

EL NUEVO MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS DE COLOCACIÓN Y EMPLEO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS AGENCIAS PRIVADAS DE EMPLEO Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2010

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Extracto:

EL Sistema Nacional de Empleo está integrado actualmente por el Servicio Público de Empleo Estatal, los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas y un elevado número de instituciones y entidades colaboradoras. Junto a los Servicios Públicos de Empleo están operando en el mercado de trabajo un amplio conjunto de actores: agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro, empresas de trabajo temporal, empresas de selección, medios de comunicación y portales de empleo. La actividad desarrollada por estos agentes carecía, en algunos casos, de un marco regulador.

De ahí que la voluntad decidida de potenciación de los Servicios Públicos de Empleo debe acompañarse de una mejora del sistema de intermediación laboral entre ofertas y demandas de trabajo que aumente las oportunidades de empleo de las personas desempleadas. En esa dirección, se plantea el papel a desempeñar por otros actores que podrían intervenir en la intermediación, como las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro y las empresas de recolocación. En esta línea de actuación la reforma laboral de 2010 y, muy especialmente, el Real Decreto 1796/2010, proceden a la legalización de las agencias privadas lucrativas y el artículo lleva a cabo un análisis crítico del nuevo marco legal.

Palabras clave: agencias privadas de colocación, empresas de trabajo temporal, servicios de empleo, Ley 35/2010, reforma laboral 2010 y Real Decreto 1796/2010.

THE NEW LEGAL FRAMEWORK OF THE EMPLOYMENT AGENCIES AFTER THE LABOUR REFORM OF 2010

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Abstract:

THE National Employment System is currently integrated by the State Public Service of Employment, the Public Services of Employment of the Autonomous Communities and by a great number of institutions and collaborating companies. As well as the Public Services of Employment there are also a great number of actors operating in the labour market: private employment agencies, temporary recruitment agencies, employment websites. The activity of these agencies, in many cases is not regulated by a legal framework.

Therefore the will to empower the Public Employment Services must also be accompanied with an improvement of the supplies and demands in the labour market in order to increase the opportunities for the unemployed to become employed. In that direction the role of other actors that can operate in the supply and demand, such as private employment agencies, temporary recruitment agencies must be enhanced. In this line of action the recent labour reform of 2010 and the RD 1796/2010 legalize these companies and the paper analyses the new legal framework.

Keywords: private employment agencies, temporary recruitment agencies, employment services, Law 35/2010, labour reform 2010 and Royal Decree 1796/2010.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La mejora del funcionamiento de los Servicios Públicos.
- III. El papel de las agencias privadas lucrativas.
 - 1. Servicios de recolocación.
- IV. Empresas de trabajo temporal.
 - 1. Caracteres generales.
 - 2. La aplicación del principio de igualdad.
 - 3. Otros aspectos.
 - 4. La regulación de las restricciones o prohibiciones del recurso a las empresas de trabajo temporal.
 - 5. Restricciones a la contratación por empresas de trabajo temporal y empleo público.

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema Nacional de Empleo está integrado actualmente por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo, de las Comunidades Autónomas y un elevado número de instituciones y entidades colaboradoras. Junto a los Servicios Públicos de Empleo están operando en el mercado de trabajo un amplio conjunto de actores: agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro, empresas de trabajo temporal (ETT), empresas de selección, medios de comunicación y portales de empleo. La actividad desarrollada por estos agentes carecía, en algunos casos, de un marco regulador.

El marco legal del sistema de colocación en España se trazó por la Ley de Empleo (LE) (Ley 56/2003, de 16 de diciembre) que fijó la estructura del Sistema Nacional de Empleo, y enumeró determinados agentes de la intermediación. Pero ni siquiera incluyó a todos los que realizan esta actividad en la práctica, de manera que no había una regulación completa de todos los agentes de la intermediación que enumera; es el caso de las entidades colaboradoras y de los servicios para los trabajadores en el exterior. La sensación que da al analizar el articulado de la LE es que en su momento se incluyeron aquellos intermediarios que iban a colaborar directamente con el Servicio Público de Empleo con carácter gratuito, no pronunciándose sobre las demás agencias de empleo privadas que están presentes en la actividad de colocación.

En épocas de crisis económica las dificultades de colocación se encuentran en la falta de empleos, no en un defectuoso funcionamiento de los mecanismos de colocación e intermediación en el mercado de trabajo; pues aunque presentaran deficiencias estas ya se darían antes de la crisis. El régimen de colocación en nuestro país, no obstante, es altamente ineficiente, pese a que no existe monopolio de la colocación.

Así se constata:

- La ya tradicional escasa incidencia de los Servicios Públicos en la colocación (3,17% de las colocaciones) cuya situación se ha hecho cada vez más compleja y conflictiva dada la transferencia de los mismos y de las políticas activas a las Comunidades Autónomas, al separar la gestión de la prestación por desempleo de las políticas activas y de la colocación.
- El bajo porcentaje del PIB dedicado a estos servicios públicos (0,13 en España frente al 0,27 en Alemania y 0,33 en Dinamarca).
- No han dado los resultados esperados las agencias de colocación sin fines lucrativos. En efecto, los 14 años de vigencia de este sistema han puesto de manifiesto que la previsión de unas agencias privadas sin ánimo de lucro apenas ha tenido efectividad en términos de mejora del entramado institucional de la colocación. Poco han contribuido a la mejora de un sistema lastrado por un monopolio que en la práctica se había mostrado como muy inefectivo. Las agencias no lucrativas en la práctica no han tenido el protagonismo ni el dinamismo que se esperaba de ellas ¹.
- En cambio, se está asistiendo a una proliferación «aceptada» de las agencias de empleo privadas con ánimo de lucro, que, salvo en el caso de las ETT, que no son propiamente agencias de colocación, actuaban hasta ahora sin una regulación específica en sectores muy diversos, percibiendo retribución por sus servicios y especialmente en algunos sectores donde las condiciones de trabajo ya de por sí son precarias y escasamente reguladas, como los empleados de hogar.

II. LA MEJORA DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Como ya se ha señalado, su ineficiencia es endémica en nuestro país pese a la reforma laboral de 1994 y la LE de 2003.

De ahí que la Comisión de Expertos constituida para el diálogo social, firmada el 31 de enero de 2005 y titulada como «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socio-económico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», aborde esta cuestión. Y también el «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo» el 9 de mayo de 2005, que a su vez ha servido como base para la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

En este sentido, el Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo de mayo de 2006, en cuanto a medidas dirigidas a los Servicios Públicos de Empleo e intermediación en el mercado de

¹ En este sentido, CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A., «Informe sobre el empleo, 2010», Madrid, 2010, Ministerio de Trabajo, pág. 4.

trabajo preveía una «modernización de los Servicios Públicos de Empleo», esto es, un Plan Global de Modernización de los Servicios Públicos de Empleo, tanto estatal como autonómicos, que incluiría la mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas y un Plan Estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura organizativa y la situación laboral y retributiva de su personal.

El objetivo estratégico del Plan Global de Modernización debía ser mejorar la atención a los usuarios y la calidad de los servicios, garantizando la coordinación entre políticas activas y protección por desempleo y elevando la tasa de intermediación en el mercado laboral de los Servicios Públicos de Empleo. A tal efecto, se contemplaba la incorporación de medidas específicas tales como el establecimiento de un Portal de Empleo que incremente la captación de ofertas de trabajo y asegure la difusión de las mismas, así como programas de incentivación de la búsqueda de empleo por parte de los propios desempleados. Y en cuanto a las políticas activas, el Gobierno se comprometía a cumplir el objetivo de que, en un plazo no superior a seis meses desde su inscripción en la Oficina de Empleo, los demandantes de empleo reciban una oferta de orientación, formación profesional o inserción laboral.

Finalmente, por lo que aquí interesa, también se contempló que en este marco debían analizarse, entre otras cuestiones, el papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y su ámbito de actuación: Servicios Públicos de Empleo, entidades colaboradoras, agencias de colocación y empresas de recolocación.

Sin embargo, todo esto luego quedó plasmado en una exigua disposición adicional, la sexta, de la Ley 43/2006, que se refiere solo al Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal. Lo que se puso en práctica por el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de abril de 2008, mediante la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo y que fue prorrogado por dos años, respecto a esta medida, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de abril de 2009 (tras la habilitación conferida por la disp. final primera RDL 2/2009, de 6 de marzo). Esta medida será de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizará por las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumidas en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y por el Servicio Público de Empleo Estatal. Con posterioridad se ha creado el citado Portal de Empleo.

En el documento del Gobierno de febrero de 2010 se vuelve a insistir en que «resulta necesario dar un nuevo impulso a la modernización de los Servicios Públicos de Empleo, en concertación con las Comunidades Autónomas, lo cual se traduce en el desarrollo de diferentes actuaciones. Preservando la centralidad de los Servicios Públicos de Empleo en el Sistema Nacional de Empleo, debe fomentarse la mejora de la empleabilidad de los trabajadores desempleados mediante la realización por los mismos de itinerarios individuales de inserción laboral. Además, debería avanzarse en la eficacia y la eficiencia de los Servicios Públicos de Empleo en la intermediación y en la recolocación de las personas desempleadas, en especial de los grupos más desfavorecidos, poniendo el énfasis para ello, básicamente, en cuestiones como ofrecer una atención personalizada».

Prueba de ello es que la Ley 35/2010 vuelve a insistir en la cuestión de la coordinación entre políticas pasivas y políticas activas, y ambas en relación con todos los agentes que intervienen en la colocación. Así, el artículo 28.1 establece que «las Administraciones y los organismos públicos que tengan atribuidas la competencia de la gestión del empleo y el Servicio Público de Empleo Estatal deberán cooperar y colaborar en el ejercicio de sus competencias garantizando la coordinación de las distintas actuaciones de intermediación e inserción laboral y las de solicitud, reconocimiento y percepción de las prestaciones por desempleo, a través de los acuerdos que se adopten en Conferencia Sectorial y de los convenios de colaboración que se alcancen, en aplicación de lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En estos convenios de colaboración se podrán establecer las condiciones de utilización de las cantidades no ejecutadas en la financiación de gastos de las distintas prestaciones por desempleo, para financiar programas de fomento del empleo y de formación profesional para el empleo, siempre que la disminución de los gastos inicialmente previstos se deba al efectivo cumplimiento por las Administraciones Públicas competentes de las funciones establecidas en los apartados 3 y 4 del artículo anterior».

De otra parte, la disposición adicional decimoséptima de la Ley 35/2010 vuelve a recordar que «el Gobierno seguirá reforzando los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómicos mediante la mejora de sus recursos humanos, tecnológicos organizativos y de la red de oficinas. Así mismo, incrementará el grado de coordinación y eficacia entre los Servicios Públicos de Empleo estatal y autonómicos para promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y para gestionar las prestaciones por desempleo».

Además, el Real Decreto-Ley 10/2010 y la Ley 35/2010 establecen en su artículo 13 que se autoriza al Gobierno para que apruebe, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, una nueva prórroga, hasta el 31 de diciembre de 2012, del citado Plan Extraordinario de 2008 con participación en la gestión de las Comunidades Autónomas. Lo cual finalmente se ha llevado a cabo a través del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre.

III. EL PAPEL DE LAS AGENCIAS PRIVADAS LUCRATIVAS

Una segunda línea de actuación que surge, no ya de la Ley 27/2009 sino en el documento del Gobierno de febrero de 2010, es la legalización de las agencias privadas lucrativas.

Según este documento la voluntad decidida de potenciación de los Servicios Públicos de Empleo debe acompañarse de una mejora del sistema de intermediación laboral entre ofertas y demandas de trabajo que aumente las oportunidades de empleo de las personas desempleadas. En esa dirección, se plantea el papel a desempeñar por otros actores que podrían intervenir en la intermediación, como las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro y las empresas de recolocación.

