

---

# Concepto y bases reguladoras de la colocación de trabajadores

---

Óscar Luis Fernández Márquez

Consejo Económico y Social del Principado de Asturias  
Colección de estudios  
Número 18

Composición del Jurado de la Novena Edición del Premio de Investigación del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias:

Presidente:

D. Nicolás Álvarez Álvarez, Presidente del CES

Vocales:

D. José María García Blanco, Catedrático de Sociología de la Universidad de Oviedo

D. Joaquín García Murcia, Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid

D. Esteban Fernández Sánchez, Catedrático de Organización de Empresas de la Universidad de Oviedo y miembro del Pleno del CES

D. Javier Suárez Pandiello, Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Oviedo

Secretaria:

Dña. Blanca García Méndez, Secretaria General del CES

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, químico, mecánico, fotocopia, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier otro tipo sin permiso expreso del editor.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el CES incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que el Consejo se identifique con las mismas.

Edita: Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2014

Plaza de la Paz, 9 - 1º

33006 Oviedo (Asturias)

Teléfono: 98 527 07 15 - Fax: 98 523 78 13

Web: <http://www.cesasturias.es>

E-mail: [correo@cesasturias.es](mailto:correo@cesasturias.es)

DL AS 00266-2014

ISBN: 978-84-922377-3-9

Impreme: Gráficas Summa, S.A. (Polígono industrial de Silvota, Llanera-Asturias)

Diseño y maquetación: Consejo Económico y Social del Principado de Asturias



# CONCEPTO Y BASES REGULADORAS DE LA COLOCACIÓN DE TRABAJADORES

Estudio de conjunto tras las últimas reformas  
de la legislación laboral española

Óscar Fernández Márquez



## Agradecimiento a Cajastur

Agradecemos la inestimable colaboración de la Obra Social y Cultural de Cajastur, por haber hecho posible con su contribución la continuidad de este Premio de Investigación.

En tiempos de restricciones presupuestarias, la decidida apuesta de esta Institución por el Consejo Económico y Social nos ha permitido la convocatoria y concesión de esta novena edición.



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	9
CAPÍTULO I. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA COLOCACIÓN .....	13
1. Conceptuación de la colocación laboral .....	13
2. Contornos y límites de la colocación de trabajadores .....	15
3. Actos y operaciones de colocación laboral .....	19
CAPÍTULO II. PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA COLOCACIÓN DE TRABAJADORES .....	33
1. Intereses en presencia en los procesos de colocación .....	33
2. La eficiencia como objetivo y principio estructural del sistema de colocación .....	34
3. Intervención pública de la colocación de trabajadores .....	41
4. Gratuidad de los servicios de colocación .....	65
5. Tutela de la intimidad y tratamiento de los datos de la persona del trabajador .....	77
CAPITULO III. ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA COLOCACIÓN .....	105
1. Funciones del Estado y de las CCAA en la organización del servicio público de colocación .....	105
2. Principios e instrumentos de coordinación del sistema público de colocación .....	112
3. Gestión privada de la colocación: las agencias de intermediación laboral .....	123
CAPITULO IV. LA ELECCIÓN DE TRABAJADORES ASALARIADOS .....	139
1. Conceptuación y rasgos del “conflicto de elección” de trabajadores .....	139
2. La libertad de elección de trabajadores como regla o criterio general .....	143
3. Límites, excepciones y condicionantes de la libre elección de trabajadores .....	147
RECAPITULACIÓN .....	167





## INTRODUCCIÓN

La regulación española del trabajo, como la del resto de países industrializados, se encuentra sometida a un profundo proceso de transformación en los últimos años, determinado en su esencia o en sus aspectos centrales por el cambio mismo de las estructuras de producción, del trabajo y del mercado en que éste se compra y se vende. Asistimos en efecto a una alteración de modelo productivo en que el trabajo, concentrado cada vez más en el sector terciario, ha alcanzado niveles de cualificación y especialización técnica muy elevados, las técnicas de producción, como las mismas preferencias de los consumidores, están sometidas a periodos de vigencia muy cortos, y en el que el mercado en que el trabajo es objeto de cambio está cada vez más globalizado, debido al enorme desarrollo de las comunicaciones y las tecnologías de la información, pero también a la desaparición de las fronteras políticas que durante la segunda mitad del siglo XX han conseguido retener un fenómeno acaso imparable.

El referido proceso de alteración de la infraestructura productiva, como su efecto sobre la superestructura jurídica que lo regula, no es nuevo ni mucho menos, como tampoco lo es la consciencia acerca de la profundidad de las modificaciones en ello implicadas. Desde hace ya muchos años se viene hablando en efecto del paso en los países desarrollados de un modelo de producción industrial a otro postindustrial, y paralelamente de un proceso de crisis del Derecho del Trabajo que terminará reclamando una transformación profunda de su concepción y principios clásicos y originales. Lo que sí es nuevo es la urgencia con que, en el contexto de la crisis económica de los últimos años, habría comenzado a contemplarse la referida relación entre derecho y economía, y, en particular, la convicción acerca de la necesidad de introducir rápidamente ajustes a gran escala en las normas sobre el trabajo con el objetivo de adaptar el ordenamiento a los requerimientos de la realidad normada, y a la postre hacer posible el gobierno efectivo y racional del mercado de trabajo. No se trata sólo de una mera adaptación mecánica o refleja de las normas a la realidad de la que se ocupan - algo por otra parte inevitable- sino de buscar con ello la oportunidad de conseguir determinados objetivos de política social que ha proyectado el legislador.

Las frecuentes y profusas reformas de la legislación laboral española de los últimos años encajan sin duda en el contexto que acabamos de describir. No sabemos qué peso ha tenido en las mismas el factor reseñado -por otra parte innegable- de necesidad de adaptación de las normas laborales a las determinaciones de la infraestructura productiva, pues lo cierto es que las razones ideológicas tampoco han estado ni mucho menos ausentes en este proceso, más cuanto más urgentemente han pretendido implementarse las reformas en un contexto de crisis económica acuciante en que incluso queda negado el tiempo para pensar, y tampoco estamos todavía en condiciones de afirmar si

ha cambiado el modelo de regulación laboral de modo que estemos ante un nuevo Derecho del Trabajo. Pero sí es posible aseverar que se trata de transformaciones de una envergadura y una intensidad inéditas en el pasado.

Por un lado, el Derecho del Trabajo, que tradicionalmente era sólo para asalariados puros, ha empezado a ser cada vez más un Derecho para todos los trabajadores. Lo atestigua el crecimiento permanente de la lista de relaciones especiales de trabajo (uno de los mecanismos de expansión del campo de aplicación de la normativa laboral preferido por el legislador en los últimos años), o la aparición de reglas comunes o muy similares para laborales y funcionarios de la Administración (Ley 7/2007), y lo certifica la nueva regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente que incorpora la Ley 20/2007. Por otro lado, el Derecho del Trabajo, que tradicionalmente venía siendo sustancialmente caracterizado por el desempeño de una función protectora o tutelar de un trabajador considerado contratante débil, ha ido perdiendo progresivamente esta característica. En primer lugar, como consecuencia de su misma extensión a trabajos que no pueden considerarse asalariados en sentido estricto, para los que no es necesario -ni oportuno- aplicar medidas compensadoras o tutelares. En segundo lugar, debido a que ha cambiado el eje de la protección de los asalariados, pues en el contexto de las transformaciones de infraestructura apuntadas, y particularmente ante un panorama de grave crisis económica con elevadísimas tasas de desempleo, el legislador ha tomado finalmente la determinación de hacer posible la reducción de las condiciones de trabajo con el objeto de mejorar las tasas de empleo.

Estamos en definitiva ante un Derecho del Trabajo cada vez más neutro -menos protector del trabajador- y en el que la carga de protección, cuando se mantiene, viene basculando más (y más) a la tutela del empleo que a las condiciones de trabajo. Los cambios en el sistema de producción, la crisis económica y las elevadísimas tasas de desempleo han llevado al legislador a considerar la ocupación del trabajador como el primer objetivo a conseguir, aun a costa de rebajar las condiciones de trabajo. La introducción de nuevas modalidades de contratación temporal y flexible (como el contrato de apoyo a emprendedores o el contrato de primer empleo), el abaratamiento del despido (supresión de salarios de tramitación, reducción de las indemnizaciones), la facilitación de las extinciones económicas (aclaración de las causas justificativas, supresión de autorizaciones administrativas), la regulación más elástica de la flexibilidad interna (movilidad funcional, traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones y reducciones de jornada), o los descuelgues (como la preferencia que se reconoce al convenio de empresa sobre los de sector), son clarísimas muestras de la rebaja de condiciones de trabajo que han traído las últimas reformas de la legislación laboral, que han justificado estas medidas en sus exposiciones de motivos como manera de permitir una mejor adaptación de la empresa a las difíciles condiciones del mercado y, de este modo, como vía para mantener el empleo de quienes ya lo tienen o crearlo para los que carecen de él.

Es precisamente en este contexto, en el que como decimos el centro de la preocupación del legislador se desplaza de la protección de las condiciones de trabajo (de los trabajadores en activo) a la tutela de las oportunidades de ocupación (de los desempleados, en acto o en potencia), donde sin

duda encajan las reformas que ha experimentado el sistema de colocación de trabajadores en los últimos años. Debe tenerse presente que según cómo funcione la colocación así quedarán mejor o peor tuteladas las expectativas de los trabajadores de encontrar empleo, por lo que no es extraño que el legislador haya incidido con sus reformas en este ámbito, máxime teniendo en cuenta el carácter rígido y arcaico del sistema al término del siglo XX. Nótese que el modelo español de colocación, que no ha sido objeto de modificación sustancial ninguna desde la Ley de Colocación Obrera de 1944, presenta al filo de la reforma laboral de 1994 la fisonomía original -y primitiva- de principios de siglo XX, lo que principalmente implica la implantación de un régimen de monopolio público total en la materia en el que no es posible la intermediación privada, ni siquiera no lucrativa, y en el que hasta queda prohibido que los propios interesados puedan gestionar autónomamente sus demandas y ofertas de trabajo, viéndose obligados a acudir necesariamente a presentarlas o tramitarlas a través de las oficinas de empleo. Se trata además de un sistema de colocación ineficiente y en todo caso separado de la realidad, en el que la práctica real de la colocación laboral circula por vías informales.

La búsqueda de la eficiencia del sistema de colocación -reducción de los tiempos de ajuste entre ofertas y demandas de trabajo, localización de ofertas adecuadas para los perfiles solicitados en las demandas de trabajo-, orientada como decimos al objetivo último de mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo y reducir las tasas de desempleo, es sin duda la circunstancia que define más claramente la evolución y la configuración que actualmente presenta el modelo de colocación español. Es la búsqueda de la eficiencia, en efecto, lo que ha propiciado la nota más característica del sistema, que no es otra que la tendencia hacia la liberalización y la privatización de las tareas de intermediación laboral. Veremos en efecto que, sin negar la titularidad indiscutidamente pública de los servicios de colocación laboral, que no en vano continúan reteniendo competencias de autorización y control de la gestión privada, todas las reformas de la colocación han presentado el común denominador de facilitar tendencialmente la iniciativa privada en la intermediación laboral, primero permitiéndola en régimen no lucrativo, luego admitiéndola con ánimo de lucro (a condición de que se mantenga la gratuidad del servicio para los trabajadores) y finalmente reconociendo la posibilidad de que incluso las ETTs puedan, previa la correspondiente autorización, actuar como verdaderas agencias de colocación.

La mejora de la eficiencia mediante la liberalización de la colocación, que viene operando como decimos en el contexto del nuevo Derecho del Trabajo que se va abriendo paso, no se ha hecho en cualquier caso con el sacrificio de otros valores o intereses concurrentes merecedores de protección. Considerando la enorme trascendencia de la colocación para el interés general (por implicar a la distribución del trabajo entre las personas, afectar a la provisión de mano de obra por las empresas, o comportar un riesgo de vulneración de los derechos de quienes, como los trabajadores, comparecen en posición debilitada), la colocación, para empezar, sigue mereciendo la consideración de actividad de titularidad pública, lo que necesariamente obliga a mantener la dotación de un aparato administrativo que no sólo asume funciones de gestión directa de servicios de colocación a petición de las partes interesadas, trabajadores y empresas -algo particularmente importante respecto de ciertos

colectivos de trabajadores (discapacitados, por ejemplo) que tienden a quedar fuera de los circuitos privado-lucrativos de la intermediación laboral, debido a la falta de rentabilidad de la gestión de sus demandas de trabajo-, sino también importantísimas competencias de autorización y control de las actividades de gestión privada en la materia, como hemos visto. La organización descentralizada del servicio público de colocación, distribuido entre el Estado y las CCAA, constituye una característica peculiar y relativamente novedosa de nuestro sistema de colocación que suscita no pocos problemas, relacionados principalmente con la determinación de los ámbitos competenciales respectivos, y de la que damos cuenta con detalle en el capítulo III.

Por otra parte, debe señalarse que el referido proceso de liberalización de la colocación y el objetivo de la búsqueda de la eficiencia no han llegado a cobrarse, ni mucho menos, el precio de determinados derechos de los trabajadores, que quedan salvaguardados a toda costa. Es el caso, por ejemplo, del principio de gratuidad, que impide cobrar a los trabajadores por los servicios de colocación que puedan prestárseles. Es también el caso del derecho a la intimidad y a la protección de datos personales del trabajador, que el sistema garantiza particularmente en un momento, como es el de la colocación, en el que por razones obvias se exacerba la debilidad del trabajador, lo que expone al mismo a un riesgo muy alto de revelación de datos relativos a su persona. Y es en fin el caso del derecho de igualdad y no discriminación, que también padece en el momento en que el empresario decide qué trabajador es el que elige, y que nuestro sistema tutela evitando que el empresario, que con carácter general es libre para decidir a quien contrata, pueda tomar en consideración a tales efectos una circunstancia personal como pueda ser el sexo, la edad, la etnia, la orientación sexual, la religión o cualquier otra circunstancia de discriminación prohibida, salvo, por supuesto, que haya una razón objetiva que lo justifique.

De todas estas cuestiones se ocupa el trabajo que ahora se presenta al lector, que, por otra parte, comienza analizando con carácter preliminar el concepto y los contornos mismos de la colocación de trabajadores. Pese a lo que pudiera pensarse, no está demás a las alturas de nuestro tiempo aclarar que se entiende por colocación, y no sólo por motivos meramente académicos, de determinación y justificación del objeto de estudio, sino por razones eminentemente prácticas, toda vez que de las referidas operaciones de conceptualización pueden derivarse consecuencias jurídicas de la mayor importancia. Comprobaremos que este efecto queda de manifiesto no sólo en el momento de diferenciación de los actos de colocación frente a otro tipo de actos, sino también -y en mayor medida- en el de la diferenciación entre los distintos actos de colocación, pues veremos que hay reglas que pueden aplicarse a unos pero no a otros.

## I. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA COLOCACIÓN

### 1. Conceptuación de la colocación laboral

El Diccionario de la RAE define genéricamente la colocación como la ubicación de una persona o cosa en un sitio, normalmente el que le corresponde típica o naturalmente (aunque esto no es necesario), y, ya en el terreno del trabajo, como la acomodación de una persona en un "destino o empleo". En esta definición el diccionario incorpora la importantísima precisión de que la colocación puede entenderse no sólo como "resultado" sino también como "actividad" -de "acción y efecto de colocar" habla literalmente el mismo-, de modo que el concepto incluye el conjunto de actos y operaciones cuya realización conduce al resultado final de la colocación.

En el terreno del empleo, a efectos de análisis jurídico, es esta acepción de "actividad" la que debemos utilizar, básicamente porque en su conceptualización como resultado la colocación equivale jurídicamente a contratación, realidad o ámbito de las relaciones de trabajo netamente distinto de lo que los juristas entienden comunmente por colocación. Por colocación entienden en efecto los laboralistas el proceso o conjunto de actos o conductas previos al contrato de trabajo cuyo fin es precisamente la celebración del referido contrato. Lo que vertebra e individualiza la actividad de colocación como realidad unitaria y distinta para el análisis jurídico es el hecho de su situación previa al contrato y su orientación al objetivo de realización del mismo. Todo aquello que los contratantes hacen antes de concertar el contrato de trabajo y cuyo sentido y finalidad es precisamente su celebración constituye actividad de colocación<sup>1</sup>.

El concepto de colocación laboral así perfilado presenta dos características básicas que importa subrayar de manera especial. Por un lado es un concepto "oblicuo", en el sentido de que lo definido sólo se entiende desde la "plataforma" que nos ofrece otro concepto ya presupuesto. En el caso de la colocación la plataforma viene dada por la idea de "trabajo asalariado", pues parece evidente que sólo cabe entender qué es la colocación -y, como pronto veremos, el sentido y alcance de todas las reglas específicas relativas a ella- en cuanto la entendamos precisamente como conjunto de operaciones referidas a la celebración de un contrato de trabajo, no de otro tipo. De hecho, la colocación deja de ser tal -y dejan de aplicarse las reglas específicas de la misma- cuando las operaciones previas de preparación o lanzamiento del contrato tienen por finalidad la realización de trabajos no asalariados (trabajo autónomo, actividad au pair u otros).

---

<sup>1</sup> Vid. A. MARTÍN VALVERDE, "La supresión del monopolio público de la colocación", *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, 1995, p. 59.

La otra característica genérica de la colocación es su carácter abstracto -el conjunto de los actos de preparación del contrato de trabajo- y por ello su complejidad, en el sentido de integrar partes o piezas de muy distinta naturaleza, cuya unidad viene dada simplemente por el hecho de aparecer ordenados o en disposición de servir como "preparación" del contrato de trabajo<sup>2</sup>. Dentro de la colocación se incluyen en efecto operaciones tan distintas como el envío de un currículum, la realización de un examen o una entrevista de trabajo, la publicación de un anuncio en la prensa, la inscripción en una bolsa de trabajo, la celebración de un precontrato, la realización de prácticas en una empresa, la contratación de los servicios de una agencia de colocación, la inscripción como demandante de empleo en la oficina de colocación, la realización por esta oficina o por la agencia privada de operaciones de intermediación laboral, etc<sup>3</sup>.

La conceptualización de la colocación con las características que hemos señalado hasta ahora suscita algunos problemas a la hora de la definición de los límites de la misma, tanto los externos (los que trazan la separación entre la colocación y lo que no lo es) como los internos (los que trazan la separación entre las distintas operaciones o actividades de colocación). Preciso será por tanto definir o aclarar tales límites, pues no se trata ni mucho menos de una operación de relevancia meramente académica o taxonómica, sino de una operación de la que pueden derivarse consecuencias prácticas de la mayor relevancia, en la medida en la que hay reglas que se aplican, o lo hacen con unas determinadas características, a la colocación de trabajadores, y no a otros campos (vgr., la exigencia de autorización administrativa), y reglas que se aplican (o han aplicado) sólo a cierto tipo de operaciones de colocación y no a otras (vgr., la exigencia de gratuidad para el ejercicio de funciones de intermediación o agencia)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, "Ingreso al trabajo", *Comentarios a las Leyes Laborales (coord. E. Borrajo Dacruz), Tomo IV*, Edersa, Madrid, 1998, p. 200; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo", *La Reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral (XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales)*, Universidad de Granada, 1996, p. 232.

<sup>3</sup> Ha triunfado finalmente un concepto amplio o genérico de "colocación" en cuyo seno quedaría comprendida, entre otras, como una de sus manifestaciones, la "intermediación laboral"; vid. S. del REY GUANTER y J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, "La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías", *Relaciones Laborales*, I (2000), p. 710.

<sup>4</sup> La doctrina ha denunciado la falta de precisión normativa en esta materia -"sin una definición" de la colocación y de sus distintas manifestaciones, lo que "supone una zona fronteriza indeterminada entre lo lícito y lo ilícito, en la que muchas actividades empresariales se asientan", lo que, en defecto de una modificación normativa, reclama —añadimos nosotros— una tarea de interpretación y reconstrucción de los conceptos de la colocación laboral; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo", *La Reforma del mercado...cit.*, p. 244.

## 2. Contornos y límites de la colocación de trabajadores

El trazado de las fronteras exteriores del concepto "colocación de trabajadores" puede establecerse mediante la acumulación o el juego combinado de cuatro criterios, que son precisamente los que permiten diferenciar este tipo de operaciones de otras distintas pero que suelen presentarse en la práctica como muy próximas o incluso afines a las de colocación. Tales criterios son: (1) la referencia de las operaciones de preparación contractual a la concertación de una relación de trabajo asalariado o por cuenta ajena, no de otro tipo; (2) el hecho de que los sujetos que se implican en las operaciones de promoción contractual sean precisamente los trabajadores y los empresarios a título individual, o bien los intermediarios cuyos servicios sean solicitados por aquellos a tales fines (servicios públicos de empleo, agencias de colocación, empresas de selección de personal); (3) que las referidas actividades preparatorias tengan como fin esencial, directo y exclusivo la celebración del contrato de trabajo, de modo que puedan considerarse conductas típicamente orientadas a este objetivo e íntegramente justificadas por el mismo (de algún modo "insertadas" en él); (4) que no se trate de meras conductas de cumplimiento de requisitos contractuales legalmente exigidos para la validez o eficacia del contrato de trabajo que se proyecta celebrar.

Conforme al primer criterio de delimitación, sólo estamos verdaderamente ante operaciones de colocación cuando el objetivo de los actos de preparación contractual sea el establecimiento de una relación de trabajo. Si los negociadores no pretenden celebrar un contrato de trabajo, sino acogerse a otras fórmulas de prestación de servicios, en virtud de contratos de servicios (como autónomo) u otras relaciones no laborales (por ejemplo: una beca o una estancia formativa en la empresa, o también la prestación de servicios *au pair*), estaremos ante una realidad diferente. El cierre conceptual de la colocación se produce exclusivamente en torno a la preparación de un contrato de trabajo, pues es precisamente ese escenario el que reúne las características que permiten aislar un campo de la realidad social y asignarle un tratamiento jurídico específico<sup>5</sup>. En el caso que nos ocupa las características de que hablamos son bien conocidas y tienen que ver principalmente con la situación de necesidad y la mayor debilidad negociadora característica del asalariado como demandante de trabajo, con la necesidad de evitar los abusos o atropellos que la experiencia certifica que suelen padecer tales trabajadores en esta fase previa al contrato o, por qué no, con el objetivo también de faci-

---

<sup>5</sup> Ello hace excesivo —anacrónico— referir la colocación a periodos históricos previos a la Revolución Industrial, en que por no haberse generalizado el trabajo asalariado aun no existen las bases de posibilidad de la legislación laboral, incluidas desde luego las normas de colocación; es seguramente para evitar este malentendido por lo que doctrina habla de "arqueología de la colocación" para referirse a antecedentes que remontarían a los siglos XVII, XVI e incluso XI; *vid.* A.J. GALLEGO MORALES, "La emergencia de nuevos agentes en los procesos de colocación. Perspectivas y peligros", *La Reforma del Mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral (XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales)* (coord. J.L. Monereo Pérez), Universidad de Granada, 1996, p. 167.

litar la eficiencia y buen engranaje de los mecanismos de la demanda y la oferta de trabajo asalariado, pues va de suyo que el mejor funcionamiento del mercado de trabajo y lo que con ello está en juego obliga a atribuir carta de naturaleza a lo que aquí venimos conceptualizando como "colocación"<sup>6</sup>.

Las particularidades de este campo de la realidad social que, de acuerdo con los criterios que acabamos de señalar, u otros que podrían invocarse, llamamos colocación son por cierto las que, ahora ya a escala de las normas, no de la realidad normada, han dado lugar a una disciplina jurídica específica para este tipo de operaciones distinta a la que se ocupa de los tratos preliminares o de preparación de otro tipo de contratos o negocios jurídicos no laborales: el Derecho de la colocación y el empleo. En efecto, las normas de empleo y colocación constituyen una rama o sector diferenciado y separable de nuestro ordenamiento jurídico, alojado por supuesto dentro del campo de la legislación del trabajo, pues resulta evidente que la tutela del trabajador en las fases previas a la contratación laboral y el funcionamiento ágil y sin trabas del mercado de trabajo han sido elementos que están y han estado siempre presentes como un capítulo importante de la lucha obrera y de la llamada "cuestión social"<sup>7</sup>.

Un segundo requisito que tiene que darse para que estemos realmente en el terreno que circunscribe el concepto de la colocación es que los sujetos implicados en las operaciones de promoción contractual sean precisamente los trabajadores y los empresarios a título individual, o bien ciertos intermediarios cuyos servicios hayan sido solicitados por aquellos a tales fines. Es colocación por lo tanto el acto por el que el trabajador busca o se procura un empleo (enviar el currículum a una empresa, inscribirse en la oficina de empleo, solicitar los servicios de una agencia de colocación), el acto por el que las empresas proceden a la recluta de trabajadores (colocar el anuncio de trabajo en la prensa, examinar a los candidatos a un puesto ofertado) o, en fin, las actividades que llevan a cabo cier-

---

<sup>6</sup> No pueden por ello quedar al margen de las reglas de colocación —por ejemplo, las condiciones de funcionamiento de las agencias: *vgr.*, autorización administrativa, gratuidad— las actividades de intermediación laboral que implican a colectivos específicos de trabajadores asalariados —como los empleados de hogar (así lo establece actualmente de hecho el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, en su art. 5)—, según viene sosteniendo un sector de la doctrina con apoyo en el hecho de la existencia específica y desenvolvimiento real de tales actividades en un ámbito pretendidamente *praeter legem*; es verdad que hay trabajadores asalariados respecto de los que las reglas de colocación pierden sentido, y respecto de los que puede defenderse la no aplicación de las mismas, como es el caso de los altos directivos o de los deportistas profesionales, llegando el caso (tratamos esta cuestión más adelante); pero debe notarse que ello es así sólo porque en estos casos suele fallar la característica nota de asimetría o posición de contratante débil que está presente en las relaciones de trabajo ordinarias; pensamos por ello que las normas de colocación, y particularmente las aplicables a las agencias de colocación, deben aplicarse a los procesos de intermediación laboral en general, sin que pueda imponerse una interpretación restrictiva de los artículos 20 y 21bis de la Ley 56/2003 de la que se desprende que la aplicación de estas reglas queda ceñida a determinado tipo de agencias de colocación con exclusión de otras (no expresamente aludidas en la norma, según esta interpretación); sobre el tema, *vid.* F. PÉREZ DOMÍNGUEZ, "Servicios privados de empleo: razones para una reforma", *Documentación Laboral*, 79 (2007), p. 117; C. SERRANO FALCÓN, *Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas. Público y Privado en la actividad de colocación*, <http://adrastea.ugr.es>, p. 257.

<sup>7</sup> La centralidad de la colocación en la situación típica de conflicto o contraposición de intereses entre trabajadores asalariados y empresarios es subrayada por A. J. GALLEGO MORALES, "La emergencia de nuevos agentes en los procesos de colocación. Perspectivas y peligros", *cit.*, pp. 163 y 164.



tos intermediarios por encargo de aquellos (servicios públicos de empleo, agencias de colocación, empresas de selección de personal) con la finalidad de favorecer o mejorar el ajuste entre las ofertas y demandas de trabajo, tales como clasificar y cruzar las solicitudes y ofertas de trabajo para agilizar la contratación, asesorar a demandantes y oferentes de trabajo para perfeccionar sus demandas y ofertas, proponer y concertar entrevistas de trabajo a las partes, medir las capacidades de los candidatos para la cobertura de los puestos de trabajo según sus características o perfiles, etc.

No son sin embargo colocación, ni quedan por tanto afectadas por su reglas, las operaciones de promoción de la contratación laboral arbitradas desde otras instancias o por otros sujetos. En particular, no lo son las actividades de estimulación o fomento de los contratos de trabajo llevadas a cabo por los poderes públicos, no sólo por tratarse de operaciones imputables a personas o sujetos que no son ni los contratantes ni los intermediarios nombrados por estos, sino porque en estos casos no se está procurando o promocionando la celebración de contratos de trabajo a título individual sino a escala global o de mercado de trabajo. Este tipo de operaciones de estimulación de la contratación, entre las que destacan las medidas de fomento del empleo -económico, pero también institucional- o los planes de formación profesional, no pertenecen propiamente a la colocación, sino a un concepto próximo pero más amplio y por tanto distinto: el "empleo" (en cuyo seno se ubica precisamente la colocación como una más de sus manifestaciones).

Por otra parte, no toda actividad del empresario o del trabajador -o en su caso el intermediario correspondiente- orientada a la celebración de un contrato de trabajo es sin más colocación. La conexión entre la actividad previa de los negociadores y el objetivo final de la contratación laboral tiene que darse de una determinada manera para que la citada actividad del trabajador, la empresa o el intermediario pueda considerarse colocación. Así, por ejemplo, el acto por el que el trabajador compra el billete de tren para acudir a la entrevista de trabajo no es colocación. Es verdad que el billete se compra para ir a la entrevista, pero es obvio que ello no basta para cualificar tal acto como colocación. Será preciso que las actividades preparatorias tengan como fin esencial, directo y exclusivo la celebración del contrato de trabajo, de modo que puedan considerarse como una conducta inherente o característica en el proceso de negociación y preparación del contrato; hará falta, dicho de otra manera, que estemos ante una actividad que de acuerdo con la experiencia social quepa considerar como típicamente orientada a la celebración del contrato de trabajo.

Por último, ha de señalarse que tampoco pertenecen al campo de la colocación las conductas de trabajadores y empresarios, previas al contrato y ordenadas a la celebración del mismo, cuyo objeto es simplemente el cumplimiento de los requisitos que la legislación establece a propósito de la contratación laboral. La obtención de la autorización para trabajar exigida a los extranjeros de países extracomunitarios o del permiso o título académico o profesional requerido para el desempeño de ciertos trabajos o profesiones, por ejemplo, no pertenecen en efecto al campo de la colocación, sino más bien al empleo. Cuando se habla de colocación se está pensando en operaciones de promoción de la celebración del contrato de trabajo, pero sólo en cuanto operaciones jurídicamente

libres o voluntarias, no determinadas por la necesidad de cumplir las exigencias de contratación dispuestas por las normas vigentes.

Fuera del campo de la colocación quedan en todo caso, por supuesto, las acciones del empresario y el trabajador acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato. Este tipo de conductas pertenecerán plenamente a la vida del contrato ya existente, y no al proceso previo de preparación, negociación o promoción del mismo, de modo que serán relación de trabajo y no colocación, con aplicación por consiguiente de las reglas típicas de la relación laboral. Se trata de un dato importante porque permite extraer del campo de la colocación una serie de contratos de trabajo que, aun siendo efectivamente tales, suelen utilizarse instrumentalmente por las empresas como mecanismos de búsqueda y selección de trabajadores, de modo que funcionalmente vienen a desempeñar el cometido característico de las operaciones de colocación. El caso paradigmático es sin duda el de las Empresas de trabajo temporal, que desempeñan una actividad que material o funcionalmente es de colocación de manera indudable pero que no lo es jurídica o formalmente al proceder la ETT a la contratación del trabajador<sup>8</sup> (cuestión distinta es que la ETT actúe como mera agencia de colocación, situación que ha posibilitado como luego veremos la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)<sup>9</sup>. Algo parecido puede acontecer en el caso de los contratos formativos o los temporales de corta duración, utilizados muchas veces por las empresas con la finalidad de conocer al trabajador mediante la verificación efectiva de sus cualidades, todo ello con vistas a decidir si corresponde o no hacerle un contrato indefinido o de mayor duración o estabilidad<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo", *La Reforma del mercado de trabajo...*, cit., pp. 236 y 237.

<sup>9</sup> Con las dificultades que conlleva debido a la confusión sociológica de ambos planos, es forzoso aquí diferenciar entre la actividad de "intermediación", propia de las agencias de colocación, y la de "interposición", que desempeñan las empresas de trabajo temporal, de acuerdo con la diferenciación ya clásica de A. MARTÍN VALVERDE, "Interposición y mediación en el mercado de trabajo", *Revista de Política Social*, 91 (1971), p. 58; la referida dificultad sociológica de diferenciar entre ambos tipos de funciones se encuentra sin duda en el origen del debate suscitado acerca de si las empresas de trabajo temporal, no siendo formalmente agencias de colocación, son materialmente tales agencias, debate que explicaría por cierto su inclusión finalmente en el ámbito del Convenio OIT 96; sobre el tema, vid. S. del REY GUANTER y J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, "La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías", *loc. cit.*, p. 711.

<sup>10</sup> Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 560.

### 3. Actos y operaciones de colocación laboral

La definición de la colocación como conjunto de todas las operaciones de preparación del contrato de trabajo remite como ya hemos anticipado a una realidad muy compleja y heterogénea de la que forman parte gran variedad de actividades distintas y en la que no sólo intervienen los futuros contratantes -el empresario y el trabajador- sino también los intermediarios cuyos servicios concierten aquellos para facilitar y agilizar la contratación. Es preciso detenerse a analizar y ordenar de alguna manera los distintos materiales que se encuentran en este complejo de la colocación, no sólo por resultar ello muy conveniente para hacerse cargo de las dimensiones y características del terreno en que nos movemos, y así hacer más fácil la orientación por el mismo, sino también porque, como hemos dicho, de la diferencia entre uno u otro tipo de operaciones puede seguirse la aplicación o no de determinadas reglas. Puede invocarse como ejemplo, sin ir más lejos, la diferenciación entre intermediación y selección de trabajadores, dos tipos de operaciones de colocación que ha sido tradicionalmente necesario separar ante la necesidad de circunscribir los efectos de la regulación restrictiva que nuestro ordenamiento ha venido estableciendo históricamente sólo respecto de las actividades de mera intermediación o agencia pero no de las de selección de trabajadores (aunque es cierto que se trata de una diferenciación que ha ido perdiendo relevancia con el paso del tiempo). No es el único ejemplo: la diferenciación entre una operación como pueda ser publicar o divulgar ofertas en un medio de comunicación (la prensa, pongamos por caso) y otra como pueda ser la de prestar servicios "web" de intermediación laboral, a través del portal o la aplicación informática correspondiente, será relevante en términos por ejemplo de determinar el alcance de la obligación de la autorización que se exige a las agencias de colocación<sup>11</sup>.

