

# LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

## La llamada *flexibilización*

del derecho del trabajo, tan comentada actualmente a raíz de su instalación en el Perú, tiene como origen toda una crisis del sistema económico que disminuyó dramáticamente la oferta de empleo. La necesidad de reconversión empresarial para afrontar la competencia de empresas más eficientes ha desencadenado en estas políticas que intentan justificarse también en el beneficio de la propia población desempleada a la que interesa la expansión del mercado de trabajo.

En el artículo que presentamos a continuación, su autor analiza el tema de la intermediación laboral a través de los llamados *servicios públicos de empleo* como medio social de combate del desempleo, es decir, como instrumento de un política de empleo.

Fernando Valdés Dal-Ré  
Catedrático de derecho del trabajo  
y de la seguridad social  
Universidad Complutense de Madrid.

## SUMARIO

### I. Introducción

II. Crisis y reforma de los servicios públicos de empleo I. Los servicios públicos de empleo en un modelo de intervención pública del mercado de trabajo 2. Crisis económica y servicios públicos de empleo: la alternativa neoliberal. 3. Crisis económica y servicios públicos de empleo: algunas líneas de reforma en el modelo social-demócrata.

III. El servicio público de empleo en España 4. Introducción 5. Mediación pública y contratación laboral 5.1. El carácter obligatorio de la contratación a través de los servicios públicos de empleo: formulación normativa y crisis 5.2. Los principios de organización de la actividad de colocación. A. La actuación de los servicios públicos en la contratación a. Su carácter facultativo como regla general b. Su carácter obligatorio como excepción B. Los deberes de registro y comunicación de las contrataciones 6. El fin del monopolio público en la actividad de colocación 6.1. Reconocimiento y crisis del sistema monopolista de empleo 6.2. Intervención pública e iniciativa privada en la actividad de colocación A. consideraciones generales B. La prohibición y sus fugas de las agencias de colocación con fines lucrativos C. El reconocimiento de las agencias de colocación sin fines lucrativos.

### I. INTRODUCCIÓN

1. Durante las décadas de los años 50 y 60, de desarrollo económico sostenido, los *servicios públicos de empleo* (SPE) apenas si fueron objeto de atención por parte de los poderes públicos, de los sindicatos y de las asociaciones empresariales. Por decirlo en palabras de Louis Levine en una publicación editada por la OCDE en 1969, las condiciones económicas favorables de las que gozaron los países occidentales —en ninguno de los cuales hubo tasas de paro inquietantes— desincentivaron el debate sobre el papel de los SPE, prestándose escaso interés a las funciones que los mismos podían asumir en su condición de agencias públicas encargadas de corregir los desequilibrios entre ofertas y demandas de empleo, así como de formular y ejecutar programas de empleo<sup>1</sup>. Pese a todo ello y, probablemente, en razón de ello, los SPE vinieron funcionando sin grandes sobresaltos, concentrando sus esfuerzos en controlar las prácticas de contratación abusivas y en ofrecer una información lo más transparente posible sobre el mercado de trabajo, fundamentalmente orientada a aquellos demandantes de empleo con dificultades de acceder a un puesto de trabajo estable.

1 Cf. Levine, L. "El servicio público de empleo en el marco de la política económica y social" París (OCDE) 1969, citado en OCDE. "Los servicios públicos de empleo" Madrid (Ed. MTSS) 1985, pág. 77.



## LABORAL

La aparición de la crisis económica, primero, y su instalación, más tarde, son los acontecimientos que marcan un giro en el tratamiento de los SPE a resultas de su "revalorización" por parte de los

poderes públicos y los agentes sociales, empeñados desde entonces en abrir y mantener vivo un debate sobre su real y efectiva contribución a fomentar empleo. Por este lado, sus funciones y su organización interna, sus procedimientos de actuación y los criterios de evaluación de su eficacia y eficiencia han ido experimentando sucesivas modificaciones al objeto de procurar su mejor adaptación a una nueva situación, caracterizada por unas altas tasas de paro.

Sin entrar por el momento a comentar ni los términos por los que ha discurrido y sigue discurrendo este debate ni sus consecuencias sobre el concreto funcionamiento de los SPE, la idea que siempre ha guiado la reflexión teórica y la ordenación práctica de los servicios públicos puede sintetizarse del modo siguiente: los SPE constituyen instrumentos —y no secundarios o de segunda mano— de las políticas de empleo.

La crisis económica ha supuesto para los SPE una crisis de identidad, que aún permanece irresuelta en numerosos países, incluida España; pero esta indiscutida premisa, ha fortalecido la importancia de los SPE dentro del capítulo de medidas de la política activa de mano de obra. Sin

caer en las soluciones simplistas que pretenden asignar a los SPE una función de recambio frente a las políticas macroeconómicas, destinadas a estimular la demanda agregada y a incrementar, por lo mismo, los niveles de empleo, la relevancia de los SPE se ha visto acrecida en razón no sólo de las dificultades de maniobrar en el frente de la política de empleo primaria sino, además, en atención a los profundos desequilibrios estructurales que padece el mercado de trabajo y que impiden una aceptable asignación de los recursos humanos a los requerimientos productivos, crecientemente sujetos a férreas y no siempre predecibles leyes de cambio y evolución. Por todo ello, no parece discutible que la actividad de colocación y sus actuaciones conexas, orientadas a facilitar la integración laboral del trabajador, a apoyar su movilidad funcional y geográfica, a explorar las necesidades del mercado de trabajo y a informar sobre los empleos disponibles, conforman un insustituible auxilio con vistas al logro del primer y básico de disminuir los niveles de paro. A un nivel más profundo de ideas, los SPE constituyen en la actualidad una herramienta imprescindible en la ordenación del mercado de trabajo y en la atribución a éste de unos principios de racionalidad, transparencia y flexibilidad. Como hiciera notar la OCDE en un estudio publicado en 1984, el SPE aparece como "instrumento central en la formulación y ejecución de programas de mano de obra", destinado a procurar la movilización de ésta, así como a corregir los desajustes entre oferta y demanda<sup>2</sup>.

2. Las anteriores consideraciones no pasan de ser una generalización; esto es, no dan cuenta de las transforma-

ciones que, a lo largo de los años 80, han estado experimentado los SPE en los diferentes países occidentales. En todos ellos, o tal vez en la mayoría, los SPE han desempeñado un papel central en las políticas de mano de obra ensayadas, con mayor o menor éxito, para combatir el paro. Pero por encima de este objetivo general, también son apreciables sin dificultad, importantes diferencias funcionales y organizativas, cuyo análisis permite descubrir cuáles han sido —y siguen siendo— los verdaderos términos del debate sobre el papel de los SPE y sus consecuencias en la puesta en práctica de concretas líneas de reforma.

El propósito de las reflexiones que a continuación siguen se centra, precisamente, en presentar en sus trazos más gruesos lo más destacado de ese debate y de sus resultados. A estos efectos, se examinará primeramente el tema apenas enunciado desde una perspectiva comparada para, inmediatamente después, proceder a un análisis desde la perspectiva española.

## II. CRISIS Y REFORMA

### DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO

#### *1. Los servicios públicos de empleo en un modelo de intervención pública del mercado de trabajo*

3. Con todas las matizaciones que se quiera efectuar, no me parece atrevido afirmar que el modelo de SPE que se ha ido

consolidando durante las décadas de los años 60 y 70 en los países occidentales de economía más avanzada refleja el triunfo o, si se prefiere, la definitiva consagración de la intervención pública en el mercado de trabajo, o mejor aún, intervención colectiva ya que comprende tanto al Estado como a los interlocutores sociales. Desde luego, esta concepción intervencionista admitiría grados o variaciones, pero en la inmensa mayoría de los países en los que conviene reparar, los SPE se fueron erigiendo durante esas décadas, no sin problemas, en instrumentos de actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo, sirviendo para poner en práctica variados planes tendientes a facilitar el ajuste entre ofertas y demandas de empleo. La gestión del empleo se convierte en un asunto de "prevención, de prevención de reducción de las disfunciones vinculadas a los mecanismos espontáneos del mercado de trabajo", que demanda medidas para completar o corregir los modos "privados" de administración de la mano de obra<sup>3</sup>.

En lo funcional, este modelo comportó la atribución a los SPE, al margen de su tradicional cometido de mediación informativa en el mercado de trabajo con vistas a facilitar la conclusión de contratos de trabajo, de nuevas funciones, vinculadas al desarrollo de políticas activas de mano de obra, tales como la orientación y reconversión profesionales, la prospección de empleos, la preparación, la eje-

*los SPE constituyen en la actualidad una herramienta imprescindible en la ordenación del mercado de trabajo y en la atribución a éste de unos principios de racionalidad, transparencia y flexibilidad*

2 Cf. OCDE, "Los servicios públicos de empleo", cit. pág. 11.

3 Cf. Merle, V., "Las instituciones públicas de intervención en el mercado de trabajo en Francia", en Maruani, M. Reynard, E., "Debates sobre el empleo, Francia y Alemania", Madrid (ED. MTSS) 1991, pág. 203.

cución y evaluación de programas especiales de empleo, el asesoramiento a las empresas en la planificación de recursos humanos y, en fin, la gestión de la movilidad extraempresarial. En el plano organizativo, de su lado, el modelo que estamos comentando ha tendido a dotar a los servicios de empleo de un estatuto jurídico de organismo público autónomo en el que participan, en situación de paridad con el Estado, las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales representativas. Todos ellos actúan al estilo de socios de una empresa común. La atribución de una amplia autonomía a los SPE, gestionados en régimen tripartito, se acompaña con una descentralización territorial y un tratamiento diversificado de los empleos en atención a circunstancias personales y territoriales pues, a la postre, se tiene una clara conciencia de que el mercado nacional de trabajo no es sino la suma o agregación de múltiples submercados, cada uno de los cuales cuenta con perfiles diferenciados y demanda, por lo mismo, actuaciones singularizadas.