No parecía que las agencias de empleo privadas lucrativas tuvieran cabida en la LE², sino que su introducción requería un nuevo marco legal. El silencio de la Ley 56/2003 no debía interpretarse como que bastaba un desarrollo reglamentario para reconocer tales agencias.

Este nuevo marco se podría haber aprovechado para aglutinar la regulación de todas las agencias de empleo privadas y de las empresas de selección en una única ley, evitando así una cierta dispersión normativa, o laguna normativa (gabinetes de selección) de manera que incluyera el régimen jurídico de las diferentes actividades que realizan las agencias de empleo privadas y la posible conexión entre todas ellas³.

La propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha revisado su concepción de la intermediación laboral, adoptando otra que admite la actuación de dichas agencias de colocación en el mercado de trabajo por considerar que pueden contribuir a mejorar el funcionamiento del mismo. En efecto, el artículo 1 del **Convenio 181 de la OIT**, ratificado por España, utiliza un concepto amplio de «agencia privada de empleo» para designar a toda persona física o jurídica independiente de las autoridades públicas que preste uno más de los siguientes servicios en relación con el mercado de trabajo: a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia 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, la empresa usuaria; y c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo determinados por la autoridad competente, previa consulta con las partes sociales, tales como brindar información, pero sin vincular una oferta y una demanda específicas.

Dentro de la letra a) se incluyen, desde luego, todas las entidades que se dedican a la actividad de intermediación, pero también de selección de trabajadores.

En todo caso, el Convenio 181 opta por definir de forma indiferenciada las actividades que cabría englobar dentro del ámbito de la selección y de la intermediación. Pero, además, en la letra b) define también como actividad de las agencias privadas de empleo el prestamismo laboral, esto es, la actividad característica de las ETT. En cambio, la LE evita toda aproximación entre las actividades de intermediación y colocación, por un lado, y las de prestamismo laboral por el otro. Y lo mismo hace el artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Así pues, según este convenio son admisibles las agencias de empleo privadas con o sin fines lucrativos, siempre que estén sujetas a un régimen de autorizaciones o licencias, y siempre que cuenten con una regulación específica a nivel nacional, no bastando con un simple código de conducta que se le aplique a los diferentes tipos de agencias de empleo privadas.

El artículo 7 del convenio, por otra parte, limita el principio de gratuidad a los trabajadores, que no deberán pagar, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario

² Ciertas dudas expresan, en cambio, CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.*, pág. 2.

³ En este sentido, véase SERRANO FALCÓN, C., «Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación», Granada, 2009, pág. 395.

o tarifa. Y, aun así, en interés de los trabajadores afectados, la autoridad competente, previa consulta con las partes sociales, podrá autorizar excepciones respecto de determinadas categorías de trabajadores, o de determinados servicios prestados por las agencias privadas de empleo. La gratuidad de las agencias de empleo, sin embargo, no está prevista desde la perspectiva de los empleadores, para los cuales los servicios que reciban no deben tener el carácter de gratuitos.

De este modo, la experiencia internacional y cada vez más numerosos sistemas de Derecho Comparado aceptan que estas agencias de empleo privadas tengan fines lucrativos, pero siempre y cuando no se cobre a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ningún tipo de honorario o tarifa, aunque se podría cobrar a determinadas categorías de trabajadores algunos servicios prestados, siempre y cuando se lleve a cabo una previa consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores. En todo caso habría que determinar el margen en el que se podrían mover para cobrar al empresario, regulándolo en el régimen jurídico de estas agencias de empleo privadas. Pero, en cualquier caso, es evidente que la regulación anterior a la reforma laboral de 2010, concretamente el artículo 2 del Real Decreto 735/1995, contraviene manifiestamente la normativa internacional, al establecer la posibilidad de cobrarle al trabajador los gastos ocasionados.

La regulación de las agencias de empleo privadas, finalmente, no excluye el funcionamiento de los Servicios de Empleo ⁴. La relación de las agencias de empleo privadas y de los Servicios Públicos de Empleo se debe basar en un régimen de cooperación, por lo que se recomienda la celebración de convenios entre el Servicio Público de Empleo y las agencias de empleo privadas para la inserción de los desempleados de larga duración. Otra cuestión que queda a la libre determinación del ordenamiento nacional es si la colaboración debe extenderse también a las medidas de fomento del empleo para colectivos específicos, rompiendo el monopolio de las públicas en este terreno, o si las agencias públicas tendrían únicamente un papel de información y eventual control sobre la realidad de dichas contrataciones al estar implicadas las cuotas de la Seguridad Social. Hay experiencias en este sentido de mayor implicación de las agencias privadas, como la del sistema de bonos de colocación en Alemania.

En las experiencias comparadas coexisten agencias públicas con agencias privadas aumentando la cooperación entre ellas. Así, se han puesto en marcha acuerdos de colaboración entre las agencias públicas y las ETT y entre agencias públicas y agencias privadas. Las oficinas públicas de empleo locales difunden las ofertas de empleo de las agencias privadas, poniéndolas a disposición de todos sus clientes. Además, las agencias privadas se benefician de los servicios de las públicas a la hora de buscar y seleccionar candidatos, intercambian información perteneciente al mercado laboral local, el mercado de trabajo temporal y las medidas de empleo públicas específicas, con el fin de adaptar mejor sus respectivos servicios a las necesidades de los demandantes de empleo. Esto resulta especialmente útil para los colectivos de trabajadores más desfavorecidos, como los desempleados de larga duración, los jóvenes y los discapacitados. Hay que superar una visión basada en prejuicios

⁴ Reservando en algunos casos materias exclusivas para los Servicios Públicos. Así, la disposición adicional segunda del Real Decreto 1769/2010 establece que en los supuestos en los que las normas que regulen los procedimientos para la selección de personal de carácter temporal al servicio de las Administraciones Públicas permitan acudir a los Servicios Públicos de Empleo, estas utilizarán exclusivamente los servicios de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas o, en su caso, del Servicio Público de Empleo Estatal.

según la cual los servicios privados de empleo competirían con las agencias de empleo públicas. Al contrario, en los países de nuestro entorno la cooperación y alianzas con agencias comerciales u organismos públicos o no gubernamentales resultan positivas. No obstante esta coexistencia, los Servicios públicos son más eficientes que en España, por lo que el riesgo de sustitución es menor.

En esta línea habría que plantearse, en nuestro sistema, el enfoque también de un «nuevo» Servicio Público de Empleo que prevea el establecimiento de agencias de servicios personales y «buscadores de empleo» (*job seekers*), esto es, empresas que colocan a desempleados en nombre de las oficinas públicas de empleo.

Es imprescindible en este sentido un control mediante un régimen de autorización y el establecimiento de un adecuado procedimiento sancionador, estableciendo, como señala la OIT, mecanismos y procedimientos adecuados para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas.

La posibilidad de dar entrada en la intermediación laboral a las **agencias privadas con ánimo de lucro se debía llevar a cabo** según el documento del Gobierno de febrero de 2010 sobre la base de los siguientes principios:

- Mantener la consideración como Servicio Público del servicio de intermediación laboral.
- La necesidad de que las agencias privadas dispongan de una autorización del Servicio Público de Empleo competente por su ámbito territorial.
- La realización de un Convenio de Colaboración entre los Servicios Públicos de Empleo y las agencias privadas para que estas puedan ser consideradas entidades colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo.
- El establecimiento de todas las garantías necesarias para asegurar el respeto a la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos por las agencias privadas y la gratuidad de estas actividades para los trabajadores.
- La exigencia de que al menos un porcentaje de su actividad y de las colocaciones efectivamente realizadas sean para colectivos de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo.
- En todo caso, la autorización y actividad de las ETT se seguirá limitando a lo establecido en su regulación específica, es decir, a la puesta a disposición de las empresas de trabajadores con carácter temporal.

Así se recoge en el Real Decreto-Ley 10/2010 y en la Ley 35/2010, cuyo capítulo IV incluye medidas dirigidas a la mejora de los mecanismos de intermediación laboral para fomentar las oportunidades de acceder a un empleo por parte de las personas desempleadas. Hay un cambio importante en relación con la reforma de 2006, pues ahora, tal como ya contemplaba la Ley 27/2009, se estima necesario iniciar una **apertura a la colaboración público-privada** en esta materia, preser-

vando, en cualquier caso, la centralidad y el fortalecimiento de los Servicios Públicos de Empleo de carácter estatal y autonómico, para que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación ⁵.

Sin perjuicio de que los Servicios Públicos de Empleo sean siempre necesarios para acompañar y promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y para gestionar las prestaciones por desempleo y de que, en consecuencia, el Gobierno tenga voluntad de seguir mejorando y potenciando los Servicios Públicos de Empleo, lo cierto es que la regulación de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro vienen a complementar la actividad de los Servicios Públicos de Empleo y también a poner de manifiesto su ineficiencia.

Sin embargo, al abrir la colocación a la **participación privada con ánimo de lucro** se corre el riesgo de que en lugar de mejorar el funcionamiento de los Servicios Públicos, con la excusa de legalizar lo existente, se acabe ya confiando a lo privado lo que los Servicios Públicos no son capaces de hacer. De otra parte, el afán de lucro hará que las agencias privadas se centren sobre todo en los trabajadores con mayores posibilidades de encontrar empleo, de manera que en la práctica pueden quedar excluidos aquellos con especiales dificultades o con menor empleabilidad. Estos no podrán más que confiar en los Servicios Públicos cuya tasa de penetración en el mercado de trabajo, como hemos visto, es muy baja. Sobre todo porque en el caso español se parte de porcentajes de reparto del mercado entre lo público y lo privado muy desiguales, a diferencia de otros países donde lo privado resulta complementario, no sustitutorio.

Las agencias privadas se configuran como antes de la reforma, solo que dentro del concepto de agencias privadas cabe ahora no solo las no lucrativas sino también las que persiguen un lucro con esta actividad. De ahí que la centralidad de los Servicios Públicos de Empleo respecto de estas agencias queda asegurada y se mantenga por la exigencia de una autorización administrativa para el desarrollo de su actividad, por la configuración de las mismas como entidades colaboradoras de dichos Servicios Públicos cuando suscriban convenios de colaboración con los mismos y, en todo caso, por su sometimiento al control e inspección por parte de estos.

En este sentido, se regula legalmente la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro en la línea de las más recientes normas y criterios de la OIT en esta materia que se han comentado más arriba.

En cuanto a las agencias de colocación lucrativas se modifica la LE incorporando un artículo 21.bis, que viene a incluir en las agencias de colocación las lucrativas, a las que considera sujetos de la intermediación laboral. Así, «a efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas **entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro**, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales

⁵ En contra de las agencias privadas lucrativas y a favor, en cambio, del reforzamiento de los Servicios Públicos las enmiendas 25, 26, 27, 282, 283, 286, 287, 40 del Grupo de nacionalistas en el Senado, 281 del Grupo Mixto, y 60 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP).

como orientación e información profesional, y con la selección de personal». También se incluyen en las mismas las empresas de recolocación.

En sentido similar se pronuncia ahora el artículo 2 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, que desarrolla las previsiones de la Ley 35/2010 al establecer que se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que, en coordinación y, en su caso, colaboración con el Servicio Público de Empleo correspondiente, realicen actividades de intermediación laboral que tengan como finalidad proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades.

A este fin las agencias de colocación valorarán los perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales de las personas trabajadoras que requieran sus servicios para la búsqueda de empleo y los requerimientos y características de los puestos de trabajo ofertados. Estas agencias de colocación podrán desarrollar también actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal.