Creemos que las actividades de colocación pueden clasificarse en torno a tres grandes conjuntos o tipos de operaciones: (1) las de carácter meramente informativo, en las que los sujetos intervinientes simplemente se limitan a pedir, emitir o transmitir datos acerca de las ofertas y las demandas de trabajo; (2) las de agencia o mediación, que suponen la intervención de un tercero con conocimientos especializados que gestiona activamente, agiliza y dinamiza la tramitación de las solicitudes y ofertas de empleo para mejorar el encuentro o ajuste óptimo de las mismas; (3) las de decisión, en cuya virtud el trabajador, pero sobre todo la empresa, decide finalmente la asignación del puesto de trabajo vacante a un determinado trabajador, excluyendo a otro. A estos puede añadirse todavía un cuarto tipo de actos de colocación: aquel en que la preparación del contrato se hace mediante operaciones de compromiso o vinculación jurídica, es decir, mediante la asunción de una obligación de

---

<sup>11</sup> Por supuesto, debe señalarse que en la medida en la que el régimen jurídico de las distintas operaciones pertenecientes a la constelación de la colocación se va haciendo indistinto o indiferenciado, de manera que todas ellas quedan sometidas a las mismas reglas -no en vano se trata de actividades "distinguibiles" (idealmente), pero no "separables" (fácticamente)-, deja de tener sentido la diferenciación entre las mismas; es lo que ha venido sucediendo en las últimas reformas, que no en balde han permitido a las agencias de colocación realizar también funciones de selección de personal y de orientación profesional, y que han llegado a determinar incluso que las ETT asuman las funciones de las agencias de colocación; extensamente sobre estas cuestiones, vid. J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, Mergablum, Sevilla, 2003, pp. 40 y 41.

concertar la relación laboral en el futuro, o al menos una responsabilidad para el caso de no hacerlo. El precontrato de trabajo es el ejemplo más claro de este cuarto tipo de actos de colocación, pero no el único: los tratos preliminares, en particular por la posibilidad de que la ruptura injustificada de las negociaciones en curso pueda determinar responsabilidad jurídica, forzando así en cierto modo a la celebración del contrato en preparación (culpa in contrahendo), constituye otro claro exponente de promoción del contrato de trabajo, y en consecuencia una manifestación más de la colocación.

#### *a) Actos de colocación de carácter informativo*

Un primer tipo o conjunto de actos de colocación es como decimos el de aquellos en que la preparación del futuro contrato de trabajo se limita a la realización de operaciones de carácter informativo. El objeto de este tipo de actos es propiciar información, es decir, facilitar el conocimiento por las empresas y los trabajadores de las características y cualidades de lo que unos y otros buscan y ofrecen en el mercado de trabajo, con el fin de hacer posible un ajuste adecuado de la oferta y la demanda laboral. Se pretende simplemente con ellos dar publicidad o hacer saber de algún modo lo que cada parte quiere y oferta en el mercado -los requerimientos y características del puesto de trabajo, en el caso de la empresa, y la formación y cualidades de la persona, en el caso del trabajador- con el fin de distribuir tales conocimientos por y entre los agentes potencialmente interesados en contratar, todo ello con el fin último como decimos de que los contratos puedan celebrarse efectivamente y concertarse además en las mejores condiciones posibles. Las tareas que los agentes de la colocación -empresarios, trabajadores y en su caso intermediarios- llevan a cabo con fines meramente informativos son principalmente de tres tipos: (1) emisión y transmisión de datos, (2) publicación y divulgación, y (3) indagación y prospección de las cualidades de los trabajadores<sup>12</sup>.

La emisión y transmisión de datos consiste simplemente en hacer saber de algún modo en el mercado que o bien se ofrece un puesto de trabajo de determinadas características, en el caso de la empresa, o bien se ofrece una persona con ciertas habilidades técnicas para prestar servicios asalariados, en el caso del trabajador. A tal fin las partes interesadas pueden utilizar, y utilizan de hecho como instrumento de comunicación básico y primero, las estructuras o redes de interconexión social genéricas e informales, y señaladamente de la amistad, la vecindad o el parentesco.

---

<sup>12</sup> El carácter meramente informativo de este tipo de actuaciones es lo que impide que estos "ofrecimientos" de empresarios y trabajadores puedan interpretarse como "ofertas cerradas y vinculantes", capaces de generar compromisos de contratación una vez aceptadas por la otra parte contratante; vid. VVAA, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo* (Volumen I) (dirección y coordinación de A. Martín Valverde y J. García Murcia), Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 925 y 926; A.L. de VAL TENA, "La intermediación en el empleo: un aspecto de la reforma del mercado de trabajo", *La Reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral* (XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales), Universidad de Granada, Granada, 1996, p. 211.

El empresario que necesita un trabajador, y el trabajador demandante de ocupación, buscarán en efecto primero entre sus conocidos y amigos, parientes o vecinos. Estas vías informales de intercambio de información, en las que son por cierto los propios contratantes los que asumen el protagonismo principal, tienen la gran virtud de facilitar datos fiables y hasta cierto punto precisos y detallados, circunstancia que explica por qué que buena parte de las contrataciones sigue haciéndose por estos cauces. Sin embargo, también tienen inconvenientes. El principal es su corto radio de acción: la divulgación de informaciones se queda por definición en un circuito limitado y circunscrito, sin alcanzar verdadera dimensión pública, no valiendo desde luego en ningún caso en aquellos supuestos en que la oferta que se realiza tenga unas características tan especiales o particulares que no sea posible hallar el candidato adecuado para cubrirla en el contexto de las referidos mecanismos de interconexión social. Es verdad en cualquier caso que la ampliación de las redes sociales a través de internet ha aumentado enormemente la potencialidad de estas clásicas estructuras de distribución de información en el mercado de trabajo. De hecho es muy frecuente que en este tipo de redes sociales (genéricas, como facebook, twitter, etc, o específicas, en relación a cierto tipo de aficiones, inclinaciones o hobbies particulares) circule información sobre ofertas y demandas de trabajo. Ello obliga sin duda a replantearse el alcance de estos mecanismos informales de intercambio de información, y forzosamente al análisis de los nuevos problemas y retos que suscitan. Sólo por poner un ejemplo: ¿será preciso que estas redes sociales obtengan la autorización que se exige a las agencias de colocación? La respuesta a esta cuestión conduce obviamente a plantear si son agencias de colocación, qué sean entonces las agencias de colocación, o cuál sea el sentido y alcance de la exigencia de autorización que impone el ordenamiento en estos casos. Más adelante nos ocuparemos de estas cuestiones.

Cuando se quiera que la oferta que se realiza trascienda o rebase el nivel privado o doméstico, tendrá que acudir a medios o instrumentos intermediadores -en el sentido de situados entre el trabajador y la empresa- que faciliten la divulgación, propagación y publicidad de la misma a mayor escala, incluso a escala de todo el mercado de trabajo. La anotación de ofertas en tablones de anuncios, escaparates u otro tipo de plataformas públicas se inscribe sin duda en este conjunto de actividades de colocación que llamamos transmisión o divulgación, aunque es verdad que la principal manifestación de las mismas es la utilización de los medios de difusión social: anuncio de la oferta de trabajo o de empleo en prensa, radio o televisión, o también desde luego a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, particularmente las páginas de internet dedicadas específicamente a la divulgación de demandas y ofertas de trabajo<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Vid. S. del REY GUANTER y J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, "La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías", *loc. cit.*, pp. 712 y 713.

En estos casos, en los que, por cierto, la utilización del medio divulgativo puede buscar y llevar implícitas ya operaciones de selección de trabajadores (si se usa la prensa sólo tendrán acceso a las ofertas de trabajo quienes la lean, si el anuncio está en inglés o alemán solo quienes tengan conocimientos de estas lenguas, etc), la divulgación y transmisión de la información es posible gracias a la intervención de un tercero -el medio de comunicación, el programa o aplicación informática correspondiente- que dota la herramienta o instrumento que hace posible el referido efecto. Este tercero, sin embargo, actúa de modo inerte o inactivo: aún no realiza las tareas de agilización o agencia que veremos que caracterizan propiamente la intermediación laboral<sup>14</sup>. En la medida en la que el elemento de intermediación rebasara este nivel mínimo de intervención -piénsese por ejemplo en un portal de internet, una aplicación informática o un motor de búsqueda de empleo que operen activamente, seleccionando y discriminando las distintas informaciones sobre ofertas y demandas de trabajo-, estaríamos abandonando el terreno de la mera intermediación informativa o de divulgación de ofertas y demandas en el mercado de trabajo y entrando en el campo, que luego estudiaremos, de la actividad de agencia o la intermediación laboral.

En la mayoría de los casos, la información que se ponga en circulación a través de operaciones de emisión y divulgación de ofertas de trabajo como las que hemos visto, por más que el medio de publicidad utilizado ya produzca cierto efecto selectivo, según ya hemos señalado, no resultará del todo fiable. Por razones que no hace falta explicar, los empresarios en particular tenderán a no mostrarse conformes con lo que los trabajadores les hagan saber acerca de sus habilidades y capacidades al postularse como aspirantes a un puesto de trabajo. Llevarán a cabo por todo ello actividades de indagación de información y prospección y verificación de las cualidades manifestadas por el trabajador para el desempeño del puesto, particularmente cuando el número de las solicitudes de trabajo supere al de las ofertas (algo que con carácter general acontece siempre, a partir de determinados valores o tasas de desempleo).

Las demandas y solicitudes de información expresas que en una entrevista de trabajo puede dirigir la empresa al candidato o candidatos que se han ofrecido para la cobertura del puesto, o en general los exámenes o pruebas de aptitud, capacidad o valoración de méritos a que estos pueden quedar sometidos -tareas por cierto que la propia empresa puede delegar en gabinetes de selección de trabajadores especializados- conforman un tercer género de operaciones de colocación meramente informativas, al que hemos llamado de indagación de datos y verificación o prospección de habilidades y capacidades de los aspirantes a un puesto de trabajo. Claro que es muy importante subrayar que este tipo de actividades de verificación y prospección de las habilidades y características de los solicitantes de empleo no se agotan en entrevistas, exámenes, test, concursos de méritos o similares. Frecuentemente, con la finalidad de conocer de propia mano las cualidades de los candidatos al puesto, las empresas recurren a mecanismos selectivos que permitan al empresario visualizar el desenvolvimiento laboral efectivo del trabajador en el puesto, cómo es el caso de las becas o u otro tipo de estancias en la empresa.

---

<sup>14</sup> Vid. J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, cit., pp. 120 y 121.

Es verdad que las becas y las prácticas en empresas deben tener principalmente una finalidad formativa, pero no es menos cierto que nuestros tribunales han admitido que, siempre que quede suficientemente garantizada la utilidad o interés formativo característico de la beca, ésta no es incompatible con la obtención por las empresas de ciertos beneficios (circunstancia que explicaría por cierto la dotación de becas en el ámbito de las empresas privadas)<sup>15</sup>, entre los que se cuenta precisamente el de servir de mecanismo de selección de los trabajadores: de hecho, en muchos casos estas becas sirven para dar a los trabajadores una formación específica para un puesto de la empresa - formación que no cubre adecuadamente el circuito educativo oficial-, y, simultáneamente, para seleccionarlos en función de su desempeño<sup>16</sup>. De este modo, este tipo de becas o estancias formativas en empresas vienen a constituir verdaderos actos de colocación<sup>17</sup>. Otro tanto cabe decir, por cierto, de los contratos de trabajo formativos, de los temporales de corta duración o de los concertados a través de empresas de trabajo temporal. En la medida en la que los mismos pueden presentar una clara funcionalidad de verificación de las cualidades reales del trabajador, con vistas a decidir si interesa su contratación más estable o definitiva, los referidos contratos tendrían naturaleza de actos de colocación. Se presenta de este modo la paradójica situación de que el mismo contrato de trabajo opera como dispositivo de colocación, es decir, como mecanismo o estructura de preparación de otro contrato de trabajo posterior normalmente indefinido o dotado de carácter más estable<sup>18</sup>.

#### *b) Operaciones de mediación o agencia de colocación*

Frente a las actividades meramente informativas, de las que se ha dado cuenta hasta ahora, las operaciones de mediación o agencia en materia de colocación exigen siempre la intervención de un tercero distinto a las partes (empresarios y trabajadores) dotado de tecnología y conocimiento especializado del mercado de trabajo y que gestiona activamente y dinamiza la tramitación de las solicitudes y ofertas de empleo para mejorar el encuentro o ajuste óptimo de las mismas. Por supuesto,

---

<sup>15</sup> Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "Trabajo formativo", *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado* (Dir. J. García Murcia), Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 422 y ss.

<sup>16</sup> Vid. A. MARTÍN VALVERDE, "Beca de estudios técnico-prácticos con opción al ingreso en una entidad bancaria", *Revista de Política Social*, 99 (1973), pp. 262 y 263; J.L. GOÑI SEIN, "La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas", *Relaciones Laborales*, II (1986) pp. 415 y ss.

<sup>17</sup> Quedan incluidos aquí los llamados "cursos de capacitación", en los que el proceso de selección implica componentes de formación cuyo aprovechamiento debe acreditar el trabajador para tener acceso al empleo, y que son propios de trabajos como la estiba portuaria, los programas de escuelas-taller y casas de oficios o actividades cuyo desempeño conlleva especial responsabilidad o peligrosidad como los de policía, controlador aéreo, agente de aduanas, instalación y utilización de aparatos de rayos x con fines de diagnóstico médico, etc; vid. VVAA, *Tratado Práctico de Derecho...cit.*, pp. 943 y 944.

<sup>18</sup> Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 560.

la presencia de agentes de colocación, al menos teóricamente, no es necesaria en un mercado de trabajo, sino que está en función de la extensión y del grado de complejidad del mismo. Sólo en un mercado de ciertas dimensiones, en el que el desarrollo de las comunicaciones y los transportes han hecho factible la contratación entre empresarios y trabajadores distantes, y más cuanto mayor sea su complejidad, como consecuencia de la diversidad de sectores productivos, la multiplicidad de especializaciones profesionales, el elevado número de transacciones o contratos que se realizan efectivamente, etc, surge en efecto la necesidad de la función de intermediación o agencia de colocación laboral.

La razón de ello es obviamente que a partir de determinadas dimensiones o nivel de complejidad de un mercado de trabajo los empresarios y los trabajadores no pueden gestionar eficientemente el intercambio de sus ofertas y las demandas de trabajo, siquiera sea porque sólo tendrán conocimiento de una pequeña parte o porción de las mismas. Una evidente razón de especialización de tareas es por lo tanto lo que hace finalmente que empresarios y trabajadores terminen transfiriendo o delegando las operaciones de colocación en manos de agencias o terceros con conocimiento y tecnología específica para desempeñar ese tipo de actividades de manera más adecuada y eficiente. La eficiencia de la colocación no es ni mucho menos una "cantidad despreciable" pues no sólo afecta al interés de las partes implicadas en la contratación, sino al mercado de trabajo, la economía y el sistema productivo en su conjunto, pues no es lo mismo coordinar rápido y adecuadamente las demandas y ofertas de trabajo que no hacerlo así (lo veremos más adelante, al analizar la eficiencia como objetivo fundamental del sistema de colocación).

Lo que genéricamente entendemos como función de agencia de colocación, y que hemos definido como gestión activa de la tramitación de las demandas y ofertas de trabajo por un tercero con técnica y conocimiento especializado, comporta principalmente la canalización de la información de ofertas y demandas de trabajo hacia un centro o banco de datos en el que son objeto de tratamiento racional e inteligente con vistas a reducir los tiempos de espera en la contratación y a procurar la casación más adecuada posible según las características de las distintas ofertas y demandas. Específicamente, la actividad de agencia implica el desempeño de las siguientes tareas: (1) recepción de ofertas y demandas de empleo y clasificación conforme a criterios "operativos" (sectoriales, geográficos, profesionales, de preferencias personales, etc); (2) puesta en conexión y/o casación de las mismas conforme a criterios de adecuación o "convergencia"; (3) traslación de esta información a las partes interesadas para que las mismas se conozcan y puedan en su caso llegar a concertar el contrato de trabajo<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Pensamos que es la materialidad de las tareas desempeñadas, y no el modo en que las mismas se llevan a cabo, profesionalmente o no, lo que hace posible individualizar y diferenciar las actividades de agencia e intermediación laboral frente a otro tipo de operaciones de colocación; téngase en cuenta que hay operaciones de mera información que no por desempeñarse profesionalmente o de manera estable constituyen actividad de agencia o intermediación laboral, ni por ello se encuentran sometidas a sus reglas, como pueda ser el caso del anuncio en prensa de ofertas de trabajo o las que llevan a cabo las empresas de selección de personal; en sentido contrario, J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, La intermediación en el mercado de trabajo, cit., pp. 44, 121 y 122 considera, tomando como referencia los convenios de la OIT en la materia, que lo relevante para determinar si una actividad constituye verdaderamente intermediación laboral es que el agente de la misma la realice de manera profesional y estable.



La descripción de las tareas de agencia de colocación que acaba de hacerse arranca como es obvio de la base de que los demandantes y oferentes de empleo presentan una solicitud concreta, perfectamente determinada o, por decirlo así, acabada, que el agente de intermediación simplemente tendrá que recibir y clasificar con el objeto de fluir o "juegue" en la base o centro de datos hasta que, llegado el caso, tenga lugar la casación correspondiente. Sin embargo, esto no sucede siempre en la práctica. En buena parte de los casos las solicitudes, en particular las procedentes de los trabajadores, o bien no serán concretas ni detalladas, o bien tendrán un perfil no adecuado para recibir una respuesta satisfactoria en el mercado de trabajo. Es precisamente en estos casos -inevitablemente más frecuentes cuanto más complejo e inabarcable se vuelve un mercado de trabajo- cuando se pone de manifiesto una importante y decisiva función de la intermediación o agencia de colocación: la de "interpretación" de las solicitudes de trabajo y su posterior "perfilamiento", "conformación" o "reconstrucción" para que puedan llegar a obtener respuesta adecuada en el mercado de trabajo<sup>20</sup>.

Al agente intermediario corresponde en efecto la importantísima tarea de interpretar y perfeccionar las demandas de trabajo por la sencilla razón de que su conocimiento especializado y técnico del mercado de trabajo le confiere una posición privilegiada a la hora de identificar qué tipo de solicitudes de trabajo resultan efectivamente viables y en qué medida. En este sentido, lo normal es que la agencia intermediaria proceda a recabar información del solicitante de empleo, sometiéndolo incluso a entrevistas, con el objetivo de diseñar una demanda de trabajo personalizada y a la vez capaz de encontrar respuesta en el mercado de trabajo. Por supuesto, en el caso de no poder reconducir la solicitud de trabajo a una demanda viable en el mercado, el agente deberá derivar al trabajador a los circuitos de la formación, el reciclaje y las medidas activas de empleo y protección social establecidos por el sistema. Este tipo de actividades ya no forman parte propiamente de lo que cabe considerar "colocación"<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. M. SEVILLA CORELLA, "Intermediación en el mercado de trabajo. Un modelo de gestión pública integrada", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 94 (1999), pp. 241 y ss.

<sup>21</sup> La gran variedad de operaciones desempeñadas en el entorno de la actividad de agencia de colocación quedan claramente de manifiesto en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, particularmente cuando se ocupa de establecer el contenido del catálogo de servicios a la ciudadanía de los Servicios Públicos de Empleo; en efecto, dentro de este catálogo, como actividades más directamente relacionadas con la referida actividad, se incluyen: (1) el "diagnóstico individualizado sobre el perfil, las necesidades y expectativas de la persona desempleada mediante entrevistas personalizadas, para poder encontrar un empleo"; (2) la "información y gestión de ofertas de empleo adecuadas, incluyendo las procedentes de los otros países de la Unión Europea, así como información sobre el mercado de trabajo, y los incentivos y medios disponibles para el fomento de la contratación y el apoyo a las iniciativas emprendedoras, con especial atención a las fórmulas de autoempleo, de trabajo autónomo o de economía social"; (3) el "diseño, elaboración y realización de un itinerario individual y personalizado de empleo que podrá incluir servicios de orientación e información para el empleo y el autoempleo, de mejora de su cualificación profesional y de su empleabilidad, y contactos con las empresas, entidades y organismos públicos para facilitar su inserción laboral"; (4) la "oferta de acciones de formación profesional para el empleo, con acreditación oficial a través del Repertorio de Certificados de Profesionalidad cuando estén vinculadas al Catálogo Nacional de Cualificaciones, así como la promoción de prácticas no laborales de la formación realizada" (art. 19quater.1); estas indicaciones, dirigidas a los supuestos de prestación de servicios de intermediación laboral a desempleados, son objeto de especificación cuando los servicios se prestan a personas ocupadas o en activo (19quater.2); los arts. 19sexies (enfoque personalizado de los servicios) y 19septies (itinerario personal e individualizado de empleo) vuelven a referirse a las diversas tareas que suelen conformar la "intermediación laboral" (entrevista inicial, valoración de aptitudes, elaboración de itinerario personalizado de ocupación, etc).

Según ya hemos dejado entrever, la referida función de interpretación y reconstrucción de solicitudes se da principalmente respecto de las presentadas por los trabajadores, no las de las empresas. La razón es que estas, cuando solicitan al mercado mano de obra, suelen tener identificado con precisión qué tipo de trabajador es el que necesitan, al aparecer la oferta de trabajo vinculada a un puesto con un perfil y unas características determinadas. Son también distintos en todo caso los efectos de la inexistencia de trabajadores preparados para la cobertura de las más específicas demandas empresariales: no cabrá obviamente aquí posibilidad de reconfiguración de la oferta de la empresa, que es la que es, sino necesidad de proveer a los trabajadores de la formación y habilidades que les capaciten para el desempeño del puesto. En este contexto, es vital que quien esté desempeñando funciones de agencia de colocación tenga algún cauce para hacer saber a quién corresponda que las empresas están demandando un tipo de trabajadores que el mercado no ofrece, pues sólo así podrán llevarse a cabo las tareas de formación y orientación de los flujos y demandas de empleo que requiere este tipo de situación. Esta especie de cometido de alerta o denuncia, para cuyo desempeño se encuentra en posición privilegiada quien esté ejercitando operaciones de agencia de colocación debido a su conocimiento directo de la evolución real de las demandas y ofertas de trabajo, constituye una importante manifestación de lo que podemos llamar funciones de "información" acerca del mercado de trabajo, funciones decisivas de los intermediarios o agentes laborales de las que nos ocuparemos luego con más detalle.

Junto con las actividades de canalización, centralización, tratamiento eficiente e interpretación de demandas y ofertas de trabajo y, en su caso, propuesta de contrato de trabajo a las partes, que son las que podemos considerar operaciones "propias" o "nucleares" de la función de agencia de colocación, lo cierto es que esta actividad puede y suele conllevar el desempeño de tareas complementarias próximas y estrechamente ligadas a aquellas pero distintas, difíciles de encajar en algunos casos en el concepto de agencia de colocación. Se trata de operaciones contiguas a la actividad de agencia de colocación, en cuanto que ésta viene a constituir una ocasión natural o singularmente propicia para su manifestación, pero, como decimos, distintas de ella, y por tanto sometidas a otro tipo de pautas. Entre estas actividades de "acompañamiento" se incluyen, por ejemplo, las de selección, pues no es extraño que la oportunidad del ejercicio de las funciones de intermediación o agencia se utilice para medir o verificar las capacidades de los aspirantes a la cobertura de un puesto (no en vano, la actividad de agencia comporta siempre discriminación y selección entre múltiples solicitudes, aparte de que ahora está legalmente admitido que las agencias de colocación ejerciten funciones de selección de personal). También suele aprovecharse la actividad de agencia para el desempeño de funciones que no es ya que no sean de agencia, sino que ni siquiera son propiamente colocación, según sucede con las tareas formativas, cuando se detecte que el perfil profesional del trabajador debe modificarse o ajustarse para acomodarlo a las características de los puestos de trabajo ofertados por las empresas. En fin, en el contexto de su actividad de mediación y promoción del contrato de trabajo, aparte de la propuesta o cita de las partes para la celebración del contrato, la agencia podría prestar también asesoramiento y asistencia jurídica y técnica a las mismas sobre los aspectos

de iniciación o puesta en marcha de la relación de trabajo, informando acerca del tipo de contrato más conveniente a sus intereses, sus cláusulas o contenido, su formalización y tramitación, etc<sup>22</sup>.

En verdad, el agente de colocación, por razones de pura conveniencia u oportunidad, puede terminar asumiendo las competencias de lo que genéricamente podemos llamar "gestión del contrato de trabajo". En este sentido, se ha discutido, por cierto, si entre estas se encontraría la posibilidad de "representar" a los contratantes, es decir, de llegar a celebrar el contrato en nombre de ellos. Aunque es verdad que la función de agencia de colocación no implica naturalmente apoderamiento representativo, por lo que lo normal es que la agencia no contrate en nombre del trabajador o del empresario, lo cierto es que no hay tampoco nada que lo impida, por lo que, de acordarlo las partes, no habría problema en que el agente actuara también como representante a la hora de celebrar el contrato. Se ha dicho sin embargo que esta posibilidad estaría vedada para el caso del trabajador, debido al consabido carácter personal e intuitu personae de la prestación asumida por el mismo, incompatible con la representación. Pero, en rigor, nada impide que el agente pueda contratar en nombre también el trabajador, toda vez que la exigencia de intuitu personae se hace efectiva sólo respecto al acto de trabajar, no respecto del acto de contratar. Es verdad que normalmente en el ámbito de las relaciones de trabajo el contrato suele implicar inmediatamente el trabajo, y que en consecuencia carece de sentido la representación. Sin embargo, insistimos en que la misma sí sería posible cuando tal inmediatez se rompiera: por ejemplo, en el caso de un contrato de trabajo con término o condición suspensiva en el que las partes acordaran el aplazamiento de sus efectos.

La colocación laboral no se resuelve sólo en el desempeño de funciones "propias" o, en su caso, "impropias" (actos de acompañamiento): conlleva también la realización de un tercer género de cometidos, muy relacionados con el acceso a informaciones relevantes en el desempeño de las funciones de agencia de colocación, que podemos calificar como detección y traslación de informaciones sobre la evolución del mercado de trabajo y la conducta de los demandantes y oferentes de trabajo. En efecto, el conocimiento inmediato y de primera mano que las agencias y las oficinas de colocación obtienen de las demandas y ofertas de trabajo, de cómo las mismas evolucionan territorialmente, por sectores, profesiones, colectivos de trabajadores, modalidades contractuales, etc, convierte a las mismas en una fuente de información del mercado de trabajo de primer orden, y prueba de ello es que la recopilación y registro de información de demandas y ofertas de trabajo ha sido y es una de las funciones características de quien suele asumir tales servicios (tradicionalmente en España las oficinas de empleo, ahora también las agencias de colocación).

---

<sup>22</sup> Es por eso que la doctrina, subrayando la transversalidad o integralidad de las funciones que actualmente desempeñan las agencias de colocación, ha defendido su naturaleza de "verdaderas agencias de empleo"; vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación", *Relaciones Laborales*, 3 (2011), p. 6.

Por supuesto, la información que pueden recabar las agencias y oficinas de empleo en el ejercicio de sus actividades de mediación puede utilizarse no sólo con fines estadísticos o de estudio -con vistas a la elaboración de políticas de empleo o de elaboración de normas- sino también con fines de control, para evitar el incumplimiento de reglas o la vulneración de derechos en el siempre conflictivo y problemático proceso de colocación de los trabajadores. La traslación de información y datos a la Administración laboral con vistas a la adopción de las medidas y sanciones administrativas que corresponda se presenta de este modo como otra importante expresión de la actividad de agencia de colocación. La revelación de la respuesta de los trabajadores respecto de ofertas de colocación realizadas por las empresas, que como es sabido resulta determinante desde el punto de vista del disfrute de las prestaciones de desempleo, es sin duda el ejemplo más elocuente de esta función de control.

Por último, debe tenerse en cuenta que el estado de desarrollo actual de las tecnologías de la información y la comunicación ha propiciado que las operaciones de agencia de colocación puedan llevarse a término a través de internet, mediante aplicaciones o programas que permiten gestionar en red las demandas y ofertas de empleo existentes en el mercado de trabajo, un mercado que por la naturaleza del mecanismo utilizado para interconectar a las partes interesadas adquiere carácter tendencialmente global. Las webs, portales o aplicaciones informáticas con las que se lleven a cabo este tipo de operaciones serán claramente agencias de colocación cuando en su actuación rebasen un nivel de intervención de mero cauce de interconexión inerte o pasiva de demandas y ofertas de trabajo. Así sucederá en efecto cuando el portal o la aplicación informática conlleve la realización de verdaderas actividades de dinamización o motorización en materia de colocación, asumiendo proactivamente tareas como la interpretación, valoración y reconstrucción de las solicitudes para una mejor viabilidad en el mercado de trabajo, diseño personalizado de itinerarios de empleabilidad, con invitación por ejemplo a mejorar la cualificación mediante la derivación a procesos de formación o reciclaje profesional, etc<sup>23</sup>. En estos casos estaremos ante verdadero ejercicio de funciones de agencia de colocación, por lo que será necesario someter a quien haya asumido el desempeño de las mismas a las normas aplicables a las agencias, particularmente la prohibición de cobrar a los trabajadores y la exigencia de autorización administrativa. Así lo establece el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, de Agencias de Colocación, que dice claramente que "deberán solicitar autorización las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos", precisando por cierto que, por el ámbito en que tales entidades extenderán su radio de acción, la autorización siempre "corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal" (art. 3.1)<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Vid. S. del REY GUANTER y J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, "La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías", *loc. cit.*, pp. 715 a 717.

<sup>24</sup> El art. 9.1 *in fine* del RD1796/2010 precisa en todo caso, y por razones obvias, que "las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos estarán exentas de presentar los datos recogidos en la letra e)", relativa a la necesidad de hacer constar en la solicitud de autorización "la ubicación de los centros de trabajo desde donde se va a realizar su actividad".

La cuestión es si las reglas de las agencia de colocación, particularmente las que acaba de mencionarse de exigencia de autorización administrativa y limitación del ánimo de lucro, se aplican a las webs, portales o aplicaciones de internet que facilitan el intercambio de información sobre ofertas y demandas de trabajo de manera pasiva o inerte, sin desarrollo de una función de agencia en sentido estricto. En principio, en la medida en la que, según ya hemos comentado más arriba, estamos ante operaciones de mero soporte o conducción de información acerca de demandas y ofertas de empleo, netamente distintas de lo que constituye propiamente una actividad de dinamización o agencia de colocación o intermediación laboral, parece que no deberían aplicarse a estas actividades las reglas de las agencias de colocación, de modo que no haría falta autorización administrativa e incluso podría cobrarse al trabajador por prestarle el servicio de colgar su demanda en la página de referencia (del mismo modo que le puede cobrar la prensa o un medio de comunicación por hacer pública su oferta para trabajar). Sin embargo, el hecho de que el RD refiera el mandato que establece, particularmente la exigencia de autorización administrativa, a un "supuesto de hecho" que define ampliamente como "casación" de ofertas y demandas de trabajo, permite plantear la posibilidad de extender la aplicación de estas reglas (la de exigencia de autorización administrativa, pero también la de prohibición de ánimo de lucro, y acaso otras) a cualquier actividad de intermediación operada por internet que propicie la referida "casación". Téngase en cuenta que sujetar las operaciones de casación de ofertas y demandas de trabajo llevadas a término por internet a las reglas de las agencias de colocación permite someter a control público un espacio de la colocación de trabajadores que ha ido incrementándose exponencialmente en los últimos años, y que sin duda conviene no dejar de la mano por evidentes razones de interés general, aunque sólo sea para tener información fiable sobre las tendencias de nuestro mercado de trabajo<sup>25</sup> o, sobre todo, para evitar los abusos que secularmente ha querido combatir la regulación de la actividad de intermediación laboral<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Adviértase por ejemplo que el conocimiento por los poderes públicos de la totalidad de las demandas y ofertas de empleo no puede apoyarse sólo en mecanismos como la obligación de comunicar el contenido de los contratos a la oficina de empleo (art. 16.1 ET), el traslado a esta de la copia básica de los contratos que deban hacerse por escrito (art. 8.3 ET), u otras similares (registro público de contratos, altas en la Seguridad Social), toda vez que mediante estos instrumentos sólo se tendrá conocimiento de las operaciones de colocación exitosas, no de las fallidas o frustradas, siendo así que el conocimiento de estas últimas es fundamental a efectos tan importantes como la elaboración estadística de los flujos de demanda y oferta en el mercado de trabajo, o para el control de la protección por desempleo; vid. J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, cit., p. 221.

<sup>26</sup> En este sentido, la doctrina se ha mostrado partidaria de una interpretación extensiva del concepto de intermediación laboral en este terreno capaz de hacer posible la aplicación de las reglas de las agencias de colocación a cualquier género de actividades u operaciones de intermediación llevadas a cabo por internet, incluidas las meramente informativas, aunque en rigor no constituyan intermediación; vid. C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", *La Reforma Laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa* (dir. J. L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2011, pp. 408 y 409.