La progresiva transformación de los servicios de empleo en agencias de empleo da cuenta de estos cambios en un orden general, al tiempo que la creación del *Instituto Federal de Empleo* en Alemania, de la *Agencia Nacional para el Empleo* en Francia, de la *Oficina Nacional de Empleo* en Bélgica, de la *Manpower Services Commission* inglesa o de los *Servicios de Empleo* en Holanda y Portugal traducen esas transformaciones funcionales y organizativas en un plano más concreto<sup>4</sup>.

Pues bien, el dato más relevante en el campo de las políticas de empleo aparecido durante la década de los años 80 consistirá en la aparición de un nuevo modelo de intervención pública en el mercado de trabajo distinto al descrito y que será calificado como la alternativa "neoliberal"<sup>5</sup>. Las experiencias de los EE.UU. y de Inglaterra ilustran esta alternativa.

## 2. Crisis económica y servicios públicos de empleo: la alternativa neoliberal

4. A lo largo de los años 70, los EE.UU. conocieron una fase de expansión de la actividad pública en el mercado de trabajo. *Comprehensive Employment and Training Act* de 1973. Al amparo de esta ley y durante esa época, se desarrollaron los servicios de colocación, orientación y formación profesional con participación sindical, se establecieron programas de asistencia a los trabajadores con especiales dificultades de encontrar empleo y se incentivaron las fórmulas de *job creation* a fin de aliviar el empleo juvenil, entre otras medidas. La llegada de Reagan a la presidencia introducirá un giro muy importante en las políticas instrumentales de mano de obra, que quedarán limitadas básicamente a favorecer la adecuación de la oferta de empleo a la demanda de trabajo a través de intervenciones en materia de formación profesional. Como declararía el informe del gobierno federal sobre el presupuesto para el año 1983, puesto que los empresarios "son más eficientes que la administración en la gestión de la formación profesional en atención a las exigencias reales del desarrollo económico" se ha optado por situar de manera resuelta la intervención pública al servicio de la iniciativa privada y, en gran medida, bajo la dirección de personali-

dades del mundo empresarial privado en un marco de descentralización de la toma de decisiones<sup>6</sup>.

Como consecuencia de esta nueva orientación, se su primarán los *Ceta Planning Council*, órganos con representación de la administración y de los sindicatos, estableciendo la *Job Training and Partnership Act* de 1982 los *Private Planning Council*, instituciones locales compuestas mayoritariamente por representantes de las empresas industriales<sup>7</sup>, coordinados a nivel estatal por el *State Job Training Coordination Council*. Promovidos por los *Private* y financiados con recursos públicos, se crean igualmente oficinas de colocación, gestionadas con criterios propios de la iniciativa privada y a las que se asigna el cometido de entrar en concurrencia con los *Employment Office* de carácter público<sup>8</sup>.

Los recursos económicos públicos quedarán concentrados, en suma, en la formación profesional, pero entendida no como instrumento de promoción del empleo de los sectores menos favorecidos de la población en paro sino como medio dirigido a la ocupación de los puestos de trabajo requeridos por el mercado y en cada momento disponibles. De ahí, la supresión tanto de las ayudas a quienes participan en cursos de acceso a una formación profesional (*classroom training*) como de las subvenciones a la formación en alternancia (*work-experience*), incentivándose en cambio las iniciativas de formación ocupacional gestionadas directamente por el empresario (*on the job training*)<sup>9</sup>.

La *Worker Readjustment Act* de 1987, no obstante, ha vuelto a atribuir a las organizaciones sindicales participación en los organismos encargados de ejecutar las políticas públicas de empleo. Esta misma ley, de otro lado, ha establecido en las empresas con censo superior a cien trabajadores el deber de comunicar a la administración competente con una antelación de sesenta días la decisión de proceder a un despido colectivo con vistas a facilitar la adopción de ciertas medidas, la principal de las cuales, importada por cierto de la legislación sueca, consiste en poner a disposición de los trabajadores afectados por la extinción de los contratos de trabajo un equipo de expertos cuyo cometido es elaborar un programa integrado de asistencia con fines de recolocación y que comprende información y orientación profesionales, cursos de recalificación ocupacional e incentivos económicos y sociales para la movilidad geográfica, entre otros aspectos.

5. A partir de la idea de que uno de los principales factores del desempleo era imputable a las rigideces en la gestión de la mano de obra impuestas por los sindicatos, durante los sucesivos gobiernos presididos por la señora Thatcher en el curso de años 80 se ha ido promulgando en el Reino Unido una serie de normas cuyo abierto designio no ha sido otro que el liberar la contratación de buena parte de las tradicionales reglas de administración negociada del mercado de trabajo. Simultáneamente, se fueron desmantelando las grandes instituciones de gestión paritaria del mercado de trabajo establecidas, no sin fatigas, a lo largo de las décadas anteriores<sup>10</sup>. En tal sentido, en el año 1981 se disuelven los *Industrial Training Boards*, creados en 1964 como organismos sectoriales paritarios encarga-

4 Vid., para un mayor detalle, AA.VV., "Istituzioni e politiche del lavoro nella Comunità Europea", Milán (Ed. Franco Angeli) 1981.

5 Cf. Ichini, P. - Violi, M., "L'alternativa neoliberalistica al modello socialdemocratico", en "L'Agenzia Regionale per l'impiego", a cura de F. Carinci, Nápoles (Jovene Ed.) 1991, pág. 116.

6 Citado por Ichino - Violi, "L'alternativa neoliberalistica..." cit., pág. 117, de quienes he obtenido la información básica sobre la evolución de la legislación norteamericana. Para un examen más amplio y detallado de los SPE en EE.UU., vid. también Janoski, T., "La economía política del desempleo", Madrid (Ed. MTSS) 1993, pág. 141 y ss.

7 Sobre la composición de estos Consejos, vid. Levitan, S. - Gallo, F., "A second Chance: Training for Jobs", Michigan (Ed. Upjohn) 1988, pág. 39.

8 Vid. Janoski, "La economía política..." cit. pág. 155 y ss.

9 Vid. Ichino - Violi "L'alternativa neoliberalistica..." cit. pág. 117 y ss; Janoski, "La economía política..." cit. pág. 195 y ss. y Levitan - Gallo "A second Chance..." cit., pág. 43 y ss.

10 Sobre la creación y evolución de las instituciones paritarias del mercado de trabajo, vid. Wedderburn, W., "The Worker and the Law" 3a. ed., Londres (Ed. Penguin Books) 1986, pág. 506 y ss.



dos de organizar la formación profesional y financiados en una cuota empresarial sobre masa salarial. Igualmente y en 1987, se sustrae a al *Manpower Services Commission* la función de actuar

como agencia pública de colocación confiándose esta actividad a estructuras administrativas alejadas del área de la participación institucional de los sindicatos. En 1988, la *Employment Act* convierte la *Manpower* en *Training Commission*, con competencias circunscritas a la formación profesional ocupacional. En 1989, en fin, se crean los *Training and Enterprise Council*, a los que se asigna la gestión de la formación profesional y que no adopten una estructura paritaria pues la mayoría de sus puestos quedan reservados a representantes de las empresas<sup>11</sup>.

**3. Crisis económica y servicios públicos de empleo: algunas líneas de reforma en el modelo social-demócrata**

6. La puesta en práctica y ulterior consolidación de políticas de claro signo neoliberal, unidas al espectacular incremento de las tasas de paro, ha colocado en un duro banco de pruebas los principios rectores y las reglas de funcionamiento de los sistemas de intervención pública del mercado de trabajo existentes en la mayoría de los países eurocontinentales e inspirados, más o menos explícitamente, en la idea de que corresponde a los poderes públicos la adopción de medidas de corrección o complemento a la pura gestión "privada" y espontánea del mercado de trabajo. El modelo social-demócrata de gestión de empleo se ha visto así "brutalmente" enfrentado al problema del paro<sup>12</sup>, experimentando un proceso de adaptación que no ha llevado aparejado consigo, incluso en los países en los que han gobernado partidos de derechas, una profunda o brusca ruptura de aquellos principios y reglas. Manifestaciones de esta acomodación o ajuste son, entre otras, las tendencias a: primar los programas de formación profesional organizados por las propias empresas y, por lo mismo, a desestimar tanto los de carácter *vocacional* como los ocupacionales, dirigidos a colectivos débiles; a recortar los costes de las prestaciones por desempleo; a afrontar el problema de los desempleados de larga duración con medidas personalizadas, en lugar de hacerlo con programas indiferenciados o, en fin, a sustraer de los SPE la gestión de las prestaciones y subsidios de desempleo. Como recientemente hizo notar el "Libro verde sobre la política social europea" (comunicación Flynn), "la mejora del funcionamiento de los servicios de empleo, incluida la posible modificación de su estatuto, con objeto de que presten

el mejor servicio posible a los desempleados y a los trabajadores amenazados de despido" es una de las cuestiones estratégicas de la política activa de mano de obra<sup>13</sup>.