Ello implica también que se proceda a una modificación del artículo 16.2 del ET (art. 15 RDL 10/2010 y Ley 35/2010). En el siguiente sentido:

«Los Servicios Públicos de Empleo podrán autorizar, en las condiciones que se determinan en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, la existencia de agencias de colocación públicas o privadas. Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, **directa o indirecta**, basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Las agencias de colocación en sus actuaciones **deberán respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores, cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos** y garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios.»

No obstante, hay que tener en cuenta las disposiciones finales tercera.Tres y cuarta de la Ley 35/2010 para que la reforma entre plenamente en vigor («con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, el Gobierno elaborará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, las disposiciones necesarias para desarrollar lo establecido en esta Ley en materia de agencias de colocación», dice la disp. final tercera.Tres). Que finalmente se ha llevado a cabo recientemente, plasmándose en el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

No se acaba por fin de regular claramente las **empresas de selección** en tanto que agentes de la intermediación, cuya actividad no siempre se diferencia claramente de la de colocación en sentido

estricto. Hubiera sido positivo, por tanto, que se hubiera regulado la selección de trabajadores imponiendo a las empresas que realicen esta actividad, en cualquiera de sus modalidades –v. gr. *headhunters* o entidades especializadas en diversos sectores de actividad– ciertas exigencias y ciertas reglas de control administrativo, en especial la de informar sobre los datos desagregados por colectivos con dificultades de inserción laboral y en las tarifas aplicables. Con ellos podrían imponérseles, mediante convenios con los servicios de empleo, ciertos objetivos que les producirían ciertos premios o ciertas desventajas en función de su mejor o peor ejecutoria ⁶.

No ha sido así ya que tal como se definen los agentes de colocación (art. 21 bis LE tras el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010) estos pueden realizar acciones varias, además de la intermediación laboral, como orientación, información y selección de personal. Sin embargo, el régimen jurídico regulado en la ley solo afecta a las agencias de colocación, no a aquellas que se dediquen, por ejemplo, solo a actuaciones de selección de personal, como los gabinetes de selección y no formen parte de una agencia de colocación.

Se pasa, por tanto, a un **modelo «pluralista y competitivo»** ⁷ y las agencias lucrativas pasan a regularse de manera similar a las no lucrativas, aunque ello supone introducir también cambios importantes para estas últimas.

Conviene recordar que la materia de colocación, y en particular la intermediación laboral, es competencia del Estado, es decir, la Comunidad Autónoma no puede legislar en esta materia, aunque sí puede llevar a cabo una gestión propia de la intermediación laboral tal y como se viene haciendo en las Comunidades Autónomas.

En cualquier caso corresponde al Estado llevar a cabo una regulación adecuada que permita a las Comunidades Autónomas tener un marco legal de referencia y evite que cada una regule la actividad de colocación de forma diferente. Esto es, el modelo de colocación es único, regulado a nivel estatal, dejando margen de actuación a las Comunidades Autónomas en materia de organización y gestión de la actividad de colocación, pero en ningún caso de regulación.

De ahí la necesidad de unificar a nivel estatal quiénes pueden ser entidades colaboradoras, pues no existe un régimen unificado, y tan solo en la LE se menciona de forma expresa a los interlocutores sociales, señalando que su colaboración «deberá considerarse de manera específica» (art. 8.3 LE).

También es necesario unificar tanto el procedimiento administrativo de autorización de tales entidades como los requisitos que se les exigen para que se constituyan como tales y determinar qué tipo de acciones pueden desarrollar y las condiciones de su actuación, así como determinar aquellas acciones que no podrían realizar las entidades colaboradoras dejándolas de forma exclusiva al Servicio de Empleo ⁸.

⁶ CABEZA PEEIRO, J, y BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.*, pág. 5.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Ponencia a las Jornadas sobre la Reforma Laboral Sevilla», 22 de junio de 2010.

⁸ *Vid.* SERRANO FALCÓN, C., *op. cit.*, págs. 373 y 374.

Así se regula su régimen jurídico como entidades colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo. En primer lugar, se define el **concepto de intermediación** para luego pasar a regular (art. 21 bis LE tras la reforma laboral de 2010) las agencias de colocación en sentido amplio, públicas o privadas. En todo caso, se subraya que la autorización de agencias lucrativas no supone una privatización de los Servicios Públicos ya que «**con independencia del agente que la realice, la intermediación laboral tiene la consideración de un servicio de carácter público**» (art. 20.3 LE tras la Ley 35/2010).

Cuando se trate de agencias privadas, lucrativas o no lucrativas ⁹ su régimen jurídico es el siguiente:

- Las personas físicas o jurídicas que deseen actuar como agencias de colocación deberán obtener **autorización del servicio público** de empleo competente por razón del domicilio social de la agencia, que será única y con validez en todo el territorio español, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente. Se concederá por el Servicio Público de Empleo Estatal en el supuesto de que la agencia pretenda realizar su actividad en diferentes Comunidades Autónomas, o por el equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que la agencia únicamente pretenda actuar en el territorio de una Comunidad. En los mismos términos se pronuncia el artículo 3 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, añadiendo, además, que en el supuesto de que una agencia autorizada para desarrollar su actividad en una o varias Comunidades Autónomas pretenda ampliar su ámbito de actuación realizando la misma desde centros que establezca en otras Comunidades Autónomas donde no los tuviera, deberá solicitar del Servicio Público de Empleo Estatal una ampliación de dicha autorización con ese fin.

Igualmente, deberán solicitar autorización las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos. En este caso, la concesión de la autorización corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal.

Se lleva a cabo de este modo una adecuación del régimen jurídico de la autorización de las agencias de colocación al reparto competencial entre Administraciones (art. 21.bis) y respetando las previsiones de la directiva de servicios y la Ley 17/2009. A tales efectos, se regula el procedimiento para la concesión, ampliación del ámbito de actuación y extinción de la autorización minuciosamente en los artículos 9 a 15 del Real Decreto 1796/2010.

- Las agencias de colocación autorizadas podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo, pudiendo recibir financiación de los mismos, median-

⁹ Al que tendrán que adaptarse las no lucrativas de acuerdo con la disposición transitoria décima del Real Decreto-Ley 10/2010 en un plazo de seis meses. No obstante, la disposición transitoria primera del Real Decreto 1796/2010 establece que no obstante lo dispuesto en la disposición derogatoria, estas agencias podrán seguir desarrollando su actividad al amparo del citado Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, hasta en tanto sean autorizadas con arreglo a lo dispuesto en este real decreto o finalice el plazo de adecuación anteriormente señalado.

Las solicitudes de autorización presentadas y no aprobadas a la entrada en vigor de este real decreto quedarán sin efecto a partir de esa fecha, sin perjuicio de que deba dictarse resolución expresa en tal sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

te la suscripción del convenio de colaboración previsto en el artículo siguiente (art. 16 RD 1796/2010).

- El convertirse en entidad colaboradora no es obligatorio para que puedan ser autorizadas, más bien es solo una opción de la agencia, que sí condiciona la posibilidad de recibir financiación de los Servicios Públicos. De esta forma se emplea la expresión «**podrán**» que da a entender que no es obligatorio¹⁰ y se confirma por la propia ley que distingue la figura de las agencias privadas «colaboradoras» de los Servicios Públicos de Empleo, de las que funcionen de forma autónoma pero coordinada con los mismos.

Los Servicios Públicos de Empleo podrán suscribir convenios con las agencias que hayan sido autorizadas para operar en su ámbito territorial.

El Servicio Público de Empleo Estatal podrá suscribir convenios con las agencias de colocación que hayan sido autorizadas para actuar en los ámbitos territoriales en los que no se haya producido el traspaso de competencias en materia de intermediación laboral a las Comunidades Autónomas. En estos supuestos, la competencia para la firma de los convenios recaerá en la persona titular de la Dirección General del Organismo (art. 16 RD 1796/2010).

A diferencia de la regulación de la autorización donde, como acabamos de ver, se ha optado por unificar el régimen del procedimiento, en cuanto a los convenios de colaboración el artículo 19 del Real Decreto 1796/2010 establece que los Servicios Públicos de Empleo podrán establecer, en su correspondiente ámbito territorial, el procedimiento para suscribir convenios de colaboración con las agencias autorizadas para operar dentro del mismo. Este procedimiento podrá consistir en la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa o cualquier otra forma jurídica ajustada a la normativa estatal y autonómica.

En cuanto a las obligaciones de las agencias de colocación como entidades colaboradoras, el artículo 17 del Real Decreto 1796/2010 establece que las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo, además de cumplir con las obligaciones del artículo 5, deberán desarrollar su actividad con sujeción a lo establecido en el convenio de colaboración, estando obligadas específicamente a:

- a) Suministrar la información que se contemple en el convenio de colaboración, en el formato que se requiera, y específicamente en relación con las personas atendidas y sus perfiles, así como en relación con las ofertas de empleo y los perfiles que correspondan con las mismas.
- b) Comunicar las incidencias que se produzcan en relación con las obligaciones de las personas trabajadoras y de las personas solicitantes y beneficiarias de prestaciones por desempleo, previstas en el artículo 231.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Tal comuni-

¹⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *op. cit.*, y GÓERLICH PESET, J.M., «Reformas en materia de empleo y empresas de trabajo temporal» en AA.VV., *La reforma laboral en el RDL 10/2010*, Valencia, 2010, pág. 168.

- cación se realizará a los efectos de la valoración, por parte de los Servicios Públicos de Empleo, de los posibles incumplimientos que pudieran derivarse de tales incidencias y adoptar las medidas que, en su caso, procedan.
- c) Realizar las acciones objeto del convenio de colaboración en los términos y condiciones señalados en el mismo.
 - d) Estar sujetas a las acciones que pudieran realizar los Servicios Públicos de Empleo con el fin de efectuar el seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio de colaboración según lo establecido en el artículo 20 ¹¹.
 - e) Garantizar a las personas trabajadoras y empleadores la gratuidad por la prestación de servicios en los términos establecidos en el artículo 22.4 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre.
 - f) En caso de tratarse de entidades con ánimo de lucro deberán realizar al menos un 40 por 100 de su actividad con fondos no provenientes de los Servicios Públicos de Empleo; en caso de tratarse de entidades sin ánimo de lucro, deberán acreditar que realizan al menos un 10 por 100 de actividad con fondos no provenientes de los Servicios Públicos de Empleo.

El artículo 18 del real decreto regula el objeto y contenido de los convenios:

1. Los convenios tendrán por objeto la determinación de las actividades a desarrollar por las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo.
2. Los convenios contendrán, como mínimo, los siguientes extremos:
 - a) Ámbito de aplicación.
 - b) Duración, que podrá ser de uno o dos años.
 - c) Descripción de las acciones concretas a desarrollar.
 - d) Forma de financiación de las acciones objeto de convenio, con expresión de su vinculación a los resultados fijados.
 - e) Los medios materiales, humanos y económicos que empleará la agencia para acometer las acciones previstas.
 - f) Colectivos de demandantes destinatarios de los servicios.

¹¹ Artículo 20. *Seguimiento y evaluación específicos.*

Las agencias de colocación facilitarán cuantos datos, documentación e información sean necesarios, en los soportes informáticos o medios que se establezcan, para evaluar el resultado de las acciones convenidas.

Asimismo, los Servicios Públicos de Empleo realizarán cuantas acciones sean necesarias para el seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo.

Los Servicios Públicos de Empleo realizarán actividades de fiscalización y control respecto de las agencias que actúen como entidades colaboradoras de los mismos. En concreto, comprobarán que cumplen los porcentajes de actividad contemplados en el artículo 17 f), una vez transcurridos los primeros seis meses de vigencia del convenio de colaboración y, con posterioridad, anualmente. El incumplimiento de esta obligación será causa de extinción del convenio.