### *c) Elección del trabajador que ingresa en la empresa*

Un tercer conjunto o tipo de operaciones de colocación viene formado por las decisiones de los contratantes -previas lógicamente y cronológicamente a la contratación misma- en virtud de las cuales se procede a la elección de la contraparte contractual, y en particular aquellas por las que el empresario determina o decide quién es el trabajador con el que concertará la relación laboral, pues en la práctica la sobreabundancia de oferta acostumbra a darse de la parte de la fuerza de trabajo, por lo que la referida facultad electiva suele corresponder al empresario, no al trabajador. Esta premisa de sobreabundancia de trabajadores y escasez de trabajo no sólo determina por cierto a quién corresponden las referidas facultades de elección sino que da cuenta también de un importantísimo efecto presente en la elección de trabajadores, a saber: que la elección de uno suele comportar la exclusión de otros interesados en el contrato. La importancia de este efecto radica como puede comprenderse en que la decisión empresarial de contratar a un trabajador suele dañar los intereses o expectativas de los que quedan fuera del contrato, situación que dispone o abona el terreno a la aparición de tensiones y conflictos.

Ningún problema o conflicto jurídico se suscitara por supuesto si el ordenamiento hubiera confinado plenamente y sin reservas la elección del trabajador en el terreno de la libertad de contratación empresarial. En efecto, si este hubiera sido el caso, la elección de los trabajadores constituiría una actividad de ejercicio libérrimo y discrecional que carecería de todo interés desde el punto de vista del derecho, pues los trabajadores excluidos no tendrían ningún argumento o razón jurídica para tutelar sus intereses o expectativas de contratación laboral. Sin embargo, no sucede exactamente así. Es verdad que, acaso por imperativo de la libertad de empresa, por el hecho de que la misma esté atribuida en régimen de propiedad a su titular, o también por el principio de la autonomía de la voluntad, el dueño de la empresa tiene reconocida la facultad de elegir libremente a sus trabajadores. Pero no es menos cierto que tal libertad no es absoluta. Está sometida a límites, y muchos tienen que ver precisamente con la atribución a los trabajadores de verdaderos derechos subjetivos. Partiendo seguramente de la consideración de escasez de puestos de trabajo y sobreabundancia de demandas de trabajo, de la caracterización del trabajo como cauce fundamental para el desarrollo de la dignidad de la persona -del trabajo como "bien escaso", en definitiva-, consciente al cabo de que por las características del mercado de trabajo la plena libertad de elección empresarial jugando a su suerte y sin contenciones podría dañar intereses que nuestro Estado Social juzga necesitados de tutela jurídica, nuestro sistema ha dotado a los trabajadores de derechos que pueden hacerse valer en el momento en que el empresario toma la decisión de elegir a unos trabajadores y prescindir de otros. Entre ellos, aparte por supuesto del derecho al trabajo y de libre elección de profesión y oficio (art. 35 CE), destacan los derechos fundamentales, y particularmente los de igualdad y no discriminación, intimidad, libertad religiosa e ideológica, libertad de expresión e información, etc. La elección del trabajador no está por tanto completamente al margen de la posibilidad de conflicto jurídico; tendremos ocasión de comprobarlo más adelante, cuando analicemos algunas sentencias en las que los trabajadores han invocado los referidos derechos para atacar las decisiones de contratación de los empresarios.

Tres características más conviene destacar de la decisión empresarial de elección/exclusión de trabajadores respecto del contrato de trabajo que se celebra. La primera, muy obvia, es que se trata de una decisión que corresponde, como es natural, al empresario, no a los agentes que pueden intermediar o colaborar en el proceso de colocación laboral (descontado acaso el supuesto en que el contrato se haya hecho mediante representación, aunque lo cierto es que, en puridad, en este supuesto el sujeto contratante sigue siendo el empresario); las reglas que el ordenamiento pueda dispensar al efecto gravarán por tanto principalmente al empresario, y menos a otros sujetos que puedan participar asumiendo otros cometidos en el proceso de colocación (sólo en la medida, por supuesto, en que éstos intermediadores estuvieran ejercitando efectivamente funciones de selección de trabajadores). La segunda tiene que ver con el carácter puramente subjetivo o psicológico de la decisión empresarial de elegir o preterir a unos u otros trabajadores. Se trata de una circunstancia que da lugar a importantes problemas de prueba a la hora de demostrar si la decisión empresarial vulnera o no determinados derechos fundamentales de los trabajadores ("juicios de intenciones ajenas"), y ha determinado la necesidad de alterar las reglas ordinarias de la carga de la prueba. La tercera conecta con el hecho de que la decisión empresarial de elección de un trabajador es incoercible -no puede imponérsele a un empresario un trabajador que no quiere contratar-, lo que, según veremos, produce importantes consecuencias a la hora de determinar cuáles son los efectos que realmente produce la decisión empresarial de postergar a un trabajador de manera ilícita. De todas estas cuestiones nos ocuparemos en el desarrollo de este trabajo.

#### *d) Los compromisos de contratación futura como actos de colocación laboral*

Un último género de actos forman parte también del complejo o entramado de la colocación laboral, a saber, los precontratos de trabajo y los tratos preliminares. La incardinación de estas figuras en la colocación deriva del hecho de tratarse de verdaderos actos de prefiguración o promoción de la celebración de un contrato de trabajo. Su peculiaridad es el modo en el que se proyecta el nacimiento de este contrato, a saber: mediante la asunción de un "compromiso en derecho". En contraste en efecto con las actividades de colocación de intercambio informativo y agencia e intermediación laboral, en las que el futuro contrato se promociona mediante operaciones de "gestión material" de las demandas y ofertas de trabajo, en el caso que ahora nos ocupa la futura celebración del contrato es llevada al terreno de los compromisos jurídicos, quedando vinculada a una "obligación o deber de contratar".

Aunque nos ocuparemos con más detalle de estos compromisos jurídicos de contratación futura cuando analicemos los límites a la libertad de elección de trabajadores, puesto que en efecto se trata de importantes limitaciones de esta libertad, corresponde ahora precisar que el deber de contratación que se genera en ambos casos no tiene por sí mismo fuerza para determinar la celebración del contrato de trabajo, pues estamos ante una prestación de hacer, y por tanto incoercible, que no puede forzarse mediante "cumplimiento en especie". La futura celebración del contrato derivará por tanto a lo sumo del interés de la parte que corresponda en evitar la responsabilidad por daños y perjuicios que se generará en caso de no hacer el contrato. Y ello con independencia de que en un

caso, el del precontrato, la referida responsabilidad tenga carácter contractual (por incumplimiento de la promesa de contratación) (art. 1101 CC), mientras que en el otro, el de los tratos preliminares, la misma tenga que canalizarse necesariamente como extracontractual (art. 1902 CC), debido a la inexistencia de compromiso contractual de ninguna clase. Téngase presente en efecto que, a diferencia de lo que acontece en el caso del precontrato, en el caso de los tratos preliminares no ha cristalizado un compromiso contractual, habiendo un simple proceso de negociación, ciertamente avanzado, que ha generado unas fundadas expectativas de contratación cuya frustración como consecuencia de la ruptura injustificada y sorpresiva de las mismas es lo que se estima que produce un perjuicio o daño que debe ser reparado mediante indemnización.



## II. PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA COLOCACIÓN DE TRABAJADORES

### 1. Intereses en presencia en los procesos de colocación

La colocación constituye un momento estratégico y decisivo desde muchos puntos de vista. Por un lado, es el trámite que da acceso a los trabajadores a un puesto de trabajo, y no hace falta subrayar lo que esto supone en la vida, el bienestar, la dignidad y las expectativas existenciales de las personas; mucho más, por supuesto, en un sistema productivo terciarizado, globalizado y sometido a cambios tecnológicos y transformaciones permanentes e imparables que, al menos conforme a ideologías como la de "flexiseguridad", tendrá que terminar asumiendo como normales las situaciones de "desempleo de transición" entre contrato y contrato a lo largo de toda la vida profesional de los trabajadores, lo que aumentará la "frecuencia" de las actividades de colocación. Por otro lado, la colocación constituye también un trance crucial para las empresas, pues según funcionen los mecanismos de obtención de trabajadores quedarán o no satisfechos los requerimientos de organización racional y eficiente de las explotaciones. Ni que decir tiene, por supuesto, que en el proceso de colocación - de ajuste, en definitiva, de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo- están implicados también intereses que rebasan la esfera privada o doméstica de empresarios y trabajadores, pues, en efecto, el buen o mal funcionamiento de los mecanismos de colocación repercute -y de manera directa y muy decisiva- sobre el sistema productivo en su conjunto y así sobre el curso de la economía en general.

De modo muy sintético, puede decirse que son dos principalmente los intereses que están presentes en el escenario de la colocación (en muchos casos conformando por cierto una relación de oposición, pero no siempre necesariamente así). Por un lado, el interés en la eficiencia y el buen funcionamiento de los cauces de encuentro entre la oferta y la demanda de trabajo, entendiendo por eficiencia no sólo la rapidez en la obtención de respuesta a las demandas presentadas en el mercado sino también la adecuación de la misma a las características o perfiles de las correspondientes solicitudes. Por otro lado, el interés en la protección específica de la parte que suele comparecer en el mercado de trabajo en una posición de mayor debilidad a la hora de negociar, que puede concederse a los trabajadores. El fin de la eficiencia no justifica en efecto el uso de cualquier medio, pues hay ciertas reglas o derechos de los trabajadores que deben quedar siempre a buen recaudo en los procesos de colocación debido a la posición de especial debilidad o vulnerabilidad de los trabajadores (aunque, como ya hemos apuntado, la eficiencia y la protección de los intereses de los trabajadores no siempre contienden).

En el proceso de colocación -anticipando lo que sucederá posteriormente, una vez iniciada ya la relación laboral- el trabajador se encuentra en efecto en una posición de inferioridad negociadora por dos razones sobradamente conocidas y reiteradas: primero, porque necesita el contrato de trabajo para subsistir, al carecer de riqueza acumulada o excedentaria (patrimonio, ahorro), situación ésta en la que por definición no se encuentra el titular de la empresa; segundo, porque el trabajador suele comparecer en la negociación del contrato en concurrencia con otros trabajadores (sobreabundancia o exceso de oferta de la fuerza de trabajo), lo que, en virtud de una elemental regla de mercado, determina la caída del precio y las condiciones que los trabajadores están en condiciones de exigir individualmente a los empresarios por el trabajo. Tal y como sucede respecto de la relación de trabajo ya perfeccionada, es preciso por tanto que las reglas de colocación que apruebe el legislador incorporen mecanismos de corrección o compensación que eviten que el funcionamiento natural del mercado termine dañando gravemente los intereses de los trabajadores.

Por supuesto, la solución de protección que deben contener estas reglas ha de cumplir unos mínimos criterios de ponderación y proporcionalidad, pues deberá evitarse a toda costa que se dañe el otro objetivo que se está persiguiendo: la eficiencia del sistema de colocación. Precisamente este es el reto que tiene planteado el legislador: regular la actividad de colocación de modo que se llegue a una solución que siendo suficientemente protectora de los trabajadores resulte al mismo tiempo capaz de sostener un sistema eficiente y ágil de colocación que permita a las empresas encontrar rápidamente a los candidatos más adecuados para cubrir sus necesidades de organizar adecuadamente la producción. La tutela de la eficiencia del sistema de colocación, después de todo, no sólo beneficia a la empresa, sino que puede beneficiar también a los trabajadores, pues es obvio que a estos no les resulta indiferente obtener rápida o lentamente empleos o que los mismos sean o no adecuados a sus perfiles. En todo caso, sí es verdad que la protección de los intereses de los trabajadores en los procesos de colocación no puede reducirse a la eficiencia del sistema, pues ésta, aun comportando el efecto de más rápido y mejor hallazgo de ocupación, no puede obtenerse a cualquier precio ni con abstracción completa de los medios que se utilice a tal fin o los efectos que se produzcan sobre determinadas esferas de interés o derechos subjetivos de los trabajadores asalariados<sup>27</sup>.

## **2. La eficiencia como objetivo y principio estructural del sistema de colocación**

Hemos definido la colocación como un conjunto de operaciones de promoción del contrato de trabajo, es decir, una serie de actividades llevadas a cabo -en relación de medio a fin- con el objeto de que las partes terminen estipulando una relación laboral. Por este carácter de actividad medial o instrumental, parece por tanto obvio que el objetivo o finalidad natural de todo "sistema de colocación"

---

<sup>27</sup> Vid. A.J. GALLEGO MORALES, "La emergencia de nuevos agentes en los procesos de colocación. Perspectivas y peligros", *cit.*, pp. 197 y 198.

-entendido como el conjunto de los medios o instrumentos (técnicos, jurídicos, políticos) organizados en un mercado de trabajo con la finalidad de gestionar la colocación- debe ser facilitar o agilizar la celebración de contratos de trabajo. En efecto, el sistema de colocación viene a cumplir, natural o consustancialmente, una especie de cometido de lubricación de los procesos preparatorios de la contratación, buscando reducir al máximo lo que en términos de análisis económico del derecho suele conocerse como "costes de transacción". Partiendo de que el cambio de trabajo por dinero constituye una verdadera actividad de mercado, lo que el sistema de colocación buscaría como objetivo primario -tal objetivo sería precisamente la razón de ser de la implantación del sistema de colocación como tal- sería facilitar la celebración de negocios jurídicos de cambio de trabajo por salario con reducción o minimización de los costes e incertidumbres que siempre conllevan este tipo de transacciones.

Son dos concretamente los objetivos que en este contexto se presentan como característicos, propios o naturales de todo sistema de colocación laboral, a saber: (1) un objetivo, cuantitativo, de reducción de los tiempos de espera en encontrar respuesta a las solicitudes o demandas presentadas por trabajadores y empresarios en el mercado de trabajo; téngase en cuenta que reducir esa espera no sólo es bueno para el trabajador (que anticipa el momento de desempeñar trabajo remunerado) y para la empresa (que cubre primero y por tanto mejor las necesidades de la organización productiva), sino también para el sistema productivo y la sociedad en su conjunto (porque el trabajador deja antes de percibir subsidios u otro tipo de ayudas públicas y en contrapartida mejora su capacidad de consumo y ahorro, o porque la empresa aumenta su productividad al disponer primero de los trabajadores que necesita); (2) un objetivo, cualitativo, de ensamblaje de las ofertas y demandas de trabajo conforme a criterios de "adecuación", en el sentido de que los trabajadores pasen en virtud del contrato a desempeñar puestos o cometidos laborales acordes con su perfil formativo o profesional y las empresas hallen para sus vacantes trabajadores específicamente formados a tales efectos; como puede comprenderse, este objetivo cualitativo de adecuación no es tampoco irrelevante para trabajadores y empresarios, y menos desde el punto de vista del interés del sistema productivo y la sociedad en su conjunto, pues, entre otras cosas, en función de ello quedará o no justificada la inversión efectuada por el sistema público en la educación y la formación de sus ciudadanos.

La consideración de la rapidez y adecuación de contrataciones como objetivos básicos y consustanciales al sistema de colocación aparece expresamente incorporada en las normas de empleo. La vigente Ley 56/2003, de Empleo, define en este sentido en su art. 20.1 la intermediación laboral como "el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan empleo para su colocación" -su "pronta" colocación, cabe sobreentender-, aclarando a continuación que "tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades" (algo muy similar disponía la anterior Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, en su art. 38). Por supuesto, la plasmación a nivel normativo de estos objetivos no es sólo una mera constatación de la evidencia fáctica de que todo sistema de colocación busca

por definición acelerar y adecuar el ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo sino que comporta un efecto añadido de mucha importancia: la consideración de tales fines como propios también del aparato de regulación de la colocación laboral. A partir de ese momento, la rapidez y adecuación de las contrataciones no sólo son por consiguiente una finalidad consustancial o inmanente al hecho de la colocación sino que adquieren expresamente el carácter de verdaderos valores o bienes jurídicos, convirtiéndose en principios estructurales de la regulación de la colocación (de modo que sistema deberá tender por exigencia legal a la consecución de los mismos y además tales principios servirán en todo caso como guías a la hora de la interpretación de las normas)<sup>28</sup>.

El principio de eficiencia del sistema de colocación -definido como capacidad del mismo para propiciar un ajuste rápido y adecuado entre las ofertas y las demandas de trabajo- es por cierto el principal motor de las modificaciones que nuestras normas de colocación han experimentado en los últimos años, tanto en la reforma laboral de 1994 como en las de 2010, 2012 y 2013<sup>29</sup>. La Ley 10/1994, de 19 de mayo, justifica los importantes cambios que introduce en nuestro sistema de colocación (eliminación de la obligación de contratar a través del INEM, legalización de empresas de trabajo temporal y agencias de colocación no lucrativas) en la necesidad de "mejorar" los servicios de colocación haciendo primar la "eficacia" sobre las "inútiles cargas burocráticas" dada su imposibilidad de "abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo, cuya respuesta adecuada requiere la máxima especialización y proximidad a las fuentes de empleo"<sup>30</sup>. Algo parecido vuelve a hacer la Ley 35/2010, de 27 de septiembre, que, buscando "mejorar" de nuevo los

---

<sup>28</sup> Téngase en cuenta en este sentido que la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, incluye entre los fines del Sistema Nacional del Empleo los de "facilitar la información necesaria que permita a los demandantes de empleo encontrar un trabajo o mejorar sus posibilidades de ocupación y, a los empleadores, contratar los trabajadores adecuados apropiados a sus necesidades", y específicamente el de ofrecer un servicio de empleo público y gratuito a los trabajadores que sea "capaz de captar las ofertas de empleo en el mercado de trabajo sobre la base de una atención eficaz y de calidad con vistas a incrementar progresivamente sus tasas de intermediación laboral" (art. 6.1), fines a los que no resulta ajeno, ni mucho menos, el modo en que esté funcionando el sistema de colocación de trabajadores.

<sup>29</sup> Vid. F. PRADOS de REYES, "Nuevos criterios para la ordenación de la intermediación laboral", *Revista de Derecho Social*, 54 (2011), p. 45.

<sup>30</sup> La incapacidad gestora de los servicios públicos de colocación es certificada por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo", *cit.*, pp. 227 y ss, que pone de manifiesto cómo las reglas enormemente restrictivas y desfasadas del sistema de colocación español anterior a la reforma laboral de 1994 no han podido impedir el funcionamiento en la práctica de determinadas instituciones privadas de intermediación laboral más versátiles y funcionales; sea como fuere, la doctrina ha puesto de manifiesto también que a esta situación de ineficacia del sistema público de colocación ha contribuido sin duda el abandono en el que los poderes públicos han llegado a dejar la gestión de la intermediación laboral en los años ochenta, preocupados sobre todo, y casi en exclusiva, de la gestión de las prestaciones de desempleo; sobre el tema se pronuncia contundentemente M. SEVILLA CORELLA, "Intermediación en el mercado de trabajo. Un modelo de gestión pública integrada", *cit.*, pp. 235 y 236; el "desmantelamiento" del INEM y el reparto de las competencias de intermediación laboral y las políticas activas de empleo entre las distintas CCAA han coadyuvado también a la ineficiencia del sistema, debido a los problemas de fraccionamiento y descoordinación de la gestión que ha inducido; *vid.* F. PÉREZ de los COBOS ORIHUEL, "La reforma de la intermediación laboral en España", *loc. ult. cit.*, pp. 523 y 524.

mecanismos de intermediación laboral, termina por legalizar las agencias de colocación con fines lucrativos, en determinadas condiciones y siempre que el precio del servicio no se repercute sobre los trabajadores. Las modificaciones introducidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, cuya expresión más visible es sin duda la legalización de la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal puedan actuar como agencias de colocación, se inscribe también en este objetivo de búsqueda de la eficiencia, pues como dice la Exposición de Motivos de la norma las ETT "se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo"<sup>31</sup>. Y lo mismo cabe decir de los últimos retoques o ajustes del sistema de colocación introducidos por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (antes RD Ley 4/2013, de 22 de febrero), y el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que, respectivamente, potencian la "base de datos común de ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación" (art. 16 Ley 11/2013), y hacen viable -lo que resulta de la máxima importancia- la subcontratación de las operaciones de colocación entre las diversas agencias autorizadas (D. final 2 RD Ley 11/2013). Todas las reformas coinciden por cierto -y esto es fundamental- en identificar sin más la gestión privada como el mejor camino para lograr el objetivo de mejorar la eficiencia del sistema de colocación<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> La asignación a las empresas de trabajo temporal de funciones de agencia e intermediación laboral había venido siendo reclamada por un sector de la doctrina, que ha considerado que en el contexto de la grave crisis económica y de empleo española de los últimos años no deberían desaprovecharse las estructuras consolidadas y acreditadas de dinamización de la colocación y el mercado de trabajo que suponen las empresas de trabajo temporal; *vid.* F. PÉREZ de los COBOS ORIHUEL, "La reforma de la intermediación laboral en España", *Actualidad Laboral*, 5 (2010), pp. 528 y 529, que, casi de manera providencial, propone "una reforma urgente del papel de las empresas de trabajo temporal, pues éstas son, a mi entender —dice el autor— los únicos actores capaces de producir cambios significativos en la intermediación laboral en nuestro país a corto plazo y sin costes significativos" (p. 521).

<sup>32</sup> Se parte en definitiva de que las instituciones clásicas de la colocación laboral ya no sirven para una realidad que se ha vuelto mucho más compleja y que ha desbordado completamente los contornos de su regulación original, debido a la aparición de tipos nuevos de intermediarios, de operaciones de intermediación antes infrecuentes o inéditas, de nuevas interconexiones entre tales operaciones, etc, situación que requeriría adecuar las normas a la realidad normada por el cauce que se considera más ágil y expeditivo, que no es otro que el de la liberalización y privatización progresiva de los servicios de colocación; *vid.* S. del REY GUANTER y J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, "La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías", pp. 707 y 708; crítico con esta tesis, más o menos pacíficamente aceptada como ineluctable, de que la gestión privada de la intermediación laboral constituye la solución a los problemas de eficiencia de nuestro sistema, sin plantearse nunca la mejora decidida de la gestión pública, se ha mostrado J.L. MONEREO PÉREZ, "Política de empleo y migraciones en la Unión Europea", *Derecho Social Comunitario y Derecho del Trabajo* (coord. J. García Murcia), Consejería de Industria y Empleo, Oviedo, p. 90, que considera que en el debate público/privado en la gestión de la colocación se está transitando hacia un "debilitamiento progresivo de la función garantista del Derecho Social del Trabajo".

Nótese en cualquier caso que el argumento "económico" no es el único concernido cuando se analiza el sistema de colocación en términos de eficiencia, pues ésta puede pensarse también como afectando o proyectándose sobre la "realización" efectiva de determinados "principios" y "derechos", tanto de los trabajadores como de los empresarios. El derecho al trabajo o la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE) alcanza sin duda mayores o menores cotas de virtualidad en función del grado de eficiencia que sea capaz de garantizar el sistema de colocación, y lo mismo debe decirse de la libertad de empresa (art. 38 CE). Algo parecido cabe señalar, ahora en el contexto de la Unión Europea, a propósito del principio de libre circulación de trabajadores, que sólo puede realizarse materialmente en la medida en la que los sistemas de colocación de los distintos Estados miembros funcionen de modo eficiente y sean capaces de dar cauce a las distintas ofertas y demandas de trabajo en el ámbito comunitario. La conexión entre la colocación y la libre circulación de trabajadores es de hecho clara en el art. 45.3a TFUE, que afirma que "la libre circulación de trabajadores implicará el derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo" y, particularmente, en el art. 46d TFUE, que, entre las medidas para hacerla efectiva, incluye el establecimiento, mediante directiva o reglamento, de los "mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y demandas de empleo"<sup>33</sup>.

En todo caso, el objetivo de la eficiencia del sistema de colocación conecta también con la orientación que en el ámbito comunitario viene dándose a la política de empleo en el marco de la llamada "estrategia coordinada para el empleo", a la que se refiere el TFUE en los arts. 145 a 148, y con la que se busca la aproximación al objetivo del "pleno empleo" (art. 3.3 TUE) o al menos un "nivel de empleo elevado" (art. 9 TFUE) mediante mecanismos de cooperación entre los Estados miembros (y con las instituciones comunitarias) (art. 5 TFUE) no invasivos y respetuosos con las competencias de los Estados en la materia (art. 147 TFUE). Las directrices y recomendaciones comunitarias de política de empleo resultantes de las referidas prácticas de coordinación son los instrumentos en los que al final se han ido plasmando indicaciones sobre la conveniencia de mejorar la eficiencia de los sistemas de colocación de los Estados miembros, como medida capital en la lucha contra el desempleo y la deficiente asignación de recursos humanos en el mercado de trabajo. Así, por ejemplo, la Decisión del Consejo de 15 de julio de 2008 (2008/618/CE), en la que se aprueban las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2008-2010, establece el objetivo de "modernización y fortalecimiento de las instituciones del mercado de trabajo, especialmente de los servicios de empleo, con objeto de garantizar una mayor transparencia de las oportunidades de empleo y formación a escala nacional y europea" de modo que "los mercados de trabajo que funcionen correctamente" (Orientación número 20). Se trata de una indicación que está en línea con lo que desde el año 2000 han venido estableciendo otras muchas directrices y recomendaciones con vis-

---

33

A estos mecanismos, cuyo exponente institucional acaso sea la Oficina Europea de Coordinación de ofertas y demandas de empleo en el ámbito comunitario (Red EURES, Carta 2010/C 311/05), se refiere actualmente el Reglamento UE 492/2011, de 5 de abril de 2011, que es la norma que sustituyendo al anterior Reglamento 1612/1968, se ocupa actualmente de la libre circulación de trabajadores.

tas a mejorar la eficacia de los sistemas de colocación: modernización de los servicios públicos de empleo, fijación de plazos máximos para la gestión de demandas de trabajo, mejora de la coordinación entre gestores públicos y privados, perfeccionamiento de las bases de datos sobre empleos, mejora tecnológica de los sistemas de gestión de la intermediación laboral<sup>34</sup>.

El compromiso de nuestro sistema de colocación con el objetivo de la eficiencia se ha traducido por otra parte en la aprobación de determinadas reglas, la articulación de instrumentos o la adopción de cierto tipo de medidas de garantía de calidad en su funcionamiento. Dejando al margen las decisiones de privatización progresiva de la actividad de intermediación que hemos visto que han introducido las sucesivas reformas de nuestro sistema de colocación (legalización de la intermediación privada, actuación lucrativa, posibilidad de que puedan asumir estas funciones las empresas de trabajo temporal, autorización de la subcontratación), y que responden sin duda a esta finalidad, la búsqueda de la calidad/eficiencia se advierte también, por ejemplo, en la dotación del "Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo", configurado como "un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada y compatible", "será el instrumento técnico que integrará la información relativa a la intermediación laboral, la gestión de las políticas activas de empleo y la protección por desempleo que realicen los Servicios Públicos de Empleo en todo el territorio del Estado", y que, entre otras cosas, "garantizará que se lleven a cabo de forma adecuada las funciones de intermediación laboral" y "el registro de las personas demandantes de empleo" de manera unitaria en la totalidad del territorio nacional y "sin barreras territoriales" (art. 7bis.c Ley 56/2003)<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> La conexión de las medidas que proponen los referidos instrumentos en materia de política de empleo con el objetivo de la eficiencia de los sistemas de colocación, referida además específicamente al caso español, es muy clara, por ejemplo, en la Recomendación del Consejo al Reino de España de 22 de julio de 2003, en la que se habla de la necesidad de modernizar los servicios públicos de empleo españoles con objeto de "aumentar la eficiencia de los servicios públicos de empleo y su capacidad de mediación en el mercado de trabajo"; más extensamente sobre el tema, vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "La política de empleo comunitaria", *Transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español* (Dir. J. García Murcia), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 610 y ss.

<sup>35</sup> Véase también el RD 1722/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la Ley de Empleo en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo; en general, la eficiencia del sistema de colocación reclama la vertebración del mismo como una realidad cuyas múltiples partes han de estar adecuadamente ensambladas y/o coordinadas; vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma de la intermediación laboral", *Relaciones Laborales*, 21-22 (2010), p. 154.

Están estrechamente conectados también al fin de funcionamiento eficiente y a la calidad del sistema de colocación los principios de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo que proclama el art. 8 de la Ley 56/2003, donde tras hablarse de nuevo de "la creación, explotación y mantenimiento de un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada y compatible" (lo que permitirá llevar a cabo de forma adecuada las funciones de intermediación laboral sin barreras territoriales") se introducen tres importantes indicaciones en la materia: (1) la necesidad de que exista "una base de datos común, Portal único de Empleo, que posibilite la difusión de ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes (en España y toda la UE)<sup>36</sup>; (2) la mención de que la colaboración de sujetos privados "se orientará en función de criterios objetivos de eficacia, calidad y especialización en la prestación del servicio encomendado"; (3) la apelación al "principio de calidad", para cuya realización se favorecerá -se dice- "el impulso y la permanente mejora de los servicios públicos de empleo para adaptarse a las necesidades del mercado de trabajo, con aprovechamiento de las nuevas tecnologías como elemento dinamizador del cambio y la dotación suficiente de recursos humanos y materiales que posibiliten una atención especializada y personalizada tanto a los demandantes de empleo como a las empresas"<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> La redacción de este inciso proviene del RD Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que además obliga expresamente a los Servicios Públicos de Empleo —y en particular a los autonómicos— a "registrar todas las ofertas y demandas de empleo en las bases de datos del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo" con objeto de que el SPEE pueda "garantizar la difusión de esta información a todos los ciudadanos, empresas y administraciones públicas como garantía de transparencia y unidad de mercado" so pena de congelar el libramiento de los fondos de intermediación laboral de las CCAA en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales (nuevo art. 14.3 Ley 56/2003).

<sup>37</sup> En coherencia con estas previsiones, la normativa específica de intermediación laboral ha establecido reglas como la de necesidad de regulación por reglamento "de un sistema telemático común que permita integrar el conjunto de la información proporcionada por el Servicio Público de Empleo Estatal y los servicios de las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación autorizadas de manera que puedan conocer en todo momento las agencias que operan en su territorio" (art. 21bis.3 Ley 56/2003), o que las agencias de colocación "dispongan de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo" (art. 21bis.4d Ley 56/2003); de ambos extremos se ocupa también el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, de agencias de colocación (arts. 5m y 6); deben tenerse en cuenta también la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y el RD 1722/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la Ley de Empleo en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo; la eficiencia del servicio de colocación está siempre presente en todas las normas referidas.



El compromiso del sistema con el objetivo de la eficiencia, que alcanza incluso a la gestión económica del servicio<sup>38</sup>, queda en todo caso de manifiesto también a través de los "indicadores de eficacia" que las normas de empleo establecen en relación al funcionamiento de las instituciones e instrumentos a los que se fía el desempeño de las tareas de colocación. Es buena muestra de ello la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que encarga al Gobierno "el establecimiento de indicadores de eficacia de las agencias privadas de colocación" (Disposición final tercera). Éstos, que han sido finalmente aprobados por RD 1796/2010, de 30 de diciembre, de Agencias de Colocación, aparecen referidos a criterios como "el número de personas atendidas", "personas atendidas pertenecientes a colectivos con dificultades de inserción", "ofertas y puestos de trabajo captados como resultado de su actividad de intermediación", los "cubiertos con las personas atendidas como resultado de su actividad de intermediación", o el número de los "contratos suscritos por las personas atendidas" (Disposición adicional primera)<sup>39</sup>.

### 3. Intervención pública de la colocación de trabajadores

Es una constante en los sistemas de colocación de trabajadores de nuestro entorno, y una característica muy acusada del nuestro, el sometimiento a intervención por parte de los poderes públicos. Hablamos, por supuesto, de una intervención intensa o cualificada, que rebasa la mera actividad de regulación jurídica -la aprobación de reglas de derecho constituye también un modo de intervención pública- y que se manifiesta principalmente a propósito de un tipo concreto de operaciones de colocación: las de agencia. En efecto, de los diversos tipos de actos que integran el complejo de la colocación, la intervención pública de que hablamos se pone de manifiesto ante todo respecto a las actividades de agencia, y no de otro tipo, lo que, por cierto, nos pone sobre la pista de cuáles pueden ser las razones de tal intervención pública y también el alcance y límites de la misma.

---

<sup>38</sup> Es sintomática en este sentido la regla que introduce el RD Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, sobre formalización conjunta por todos los servicios públicos de empleo, estatal y autonómicos, de acuerdos marco para la obtención de contratos de servicios en mejores condiciones económicas, regla que queda incorporada en la Disposición Adicional 32 de la Ley de Contratos del Sector Público, y cuyo contenido literal es el siguiente: "La Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos de contratación competentes de las Comunidades Autónomas, así como de las entidades y organismos dependientes de ellas e integrados en el Sistema Nacional de Empleo, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse todos los contratos de servicios de características homogéneas (y cuyo objeto sea) facilitar a los Servicios Públicos de Empleo la intermediación laboral", a condición de "que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada".

<sup>39</sup> Se trata, en todo caso, de manifestaciones de un "compromiso formal" con el funcionamiento adecuado y eficiente de los servicios públicos de empleo, no de un verdadero "compromiso material", que habría reclamado medidas más audaces y en todo caso más costosas para las arcas públicas; en este sentido, vid. F.J. CALVO GALLEGO y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal", *Temas Laborales*, 107 (2010) pp. 308 a 312; C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", *cit.*, pp. 364ss; es partidario también de reformar y mejorar el funcionamiento del servicio público de empleo E. ROJO TORRECILLA, "Servicios públicos de empleo. Una mejora inaplazable para afrontar el presente y el futuro", *Relaciones Laborales*, 14 (2010).