Invariable permanecen, no obstante, los dos grandes ejes de la intervención pública en el mercado de trabajo a través de los SPE: de un lado, la consideración de éstos como pieza clave en el capítulo de las medidas de política activa de mano de obra; de otro, la indeclinable participación paritaria de los agentes sociales en la gestión o supervisión de dichos servicios. Es en este contexto en el que, en el ámbito de los países eurocontinentales, se sitúa el debate de los SPE y sus líneas de reforma, debate y reforma que no han seguido una sola dirección y que, por lo mismo, no se encuentran al abrigo de tendencias, propuestas o resultados contradictorios. Aludiré seguidamente a algunas de estas líneas de reforma.

7. En el debate sobre la reforma de los aspectos organizativos de los SPE, las técnicas de colocación han venido centrando la atención de poderes públicos y agentes sociales. Tradicionalmente, la principal -y, en muchas ocasiones, única- técnica utilizada por los SPE con vistas a promover encuentros contractuales ha consistido en la confrontación por parte de los funcionarios adscritos al servicio de los perfiles de los puestos de trabajo disponibles con la formación y calificaciones de los demandante de empleo inscritos en los respectivos registros y listas de colocación.

En principio, la operación de casar ofertas y demandas de empleo puede efectuarse atendiendo a un doble criterio: procurando encontrar la persona más apta para cada empleo disponible o intentando hallar el empleo más conveniente para cada demandante. En la situación de pleno empleo de los años anteriores a la crisis económica del 73, la tendencia fue la de cubrir las solicitudes de trabajo más que la de colocar a los demandantes. Pero esta técnica se ha demostrado insatisfactoria. Las elevadas tasas de desempleo, el rápido progreso tecnológico y la ausencia en los SPE de personal suficientemente cualificado en la valoración de los requerimientos productivos son las causas, entre otras de menor entidad, que han obligado a una revisión en profundidad de los procedimientos de colocación, que tienden a hacerse más flexibles y participativos y que introducen, ellos mismos, innovaciones tecnológicas.

En esta dirección se mueven las fórmulas de "autocolocación". Iniciadas en Suecia<sup>14</sup> y rápidamente extendidas en buena parte de los países desarrollados, la autocolocación no significa otra cosa que la facultad de los demandante de empleo de acceder de modo directo a las ofertas de trabajo recibidas por los SPE y, por lo tanto, el reconocimiento de su capacidad de enjuiciar si sus cali-

*La implantación de las fórmulas de autocolocación no ha suprimido las de colocación asistida. Estas últimas, sin embargo, han tendido a hacerse más personalizadas, lo que ha comportado una mayor dedicación por parte de los SPE a funciones de orientación profesional*

11 Vid. Ichino - Violi, "L'alternativa neoliberalista..." cit. pág. 119 y ss.  
 12 La expresión entrecorillada en Merle, "Las instituciones públicas de intervención..." cit. pág. 205.  
 13 Cf. "Libro verde sobre la política social europea. Opciones para la Unión. Comunicación del Sr. Flynn", Bruselas 1993, pág. 50.

14 Sobre la técnica de la autocolocación en general, iniciada realmente en EE.UU. a través de las fórmulas de los *Jobs Search Training Workshop* y de los *Jobclubs*, vid., en general, OCDE, "Los servicios públicos..." cit. pág. 24 y ss y, del mismo organismo y más recientemente, "Políticas de mercado de trabajo en los noventa" Madrid (Ed. MTSS) 1991, pág. 64 y ss.



ficaciones profesionales se adecuan o no a los empleos ofertados y la posibilidad de presentarse ante el empresario requeriente. Por este lado y al no precisar la actividad de colocación el apoyo de los SPE, la principal ventaja que reporta el sistema es la liberación de buena parte de los recursos humanos de los referidos servicios<sup>15</sup>, que pueden así dedicarse a tareas más vinculadas con las políticas activas de mano de obra, tales como las de procurar empleo a colectivos con especiales dificultades de inserción o reinserción en el mercado de trabajo, efectuar labores de prospección de empleo o asesorar a las empresas, básicamente a las de dimensiones pequeñas o medianas, sobre el modo de planificar sus necesidades de mano de obra.

La implantación de las fórmulas de autocolocación no ha suprimido las de colocación asistida. Estas últimas, sin embargo, han tendido a hacerse más personalizadas, lo que ha comportado una mayor dedicación por parte de los SPE a funciones de orientación profesional con objetivos tanto a corto plazo —ayudar al demandante de empleo a mejorar su técnica de búsqueda de empleo y sus calificaciones profesionales— como a medio o largo plazo, mediante la planificación de las profesiones con mayor demanda de futuro.

La conversión de los SPE en agencias de empleo, por otra parte, suele coronarse con la creación de "observatorios de empleo" cuya finalidad es seguir la evolución del mercado de trabajo no sólo y no tanto en un sentido estático cuanto en otro dinámico, detectando los sectores deficitarios de mano de obra, así como las necesidades de formación y efectuando prospecciones de empleo<sup>16</sup>.

Girando las reflexiones hacia otro orden de consideraciones, la aplicación de la informática a las necesidades de los SPE ha representado, de seguro, la más importante "revolución" habida en su organización y funcionamiento. Aun cuando la informática aplicada a la actividad de colocación resulta todavía una técnica en estado "embrionario" para la mayoría de los países, pues son pocos los que cuentan con un sistema nacional de colocación informatizado por el conjunto de las ofertas y demandas de empleo registradas<sup>17</sup>, sus beneficios para la organización de los SPE son evidentes: agiliza los encuentros contractuales, simplifica el trabajo burocrático, libera recursos humanos de tareas administrativas, mejora la información sobre las oportunidades de empleo y, en fin, rompe las fronteras locales o regionales del mercado de trabajo, entre otros.

En el actual debate sobre los SPE, un lugar destacado lo ocupa el examen de la eficacia de los propios servicios. La evaluación de los SPE ha venido efectuándose tradicionalmente a través del índice o tasa de penetración, que indica el número de colocaciones realizadas por las oficinas de empleo en relación con el número total de contrataciones. Esta valoración de índole puramente cuantitativa ofrece solamente, sin embargo, un juicio en bruto y poco matizado de la contribución de los SPE a la promoción y desarrollo de una política activa de empleo, máxime si se tiene en cuenta que es ésta una materia bastante refractaria a meras operaciones aritméticas. En otras palabras, cada colocación tiene un valor en sí misma considerada, sólo apreciable en toda su rica y compleja dimensión a través de elementos de índole cualitativa tales como la estabili-

*en el curso de los últimos años algunos países han puesto fin al régimen de exclusividad de colocación reconocido en favor de los SPE, sin que esta decisión haya llevado aparejada la privatización de las tareas de intermediación en el contrato de trabajo*

dad o inestabilidad del puesto de trabajo logrado, las dificultades de encontrar el demandante de empleo más apropiado a los perfiles profesionales de cada trabajo ofertado o, en fin, la duración de la búsqueda de la colocación adecuada. Aún reconociendo los problemas que plantea la puesta a punto de un sistema de evaluación cualitativa de los resultados de los SPE, son estimables los esfuerzos que en los últimos años se vienen realizando en algunos países en este terreno y que han permitido un más atinado juicio sobre la eficacia y la eficiencia del servicio.<sup>18</sup>

En el catálogo de las reformas introducidas en los SPE, no puede dejar de aludirse, para concluir, a la posición jurídica que los propios servicios han pasado a ocupar en relación con su función de mediador institucional en el mercado de trabajo.

Esta posición, en efecto, puede ser de monopolio o de concurrencia con otros servicios, organizados bien por la iniciativa privada, con carácter lucrativo o a título gratuito, bien por instituciones sociales. La mayoría de los países europeos ya habían ratificado el convenio 90 de la OIT en el momento de la aparición de la primera onda de la crisis económica, encontrándose ya prohibidas, por tanto, las oficinas privadas de colocación con fines lucrativos. La interdicción de las agencias privadas de colocación no ha solido ir acompañada, sin embargo, con la atribución a los SPE de un monopolio en la función de mediación en el mercado de trabajo, aceptándose el funcionamiento de oficinas de empleo sin fines lucrativos dependiente de las universidades, de instituciones benéficas, de organizaciones sindicales o de otras entidades públicas distintas del Estado o del poder central. Lo anterior señalado, lo que interesa ahora destacar es que en el curso de los últimos años algunos países han puesto fin al régimen de exclusividad de colocación reconocido en favor de los SPE, sin que esta decisión haya llevado aparejada la privatización de las tareas de intermediación en el contrato de trabajo. El ejemplo más significativo lo ofrece, a este respecto, Francia. La ordenanza 86/1286 de 20 de noviembre vino a modificar el artículo L-311.1 del *code du travail*, autorizando a los entes locales así como a organismos gestionados paritariamente entre sindicatos y asociaciones empresariales a desarrollar funciones de colocación, bajo la superior vigilancia de la *Agencia Nacional de Empleo*<sup>19</sup>.

Por lo demás y aun cuando no afecta directamente a la posición jurídica de los SPE, tampoco pueden dejar de mencionarse las reformas orientadas a suprimir o reducir algunos requisitos de la actividad de colocación por las

15 Sobre la tradicional escasez de recursos humanos en los SPE, vid. OCDE, "Políticas de mercado...", cit. pág. 58 y ss.

16 Sobre la función de observación en el mercado de trabajo y el papel de los "observatorios", vid. Varesi, P. A., "Regioni e mercato del lavoro" Milán (Ed. Franco Engel) 1986, pág. 149 y ss.