- g) Seguimiento y evaluación.
 - h) Definición de los sistemas de comunicación de la información.
 - i) Mecanismos de comunicación para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 b).
 - j) Los indicadores de eficacia definidos en función de lo establecido en la disposición adicional primera.
 - k) Procedimiento y trámite para su modificación, así como la determinación de las causas de su extinción.
3. Los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas comunicarán al Servicio Público de Empleo Estatal los convenios que hayan suscrito en su ámbito territorial a efectos de su conocimiento y comunicación a los órganos e instrumentos del Sistema Nacional de Empleo.

Sin embargo, como dice el propio artículo 17, las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras deberán cumplir, asimismo, con las obligaciones genéricas establecidas para todas las agencias de colocación, que veremos a continuación, y el papel de los Servicios en regular la intermediación laboral serían aplicables también a todas las agencias privadas, tengan o no convenio de colaboración, dada la finalidad de la reforma de potenciar las agencias lucrativas en tanto «colaboradoras», sean o no específicamente colaboradoras, en sentido formal al que alude el artículo 21.bis 5 de la LE. Es decir, el objetivo de la reforma se compagina mal con la existencia de agencias privadas que funcionen de manera totalmente autónoma. Aunque también es evidente que no se ha optado por un modelo de actividad de colocación privada totalmente intervenido. Y lo mismo cabe decir respecto de las no lucrativas si entendemos que el Real Decreto-Ley 10/2010 y la Ley 35/2010 suponen en este punto un cambio o modificación del artículo 1 del Real Decreto 735/1995 al establecer ahora un modelo único para lucrativas y no lucrativas.

Así pues, todas las agencias privadas de colocación, sean «colaboradoras» o no deberán:

- Estar previamente autorizadas por el Servicio Público de Empleo correspondiente y mantener las condiciones y requisitos que posibilitaron la concesión de la autorización (art. 5 RD 1796/2010).
- Solicitar autorización para la ampliación de su ámbito de actuación. Las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos estarán exentas del cumplimiento de esta obligación (art. 5 RD 1796/2010).
- Velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y/o profesional requerido (art. 5 RD 1796/2010).
- Estar sujetas a las actuaciones del control e inspección que lleven a cabo los Servicios Públicos de Empleo de acuerdo con la normativa de referencia, así como a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos de control (art. 5 RD 1796/2010).

- Hacer constar en el desarrollo de las actividades como agencia de colocación, en los términos que se indiquen por el Servicio Público de Empleo que concede la autorización, la condición de autorizada y número de autorización en todo lugar donde figure su nombre (art. 5 RD 1796/2010).
- Presentar con periodicidad anual, y dentro del primer trimestre de cada ejercicio, una Memoria de las actividades desarrolladas durante el ejercicio anterior, conteniendo, al menos, información relativa a los indicadores de eficacia contenidos en la disposición adicional primera, así como información sobre su actividad económica como agencia de colocación (art. 5 RD 1796/2010).
- Llevar una contabilidad separada con arreglo a la normativa establecida en esta materia para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad (art. 5 RD 1796/2010).
- **Suministrar a los Servicios Públicos de Empleo la información** que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas. Y, viceversa, reglamentariamente se regulará un sistema que permita **integrar el conjunto de la información** proporcionada por las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación autorizadas. Reglamentariamente se regulará un sistema telemático común que permita integrar el conjunto de la información proporcionada por el Servicio Público de Empleo Estatal y por los servicios de las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación autorizadas de manera que estos puedan conocer en todo momento las agencias que operan en su territorio. El sistema de información que se cree deberá ser telemático y común para todas las Administraciones.
- Elaborar y ejecutar **planes específicos** para la colocación de trabajadores desempleados integrantes de los colectivos mencionados en el artículo 26, que concluyan con la colocación de aquellos, en los términos que se determinen reglamentariamente en función de la situación del mercado de trabajo (art. 5 del RD 1796/2010).
- Disponer de **sistemas electrónicos** compatibles y complementarios con los de los Servicios Públicos de Empleo.

Este espacio permitirá (art. 6 RD 1796/2010):

1. Comunicar electrónicamente las autorizaciones concedidas para constituirse como agencia de colocación.
2. Acceder a la relación actualizada de agencias de colocación autorizadas por los distintos Servicios Públicos de Empleo, al objeto de que pueda ser conocida tanto por los Servicios Públicos de Empleo como por la ciudadanía. A estos efectos, esta relación estará disponible en las webs de dichos Servicios Públicos de Empleo.
3. Realizar el suministro de información periódica establecido en el artículo 5 m).

4. Cumplimentar la Memoria anual contemplada en el artículo 5 n).
 5. Aportar, por las agencias de colocación que tengan suscrito convenio de colaboración con los Servicios Públicos de Empleo, la información resultante de su gestión, cumpliendo los protocolos establecidos en el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, en cuanto a contenidos y procesos de consolidación de la información.
- Cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social (art. 5 RD 1796/2010).
 - Respetar la **intimidad y dignidad de los trabajadores** y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos. Los Servicios Públicos de Empleo, agencias y entidades señalados en el apartado anterior someterán su actuación en el tratamiento de datos de los trabajadores a la normativa aplicable en materia de protección de datos (art. 5 RD 1796/2010).
 - Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las **personas con discapacidad** y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad (art. 5 RD 1796/2010).
 - Evitar la **discriminación directa o indirecta en el acceso al empleo** (arts. 22 bis y 5 RD 1796/2010). Esto es, someterse a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos.

Los Servicios Públicos de Empleo, agencias y entidades agentes de la colocación deberán respetar en sus actuaciones la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la normativa reguladora al respecto.

En cuanto al principio de igualdad en el acceso y no discriminación, la reforma laboral de 2010 habría venido a modificar la LE, reformada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Y en concreto el artículo 22 bis, dedicado a regular la no discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, de conformidad con los principios y orientaciones generales de dicha ley orgánica al contemplar solo a las agencias de colocación «sin ánimo de lucro».

- **Gratuidad de los servicios (arts. 22 y 5 RD 1796/2010).** La intermediación laboral realizada por los Servicios Públicos de Empleo, por sí mismos o a través de las entidades o agencias de colocación cuando realicen actividades incluidas en el ámbito de la colaboración con aquellos, conforme a lo establecido en este capítulo, se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores. La intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los Servicios Públicos de Empleo deberá garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a estos ninguna contraprestación por los mismos (art. 22.4 LE tras la reforma laboral de 2010). Es un cambio importante pues, como se vio más arriba, las agencias no lucrativas podían cobrar a los trabajadores en la regulación anterior. Ahora ni las lucrativas ni las no lucrativas. El

lucro se obtendrá bien del cobro a los empresarios, bien al Estado si se celebran contratos programa por objetivos, como ocurre en otros países de nuestro entorno. En espera de desarrollo reglamentario cabe ya adelantar que en caso de cobro a los empresarios el pago ya no se limitará a los servicios prestados (actual art. 2.1 RD 735/1995)¹². Hubiera sido conveniente extender este principio también a las agencias de selección.

No se prevén, en cambio, excepciones a la gratuidad para los trabajadores que sí permite el artículo 7 del Convenio 181 de la OIT respecto de determinadas categorías de trabajadores, o de determinados servicios.

En cuanto a los efectos sobre los **derechos y obligaciones de los perceptores de prestaciones de desempleo** hay que destacar que se refieren no solo a los Servicios Públicos sino también a las agencias privadas reconocidas como «colaboradoras». A estos efectos (art. 16 RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010) se procede a una modificación del apartado 1 del artículo 231 de la LGSS. Así, por ejemplo, los perceptores están obligados a:

- Participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que determinen no solo los Servicios Públicos de Empleo, sino también las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos y aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por los Servicios Públicos de Empleo o por dichas agencias.
- Renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la Entidad Gestora, los Servicios Públicos de Empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos.
- Devolver a los Servicios Públicos de Empleo, o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los mismos.
- Suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad.

Sin embargo, no afectan a la relación del perceptor con las agencias privadas las siguientes obligaciones:

- Buscar activamente empleo.
- Participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por los Servicios Públicos de Empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción.

¹² En este sentido, GÖERLICH PESET, J.M., «Reformas en materia de empleo...», *op. cit.*, pág. 169.

Sin perjuicio de la obligación de acreditar la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los 30 primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores (*vide supra*).

Así pues, las **políticas activas de empleo**, si bien de un lado parecen quedar reservadas a los Servicios Públicos, especialmente autonómicos, que son los que determinan las acciones de mejora de la ocupabilidad [art. 231. apartado 1 i) LGSS], sin embargo, de otra parte, en ese mismo artículo en la letra c) se otorgan a las agencias de empleo facultades para llevar a cabo acciones de promoción, formación y reconversión profesional.

De este modo, las agencias privadas serán competentes para controlar al trabajador que percibe prestaciones por desempleo; para determinar los trabajos de colaboración social, programas de empleo o acciones de promoción, formación o reconversión profesionales que debe realizar el desempleado beneficiario de prestaciones; y para determinar también cuál es la oferta de empleo adecuada que el desempleado está obligado a aceptar y cuyo rechazo conlleva la consiguiente pérdida o extinción de las prestaciones por desempleo.

En todo caso hay que partir de que el reconocimiento, y en general la **gestión de las prestaciones por desempleo**, debe seguir siendo competencia de las agencias públicas. Y con ello la fiscalización control y facultades sancionatorias. No creemos que las agencias privadas tengan competencia para «garantizar la aplicación y el cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social» como se decía en el proyecto de ley aprobado por el Congreso, ni capacidad fiscalizadora y de control sobre los perceptores en relación con las ofertas de empleo y su carácter adecuado o no o sobre la negativa del trabajador a participar en actividades de formación o reconversión, o, en general, a las derivadas del compromiso de actividad ¹³.

Ahora bien, ello no impedirá que las agencias privadas lucrativas colaboren en estos aspectos con los Servicios Públicos de Empleo, si los perceptores de prestaciones se inscriben en las mismas, como ocurría ya con las no lucrativas en la normativa anterior a la reforma laboral de 2010. La obligación de los perceptores se extendía ya a las ofertas que se faciliten por las agencias privadas de colocación, si se inscriben en ellas. El Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, parece entenderlo así, ya que en su artículo 7.4 obliga a estas a facilitar información al Servicio Público sobre tales extremos. Y así lo confirma la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 231 letras c), d) y g) de la LGSS. Y en este sentido, el artículo 17.2 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) considera como infracción grave rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los Servicios Públicos de Empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquellos.

En este sentido, para evitar cualquier duda al respecto, la Ley de reforma laboral de 2010 adopta un sistema similar al ya vigente para las agencias privadas no lucrativas en cuanto colaboradoras

¹³ Véanse las enmiendas 61 y 62 del GPEC en el Senado y la 241 del Grupo Socialista.

del Servicio Público de Empleo y en esta dirección la nueva redacción del artículo 27 de la LE dice que las obligaciones de inscripción de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, conforme a lo establecido en el artículo 231 de la LGSS, se lleva a cabo en el Servicio Público de Empleo, lo que implicará la suscripción ante el mismo del compromiso de actividad, y deberán cumplir las exigencias de dicho compromiso, que quedarán recogidas en el documento de renovación de la demanda.

No obstante, una vez inscritos y sin perjuicio de seguir manteniendo dicha inscripción, los solicitantes y beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo que lo deseen podrán requerir los servicios de las agencias de colocación. A tales efectos, el artículo 8 del Real Decreto 1796/2010 establece que las personas que se inscriban como demandantes de empleo tendrán derecho a ser informadas por los Servicios Públicos de Empleo sobre las agencias de colocación autorizadas que operan en su territorio, así como que dichas agencias no podrán exigirles ninguna contraprestación por su actuación. Y con ello, con plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada y para cumplir el resto de exigencias derivadas del compromiso de actividad, el cual se entenderá suscrito desde la fecha de la solicitud de las prestaciones y subsidios por desempleo.