Son principalmente tres las circunstancias que explican la intervención pública de la colocación, en particular como decimos de aquellas operaciones consistentes en la prestación de servicios de mediación o agencia por terceras partes a empresarios y trabajadores. Una es que estas actividades tienen una incidencia directa y determinante nada más y nada menos que en la distribución o suministro a los ciudadanos de un bien muy escaso, disputado y de enorme trascendencia personal y social como es el trabajo, bien para cuyo acceso se han dotado además en nuestro ordenamiento derechos como puedan ser, entre otros, la libre elección de profesión u oficio o la no discriminación e igualdad de oportunidades. La necesidad de tutelar adecuadamente estos derechos y hacer posible una distribución adecuada del trabajo entre todos los ciudadanos justificaría la intervención pública de la mediación laboral.

La referida intervención pública guarda relación también, sin duda, con la innegable repercusión de las operaciones de intermediación laboral sobre la organización y productividad de las empresas, y a escala más general con el ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, y así el buen funcionamiento del sistema productivo y la economía en su conjunto. Hemos señalado ya que a la empresa no le es indistinto el tiempo que se consume en hallar trabajadores para los puestos que haya que cubrir ni el tipo de trabajadores, más o menos adecuados técnicamente, que pueda encontrarse a tales efectos; y hemos visto que ello también repercute de manera muy clara sobre el sistema productivo y la economía en general. La intervención pública de los servicios de intermediación laboral, mejorando los engranajes de la colocación, sirviendo para obtener y tratar información muy valiosa sobre el comportamiento y las tendencias del mercado de trabajo (lo que hará posible decantar racionalmente los flujos de demanda de trabajo y configurar el sistema educativo y de formación profesional de una manera adecuada), u orientando el sistema hacia la búsqueda de la eficiencia, se justificaría en este contexto por la finalidad última -de interés general- de mejorar los mecanismos de abastecimiento de trabajadores por las empresas y de optimizar el funcionamiento del mercado de trabajo y la productividad de nuestra economía.

Pero, sobre todo, la intervención pública de las actividades de colocación e intermediación laboral guardaría relación con la necesidad de tutelar adecuadamente los intereses y derechos de los trabajadores asalariados en un momento crítico, como es el de búsqueda de ocupación en el mercado de trabajo, en el que quedaría exacerbada su posición de contratantes débiles. Por las razones a las que ya se ha hecho referencia más arriba (caracterización del contrato como única fuente de la renta de subsistencia del trabajador, sobreabundancia de oferta de fuerza de trabajo), la fase de la colocación constituye un momento de singular exposición del trabajador al padecimiento de todo tipo de abusos, según acredita la experiencia histórica: el nepotismo y la actuación arbitraria, o el sometimiento del trabajador a tasas o precios desorbitados, son algunos de los excesos típicos de la gestión privada de la colocación que suelen citarse como ejemplos clásicos de abuso sobre los trabajadores y que sin duda han contribuido a ubicar la colocación en el nodo de la cuestión social.

Esta especial situación habría hecho conveniente una fuerte intervención por parte de los poderes públicos para conjurar eficazmente este tipo de riesgos<sup>40</sup>.

Es preciso señalar en cualquier caso que las circunstancias apuntadas -escasez del trabajo, organización del mercado laboral y el sistema productivo conforme a criterios de racionalidad y eficiencia, y protección del trabajador como contratante débil- no son las únicas que explican el interés del Estado por la colocación. Al lado de tales razones, utilitarias o pragmáticas si se quiere, aparecen también en ocasiones otras razones ideológicas o de base o principio. Comprobaremos a continuación cómo la ideología corporativista y especialmente el nacional sindicalismo -que vienen a concebir el trabajo, más que como una actividad rigurosamente privada, como un fenómeno público, conectado o que incluso tiende a confundirse con el funcionamiento mismo de la sociedad política- se encuentran sin duda en la base del sistema de monopolio público de la colocación que se consagra en España durante el régimen franquista, y que curiosamente perdurará en nuestro país hasta el año 1994.

#### *a) Interdicción de la actividad privada y monopolio público de la colocación*

Durante un primer y amplio periodo de la evolución de la legislación laboral la intervención pública de la colocación adopta en nuestro país un formato de "intervención máxima" que comporta la total prohibición de la iniciativa privada en las tareas de intermediación laboral y la atribución de las mismas en exclusiva al aparato del Estado, hasta el punto de que toda demanda y oferta de trabajo, incluidas las que los contratantes podrían querer tramitar directamente y sin intermediación, tiene que canalizarse a través del servicio público de colocación<sup>41</sup>. El inicio de este periodo viene marcado por la Ley de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931, que aprobará un modelo de gestión pública que alcanzará sus máximas cotas de intervención en la Ley homóloga de 1943, y llegará finalmente a la Ley Básica de Empleo y al Estatuto de los Trabajadores de 1980, permaneciendo

---

<sup>40</sup> Junto con las típicas prácticas de nepotismo, arbitrariedad, actuación discriminatoria o imposición de precios abusivos por la gestión de las demandas de trabajo, se ha atribuido también a la gestión privada no controlada de las agencias de colocación otras conductas abusivas tan llamativas como "la obligatoriedad de aceptar el alojamiento y la manutención en las dependencias pertenecientes a las agencias"; *vid.* J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, *cit.*, p. 343.

<sup>41</sup> La doctrina ha diferenciado en efecto dos niveles de "intervención máxima" o monopolización pública de la colocación, a saber: el que simplemente implica la prohibición de intermediación privada (participación de terceros que se intercalan entre los contratantes para facilitar la celebración del contrato), compatible con la autogestión de la colocación por empresarios y trabajadores, y el más intenso que incluso suprimiría esta última posibilidad, imponiendo a las partes contratantes la obligación de canalizar sus ofertas y demandas de trabajo por el cauce público establecido al efecto; *vid.* J.L. GARCÍA NINET, "La colocación en la Ley Básica de Empleo", *RSS*, 12 (1981), p. 119.

vigente hasta la Reforma Laboral de 1994, que rompe el monopolio público de la colocación al legalizar la autogestión, las empresas de trabajo temporal y las agencias de colocación no lucrativas<sup>42</sup>.

Debe decirse que el alto el nivel de intervención pública de la colocación que consagran estas normas, particularmente la Ley de 1943, no se desprende necesariamente de los importantes convenios de la OIT en la materia que España ratifica en la primera mitad del siglo XX, a saber: el Convenio OIT 34 (1933), sobre agencias retribuidas de colocación, y el Convenio OIT 88 (1948), sobre el Servicio de Empleo. Estos convenios buscan simplemente la racionalización y el control de los procesos de colocación, el mejor funcionamiento de los mercados de trabajo, y en todo caso la protección de los trabajadores en el acceso a la ocupación, imponiendo al efecto dos exigencias fundamentales: (1) prohibir la realización de actividades de intermediación por sujetos privados en régimen lucrativo, salvo excepciones controladas, y someter en todo caso a control la actividad de las agencias de colocación cuando la misma se desempeñe de manera no lucrativa (arts. 2 a 4 Convenio 34); y (2) garantizar el mantenimiento de un servicio público de colocación (art. 1 Convenio 88).

Los referidos Convenios se decantan así por la intervención y control público de la colocación pero no por un monopolio absoluto de la misma, de lo que es prueba sobre todo la posibilidad que se reconoce de que pueda desempeñarse en régimen privado a condición de que se haga sin fin de lucro (o excepcionalmente incluso de manera lucrativa) y con sometimiento a ciertos límites o controles. Esta posibilidad se volverá por cierto mucho más evidente en el Convenio OIT 96 (1949), sobre agencias retribuidas de colocación (revisado), que abre de manera expresa la posibilidad de una gestión lucrativa en el campo de la intermediación laboral siempre que se cumplan ciertos límites y controles administrativos<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> La maximización de la intervención pública de la colocación llega al paroxismo en determinados ámbitos sectoriales, como es el trabajo agrícola, en el que, por las particularidades del sector (altos niveles de paro rural, necesidad de distribución del empleo agrario conforme a criterios sociales y equitativos), no es ya que los trabajadores y los empleadores tengan que canalizar necesariamente sus demandas y ofertas de trabajo utilizando los servicios públicos de colocación, sino que se les impone contratar a quien se postule como primer postor a través de los referidos cauces oficiales: en efecto, el Decreto de 26 de marzo de 1936, de colocación de obreros agrícolas, de acuerdo con la posibilidad prevista en el art. 13 de la Ley de Colocación Obrera de 1931, declara obligatorio, tanto para patronos como para obreros agrícolas, acudir a las oficinas y registros de colocación y aceptar los primeros los obreros que se les designen y los segundos los empleos que se les ofrecen; vid. A. MARTÍN VALVERDE, "Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola", AS, 3 (1977), p. 137.

<sup>43</sup> Vid. J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, cit., p. 208.

Cabe así decir que, aun influida sin duda por los referidos convenios internacionales, la regulación española de la colocación en el periodo que va de 1931 a 1994 rebasa con creces los niveles de intervención pública programada en los citados convenios, pues, como ya hemos dicho, llega a imponer un régimen de monopolio público absoluto en el que toda demanda y oferta de trabajo debe ser tramitada a través de las oficinas públicas de empleo y en el que la gestión privada de la intermediación laboral ni siquiera está permitida en régimen no lucrativo. No es por cierto como ya hemos apuntado la Ley de Colocación Obrera de 1931 la norma que marca el nivel máximo de esta intervención, pues en la misma, pese a proclamarse que la "colocación obrera" se organiza "bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo" con el carácter de "nacional, pública y gratuita" (art. 1), sigue reconociéndose un margen para la gestión privada de la intermediación laboral, a través principalmente del reconocimiento de las agencias de colocación "no comerciales" (art. 2) y de la posibilidad de contratar al margen de las oficinas públicas de empleo. También el Decreto de 6 de agosto de 1932, que aprueba el Reglamento de Colocación Obrera de la Ley de 1931, dice claramente que "por regla general, salvo para efectos estadísticos o en casos especiales ni patronos ni obreros están obligados a acudir con demandas u ofertas de trabajo a los Registros y Oficinas públicas de Colocación" (art. 4)<sup>44</sup>.

La culminación de la intervención pública de la colocación laboral se lleva a término en la Ley de 10 de febrero de 1943, sobre colocación de trabajadores (primeros años de dictadura franquista), en la que se establece con toda claridad la doble regla de prohibición de toda gestión privada, aun no lucrativa, de la colocación y de necesidad de canalización de las demandas y ofertas de trabajo a través de las oficinas públicas de empleo. En efecto, por un lado, dice esta ley que "los Servicios de Colocación, en sus distintos ámbitos jurisdiccionales, serán desempeñados por las correspondientes Oficinas, quedando prohibida la existencia de agencias u organismos privados de cualquier clase dedicados a la colocación" (artículo tercero); por otro lado, la norma dispone igualmente que "las empresas estarán obligadas a solicitar de las Oficinas de Colocación los trabajadores que necesiten, los que, a su vez, tendrán obligación de inscribirse en la Oficina de su domicilio cuando hayan de solicitar ocupación" (artículo quinto)<sup>45</sup>. Lo mismo viene a establecer el Reglamento Orgánico de los

---

<sup>44</sup> Los "patronos", continúa la norma, "podrán contratar la mano de obra que necesiten por los procedimientos usuales, que no se opongan a las prescripciones de este Reglamento"; en cuanto a los "obreros", dice la norma que "les asiste el derecho de procurarse trabajo por los medios que consideren de mayor eficacia", concluyéndose que "habrán de ser los mismos Registros y Oficinas quienes, por la acertada orientación que sigan y los útiles rendimientos que logren, se ganen la confianza de las partes interesadas, produciéndoles el convencimiento de que les será provechoso servirse de los mecanismos oficiales de colocación"; vid. VVAA, *La legislación social en la Historia de España* (de la Revolución Liberal a 1936), Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 823.

<sup>45</sup> Quedaba garantizada en todo caso, por supuesto, la libertad de los contratantes –particularmente de la empresa– para no realizar el contrato de trabajo con quien no desearan, pues la intermediación de los servicios públicos de colocación no pasaba del nivel de formulación de meras propuestas o invitaciones a contratar, nada más; vid. T. SALA FRANCO, *La libertad empresarial de contratación*, MTSS, 1980, pp. 91 a 94.

Servicios de Colocación Obrera, aprobado por Decreto de 9 de julio de 1959 (arts. 3, 52 y 53), que en todo caso abre la posibilidad de que las empresas no soliciten trabajadores a través de las Oficinas de Colocación en algunos supuestos, como la contratación de personal eventual por menos de 5 días, personal directivo, personal técnico colegiado o parientes próximos del empresario (art. 57)<sup>46</sup>.

Esta regulación de máxima intervención pública, en la que se rebasan como decimos las exigencias de control público de los convenios de la OIT, sólo alcanza a entenderse cabalmente en el contexto de los valores ideológicos que rodean al trabajo en la España de principios del siglo XX y las particulares circunstancias de las primeras décadas de la dictadura franquista<sup>47</sup>. El Fuero del Trabajo de 1938, en el que se realizan afirmaciones sobre el trabajo tales como su carácter de "participación del hombre en la producción", irreductibilidad "a un concepto material de mercancía", imposibilidad de "ser objeto de transacción incompatible con la dignidad personal de quien lo preste" o "deber impuesto al hombre por Dios, para el cumplimiento de sus fines individuales y la prosperidad y grandeza de la Patria", constituye una buena muestra de la presencia de la ideología nacionalsindicalista en las normas laborales de esta época, incluidas por supuesto las encargadas de regular la colocación laboral<sup>48</sup>.

Por todo ello, es llamativo que las reglas, impropias de una economía de mercado, continúen manteniéndose vigentes, durante no pocos años, incluso tras la entrada en vigor de las primeras normas laborales españolas de la democracia<sup>49</sup>. Significativamente, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, prohíbe con carácter general "la existencia de agencias privadas de colocación de cualquier clase y ámbito funcional que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo" (art. 16.2), disponiendo además que "los empresarios están obligados a solicitar de las

---

<sup>46</sup> Vid. J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, cit., p. 211.

<sup>47</sup> Vid. F.J. SÁNCHEZ PEGO, "Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral", *Documentación Laboral*, 43, p. 100.

<sup>48</sup> Así lo atestigua el preámbulo de la Ley de colocación de trabajadores de 1943, que, "dando efectividad a las declaraciones contenidas en el del Fuero del Trabajo" dice aprobar una ley que supera "la concepción del trabajo como mercancía y, por tanto, sometido a la oferta y la demanda".

<sup>49</sup> Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, "El papel de los servicios públicos de empleo: un debate pendiente", *Relaciones Laborales*, I (1987), pp. 47 y ss.

Oficinas de Empleo los trabajadores que necesiten", aunque es verdad que esta misma norma admite la "contratación directa" cuando no existiese oficina de empleo en la localidad, cuando ésta no facilitara al empresario el trabajador solicitado en el plazo de 3 días o, en todo caso, cuando el empresario hubiese desechado el candidato o candidatos propuestos por aquella (aparte de que estas exigencias se sorteaban en la práctica mediante las llamadas "ofertas nominativas de empleo", hechas a la medida de un contrato ya consensuado)(art. 16.1)<sup>50</sup>. Lo mismo dispone la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (arts. 40 y 42), que en todo caso añade algo que no decía el art. 16 ET: que "los trabajadores -no sólo las empresas- estarán obligados a inscribirse en las Oficinas de Empleo cuando hayan de solicitar ocupación". No es arriesgado decir que si este sistema de monopolio público de colocación se ha mantenido durante tanto tiempo es porque ha carecido de virtualidad efectiva (por divorcio entre la norma y la realidad normada)<sup>51</sup>, y de ello es prueba el hecho de que las excepciones legales a la contratación mediada por los servicios públicos hayan terminado canalizando la mayor parte de las colocaciones efectuadas en el marco del mismo<sup>52</sup>; aunque lo cierto es que, y no sin razón, la tardanza en la renovación o modificación de las obsoletas reglas de colocación españolas se ha imputado también a la preferencia del legislador de los años ochenta por plantear la batalla frente al desempleo en frentes más directos y efectistas, como el de las modalidades contractuales, en especial la contratación temporal, y las medidas de fomento del empleo<sup>53</sup>.

#### *b) 1994: rebaja de la intervención pública y liberalización de la colocación*

No será sino hasta la Reforma Laboral de 1994 cuando el sistema de colocación español experimente una inflexión de acusado signo liberalizador y privatizador y de la que se seguirá la desaparición del tradicional monopolio público de los servicios de colocación<sup>54</sup>. Hemos visto ya que la búsqueda de la eficiencia es una de las razones que, según se hace constar expresamente en las Exposiciones de Motivos de las normas de reforma laboral de 1994, justificaría la decisión política de liberalizar y privatizar los servicios de colocación, en el doble supuesto de que las oficinas públicas no funcionaban adecuadamente y de que la mejor solución para esta disfuncionalidad pasaría necesariamente por sustituir la gestión pública por otro tipo de gestión más liberalizada y con mayor

---

<sup>50</sup> Vid. A.L. de VAL TENA, "La intermediación en el empleo: un aspecto de la reforma del mercado de trabajo", *cit.*, p. 203.

<sup>51</sup> Vid. S. del REY GUANTER y J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, "La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías", *cit.*, pp. 699 y 701 y ss.

<sup>52</sup> Vid. J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, *cit.*, pp. 214 y ss.

<sup>53</sup> Vid. J. CRUZ VILLALÓN, "El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores", *Temas Laborales*, 32 (1994), p. 16.

<sup>54</sup> Vid. F.J. CALVO GALLEGOS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal", *cit.*, p. 307.

peso de la participación privada. Por supuesto, la mejora de la eficiencia no ha sido el único argumento esgrimido para cambiar tan radicalmente la regulación de nuestro sistema de colocación. Con cierta frecuencia se ha dicho también, por ejemplo, que la regulación tradicional de la colocación en España estaba completamente al margen de la realidad de las relaciones de trabajo, pues de hecho se había venido tolerando el funcionamiento de agencias privadas de colocación en la clandestinidad y los empresarios estaban contratando en la mayoría de los casos a los trabajadores sin utilizar el cauce preceptivo de las oficinas públicas de empleo, que se habrían limitado a sancionar o formalizar una colocación previamente ejercitada y completada al margen de ellas (las "ofertas nominativas" ejemplifican adecuadamente esta situación)<sup>55</sup>. La liberalización de la colocación y la admisión de las empresas de trabajo temporal y las agencias de colocación simplemente habría representado la legalización o regularización de una situación de facto ya consumada<sup>56</sup>.

En todo caso, buena parte de los argumentos de legitimación del nuevo régimen de colocación que se insta en España con la Reforma Laboral de 1994 vienen de la mano de la pertenencia de la misma a la Unión Europea y el establecimiento del Mercado Único<sup>57</sup>. El principio comunitario de libre competencia e interdicción de los monopolios es una de las razones que llevan a cuestionar la asignación en exclusiva de los servicios de intermediación laboral a las Administraciones de los distintos Estados miembros, y de ello es buena prueba la conocida serie de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que los monopolios públicos de colocación son cuestionados por considerarlos prácticas de abuso de posición dominante en el mercado, particularmente cuando resultan ineficientes<sup>58</sup>. Además, la pertenencia de España a la Unión Europea ha provocado en cierto modo también

---

<sup>55</sup> Vid. D. TOSCANI GIMÉNEZ, "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", *CEF-Trabajo y Seguridad Social*, 335 (2011), p. 133.

<sup>56</sup> La reforma de las normas de colocación era en este sentido algo casi inevitable; vid. J. GARCÍA MURCIA, "Una primera aproximación a la Ley 10/1994 y normas concordantes: las nuevas normas sobre colocación y cesión de trabajadores", *Temas Laborales*, 31 (1994), p. 4.

<sup>57</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "El nuevo régimen de las agencias...", *cit.*, p. 4.

<sup>58</sup> Las sentencias de referencia son como es sabido la "Macrotron", de 23 de abril de 1991, y la "Job Centre", de 11 de diciembre de 1997; en ambas viene a sostenerse que la actividad de mediación laboral debe someterse a las reglas de libre competencia en la medida en la que se parte de que los servicios de colocación equivalen claramente a "empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general", empresas que, de acuerdo con lo establecido en el art. 86 TCE (actualmente 106.2 TFUE), "quedan sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia", por lo menos "en la medida en la que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada"; en las referidas sentencias, el TJCE viene a decir que el monopolio público de los servicios de colocación, respectivamente en Alemania y en Italia, constituye una situación de abuso de posición dominante en el mercado contraria a la libre competencia que no puede encontrar justificación en el citado "cumplimiento de la misión específica de los servicios de colocación", máxime cuando uno de los objetivos primordiales de tal misión específica es el de la eficiencia y ha quedado demostrado que la gestión en monopolio público de los servicios de colocación por tales países ha resultado claramente ineficaz; extensamente sobre el tema, vid. J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, *cit.*, pp. 174 y ss.



La liberalización de los servicios de mediación laboral por otro motivo: el mercado único. La desaparición de las fronteras entre los Estados de la Unión Europea ha determinado en efecto que, por la necesidad de salvaguardar la competitividad de la economía y las empresas españolas, la eficiencia de nuestro sistema de colocación haya tenido que ser mejorada, y en particular que ello se haya hecho por la vía de la liberalización y privatización de tales servicios, en la medida en la que en muchos países comunitarios tales servicios ya se estaban prestando en régimen privado y lucrativo, y según parece con mayor eficiencia que en nuestro sistema<sup>59</sup>.

La liberalización y privatización de los servicios de colocación en España no ha sido seguramente ajena tampoco a la adopción del Convenio OIT 181 (1997), sobre agencias de empleo privadas, que, superando la regulación del anterior Convenio OIT 96 (1949), donde se había reconocido muy tímidamente la posibilidad de una gestión privada y lucrativa de los servicios de intermediación laboral, se muestra definitivamente partidario de dar mayor protagonismo a este modo de gestionar la colocación. En efecto, el Convenio OIT 181 (1997), tras referirse en el preámbulo a "la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo" y reconocer abiertamente que "el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del Convenio de 1949", o hablar del "papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el funcionamiento del mercado de trabajo", abre expresamente en su parte dispositiva la posibilidad de agencias de empleo privadas y lucrativas (incluyendo por cierto en este concepto genérico también a las empresas de trabajo temporal), con independencia, por supuesto, del sometimiento de las mismas a controles y exigencias públicas como la previa autorización administrativa, la garantía de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, la protección de los datos de carácter personal, la no repercusión de coste a los trabajadores por los servicios prestados o la necesidad de información y colaboración con los servicios públicos de empleo de los distintos Estados<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Puesto que la colocación está fuera del ámbito de la armonización de legislaciones internas, tratándose de una materia que no puede homogeneizarse normativamente por medio de directivas, los Estados con sistemas de colocación más protectores o intervenidos públicamente han tenido que "soltar lastre" para que sus economías no perdieran competitividad con otras que en este aspecto, por tener una gestión privatizada y más eficiente, registran menores costes para las empresas, que tardan menos tiempo en encontrar trabajadores más adecuados para los puestos de trabajo a cubrir (del mismo modo que los trabajadores pierden menos tiempo en encontrar un trabajo adecuado a su perfil profesional); vid. C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI y R. CRISTÓBAL RONCERO, "Las empresas de trabajo temporal como agentes de la intermediación laboral", *Comentario a la Reforma Laboral de 2012* (coord. A. Montoya Melgar y J. García Murcia), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, p. 25.

<sup>60</sup> Otra prueba más de la inclinación del Convenio OIT 181 (1997) por la gestión privada de la colocación laboral es la prohibición, o al menos limitación evidente, que el mismo proclama expresamente, de que los Estados restrinjan o circunscriban tal modo de gestión, pues tales restricciones sólo se permiten, según dispone la norma en su art. 2.4a) "en determinadas circunstancias" y "respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica", nunca con carácter general.

De la Reforma Laboral de 1994 resulta así un sistema de colocación en el que cabe la intervención privada y en el que las demandas y ofertas de trabajo no tienen que canalizarse necesariamente a través de los servicios públicos de empleo, pero en el que no desaparece, ni mucho menos, la intervención pública. Ésta, simplemente, cambia de intensidad, se atenúa, pero sigue existiendo (porque siguen haciéndolo las circunstancias que la justifican). Los servicios públicos de empleo continúan de hecho existiendo e interviniendo activamente en el proceso de colocación, sea desempeñando funciones de intermediación, ahora sólo cuando los interesados así lo soliciten voluntariamente, sea en todo caso cumpliendo un importantísimo cometido de control y seguimiento público de las actividades privadas de colocación laboral (ejercitando funciones de autorización de las agencias de colocación, colaborando con las mismas, obteniendo y tratando informaciones sobre demandas y ofertas de trabajo con fines estadísticos y de control de cumplimiento del ordenamiento jurídico). No podía ser de otra manera, pues la dotación de un servicio público de colocación es una exigencia del Convenio OIT 88 (1948), que obliga a los Estados a "garantizar el mantenimiento de un servicio público de empleo", como ya sabemos. En este sentido, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, dice también con toda claridad que "con independencia del agente que la realice, la intermediación laboral tiene la consideración de un servicio de carácter público" (art. 20.3).

La expresión normativa que más claramente sintetiza el doble carácter, público y privado, del sistema de colocación resultante acaso sea el art. 22.3 de la Ley 56/2003, según el cual "los servicios públicos de empleo asumen la dimensión pública de la intermediación laboral", lo que quiere decir que la intervención pública, existiendo y siendo necesaria, no abarca la realidad completa de la intermediación laboral, sino que se limita a su "dimensión pública", es decir, aquellos aspectos en que se hace más evidente la necesidad de tutelar un interés general (vgr., cuando está en juego la eficiencia del sistema de colocación o la protección de trabajadores). Partiendo de esta base, es obvio que la tarea que corresponde acometer es la de definir o asignar los espacios de intervención pública, y así por tanto, reflejamente, los que quedan libres a la gestión privada en materia de colocación. Esta importante y decisiva operación debe en todo caso llevarse a cabo a la luz del vigente régimen de colocación, según resulta de las últimas modificaciones introducidas primero por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, y el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (que deroga el anterior de 5 de mayo de 1995, primer reglamento de agencias de colocación en España), luego por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y, en menor medida, por la Ley 11/2013, de 26 de julio, y el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto.

### *c) Dimensión pública de la colocación laboral a la luz de la normativa vigente*

Atendiendo a lo que disponen las normas vigentes, los espacios o expresiones concretas de intervención pública de la colocación de trabajadores son los siguientes: (1) dotación de un aparato administrativo de colocación o, como dice literalmente el Convenio OIT 88 (1948) que lo exige, "un servicio público de empleo" consistente en "un sistema nacional de oficinas de empleo sujeto al control de una autoridad nacional" capaz de garantizar la "eficacia de la contratación y la colocación de tra-

bajadores"; en este mismo contexto de vertebración de una estructura o tejido público de colocación se inscribe sin duda también la exigencia de establecer "un sistema telemático común que permita integrar el conjunto de información" de que dispongan los servicios públicos de empleo y las agencias privadas de colocación (Ley 56/2003, art. 21bis.3); (2) asignación al servicio público de colocación de un cometido de autorización o licencia previa como requisito para que las operaciones de intermediación laboral puedan acometerse a través de la iniciativa privada, lo que viene a significar que en este terreno no rige el principio de está permitido todo lo que no está prohibido (vinculación negativa de la iniciativa privada) sino el inverso de que está prohibido lo que no está permitido (vinculación positiva de la iniciativa privada) [arts. 21 y 21bis 2 Ley 56/2003 y art. 4 Convenio OIT 181 (1997)]; veremos más adelante que esta importantísima regla puede suscitar problemas de compatibilidad con las exigencias comunitarias de libre prestación de servicios, incorporadas a nuestro ordenamiento por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; (3) reserva a los servicios públicos de empleo, en tanto sea posible, del "proceso específico de selección y casación entre oferta y demanda de trabajo" (art. 22.2 Ley 56/2003); (4) retención por el aparato público de colocación de las competencias de recepción, centralización y tratamiento de informaciones sobre ofertas y demandas de trabajo y sobre el comportamiento del mercado de trabajo con fines estadísticos, de política legislativa y de control de cumplimiento de las normas vigentes (art. 21bis 4.a Ley 56/2003) [art. 6 Convenio OIT 88 (1948)]; se incardinan aquí en todo caso las funciones de colaboración con las agencias privadas que la legislación vigente reconoce a los servicios públicos de empleo y que permiten a estos un contacto directo y el control más estrecho de aquellas (art. 22.3 Ley 56/2003); (5) compromiso con la consecución de los objetivos de eficiencia y tutela de los trabajadores, especialmente los más desfavorecidos, en los procesos de colocación (encaja aquí, por ejemplo, la exigencia de llevar a cabo acciones específicas para lograr la inserción laboral de colectivos con especiales dificultades de empleo y que, por la escasa rentabilidad que comporta la gestión de sus demandas de trabajo, suelen quedar fuera del ámbito de actuación de las agencias privadas de colocación) (arts. 21bis, 4c y 22.2 Ley 56/2003) [art. 7 Convenio OIT 88 (1948) y art. 5.2 Convenio OIT 181 (1997)]; (6) atribución a la Administración de empleo de competencias de sanción administrativa en incumplimientos de colocación e intermediación laboral [art. 14 Convenio OIT 181 (1997)].

Es importante subrayar que la participación de los servicios públicos en la colocación se expresa en el ejercicio de competencias autorizatorias o de control pero también en la actuación como verdaderos gestores de la intermediación laboral, ahora previa solicitud voluntaria de empresarios y trabajadores, pues, aunque los contratantes no tienen que encauzar sus ofertas necesariamente a través de las oficinas de colocación, pueden hacerlo si lo desean. Bien es verdad que incluso en estos supuestos hay situaciones en las que la utilización del cauce público se vuelve preceptivo para los contratantes, por razones específicas de interés general. El empresario, por ejemplo, necesita acudir a la oficina de empleo para la contratación de trabajadores en el marco de la relación de trabajo

especial de minusválidos en centros especiales de empleo<sup>61</sup>; o en todo caso para contratar extranjeros extracomunitarios, pues sólo mediante la presentación de la oferta de trabajo en la oficina pública de empleo puede acreditarse que no existe un nacional interesado en suscribir la oferta de trabajo realizada<sup>62</sup>. El trabajador, por su parte, debe recurrir también al cauce de la oficina de empleo en el ámbito de ciertas relaciones especiales de trabajo<sup>63</sup>, o, en todo caso, aunque no sea estricta-

---

<sup>61</sup> El RD 1368/1985, de 17 de julio, dice en efecto que “los titulares de los Centros Especiales de Empleo deberán solicitar de la correspondiente Oficina de Empleo los trabajadores minusválidos que pretendan emplear, describiendo detalladamente en las ofertas que formulen, los puestos de trabajo que vayan a cubrir, las características técnicas de los mismos y las circunstancias personales y/o profesionales que deben reunir los trabajadores” y que “recibidas las ofertas la Oficina de Empleo recabará de los Equipos Multiprofesionales informes sobre los trabajadores que, encontrándose inscritos como demandantes de Empleo, se adecuen a las características del puesto de trabajo”, facilitando a las Empresas “los trabajadores que estén en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate” (art. 4.2).

<sup>62</sup> Actualmente se refiere a esta posibilidad el art. 65.2 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; la norma considera en efecto “que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno”; a tal fin exige al empresario “presentar una oferta de empleo en los Servicios Públicos de empleo, que estará formulada de forma precisa y ajustada a los requerimientos del puesto de trabajo, sin contener requisitos que no tengan relación directa con su desempeño” y señala que el Servicio Público de empleo en el que se haya presentado la oferta, en el marco de sus competencias en materia de intermediación laboral, “la gestionará promoviendo el contacto entre el empleador y los demandantes de empleo que se adecuen a los requerimientos de la misma”, dando publicidad de la misma “durante un período de tiempo de al menos quince días (...) en cualquiera de los espacios públicos destinados a la difusión de ofertas de que disponga el Servicio Público de Empleo, a fin de que los trabajadores que residen en cualquier parte del territorio español puedan concurrir a su cobertura”; “transcurridos veinticinco días desde la presentación de la oferta por el empleador, éste deberá comunicar al Servicio Público de Empleo el resultado de la selección de candidatos que se ha presentado para cubrir los puestos de trabajo vacantes”, que emitirá, “si procede, la certificación de insuficiencia de demandantes en un plazo máximo de cinco días contados a partir de la comunicación por parte del empleador del resultado de la selección”; el certificado “deberá contener información que identifique al empleador y la oferta y número de puestos de trabajo ofertados y de trabajadores puestos a disposición del empleador” e “incluirá igualmente la cifra de inscritos como demandantes de empleo para la ocupación de que se trate y una valoración sobre si se trata de una ocupación que podría ser cubierta por personas inscritas como demandantes de Empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de Empleo”.