17 Entre los países cuyos SPE cuentan con sistemas informáticos avanzados, es oblicuada la cita de Japón, EE.UU. y Suecia. Vid. OCDE, "Perspectivas del empleo 1992", Madrid (Ed. MTSS) 1992, pág. 271 y ss.

18 Vid. OCDE, "Los servicios públicos..." cit., pág. 116 y ss.

19 Vid., por todos, Merle, "Las instituciones públicas..." cit. pág. 207 y ss.



oficinas públicas. En tal sentido, la ley francesa citada derogó la autorización previa, que habían de otorgar las oficinas públicas de empleo, para la contratación directa de los trabajadores por parte

de las empresas. Y en Italia, la compleja reforma sobre organización de la actividad de colocación emprendida por la ley de 28 de febrero de 1987 ha puesto fin al sistema de oferta numérica<sup>20</sup>.

### III. EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO EN ESPAÑA

#### 4. Introducción

8. La mediación del Estado en las contrataciones laborales en serie se ha ido ordenando en la práctica totalidad de los ordenamientos con arreglo a unos rasgos comunes muy genéricos, fenómeno éste debido en gran parte a la notable influencia ejercida por la normativa de la OIT, señaladamente por el convenio 88, cuyo artículo 1º obliga a los miembros de la citada organización que lo hubieren ratificado "a mantener o a garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo". La actividad de colocación en los términos descritos por este convenio, reafirmados por otro posterior<sup>21</sup>, ha estado presente, al menos en su formulación estrictamente nominal, a lo largo de la historia legislativa española más reciente. Siguiendo las orientaciones establecidas en las ya lejanas leyes de colocación de 1931<sup>22</sup> y de 1943, la *ley básica de empleo* de 1980 (LBE) establecerá en el artículo 40.1 que el Instituto Nacional de Empleo (INEM) "organizará la colocación de los trabajadores como un servicio nacional, público y gratuito".

Los principios de estabilidad, gratuidad y carácter público con que la LBE caracterizó la actividad de mediación en la contratación laboral no agotaron, sin embargo, el elenco de las notas con las que legalmente quedó definido el modelo español de colocación. A aquellos principios vinieron a adicionarse otros nuevos y distintos, cuya virtualidad conformadora sobre ese modelo resultaría más significativa, al menos en su enunciado puramente formal. Tanto el *estatuto de los trabajadores* (ET), en su versión de 1980, como la LBE consagraron (más bien, reafirmaron, aun cuando con poca convicción) el monopolio público de la colocación en el doble aspecto funcional y orgánico.

El real decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento a la ocupación (RDL), primero, y la ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento a la ocupación (LFO), derogatoria de la anterior, más tarde, han venido a modificar profundamente los principios informadores de la mediación pública en la contratación laboral, instituyendo un nuevo

modelo que, en esquemática síntesis, pone punto final al monopolio público de la colocación en sus dos vertientes. El propósito de las observaciones que a continuación siguen se centra, precisamente, en examinar los aspectos más sobresalientes de esta reforma tan sólo perfilada por aquellas normas así como por las restantes leyes constitutivas de lo que se ha venido en denominar "la reforma del marco institucional del mercado de trabajo"<sup>23</sup> en sus trazos más gruesos.

#### 5. Mediación pública y contratación laboral

##### 5.1 El carácter obligatorio de la contratación a través del servicio público de empleo: formulación normativa y crisis

9. Los artículos. 16.1 ET y 42.1 LBE, ambos en sus versiones de 1980, dispusieron que los empresarios "están obligados a solicitar de las oficinas de empleo los trabajadores que necesiten". De su lado, el artículo 42.2 LBE estipuló que "los trabajadores estarán obligados a inscribirse en las oficinas de empleo cuando hayan de solicitar ocupación". Este conjunto de preceptos enunciaba el carácter obligatorio para empresarios y trabajadores de recurrir a los servicios públicos de empleo (SPE) con la finalidad de ofertar los puestos de trabajo disponibles y

obtener trabajo, respectivamente. Las obligaciones definidas en los pasajes legales transcritos no hacían otra cosa que garantizar técnicamente el monopolio funcional de colocación reservado al Estado y que éste ejercitaba a través del INEM, al que —en razón de ello— se había conferido la facultad, entre otras que no hace al caso reseñar, de "ayudar a los trabajadores a encontrar

un empleo y a las empresas a contratar a los trabajadores apropiados a sus necesidades"<sup>24</sup>.

El carácter obligatorio y no meramente facultativo de la mediación pública en la contratación laboral vino experimentando, no obstante ello, una notable relajación en el terreno de su formulación normativa. La innovación más importante operada por el ET sobre la actividad de colocación, y que poco después ratificaría la LBE, consistió en flexibilizar la utilización de los SPE. Con anterioridad a la entrada en vigor de estos textos legislativos, los empresarios solamente podían acudir a los cauces extrainstitucionales de contratación (básicamente, la contratación directa) en aquellos casos en los que no hubiere trabajadores inscritos en las oficinas de empleo. El artículo 16.1 ET procedió a ampliar el catálogo de supuestos que facultaban a los oferentes de empleo a recurrir a dichos cauces, de modo que —a la postre— les bastaba manifestar que ninguno de los trabajadores inscritos poseía las calificaciones profesionales exigidas para cubrir los puestos de trabajo ofertados para lograr el lícito acceso a las vías "no oficiales" de colocación. Si a lo anterior se agrega que el real decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, dilató aún más los

*el principio de obligatoriedad de la contratación laboral a través de los SPE quedó privado de todo contenido sustantivo real*

20 Sobre la reforma de la colocación en Italia, vid., entre la amplia bibliografía, AA. VV., "Mercato del lavoro e politiche dell'impiego", Roma (Ed. Scientifiche Italiane) 1988 y "L'agenzia Regionale per l'impiego" cit.

21 Convenio 150 (1978). Ambos convenios han sido ratificados por España mediante instrumentos de fecha 14 de enero 1960 (BOE 11-1-1961) y 13 de febrero de 1982 (BOE 10-12-1983), respectivamente.

22 El propósito de la *ley de colocación obrera* de 1931 no fue, sin embargo, el intervenir en el empleo sino, más modestamente, procurar una mejor información sobre el

mercado de trabajo. Cf. Martín Valverde, A. "La formación del derecho del trabajo en España", en AA. VV. "La legislación social en la historia de España" (Congreso de los diputados) 1987, pág. XCII.

23 Vid. Matía Prim, J. "Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral" en "La reforma del mercado de trabajo", dirigido por F. Valdés, Valladolid (Lex-Nova) 1994, pág. 15 y ss.

24 Cf. párr. 2º, artículo 5 RDL 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la seguridad social, salud y empleo.

supuestos de uso legal de la contratación directa, extendiéndolo a los casos en los que las empresas llevasen a cabo convocatorias públicas para celebrar pruebas objetivas de acceso (artículo 7), así como que la modalidad dominante de oferta de empleo vino siendo la nominativa, no parece atrevido afirmar que el principio de obligatoriedad de la contratación laboral a través de los SPE quedó privado de todo contenido sustantivo real. Entre el carácter facultativo de la mediación pública enunciado por la ley de 1931 y el obligatorio proclamado por el ET y la LBE no había, en rigor, diferencias sustanciales sino meramente formales. En uno u otro caso, los empresarios dispusieron de la facultad de contratar la mano de obra necesaria para atender a sus necesidades productivas en los circuitos extrainstitucionales de colocación, revistiéndose la contratación así celebrada con la apariencia de una intervención pública.

No es cuestión ahora de entrar a reflexionar sobre el papel que el INEM ha venido cumpliendo en el desarrollo de las políticas activas de empleo. Baste con indicar que los reproches a su gestión han sido permanentes, habiéndose destacado una y otra vez su ineficacia. Como tuvo ocasión de hacer notar a poco de promulgarse el ET y la LBE, las oficinas de empleo no pasaban de desempeñar "funciones descarnadamente burocráticas, comportándose como simples lugares de concentración de demandas y ofertas de empleos, meros notarios de encuentros contractuales, la mayoría de ellos celebrados al margen de los circuitos oficiales y respecto de los cuales las oficinas se limitan a convalidarlos con fines estadísticos"<sup>25</sup>. Diez años después de formular juicio tan severo, este diagnóstico venía reconocido sin paliativos desde las propias instancias oficiales. "Hasta ahora —razonaba una publicación editada por el ministerio de trabajo— ha prevalecido la idea del servicio público de empleo como simple controlador del mercado de trabajo y no la de agente eficiente de calificación, orientación, formación, selección y colocación de los desempleados. Por esta razón, la relación del INEM con los ciudadanos ha sido fundamentalmente burocrática basada más en el cumplimiento de obligaciones y trámites que en las exigencias derivadas de la prestación del servicio mismo"<sup>26</sup>. Y es este mismo diagnóstico el que, de seguro, ha llevado al RDL a cancelar la obligatoriedad de la mediación pública en la colocación. O por decirlo en los términos de su exposición de motivos, a eliminar "inútiles cargas burocráticas que en nada mejoran su intermediación [la de los SPE] en el mercado de trabajo".

