de respuesta a demandas y ofertas no se basa en el contacto entre los centros colaboradores sino en la acción exclusiva desde el centro del sistema de forma automatizada. Se echa en falta entre ambos sistemas una red de intercambio de ofertas y demandas cuyo ámbito territorial sea el del Estado español, con objeto de facilitar la movilidad geográfica de los trabajadores que puedan acceder a ofertas de empleo realizadas desde más allá de su Comunidad Autónoma e incluso de su misma Oficina de Empleo. La eficacia del sistema de información por estos mecanismos y la integración entre redes van a condicionar en gran parte cuál es el ámbito geográfico, social y funcional del mercado de trabajo cubierto por estos sistemas. Pero en la configuración de estos sistemas han de adoptarse decisiones que, incluso cuando han de instrumentarse a través de su integración en las aplicaciones y redes informáticas, no son exclusivamente técnicas, sino que incorporan los valores y concepciones que se quieren introducir en dicho mercado: ¿cómo se van a describir los méritos y características de los trabajadores?; ¿qué ofertas de empleo se van a difundir y en qué ámbitos geográficos?; ¿qué requisito se estima legítimo introducir en las ofertas?; ¿se van a prever mecanismos públicos de apoyo financiero a la contratación o formación vinculados a determinadas demandas u ofertas?; ¿se va a establecer alguna regulación para la creación de redes privadas de colocación análogas a la pública?, etc. En este terreno no es precisamente el menor de los problemas el referido al tipo de datos personales que se van a gestionar en la red y los sistemas de acceso a los mismos, así como la ubicación y gestión de los terminales del sistema. Y llamo la atención sobre el hecho de que la apertura del acceso al sistema a los ciudadanos a través de INTERNET, que permite la conversión de los ordenadores personales de las empresas y de los particulares en terminales de conexión a la red, podría terminar haciendo innecesaria la presencia de otros intermediarios distintos al mismo órgano gestor de la red, de forma que el valor añadido de la actividad se decida, como ya viene ocurriendo, en el campo de los elementos conexos a la intermediación que se han ido segregando de ésta (selección, formación, calificación de los demandantes, calidad de la información ofrecida, interposición contractual, etc.).

VIII. EL CONVENIO N.º 181 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La adopción por la OIT, el 19 de junio de 1997, de su convenio n.º 181, que sustituye al n.º 96, ha supuesto un cambio drástico en las tendencias marcadas por este organismo en materia de agencias privadas de colocación. España se ha apresurado a ratificar este nuevo convenio (el 15 de junio de 1999), denunciando el convenio n.º 96 ¹²⁰. El convenio n.º 181 regula las **«agencias de empleo**

¹²⁰ Por el momento España es uno de los nueve Estados que han ratificado el convenio n.º 181. Entre éstos se encuentran también varios miembros de la UE: Italia, Finlandia y Países Bajos.

privadas», modificando sustancialmente su ámbito de aplicación respecto al convenio n.º 96, puesto que bajo la definición queda comprendida toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo (art. 1.1):

- a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- b) servicios consistentes en **emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición** de una tercera persona, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución;
- c) **otros servicios relacionados** con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

Por lo tanto las empresas de trabajo temporal quedan incluidas claramente en la definición, terminando con las discusiones doctrinales anteriores. Pero también quedan incluidas las actividades relacionadas desarrolladas por personas privadas, que han de ser especificados por las autoridades nacionales. Se cita expresamente la «información», pero parece difícil no incluir otras actividades tales como la selección de trabajadores, así como las actividades propias de los servicios integrados para el empleo, o la calificación de trabajadores, incluyendo de esta manera a las empresas de selección, las entidades asociadas a los SIPEs, etc., en el concepto de agencias de empleo privadas.