<sup>63</sup> Así acontece, de nuevo, en la relación de trabajo especial de los minusválidos en centros especiales de empleo, respecto de la que el RD 1368/1985, de 17 de julio, determina que “los minusválidos que deseen acceder a un empleo en un Centro Especial de Empleo, deberán inscribirse en las correspondientes Oficinas de Empleo”, que “clasificarán los demandantes de empleo protegidos en razón al tipo y grado de minusvalía de que estuvieran afectos y al grado de capacidad de trabajo que se les hubiera reconocido por los Equipos Multiprofesionales” (art 4); la obligación del trabajador de inscribirse en la oficina de empleo, en unos registros especiales habilitados al efecto, también aparecía en el RD Ley 2/1986, de 23 de mayo, regulador del servicio público de estiba y desestiba de buques, pero esta regla, que ya había sido suprimida en 1994 (disp. adic. 7 Ley 10/1994, de 19 de mayo), ha desaparecido ya definitivamente tras la derogación del RD Ley 2/1986 por la Ley 33/2010, 5 agosto.

mente preceptivo en términos de colocación, para beneficiarse de las ventajas específicas que aparecen asociadas a la inscripción como demandante de empleo en las oficinas públicas<sup>64</sup>. Sea como fuere, puesto que es evidente que el conocimiento por los servicios públicos de empleo de las demandas y ofertas de trabajo, y de la respuesta de aquellas a éstas, resulta crucial a efectos de elaboración de estadísticas del mercado de trabajo, o para evitar la percepción fraudulenta de prestaciones de desempleo, el ordenamiento exige que las agencias de colocación den cuenta periódicamente a los Servicios Públicos de Empleo, "exclusivamente por medios electrónicos", de las informaciones que tengan acerca de estos extremos (art. 21bis 4.a Ley 56/2003 y art. 5m del RD 1796/2010, de 30 de diciembre)<sup>65</sup>.

Nótese en cualquier caso que la actuación de los servicios públicos de colocación como intermediarios laborales, aun no siendo preceptiva, puede resultar muy conveniente -lo es de hecho, sin ninguna duda- cuando se trate de trabajadores con especiales dificultades para encontrar ocupación (discapacitados, por ejemplo), que tienden a quedar fuera del circuito económico-lucrativo de la gestión privada de la colocación por el carácter no rentable de los servicios que puedan prestárseles<sup>66</sup>. La suerte de estos trabajadores en el mercado de trabajo ha sido de hecho uno de los debates que ha suscitado la privatización de la intermediación laboral en España, pues se albergaba el temor de que en régimen privado sus demandas de trabajo no serían gestionadas como exige su situación de desventaja social de partida. Admitiendo este hecho, el debate parece haberse saldado finalmente asignando a los servicios públicos de empleo la gestión de las demandas de colocación de estos trabajadores, entendiendo que la privatización de la gestión de la intermediación laboral permitirá una liberación de recursos públicos que podrán destinarse más eficientemente a servir los particulares intereses de tales trabajadores. El resultado sería una especie de distribución de competencias

---

<sup>64</sup> La inscripción en las oficinas públicas de empleo es precisa, por ejemplo, a efectos de obtención de prestaciones, subsidios y otro tipo de ayudas de desempleo; para beneficiarse de las bonificaciones que los programas de fomento del empleo suelen vincular a determinado tipo de contratos, sobre todo cuando se conciertan con personas de colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo; o también para poder participar en los programas públicos de formación profesional y en particular en Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo; vid. A. MARTÍN VALDERDE y J. GARCÍA MURCIA, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo (vol. I), Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 862 y 863.

<sup>65</sup> Sobre esta cuestión, vid. F. VALDÉS-DAL RÉ, "Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo (I)", Relaciones Laborales, 2 (1995), pp. 5 y 6; J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, La intermediación en el mercado de trabajo, cit., pp. 263 y 264.

<sup>66</sup> Vid. F. PRADOS de REYES, "Nuevos criterios para la ordenación de la intermediación...I", cit., p. 55.

de gestión de los servicios de colocación según tipos de trabajadores<sup>67</sup>: el común de los trabajadores verían sus demandas eficientemente gestionadas en régimen privado y lucrativo; de las que quedarán fuera de este circuito por no resultar rentable económicamente se ocuparían los servicios públicos de empleo<sup>68</sup>. Como hemos visto, el criterio no es ajeno ni mucho menos a la vigente regulación de la colocación, en la que resulta claro el compromiso con los demandantes de empleo más desfavorecidos, respecto de los que se proyectan acciones específicas de inserción y colocación laboral al margen de las que puedan ofrecer en condiciones normales las agencias y sujetos privados) (arts. 21bis, 4c y 22.2 Ley 56/2003) [art. 7 Convenio OIT 88 (1948) y art. 5.2 Convenio OIT 181 (1997)]<sup>69</sup>.

#### *d) Autorización administrativa previa y libertad de empresa y de prestación de servicios*

No cabe duda de que la expresión más acusada y característica de la intervención pública en el ámbito de la colocación es el sometimiento de las actividades de mediación laboral a autorización administrativa previa, algo que, como hemos dicho ya, viene a suponer nada más y nada menos que la sustitución en este ámbito de la regla liberal básica de que está permitido todo lo que no está prohibido por la contraria de que está prohibido lo que no está permitido. Si además se entiende que la mediación laboral constituye un servicio o actividad económica más, susceptible de ser asumida por cualesquiera agentes económicos, la exigencia de autorización previa puede verse también como un claro desafío a uno de los principios básicos de la economía de mercado: la libertad de empresa. De hecho, así ha sucedido efectivamente, bien es verdad que en el contexto de una especificación un tanto particular de esta libertad, concretamente el de la libertad de prestación de servicios del Derecho Comunitario. En efecto, partiendo de la base de que los servicios de intermediación laboral pueden constituir una verdadera actividad económica, susceptible de explotación lucrativa, se ha llegado a

---

<sup>67</sup> Queda así de manifiesto una importante característica de la "relación" o "modo de articulación" de la gestión pública y privada de la colocación, a saber: que no es "competitiva" sino de "colaboración o coordinación", en este caso expresada a través de la "distribución" de territorios o campos operativos; vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "El nuevo régimen de las agencias...", cit., p. 5.

<sup>68</sup> Crítica con este efecto de "reparto de gremios" entre gestores públicos y privados de intermediación laboral se muestra G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, "La intermediación laboral tras la Ley 35/2010 y la Ley 3/2012", *Documentación Laboral*, 95-96 (2012), p. 112.

<sup>69</sup> Este criterio de articulación "complementaria" entre gestión pública y gestión privada de la intermediación laboral puede verse por ejemplo en M.E. CASAS BAAMONDE y M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "La ruptura del monopolio público de la colocación: colocación y fomento del empleo", *Relaciones Laborales*, I (1994), pp. 252 y 253.

---

plantear si el sometimiento de las iniciativas privadas a autorización administrativa previa no constituiría una exigencia contraria a la libertad de empresa y la libre prestación de servicios comunitaria<sup>70</sup>.

El reconocimiento de la posibilidad de que las agencias privadas de colocación desempeñen sus cometidos con fin lucrativo (y también la inclusión en los mismos por cierto de las actividades de orientación profesional y selección de personal), o aun de que las ETT puedan desempeñar funciones de agencia, refuerza la clara deriva de la vigente regulación de las agencias de colocación, marcada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, el nuevo Reglamento de agencias de colocación (RD 1796/2010, de 30 de diciembre), y últimamente por la Ley 3/2012, de 6 de julio, e incluso el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, hacia el objetivo de la liberalización de la intermediación laboral. En un contexto así, seguramente distinto al previamente conformado en el tiempo del RD 735/1995, de 5 de mayo, hay seguramente menos razones para entender que la exigencia de autorización administrativa previa a las agencias de colocación contraviene las reglas de libre prestación de servicios, aunque es verdad que también podría decirse que la mayor liberalización del régimen de las agencias de colocación, y específicamente el reconocimiento de que la actividad pueda desempeñarse con fin de lucro o incluso por ETT, nos acerca más a la consideración de las mismas como actividad económica, y por tanto a la necesidad de aplicar más intensamente las reglas de libre prestación de servicios. Sea como fuere, hemos de señalar que el calado que tiene la exigencia de autorización administrativa previa en la normativa vigente es seguramente mucho menor del que tenía con anterioridad, lo que vuelve a ponernos en situación de considerar que hoy la referida exigencia resulta compatible con los principios de libertad de empresa y libre prestación de servicios<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> La doctrina ha planteado la cuestión en relación al caso —un tanto particular, todo hay que decirlo— de las empresas de recolocación, cuya tarea consiste, como es sabido, en gestionar la obtención de un nuevo empleo para quienes resultan excedentes en procesos de reestructuración empresarial, pues debe tenerse presente que el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, declara aplicable en su integridad la normativa de agencias de colocación a la actividad de las referidas empresas (art. 2.2); en este sentido, C. SÁEZ LARA, “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas Laborales*, 107 (2010), dice que el sometimiento de la prestación de servicios de outplacement a una previa autorización administrativa debe compatibilizarse necesariamente con las exigencias que impone la normativa sobre liberalización de servicios, siendo necesario que se justifique el régimen de autorización previa en una razón imperiosa de interés general, o, aún mejor, que la referida autorización administrativa previa se sustituya por un control a posteriori de declaración responsable y simple comunicación previa (p. 358).

<sup>71</sup> Vid. C. SERRANO FALCÓN, “Servicios públicos de empleo y agencias de colocación”, *cit.*, pp. 390 y 391.

A la autorización administrativa previa se refiere inicialmente el art. 16.2 ET, y ya en esta primera disposición queda de manifiesto que no se trata de una exigencia irrestricta, entre otras cosas porque el poder que se confiere a los Servicios Públicos de Empleo de "autorizar (...) la existencia de agencias de colocación" se somete a límites y criterios ("en las condiciones que se determinan en la Ley 56/2003", dice el art. 16.2). Esta idea inicial de contención a la hora de establecer la exigencia de referencia está presente también en la misma Ley 56/2003, de Empleo, que se encarga de garantizar que la autorización sea única (es decir, concedida con independencia de los distintos tipos de actividades u operaciones efectuadas: intermediación, selección, orientación profesional)<sup>72</sup>, también válida en todo el territorio nacional (evitando a la agencia tener que reiterar la solicitud), y sobre todo, tras la Ley 3/2012, accesible por "silencio positivo" en aquellos casos en que haya incumplimiento de los plazos legales de respuesta a las solicitudes de autorización: "el vencimiento del plazo máximo del procedimiento de autorización sin haberse notificado resolución expresa al interesado supondrá la estimación de la solicitud por silencio administrativo" (art. 21 bis.2)<sup>73</sup>.

La ponderación de la exigencia de autorización administrativa previa queda en todo caso de manifiesto en la norma que se ocupa de su regulación en detalle: el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, de agencias de colocación. Tras decir que la autorización administrativa de las agencias de colocación se debe a "tratarse de un servicio de carácter público" (art. 3.1) -justificación con la que el legislador marca los límites funcionales de la exigencia que nos ocupa, circunscribiéndola ya de algún modo-, el Reglamento de agencias de colocación exige presentar con la solicitud una documentación mínima [memoria-proyecto técnico de gestión, centro o locales de desarrollo de la actividad (salvo cuando el servicio se preste exclusivamente por medios electrónicos), actividades a desarrollar, previsiones de dotación de personal o descripción de los sistemas informáticos] de muy fácil cumplimiento, y prueba de ello es que la acreditación del cumplimiento de las obligaciones y requisitos fiscales, societarios y de aptitud para contratar con la Administración puede hacerse simplemente en virtud de "una declaración responsable" del solicitante (art. 9). La decisión de la autoridad competente no es por otra parte como ya hemos dicho discrecional sino que está sometida a criterios

---

<sup>72</sup> Vid. C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", *cit.*, pp. 391 y 392.

<sup>73</sup> Adviértase por cierto que estamos hablando exclusivamente de las "agencias autorizadas", es decir, aquellas que una vez obtenido el pertinente permiso desempeñan sus actividades de intermediación laboral de manera completamente autónoma, y actualmente incluso con ánimo de lucro, y no de las llamadas "agencias colaboradoras"; estas últimas, por cumplir determinadas condiciones especiales (incluida la preceptiva autorización), y tras haber suscrito un convenio de colaboración con los servicios públicos de empleo (art. 21bis 1 y 5 Ley 56/2003), operan como verdaderas entidades colaboradoras de estos, gozando de atribuciones de las que carecen las agencias meramente autorizadas, pero teniendo a cambio que actuar de acuerdo con las condiciones establecidas en el convenio de colaboración; señaladamente, no pueden tener fin lucrativo, al menos en la parte de acciones que desempeñan como agencia colaboradora (pues puede haber adquirido esta condición tanto una agencia no lucrativa como una agencia con ánimo de lucro), beneficiándose a cambio de ayudas y financiación de los servicios públicos de colocación (arts. 16 a 20 del RD 1796/2010, de 30 de diciembre); *vid.* C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", *cit.* pp. 367ss.



objetivos (solvencia técnica, adecuación de los locales y el equipamiento, experiencia previa)<sup>74</sup>, fijándose para la misma además un plazo máximo de 3 meses, a cuyo término la solicitud deberá reputarse estimada por silencio positivo, de conformidad con lo que también hemos visto que dispone el art. 21bis.2 de la Ley 56/2003. La moderación de la exigencia de autorización queda también de manifiesto en lo relativo a los efectos que se asigna a la misma, pues una vez obtenida tendrá una validez de 5 años, al término de los cuales procederá la renovación automática -ya con carácter definitivo- simplemente acreditando (los servicios públicos de empleo, no los interesados, según parece) que se mantienen las circunstancias y requisitos que justificaron la concesión inicial (art. 12)<sup>75</sup>.

Dos consideraciones específicas más procede hacer a propósito del régimen de autorización de la actividad de agencia de colocación en nuestro sistema, que, por cierto, vuelven a poner de manifiesto la benignidad o suavidad de sus reglas respecto a la iniciativa privada. La primera es que, como ya se ha apuntado aquí, la actividad que se permite desempeñar tras la obtención de la autorización no es exclusivamente de intermediación laboral o "valoración de los perfiles, conocimientos, aptitudes 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", sino en general de "desarrollo de actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo tales como orientación e información profesional y con la selección de personal" (art. 21.bis.1 Ley 56/2003 y 2.1 RD 1796/2010, de 30 de diciembre)<sup>76</sup>. La autorización, por tanto, una vez obtenida, apodera a su titular para ejercitar una gran variedad de operaciones de colocación; en este punto, las reglas actuales contrastan con las que estaban vigentes antes de la Ley 35/2010, que imponían rigurosamente la exigencia de que las agencias de colocación se dedicaran exclusivamente a operaciones de inter-

---

<sup>74</sup> Vid. C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", cit., pp. 393 y 394; G.M. SOBRIÑO GONZÁLEZ, "La intermediación laboral tras la Ley 35/2010 ...", *loc. cit.*, p. 115; parte de la doctrina ha criticado tales criterios al entender que en los mismos sobreabundan los conceptos indeterminados, lo que facilitaría la discrecionalidad administrativa en la decisión autorizatoria; vid. F. PRADOS de REYES, "Nuevos criterios para la ordenación de la intermediación laboral", *cit.*, p. 56.

<sup>75</sup> La autorización administrativa, por otra parte, una vez obtenida, no queda a merced del libre albedrío de la Administración que la otorga; la retirada de la misma sólo es posible por determinadas causas, y siempre debe practicarse o llevarse a cabo "por resolución motivada del órgano competente", "previa comunicación a la agencia del acuerdo adoptado" y "el correspondiente trámite de audiencia" (art.14).

<sup>76</sup> Aunque lo cierto es que alguna doctrina ha entendido que estos cometidos podrían asumirse por las agencias de colocación ya en el marco de la regulación inicial de 1994, toda vez que, a diferencia de las empresas de trabajo temporal, las agencias de colocación no estarían sometidas a exclusividad en el desempeño de sus funciones, algo por otra parte completamente contrario a la realidad de la actuación de las mismas; vid. J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, cit., p. 131.

mediación laboral, y no de otra naturaleza<sup>77</sup>. No se incluye por cierto la formación entre estas tareas. Parece que con ello quiere mantenerse disociadas las actividades de formación e intermediación laboral, evitando la práctica, muy extendida, de que las entidades y centros de formación se ocupen complementariamente de la gestión del ingreso en el mercado de trabajo de los alumnos que cursan estudios en ellas, a través por ejemplo de bolsas de trabajo<sup>78</sup>; claro que, invirtiendo los términos, podría interpretarse también que lo que esta opción supone no es que los centros de formación no puedan realizar operaciones de intermediación, sino que, caso de realizarlas, las reglas y exigencias establecidas en la normativa de agencias de colocación se les aplicaría no respecto a las tareas propiamente formativas, pero sí respecto de la intermediación<sup>79</sup>.

En cuanto a la segunda consideración, es que entre las personas que pueden obtener la autorización para ejercitar funciones de agencia de colocación se incluyen las llamadas empresas de recolocación y actualmente también las empresas de trabajo temporal. Las primeras son entidades que realizan operaciones de agencia e intermediación laboral en supuestos de reestructuración de empresas (art. 51.10 ET y 20.2 de la Ley 56/2003, de Empleo, y RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión

---

<sup>77</sup> Se quiere seguramente con ello garantizar las sinergias que produce la unificación en unas mismas manos de la gestión de un conjunto de operaciones ciertamente distintas (*ordo idearum*) pero no separables (*ordo rerum*), y cuyas conexiones se han hecho más evidentes en un mercado de trabajo terciarizado, informatizado, internacionalizado y en constante crisis que demanda mecanismos eficientes de readaptación y recolocación para unos trabajadores que tendrán que experimentar en su carrera laboral frecuentes vicisitudes de cambio de empresa y pérdida y adquisición de sus contratos de trabajo; vid. J.I. GARCÍA NINET y J.L. SALIDO BANÚS, "Intermediación laboral y agencias de colocación y recolocación privadas", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 24 (2011), p. 17. vid. también J.R. MERCADER UGUINA, "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *Revista de Trabajo y Seguridad social*, 14 (1994), pp. 27 y 28.

<sup>78</sup> Adviértase que en el trasfondo de la cuestión puede haber una pugna de intereses entre los centros de formación, a los que interesa sin duda asumir cometidos de intermediación laboral por evidentes razones de mercado, sobre todo los de carácter privado, y las entidades que podrían beneficiarse de la atribución en exclusiva a las agencias de colocación de las funciones de agencia de colocación, que tras la última reforma laboral han quedado claramente identificadas: las empresas de trabajo temporal.

<sup>79</sup> El sentido de la norma sería en esta interpretación el de deshacer las tesis o posiciones que han postulado la no aplicación de las normas de agencia de colocación cuando las operaciones de intermediación laboral se llevaran a cabo por centros de formación como complemento de una actividad esencial y/o fundamentalmente de formación; es una tesis que se ha originado en el contexto del art. 40.2 de La Ley Básica de Empleo, que según algunos autores sólo prohibiría las agencias de colocación cuando su actividad se ciñera exclusivamente al desempeño de tareas de intermediación laboral, no cuando estas se realizaran conjuntamente con otras como, por ejemplo, las de formación, lo que, según esta interpretación, convertiría en lícita la práctica de las bolsas de empleo asociadas programas formativos o gestionadas por ciertas entidades o centros de formación; vid. C. ALVARELLOS GALVE, *La Ley Básica de Empleo, Texto y Comentarios*, Ministerio de Trabajo, 1981, p. 167; también sobre la cuestión, vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo", *La Reforma del mercado de trabajo...*, op. cit., p. 243.

de contratos y reducción de jornada), aunque lo cierto es que también pueden actuar -lo han venido haciendo, de hecho- en extinciones individuales<sup>80</sup>. Según el art. 51.10 ET su existencia es obligada en despidos que afecten a más de 50 trabajadores, pues dispone que estos casos la empresa "deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas", plan que será diseñado para un "periodo mínimo de 6 meses" y "deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo" (el RD 1483/2012 contiene el desarrollo de estas previsiones); cuando el despido afecte a 50 o menos trabajadores el plan de recolocación ya no es preceptivo, y tampoco por supuesto que tenga que ejecutarse por una empresa de recolocación. Nos encontramos en todo caso ante una importante exigencia de externalización de las operaciones de recolocación que forzosamente garantiza y promocionará la existencia de este tipo de empresas<sup>81</sup>.

La actividad de las empresas de recolocación es verdadera agencia o intermediación laboral, según aclara el art. 20.2 de la Ley 56/2003, que dice expresamente que "se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación". Consecuentemente, deben aplicársele las reglas de las agencias de colocación (autorización administrativa, gratuidad para el trabajador, igualdad y no discriminación, etc). Sin embargo, es verdad que, como el propio art. 21bis de la Ley 56/2003 aclara, "las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad a la que se refiere el art. 20.2" (que acabamos de transcribir). La particularidad o especialidad de las operaciones de recolocación tiene que ver forzosamente con la asunción del coste de los servicios de intermediación laboral por la empre-

---

<sup>80</sup> Vid. C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", *cit.*, p. 397; parece obvio que cuando la empresa de recolocación opere en extinciones individuales la gestión efectuada continuará siendo intermediación laboral, por lo que deberán aplicárseles las reglas de las agencias de colocación, pues como agencias de colocación estarán operando al desempeñar aquellas actividades; no comparte esta interpretación G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, "La intermediación laboral tras la Ley 35/2010..." *cit.*, p. 114, para quien las empresas de recolocación "que vayan más allá en su campo de actuación proporcionando programas individuales (...) o aquellos de la índole que sean contratados unilateralmente por el empresario, una vez más se encontrarán en los límites de la anomia legal".

<sup>81</sup> Vid. C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI y R. CRISTÓBAL RONCERO, "Las empresas de trabajo temporal como agentes de la intermediación laboral", *cit.*, p. 46.

sa que cesa a los trabajadores<sup>82</sup>, y no por la nueva empresa que los contrata, como sucedería en condiciones normales<sup>83</sup>. Ello provoca una importante ventaja comparativa de los trabajadores afectados por reestructuraciones empresariales respecto de los demandantes de empleo ordinarios, pues la contratación de aquellos resultará menos costosa para las empresas que quieran hacerse con sus servicios, que se ahorrarán los costes de los servicios de intermediación laboral<sup>84</sup>. Realmente, con estas medidas se promociona el empleo de los trabajadores que han perdido su ocupación en determinadas condiciones (despidos masivos) frente a quienes lo han perdido en otras circunstancias o en todo caso frente a los demandantes de primer empleo<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo", *La Reforma del mercado de trabajo...op. cit.*, p. 240; precisamente la imputación del coste de estos servicios a la empresa que cesa a los trabajadores puede dar lugar a una implicación muy activa de la misma en proporcionar un nuevo empleo a los afectados, al menos en la medida en que la solución del problema de la desocupación de los trabajadores determine una reducción de los costes de recolocación que debe soportar la empresa; esta relación entre recolocación exitosa y reducción de los costes de recolocación se aprecia muy claramente en el contexto, por ejemplo, de la novedosa obligación de hacer aportaciones económicas al Tesoro Público a cargo de las empresas de más de 100 trabajadores que, sin incurrir en pérdidas, hagan despidos colectivos de trabajadores de 50 o más años, pues la referida aportación queda desactivada precisamente en la medida en la que los trabajadores afectados por los despidos vayan siendo objeto de recolocación, lo que necesariamente ha de mover a la empresa a promocionar la recolocación efectiva de los mismos (Disposición Adicional 16 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, y RD 1484/2012, de 29 de octubre, que desarrolla el régimen de estas aportaciones, en redacción dada por RD Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo).

<sup>83</sup> Vid. J.R. MERCADER UGUINA, "La intermediación en el mercado de trabajo...", *cit.*, p. 31.

<sup>84</sup> Sobre los efectos beneficiosos de la recolocación, tanto para empresas como para los trabajadores despedidos, e incluso para el sistema de protección de desempleo, por el ahorro que conlleva la pronta reubicación en el mercado de trabajo de quien ha generado prestaciones de desempleo, *vid.* C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", *cit.*, p. 399.

<sup>85</sup> Podría decirse en consecuencia que los procesos de recolocación son buenos para la empresa que cesa a los trabajadores, que no sólo se desprende de ellos sino que mantiene su "imagen social", e incluso un buen clima interno; buenos para los trabajadores cesados, que en una tesitura de despido ven más expeditas las posibilidades de encontrar una nuevo trabajo; buenos para el sistema de protección por desempleo, que puede ahorrarse una buena parte del pago de las prestaciones; y bueno en fin para la empresa que contrata nuevamente a los trabajadores, que se beneficia de una gestión eficiente, y cabe pensar que ágil, que le permite encontrar los trabajadores que necesita sin asumir coste ninguno de colocación; son todos estos factores sin duda los que han provocado el auge de la recolocación (outplacement) en los últimos años, y su definitiva implantación en nuestro derecho positivo; pero debe tenerse claro que quien realmente sufre o asume los costes de esta novedosa institución son los demandantes de primer empleo, o en todo caso los trabajadores afectados por despidos colectivos en que no se hayan asumido compromisos de recolocación por las empresas que los hayan cesado; sobre el tema, *vid.* C. SAEZ LARA, "Espacio y funciones de las empresas de recolocación", *Temas Laborales*, 107 (2010), pp. 338 y ss.

En cuanto a la actuación de las ETT como agencias de colocación, se trata de una posibilidad que aparece reconocida en nuestro ordenamiento desde la Ley 3/2012 (y antes el RD Ley 3/2012). Por supuesto, las ETT tendrán que cumplir los requisitos y las condiciones legalmente exigidas a las agencias de colocación para actuar como tales (art. 16.3 ET, art. 1 LETT y art. 21bis.2 Ley 56/2003). ¿También la de obtener una autorización administrativa? Sí. Pese a contar con autorización, la propia de las empresas de trabajo temporal, el ejercicio de funciones de agencia de colocación exige actualmente la tramitación íntegra y la obtención de la que el ordenamiento impone a estas últimas<sup>86</sup>. En este punto la Ley 3/2012 ha endurecido las condiciones de autorización de ejercicio de actividades de agencia de colocación que dispuso inicialmente el RD Ley 3/2012<sup>87</sup>, que partiendo de la base de que las ETT habrían obtenido ya una previa autorización administrativa como tales, y con objeto de no duplicar el trámite, las entendía autorizadas simplemente mediante la presentación de una "declaración responsable" de cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos<sup>88</sup>.

Aparte de cuanto se ha dicho, la última modificación del régimen de la colocación de trabajadores en España, llevada a término por el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, ha venido también a incidir en la misma línea de flexibilización y liberalización de la actuación de las agencias de intermediación laboral, maximizando por tanto la compatibilidad de sus reglas reguladoras con la libertad de empresa, al legalizar la posibilidad, antes prohibida taxativamente, de subcontratación de las operaciones de intermediación. Como no podía ser de otro modo, no se trata de una legalización plena e incondicionada de la subcontratación, pues la norma exige que la misma sólo pueda hacerse a favor de sujetos que dispongan de autorización para operar como intermediarios en los procesos de colocación (deben incluirse las ETTs). Así se desprende en efecto de la nueva redacción que da al art. 5.f del RD 1796/2010, de 30 de diciembre de agencias de colocación, la Disposición Final Segunda del RD Ley 11/2013, que pasa a disponer que las agencias de colocación tienen prohibido "subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida, salvo que se trate de otras agencias de colocación autorizadas". Para evitar que la previsión modificada,

---

<sup>86</sup> Vid. C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI y R. CRISTÓBAL RONCERO, "Las empresas de trabajo temporal como agentes de la intermediación laboral", *cit.*, p. 44.

<sup>87</sup> Vid. D. LANTARÓN BARQUÍN, "Empresas de trabajo temporal y agencias de colocación: ¿realidades en vías de integración?", *Análisis práctico del RD Ley 3/2012, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (coord. I García-Perrote y J.M. Mercader)*, Lex Nova, Madrid, 2012, pp. 185 y ss.

<sup>88</sup> Las empresas de trabajo temporal que hubieran quedado autorizadas para actuar como agencias de colocación en virtud de mera declaración responsable, conforme al régimen del RD Ley 3/2012, "podrán seguir actuando como agencias de colocación" tras la entrada en vigor de la nueva regulación de la Ley 3/2012 "mientras sigan reuniendo dichos requisitos"; así lo dispone la Disposición transitoria primera de la Ley 3/2012, que se inclina de este modo por un solución de clara irretroactividad normativa; *vid.* C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI y R. CRISTÓBAL RONCERO, "Las empresas de trabajo temporal...", *cit.* p. 44.

de rango reglamentario, adquiera la potencia normativa del Decreto Ley, la norma se cuida de proceder de inmediato a la deslegalización de la modificación introducida disponiendo que "las determinaciones incluidas en normas reglamentarias que son objeto de modificación por este real decreto-ley podrán ser modificadas en el futuro por normas de rango reglamentario" (Disposición Final 7).

Es conveniente subrayar que las reglas de autorización administrativa, y cabe pensar que todas las reglas aplicables a las agencias de colocación, afectan también a la intermediación laboral realizada por medios electrónicos (art. 3.1 RD 1796/2010, de agencias de colocación). Según ya hemos tenido ocasión de señalar, la cuestión estriba en determinar qué deba entenderse por actividad de agencia de colocación electrónica, pues cabría pensar que aquellos portales de internet o aplicaciones informáticas que realizaran una mera clasificación/interconexión de demandas y ofertas de trabajo según sus características acaso podrían escapar a las reglas de las agencias de colocación (autorización administrativa, no cobro a los trabajadores, etc), pensadas para situaciones en que el intermediario asume un papel más dinámico y activo en la gestión de la colocación. Sin embargo, como también hemos señalado, el hecho de que el art. 3.1 RD 1796/2010 refiera la aplicación de las reglas que establece a la realización por medios electrónicos de la "casación" de demandas y ofertas de trabajo hace que quepa pensar que las reglas podrían ser de aplicación a operaciones de intermediación laboral en las que en rigor podría no concurrir el referido elemento de gestión activa de las demandas y ofertas de trabajo<sup>89</sup>.

Finalmente, nótese también que la actividad de selección de personal, que como ya hemos visto no constituye intermediación laboral en sentido estricto, sigue quedando al margen de las reglas aplicables a las agencias de colocación, y por tanto en el terreno de la libertad. El hecho de que a partir de 2010 estas últimas hayan quedado habilitadas para ejercitar funciones de selección de personal simplemente implica añadir al ámbito nuclear de sus cometidos, de gestión de la intermediación laboral, la posibilidad de desempeñar complementariamente otras tareas distintas que encuentran en la intermediación laboral el momento de realización más propicio, pero no significa obviamente que a estas tareas hayan de aplicárseles las reglas de la intermediación laboral, pensadas para las operaciones de agencia, no para las de selección. Quiere ello decir que cuando una empresa de selección de trabajadores opere en el mercado de trabajo desarrollando exclusivamente las funciones que le son propias, y no tareas de intermediación laboral -algo que continua siendo lícito, por supuesto-, no le serán de aplicación las reglas de las agencias de colocación.

---

<sup>89</sup> *Vid. supra*, I.3.b).

La tesis de que la exigencia de autorización administrativa que se impone a las agencias de colocación, particularmente cuando se establece en los términos contenidos o moderados que venimos señalando, no vulnera los principios de libertad de empresa y libre prestación de servicios requiere por supuesto aquilatar el alcance exacto de estas libertades en su proyección sobre la actividad de colocación de trabajadores. La normativa de aplicación en esta materia viene dada principalmente por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades y su ejercicio, que ha venido a transponer al ordenamiento español la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, sobre servicios en el mercado interior, incorporando las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios en el mercado único, pero que ha servido de paso para establecer reglas generales de liberalización de la prestación de servicios al margen del determinante comunitario, y que por tanto son de aplicación también cuando quien desea prestarlos es de nacionalidad española. En rigor, sin embargo, son únicamente las prescripciones del Derecho Comunitario -la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, pero también las previsiones del TFUE en materia de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, arts. 49 a 62- las que definen el parámetro de la corrección jurídica de la exigencia de autorización administrativa que se aplica a la colocación en España, pues la citada Ley de libre acceso a las actividades y su ejercicio no deja de ser otra norma interna con rango legal, incapaz por tanto de imponerse o resistir, por obvias razones de especialidad, la indicación expresa de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, según la cual "las personas físicas o jurídicas que deseen actuar como agencias de colocación deberán obtener la autorización del servicio público de empleo, que se concederá de acuerdo con los requisitos que se establezcan reglamentariamente" (art. 21bis 2).

Teniendo en cuenta las previsiones comunitarias sobre libre prestación de servicios, debe señalarse que la autorización administrativa previa que impone nuestra legislación para el desempeño de servicios de intermediación laboral resulta en términos generales correcta, por varias razones. Para empezar, podría dudarse de la aplicabilidad de las exigencias de libre prestación de servicios en el campo de la colocación, pues la Directiva 2006/123/CE declara expresamente no afectar "al Derecho laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo y de trabajo" (art. 1.6), excluyendo expresamente su aplicación a "los servicios de empresas de trabajo temporal" (art. 2.2e). Pero es que, admitiendo que las reglas de libre prestación de servicios fueran de aplicación a la intermediación laboral -y estamos pensando en la lucrativa, puesto que la realizada sin ánimo de lucro queda en todo caso al margen de estas reglas por tratarse de "un servicio no económico de interés general", según establece expresamente la Directiva (art. 2.2a de la)-, el requerimiento de autorización administrativa para el desempeño de actividades de intermediación laboral, al menos en los términos en que se regula en la normativa española, también resultaría compatible con las normas de libre prestación de servicios, al encajar en una de las situaciones en las que esta normativa permite tales exigencias previas.