## **5.2 Los principios de organización de la actividad de colocación**

### **A. La actuación de los servicios públicos de empleo en la contratación**

#### **a. Su carácter facultativo como regla general**

10. Se acaba de señalar que el RDL ha puesto punto final al principio que durante más de cincuenta años ha venido gobernando la mediación pública en la contratación laboral; esto es, ha abolido el monopolio público de colocación en su vertiente funcional, transformando la naturaleza de dicha mediación que, de ser obligatoria, ha pasado a ser meramente facultativa. En verdad, ni el RDL, primero, ni la LFO, más tarde, han procedido a enunciar de manera expresa y directa el carácter facultativo de la intervención de los SPE en el mercado de trabajo. La consagración de este principio se ha llevado a cabo, no obstante, de modo indirecto a través de un doble procedimiento: de un lado, derogando los preceptos del ET (versión

*no se ha eliminado el deber de los trabajadores de inscribirse en las oficinas de empleo "cuando hayan de solicitar ocupación"*

1980) y de la LBE que establecían la obligación de los empresarios de solicitar a las oficinas de empleo los trabajadores que precisen (artículo 16.1 y 42.1, respectivamente); de otro, suprimiendo del catálogo de infracciones en materia de empleo la contratación directa de los trabajadores sin haber tramitado previamente la solicitud a dichas oficinas (artículo 27.1 ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones del orden social <LISOS>)<sup>27</sup>. A la plena libertad empresarial corresponde ahora, por tanto, decidir si la contratación de los trabajadores que necesita para atender a los requerimientos productivos se efectúa a través de los SPE o por otros conductos, que —como se tendrá ocasión de indicar más adelante— tampoco quedan circunscritos a la contratación directa.

Suprimida la obligación empresarial de utilizar obligadamente la mediación de los SPE en el momento de la contratación laboral, ni el RDL ni la LFO han eliminado el deber de los trabajadores de inscribirse en las oficinas de empleo "cuando hayan de solicitar ocupación" (artículo 42.2 LBE). Enjuiciada desde la perspectiva de la organización funcional de la actividad de colocación, la decisión del legislador nacional de mantener con carácter obligatorio la inscripción de los trabajadores que pretenden ser parte de un contrato de trabajo en los registros de las oficinas de empleo merece un comentario adicional.

11. En el régimen anterior, la imposición a los trabajadores del deber de inscribirse en los SPE no otra finalidad cumplía que la de asegurar técnicamente, desde el lado de la demanda de empleo, la consecución por otra parte del INEM de su función de mediador en el mercado de trabajo en régimen de monopolio. Desde el momento, sin embargo, que la nueva legislación ha abolido este monopolio, el objetivo básico asignado a aquel deber decae, suscitándose entonces el interrogante de discernir cuáles son los fines a los que esta obligación sirve, su razonabilidad y su eficacia práctica.

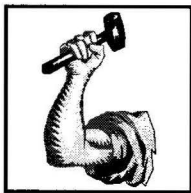
Antes de dar respuesta a las cuestiones apuntadas, conviene recordar que el deber de inscripción de los trabajadores en las listas del INEM no está condicionado a un estado de desempleo, voluntario o involuntario, de suerte que los sujetos obligados a su cumplimiento son los trabajadores que "hayan de solicitar ocupación", fórmula omnicompreensiva que engloba a quienes: 1) se encuentran en situación de desempleo económico, cualquiera que sea la causa: pérdida del empleo, abandono del último empleo, deseo de ingresar en el mercado de trabajo tras un período de ausencia o búsqueda del primer empleo; 2) aspiran a un cambio de empleo y 3) pretenden, finalmente, un segundo empleo. Ciertamente es que la inmensa mayoría de quienes acuden al servicio público de colocación arrastran una situación de desempleo. Y

25 Cf. Valdés Dal-Ré, F. "Servicios públicos de empleo y contratación laboral" en "Comentarios a las leyes laborales. Estatuto de los trabajadores", dirigido por E. Borrero, t. IV, Madrid (Edersa) 1983, pág. 266-267.

26 Cf. "La reforma de la política de empleo y de los servicios públicos de empleo en España" Madrid (Ed. MTSS) 1991, pág. 36.

27 Cf. apartados 1 y 2 de la disposición derogatoria única LFO.





no es menos cierto que la legislación de seguridad social condiciona los derechos a la percepción y conservación de las prestaciones desempleo a una serie de requisitos cuya instrumentación se efectúa en los SPE.

Ahora bien, el primer fenómeno obedece a la lógica de la propia función de colocación. A su vez, entre la recepción por los SPE de las demandas de empleo (inscripción de los trabajadores) y el deber de los desempleados de registrarse en las oficinas del INEM a los efectos de las prestaciones por desempleo no hay conexión teleológica o causal alguna. Ni el núcleo de los demandantes de empleo coincide con el de los perceptores de prestaciones por desempleo ni los fines perseguidos por ambas obligaciones son asimilables. En un caso, se trata de aproximar demanda y oferta de empleo (función de intermediación); en el otro, se pretende llevar a cabo un control administrativo, evitando o contribuyendo a evitar las situaciones de fraude.

Desde los anteriores desarrollos, es evidente que el mantenimiento de la vigencia del artículo 42.2 LBE no puede justificarse desde la óptica de la protección por desempleo, pues como ya se ha hecho notar el ámbito subjetivo del deber enunciado en ese precepto comprende a todos los trabajadores en búsqueda de empleo, al margen y con independencia de las situaciones jurídicas de las que puedan ser titulares en el sistema de seguridad social. Distinta es, por tanto,

la finalidad perseguida por el tan citado deber y que no es otra que la de permitir al INEM el más adecuado conocimiento de la estructura de la demanda de empleo con vistas a poder ejercer las funciones que el ordenamiento le encomienda en el terreno de las políticas activas de colocación<sup>28</sup>. Se trata, no obstante ello, de una obligación para cuyo cumplimiento los SPE carecen de todo aparato coercitivo. O por enunciar la idea con mayor rigor, disponen de dicho aparato en la medida en que el demandante de empleo sea simultáneamente perceptor de las prestaciones contributivas o asistenciales por desempleo. Formalmente dotado de autonomía y sustantividad propias, el deber enunciado en el artículo 42.2 LBE, al haber sido suprimida la obligación correlativa que pesaba sobre los oferentes de empleo, se encuentra privado materialmente de aquellos atributos; termina siendo un deber que se confunde con el que se impone a los perceptores de aquellas prestaciones de inscribirse en las oficinas de empleo<sup>29</sup>.

#### **b) Su carácter obligatorio como excepción**

12. Los primeros comentaristas del RDL hicieron notar que la abolición del monopolio público de la colocación en su vertiente funcional, al margen de no comportar, como no podía ser de otro modo habida cuenta los compromisos contraídos por el Estado al ratificar el convenio 88 de la OIT, la supresión de los SPE, cuya actuación prestacional pasaba a ser potestativa para los trabajadores y empresarios que desearan acogerse a las funciones de intermediación pública en el mercado de

trabajo, obra que llevarán aparejadas la obligatoriedad de acudir a los citados servicios a los efectos de celebrar contratos en el marco de programas de fomento de empleo<sup>30</sup>. En el modelo de colocación diseñado por el RDL, el carácter facultativo de la intervención mediadora de los SPE queda configurado, por tanto, como una regla o principio general susceptible de ser derogado en aras del interés público. La idea se encontraba implícitamente expuesta en la exposición de motivos de esa norma, al confesar que uno de sus objetivos era "mejorar los servicios públicos de empleo" a fin de "orientar su actividad hacia los colectivos que realmente necesiten su intervención para garantizar la igualdad de oportunidades en el derecho de acceso al trabajo" (punto 2.a).

Desarrollando estos criterios, la LFO establece los supuestos en los que la contratación ha de efectuarse obligadamente con el concurso de los SPE y que no son otros que los relacionados con los programas anuales de fomento del empleo. Conforme a lo que dispuso la disposición adicional 6ª de la citada ley para el año 1994 –y más tarde reiteró el artículo 44 de la ley 42/1994 del 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, con vigencia para el año

1995–, los empresarios que deseen celebrar contratos temporales con trabajadores mayores de cuarenta y cinco años, minusválidos o perceptores de las prestaciones por desempleo que lleven inscritos como parados al menos un año habrán de recurrir "a la correspondiente oficina

de empleo". Esta previsión plantea algunos problemas en los que vale la pena detenerse.

Por lo pronto, la obligación de los empresarios de recurrir a la previa mediación pública en los supuestos legalmente establecidos no tolera excepción alguna, ya que constituye un requisito cuya observancia condiciona la validez jurídica tanto de la naturaleza temporal del contrato como del derecho a la obtención, en los casos que proceda, de los beneficios de reducción de cuotas empresariales al seguro social por contingencias comunes. El carácter obligatorio de la mediación pública regirá, por consiguiente: 1) aun cuando no exista oficina de empleo en la localidad donde radique el centro de trabajo o el domicilio social del empresario que desee acogerse al programa que pretendan concertar una relación laboral no común o especial<sup>31</sup>. En segundo lugar, las normas no explicitan el lugar en que los empresarios han de hacer pasar sus ofertas de empleo, limitándose a señalar que lo harán "en la correspondiente oficina de empleo". En ausencia de previsión, corresponde a la discrecionalidad de los solicitantes de empleo elegir la oficina de colocación que deba tramitar sus demandas de mano de obra la cual pue-

*los supuestos en los que la contratación ha de efectuarse obligadamente con el concurso de los SPE y que no son otros que los relacionados con los programas anuales de fomento del empleo*

28 Vid. artículo 38 LBE.

29 Vid. artículo 7.1 ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

30 Cf. Casas Baamonde, M.-C. - Palomeque López, M.-C. «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo» RT 1994, núm. 5-6, pág. 26.