Este convenio n.º 181 tiene por objeto, según su artículo 2.3, permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, si bien garantizando la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios. Es, pues, un convenio dirigido a liberalizar el mercado de la colocación, corrigiendo drásticamente los conceptos y directrices que inspiraban los convenios anteriores. La OIT se manifiesta ahora «consciente de la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo» y por ello reconoce «el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo», aunque también toma en consideración «la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos». Es importante tomar nota del cambio de filosofía: la prohibición de las agencias privadas de colocación ya no se considera como una norma más favorable que su sometimiento a condiciones de licencia y tarifas máximas, como en el convenio 96. De esta forma el convenio 181 no es propiamente una norma mínima, de forma que un Estado pueda ratificarlo y, como norma más favorable, prohibir las agencias de empleo privadas. **El Estado que ratifica el convenio está obligado a legalizar las agencias de empleo privadas**, aunque debe determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se va a regir el funcionamiento de las mismas (art. 3). No obstante el artículo 2 permite «prohibir, en determinadas circunstancias, el funcionamiento de las agencias de empleo privadas con respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica en lo que

atañe a la prestación de uno o más de los servicios a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1»¹²¹, así como «excluir, en determinadas circunstancias, a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, o de partes de éstas, del campo de aplicación del presente Convenio, o de algunas de sus disposiciones, siempre que se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada», esto es, el acceso a servicios de colocación efectivos de carácter público¹²². Las agencias de empleo privadas han de estar sometidas a un sistema de autorizaciones o licencias administrativas, para cuya obtención habrán de cumplir las condiciones que determine el Estado. Por otra parte el convenio 181 obliga a los Estados a establecer medidas adecuadas, con sistemas sancionadores que pueden llevar a la pérdida de la autorización, para garantizar que el funcionamiento de las agencias de empleo privadas respeta efectivamente la normativa laboral y de Seguridad Social y la protección de los datos personales de los trabajadores¹²³. Con carácter general se prohíbe que las agencias de empleo privadas cobren a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa, si bien se permite establecer excepciones respecto de determinadas categorías de trabajadores, así como de determinados servicios prestados por las agencias. En todo caso deberán establecerse mecanismos efectivos, «en los que colaboren si es conveniente las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores», para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas. El artículo 14 prevé la aplicación del convenio mediante la legislación «o por otros medios conformes a la práctica nacional, como decisiones judiciales, laudos arbitrales o convenios colectivos», remite el control de su aplicación a «los servicios de inspección del trabajo o de otras autoridades públicas competentes» y obliga a «prever y aplicar efectivamente medidas de corrección adecuadas, con inclusión de sanciones si hubiese lugar, en los casos de infracción de las disposiciones del presente Convenio».

De esta forma el convenio n.º 181 obliga a la legalización por España de las agencias privadas de empleo con fines lucrativos, aun dentro del marco de autorizaciones y limitaciones explicado anteriormente. No obstante el convenio 181 no deroga los convenios 88 y 150, de forma que España sigue estando obligada a mantener un servicio público y gratuito de empleo. El convenio 181 así lo prevé expresamente, manteniendo en todo caso en el ámbito de los poderes públicos la competencia para «formular políticas de mercado de trabajo» y la de «utilizar y controlar la utilización de fondos públicos destinados a la aplicación de esa política». El Estado debe establecer «las condiciones para promover la cooperación entre el servicio público del empleo y las agencias de empleo privadas» y estas últimas están obligadas a facilitar a la Administración «la información que precise, teniendo debidamente en cuenta su carácter confidencial:

¹²¹ Lo que permite salvar claramente la adecuación al convenio 181 del artículo 8.b de la Ley 14/1994, reguladora de las empresas de trabajo temporal. Sin embargo podría interpretarse que la ratificación del convenio 181 por España impide la ilegalización con carácter general de las empresas de trabajo temporal, puesto que, según su artículo 2.4, sólo podrían prohibirse, de forma limitada, con relación a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad. Lo que no parece claro es si la ratificación del convenio obliga a autorizar todas las actividades de colocación que éste incluye en su ámbito, incluida la interposición en la contratación laboral propia de las empresas de trabajo temporal.

¹²² Este sería el caso de la regulación en España de los trabajos de estiba y desestiba en los puertos de interés general.

¹²³ La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, es aplicable a las agencias de colocación, en relación con los datos que recaben de los solicitantes de empleo y de su tratamiento por cualquier medio, automatizado o no.

- a) Con el fin de permitirle conocer la estructura y las actividades de las agencias de empleo privadas, de conformidad con las condiciones y las prácticas nacionales;
- b) Con fines estadísticos».