En efecto, la Directiva 2006/123/CE dice con toda claridad que hay actividades en las que, resultando de aplicación en principio las reglas de libre prestación de servicios, la necesidad concurrente de proteger determinados intereses generales, entre los que se cita expresamente el tutela de los dere-

chos sociales de los trabajadores, puede justificar la introducción por los Estados miembros de "un régimen de autorización administrativa". El instrumento técnico que a tal fin utiliza la Directiva (y que reproduce la Ley española de 23 de noviembre de 2009 en su art. 5) es la exigencia de que concurren tres requisitos simultáneamente: (1) que el régimen de autorización no resulte discriminatorio para quien solicita prestar el servicio (particularmente por razones de nacionalidad); (2) que la autorización sea necesaria o, como dice la norma, esté "justificada por una razón imperiosa de interés general", definida por la Directiva como "una razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", y en la que se incluye como ya hemos dicho "la protección de los trabajadores"; (3) que la misma resulte proporcional (o como dice la norma que "el objetivo perseguido" con la autorización "no se pueda conseguir con una medida menos restrictiva" de la libre prestación de servicios, lo que podrá entenderse cuando "un control a posteriori" resulte "tardío" para "ser realmente eficaz") (art. 9 de la Directiva). No hay razones para pensar que la autorización administrativa previa exigida a las agencias de colocación en España, con la mesura y contención que presenta, como ya hemos visto, incumpla esta tríada de condiciones de "no discriminación", "necesidad" y "proporcionalidad"<sup>90</sup>.

La regulación española de la autorización administrativa de las agencias de colocación viene a cumplir por otra parte la mayoría de las exigencias concretas de régimen jurídico que la Directiva 2006/123/CE impone en este terreno, como las de objetividad y motivación de las decisiones en que se resuelva la aprobación de las autorizaciones, la extensión de su validez a todo el territorio nacional y por el máximo tiempo posible, la posibilidad de tramitación por medios electrónicos y sin trabas formales, sin supeditación a pruebas económicas, o su carácter multidisciplinar, de modo que en virtud de las autorizaciones puedan desempeñarse actividades de distinta naturaleza, y no sólo un tipo o clase de ellas, con exclusión de otras. La inicial regulación del silencio administrativo en el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, de agencias de colocación, como "silencio negativo" acaso haya sido el único aspecto en el que ha habido una discordancia destacada con los mandatos de la Direc-

---

<sup>90</sup> Vid. C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", *cit.*, p.391; un sector de la doctrina ha defendido no obstante, cierto que en relación a un tipo muy particular de agencias de colocación como son las empresas de recolocación, que la exigencia de autorización administrativa podría resultar desproporcionada y vulnerar la regla comunitaria de libre prestación de servicios, postulando su sustitución por una "declaración responsable" de cumplimiento de las exigencias legales por quien quisiera desempeñar este tipo de cometidos y, por supuesto, el control a posteriori de sus actividades; vid. C. SAEZ LARA, "Espacio y funciones de las empresas de recolocación", *cit.*, p. 355, que manifiesta en efecto que "para las empresas de recolocación, atendiendo al contenido de su actividad, la justificación del establecimiento de un sistema de autorización en una razón imperiosa de interés general puede resultar más discutible, por lo que tal vez se podría haber optado en relación con la prestación de la actividad de recolocación de los trabajadores por un control a posterior a través de una declaración responsable y comunicación previa de la empresa".



tiva, en la que se proclama la exigencia de que el silencio administrativo sea "positivo". Sin embargo, aparte de que la Directiva podría incluso encajar una excepción aquí "por razones imperiosas de interés general" (art. 13), lo cierto es que este problema ya no existe, pues como hemos visto la Ley 3/2012 ha modificado el art. 21bis.2 de la Ley 56/2003 introduciendo el silencio positivo en esta materia (lo que forzosamente ha determinado la derogación de la anterior regla del art. 11.3 del RD 1796/2010).

#### **4. Gratuidad de los servicios de colocación**

##### *a) La actividad de colocación como servicio público y el principio de gratuidad absoluta*

La gratuidad de los servicios de colocación constituye sin duda otro de los grandes ejes vertebradores del régimen jurídico de la intermediación laboral en España. Se trata de un principio que acompaña a las leyes de colocación desde sus primeras manifestaciones y que, en un momento inicial, puede explicarse perfectamente como efecto o consecuencia de la caracterización de nuestro sistema de colocación como auténtico "monopolio público". En efecto, en la medida en la que la colocación es inicialmente concebida en España como servicio público, asumido y prestado exclusiva y directamente por los poderes públicos, la financiación de estas actividades es soportada por las Administraciones públicas a través del sistema tributario, lo que determina que el coste de los servicios no vaya a recaer sobre los beneficiarios directos del mismo -empresario y trabajador, en principio-, sino que será objeto de distribución entre los contribuyentes, a través de los impuestos. La colocación es un servicio público y como tal prestado con cargo a fondos públicos, de modo que los empresarios y trabajadores se benefician de tales servicios pero lo hacen de manera gratuita.

En este contexto o concepción inicial de la colocación como servicio público financiado por la totalidad de la ciudadanía, el principio de gratuidad de la intermediación laboral lleva asociada una característica de la mayor relevancia, y es que la liberación del coste de los servicios de colocación afecta por igual al trabajador y al empresario. Ambas partes se benefician indistintamente de la regla de gratuidad característica de esta primera etapa de intervención pública en régimen monopólico de la intermediación laboral, pues resulta evidente que la justificación de esta regla no es la posición de mayor o menor debilidad de una de las partes contratantes, particularmente el trabajador, sino el hecho de que el Estado haya atraído para sí la gestión de la colocación con todos los efectos, incluido por supuesto el de la financiación.

Esta versión inicial del principio de gratuidad como regla que aprovecha por igual a trabajadores y empresarios es la que recoge el Convenio OIT 88 (1948), sobre el servicio de empleo, cuyo art. 1 dice claramente que "todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente convenio deberá mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo". El Convenio OIT 96 (1949), sobre agencias retribuidas de colocación, como antes el Convenio OIT 34 (1933), en los que ya se admite una gestión privada, nunca lucrativa, en materia de colocación, vienen a producir un efecto similar al proyectar la regla de prohibición de ejer-

cicio de la actividad de intermediación en régimen lucrativo tanto sobre los trabajadores como sobre los empresarios. En efecto, al prohibir la actividad de colocación con fines lucrativos, el citado Convenio la define como "intermediación" entre "un trabajador y un empresario" realizada "con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material, directo o indirecto", lo que deja claro que ni a trabajadores ni a empresarios puede exigirse pago lucrativo por la prestación de servicios de intermediación.

Pero nótese que la interdicción de fines lucrativos no equivale exactamente a gratuidad, pues no impide que pueda reclamarse algún tipo de compensación económica -no lucrativa- por la prestación de los servicios de colocación. El Convenio OIT 96 (1949) reconoce de hecho la posibilidad de cobro de un "derecho de entrada" o "cotización" que no suponga "beneficio material" a trabajadores y empresarios. Esta solución de derecho de entrada o cotización por los servicios prestados, situada a medio camino entre la exigencia de gratuidad y la posibilidad de ejercicio de las actividades de mediación con ánimo de lucro, y en la que el prestador del servicio sólo puede resarcirse u obtener compensación no lucrativa por los gastos en los que incurre como consecuencia de la intermediación, será por cierto la que caracterizará nuestro sistema de colocación en la etapa que abarca desde la reforma laboral de 1994 hasta la entrada en vigor del RD 1976/2010, de 30 de diciembre, y que viene representada por la vigencia del anterior Reglamento de Agencias de Colocación aprobado por RD 735/1995, de 5 de mayo. Debe recordarse en efecto que durante este periodo la prohibición de las agencias de colocación con fines lucrativos será compatible con el percibo por parte de tales agencias de una remuneración que "se limite exclusivamente los gastos ocasionados por los servicios prestados" (art. 16.2 ET antes de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, y art. 2 RD 735/1995)<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> La existencia de agencias de colocación no lucrativas, pero tampoco gratuitas, constituye en efecto un *tertium genus* o categoría intermedia entre lo lucrativo y lo gratuito; *vid.* S. del REY GUANTER y J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, "La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías", pp. 705 y 706; si bien se mira, ello es fruto en definitiva de la referencia de las citadas condiciones -lucrativo/gratuito- a aspectos o puntos de vista distintos del coste de la colocación, el de quien presta el servicio y el de quien lo recibe, y al hecho de que no exista necesariamente correspondencia entre quien obtiene el servicio y quien lo paga (por ser asumido por un tercero -los poderes públicos-, o por una sola de las partes que lo recibe (el empresario); así, cuando se habla de "gratuidad" se piensa desde el punto de vista de quien recibe el servicio, de lo que el trabajador (o el empresario) tienen que pagar por la actividad de colocación que les beneficia; en cambio, cuando se habla del carácter lucrativo o no, el punto de vista es el de quien presta el servicio, es decir, del intermediario laboral; las posibilidades combinatorias resultantes no son entonces tres sino cuatro: (1) un servicio lucrativo y no gratuito; (2) un servicio lucrativo pero gratuito; (3) un servicio no lucrativo pero no gratuito; (4) y, finalmente, un servicio no lucrativo y gratuito.

Pero hasta 1994, como decimos, la regulación española interna de la colocación se traduce en todo caso en un esquema de gratuidad absoluta de los servicios de empleo, tanto para trabajadores como para empresarios. Así resulta de la Ley de 27 de noviembre de 1931, de colocación obrera, que establece un sistema de colocación "organizado por el Estado" bajo la "dependencia del Ministerio de Trabajo y Previsión" de carácter "nacional, público y gratuito" (art. 1), sistema que deberá financiarse con recursos públicos (art. 16), no con cargo a los beneficiarios de los servicios que se preste. Pero, sobre todo, resulta de la Ley de colocación de trabajadores de 10 de febrero de 1943, según la cual "el Estado español organiza" un sistema de colocación de los trabajadores de "carácter nacional, público y gratuito" dependiente de la Delegación Nacional de Sindicatos, incardinado y supervisado por el Ministerio de Trabajo (art. 1) y sostenido con cargo a los recursos públicos (art.9). Esta norma, por cierto, no sólo consagra la regla de gratuidad absoluta, sino que, llevando a su punto álgido la intervención pública de la intermediación laboral, prohíbe incluso como ya hemos señalado la prestación de estos servicios en régimen no lucrativo, declarando que los poderes públicos tienen el monopolio absoluto de tales actividades<sup>92</sup>.

*b) Legalización de la gestión lucrativa de la colocación y relativización de la exigencia de gratuidad: cobro a las empresas, pero no a los trabajadores*

La regla de gratuidad total en la prestación de los servicios de colocación se mantendrá todavía vigente, con la configuración que acaba de referirse, tras la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (art. 16.2), y la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (art. 40), concretamente hasta la Reforma Laboral de 1994. Tras esta reforma se iniciará un proceso de liberalización de la intermediación laboral que comenzando por la supresión del monopolio público de la colocación y la autorización de una gestión privada no lucrativa en este campo, compatible como ya hemos visto con la exigencia de cierto tipo de pagos o compensaciones por los servicios efectivamente prestados, tanto a empresarios como a trabajadores, y que por tanto no implica necesariamente gratuidad (de ello es expresión el RD 735/1995, de 5 de mayo, de

---

<sup>92</sup> Como ya hemos tenido ocasión de señalar, este nuevo "paso" o "giro de tuerca" de la Ley de 1943 en el proceso de publicación de la intermediación laboral tiene sin duda que ver con la nueva ideología nacional sindicalista del régimen franquista, que ya no justifica la intervención pública de la colocación por motivos meramente técnicos o utilitaristas (tales como la protección de los intereses del contratante débil, el conocimiento y control racional del mercado de trabajo y sus flujos, la reducción de los costes de transacción que conlleva el proceso de colocación laboral, etc) sino en una convicción ideológica: la seguridad de que el trabajo no es una mercancía, de modo que la gestión del intercambio del mismo entre empresas y trabajadores debe quedar fuera de las manos privadas y pasar a ser asumida por las estructuras públicas del Estado; esta idea queda al desnudo en el breve pero jugoso preámbulo de la Ley de colocación de trabajadores de 1943, que, "dando efectividad a las declaraciones contenidas en el del Fuero del Trabajo" dice aprobar una ley que supera "la concepción del trabajo como mercancía y, por tanto, sometido a la oferta y la demanda" propia de la anterior "Ley de 27 de noviembre de 1931, sobre colocación obrera".

agencias de colocación), terminará finalmente permitiendo la explotación lucrativa de los servicios de intermediación laboral. Así sucede concretamente tras la aprobación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que suprime la prohibición de agencias de colocación lucrativas en la nueva redacción que confiere al art. 16.2 ET, y, particularmente, tras la entrada en vigor del nuevo Reglamento de agencias de colocación aprobado por RD 1796/2010, de 30 diciembre<sup>93</sup>.

Es importante subrayar en cualquier caso que la nueva regulación de la colocación, no ajena por cierto al rumbo que marcan instrumentos internacionales como el Convenio OIT 181 (1997), de agencias de empleo privadas, o también las previsiones del Derecho de la Unión Europea sobre competencia y libre prestación de servicios, tendente como ya se ha apuntado más arriba a liberalizar el régimen de la intermediación laboral aligerando el peso de la intervención pública y facilitando la gestión privada y lucrativa de la misma, no ha supuesto en modo alguno la desaparición total del principio de gratuidad, aunque sí un importante cambio o redimensionamiento del mismo.

Por un lado, la regla de gratuidad sigue plenamente vigente, tanto para el trabajador como para el empresario, respecto de los servicios de intermediación que puede continuar prestando el servicio público de empleo o sus entidades colaboradoras, servicios que se continúa sufragando con fondos públicos. Así lo dispone expresamente la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que en su art. 22.4 establece que "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 (...), se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores". En el mismo sentido, el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, de agencias de colocación, incluye entre las obligaciones de las agencias de colocación "colaborado-

---

<sup>93</sup> Se llega de este modo, por así decirlo, al "destino natural" del viaje liberalizador de la colocación iniciado en España con la Reforma Laboral de 1994, y que había quedado a medio hacer en lo que a las agencias de colocación respecta, cuya actividad se había declarado lícita pero con la enervante prohibición de ánimo de lucro, compatible con la repercusión de los costes del servicio a los interesados, empresarios y trabajadores; este sistema "a medias tintas", muy confuso de por sí, e incapaz por razones obvias de rendir utilidad ninguna de dinamización a corto plazo de la actividad de colocación, estaba por ello condenado a ser superado por el régimen lucrativo que finalmente se ha implantado en nuestro sistema, como ya había venido poniendo de relieve la doctrina; *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Público y privado en el mercado de trabajo de los noventa", *Lección inaugural del curso académico 1994-95 de la Universidad de Huelva*, Universidad de Huelva, 1994, p 101; *vid.* también F. PÉREZ de los COBOS ORIHUEL, "La reforma de la intermediación laboral en España", *loc. cit.*, p. 525.

ras", es decir, las que han suscrito el correspondiente convenio de colaboración con el Servicio Público de Empleo -no las meramente "autorizadas"-, la de "garantizar a las personas trabajadoras y empleadores la gratuidad por la prestación de los servicios en los términos establecidos en el art. 22.4 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre" (art. 17e); en compensación, la norma dispone que tales agencias colaboradoras podrán recibir financiación de los Servicios Públicos de Empleo (art. 16), precisamente en los términos y condiciones que establezca el convenio de colaboración (art. 18). No podía ser de otra manera, puesto que, como se recordará, sigue siendo válida la exigencia del Convenio OIT 88 (1948) según la cual nuestro Estado deberá mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio de empleo "público y de carácter gratuito" (art. 1).

Es en relación a los servicios de intermediación laboral que a partir de 2010 cabe prestar en régimen privado y además con ánimo lucrativo respecto de los que se han dejado sentir las alteraciones más importantes de la regla de gratuidad. Y lo que más importa subrayar aquí es que tales alteraciones -inducidas como es natural por la posibilidad de que los servicios de colocación puedan prestarse en régimen lucrativo- no se han expresado como desaparición o disolución total y absoluta de la regla de gratuidad, sino sólo como un redireccionamiento de la misma, que a partir de este momento deja de aplicarse indistintamente a empresarios y trabajadores pasando a beneficiar exclusivamente a estos últimos. Aquella parte de la actividad de intermediación que es asumida en régimen lucrativo por sujetos privados deja de poder financiarse obviamente con cargo a los recursos públicos, pasando a tener que ser asumida por los destinatarios directos de los servicios prestados. Sin embargo, el pago de tales servicios no va a hacerse recaer sobre trabajadores y empresarios, sino sólo sobre estos últimos. De este modo puede decirse que el principio de gratuidad sigue rigiendo también en relación a las actividades de intermediación laboral desempeñadas en régimen privado y lucrativo, sólo que ahora beneficiando sólo y exclusivamente a los trabajadores.

La regla de gratuidad para el trabajador de los servicios de intermediación laboral prestados por agencias con ánimo de lucro aparece reflejada, con toda claridad y lujo de detalles, acaso por primera vez en una norma internacional, en el Convenio OIT 181 (1997), sobre agencias de empleo privadas. En efecto, en su art. 7 dice esta norma que "las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa" (número 1), bien es verdad que con la posibilidad de "autorizar excepciones" respecto de determinadas categorías de trabajadores o cierto tipo de servicios de intermediación, siempre "en interés de los trabajadores afectados" (número 2) e informando de ello a la Organización Internacional del Trabajo (número 3). En nuestro derecho interno ha sido la Ley 35/2010, de 17 de diciembre, la que ha incorporado una regla de este tenor en la Ley 56/2003, de Empleo, cuyo art. 22.4 ha pasado a disponer a partir de entonces que "la intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo -es decir las agencias lucrativas autorizadas- deberá garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos". En el mismo sentido, el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, de agencias de colocación, dispone que las agencias de colocación lucrativas deberán "garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios

tanto de intermediación laboral como de otras actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo en los términos del art. 22.4 de la Ley 56/2003".

*c) Justificación de la gratuidad de la colocación en atribución exclusiva al trabajador*

La regla que comentamos, de gestión lucrativa de la colocación pero con la exigencia de que tales servicios resulten gratuitos para el trabajador, constituye sin duda una solución de equilibrio entre el doble objetivo de permitir y potenciar por un lado la intervención de sujetos privados en el desempeño de ese tipo de actividades, asumiendo que ello será bueno para mejorar la eficiencia del sistema de colocación, en los términos que ya hemos analizado más arriba, y garantizar o poner a buen recaudo por otro lado la protección de los intereses y los derechos de la parte que se considera más débil en el proceso de negociación y preparación de la relación laboral, el trabajador. Este doble objetivo queda expresado con toda claridad en el Convenio OIT 181 (1997), sobre agencias de empleo privadas, cuyo art. 2.3 formula la declaración de que "el presente Convenio tiene como una de sus finalidades permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios".

Claro que esta solución el equilibrio se obtiene a costa del empleador, que será quien tendrá que sufragar la totalidad del precio de los servicios de las agencias de colocación lucrativas (o al menos así sucederá nominalmente, puesto que está por ver que los empleadores no terminarán trasladando o descontando esos costes de las partidas inicialmente destinadas a financiar los gastos de personal -vgr., salarios- de sus organizaciones). Preciso es por tanto dar con algún argumento que pueda servir de justificación a una solución en la que todo el coste de los servicios de intermediación laboral, cuyos destinatarios o beneficiarios directos son tanto trabajadores como empresarios, se hace recaer en exclusiva sobre estos últimos, que acaban pagando no solo su beneficio sino eventualmente también el beneficio de otros.

Una primera razón en la que apoyar la solución de "gratuidad unidireccional" a la que nos estamos refiriendo guarda relación con el hecho, ya apuntado, de que el empresario goza de un margen de maniobra para encajar el coste de los servicios de colocación del que carecen los trabajadores, pues como hemos dicho aquel puede terminar repercutiendo, distribuyendo y diluyendo tal coste en varios ámbitos de la organización empresarial, sin descartar desde luego que una parte del mismo termine revirtiendo sobre el salario de los trabajadores; por el contrario, los trabajadores tendrían más difícil amortiguar o "jugar" con los costes de los servicios de colocación, principalmente por su más sencilla y debilitada economía. A este primer argumento puede añadirse otro, y es que el empresario se beneficia más directa e intensamente que los trabajadores asalariados de los servicios de colocación.

Es verdad que la actividad de intermediación laboral conlleva provecho no sólo para la empresa sino también para los trabajadores, que al fin y al cabo cabe suponer que obtendrán un empleo más adecuado a sus capacidades, y también más rápidamente, recurriendo a las agencias lucrativas de colocación que sin acudir a las mismas. Esto está fuera de discusión. Lo que sí puede discutirse es que

los trabajadores se beneficien de tales servicios de la misma manera o con el mismo alcance que lo hacen los empleadores. De hecho, cabe afirmar que las ventajas que obtienen los empresarios en la utilización de estos servicios son comparativamente muy superiores a las que obtienen los trabajadores, lo que, precisamente, justificaría la imputación a aquellos de los costes de la intermediación laboral lucrativa. Ello tiene que ver con una constante típica de los procesos de colocación cual es la sobreabundancia de trabajadores que se ofrecen para cubrir unos puestos de trabajo siempre escasos, lo que arroja una ratio siempre desequilibrada que permite afirmar que la empresa saldrá más beneficiada por un servicio que disfruta "íntegramente" que los trabajadores, a los que sólo cabe atribuir tal beneficio de manera "dividida o fraccionaria", al ser más de uno los que participan en el proceso de colocación. La prueba de ello es que en toda actividad de intermediación exitosa el empresario realizará por definición un contrato de trabajo, lo que no sucederá en la parte de los trabajadores, de los cuales sólo uno entre muchos alcanzará efectivamente este resultado: aquellos que no han sido objeto de contratación siempre podrían cuestionar de hecho la realidad del servicio que se les ha prestado al no haber cristalizado el mismo en un resultado tangible. Por supuesto, no puede pretenderse que sea el trabajador contratado quien pague por mitades con el empresario los costes de los servicios de colocación, pues ello supondría hacer recaer sobre él unos servicios prestados también a otros trabajadores -los que han quedado fuera- de los que en su caso se habrá aprovechado el empresario contratante pero no el trabajador.

La gratuidad para el trabajador de los servicios de intermediación puede verse en cierto modo también como consecuencia de determinadas exigencias, principios o derechos constitucionales que en cierto modo la auspiciarían o la impondrían. Uno es, desde luego, el derecho al trabajo y la libertad profesional del trabajador, a los que se refiere el art. 35. CE al decir que "todos los españoles tienen (...) el derecho al trabajo" y a la "libre elección de profesión u oficio". No es aventurado afirmar que la prohibición de imponer a los trabajadores el precio de los servicios de las agencias de colocación lucrativas puede en cierto modo deberse a la necesidad, constitucionalmente establecida a través del reconocimiento de aquellos derechos, de disolver o suprimir aquellas circunstancias u obstáculos que puedan limitar o entorpecer el acceso de los trabajadores a la ocupación deseada, circunstancias u obstáculos entre los que podría contarse, desde luego, el cobro de un estipendio por la prestación de servicios de acceso al empleo. Téngase en cuenta que la exigencia constitucional de combatir las trabas u obstáculos del derecho al trabajo y la libertad profesional no sólo debe leerse como supresión de impedimentos o limitaciones jurídicas -las que en su caso fijaran las normas- sino también los impedimentos o limitaciones materiales o de hecho -entre las que puede contarse la obligación de pagar a las agencias de colocación-, pues conviene recordar que la configuración de nuestro ordenamiento como Estado Social reclama una tutela de los más débiles que no se agota en el recambio o la modificación de las normas que se considera injustas sino que exige luchar activamente contra la injusticia misma de los hechos sociales.

Pero la libertad profesional no es el único derecho o principio constitucional que puede invocarse como justificación de una gratuidad de los servicios de colocación que beneficia sólo a los trabajadores. Cabe acudir también a las exigencias de igualdad y no discriminación. Exigir a los trabajado-

res el pago de la colocación podría acaso considerarse una conducta discriminatoria en la medida en la que ello podría ser visto como un trato desfavorable en función del "origen social" del trabajador, pues parece obvio que los trabajadores con menos recursos tendrían más dificultades -por no poder sufragar los gastos de intermediación, o en todo caso tener que asumir un gran sacrificio económico para hacerlo- para acceder a los servicios privados de colocación, quedando así dificultadas sus posibilidades de encontrar empleo en comparación con los mejor dotados económicamente. En todo caso, el reconocimiento legal de la posibilidad de que las agencias privadas de intermediación laboral pudieran cobrar a los trabajadores por los servicios prestados podría constituir vulneración del principio constitucional de igualdad (al que queda sometida la ley), pues como acabamos de ver nuestra Constitución dimensiona este principio con un contenido proactivo -imposición a los poderes públicos de la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud- con el que no casaría muy bien admitir que los trabajadores asalariados en general y los de peor situación económica en particular tuvieran que pagar para acceder al trabajo, seguramente la única vía por la que podrían salir de su estado de necesidad económica y acercarse a la libertad.

No parece por otra parte que estas reglas de imputación en exclusiva a los empresarios de los costes de los servicios privados de colocación constituya para ellos tratamiento discriminatorio o que atente contra su derecho de igualdad ante la ley. El mayor beneficio obtenido por las empresas (comparativamente con los trabajadores) de los servicios de colocación, la escasez del trabajo, la importancia de éste para la plena integración social de los ciudadanos, o la situación de necesidad económica típica de los demandantes de empleo, constituirían hechos que justificarían por si solos la regla que comentamos de traslación a las empresas en exclusiva de los costes de la intermediación privada, y hemos de recordar que el principio de igualdad no implica un igualitarismo absoluto sino que es compatible con el establecimiento de situaciones de tratamiento normativo diferenciado fundadas en razones objetivas<sup>94</sup>. Es más, no se trata sólo de que la regla de atribución del coste de

---

<sup>94</sup> Estas mismas razones justifican también, muy sintomáticamente, la atribución de la competencia para resolver los conflictos sobre remuneración de los servicios prestados a empresas por las agencias de colocación al orden civil de la jurisdicción, y no al orden social (art. 2p Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social); *vid.* C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", *cit.*, p. 389.



los servicios de colocación en exclusiva a las empresas "sea compatible" con el principio de igualdad (en sentido formal, art. 14 CE) por las razones que hemos apuntado: por estas mismas razones, la referida regla constituiría incluso "un deber" -no una mera opción o posibilidad, como antes- en el contexto del principio de igualdad en sentido material (art. 9.2 CE) que obliga a los poderes públicos a tomar partido para quebrar o deshacer situaciones sociales de iniquidad o injusticia, como a la sazón podría serlo la práctica de cobrar a los trabajadores por los servicios de intermediación laboral<sup>95</sup>.

*d) Ámbito objetivo de la exigencia de gratuidad: intermediación y actividades conexas*

Es importante precisar que la tradicional regla de prohibición de ejercicio de actividades de colocación con ánimo lucrativo -y antes de realización de toda gestión privada en la materia, aún no lucrativa- se ha referido históricamente a un solo tipo de actos u operaciones de colocación: las de intermediación laboral. Quedaban fuera del alcance de la referida prohibición otro tipo de actividades: por ejemplo, la selección de trabajadores. La realización en efecto de pruebas o exámenes de aptitud profesional para la cobertura de puestos de trabajo en las empresas, llevada a cabo por gabinetes de selección de personal (nutridos por profesionales de los recursos humanos, psicólogos en gran parte), ha quedado tradicionalmente fuera de la prohibición de actuación con ánimo de lucro, al considerarse una actividad técnica y sometida a criterios objetivos y científicos en la que el riesgo de abuso o especulación característico de la pura actividad de intermediación laboral estaba en cierto modo conjurado, de manera que nada ha impedido a estas entidades operar conviviendo en paz con la prohibición de gestión lucrativa de la intermediación laboral incluso cobrando por la prestación de servicios<sup>96</sup>. La ausencia de regulación no ha comportado la prohibición de su actividad, no sólo porque acaso se haya partido del principio de libertad de empresa en este particular terreno -y por tanto de que está permitida toda la actividad que no está prohibida-, sino porque la Ley 51/1980, 8 de octubre, Básica de Empleo (art. 40.2), como el propio ET, versión de la Ley 8/1980, 10 de marzo (art. 16.2), constataban la existencia de estas entidades sin impedir su actuación<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> La hoy ya clásica STC 3/1983, de 25 de enero, analiza muy claramente la relación entre el carácter asimétrico (de tutela del trabajador en detrimento del empleador) de las disposiciones laborales y el principio de igualdad en términos muy similares a los que acabamos de poner de manifiesto.

<sup>96</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo", *La Reforma del mercado de trabajo...cit.*, p. 233.

<sup>97</sup> Ambas previsiones, tras formular la prohibición de agencias de colocación privadas (lucrativas o no), disponen que "las agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores deberán hacer constar en sus anuncios el número de la demanda en la oficina de empleo y la identificación de esta", lo que de manera implícita o indirecta es tanto como dar por buena la actuación de este tipo de entidades; vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, "Colocación y mercado de trabajo", *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid, 1984, p. 175; en este sentido, y de una manera muy gráfica, se ha dicho que la actividad de las empresas de selección de personal habría venido desarrollándose "en los intersticios de la prohibición de actividades lucrativas de intermediación"; vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación", *loc., cit.*, p.4.

Ni que decir tiene que la prestación de servicios de selección de personal en régimen lucrativo continúa siendo una actividad completamente lícita en el marco de la vigente legislación de colocación, a condición por supuesto de que los costes se repercutan exclusivamente sobre los empleadores, no sobre los trabajadores (esta regla ya regía con anterioridad la actividad de las empresas de selección de personal). Los mismos argumentos utilizados para justificar la prohibición de cobrar a los trabajadores los servicios de intermediación laboral sirven sin duda para fundamentar la regla de gratuidad referida a los servicios de selección. Seguramente no es casualidad en este sentido que nuestra legislación haya pasado a atribuir a las agencias de colocación no sólo cometidos de intermediación laboral en sentido estricto -según ha acontecido tradicionalmente en nuestro sistema- sino también funciones de "selección de personal" o incluso de "orientación e información profesional" (art. 21bis.1 Ley 56/2003 y RD 1796/2010, art. 2.1), justamente coincidiendo con el momento en que se reconoce la posibilidad de que los servicios de colocación -unos servicios entendidos ya de manera "integral", incorporando no sólo la intermediación sino también otras tareas (orientación y selección de trabajadores), como acabamos de señalar- puedan prestarse en régimen lucrativo, siempre a cargo de las empresas, no de los trabajadores. Lo dice con toda claridad el RD 1796/2010, en el que se señala que las agencias de colocación "deben garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios tanto de intermediación laboral como de otras actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo" (art. 5c). Cualquier tarea de colocación asumida por una agencia de colocación -y seguramente también por cualquier otro sujeto que pueda desempeñarla, como decimos- deberá hacerse siempre de manera gratuita para los trabajadores, debiendo recaer el coste sólo sobre las empresas.

La consideración de la colocación como un conjunto de operaciones prácticamente inescindibles -intermediación, selección, orientación, etc- sobre las se proyecta íntegramente la regla de gratuidad para los trabajadores, cualquiera que sea la persona o entidad que asuma tales servicios, encuentra cumplida confirmación en la regulación de las empresas de trabajo temporal, respecto de las que la Ley 14/1994, de 1 de junio, establece con toda claridad que "será nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación" (art. 12.4); nótese que las ETT pueden además actuar hoy como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos legales y obtengan la preceptiva autorización administrativa (art. 16.3 ET, art. 1 LETT y art. 21bis.2 Ley 56/2003). Estas reglas están de hecho asumidas en el Convenio OIT 181 (1997), de agencias de empleo privadas, que tras definir las ampliamente por realizar no sólo servicios de vinculación de ofertas y demandas de trabajo sino también de contratación efectiva de trabajadores para cederlos a otras empresas o más en general de prestación de "otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo" (art. 1.1), dispone de manera inespecífica que, salvo excepcionalmente, "no deberán cobrar a los trabajadores ni directa ni indirectamente ni en todo ni en parte ningún tipo de honorario o tarifa" (art. 7), lo que no cabe interpretar sino como exigencia de que ninguno de los servicios ligados a la colocación comporte coste alguno a los trabajadores que puedan beneficiarse de ellos.

*e) Excepciones a la prohibición de cobro a los trabajadores por servicios de colocación: agentes de trabajadores cualificados y tasas por exámenes para el acceso a la Administración Pública*

La prohibición de cobro a los trabajadores por la prestación de servicios de colocación es una regla general que tiene sus excepciones. Así lo advierte el propio Convenio OIT 181 (1997), que tras formular la regla de gratuidad, autoriza a los Estados para aprobar "excepciones en interés de los trabajadores afectados, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores (...) respecto de determinadas categorías de trabajadores así como de determinados servicios de colocación" (art. 7.2). Al margen de las excepciones que puedan articularse por esta vía, debe en todo caso señalarse que la prohibición de cobro a los trabajadores por la prestación de servicios de colocación puede quedar desactivada también en aquellos supuestos o situaciones en que desaparezcan las razones que dan sustento a la referida regla, de modo que la misma quede privada de fundamento o razón de ser, y también en aquellas otras en que confluyan o hagan acto de presencia simultáneamente circunstancias específicas o particulares que aconsejen neutralizar la prohibición de cobro a los trabajadores. En muchos casos la no aplicación de la regla de gratuidad confluirá de hecho con la no exigencia de autorización previa y, en general, con la no aplicación de las reglas de las agencias de colocación, por la sencilla razón de que podría tratarse de situaciones que no constituyeran propiamente colocación, según ya hemos tenido ocasión de señalar más arriba.