En tal caso, la Ley de reforma laboral de 2010 precisa que «el convenio de colaboración deberá regular los mecanismos de comunicación por parte de las agencias de colocación de los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo previstas en el artículo 231.1 del TRLGSS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Tal comunicación se realizará a los efectos de la adopción por parte de los Servicios Públicos de Empleo de las medidas que, en su caso, procedan».

Así, las siguientes obligaciones de los trabajadores solicitantes o beneficiarios de prestaciones de desempleo se dan tanto en relación con los Servicios Públicos como en relación con agencias privadas colaboradoras de los mismos:

- Comparecer, previo requerimiento, ante los Servicios Públicos de Empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquellos y así se recoja en el convenio de colaboración. Su incumplimiento se considera como falta leve (arts. 17.1 y 24.3 LISOS) tras la Ley 35/2010 (art. 18.4 y 8).
- Renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada. Su incumplimiento se considera como falta leve (arts. 17.1 y 24.3 LISOS) tras la Ley 35/2010 (art. 18.4 y 8).
- Devolver en plazo, salvo causa justificada, a los Servicios Públicos de Empleo o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquellos y así se recoja en el convenio de colaboración, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquellos. Su incumplimiento se considera como falta leve (art. 17.1 LISOS tras la Ley 35/2010, art. 18.4).

- No rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los Servicios Públicos de Empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquellos. Su incumplimiento se considera como falta grave según el artículo 17.2 de la LISOS (art. 18.5 Ley 35/2010).
- Participar en las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquellos. La negativa es falta grave (art. 25.4. LISOS tras el art. 18.9 Ley de reforma laboral de 2010).

En cambio, la negativa a participar en programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, que se considera falta grave, solo se refiere a los ofrecidos por los **Servicios Públicos de Empleo [art. 25.4 b) de la LISOS]**, no por las agencias privadas, ni siquiera por las entidades asociadas de los Servicios Públicos de empleo, como decía la LISOS en su redacción anterior a la reforma laboral de 2010.

Cuando el incumplimiento, por parte de los trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo de las obligaciones que les impone el artículo 231 de la LGSS, se produzca ante una agencia de colocación que actúe en el ámbito del convenio de colaboración con los Servicios Públicos de Empleo el procedimiento sancionador queda en manos del propio Servicio Público de Empleo, a quien la agencia debe comunicar dicho incumplimiento de acuerdo con lo previsto en el convenio de colaboración.

En todo caso son las Administraciones Públicas las competentes para garantizar la aplicación de las políticas activas y la verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas del compromiso de actividad por los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, en el marco de las actuaciones que puedan establecerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.2 de esta ley. A estos efectos, se deberá atender mediante dichas actuaciones, como mínimo, al volumen de beneficiarios proporcional a la participación que los mismos tengan en el total de desempleados de su territorio.

- En cuanto a las **medidas que permitan controlar la eficiencia económica y los efectos sociales de la actividad de las agencias privadas lucrativas** se prevé (disp. final tercera apartado 3 Ley 35/2010) que «el Gobierno, previa consulta con las comunidades autónomas y con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, fijará indicadores de eficacia de las agencias privadas de colocación. Dichos indicadores serán evaluados cada dos años a efectos de suscripción de posibles convenios de colaboración entre Agencias y los Servicios de Empleo de las comunidades autónomas». Podrían tomarse como indicadores la duración media real de los contratos de trabajo ofertados así como el esfuerzo que debe realizar el servicio de que se trate para colocar a las personas que buscan empleo atendiendo a sus características personales o sociales ¹⁴. Estos indicadores de eficacia se concretan ahora en la disposición adicional primera del Real Decreto 1796/2010.

¹⁴ Véase la enmienda de CIU 98 en el Senado al proyecto de ley.

Los indicadores de eficacia de las agencias de colocación contemplarán, al menos, los siguientes aspectos:

- a) Número de personas atendidas.
- b) Número de personas atendidas perceptoras de prestaciones por desempleo.
- c) Número de personas atendidas pertenecientes a colectivos con dificultades de inserción.
- d) Número de ofertas y puestos de trabajo captados como resultado de su actividad de intermediación.
- e) Número de ofertas y puestos de trabajo cubiertos con las personas atendidas como resultado de su actividad de intermediación.
- f) Número de contratos de trabajo suscritos por las personas atendidas.
- g) Número de contratos de trabajo indefinidos suscritos por las personas atendidas.
- h) Otros indicadores correspondientes al resto de servicios ofrecidos por la agencia.

Dichos indicadores serán evaluados cada dos años a efectos de suscripción de posibles convenios de colaboración entre las agencias y los Servicios Públicos de Empleo.

Hay aspectos relativos a las agencias no lucrativas que no se precisan claramente:

- Si participarán en **programas de fomento de empleo** o si la gestión seguirá siendo monopolio de los Servicios Públicos. En otros países se tiende a que el fomento del empleo no necesariamente deba ir únicamente a las colocaciones obtenidas y conseguidas a través de agencias públicas, sino que cabe también extenderla a la conseguida a través de agencias privadas, como en el sistema alemán de bonos. Como ya se señaló, el nuevo artículo 21 bis de la LE tras la reforma laboral de 2010 establece la obligación de las agencias, sin distinciones, de «elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de desempleados integrantes de los colectivos mencionados en el artículo 26 que concluyan con la colocación de aquellos en los términos que se determinen reglamentariamente». Este artículo se refiere a programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, mujeres, parados de larga duración mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería. Hay que tener en cuenta que, dadas las especiales circunstancias de estos colectivos, los Servicios Públicos de Empleo asegurarán el diseño de itinerarios de inserción que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de estos desempleados y a sus necesidades específicas. Cuando ello sea necesario, los Servicios Públicos de Empleo valorarán la necesidad de coordinación con los servicios sociales para dar una mejor atención al desempleado.
- Si debe ampliarse a las agencias de colocación la Red EURES, ya que solo la gestiona actualmente el Servicio Público de Empleo, ya que la normativa comunitaria permite que otras instituciones puedan estar dentro de esta Red.

La cesión de trabajadores sigue siendo competencia de las ETT y no de las agencias de colocación (art.16.3 ET). Pero tampoco las ETT pueden realizar funciones de colocación ¹⁵.

Probablemente hubiera sido posible alguna reforma en este sentido para conseguir una mayor eficiencia del modelo, que no deben pasar, necesariamente, por una mayor privatización del sistema, sino por integrar a los distintos actores y promover cambios puntuales. Uno de ellos podría haber sido redefinir el papel que desempeñan las ETT, ya que según la Ley 14/1994 no pueden desarrollar otra actividad que la referida a la cesión legal de trabajadores ¹⁶. Por consiguiente, no pueden lícitamente desarrollar una actuación de selección de trabajadores para una empresa cliente, no necesariamente usuaria. Sin embargo, en la práctica, no pocas empresas usuarias recurren a las ETT para gestiones que en verdad hacen las veces de auténticos procesos de selección. Probablemente habría que admitir expresamente que estas empresas pudiesen realizar una labor lícita de selección de trabajadores, bajo la autorización y supervisión de los servicios de empleo territorialmente competentes ¹⁷.

- Las modificaciones que suponen en el ET, en la LE y en la LGSS el reconocimiento de las agencias privadas lucrativas ha llevado a modificar también la LISOS.

1. Servicios de recolocación

Una de las carencias importantes en el sistema español de colocación es la ausencia de empresas de recolocación (*outplacement*) en el marco de los expedientes de regulación de empleo (ERE) y de su Plan Social, como ya se vio más arriba.

En este sentido, el Real Decreto-Ley 10/2010 y la Ley de reforma laboral en el artículo 14 modifica el artículo 20 de la LE, para incluir en la definición de intermediación laboral a la recolocación de los trabajadores que resulten **excedentes en procesos de reestructuración empresarial**, sin más. Y además limitándolo a tales extinciones.

Del mismo modo, el artículo 2 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, establece en términos similares que las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación.

¹⁵ Algunas enmiendas proponían que también fueran agencias de colocación si disponen de infraestructura y de medios materiales y personales (311 y 314 CIU, 246-248 Grupo Popular).

¹⁶ Véase en este sentido la enmienda 97 de CIU, la 201 del PP en el Senado, al proponer que las ETT realicen también funciones como agencias de colocación.

¹⁷ En este sentido, CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.*, pág. 4.

No obstante, a mi modo de ver, tienen cabida en la definición, en una interpretación más amplia, los supuestos de despidos por causas empresariales aunque sean individuales.

Ello plantea si los que lleven a cabo tales servicios se consideran agentes de colocación y por tanto si en los mismos caben agencias privadas, con o sin ánimo de lucro. La respuesta debe ser positiva¹⁸, en primer lugar porque tales agencias ya existen de hecho y ahora se legalizan, y en segundo lugar por la propia definición de intermediación. La Ley de reforma laboral (al introducir el art. 21 bis LE) considera a las empresas de recolocación como **agencias de colocación especializadas** en la actividad a que se refiere el artículo 20.2, lo que avala además el sometimiento a las reglas de las agencias privadas, cuando se dediquen a la recolocación.

IV. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

1. Caracteres generales

Las ETT siguen manteniendo sus funciones actuales. Pese a que cabía aceptar legalmente que las ETT se configurasen como «empresas de servicios integrales de empleo», esto es, reformar la Ley de Empresas de Trabajo Temporal (LETT), eliminando la exigencia de exclusividad de las mismas, de tal forma que pudieran ofrecer todos los servicios que hemos analizado: selección, colocación, recolocación, etc. La reforma laboral finalmente ha desechado esta idea.

Tampoco aborda la «fuga» del régimen jurídico de las ETT a través de las falsas contratas y empresas de servicios, a pesar de que en un principio estaba en la agenda de los temas a tratar por la reforma laboral. En efecto, el documento del Gobierno de febrero de 2010 planteaba que había que llevar a cabo un análisis de las **repercusiones que tiene en el mercado de trabajo la actuación de las empresas de servicios** que se limitan a la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas, actividad reservada legalmente y en exclusiva a las ETT. En función del indicado análisis, según el documento, el Gobierno prometió presentar propuestas, normativas o de otra índole, para evitar estas prácticas ilegales y fraudulentas, con el objetivo de velar por el estricto cumplimiento de la normativa laboral, tanto en el ámbito de la cesión de trabajadores como en el de la subcontratación de servicios.

Varias propuestas interesantes se han formulado sobre algunas cautelas y controles a introducir en este sector¹⁹ siguiendo la estela de algunas leyes, como la 32/2006, que por motivos de prevención de riesgos laborales acota las subcontrataciones en el sector de la construcción. Podría pensarse en alguna regla similar que limitara la actuación de las empresas de servicios, con la finalidad de evitar competencias abusivas con el marco de las **empresas de trabajo temporal**. Por ejemplo:

¹⁸ En este sentido, GÓERLICH PESET, J. M., «Reformas en materia de empleo...», *op. cit.*, pág. 165.

¹⁹ Véase CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.*, pág. 9.