IX. CONCLUSIONES

El sistema de colocación que se comienza a configurar a partir de la reforma de 1994 y las posteriores incidencias de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, el convenio n.º 181 de la OIT y la transferencia a las Comunidades Autónomas se basa en varios principios:

- Apertura del mercado de la colocación a empresas e instituciones privadas, con o sin ánimo de lucro, pero en todo caso con la prohibición de cobrar cantidades a los trabajadores y el establecimiento, de hecho o de Derecho, de tarifas mínimas para los empleadores en el caso de puesta a disposición de trabajadores por empresas de trabajo temporal.
- Mantenimiento de Servicios públicos y gratuitos de Colocación autonómicos, que gestionan parte de sus servicios mediante su externalización a empresas privadas e instituciones privadas o públicas y tendrían a su cargo garantizar un conjunto de obligaciones de servicio público y de servicio universal.
- Constitución de mercados de colocación separados para las actividades estrictamente de intermediación, para la selección, para las empresas de trabajo temporal y para las empresas de información, formación y demás servicios para el empleo, si bien el convenio n.º 181 de la OIT parece exigir la reconsideración del mercado para su reunificación bajo parámetros comunes.
- Todos los operadores actuarían en un mercado abierto de carácter europeo, en aplicación de las libertades de prestación de servicios y de circulación de trabajadores en el interior del territorio de la Unión Europea.
- Creación de organismos reguladores de carácter autonómico, pero de necesaria coordinación estatal y europea, para vigilar y exigir el cumplimiento de las normas que disciplinan la competencia en el mercado y la garantía de los principios e intereses sociales y públicos.

Estos organismos reguladores han de separarse de los operadores públicos del mercado y preferiblemente constituirse según la modalidad de agencias o administraciones independientes. En función de estos principios cabe preguntarse cuáles serían las características y efectos de un sistema de colocación de este tipo.

La finalidad de la prohibición de cobrar cantidades a los trabajadores es impedir los abusos que se pudieran producir aprovechando las situaciones de necesidad que produce el desempleo. Sin embargo con ello igualmente se provoca que cualquier agente que opere en el mercado deje de tener como cliente al trabajador, siendo su única fuente posible de beneficios el empleador, por lo que su actividad y ofertas se giran hacia el mismo y su gestión del empleo y la interpretación de la normativa sufren un tropismo hacia las posiciones de una de las partes en la intermediación. El cumplimiento de la normativa sobre salarios mínimos, la negociación colectiva de las condiciones salariales y de trabajo y la financiación del sistema de Seguridad Social imponen costes mínimos ineludibles. Por ello, la compatibilización de la competencia en el mercado con el cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social requiere de un organismo regulador eficaz y respetado por los operadores, ya que el mecanismo de financiación, a costa exclusivamente de los honorarios cobrados a los empleadores, impone a la agencia de empleo el punto de vista de éstos, que son sus auténticos clientes, y por lo tanto genera una tendencia a rebajar las condiciones de trabajo y de aseguramiento de los trabajadores, que, en la medida en que no aportan ventaja económica mediante sus pagos a la agencia no son clientes de la misma, sino objetos de su tráfico mercantil. Por otra parte una situación de desempleo elevada, según la teoría económica liberal, revela un mercado de trabajo en el que los precios mínimos del trabajo fijados coactivamente por el Estado o por los interlocutores sociales bajo protección estatal, están por encima de los mínimos que marcaría el mercado por sí solo. Todo ello configura una presión a la baja sobre estos precios y las condiciones de trabajo que tiende a convertir a las agencias de empleo en instrumentos de abaratamiento y flexibilización de la mano de obra. Al mismo tiempo la demanda mayoritaria socialmente, que es la de los trabajadores en busca de un empleo en las mejores condiciones salariales y de trabajo posibles, se desvía exclusivamente hacia los poderes públicos, puesto que no se configura una relación empresa-cliente entre el demandante de empleo y la agencia de colocación. El mercado del empleo es por todo ello extremadamente sensible y conflictivo y, desde luego, no es un terreno propicio para la experimentación.