Pertencen al primer género de supuestos de desactivación de la prohibición de cobrar a los trabajadores -por desaparición de las razones que sustentan la regla- aquellas situaciones en que quienes buscan nueva ocupación son profesionales que, por su alta cualificación técnica, y/o por su escasez, concurren en el mercado de trabajo dotados con poder económico y negociador suficiente como para entender que ni son débiles ni están expuestos a los abusos que suelen padecer típicamente los demandantes de empleo. Desde luego, esto acontece cuando la ocupación para la que se ofrece el trabajador es de una actividad que no va a prestarse en el marco de un contrato de trabajo, sino de otra naturaleza (de servicios, por ejemplo), caso en que resulta evidente que no son aplicables las normas de colocación, diseñadas en exclusiva para el trabajo dependiente y por cuenta ajena; pero también cuando se trata de cierto tipo de trabajos asalariados especiales en los que los trabajadores tampoco concurren con las empresas en una posición de neta inferioridad o debilidad económica. Particularmente, acontece así en el caso del personal de alta dirección o en el de los deportistas profesionales, por citar dos ejemplos significativos y con correspondencia en especialidades legalizadas o institucionalizadas del trabajo asalariado. Nadie cuestiona ni se extraña en este sentido de que el agente de un deportista profesional de élite o de un ejecutivo le cobre los servicios de intermediación y representación, sin que el hecho de que tales trabajadores puedan considerarse formalmente asalariados, en el marco de las relaciones de trabajo especiales respectivas, pueda determinar que reclamen la gratuidad cuando se benefician de tales servicios de agencia.

La experiencia ha puesto de manifiesto que este tipo de servicios de agencia y representación se presta siempre cobrando a los trabajadores, sin que se haya planteado la necesidad de aplicar en tales casos la regla de gratuidad, pensada como decimos para situaciones completamente distintas.

Se trata de servicios que suelen prestarse en el molde contratos retribuidos como los de agencia, mediación, comisión o mandato, contratos que suelen incluir no sólo actividades de mediación propiamente sino también de asesoramiento, gestión contractual y representación, siendo muy frecuente además que tales contratos sean estables, en el sentido de que el agente esté representando y tutelando permanentemente los intereses del trabajador, y no que los mismos se concierten específicamente para el caso en que aquel haya perdido su ocupación y se haya convertido en demandante de empleo, como ocurre típicamente en la colocación. Los contratos de agencia y representación de trabajadores cualificados, los servicios de las agencias de cazatalentos -headhunters o executive search firms- o las gestorías de carreras profesionales, podrían ser algunos ejemplos reales de este tipo de servicios en los que la agencia encargada del mismo podría cobrar al trabajador -el cliente, a la postre- por las actividades realizadas<sup>98</sup>.

Pero, como hemos señalado, la regla de prohibición de cobro a los trabajadores por la prestación de servicios de colocación puede quedar desactivada también, no por faltar la base o sustento justificativo de la misma, sino por la confluencia de circunstancias que justifican la aplicación de una regla distinta, capaz de neutralizar la regla de partida. El ejemplo que cabe traer a colación como muestra de este tipo de situaciones es el del cobro de tasas de examen a quienes se presentan a pruebas de acceso a puestos de trabajo en las Administraciones públicas. Es evidente que los demandantes de trabajo en el sector público cumplen sobradamente los condiciones que justificarían la aplicación de la regla de gratuidad -son verdaderos asalariados en sentido material-, de modo que si las tasas de examen existen y son lícitas -como así parece- ha de ser porque concurre alguna circunstancia especial que lo justifica. Pensamos que tal circunstancia tiene que ver con las condiciones en que, por exigencia de la legislación vigente y la misma Constitución, tiene que producirse la selección de estos trabajadores.

Es sabido en efecto que nuestro ordenamiento determina que el acceso al empleo público tiene que producirse mediante convocatoria pública -con el objeto de que todos los ciudadanos tengan conocimiento de la oferta de empleo público, pero también de garantizar que concorra el número máximo posible de candidatos para que tales puestos sean efectivamente asignados a los mejores- y a través de pruebas objetivas e imparciales que garanticen una selección conforme a criterios de for-

---

<sup>98</sup> Sobre estos supuestos especiales de prestación de servicios de colocación, *vid.* J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación... cit.*, pp. 68 y ss; puede verse también J.R. MERCADER UGUINA, "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *loc. cit.*, pp. 30 a 33.

mación, mérito y capacidad. Y es sabido también que la aplicación de estas reglas produce un efecto de concurrencia masiva de candidatos cuyos méritos y aptitudes deben valorarse adecuadamente mediante exámenes o procedimientos objetivos que resultan muy costosos para las arcas públicas. Pues bien, es precisamente esta circunstancia, tan particular y específica, la que justifica que las Administraciones puedan repercutir los costes de selección a los trabajadores. La potestad tributaria de las Administraciones públicas, de la que carecen desde luego las entidades privadas, serviría además para dar cobertura técnico jurídica a estos cobros como "tasas".

## 5. Tutela de la intimidad y tratamiento de los datos de la persona del trabajador

### *a) Afloramiento de datos personales en los procesos de colocación: intereses concurrentes*

Es un hecho que el proceso de colocación suele hacer aflorar gran cantidad de datos acerca de la persona del trabajador, algo que no sucede, por cierto, del lado de la empresa, seguramente porque la prestación que la misma asume no es "personal" sino de "dar" (así lo acredita el que la posición de empresario pueda ocuparse por representación, o en todo caso el fenómeno de la "subrogación" misma), y acaso también porque la posición de prevalencia negociadora típica de la empresa, y la de correlativa debilidad del trabajador, determinan que el flujo de información discurra siempre desde el trabajador hacia el empresario (o quien le sustituya en el proceso de colocación) y más raramente, o en todo caso muy escasamente, en el sentido contrario. Por las razones que sea, el hecho cierto es que, como decimos, el proceso de colocación suele hacer que queden revelados o manifestados gran cantidad de datos personales de los trabajadores<sup>99</sup>.

Se trata de una consecuencia natural o consustancial a la colocación misma, que según hemos visto comporta en esencia la puesta de manifiesto en el mercado de trabajo, o en su caso para un empresario concreto -o quien asuma funciones de intermediación laboral-, de las cualidades y aptitudes del trabajador con vistas a la eventual celebración del contrato de trabajo. O incluso más que un mero efecto natural de la colocación, pues, si bien se mira, la revelación de datos acerca de las cualidades personales de los trabajadores puede ser contemplada también propositivamente, como un objetivo o finalidad deseable en este tipo de procesos, y por tanto tendencialmente buscado por las

---

<sup>99</sup> Vid. VVAA, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 939.

partes y por el mismo sistema, sobre la base de que cuanto mayor fuera la información que los futuros contratantes tuvieran recíprocamente uno de otro, y en particular el empresario del trabajador, mejor sería el ajuste contractual y así la eficiencia del sistema de colocación, pues resulta evidente que ésta -en cuanto definida como rapidez y adecuación en el ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, en el sentido de que las contrataciones se lleven a cabo rápidamente y para las funciones o puestos de los perfiles correspondientes- aumenta claramente a razón de la información que haya entrado en circulación en el mercado de trabajo. Bien podría llegar a sostenerse desde este punto de vista que la situación óptima del mercado de trabajo sería aquella en la que los interesados en contratar tuvieran la máxima información uno del otro, y particularmente aquella en la que empleador conociera todos los aspectos personales del trabajador, al ser una prestación personal lo que va a contratarse.

No cabe discutir en efecto que un escenario de plena transparencia en el que todas o la mayor parte de las empresas tuvieran toda o la mayor parte de información acerca de las cualidades personales de los trabajadores (y viceversa), contribuiría a que nuestro sistema de colocación, y así también nuestro mercado de trabajo, alcanzara unas cotas de eficiencia muy elevadas; precisamente por ello, porque la eficiencia de nuestro sistema de colocación no es ni mucho menos irrelevante, sino un objetivo y un efecto de inestimable valor, es por lo que deberá garantizarse a toda costa el derecho de las empresas a pedir y obtener efectivamente información personal de los trabajadores. Nótese además que en la obtención de este tipo de datos no sólo va la eficiencia del sistema de colocación y del mercado de trabajo en su globalidad, sino también la misma lógica del contrato de trabajo que se suscribe, pues por el tipo de prestación que asume el trabajador y el compromiso en principio duradero o estable del empleador, bien parece que tenga que reconocerse a éste el derecho a tener constancia de los aspectos personales del trabajador que va a contratar. No se trata solo de una exigencia de la diligencia in contrahendo típica de toda negociación contractual (todo contratante debe tener ocasión de saber antes de hacer el contrato a qué se compromete exactamente y qué es lo que va a obtener a cambio), sino de un elemental principio de economía de contratación, pues carecería de todo sentido no permitir al empresario tener acceso a determinados datos del trabajador, forzando en cierto modo la contratación, para a continuación tener que aceptar la extinción del contrato cuando se descubriera, ya en el curso de la relación de trabajo, que el trabajador carecía de las cualidades personales requeridas para el desempeño adecuado y correcto del puesto comprometido.

Ahora bien, una cosa es que por las razones apuntadas haya de reconocerse a los empresarios el derecho a recabar información personal de los trabajadores que se va a contratar y otra muy distinta que ello pueda hacerse sin límite. Y es que junto con los objetivos de transparencia y eficiencia del sistema de colocación (o los de diligencia in contrahendo y economía de contratación) nuestro sistema busca también la tutela de determinados derechos que los trabajadores tienen como personas, y particularmente el derecho fundamental a la intimidad, es decir a la preservación frente a terceros de un espacio o ámbito propio, privado o personal. Debe tenerse en cuenta en este sentido que precisamente en la etapa de selección y colocación de los trabajadores el riesgo de vulneración

de los derechos de intimidad y privacidad resulta particularmente amplificado por la concurrencia en ese momento de las dos circunstancias más arriba apuntadas: por un lado, el interés, lógico y natural, del empresario en conocer la mayor cantidad posible de datos personales del trabajador; por otro lado, la disposición o tendencia del trabajador -por su posición de parte débil en la negociación, consecuencia de su necesidad muchas veces acuciante de celebrar el contrato- a revelar al empleador, o al agente intermediario, todo dato o información personal que se le solicite.

La protección del derecho fundamental de intimidad en los procesos de selección y colocación de trabajadores produce consecuencias o efectos tangibles principalmente en dos momentos que conviene separar y tratar de un modo diferenciado: de un lado, en lo que se refiere al tipo de datos o informaciones que el trabajador tiene el derecho a reservarse o por el contrario la obligación de revelar al empleador o al intermediario en el proceso de colocación, o lo que es lo mismo, los datos e informaciones que éstos pueden o no solicitar de los trabajadores; y, de otro lado, el tratamiento o destino que haya de darse a las informaciones o datos personales de los trabajadores una vez finalizado el proceso de selección y colocación por quienes hayan tenido acceso a esos datos, que obviamente serán las empresas y los agentes de la colocación.

*b) Datos susceptibles y no susceptibles de revelación: criterios de diferenciación*

El criterio que suele utilizarse para diferenciar entre las informaciones que el trabajador está obligado o no a suministrar al empresario contratante, o -es lo mismo- las que éste puede o no pedir en los procesos de colocación, se obtiene normalmente a partir de la contraposición entre dos esferas de la vida de los trabajadores, la vida privada y la vida profesional. El empresario tendría según esto derecho a preguntar o inquirir sobre los aspectos profesionales de los trabajadores (anteriores ocupaciones, estudios o titulaciones obtenidas, conocimiento de idiomas o habilidades técnicas, expediente académico, etc), pero no sobre los aspectos de su vida privada (ideología, religión y convicciones personales, orientación sexual, estado civil, situación patrimonial, etc). Respecto el primer tipo de datos el trabajador debería contestar con sinceridad en la entrevista o prueba de acceso a la ocupación; no así en cambio respecto de los segundos, a propósito de los cuales no sólo se ha reconocido el derecho a guardar silencio o de ocultación sino incluso, en determinados casos, la facultad de mentir o faltar a la verdad (right to lie), en la convicción de que el silencio podría considerarse un otorgamiento (quien calla otorga) o en todo caso una conducta de resistencia o "no colaborativa" que afectaría muy negativamente a las opciones de ser contratado.

La distinción entre vida privada o personal y vida laboral o profesional como criterio de demarcación entre las informaciones que las empresas y los trabajadores tienen derecho a obtener u obligación de revelar respectivamente remite a una conceptualización o convención social acerca de las relaciones del individuo con la sociedad y el entorno productivo de enorme complejidad, que entronca con la diferenciación entre lo público y lo privado, y en la que no podemos detenernos ahora. Dándola por supuesta, por tratarse de una diferenciación muy asentada socialmente, simplemente corresponde constatar que la misma resultará operativa en muchas situaciones pero no en todas, pues habrá

efectivamente casos en que carecerá de funcionalidad. De hecho, bien podría decirse que el criterio de referencia servirá o resultará operativo en lo que podríamos llamar supuestos "típicos o normales" de contratación laboral, pero no en determinado tipo de relaciones de trabajo, en ciertas empresas, o en algunas clases de actividades profesionales.

Dejando al margen la posible existencia de zonas grises, en las que la aplicación del par de conceptos indeterminados "vida personal/vida profesional" puede no decantar adecuadamente la asignación de un dato o determinada información a alguno de los campos de referencia, corresponde sobre todo subrayar que, en función de las características de la empresa o el trabajo desempeñado, datos o informaciones de carácter típicamente "personal" o "privado", de acuerdo con lo que convencionalmente se entiende por privacidad o intimidad, pueden llegar a tener en ciertos casos o situaciones específicas relevancia o trascendencia "profesional" o "laboral". Ello viene a demostrar que la diferenciación entre la esfera personal y la profesional no siempre servirá para resolver la cuestión de los datos del trabajador susceptibles de revelación en un proceso de colocación, pues como decimos puede haber casos o situaciones en los que una información típica o clásicamente "privada o íntima" tendrá relevancia "profesional", por lo que el empresario habrá de estar habilitado para obtenerla.

Varios ejemplos, de diverso orden, además, pueden traerse a colación como muestra de lo que se dice. El terreno de los datos o informaciones relativas al cuerpo del trabajador -estatura, peso, complexión-, y particularmente las relacionadas con su estado de salud, es uno de los que resulta propicio a estos efectos. No cabe duda de que los datos corporales y de salud pertenecen típicamente a la esfera de la intimidad personal, de modo que de acuerdo con el criterio clásico de contraposición entre la esfera privada y la esfera profesional el empleador no podría tener acceso a los mismos. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues, como es sabido, hay trabajos o cometidos profesionales cuyo desempeño legitima al empresario para pedir al trabajador este tipo de informaciones. Las actividades cuyo correcto desempeño requiera cierto tipo de fuerza o complexión física, particularmente si suponen riesgo para el trabajador o terceras personas, hacen necesario que el empleador tenga acceso a datos sensibles de la fisiología del trabajador (actividades de seguridad, protección civil, por ejemplo), y lo mismo cabe decir de aquellas otras actividades que por desempeñarse en condiciones especiales de riesgo para la salud -también del trabajador o terceros (exposición a agentes contaminantes, ruido, radiaciones, etc)-, puedan requerir singulares condiciones de aptitud psicofísica. En estos casos parece que el empresario tendrá derecho -también el deber, pues la no realización de estos controles puede determinar que incurra en responsabilidad- de someter a los trabajadores a reconocimientos médicos, como por otra parte aparece expresamente establecido en el mismo artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Algo parecido acontece en el terreno de las convicciones religiosas, ideológicas o ciertas convicciones u orientaciones personales de los trabajadores, como sus preferencias sexuales. Las informaciones relativas a estos aspectos pertenecen sin duda a la intimidad del trabajador, de modo que con carácter general no pueden solicitarse ni tienen por qué ser objeto de revelación en los procesos de colocación. Ahora bien, hay determinado tipo de trabajos en que los referidos aspectos de la



vida privada se tornan laboral o profesionalmente relevantes, de modo que es obvio que el empresario debe aparecer revestido con facultades para recabar del trabajador informaciones a ese respecto. La prestación de servicios en empresas de tendencia, el caso de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza, o en general cualquier tipo de situación en que las convicciones ideológicas, personales o religiosas del trabajador (sobre todo estas últimas) puedan determinar la incompatibilidad con el desempeño de determinadas actividades profesionales y la posibilidad de no asumirlas lícitamente (prestar trabajo ciertos días del año, manipular cierto tipo de alimentos, sustancias o materiales, realizar determinado tipo de tareas u operaciones como transfusiones de sangre o abortos, por poner un par de ejemplos paradigmáticos) son manifestaciones claras de este particular género de situaciones en que la distinción personal/profesional, en su configuración clásica o normal, se vuelve estéril en términos de capacidad o funcionalidad para diferenciar qué informaciones deben ser reveladas o no en un proceso de colocación de trabajadores.

La singularidad de estas situaciones determina por otra parte la imposibilidad de dar aplicación sin más a las previsiones de protección de la esfera privada y la intimidad de las personas aprobadas por nuestro legislador, máxime teniendo en cuenta que se trata de reglas generales o comunes, no pensadas para regir en el especialísimo campo de las relaciones de trabajo. Es el caso, por lo pronto, de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección "civil" de derechos al honor, intimidad y propia imagen, que contiene una regulación que sólo en un plano abstracto o muy general de principios o indicaciones básicas puede trasladarse al ámbito de la colocación de trabajadores. Pero también de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Esta norma contiene sin duda reglas importantísimas de protección de la esfera privada de las personas que no pueden pasarse por alto en los procesos de colocación, tales como la de "adecuación, pertinencia y proporcionalidad" de los datos solicitados (art. 4.1), de información "expresa, precisa e inequívoca" al interesado de que está "sometido a un proceso de recogida de datos", de sus derechos y sus consecuencias (art. 5.1), o bien del origen de los datos utilizados (art. 6.4), o, en fin, de prohibición de acceso a ciertas informaciones personales -los llamados "datos especialmente sensibles"- relacionadas con "la ideología, afiliación sindical, religión o creencias" o el "origen racial, la salud o la vida sexual", salvo "consentimiento" del interesado o por motivos de "interés general" (art. 7). Sin embargo, no cabe duda de que muchas de estas reglas no pueden trasladarse sin más al ámbito de la colocación de trabajadores. En todo caso no sirven para resolver los problemas que en cada situación concreta se van a plantear al discernir cuáles son los datos o informaciones personales del trabajador a que las empresas podrán tener acceso efectivamente o no en función del tipo de trabajo que se desempeñará.

Acabamos de ver que en determinadas circunstancias la empresa, o quien estuviera haciendo sus veces en el proceso de colocación, podría llegar a tener acceso a los "datos especialmente sensibles" a los que se refiere la LO 15/1999, relativos por ejemplo a la ideología, la religión, las creencias o la salud. Y vamos a tener ocasión de señalar más adelante que el consentimiento del interesado, al que la LO 15/1999 considera un importante mecanismo de apertura de su intimidad al ámbito público o de terceros, no puede constituir un expediente normal de validación de los procesos de

traslación de información personal del trabajador al empresario o quien le sustituya en la colocación. Así las cosas, si las referidas u otras indicaciones legales de protección de la intimidad de las personas no siempre valen para distinguir qué tipo de informaciones son las que el empresario y el trabajador pueden o están obligados a pedir o dar a conocer respectivamente en el proceso de colocación, y si tampoco sirve plenamente a tales efectos el aludido criterio clásico y general de contraposición entre la "vida personal" y la "vida profesional" del trabajador, es obvio que la pregunta es: ¿cuál será entonces la razón que deberá utilizarse para discriminar ambos tipos de informaciones? ¿En virtud de qué factores o circunstancias podremos determinar qué es lo que los empleadores -o los agentes intermediarios- están autorizados a preguntar o indagar de los trabajadores cuando se trata de su contratación para el desempeño de tareas o actividades para los que puede resultar relevante profesionalmente determinada característica, convicción o inclinación tradicionalmente privada o típicamente perteneciente al ámbito de la intimidad?

Partiendo de la base de que la búsqueda de información personal del trabajador constituye una entrada en el ámbito de lo que convencionalmente queda definido como su esfera de privacidad o intimidad, y que nuestro sistema protege tal espacio respecto de invasiones externas mediante el reconocimiento de un verdadero derecho fundamental -el derecho a la intimidad, art. 18 CE [o en determinadas manifestaciones de la privacidad otros derechos como los de libertad religiosa o ideológica, dentro de cuyo contenido se comprende la facultad de preservar frente a terceros las propias convicciones personales (art. 16 CE)]-, resulta evidente que la solución debe obtenerse aplicando analógicamente los criterios jurisprudenciales utilizados para lograr la articulación entre los derechos e intereses de la empresa y los derechos fundamentales de los trabajadores. Entre tales criterios destaca particularmente el llamado "test de proporcionalidad", según el cual la empresa sólo estaría autorizada para pedir del trabajador, en la medida estrictamente indispensable, aquellos datos personales o sensibles necesarios para alcanzar un fin lícito, relacionado con su explotación o actividad, a condición de que tal objetivo no pudiera conseguirse por medios alternativos.

Una vez admitido en efecto que los derechos fundamentales, y en particular el derecho a la intimidad, continúan teniendo virtualidad en el seno de la relación de trabajo (STC 99/1994, de 11 de abril), la jurisprudencia constitucional ha aclarado que la necesidad de tutelar simultáneamente los legítimos intereses de la empresa requiere admitir soluciones de modulación o limitación de aquellos derechos en el ámbito laboral, lo que se ha hecho principalmente mediante la aplicación del referido "triple test de proporcionalidad", que exige que la decisión o medida limitadora del derecho fundamental atraviese tres juicios de proporcionalidad sucesivos: (1) el juicio de adecuación, que exige que la medida sea idónea en relación con el fin u objetivo -necesariamente lícito- al que la misma se ordena; (2) juicio de indispensabilidad, que exige que la medida adoptada resulte imprescindible porque no haya otra manera más suave o moderada de alcanzar el objetivo proyectado; (3) juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que viene a comportar la exigencia de que la medida no produzca más rendimiento al empresario que el estrictamente indispensable para tutelar el interés protegible, y además que resulte ponderada o equilibrada por derivarse de

ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (los del trabajador), de modo que sirva al valor social que al fin se aspira a alcanzar.

Estos criterios, que como decimos son los que deben aplicarse a las situaciones de solicitud de información personal a los trabajadores en las entrevistas o pruebas de acceso a un empleo, o en general a cualquier acto o procedimiento de indagación en su vida privada, aparecen expresados con toda claridad, referidos precisamente al derecho a la intimidad del trabajador, en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, dictada en relación a un supuesto de acceso del empresario a los resultados de un análisis de orina practicado a un trabajador que reveló rastros de consumo de drogas y terminó propiciando su despido. Viene a decir la sentencia que el sometimiento del trabajador a pruebas médicas constituye una clara entrada en la esfera de la intimidad personal que debe interpretarse de manera muy restrictiva y que sólo debe admitirse en situaciones especiales y muy particulares de riesgo o peligro cierto para la salud de los trabajadores o terceros, o bien en determinados sectores o actividades con acreditada potencialidad dañosa para la seguridad y la salud de los trabajadores, sin que baste una genérica razón de protección de la salud para justificar este tipo de reconocimientos, y menos el mero interés empresarial en reducir costes previendo situaciones futuras de incompatibilidad personal con el trabajo a desempeñar. Acudir a este tipo de pruebas fuera de los supuestos en que es lícito hacerlo, como acontece en el caso enjuiciado, en el que la trabajadora era un agente administrativo de Iberia, desconoce la exigencia de proporcionalidad, no sólo porque tal medio de recabar información no cabía en este caso, sino porque el mismo confiere a la empresa más información de la estrictamente necesaria para cuidar la salud de la trabajadora, hasta el punto de que la misma se ha terminado utilizando para prescindir de sus servicios por una circunstancia -el eventual consumo de drogas- que nada afecta a su salud y seguridad, que son los únicos motivos por los que, en su caso, se habrían podido justificar las pruebas efectuadas.

La aplicación del criterio de proporcionalidad y ponderación de los bienes o intereses constitucionales en pugna, que como decimos debe trasladarse a los casos en los que el trabajador invoca su derecho de intimidad en la fase de colocación, es muy clara también en otras sentencias del Tribunal Constitucional previas a la 196/2004. Aparte de la ya citada STC 99/2004, de 11 de abril, sobre el diestro cortador de jamones al que la empresa quiere someter a un acto público de promoción de la marca que comporta la filmación y fotografía de sus habilidades, lo que es considerado contrario a la intimidad del trabajador, destacan sobre todo las SSTC 98/200, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio, sobre utilización por la empresa de medios de grabación de imagen y sonido en el lugar de trabajo. En ambas viene a reproducirse el argumento de que el derecho a la intimidad de los trabajadores no impide a la empresa la utilización de aparatos de obtención de información del trabajador -cámaras y micrófonos- siempre que se haga cumpliendo las exigencias de proporcionalidad. Y ello con independencia de que mientras en la sentencia 186/2000 se entiende que la instalación de un circuito cerrado de televisión en un supermercado es proporcionado y lícito por establecerse sólo sobre las cajas y el pasillo de salida del centro, afectando a trabajadores de cara al público y alcanzando sólo a las manos, y en reacción a un descuadre llamativo en los rendimientos de la sección de textil y calzado, se llegue a una conclusión bien distinta en la sentencia 98/2000: en ésta se

resuelve en efecto que la implantación de micrófonos en las secciones de caja y juego de la ruleta francesa de un casino, cuando previamente ya estaba instalado un circuito de televisión desde mucho tiempo atrás, y que vendría a "completarlo" añadiendo un "plus" de seguridad en el funcionamiento del casino, contraviene el derecho a la intimidad de los trabajadores por tratarse de mecanismos de control que no resultan indispensables para el fin buscado por la empresa y que en todo caso facilitan a la misma mucha más información personal de los trabajadores (y también de los clientes) de la que se precisa para el fin de la empresa, lo que es contrario claramente el criterio de proporcionalidad.

La "guía de proporcionalidad" no es empero el único mecanismo que puede y debe utilizarse para el discernimiento de los datos que cabe pedir o no a los trabajadores en un proceso de colocación. Deberán inevitablemente tenerse en cuenta también las reglas que el legislador haya aprobado específicamente a propósito de la protección de la intimidad de los trabajadores asalariados, distintas en todo caso de las más genéricas de protección de la intimidad de las personas aludidas más arriba (Leyes Orgánicas 1/1982 y 15/1999), a reserva por supuesto de la salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales en juego, en nuestro caso el de intimidad, que siempre deberá respetarse por encima de lo que diga la ley. Es lo que sucede, por ejemplo, con las previsiones de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en las que se regula la posibilidad de que el trabajador tenga que revelar datos sensibles y someterse a pruebas médicas con carácter previo al contrato por obvias razones de prevención de riesgos y tutela de la salud y la integridad en el trabajo, según ya hemos apuntado.

En su art. 22, relativo a la "vigilancia de la salud", establece en efecto la Ley 31/1995 la posibilidad de que el empresario someta a los trabajadores a reconocimientos médicos cuando ello "sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad". Acabamos de hacer referencia a la interpretación restrictiva que la STC 196/2004 ofrece de la posibilidad de someter a los trabajadores a reconocimientos médicos obligatorios, que no en balde son calificados no como "un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores o una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar" sino como una potestad "cuyo eje descansa por el contrario en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud". El principio de intervención mínima en la esfera íntima del trabajador, y en general la exigencia de proporcionalidad o ponderación queda clara en todo caso en la misma Ley 31/1995, que en principio limita el acceso de la empresa sólo al conocimiento de la falta de aptitud del trabajador para el puesto por razones de salud, de modo que no puede acceder al detalle de la patología o circunstancia sanitaria personal del trabajador. En efecto, dice la Ley 31/1995 que "el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores sin que

pueda facilitarse al empresario sin consentimiento expreso del trabajador", de modo que el empresario sólo conocerá "las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo" (art. 22.4).

Concurre en el caso de las informaciones relativas al estado de salud de los trabajadores la circunstancia particular y muy relevante de que el acceso de la empresa a tales datos puede resultar imprescindible en términos de cumplimiento de un deber legal cual es vigilar y tutelar adecuadamente la seguridad y la salud de los trabajadores (arts. 14 y 22.1 Ley 31/1995). No se trata en efecto simplemente de que la empresa recabe información personal del trabajador con la finalidad de mejorar o maximizar los niveles de rendimiento y beneficio, algo perfectamente legítimo en los términos ponderados en que se ha visto que cabe, sino de que ahora la empresa necesita tener acceso a datos sensibles porque sólo así puede estar en condiciones de cumplir sus obligaciones legales y evitar responsabilidades por incumplimiento. Esta situación no se plantea sólo en este caso, sino, con carácter general, siempre que la empresa necesita tener información personal de los trabajadores para cumplir adecuadamente los deberes que le impone el ordenamiento. Es lo que sucede, por ejemplo, en relación al conocimiento de si el trabajador es mayor o menor de 18 años, si padece algún tipo de discapacidad o singularidad física o psíquica que le haga vulnerable en ciertas ocupaciones y que esté tutelada por nuestro sistema, o si se trata de una trabajadora embarazada o lactante. En estos casos u otros similares que cabría imaginar el empresario debe poder acceder al conocimiento de las circunstancias personales de los trabajadores, pues sólo así puede dar cumplimiento a los deberes específicos que el ordenamiento le impone.

Por supuesto, ello no significa que deje de operar en estos casos -lo hemos visto con las reglas de vigilancia de la salud de la Ley 31/1995- el criterio o principio de proporcionalidad, pues no dejamos de estar en supuestos de invasión del ámbito o la esfera privada de los trabajadores. La necesidad de tener acceso a datos o aspectos personales de los trabajadores, determinada por la exigencia de dar cumplimiento a obligaciones legalmente dispuestas, simplemente acreditaría la superación de los dos primeros pasos del triple test de proporcionalidad, relativos como se ha apuntado a la adecuación de la medida limitadora del derecho fundamental al fin perseguido y a la inexistencia de medios o cauces alternativos para tal cometido. El tercer paso del test, relativo a la necesidad de que sólo se obtenga la información estrictamente indispensable para el fin perseguido, que en este caso es el cumplimiento de las normas jurídicas (exigencia de proporcionalidad en sentido estricto) no se tendría en cambio automáticamente por cumplido, de modo que debería acreditarse que el empresario tiene acceso sólo a una parte de los datos personales del trabajador, que son sólo aquellos que resultan imprescindibles para que pueda estarse en disposición de cumplir las normas.

La necesidad de dar cumplimiento a las normas y deberes impuestos por el ordenamiento no es la única circunstancia que puede justificar o hacer más fácil el acceso de la empresa a determinadas informaciones personales de los trabajadores, siempre en los términos ponderados, proporcionados y de mínima invasión que acabamos de referir. Pueden contribuir a este efecto otros factores como el objeto o naturaleza del trabajo a desarrollar, en la medida en la que la actividad contratada com-

porte objetivamente la exhibición pública de determinados aspectos personales del trabajador, o bien circunstancias de interés general, cuando, por ejemplo, las indagaciones de la empresa estuvieran conectadas con la verificación de determinadas cualidades personales requeridas para el desempeño de trabajos socialmente relevantes, por afectar pongamos por caso a la seguridad o la salud de sus usuarios o de terceros, como puede acontecer en la conducción de medios de transporte, manejo de explosivos, etc. No es casualidad que la LO 15/1999 autorice precisamente el acceso a los "datos especialmente protegidos de las personas" -ideología, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual- en virtud de "razones de interés general" (art. 7). La tutela del interés general es por cierto lo que también está en la base de la posibilidad que regula la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de someter a los trabajadores asalariados "reconocimientos médicos obligatorios" (art. 22).

Es importante por otra parte señalar que en esta cuestión acerca de los datos personales o sensibles de los trabajadores a los que las empresas pueden llegar a tener acceso ningún valor puede atribuirse al consentimiento de los afectados, ni siquiera cuando así parezca disponerlo la ley, como sucede no ya sólo en la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, sino también en la misma Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos, que se refiere a la posibilidad de que la empresa pueda conocer los resultados de los reconocimientos médicos de los trabajadores cuando éstos hayan prestado "su consentimiento" (art. 22.1 y 22.4). Sucede así porque, en la fase de colocación, el trabajador no tiene libertad para negarse a consentir la aportación de los datos que le solicite la empresa, pues sabrá que no será admitido en la empresa si no consiente en revelar los datos que se le piden. Su consentimiento para trasladar información personal a la empresa será por tanto un consentimiento cautivo y viciado, pues no será consecuencia de su genuina voluntad de hacer saber a la empresa tales informaciones sino del temor a no ser contratado en caso de no consentirlo. Así lo determina la posición de debilidad del trabajador en el proceso de negociación previo al contrato<sup>100</sup>. De acuerdo con ello, la regla del art. 22 de la Ley 22/1995 debe interpretarse como valiendo sólo respecto de los reconocimientos médicos que se practiquen al trabajador una vez celebrado el contrato de trabajo, cuando éste ya no tiene que temer que el contrato no llegue a celebrarse, nunca respecto a las pruebas médicas previas a la formalización del mismo<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Vid. S. del REY GUANTER, "Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la intimidad informática del trabajador", *Relaciones Laborales III* (1999), p. 151.

<sup>101</sup> El Tribunal Constitucional ha dejado claro en su sentencia 196/2004, de 15 noviembre, que los reconocimientos médicos y la revelación de datos de la salud del trabajador no sirve a un pretendido derecho de la empresa sino al cumplimiento por la misma de la obligación de vigilar y cuidar adecuadamente la salud de los trabajadores, de modo que el acceso del empleador a tales informaciones debe circunscribirse funcionalmente a la referida finalidad de protección del trabajador, que es quien en definitiva es el verdadero titular o beneficiario de las normas de vigilancia de la salud.