31 Vid. artículo 42.5 LBE.

de radicar en la localidad en la que haya de ejecutarse la futura prestación laboral o en localidad distinta. Finalmente, el ofrecimiento de empleo podrá efectuarse a través de dos fórmulas: la nominativa y la genérica. La primera contiene el nombre del trabajador inscrito en las listas y registros de colocación con el que se desea contratar; la genérica sólo contiene indicación del perfil profesional del puesto de trabajo que se tiene intención de cubrir, correspondiendo a las oficinas de empleo la nominación, entre los trabajadores inscritos, de los que pueden acceder a los empleos ofertados<sup>32</sup>.

### **B. Los deberes de registro y comunicación de las contrataciones**

13. Para completar el examen del nuevo régimen jurídico relativo al ingreso al trabajo, es preciso analizar todavía una serie de obligaciones cuyo cumplimiento corresponde al empresario y que resultan ajenas a la actividad de colocación propiamente dicha. Tales obligaciones, formuladas con carácter alternativo, son el registro en las oficinas de empleo de los contratos que deban celebrarse por escrito o la comunicación de las contrataciones efectuadas, "aunque no exista obligación legal de formalizarlas por escrito" (artículo 1.1 LFO y 16.1 ET, versión 1995).

El hoy derogado artículo 16.3 ET preveía que "el contrato de trabajo se registrará por la oficina de empleo que corresponda". Pese a la equívocidad de sus términos, que sugería la errada idea de que todo contrato había de registrarse en los SPE, la obligación de registrar los contratos en las oficinas de colocación no alcanzaba a los contratos verbales o, lo que es igual, tan sólo afectaba en el régimen anterior a los contratos por escrito. No obstante ello, esta inicial relación de correspondencia entre registro de los contratos y documentación escrita de los mismos fue matizada por el también hoy derogado artículo 42.1 LBE, conforme al cual la obligación de registrar los contratos no procedía de su forma escrita sino del mandato de una disposición que la estableciera específicamente para aquellos contratos que debieran documentarse por escrito.

Superando la falta de rigor del artículo 16.3 ET y modificando el criterio final establecido por el artículo 42.1 LBE, el deber de registro de los contratos enunciado por el artículo 1.1 LFO y ya recogido por el texto refundido del ET alcanza tan sólo a aquellos contratos que deban ser formalizados por escrito por mandato legal<sup>33</sup>. Es la ley, y no la negociación colectiva o la voluntad de las partes (artículo 8.3 ET), "el origen o fuente de la exigencia registral"<sup>34</sup>. Para todos los demás contratos para los que no rija la obligación legal de documentarlos por escrito, el deber que se impone a los empresarios es el de su mera comunicación a las oficinas de empleo.

Registro y comunicación cumplen una misma función, que no es sino la de suministrar información y conocimiento sobre el mercado de trabajo. Su omisión no tiene trascendencia en el plano contractual interprivado, esto es, no afecta a la naturaleza y eficacia del contrato celebrado ni determina su nulidad, aun cuando sí pueda

*Registro y comunicación cumplen una misma función, que no es sino la de suministrar información y conocimiento sobre el mercado de trabajo. Su omisión no tiene trascendencia en el plano contractual interprivado, esto es, no afecta a la naturaleza y eficacia del contrato celebrado ni determina su nulidad, aun cuando sí pueda originar responsabilidades para el empresario infractor en vía administrativa*

originar responsabilidades para el empresario infractor en vía administrativa.<sup>35</sup> Se trata, no obstante, de una regla general que cede respecto de los contratos "bonificados", en cuyo caso la inobservancia de la exigencia registral priva al contrato celebrado de esa condición y, por lo mismo, impide al empresario disfrutar de los beneficios fiscales o de seguridad social establecidos.

El plazo para el cumplimiento de ambos deberes es también común: diez días a partir de la "concertación" del contrato. Se trata de días hábiles, cuyo *diez a quo* coincide con el inicio de la relación laboral, salvo que su formalización escrita sea anterior al comienzo de la prestación de servicios, en cuyo caso el plazo correrá a partir de la celebración del propio contrato<sup>36</sup>.

## **6. El fin del monopolio público en la actividad de colocación**

### **6.1. Reconocimiento y crisis del sistema monopolista de empleo**

14. En la organización de la actividad de colocación en España, el principio de exclusividad cuenta con un dilatado arraigo histórico. Desde que la *ley de colocación obrera* ordenara la supresión de las agencias de colocación de pago, el desempeño de la función de puesta en contacto de empresarios y trabajadores con vistas a la celebración de futuros contratos de trabajo ha sido atribuida al Estado en régimen de monopolio, que ha venido ejerciéndola durante el período constitucional a través del INEM, organismo autónomo dotado de personalidad jurídica y dependiente del *Ministerio de trabajo y seguridad social*.

El sistema de monopolio público en el empleo vino asegurándose técnicamente a través de la interdicción de las agencias privadas de colocación "de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo". Tales eran los términos con los que se pronunciaba el artículo 16.2 ET, versión 1980, y que reiteraría en su más estricta literalidad el artículo 40.2 LBE. Qué había de entenderse por agencia privada de colocación resultaba interrogante que, en principio, había de responderse con el auxilio de la normativa internacional, señaladamente la contenida en el convenio 96 de la OIT, ratificado por España<sup>37</sup>. De conformidad con el artículo

32 Sobre el alcance de las ofertas genérica y numérica, vid. más ampliamente, Valdés Dal-Ré, "Servicios públicos de empleo..." cit. pág. 231 y ss. No obstante lo señalado en el texto, la LFO impuso la oferta genérica para los desempleados, requisito éste que fue suprimido por la ley 44/1994.

33 Vid. artículo 8.2 ET. También han de celebrarse por escrito los contratos temporales acogidos al programa de fomento de empleo (Disp. adic. 6ª LFO).

34 Cf. Casas Baamonde - Palomeque López "La ruptura del monopolio..." pág. 23.

35 Vid. artículo 26.1 y 4 de la ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social que califican los incumplimientos a los deberes de comunicación y registro como =====

36 Vid. Casas Baamonde - Palomeque López, "La ruptura..." cit., pág. 14.

37 El convenio 96, adoptado en 1949, revisa otro anterior, el 34, de 1933. Aquél fue ratificado por España mediante instrumento de fecha 29 de abril de 1971 (BOE 23-5-1972).





1º de este convenio, entra en la noción de agencia privada de colocación cualquier persona, física o jurídica, "que sirva de intermediario para procurar empleo a un trabajador, o un intermediario para

procurar empleo a un trabajador, o un trabajador a un empleador". Esta definición, sin embargo, tan sólo ofreció una primera aproximación al contenido de la interdicción enunciada en los artículos. 16.2 ET y 40.2 LBE y, por lo tanto, al alcance del principio de exclusividad de la mediación pública en las contrataciones laborales.

Por lo pronto, conviene señalar que los mencionados preceptos dejaron fuera del comercio la intermediación privada sin ulterior especificación. Lo que se prohibió, declarándose ilícito, no fue la intermediación lucrativa sino más exactamente la mediación pura y simple, sea a título oneroso, sea a títulos gratuito, pues el ordenamiento reservaba al Estado en régimen de monopolio la actividad de facilitar la aproximación de sujetos con vistas a la conclusión de contratos de trabajo. En segundo lugar, la interdicción tenía un carácter omnicompreensivo, abarcando todo tipo de agencias, sea cual fuere la clase y ámbito funcional de actuación y siempre que tuviere por objeto la contratación laboral.

15. Este régimen jurídico, destinado a preservar y a asegurar el principio de exclusividad del INEM en las tareas de mediación en el ámbito laboral, vino experimentando, sin embargo, importantes fugas y desviaciones a través de dos cauces: los gabinetes de selección y las *empresas de trabajo temporal* (ETT).

a) Los artículos. 16.2 ET (versión 1980) y 40.2 LBE, tras dejar fuera del comercio a las empresas privadas de colocación, dispusieron que "las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores deberán hacer constar en sus anuncios el número de demanda en la oficina de empleo y la identificación de ésta". Como tuve ocasión de hacer notar en otro lugar, el primer aspecto que llama la atención de estos pasajes fue el procedimiento, ciertamente extravagante, del que se sirvió el legislador para legalizar unas instituciones que hasta entonces carecían de claro acomodo normativo. Los gabinetes de selección fueron reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico a través de un enunciado puramente adjetivo, en lugar de mediante una formulación sustantiva y directa<sup>38</sup>. Pero el principal problema que de inmediato se suscitó fue el de discernir si semejante reconocimiento constituía o no una relajación de la regla prohibitiva de la existencia de agencias privadas de colocación o, por mejor decirlo, del monopolio público en la intermediación en el mercado de trabajo, establecida con designio de generalidad absoluta. Una respuesta negativa fue defendida por un destacado sector de la doctrina científica, argumentando que tales empresas, al limitar su actividad a una información relativa a las aptitudes y características de los candidatos que se hayan

presentado para la cobertura de un puesto de trabajo concreto, no ejercen funciones de reclutamiento o alistamiento de trabajadores<sup>39</sup>. Aun siendo cierto que formalmente las empresas de las que nos ocupamos no invaden el terreno de la mediación reservada al SPE, no puede desconocerse, situando la reflexión en una perspectiva material, que el proceso de selección no se circunscribe siempre a la verificación de las aptitudes profesionales de los candidatos; antes al contrario, las más de las veces comprende la previa recepción de ofertas de empleo y la captación, por ellas mismas, de demandante de empleo, operaciones preliminares éstas de carácter informativo que no otra cosa hacen que auxiliar a los trabajadores a encontrar empleo y a los empresarios a contratar los trabajadores apropiados a sus necesidades. Y a la postre, así es como define el artículo 43.b LBE la función de mediación pública en las contrataciones laborales encomendadas al INEM.