- Exigiendo unos requisitos mínimos de infraestructura propia –material e inmaterial– para cada una de las actividades en las que prestan servicios, en atención a las características propias de cada una de ellas. Sería sencillo imponer como requisito mínimo de los convenios de sector el establecimiento de dichos requisitos para cualquier empresa auxiliar que pretendiera contratar en dicha actividad, aunque habría que establecer cierta legislación subsidiaria para el caso de que dicha empresa auxiliar no se encontrase dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo de sector.
- Limitando el número máximo de actividades distintas que pueda desarrollar una empresa de servicios. A tal fin podría servir de elemento instrumental la comunicación de alta ante la autoridad laboral de una actividad nueva –aunque dicha comunicación no tuviese efectos probatorios a la hora de definir la existencia de un centro de trabajo–.
- Estableciendo un sistema de control administrativo de las empresas de servicios paralelo al regulado en la Ley 14/1994 y en el Real Decreto 4/1995, con la finalidad de someter a un sistema de autorización a las entidades que pretendan desarrollar actividades correspondientes a uno o a varios sectores de actividad, a los efectos de exigir la infraestructura y las garantías necesarias.
- Prohibiendo a las empresas principales contratar con auxiliares de servicios en los casos previstos en las letras a) a c) del artículo 8 de la Ley 14/1994.

En conjunto, se trataría de equiparar en la medida de lo posible la actividad de las empresas de servicios y las ETT, a los efectos de que estas no se encuentren en peor situación competitiva.

Por otro lado, en estas empresas la fragmentación de la colectividad laboral ha llegado a extremos preocupantes. En una empresa principal pueden coincidir numerosas empresas de servicios fragmentando la negociación colectiva aplicable, mientras que a efectos de representación sí que se considera como centro de trabajo el lugar de la ejecución de la contrata, al identificar cada contrato con una empresa principal con la existencia de un centro de trabajo, lo que se traduce en una aniquilación de las estructuras representativas en estas empresas²⁰. El centro de trabajo es de la empresa principal, no de la empresa auxiliar.

En cambio, más urgente era para el Gobierno reformar la LETT para proceder a una transposición de la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, relativa al trabajo a través de ETT.

Por ello, la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, en su disposición adicional cuarta ya establecía que en un plazo no mayor a cuatro meses y en el marco del diálogo social, el Gobierno llevaría a cabo las actuaciones necesarias para abordar las siguientes cuestiones:

- a) La revisión de las restricciones en la utilización de ETT, contando con la opinión de las organizaciones sindicales y empresariales de los sectores afectados.

²⁰ CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.*, pág. 10.

- b) Las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores contratados para ser puestos a disposición por las ETT, incluyendo el principio de igualdad de trato, el acceso al empleo, las instalaciones y la formación profesional, la representación de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y la información a los representantes de los trabajadores.

Se trata de verificar **si el ámbito, subjetivo y objetivo**, de aplicación de la legislación española se corresponde o no con el de la directiva.

Y a ello procede el Real Decreto-Ley 10/2010 y la Ley de reforma laboral, que introducen varias modificaciones en la legislación relativa a las ETT que se dirigen a los siguientes objetivos:

- Verificar si el principio de igualdad de trato de los trabajadores de las ETT respecto a los trabajadores de la empresa usuaria, referido al salario y a las restantes condiciones de trabajo, responde o no fielmente a la regulación que se recoge en dicha directiva.

La reforma en consecuencia procede a determinadas modificaciones referidas al principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y los trabajadores de las empresas usuarias.

- Revisar las restricciones que se aplican a las ETT. Se trata de verificar si las restricciones o prohibiciones establecidas en la legislación española para la utilización de las ETT se ajustan a lo dispuesto por la directiva en esta materia, reconociendo, a la vez, las posibilidades que, en este campo, se ofrecen a la negociación colectiva.

Para aplicar esta medida, se reserva un periodo para que la negociación colectiva, dentro de los sectores hoy excluidos de la actividad de las ETT por razones de seguridad y salud en el trabajo, pueda, de manera razonada y justificada, definir los empleos u ocupaciones de especial riesgo que no puedan ser objeto de contratos de puesta a disposición.

- Una vez concluido este periodo y respetando las excepciones para empleos u ocupaciones determinadas que hayan podido acordarse, se derogan –con algunas excepciones– las restricciones actualmente vigentes y se establecen requisitos complementarios para que las ETT puedan realizar contratos de puesta a disposición de trabajadores en estos sectores mediante el refuerzo de las exigencias en materia de prevención de riesgos laborales y de formación preventiva de los trabajadores.

Los analistas de la Directiva 2008/104/CE tras estudiar las repercusiones de la Directiva sobre el ordenamiento interno ya planteaban los cambios que ha introducido el Real Decreto-Ley 10/2010 ²¹.

²¹ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., «Empresas de trabajo temporal: nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el derecho español vigente. (Comentario de Urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal). *Boletín laboral*, Despacho Abdón Pedrajas, enero de 2009; GALA DURÁN, C., «La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España», *TL* n.º 102/2009, págs. 13-51.

2. La aplicación del principio de igualdad

La mayor parte de los preceptos establecidos por la directiva se cumplen ya por nuestra legislación, como la mayor parte de los derechos de los trabajadores cedidos establecidos en el artículo 6 de la Ley 14/1994 o con los derechos de representación de los trabajadores cedidos y de los trabajadores de la empresa usuaria de los artículos 7 y 8.

Sin embargo, era necesario proceder a una modificación en materia de condiciones de empleo y equiparación salarial.

Así, el artículo 17.2 del Real Decreto-Ley 10/2010 y la Ley de reforma laboral dan una nueva redacción al apartado 1 del artículo 11 de la Ley 14/1994 y establecen ahora lo siguiente:

- En primer lugar, la declaración general del **principio de igualdad**: «los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto».
- En segundo lugar, redefine el concepto de **condiciones esenciales de trabajo y empleo**, entendiéndose por tales «las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos».

Habría, por tanto, condiciones de trabajo a las que no afectaría el principio de igualdad por no venir consideradas legalmente como no «esenciales». Algunas de ellas siguen sin resolverse adecuadamente, como, por ejemplo, la realización de funciones superiores, los supuestos de movilidad geográfica fuerte o débil, la modificación de condiciones de trabajo y sus compensaciones, el régimen jurídico a aplicar en materia sancionatoria, etc.

En lo relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato en las «condiciones esenciales de trabajo y empleo» (tiempo de trabajo, aplicación del principio de no discriminación por una serie de causas y remuneración), —es donde la ley española debía modificarse para aplicar un principio de igualdad de trato más estricto que el actualmente existente, dado que el artículo 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, no se refiere expresamente a todas las «condiciones esenciales de trabajo y empleo» en el sentido de la directiva. Las condiciones referidas a la **ordenación del tiempo de trabajo** y a la aplicación del principio de no discriminación no aparecían en la ley 14/1994²². No obstante, algún sector de la doctrina²³ ha señalado la omisión en las materias de tiempo de trabajo del horario (y la distribución de la jornada), tanto en la reforma laboral como en la propia directiva, lo que permitiría en este punto entender que la empresa dispondría en este caso de mayor flexibilidad. Sin embargo, podría entenderse que el mandato de equiparación podría referirse al concepto

²² En este sentido, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *op. cit.*

²³ GÓERLICH PESET, J.M., «Reformas en materias de empleo...», *op. cit.*, pág. 175.

de puesto de trabajo por lo que no cabría fijar un horario distinto para un puesto de trabajo similar por el hecho de ser trabajador cedido ²⁴.

La igualdad alcanza a las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas, en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. Incluidas, también las previstas no solo en disposiciones legales y reglamentarias, sino también las de la negociación colectiva ²⁵, en especial en aplicación de la Ley de igualdad 3/2007.

Por lo que se refiere a la **remuneración** comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador.

Es una modificación importante ya que se excluía de la equiparación salarial del trabajador cedido y del trabajador contratado directamente por la empresa usuaria la parte de la remuneración que no responda a una unidad de tiempo (art. 11.1 Ley 14/1994 tras la Ley 29/1999), distinción que no hace la directiva. Ahora se incluyen todas las partidas, sean fijas o variables, correspondientes al puesto de trabajo. También deben incluirse las percepciones extrasalariales, como el plus de distancia ²⁶ y las condiciones más beneficiosas contractuales de carácter colectivo ²⁷, pues la norma española no las mencionaba expresamente. No obstante, la jurisprudencia ya entendía que la equiparación retributiva comprendía las medidas **retributivas derivadas de acuerdos de empresa o pactos colectivos** ²⁸ y creemos que debe seguir sosteniéndose este criterio ²⁹.

No obstante, se sigue sin aclarar si están comprendidas **las mejoras voluntarias** de las prestaciones de Seguridad Social. La cuestión sobre si se incluían en el concepto de retribución no era pacífica. La doctrina judicial estaba dividida ³⁰, pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo ³¹

²⁴ GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 30; lo que llevaría a revisar el artículo 33.2 del V convenio estatal de ETT.

²⁵ GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 31.

²⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de septiembre de 2006 (rec. 609/2006).

²⁷ SSTSJ de Castilla y León (sede en Valladolid) de 21 de marzo 2000 (AS 1516) y del TSJ de Murcia de 25 de octubre de 2004 (JUR 281360).

²⁸ STS de 22 de enero de 2009 (rec. 4262/2007).

²⁹ En contra, GÓELICH PESET, J.M., *op. cit.*, pág. 174-175; que entiende que la retribución a equiparar es la del convenio colectivo en sentido estricto.

³⁰ A favor SSTSJ de Castilla y León (sede en Burgos) de 9 de junio de 2004 (JUR 204290) y del País Vasco de 6 de febrero de 2007 (rec. 2735/2006). En contra, SSTSJ del País Vasco, de 23 de octubre de 2007 (rec. 1911/2007) y 19 de septiembre de 2008 (rec. 341/2008).

³¹ SSTS de 18 de marzo de 2004 (rec. 23/2003) y 7 de febrero de 2007 (rec. 104/2005).

entiende que no se incluían. Si entendemos las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social dentro de los llamados regímenes profesionales complementarios de Seguridad Social, ya que incluyen pensiones, prestaciones económicas por enfermedad, o regímenes de participación financiera, la directiva deja en manos de los Estados miembros su inclusión o no dentro de las condiciones esenciales de trabajo y empleo. Y ni el Real Decreto-Ley 10/2010 ni la Ley de reforma laboral las ha incluido expresamente.

En este sentido, la empresa usuaria deberá cuantificar las retribuciones y percepciones finales del trabajador y consignarlo en el contrato de puesta a disposición.

No se ha procedido a relativizar para ciertos sectores el principio de equiparación salarial entre trabajadores cedidos y trabajadores de la empresa usuaria, en el caso de contratos indefinidos, que podía encontrar amparo en el artículo 4.2 de la directiva, que así lo permite expresamente.

En cuanto a las **indemnizaciones por extinción** también se aplica el principio de igualdad pese a que no se hiciera referencia al mismo en la Ley 14/1994 tras el Real Decreto-Ley 10/2010; lo que ha sido corregido por la Ley de reforma laboral. Así, en aquellos casos en que el convenio colectivo aplicable a la usuaria pudiera establecer una indemnización por fin de contrato superior a la establecida en el artículo 49 del ET (por ejemplo, en Construcción), la indemnización será en principio esta última o «la establecida en la normativa específica que sea de aplicación» (art. 11.2 LETT tras el art. 17 Ley de reforma laboral). Cabrá prorratear la indemnización. Actualmente se prevé en el convenio colectivo de ETT.

El artículo 6 de la directiva reconoce derechos a los trabajadores cedidos que abarcan ámbitos diversos. Uno de ellos es el **derecho de información sobre los puestos de trabajo vacantes** en la empresa usuaria.

Ni el ET ni la Ley 14/1994 contemplaban expresamente³² este derecho. Ahora, el artículo 17.3 de la Ley 14/1994 tras la reforma laboral de 2010 lo reconoce. En efecto «la empresa usuaria deberá informar a los trabajadores cedidos por ETT, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquella. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información».

En cuanto al **derecho al acceso a los servicios de la empresa**, a lo previsto en la Ley 14/1994 había que añadir expresamente dentro de los derechos de los trabajadores cedidos por las ETT los referidos al acceso de los mismos a la formación y a los servicios de guardería infantil de las ETT y al acceso a la formación disponible por la empresa usuaria para sus trabajadores³³.