Las actividades rentables de dicho mercado se han escindido jurídicamente del mismo bajo la forma de empresas de selección, empresas de trabajo temporal e incluso academias de formación para el empleo bajo la forma de títulos de post-grado, masters, preparación de oposiciones, etc. Mientras que las empresas de selección y las empresas de trabajo temporal encuentran sus clientes en el mundo empresarial, las academias y empresas de formación lo hacen entre los trabajadores desempleados, dentro de un sistema ciertamente caótico grandemente condicionado por la acción de los poderes públicos, especialmente por la financiación masiva de la formación profesional ocupacional, gestionada directamente o a través de los entes constituidos por los interlocutores sociales (especialmente la fundación FORCEM). Las empresas de selección y de formación tienen un punto de encuentro en la constitución de bolsas de empleo, que es donde el modelo vasco, especialmente en sus variantes gallega y castellano-leonesa, ha construido el concepto de entidad colaboradora o asociada al servicio regional de colocación. Por otra parte las empresas de trabajo temporal han generado un mercado diferenciado, sustituyendo la actividad propiamente de intermediación y selección de trabajadores por la venta de flexibilidad, en forma de horas de trabajo, lo que en muchos casos, lamentablemente, quiere decir venta de ilegalidad. Pero el mercado de las empresas de trabajo temporal resulta absolutamente contradictorio, porque, eliminada la posibilidad de competir por la vía

del precio nominal de la hora de trabajo, su existencia sólo es posible en la medida si la flexibilidad que ellas practican no pueda ser practicada directamente por sus clientes. Se establece un sistema de vasos comunicantes en el cual los incrementos en las posibilidades de flexibilidad horaria de las empresas, se produzcan por vía legal, de negociación colectiva o de hecho, reducen la oportunidad de negocio de las empresas de trabajo temporal y viceversa. Si la condición de rentabilidad de las empresas de trabajo temporal es que sus condiciones de flexibilidad admitan lo que no admite la estructura normativa y laboral de la empresa cliente, esto sólo es posible si el marco normativo en el que se mueven es distinto al de sus clientes o bien si buscan la flexibilidad más allá del borde de la legalidad laboral y de Seguridad Social. Pero si este segundo es el camino buscado, entonces el mercado de empresas de trabajo temporal sólo podrá sobrevivir si los poderes públicos no ejercen efectivamente los poderes de regulación que tienen confiados para aplicar la normativa vigente.

En fin, frente a la privatización del sistema de colocación una nación podría optar, en un mero plano teórico, por romper con sus compromisos internacionales en el marco de la Unión Europea y de la OIT o, más sensatamente, impulsar reformas dentro de dichos marcos más acordes con las ideas de sus gobernantes. Sin embargo, aun dentro del marco ofrecido por la privatización, quedan grandes decisiones políticas que adoptar para la configuración del modelo de mercado de la intermediación. A mi juicio son esenciales las decisiones relativas a la existencia, amplitud y condiciones del mercado de trabajo flexible de las empresas de trabajo temporal; la determinación de los organismos reguladores, de sus poderes de intervención y de la intensidad de la misma; la extensión, contenido y grado de financiación pública de las obligaciones de servicio público y de servicio universal de los operadores públicos y privados; la admisión o no y, en su caso, condiciones concretas de la configuración de una relación empresario-cliente entre las agencias de colocación y los demandantes de empleo a través del cobro a estos últimos de sus servicios por las primeras; y la configuración de las redes informáticas por las que circule la información de demandantes y oferentes de empleo, especialmente en lo relativo al tipo y estructura de los datos incorporados a las mismas, la gestión del sistema de terminales y accesos a los datos y la titularidad de redes privadas y condiciones de la misma. Todo ello ha de llevarse a cabo mediante un reparto de las funciones de configuración y regulación de los mercados entre el Estado, con su potestad de producción normativa, y las Comunidades Autónomas, como encargadas de la gestión del organismo regulador y, al mismo tiempo, titulares de un operador público del mercado con funciones de servicio público y servicio universal. Y además no debe olvidarse que la libre circulación de trabajadores y servicios no solamente permite, sino que exige mantener la unidad del mercado de trabajo y de la intermediación, no ya en un ámbito español, sino europeo e incluso vinculado a los problemas relativos a la regulación de la inmigración, lo que intensifica la necesidad de superponer elementos de gobierno europeo de todo el sistema.

Se trata de un cambio de esencial trascendencia social, cuyos efectos para el futuro incluirán previsiblemente una radical transformación de muchas de las instituciones del Derecho del Trabajo que conocemos y al que, por tanto, hemos de prestar una especialísima atención de cara al siglo que ahora comenzamos a recorrer.