b) Es sobradamente conocido el amplio debate que desde hace algunas décadas viene planteándose en derredor de las ETT, entendidas en su acepción más tradicional como aquellas empresas que dedican su actividad a la puesta a disposición de otras empresas, a título provisional y transitorio, de trabajadores a los que previamente se les ha contratado para esa finalidad ha incorporado a su plantilla. Sin entrar a discutir sobre los términos de este debate<sup>40</sup>, baste recordar, a los efectos que aquí interesan, que en el ordenamiento español las ETT quedaron proscritas, circunstancia ésta que no impidió el que, bajo una u otra apariencia jurídica e incluso aflorando a veces con su propia denominación, tales empresas constituyeran una realidad en auge, habiéndose beneficiado, de un lado, de una situación de tolerancia y permisividad administrativas y, de otro, de la cada vez más difusa frontera legal que marca la línea de separación entre la lícita actividad en que consiste el contrato de empresa y la ilegal cesión de mano de obra. Desde luego, la prohibición de las ETT no trajo causa en la regla contenida en el artículo 16.2 ET sino en la establecida en el artículo 43.1 de ese mismo texto legislativo. No obstante ser ello exacto, no es posible ignorar los importantes puntos de conexión entre la actividad de trabajo temporal y las agencias privadas de colocación. En las experiencias tanto comparada como nacional, la demanda de trabajadores a través de las ETT no persigue solamente lograr un alto nivel de flexibilidad en la gestión de la mano de obra; el trabajo "temporero" se emplea crecientemente para lograr la descentralización de algunas de las funciones típicas de la política de personal en las empresas, tales como la selección, el objeto de la actividad empresarial de trabajo temporal no es otro que el facilitar a la empresa usuaria un trabajador dotado de ciertos perfiles profesionales, actividad que precisa una previa información sobre el mercado de trabajo y sobre las calificaciones de los demandante de empleo<sup>41</sup>.

*el trabajo "temporero" se emplea crecientemente para lograr la descentralización de algunas de las funciones típicas de la política de personal en las empresas*

38 Cf. Valdés Dal-Ré, "Servicios públicos de empleo..." cit. pág. 263.

39 Vid. Martín Valverde, A.- Rodríguez Sañudo, F. - García Murcia, J. "Derecho del trabajo" Madrid (Tecnos) 1991, pág. 150.

40 Me permito remitir a mi estudio "Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio" RL 1993, núm. 7, pág. 1 y ss.

Vid. también AA.VV. "Las empresas de trabajo temporal" Valladolid (Lex-Nova) 1993, y para un mayor conocimiento de los términos de este largo y amplio debate, Rodríguez-Piñero Royo, M. "Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal" Madrid (MTSS) 1992.

41 Vid. Roman De La Torre, M. D. "La situación jurídica-laboral de las empresas de trabajo temporal" RL 1991-II, pág. 435 y ss.

## 6.2 Intervención pública e iniciativa privada en la actividad de colocación

### A. Consideraciones generales

16. El RDL, primero, y la LFO, más tarde, han puesto formalmente punto final al sistema de mediación en el mercado de trabajo en régimen de monopolio reservado al Estado. La cancelación de este monopolio se ha instrumentado a través de una doble serie de previsiones, enlazadas entre sí. Por la primera, de tipo negativo, se ha procedido a la derogación de la regla prohibitiva de la existencia de agencias privadas de colocación "de cualquier clase y ámbito funcional"; esto es, se han derogado los artículos 16.2 ET y 40.2 LBE. Mediante la segunda serie de previsiones, de carácter positivo, se ha procedido, de un lado, al reconocimiento de las "agencias de colocación sin fines lucrativos" y, de otro, a la legalización de las ETT<sup>42</sup>. Con este importante conjunto de prescripciones, la colocación deja de ser una actividad ejercitable exclusivamente por el Estado: un servicio prestado a trabajadores y empresarios en régimen monopolista y se organiza a través de un modelo distinto, tan sólo perfilado en sus trazos más gruesos y rudimentarios, en el que pueden concurrir, además del Estado, otros intermediarios, público o privados.

El fin del monopolio público en la mediación en contrataciones laborales ha alterado, desde luego, los tradicionales principios de ordenación orgánica de la actividad de colocación. Pero ésta sigue siendo "un interés público", públicamente tutelado bien que con arreglo a criterios diferentes a los hasta el presente vigentes<sup>43</sup>. La actuación de entidades de intermediación en el mercado de trabajo no es libre; antes al contrario, ha quedado sujeta a una concreta modalidad de intervencionismo público, cual es la técnica autorizatoria.

La implantación de un sistema de colocación de naturaleza concurrencial, en el que SPE comparte la función mediadora con agencias de colocación sin fines lucrativos, no suscita problemas de legalidad constitucional. En ningún pasaje de la CE se configura la colocación como actividad reservada al Estado, no siendo dudoso que el mandato a los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1 CE) es compatible con una pluralidad de modelos de intermediación en el mercado de trabajo, entre ellos tanto el anterior derogado como el nuevo instituido. Por otra parte, tampoco la legislación de reciente aprobación violenta los compromisos adquiridos por el Estado al ratificar los convenios de la OIT 88 y 96. Este primero obliga a los Estados, como ya se ha señalado, "a mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo" (artículo 1.1). Este otro, de su lado, no ordena la supresión de lo que denomina "agencias retribuidas de colocación", en su doble modalidad de con fines lucrativos y sin fines lucrativo; lo que hace es permitir a los Estados que opten entre la reglamentación de las restantes o la reglamentación de todas ellas, "comprendidas las agencias de colocación con fines lucrativos" (artículo 2.1). Al ratificar este convenio, España optó por la primera alternativa, manifestando que aceptaba las disposiciones de la parte II.

### B. La prohibición y sus fugas de las agencias de colocación con fines lucrativos

17. Adaptándose a lo establecido en estas normas internacionales, el artículo 1.2 LFO formuló, en términos que ahora reproduce el artículo 16.2 ET, versión 1995, un doble enunciado normativo: prohibitivo el uno y

*La implantación de un sistema de colocación de naturaleza concurrencial, en el que SPE comparte la función mediadora con agencias de colocación sin fines lucrativos, no suscita problemas de legalidad constitucional*

autorizatorio el otro. Centrando por el momento la atención en ese primero, los citados pasajes legales prohíben "la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos", proscripción ésta que ha entenderse absoluta: cualquiera que sea el ámbito funcional de actuación. Pero como antes ocurriera con la prohibición enunciada en el artículo 16.2 ET, versión 1980, también en la establecida en el primer inciso del artículo 1.2 LFO, y con más vigor que antes, operan idénticas desviaciones o fugas representadas por los gabinetes de selección y las ETT, ahora ya legalizadas.

La aproximación funcional de los gabinetes de selección al área de las instituciones que facilitan la aproximación entre oferentes y demandantes de empleo está reclamando del poder público una atención mayor de la hasta el presente prestada. Despachar la regulación de los mencionados gabinetes del modo como se está efectuando es, por decir lo menos, una ligereza. La creación de un registro de empresas dedicadas a la selección y el control de su actuación vienen constituyendo elementales medidas de ordenación, exigibles desde los principios que informan la actividad de colocación.

### C. El reconocimiento de las agencias de colocación sin fines lucrativos

18. El segundo enunciado comprendido en el artículo 1.2 LFO (actualmente, artículo 16.2 ET, versión 1995), es el que remueve, al menos parcialmente, el monopolio público de la colocación. "El servicio público de empleo -reza aquel precepto y reza este otro- podrá autorizar [...] la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos [...]". Dotado el reconocimiento legal de este tipo de agencias de una notable imprecisión e insuficiencia<sup>44</sup>, aludiré seguidamente a los aspectos más sobresalientes del régimen de la participación de otras entidades distintas al SPE en la actividad de colocación.

Qué deba entenderse por agencia de colocación sin fines lucrativos, es interrogante que aun cuando ni el ET ni su reglamento resuelven puede quedar razonablemente despejado con el auxilio que brindan las normas internacionales. En tal sentido, el artículo 1.2 del convenio 96 de la OIT entiende por tal los servicios de colocación "de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera". Este precepto ofrece algunas pistas importante para la inteligencia del nuevo régimen de colocación.

42 Vid. Pérez-Espinoza Sánchez, f. "Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra" en "La reforma del mercado de trabajo", dirigida por F. Valdés, cit. pág. 99 y ss.

43 Cf. Casas Baamonde - Palomeque López "La ruptura monopolio..." cit., pág. 11.

44 Las previsiones legales han sido objeto de desarrollo reglamentario por el RD 735/1995, de 5-5, por el que se regulan las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.



## LABORAL

Lo primero que conviene señalar es que la línea que traza la divisoria entre las agencias de colocación prohibidas y permitidas bajo reserva de autorización administrativa no es el carácter retribuido de las primeras y el gratuito de las segundas.