³² Algún sector de la doctrina lo deducía del artículo 15.7 del ET, entendiendo que la obligación informativa contemplada en este artículo alcanzaba a los trabajadores de la ETT. En este sentido, GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 33.

³³ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *op. cit.*

En este sentido, la reforma laboral de 2010 da nueva redacción al apartado 2 del artículo 17 y establece que «igualmente, tendrán derecho a la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria».

También se incluye el derecho a la formación que se imparta en la empresa usuaria durante el periodo de puesta a disposición, ya que lo exige el artículo 12.2 de la directiva. Sin embargo, la Ley de reforma laboral remite tal cuestión a la negociación colectiva con lo que la garantía de la directiva queda debilitada. Así, el artículo 17.4 de la LETT tras la Ley de reforma laboral establece que «mediante la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por ETT a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias.»

Había otras **cuestiones pendientes derivadas de la directiva** que no se han abordado por la reforma laboral de 2010. Así, el artículo 6.2 de la directiva establece que los Estados miembros adoptarán medidas necesarias para que las cláusulas que prohíben o tienen por efecto impedir la formalización de un contrato de trabajo entre la empresa usuaria y el trabajador cedido por una ETT tras la expiración del contrato de puesta a disposición sean nulas o puedan ser declaradas nulas. Es cierto que el artículo 7.3 de la LETT ya aborda esta cuestión, pero la directiva va más allá pues no exige que esté recogida en el contrato de puesta a disposición, sino que se refiere a cualquier cláusula con independencia de dónde esté ubicada, con lo que exige una reforma del artículo 7.3 de la LETT que no se ha producido³⁴. Pero deberá interpretarse a la luz de la directiva. Habrá que analizar críticamente los pactos de permanencia que existen en este ámbito, pues difícilmente pueden resultar compatibles con los artículos 6.2 y 6.3 de la directiva³⁵.

Lo mismo cabe decir del cobro de honorarios, debiendo entenderse que la prohibición ya recogida por el artículo 12.4 de la LETT debe interpretarse a la luz de la directiva en el sentido de que no se prohíbe solo el cobro de honorarios por gastos de selección, formación o contratación, sino cualquier cobro vinculado a la contratación posterior³⁶, como ocurre a veces entre la ETT y el trabajador que puede ser cedido participando en cursos formativos previos al contrato de puesta a disposición impartidos por la ETT.

En cuanto a los derechos de representación cabe reflexionar sobre si sería conveniente tener en cuenta, como invita a ello dicho artículo 7.2 de la directiva, a los trabajadores puestos a disposición a los efectos de la determinación del número de representantes que se deben elegir. Algo se ha avanzado ya con el Real Decreto 216/1999, en torno a la toma en consideración de los trabajadores cedidos, en ese caso para discernir la modalidad de organización preventiva que debería aplicarse en la empresa. La cuestión es si pueden computar también en la ETT. En la práctica, los trabajadores puestos a disposición solo votarían en la empresa usuaria cuando la cesión coincidiera con las elecciones.

³⁴ GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 34.

³⁵ CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.*, pág. 10.

³⁶ En este sentido, GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 36.

Ni siquiera sería necesario reconocerles la legitimación activa o pasiva. Basta con que se tengan en cuenta a los efectos de cuántos representantes corresponde elegir ³⁷.

3. Otros aspectos

El artículo 17.3 da nueva redacción al apartado 3 del artículo 16 de la Ley 14/1994, incluyendo expresamente dentro el sistema de responsabilidades la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo, además de las deudas salariales y de Seguridad Social. Evidentemente se refiere a las obligaciones derivadas del funcionamiento legal de las ETT, no las que deriven de cesión ilegal ³⁸.

Así, «la empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente ley.

Reglamentariamente se determinará la información que la ETT debe suministrar a la empresa usuaria».

4. La regulación de las restricciones o prohibiciones del recurso a las empresas de trabajo temporal

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5.1 de la Directiva 91/282/CEE, los Estados miembros quedan facultados para excluir el recurso al trabajo temporal en determinados supuestos calificados por la legislación nacional de que se trate como trabajos especialmente peligrosos para la seguridad y salud.

Sin embargo, no se trata de una prohibición, sino de una habilitación para prohibir a los Estados miembros, de tal manera que estos tienen la facultad de decidir si prohíben o no y de optar por establecer dicha prohibición. Además, no hay una enumeración de actividades vetadas sino que es cada Estado el que unilateralmente decide qué actividades no se pueden cubrir a través del recurso a empresas de trabajo temporal ³⁹. De este modo, nuestra legislación nacional en el artículo 8 b) de la Ley 14/1994 optó por prohibir el recurso a las ETT para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o salud, se determinen reglamentariamente. Sin

³⁷ CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.*, pág. 10.

³⁸ Véase la extensión del concepto a supuestos de contratación temporal en fraude de ley y la aplicación del artículo 43 del ET en SSTs de 3 de noviembre de 2008 (rec. 1697/2007) y 19 de febrero de 2009 (rec. 2748/2007).

³⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», Madrid, 1992, pág. 64 y LÓPEZ BALAGUER, M., «Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal», Valencia, Tirant, 2000, pág. 17.

embargo, tuvieron que pasar cinco años, hasta la promulgación del Real Decreto 216/1999, cuyo artículo 8 finalmente enumeró las actividades que por su especial peligrosidad quedaban excluidas de la celebración del contrato de puesta a disposición:

Las actividades de la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos, los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión, trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes, trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción y trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos quedaban de este modo prohibidos.

Se trata ahora de revisar las restricciones que se aplican a las ETT tras verificar si las restricciones o prohibiciones establecidas en la legislación española para la utilización de las ETT se ajustan a lo dispuesto por la directiva en esta materia reconociendo, a la vez, las posibilidades que, en este campo, se ofrecen a la negociación colectiva.

Una vez concluido este periodo y respetando las excepciones para empleos u ocupaciones determinadas que hayan podido acordarse, se derogan –con algunas excepciones– las restricciones actualmente vigentes y se establecen requisitos complementarios para que las ETT puedan realizar contratos de puesta a disposición de trabajadores en estos sectores mediante el refuerzo de las exigencias en materia de prevención de riesgos laborales y de formación preventiva de los trabajadores.

En efecto, la nueva disposición adicional cuarta de la LETT («**validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a las ETT**») establece que a partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las ETT, con la única excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta ley, que afecta a ciertos trabajos por motivos de seguridad y salud.

A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas solo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por las ETT, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.

Así pues el artículo 17 del Real Decreto-Ley 10/2010 y la Ley de reforma laboral modifican el redactado de la exclusión contemplada por el artículo 8 b) de la Ley 14/1994, que queda de la siguiente manera:

«b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta ley y, de conformidad con esta, en los convenios o acuerdos colectivos.»

Seis. Se introduce una disposición adicional segunda, en la que se determinan los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo en los que de confor-

midad con lo dispuesto en el artículo 8 b) de la LETT, al tratarse de actividades de especial peligrosidad no podrán celebrarse contratos de puesta a disposición (**prohibición absoluta**). Los trabajos son los siguientes:

- a) Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.
- b) Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico.
- c) Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

De este modo, a partir del 1 de enero de 2011, de las actividades que antes prohibía el Real Decreto 216/1999, ahora la normativa únicamente seguirá prohibiendo los trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes, agentes biológicos y agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción.

Las restantes actividades que antes quedaban vetadas para las ETT, ahora ya no estarán prohibidas por ley, sino que se remite a la negociación colectiva la posibilidad de establecer limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición, pero únicamente referidas a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas y justificadas por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados.

En efecto, para **las demás actividades hasta ahora excluidas por razones de seguridad y salud en el trabajo**, se establece un periodo para que la negociación colectiva pueda, de manera razonada y justificada definir los empleos u ocupaciones de especial riesgo que no puedan ser objeto de contratos de puesta a disposición. Se entiende que las razones que se esgrimían de seguridad e higiene en el trabajo no afectarían a todo el sector en su conjunto y por tanto no estaría justificada la exclusión con base en el artículo 4 de la directiva.

Con anterioridad al 31 de marzo de 2011, mediante los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del ET o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal en las actividades de la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.

En tales sectores podrán determinarse, por razones de seguridad y salud en el trabajo, limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Deberán referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas.
- b) Habrán de justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados.
- c) Deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral.

Desde el 1 de abril de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva conforme a lo señalado en el apartado anterior, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, la celebración de contratos de puesta a disposición estará sujeta a los siguientes requisitos:

- a) La ETT deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención.
- b) El trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la ETT.

Estas nuevas obligaciones preventivas conllevarán una modificación de la LISOS cuando la cesión esté supeditada al cumplimiento de requisitos especiales por razones de seguridad y salud laborales.

Se trata, por tanto, de marcar pautas y limitaciones a la negociación colectiva, imponiéndoles una especie de obligación de negociar estas materias, sin que ello suponga una revisión *ante tempus* del convenio colectivo. De tal modo que a partir del 1 de enero de 2011, en aquellas actividades que no hayan sido limitadas por convenio colectivo se podrán celebrar contratos de puesta a disposición libremente. Obviamente se ha querido liberalizar estos sectores y flexibilizar las posibilidades de realizar contrataciones en los mismos, aun cuando sea a costa de la seguridad y salud de los trabajadores, pues aun cuando se remite a la negociación colectiva a partir de ahora la facultad de limitar las posibilidades de empleo en estos sectores, todo hace pensar que, el plazo establecido, de solo seis meses, puede dificultar los acuerdos en dichas materias.

Además, nada se prevé para el supuesto en que dentro de la citada fecha no se llegue a un acuerdo. De tal modo que, por parte de las empresas que negocian, es tan sencillo como no acordar nada y una vez llegada la fecha señalada ya no habría restricciones para la contratación en dichas

actividades. Para evitar estas consecuencias negativas se debería haber articulado una regulación mínima legal supletoria que se pudiera aplicar en caso de no haber acuerdo o incluso se podría haber llevado a cabo la liberalización de estos sectores a la inversa, esto es, manteniendo la prohibición y habilitando que se pudiera llegar a acuerdos de limitaciones hasta el 31 de diciembre y de celebrarse dichos acuerdos se aplicarían como norma especial y posterior, pero, de no alcanzarse un acuerdo seguiría rigiendo la normativa estatal mínima. Pese a ello habrá que entender que a falta de acuerdo no cabe admitir que pueda contratarse indiscriminadamente con ETT en estos sectores, pues ello supondría un riesgo inadmisibles para la seguridad y salud laboral. Tampoco parece que más allá de la fecha establecida no pueda llegarse a un acuerdo ⁴⁰. No por eso los convenios colectivos dejarán de estar vigentes, si bien con cláusulas que ahora podrán ser objeto de anulación, si se entiende que no están justificadas las prohibiciones establecidas para trabajos concretos dentro de los citados sectores.

Hay dudas y en consecuencia, cautelas, sin embargo, sobre los efectos de la intervención de las ETT en estos sectores, en la salud y seguridad de los trabajadores. De ahí que el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo deba incorporar en sus informes periódicos sobre evolución de la siniestralidad datos específicos que permitan conocer la evolución de la siniestralidad laboral en los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo realizado por trabajadores cedidos por las ETT conforme a lo establecido en el artículo 8 b) y en la disposición adicional segunda de la Ley 14/1994.

La revisión de las exclusiones no afecta a todas las contempladas en el artículo 8 de la LETT, pues algunas se justifican bien por la tutela del derecho de huelga, bien por exigencias del buen funcionamiento del mercado de trabajo, o para evitar posibles abusos, por lo que siguen teniendo justificación desde la directiva y a ellas se refiere la citada disposición adicional cuarta.