Unas y otras son, en la terminología del convenio 96 y que es dable extender sin violencia interpretativa alguna al ordenamiento español, agencias retribuidas. La diferencia entre una y otra reside en la finalidad perseguida con la actividad de colocación. Si el ejercicio de la intermediación en el mercado de trabajo busca un rendimiento económico, un "beneficio material", nos encontramos en el área de la prohibición; en caso contrario, estamos en el área de la permisión.

En segundo lugar, las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos pueden tener una naturaleza tanto privada como pública. Ni el artículo 1.2 del convenio 96 de la OIT ni el artículo 16.2 ET formulan limitaciones basadas en la personalidad jurídico-privada o jurídico-pública de la agencia. Todavía más, aquel primer precepto admite

tribución superior a la tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad, habida cuenta estrictamente de los gastos ocasionados" (apartado b). La nueva legislación española sobre la materia recoge ambos requisitos.

a) Por lo pronto, el reconocimiento y actuación de la agencia de colocación sin fin lucrativo adviene en régimen de autorización administrativa. En concreto, el artículo 16.2 ET, versión 1995, atribuye al servicio público de empleo conceder la autorización, "en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del consejo general del INEM". De su lado, el RD 735/1995 ha procedido a desarrollar el régimen autorizatorio, cuyos aspectos más significativos son los siguientes: a) la autorización tiene carácter discrecional, bien que existen ciertos elementos reglados; b) el convenio de colaboración que ha de celebrar entre la agencia de colocación y el servicio público de empleo es requisito obligado del procedimiento autorizatorio. De las dos posibles maneras de vincular la autorización y el convenio de colaboración (o bien el convenio se erige en acto previo y vinculante del procedi-

*la línea que traza la divisoria entre las agencias de colocación prohibidas y permitidas bajo reserva de autorización administrativa no es el carácter retribuido de las primeras y el gratuito de las segundas. Unas y otras son, en la terminología del convenio 96 y que es dable extender sin violencia interpretativa alguna al ordenamiento español, agencias retribuidas. La diferencia entre una y otra reside en la finalidad perseguida con la actividad de colocación*

expresamente unas y otras, utilizando un enunciado resueltamente abierto: "sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones". Las posibilidades legalmente abiertas son, por consiguiente, múltiples. Así lo ha entendido con toda corrección, por lo demás, la norma de desarrollo reglamentario, que permite adquirir la condición de agencias privadas de colocación sin fines lucrativos "a todas las personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza" (artículo 1º).

La actividad de estas agencias es la colocación ("servicios de colocación", reza el convenio 96 OIT), función ésta que comprende el conjunto de acciones enderezadas a procurar un empleo a los trabajadores así como a facilitar a los empresarios la mano de obra necesaria para el normal desarrollo de sus actividades productivas<sup>45</sup>. Dentro de estas funciones, habrán de entenderse comprendidas, normalmente, funciones informativas, de prospección del mercado de trabajo, de captación de ofertas y demandas de empleo, de selección y ajuste de unas y otras y, eventualmente, formativas.

19. Dos son las condiciones básicas que el artículo 6º del convenio 96 OIT establece para la actuación de las agencias de colocación sin fines lucrativos. De un lado, deberán poseer "una autorización de la autoridad competente", debiendo estar sujetas "a la vigilancia de dicha autoridad" (apartado a); de otro, "no podrán percibir una re-

tribución superior a la tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad, habida cuenta estrictamente de los gastos ocasionados" (apartado b). La nueva legislación española sobre la materia recoge ambos requisitos.

a) Por lo pronto, el reconocimiento y actuación de la agencia de colocación sin fin lucrativo adviene en régimen de autorización administrativa. En concreto, el artículo 16.2 ET, versión 1995, atribuye al servicio público de empleo conceder la autorización, "en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del consejo general del INEM". De su lado, el RD 735/1995 ha procedido a desarrollar el régimen autorizatorio, cuyos aspectos más significativos son los siguientes: a) la autorización tiene carácter discrecional, bien que existen ciertos elementos reglados; b) el convenio de colaboración que ha de celebrar entre la agencia de colocación y el servicio público de empleo es requisito obligado del procedimiento autorizatorio. De las dos posibles maneras de vincular la autorización y el convenio de colaboración (o bien el convenio se erige en acto previo y vinculante del procedi-

miento administrativo, o bien concluye el procedimiento iniciado mediante la solicitud de autorización), el reglamento ha optado por ésta última. c) en todo caso, es al convenio de colaboración, que puede celebrarse tanto con otra administración como con entidades privadas, al que corresponde definir las condiciones del ejercicio de la actividad autorizada: derechos y deberes de la agencia de colocación, en relación tanto con el SPE como con los usuarios, durante y régimen de extinción de la propia autorización y d) la autorización inicial se concede por un año, a partir de la firma del convenio de colaboración, pudiendo ser prorrogada por un año. Al término del segundo año, la autorización puede convertirse en indefinida. En definitiva, la autorización administrativa desarrolla un triple contenido y función<sup>46</sup>: fundacional, pues tiene carácter constitutivo ya que de ella deriva la existencia de la agencia de colocación; de funcionamiento, ya que define el ámbito y las condiciones en las que se ejerce la actividad de colocación en el marco del convenio de colaboración y de control, pues la autorización, en sí misma, es una técnica de control preventivo que reserva al SPE poderes de intervención y revocación.

45 Vid. artículos. 38.a LBE y 6.a y 1.1 de los convenios 88 y 99 de la OIT, respectivamente. También artículo 1º del RD 735/1995, de 5-5.

46 Nuevamente, Casas Baamonde- Palomeque López, "La ruptura..." cit. pág. 21.

b) Además de sujetar el reconocimiento y la actuación de las agencias de colocación sin fines lucrativos a régimen de autorización administrativa, el artículo 16.2 ET también incluye en su articulado el requisito, ya citado, al que se refiere el artículo 6.b del convenio 96 de la OIT. Con arreglo a lo dispuesto en ese precepto, condición para el otorgamiento de la autorización administrativa es que la entidad que pretenda mediar en el mercado de trabajo, aproximando ofertas y demandas de empleo con vistas a la conclusión de contratos de trabajo, no reciba otra remuneración de sus usuarios que la derivada “de los gastos ocasionados por los servicios prestados”. Cuál sea el contenido de estos gastos, es interrogante que ni la ley ni su reglamento de desarrollo despejan. En todo caso, e integrando esta laguna legal con las previsiones contenidas en las normas internacionales, dos son las posibilidades que se abren: o bien la norma de desarrollo reglamentario fija un sistema de tarifas máximas a percibir, variable en función de las características del encuentro contractual propiciado, pero uniforme para todas las agencias de colocación cuyo reconocimiento y actividad se autorice o bien los criterios de remuneración quedan determinados en cada uno de los convenios de colaboración celebrados por el SPE. El examen de este precepto, me parece, no puede llevarse más lejos.

20. Una de las más notables omisiones de la regulación de las agencias de colocación sin fines lucrativos contenida en el RDL fue la relativa a los derechos de los demandantes de empleo a la igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo y la intimidad y confidencialidad de sus datos<sup>47</sup>. Al menos parcialmente, esta carencia fue enderezada por el artículo 16.2 ET, impone a las referidas agencias un deber de garantizar, “en el ámbito de su actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de raza, sexo, edad civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado”.

La configuración del principio de no discriminación como límite a la actuación de las agencias de colocación

tiene sólidos apoyos normativos. En primer lugar, dicho principio viene consagrado en el artículo 14 de la Constitución española (CE) de 1978, que por su ubicación sistemática y su estructura interna desarrolla una eficacia general. En segundo lugar, el artículo 38.2 LBE establece como principio básico de la política de colocación la igualdad de oportunidades y trato en el acceso al empleo. Tampoco pueden pasarse por alto, finalmente, las importantes previsiones enunciadas en el convenio 111 de la OIT.

No ha lugar ahora entrar en el examen de la compleja problemática que suscita la aplicación de los citados principios en la actividad de colocación. A los efectos que aquí importan, baste con efectuar algunas observaciones de carácter general. Por lo pronto, la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y la prohibición de toda conducta discriminatoria no operan de modo absoluto sino, claro es, “en el ámbito de actuación” de la agencia de colocación, el cual puede ser delimitado con arreglo a los criterios funcionales, profesionales o territoriales que consten en el respectivo convenio de colaboración. La norma no proscribiera el que la actividad mediadora prestada por la agencia pueda orientarse, del lado de la demanda o de la oferta de empleo, a ciertos colectivos de trabajadores definidos conforme a pautas objetivas; lo que veda es que, dentro de esos colectivos, pueden introducirse diferenciaciones en función de unas causas específicas que son, por sí mismas, arbitrarias. De otro lado, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y prohibición de no discriminación son principios que informan las relaciones entre la agencia y los solicitantes de empleo; afectan a la prestación del servicio de colocación. Finalmente, el establecimiento por parte de la agencia de condiciones constitutivas de discriminación mediante la “publicidad, difusión o por cualquier otro medio” –fórmula ésta omnicomprendiva en la que queda comprendido cualquier comportamiento discriminatorio ejercido por la agencia en alguna de las operaciones que integran la propia actividad de colocación (información, captación de demandas, selección de candidatos o formación, por citar las más significativas)– se califican como infracciones muy graves (artículo 28.2 LISOS). **D&S**

47 Cf. Casas Baamonde · Palomeque López, “La ruptura...” cit. pág. 18.