Hay otras restricciones a la actuación de las ETT previstas en la negociación colectiva que es dudoso que puedan encajar en estos supuestos, como las **cláusulas de convenios colectivos** que limitan o prohíben el recurso a las ETT. De ser así, las partes negociadoras del convenio colectivo deberán proceder a revisarlo bajo los parámetros del artículo 4.1 de la directiva ⁴¹ pues, de no hacerse, la cláusula podría ser objeto de impugnación. Lo mismo cabe decir de las cláusulas de los convenios colectivos que pudieran negociarse con posterioridad a la reforma laboral y que introdujeran de nuevo tales restricciones o limitaciones pese a que la disposición adicional cuarta de la LETT se refiera a las actualmente vigentes ⁴².

Cabe plantear si esto afecta también, no ya a las actividades, sino al **tipo de contratos**, como los formativos ⁴³. Entendemos que autorizar la contratación a través de ETT no encajaría en los objetivos de la directiva y además iría contra la propia finalidad formativa de estos contratos. Podría

⁴⁰ GÓERLICH PESET, J.M., *op. cit.*, pág. 182.

⁴¹ Así, GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 49.

⁴² En este sentido, GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 49 y GÓERLICH PESET, J.M., *op. cit.*, pág. 183, CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.* pág. 8.

⁴³ En este sentido, la enmienda 315 (y 101 en el Senado) de CIU iba en la dirección de permitir que las ETT pudieran ser reconocidas también como agencias de colocación.

estar justificada esta exclusión por razones de interés general, relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por las ETT. De otra parte, no hay norma alguna que expresamente hubiera que entender derogada, pues el artículo 6.2 de la Ley 14/1994 al contemplar los supuestos habla de que podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una ETT y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del ET. Y no se refiere a los del artículo 11 (contratos formativos). Sin embargo, de la misma manera que no se trata de un supuesto contemplado tampoco está expresamente excluido por el artículo 8 de la Ley 14/1994.

5. Restricciones a la contratación por empresas de trabajo temporal y empleo público

Más problemático resultaba en el Real Decreto-Ley 10/2010 si la exclusión contemplada en la Ley 30/2007 de contratos del Estado se ha visto afectada por la reforma laboral de 2010.

Una de las cuestiones que se planteaba con la aprobación de la directiva era si afectaba al empleo público y por tanto a las restricciones existentes en el ordenamiento español en este sector. Nos referimos a la exclusión contemplada en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público.

La Administración no podía acudir a personal temporal mediante la externalización de la mano de obra recurriendo a ETT, salvo en supuestos excepcionales. Así, no podían celebrarse contratos de servicios con ETT «salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos». En estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto. La duración de estos contratos en ningún caso podía superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga (disp. adic. quinta Ley 30/2007).

La cuestión es si esta prohibición relativa ha sido derogada por el artículo 18 del Real Decreto-Ley 10/2010 que suprime a partir de 1 de enero de 2011 todas las limitaciones o prohibiciones vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición, lo que podría afectar a la que estamos analizando y probablemente también a su duración máxima.

Es cierto que algunos intérpretes de la directiva entendían que esta normativa del sector público muy difícilmente podía superar el proceso de revisión exigido por la directiva, por lo que debía reformarse lo previsto en la Ley 30/2007 abriendo el campo de las Administraciones Públicas a la actuación de las ETT en términos más amplios que los actuales ⁴⁴.

Sin embargo, la posibilidad de que las Administraciones Públicas recurran a ETT para atender necesidades temporales planteaba numerosos interrogantes, en especial si tal liberalización vendría

⁴⁴ Así, GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 48 y PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *op. cit.*

exigida por la Directiva 2008/104 que solo se refiere a «empresas públicas», ETT o empresas usuarias, que lleven a cabo una actividad económica, persigan fines lucrativos o no. Es difícil extenderlo a las Administraciones Públicas, que no se rigen por criterios empresariales ⁴⁵.

Lo cierto es que el Real Decreto-Ley 10/2010 no mencionaba expresamente la Ley 30/2007 ni siquiera para derogarla (disp. derog. única) ⁴⁶, pero cabría entender que habría sido derogada implícitamente por la disposición adicional cuarta cuando dice que a partir de 1 de enero de 2011 «se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las ETT con la única excepción de los establecidos en la disposición adicional segunda de esta ley» ⁴⁷. Por esta razón la **Ley de reforma laboral** despeja cualquier género de dudas y dice expresamente al incorporar una nueva disposición adicional cuarta a la LETT que «a partir del 1 de abril de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las ETT, **incluida la establecida en la disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público**». Y en su disposición derogatoria c) menciona ya la **disposición adicional quinta** de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En segundo lugar, la cuestión que inmediatamente se plantea es cómo conciliar la intervención de las ETT con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, aunque no se apliquen de la misma forma y con igual nivel de exigencia cuando se trata de empleo temporal. En este sentido el artículo 35.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el reglamento general de ingreso de personal al servicio de la Administración General del Estado y provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, establece para aquel personal laboral no permanente que su contratación se debe verificar con absoluto respeto a los principios de mérito y capacidad. Por lo tanto, aunque tenga unas connotaciones de flexibilidad respecto a los funcionarios, por ejemplo, en el sentido de que no se deben publicar estas convocatorias en el BOE, sino publicarlas en la forma que establezcan los respectivos convenios colectivos, hay que respetar ineludiblemente lo que establece el artículo 35.1 del citado Real Decreto.

La Ley de reforma laboral en la nueva disposición adicional cuarta a la LETT, solo se refiere a los puestos reservados a los funcionarios, pero olvida los de los laborales indefinidos y por supuesto los de los temporales. Así, dice que «las ETT no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos».

El artículo 9.2 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), reserva a funcionarios, en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen «la participación directa o

⁴⁵ A favor de su aplicación a las Administraciones Públicas, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T, *op. cit.*, GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 48, CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.*, pág. 8.

⁴⁶ De ahí las enmiendas que solicitaban una derogación expresa de a disposición adicional quinta de esta ley (342, CIU, 255, Grupo Popular).

⁴⁷ De ahí la enmienda 134 de Esquerra/IU/Iniciativa en el sentido de que mantenga la vigencia de la citada norma. Y la 201 del PNV que entiende que no deben actuar en este ámbito.

indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas», si bien acaba remitiendo la cuestión a los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.

No obstante, hay que tener en cuenta la ampliación de los supuestos de contratación o nombramientos de personal temporal que ha traído consigo el EBEP. Así, por ejemplo, la dilatación del funcionario interino, pues según el artículo 10 del EBEP son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal.
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de 12 meses.

Algo similar contempla para el personal estatutario el artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario, según el cual por «razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario», los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal».

El concepto de funcionario o estatutario por tanto debe entenderse en sentido amplio a efectos de la limitación de la intervención de las ETT, comprendiendo tanto los de carrera como los de empleo y los interinos.

La cuestión es si cabrá recurrir a ETT para hacer frente a las necesidades de personal interino mediante contratos laborales, en lugar de nombramientos funcionariales, y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, si cabría en todos estos supuestos, además de los correspondientes a plazas de personal laboral, pues los nuevos supuestos c) y d) introducidos del artículo 10 del EBEP responden más a la nota de la excepcionalidad que al motivo de que la plaza no pueda cubrirse por el procedimiento ordinario, pues las causas que motivan el nombramiento son temporales y no dan lugar a la configuración de puestos de trabajo funcionariales, esto es, permanentes. De ahí que las nuevas figuras no puedan utilizarse para atender programas que correspondan a necesidades permanentes. Más discutible resulta, como se verá, si pueden utilizarse en supuestos que puedan tener un plazo de duración determinado pero que se van renovando año tras año. Según el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP de 25 de abril de 2005 cualquiera de estos programas debe tener una duración determinada a priori y que debe quedar prohibido el nombramiento de interinos para programas que se prorroguen o que reiteren otros inmediatamente anteriores de similar contenido, pues en tales supuestos procedería nombrar personal fijo. Sin embargo, no es seguro que esta interpreta-

ción sea la única posible, especialmente cuando los programas temporales estén condicionados por condicionamientos presupuestarios que necesariamente son anuales. Más clara resulta esta naturaleza temporal limitada al supuesto de acumulación de trabajo.

Es cierto que algunos sectores ⁴⁸ entienden que la ampliación del margen de actuación de las ETT en el ámbito de las Administraciones Públicas no implica que no puedan imponerse o establecerse restricciones debidamente fundamentadas, pero no se precisa cuáles serían y sobre qué fundamentos. Si se alegan los principios constitucionales de acceso al empleo público, sea funcionario, de carrera o interino, cabría hablar de restricciones limitadas por lo que no cabría acudir a una ETT para funciones propias de esos cuerpos. Pero si se entienden aplicables, como se vio más arriba a la contratación laboral temporal, a la que se aplican también principios constitucionales, sería tanto como concluir que la contratación a través de ETT seguiría siendo algo excepcional.

Y en tercer lugar va contra el principio de buen funcionamiento de las Administraciones Públicas pues resulta más costosa una contratación a través de ETT que una contratación directa, lo que llevaría a un mal uso de los fondos públicos. Por otra parte, aun admitiendo la posibilidad de recurrir a las ETT para atender necesidades temporales, ello no debe suponer que venga a sustituir al sistema actualmente existente en muchas Administraciones Públicas consistente en Bolsas de contratación para supuestos similares para los que se recurre a una ETT, pues la facultad discrecional de la Administración que se habría limitado mediante el recurso a Bolsa no puede reaparecer ahora sin más acudiendo a una ETT. Habrá que ver también el alcance de las facultades de la negociación colectiva en la Administración Pública para restringir el posible recurso a las ETT a favor de la contratación directa.

Sin embargo, la Ley de reforma laboral no es consciente de todos estos problemas de alcance incluso constitucional. En todo caso «los criterios funcionales de aplicación en el ámbito de dichas Administraciones» de la contratación a través de ETT deberán negociarse en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas antes del 1 de abril de 2010 (disp. adic. cuarta LETT introducida por la Ley de reforma laboral).

Otra cuestión es que estas trabas, sin embargo, se burlaban en la práctica mediante el recurso a otra forma de externalización, la que se produce mediante las contratas y subcontratas con las llamadas empresas de servicios, que salvando su dudosa legalidad, no encuentran los límites legales mencionados, aunque en muchas ocasiones incurren en la cesión ilegal de mano de obra. Otras veces son las propias empresas adjudicatarias de contratos con las Administraciones Públicas las que en vez de utilizar su propia plantilla acuden a la utilización de ETT mediante contratos de puesta a disposición. Así ocurre muchas veces en contratos de consultoría y asistencia y de servicios que tengan por objeto actividades concertadas para la colaboración con la Administración. De este modo, además, se acaba trasladando la precariedad desde la Administración a los trabajadores de la empresa contratista al admitirse por la jurisprudencia la celebración por estas empresas de contratos de obra o servicio justificándose con la contrata que ha recibido de otra empresa, en este caso de la propia Administración Pública.

⁴⁸ GALA DURÁN. C., *op. cit.*, pág. 48.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la especial y peculiar relación laboral entre los **estibadores portuarios**, las empresas de estiba y desestiba y las Sociedades estatales, en tanto ETT «especiales», ha experimentado una profunda modificación tras los artículos 133 y siguientes de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, que modifica y añade un capítulo a la Ley 14/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general. Las Sociedades Estatales de estiba se suprimen y son sustituidas por Sociedades mercantiles privadas («Sociedades Anónimas para la gestión de los estibadores portuarios», SAGEP) cuyo régimen jurídico no es el de las ETT, sino el establecido en la propia Ley 33/2010.