Una última consideración conviene hacer, relacionada ahora con la incidencia sobre la cuestión que nos ocupa de una circunstancia de carácter "técnico o procesal" como es la alteración de las reglas de la carga de la prueba, llamada producir importantes efectos prácticos siempre que, como en este caso, está en juego un derecho fundamental. En efecto, puesto que está en juego el derecho a la intimidad (o en su caso el de libertad ideológica y religiosa), y la legislación procesal establece como es sabido que en tales casos basta acreditar indicios de vulneración del derecho para entender que la misma existe efectivamente, salvo que el empresario consiga acreditar que hay una razón objetiva que justifica su conducta (arts. 96 y 181 de la Ley 36/2001, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), parece evidente que el conflicto sobre si la decisión del empresario de pedir al trabajador ciertos datos, o bien someterle a cierto tipo de pruebas o inquisiciones, vulnera o no la intimidad podrá en muchos casos quedar resuelto en puros términos procesales, presumiendo que se vulnera el derecho. Debieran por tanto ser conscientes los empleadores de que cualquier demanda de información personal a los trabajadores que no pueda encontrar apoyo en una razón objetiva creíble podrá llegar a ser considerada como contraria a los derechos fundamentales de los trabajadores por este "expediente procesal", sin que haya quedada acreditada "realmente" la conculcación del derecho.

*c) "Right to lie", buena fe del trabajador y métodos de indagación de datos personales*

Situados en la hipótesis de que mediante la aplicación de los anteriores criterios hubiera podido establecerse con claridad a qué tipo de datos de la persona del trabajador puede o no tener acceso la empresa, es evidente que, respecto al efecto negativo de estos criterios, es decir el que determinaría la imposibilidad de pedir u obtener determinado tipo de informaciones de los trabajadores, que siempre deberían quedar en el ámbito de la esfera de la privacidad y la intimidad personal, los problemas habrían quedado zanjados y ya no se suscitarían nuevas cuestiones. Definidos una serie de datos del trabajador como fuera del alcance de las facultades indagatorias del empresario, ya no se plantearía ningún nuevo problema en principio: el empresario no podría inquirir sobre ellos y ahí se terminaría la cuestión. Lo cierto, con todo, es que en este punto se ha planteado alguna incertidumbre, no respecto de lo que puede hacer el empresario, que es muy claro, como acabamos de señalar, sino respecto de lo que puede hacer el trabajador a quien se solicite una información no pertinente para el trabajo y que no tiene obligación de revelar. La cuestión concretamente ha sido si ante una pregunta de estas características el trabajador tendría derecho a contestar lo que más facilitara su efectiva contratación, incluso faltando abiertamente a la verdad (*right to lie*), sin que ello constituyera incumplimiento de las obligaciones de buena fe. Como ya hemos señalado, esta importante cuestión ha sido resuelta de forma afirmativa, básicamente porque admitir sólo el derecho a guardar silencio ante este tipo de preguntas ilícitas sería tanto como condenar al trabajador a una más que segura eventualidad de no celebración del contrato; pero adviértase que esta facultad de enmascarar la verdad no opera respecto de cualquier solicitud de información personal, sino sólo



respecto a preguntas impertinentes, es decir, relativas a datos irrelevantes para el desempeño profesional del trabajador<sup>102</sup>.

Por otra parte, y como era de esperar, la definición de cierto tipo de datos o informaciones personales del trabajador como susceptibles de indagación por las empresas tampoco significa en absoluto, desde luego, la desaparición de los problemas respecto de la conducta observada por el empresario para la obtención de este tipo de informaciones. Y es que una vez que hemos identificado un conjunto de aspectos o informaciones del trabajador como susceptibles de indagación, es decir, una vez que hemos determinado qué datos o informaciones son los que la empresa tiene derecho a conocer, surge de inmediato la cuestión de cómo pueda accederse a los mismos. Decir que se tiene derecho a conocer unas informaciones no equivale a decir que cualquier modo o procedimiento sirva a tales efectos, puesto que nuestro derecho ha podido limitar las maneras en las que la empresa tenga acceso a las referidas informaciones. Es en este contexto donde vienen a encajar cuestiones como estas: ¿cuál será el alcance de las facultades de indagación de la empresa? ¿Es lícito cualquier método de indagación? ¿Puede llegar a investigarse al trabajador para obtener datos? ¿Tiene el trabajador que revelar por iniciativa propia ese tipo de informaciones aun cuando no se las solicite expresamente el empresario, so pena de entender vulnerado el principio de buena fe en la negociación de los contratos?

Para contestar estas cuestiones puede partirse de la base de que el trabajador sólo está en principio obligado a revelar la información que le sea solicitada por la empresa o el agente de colocación, no la que no se le haya pedido, y ello por más que pudiera resultar decisiva o determinante con vistas a la asunción de los compromisos profesionales del futuro contrato. Salvo en supuestos límite o excepcionales, las obligaciones de buena fe del trabajador no alcanzan para obligarle a revelar en un proceso de colocación unos datos que el empleador no ha solicitado cuando tendría que haberlo hecho, pues aquella obligación genérica no puede suplir el incumplimiento por la empresa de sus obligaciones de diligencia in contrahendo. Los empresarios no negocian los contratos de trabajo en posición de "contratante débil", menos cuando lo hacen con el asesoramiento e intervención técnica de terceros intermediarios, por lo que en condiciones normales no hay razón para desplazar los perjuicios o efectos negativos de una negociación efectuada con torpeza -una torpeza inexcusable, por lo que hemos dicho- a los trabajadores, entendiéndose que el deber de buena fe les obligaba a revelar motu proprio determinadas informaciones y que al no hacerlo así son ellos los que han de cargar con las consecuencias negativas que se derivan de un contrato suscrito en las referidas condiciones<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Vid. J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 91 y ss.

<sup>103</sup> Sobre la cuestión, vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2009, p. 42



Téngase en cuenta que el trabajador, como consecuencia de su posición dependiente y subordinada, no conocerá de antemano en el momento de la contratación las tareas o funciones que a medio o largo plazo puede llegar a desempeñar en la empresa, pues el tracto sucesivo o larga duración característica del contrato de trabajo, su carácter enormemente flexible y el hecho mismo de que las novaciones que pueda llegar a experimentar resulten imprevisibles o estén en todo caso en el ámbito de los poderes unilaterales del empresario, le impide hacer una estimación a priori de cual vaya a ser su destino en la empresa, lo que le imposibilita para conocer en la negociación previa del contrato qué aspectos o datos de su persona vayan a ser a la postre relevantes para el cumplimiento de sus obligaciones laborales, quedando así exonerado del deber de revelar por iniciativa propia tales extremos. Si el trabajador no sabe qué va a hacer definitivamente en la empresa, no podrá conocer qué datos personales son relevantes para su prestación, luego no deberá tener obligación de revelarlos. Por su poder de dueña y organizadora, será la empresa quien estará en condiciones de conocer mejor la suerte que vaya a correr trabajador, por eso será ella quien tenga que cuidarse de recabar los datos o informaciones que sean relevantes para el cumplimiento de sus deberes.

Queda por resolver la cuestión relativa a las maneras o los métodos que los empresarios o sus agentes podrán utilizar para recabar informaciones profesionalmente pertinentes de los trabajadores: ¿Valdrá cualquier método? ¿Podrá llegar a investigarse al trabajador? ¿Podrá la empresa pedir a las otras empresas en las que el trabajador haya prestado servicios informes sobre su rendimiento o su manera de conducirse en las mismas ("listas de trabajadores"), o bien que el trabajador aporte tal informe (las conocidas "cartas de recomendación")? Creemos que la contestación que puede darse con carácter general a estas cuestiones es que la empresa es libre para decidir el método a utilizar para recabar la información del trabajador. Por supuesto, será condición indispensable que el método utilizado transfiera al empresario sólo y exclusivamente los datos estrictamente indispensables para conocer la aptitud profesional del trabajador, no otros que el empresario no necesite conocer para dar satisfacción a su legítimo interés en gestionar y explotar eficientemente su empresa. Dicho de otra manera, la validez del método de investigación que la empresa utilice estará en función del contenido de la información que sea capaz de proporcionar, y por tanto de que su utilización pueda o no considerarse dentro de los límites de la exigencia de proporcionalidad.

La LO 15/1999, de 13 de noviembre, de Protección de Datos, de la que nos ocuparemos cuando analicemos el tratamiento de los datos obtenidos en los procesos de colocación, contiene en todo caso normas sobre recogida de información de las que pueden extraerse algunas pautas sobre los métodos y las maneras que las empresas o los intermediarios laborales pueden utilizar para obtener información de los trabajadores, reglas de las que no puede prescindirse. Para empezar, "prohí-

be la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos" (art. 4.7), si bien no aclara qué deberá entenderse por tales medios irregulares<sup>104</sup>. Exige también que los interesados a los que se soliciten datos personales sean "previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco" de que están sometidos a un proceso de recogida de datos, y particularmente de los siguientes extremos: (a) "la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información"; (b) "el carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas"; (c) "las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos"; (d) "de la posibilidad de ejercitar derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición"; (e) "de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante" (art. 5.1). La norma aclara que "cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida (de datos) figurarán en los mismos en forma claramente legible las advertencias a las que se refiere el apartado anterior" (art. 5.2).

Es verdad que la Ley de Protección de Datos precisa que no será necesario informar sobre algunos de los referidos extremos -concretamente los aludidos en las letras "b", "c" y "d"- cuando tal información "se deduzca claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicita" o bien "de las circunstancias en que se recaban" (art. 5.3), indicación que es muy importante precisamente en el ámbito de la colocación de trabajadores, pues tal puede constituir seguramente uno de los casos en que de la "naturaleza de los datos solicitados" o "de las circunstancias en que se recaban", como dice la norma, pueda derivarse la no necesidad de que el solicitante de los datos informe acerca de los extremos a que se refieren las letras "b", "c" y "d" del art. 5.1 de la ley. Sin embargo, el trabajador sigue teniendo derecho a que se le informe de los aspectos a los que se refieren las letras "a" y "e" del referido precepto, relativos a "la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal", la "finalidad de la recogida de los datos" y los "destinatarios de la información" (letra "a") y la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante" (letra "b"). No pueden despreciarse por tanto los efectos que los deberes de información referidos han de proyectar sobre los métodos o técnicas de prospección e investigación que empresarios e intermediarios laborales pueden llegar a poner en marcha con objeto de conocer las cualidades de los demandantes de empleo.

---

<sup>104</sup> L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, "Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores", *Relaciones Laborales*, 11 (1999), p. 21, entiende que de esta mención se desprende la imposibilidad de utilizar "investigadores privados u otros medios de intrusión en la esfera clásica de la intimidad del individuo"; entendemos que los detectivos e investigadores privados no son simpliciter un medio fraudulento, desleal o ilícito de indagación de datos personales, aunque sí puedan serlo secundum quid, en la medida en que como veremos la utilización de los mismos en la fase de la colocación tenderá a incumplir el criterio constitucional de proporcionalidad; cuando la norma habla de "medios fraudulentos, desleales o ilícitos" está refiriéndose seguramente a situaciones en que la información es obtenida con engaño o maquinación, de manera delictiva, por la fuerza, con amenaza, etc.

Nula o muy escasa incidencia tienen sin embargo sobre la materia las reglas de la LO 15/1999 relativas a la exigencia de consentimiento del interesado en relación al tratamiento de datos de carácter personal. Para empezar, porque el consentimiento no parece necesario cuando la información de carácter personal se pida en un proceso de colocación: en efecto, el art. 6.2 de la LO 15/1999 dice expresamente que "no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal (...) se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación laboral (...) y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento". Nótese por cierto que conforme a esta regla la indagación de datos personales del trabajador nunca requerirá tal consentimiento, toda vez que mientras los relevantes para el ulterior desenvolvimiento de la relación de trabajo no lo precisaran ex lege, los que no sean relevantes para el curso de la relación de trabajo no podrán nunca ser objeto de solicitud o investigación. Con una excepción, y es que el trabajador sí debe consentir las solicitudes de información del empresario relativas al "origen racial", la "salud" y la "vida sexual"<sup>105</sup> o "la ideología, afiliación sindical, religión y creencias"<sup>106</sup>. Sin embargo, como tendremos ocasión de señalar más adelante, cabe dudar de que esta norma, no específicamente laboral, de consentimiento habilitante -como también la que permite la eventual oposición del trabajador al tratamiento de sus datos personales (art. 6.4 LO 15/1999)-, pueda aplicarse sin más en los procesos de colocación de trabajadores, debido a la consabida posición de contratante débil de los demandantes de empleo<sup>107</sup>.

Son en definitiva por tanto sólo los deberes de información de la LO 15/1999 los que condicionan los métodos o técnicas de obtención de información por empresas e intermediarios, y particularmente los que les impiden recurrir a mecanismos o vías secretas de indagación de datos de los trabajadores. Ciertamente, el efecto de prohibición de investigaciones secretas sobre los demandantes de trabajo es muy claro en la norma cuando los datos obtenidos vayan a poder ser objeto de tratamiento.

---

<sup>105</sup> Respecto a este tipo de datos especialmente protegidos dice en efecto la Ley 15/1999 que no bastará con informar al interesado, en los términos genéricos del art. 5, sino que será preciso el consentimiento expreso del mismo; así se desprende concretamente del art. 7.3 de la citada ley, que exige el citado consentimiento no solo para "el tratamiento" y la "cesión" de los datos, sino también para que los mismos puedan ser "recabados"; *vid.* L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, "Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores", *loc. cit.*, p. 16.

<sup>106</sup> En este caso el consentimiento deberá prestarse necesariamente por escrito y previa "advertencia" al interesado "acerca de su derecho a no prestarlo" (arts. 7.1 y 7.2 Ley 15/1999); *vid.* J. THIBAUT ARANDA, "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *Relaciones Laborales*, II (2000), pp. 177 y 178.

<sup>107</sup> Básicamente porque, como veremos, la posición de debilidad contractual del demandante de empleo determina que no pueda darse por bueno el consentimiento que pueda darse, o la oposición que pueda llegar a formularse, a un requerimiento de información personal cuando de ello depende nada más y nada menos que la celebración del contrato de trabajo, según tendremos ocasión de ver más adelante.

La duda se plantea respecto de posibles indagaciones informales, en las que no quedaran rastros objetivos o registros de los datos obtenidos. ¿Cabría en estos casos contratar los servicios de un investigador privado para inquirir acerca de determinados aspectos de la vida personal del futuro trabajador? Seguramente no. Básicamente porque, aparte de que ya resulta raro que el empresario asuma tamaño coste en la fase de colocación, no habría razón para justificar tal invasión de la intimidad. Téngase muy presente que, aplicando el criterio de ponderación o proporcionalidad, nuestros tribunales sólo admiten la investigación de la esfera privada del trabajador en situaciones en que el contrato ya estaba operativo y había sospechas de que el trabajador estaba incumpliendo gravemente sus deberes de buena fe, particularmente en situaciones de bajas fraudulentas, supuestos muy distintos del que nos ocupa<sup>108</sup>.

Otra importante regla de la LO 15/1999 en materia de técnica o procedimiento de investigación de datos personales, que afecta sin duda a la colocación de trabajadores, se pone de manifiesto en relación a la información personal obtenida de terceras personas. Dice concretamente el art. 5.4 de la citada ley que cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de "forma expresa, precisa e inequívoca", por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, de su "contenido", "procedencia" y de lo previsto en las letras "a", "d" y "e" del art. 5.1 (existencia de un fichero o tratamiento de datos, finalidad de la recogida de los datos, destinatarios de la información, posibilidad e ejercicio de derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición e identidad y, por último, dirección del responsable del tratamiento de los datos, o en su caso, de su representante). Es verdad en cualquier caso que esta obligación no opera cuando tal información ya se hubiera dado al interesado con anterioridad, y tampoco en otra serie de situaciones que la norma precisa, como que la información resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, o también en el caso de que los datos procedan de fuentes accesibles al público, según señala la ley en su art. 5.5. Se trata de reglas que alcanzan de lleno a aquellas situaciones en que las empresas o los gestores de la intermediación laboral puedan o quieran servirse de fuentes tales como listas de trabajadores u otro tipo de documentación en que puedan haber quedado registrados sus datos de servicio en las empresas, aunque lo cierto es que como veremos a continuación la regla de no utilización de los datos para fines no compatibles con el que motivó originalmente su recopilación, y especialmente el principio de disociación aplicable en estos casos (separación de la información de sujetos identificables), limitan mucho, automáticamente o de raíz, las referidas prácticas de obtención de datos<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., p. 49.

<sup>109</sup> Cuestión distinta es el grado de cumplimiento efectivo de estas normas, mucho menor de lo que sería deseable, según ha puesto de manifiesto la Agencia Española de Protección de Datos en alguno de sus informes; vid. C. SERRANO FALCÓN, "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", cit., p. 406.

Por último, debe señalarse que la LO 15/1999 quiere restringir la posibilidad de que la propuesta o la decisión de contratación de los demandantes de empleo se funde exclusivamente en un tratamiento de datos sobre las características subjetivas de los candidatos: "los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad". Se ofrece así una garantía frente a aquellas situaciones en las que a partir de la elaboración de datos de diversa naturaleza, básicamente a través de test psicológicos, pruebas de proyección o test destinados a determinar los intereses de los trabajadores, se dibuja un determinado perfil de la persona o se configura una determinada reputación o fama que luego pueden ser valoradas favorable o desfavorablemente para las más diversas decisiones, particularmente la de contratar<sup>110</sup>.

#### *d) Custodia y tratamiento de los datos personales de los demandantes de empleo*

El riesgo de vulneración de la intimidad de los demandantes de empleo no se hace presente exclusivamente respecto a la posibilidad de que el empresario o el agente o intermediario de colocación pregunte o inquiera aspectos de la vida privada o la esfera personal del trabajador, sino también en relación al uso o tratamiento que se dé luego a la información obtenida. Obviamente, la regla que nuestro ordenamiento consagra para evitar este riesgo es la de prohibir la publicación o revelación de tales informaciones, o en su caso hacer posible la utilización de las mismas sólo con fines legítimos, de acuerdo con el principio general según el cual el derecho fundamental de intimidad de las personas admite modulaciones en aras de la satisfacción de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos, a condición de que las mismas se introduzcan conforme a criterios de proporcionalidad y ponderación, de modo que el sacrificio del derecho sea mínimo y los beneficios sociales obtenidos superen los perjuicios.

La regulación más general de esta cuestión se encuentra en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil de los derechos al honor, la intimidad personal o la propia imagen. Esta norma, que con carácter general ya dispone en su art. 7.3 que "la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona (...) que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo" tendrá la consideración de "intromisión ilegítima" en el ámbito de la intimidad, establece -con una regla más específica- que también merecerá tal consideración "la revelación de datos privados de una persona (...) conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela". Se trata en cualquier caso de reglas muy básicas, de sentido esencialmente prohibitivo, y que no "regulan" o "administran" propiamente las condiciones o circunstancias en que podría haber cierto uso o tratamiento de datos de carácter personal o los derechos de los afectados en estos casos.

---

<sup>110</sup> Vid. J. THIBAUT ARANDA, "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *loc. cit.*, pp. 178 y 179.

Precisamente este es el objeto de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, que parte de la premisa de que la protección de la esfera privada de las personas es compatible con el tratamiento y utilización de la información personal siempre que ello se haga en las condiciones y dentro de los límites y restricciones que se establece. Se trata por descontento de una regulación más extensa, compleja y desarrollada de la que ofrece la LO 1/1982, y que en todo caso toma en consideración de manera muy evidente la existencia de las nuevas tecnologías de gestión, tratamiento y divulgación de la información. En un escenario de eventual vulneración de la intimidad por revelación, divulgación, publicación o utilización indebida de datos e informaciones de carácter personal es muy importante tener presente cuáles son los instrumentos o la tecnología que se utiliza para recabar, dar soporte y organizar este tipo de datos e informaciones, pues sólo así cabe representar las distintas situaciones o supuestos de hecho de los que debe hacerse cargo la norma, que tendrá que estar hecha a la medida de la "realidad normada". Este no es el caso de la vieja y sencilla LO 1/1982, de 5 de mayo, pero sí de la nueva y más compleja LO 15/1999, de Protección de Datos.

Como decimos, esta norma, que expresa claramente el propósito de que los datos de carácter personal -"cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables" (art. 3a)- se mantengan en el ámbito de la esfera privada de los interesados, admite y regula bajo ciertas condiciones la posibilidad de que tales datos sean objeto de utilización y aprovechamiento. Es lo que la misma define como "tratamiento de datos", que comporta dos tipos de operaciones: (1) por una parte, la gestión y organización de la información personal que se haya obtenido de las personas físicas; la norma habla en este sentido de "operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación de datos", y se refiere al "fichero" como principal herramienta para el desarrollo de las referidas operaciones de gestión de datos; (2) por otra parte, la "cesión" o transmisión de los datos personales a terceras personas, algo que según dice la propia norma podrá hacerse en virtud de "comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias" (art. 3c).

La primera regla que consagra la LO 15/1999 en la materia que nos ocupa, completamente obvia, es que no pueden ser objeto de tratamiento aquellos datos personales que deben mantenerse fuera del alcance de otras personas, sino sólo aquellos a los que otras personas pueden tener acceso lícitamente, que como hemos visto son los que "sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido", según aclara el art. 4.1 de la ley. Respecto de aquellas informaciones que deban mantenerse a toda costa dentro del ámbito privado de las personas, y que bajo ningún concepto puedan ser accesibles a otros, va de suyo que cualquier operación de tratamiento de datos vendrá a ser una intromisión ilegítima en la intimidad. Queda claro en consecuencia que las empresas, agencias de colocación o de selección de personal o los mismos servicios públicos de empleo no podrán aprovecharse en ningún caso, y mucho menos ceder, las informaciones estrictamente personales o privadas de los demandantes de empleo que por las razones que sea hayan podido llegar a caer en sus manos.

Según hemos tenido ocasión de comprobar las referidas informaciones personales no se definen estáticamente, por identificación de un núcleo de la intimidad de contornos fijos configurado en términos absolutos, sino de manera dialéctica, entendiendo que la zona nuclear del derecho se conforma de modo dinámico, de manera que sus fronteras resultan variables, y relativo, en función de la confluencia del derecho a la intimidad con otros intereses o bienes constitucionalmente protegidos, privados (de la empresa) o incluso públicos. Estas ideas están presentes en los criterios de proporcionalidad y ponderación que el Tribunal Constitucional ha venido utilizando para resolver los problemas de confrontación entre la intimidad de los trabajadores y el derecho de libre organización de la empresa. La determinación por tanto de qué informaciones personales podrán ser objeto de tratamiento y cuáles no deberá llevarse a cabo en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Una segunda e importantísima regla en materia de tratamiento de datos, con una proyección muy clara en el ámbito de los procesos de colocación de trabajadores, es aquella según la cual "los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos". Esta regla, en cuya base está sin duda el principio de que el tratamiento de los datos personales sólo se admite "funcionalmente", en virtud de la adscripción de los mismos a un fin determinado, que es lo que justificaría precisamente su tratamiento, produce dos importantes efectos. Por un lado, produce desde luego el efecto "negativo", que se sigue evidentemente de su lectura, relativo a la imposibilidad de tratar los datos personales con fines no compatibles con los que justificaron su recogida inicial. Pero por otro lado produce también el muy trascendente efecto "positivo", derivado de una lectura a contrario de la previsión, según el cual los datos personales podrían utilizarse no sólo para el fin que justificó inicialmente su recogida sino también para fines compatibles. En efecto, la norma abre la posibilidad de que los datos personales puedan tratarse en un ámbito y para un fin distinto del inicialmente proyectado siempre que entre los fines implicados haya compatibilidad; la compatibilidad existirá en todo caso -se precisa- cuando el tratamiento posterior de los datos se haga "con fines históricos, estadísticos o científicos" (art. 4.2)<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Descontando los supuestos en que el legislador, como intérprete auténtico, determina cuando concurre el requisito de compatibilidad, como el que acaba de señalarse, la apreciación de la referida circunstancia no es ni mucho menos fácil; la doctrina ha relacionado la idea de compatibilidad con el favor operari, mostrándose partidaria de entender que existe compatibilidad cuando el nuevo uso asignado a los datos beneficia al trabajador pero no cuando le perjudica; *vid.* J. THIBAUT ARANDA, "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *cit.*, p. 172.

La regla de adscripción funcional del tratamiento de datos al fin que justifica su recogida implica el carácter esencialmente temporal o provisional del tratamiento, de modo que deberá cesar cuando deje de operar la causa inicial de la recogida u otro fin compatible, de acuerdo con el principio cesante causa, cessat effectus. Por eso establece la Ley 15/1999 que "los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados" y que en todo caso "no serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un periodo superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados" (art. 4.5); ha de tenerse en cuenta que la "cancelación" implica simplemente el "bloqueo" de los datos pero que ello resulta compatible con su pervivencia o "conservación" para determinados fines, por ejemplo, para su utilización por las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, en los términos que indica el art. 16 LO 15/1999; y nótese que la conservación de tales datos es en todo caso posible cuando las informaciones hayan sido objeto de "disociación", de modo que no sea posible identificar un interesado. En todo caso, esta norma admite excepcionalmente el mantenimiento íntegro de los datos en virtud de "valores históricos, estadísticos o científicos" por el procedimiento que se fije reglamentariamente (art. 4.5). El procedimiento aparece regulado en los arts. 157 y 158 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre.

Trasladadas al escenario de la colocación, las referidas reglas suponen que los datos personales de los trabajadores recogidos por las empresas, agencias o servicios públicos de empleo, deberán ser objeto de cancelación una vez finalizado el proceso de selección (art. 4.5). Este efecto, que resulta claro respecto de aquellos demandantes de empleo que no sean objeto de contratación por la empresa, no lo es sin embargo respecto de los trabajadores efectivamente contratados. En estos casos tiene sentido que la empresa conserve y trate los datos obtenidos para facilitar el desarrollo de la relación de trabajo, posibilidad que queda salvada gracias a la regla según la cual los datos no sólo pueden tratarse para el fin que justificó originalmente su tratamiento, sino también para otros fines compatibles (art. 4.2)<sup>112</sup>.

Téngase en cuenta por otra parte que, como ya hemos dicho, la cancelación no determina automáticamente la supresión de los datos ni la imposibilidad de que sean tratados para finalidades distintas a la original. Tanto la empresa como las agencias de colocación o selección de trabajadores o también los servicios públicos de empleo, podrán utilizar los datos de selección de los trabajadores para fines "históricos, estadísticos o científicos" o siempre que las informaciones objeto de tratamiento se desvinculen de personas concretas identificadas o identificables en virtud de "disociación"

---

<sup>112</sup> Vid. L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, "Tratamiento automatizado de datos ...", *cit.*, pp. 33 y 34.



(arts. 4.2, 4.4 y 16). Cumpliendo estas condiciones no puede descartarse que los datos de selección de trabajadores puedan pasar a formar parte de ficheros, privados y públicos (en el ámbito de los servicios públicos de empleo, por ejemplo) y ser objeto de tratamiento con fines muy distintos de los que originalmente justificaron la recogida y el registro de tales datos<sup>113</sup>.

Una tercera regla en materia de tratamiento de datos personales guarda relación con la necesidad de exactitud y veracidad de los mismos. La LO 15/1999 dice en este sentido que "los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado" (art. 4.3). Con el objeto de garantizar el cumplimiento de esta finalidad, la Ley articula tres mecanismos instrumentales: (1) la regla de que el almacenamiento de los datos se haga de forma que permita el derecho de "acceso" del interesado a los mismos, pues sólo así podrá estar-se en disposición de controlar su veracidad (art. 4.6); (2) el derecho de los interesados a la rectificación y cancelación de los datos inexactos o incompletos (art. 16); (3) la necesidad de que los datos registrados de carácter personal que resulten inexactos, en todo o en parte, o incompletos, sean cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados (art. 4.4).

La veracidad y la exactitud de los datos resulta capital para los demandantes de empleo, pues puede condicionar de manera decisiva el sentido de la decisión empresarial de contratar o no al trabajador. Es muy importante por tanto que el trabajador cuente con mecanismos que le permitan conocer si hay ficheros con datos relativos a sus cualidades personales y profesionales, acceder a los mismos y pedir en su caso la rectificación o cancelación de los que no se correspondan con la realidad<sup>114</sup>. De lo contrario, los demandantes de empleo podrían verse en la situación de perder oportunidades de colocación por basarse las empresas en informaciones no verdaderas y que no ha habido oportunidad ninguna de rectificar. Conviene en cualquier caso que se adopten las prevenciones oportunas para que el empresario no fuerce al trabajador a utilizar su derecho de acceso a los ficheros de datos personales para llegar a conocer unas informaciones que en principio le están vedadas<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Vid. L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, "Tratamiento automatizado ...", *cit.*, pp. 26 a 29.

<sup>114</sup> La doctrina apunta en el deber de la LO 15/1999 la inexistencia de procedimientos ágiles y expeditivos para hacer efectivos los referidos derechos de autodeterminación informativa de los trabajadores (acceso, rectificación, cancelación, oposición), reclamando por ello una reducción de los intervalos en que pueden ejercitarse tales derechos (menos de 12 meses) o incluso una potenciación de los mecanismos de control de oficio de la veracidad de las informaciones e información a los interesados por los responsables del tratamiento de los ficheros; *vid.* J. THIBAUT ARANDA, "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *loc. cit.*, pp. 180 y 181.

<sup>115</sup> Vid. L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, "Tratamiento automatizado de datos ...", *loc. cit.*, p. 23.

Otra importante regla sobre tratamiento de datos de carácter personal es la que, a tales efectos, exige el "consentimiento inequívoco del afectado" (salvo que la ley disponga otra cosa). Sin embargo, esta regla no se aplica a la colocación de trabajadores, o por lo menos no se aplica respecto a todos los datos que pueden aflorar en tales procesos. Como ya hemos señalado, la LO 15/1999 dispone que "no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento", lo que quiere decir que no será preciso el consentimiento respecto a aquellos datos que se pidan al demandante de empleo y que vayan a ser relevantes en el curso de la posterior relación de trabajo que se concierte, lo que afectará sin duda a una cantidad importante de informaciones.

Pareciera por tanto que, interpretada a contrario sensu, la norma exigiría el consentimiento del demandante de empleo para el tratamiento de aquellos datos que no fueran estrictamente precisos para el desenvolvimiento de la relación de trabajo. Sin embargo, esta interpretación no puede admitirse, básicamente porque cabe dudar de que el empresario pueda pedir informaciones no necesarias para el desenvolvimiento de la relación de trabajo, debido al carácter impertinente de las mismas. Como quiera que este tipo de informaciones no pueden ser lícitamente solicitadas a los trabajadores, es obvio que el consentimiento de los mismos es imposible en este punto y carece de todo sentido.

Podría sostenerse que el consentimiento para el tratamiento de datos personales de los demandantes de empleo sí tendría relevancia en relación a informaciones especialmente protegidas en los términos que regula el art. 7 de la LO 15/1999, donde se establece la necesidad, y por tanto la posibilidad, de que el interesado consienta la revelación de datos sobre su ideología, afiliación sindical, religión, creencias, o bien relativos al origen racial, la salud o la vida sexual, norma que, por su especialidad, debería aplicarse por cierto aun cuando tales informaciones fueran precisas para el mantenimiento o cumplimiento de la relación de trabajo<sup>116</sup>. Sin embargo, incluso en estos casos cabe dudar de la viabilidad del consentimiento del trabajador como mecanismo habilitador de la revelación de las referidas informaciones en los procesos de colocación, básicamente porque, como también hemos apuntado más arriba, la condición del demandante de empleo como contratante débil y necesitado desvirtúa el valor de su consentimiento<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Tal consentimiento, que siempre deberá ser "expreso", deberá hacerse constar "por escrito" para el tratamiento de datos acerca de la ideología, religión o creencias (y ahora también afiliación sindical) de los interesados; en estos casos será necesario además informar al interesado acerca de su "derecho a no prestar tal consentimiento" para que se traten su datos (art. 7.2). Cuando los datos hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual la ley parece exigir que concurran además "razones de interés general" (art. 7.3). En ningún caso podrán crearse ficheros con el objeto exclusivo de almacenar datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico o vida sexual de las personas (art. 7.4).

<sup>117</sup> J. THIBAUT ARANDA, "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *loc. cit.*, p. 173, pone de manifiesto en este sentido que "en la fase preliminar, como en el contrato de trabajo, la singular posición del interesado, mediatizado por la necesidad de obtener un empleo, hace de la exigencia de consentimiento una *cláusula de estilo*".

En efecto, pese a la claridad y aspecto tajante de la norma, y a su más que segura aplicación como decimos en el ámbito de las relaciones de trabajo, no parece que la misma pueda trasladarse en todos sus términos al terreno de la colocación, entre otras cosas porque se trata de una previsión de carácter general, no específicamente pensada para el contrato de trabajo, donde los intereses en presencia pueden alterar las bases de aplicación de la misma, y donde, como acabamos de señalar, debe dudarse por principio de la fiabilidad del consentimiento del trabajador como mecanismo para la adecuada protección de sus intereses. Adviértase en este sentido que la propia LO 15/1999 no admite la pertinencia del consentimiento en determinados supuestos de tratamiento de datos especialmente protegidos, por ejemplo por razones de "prevención o diagnóstico médicos, prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o gestión de servicios sanitarios siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto", o bien "cuando el tratamiento (de los datos) sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento" (art. 7.6). Debe tenerse en cuenta que estas circunstancias pueden estar presentes precisamente cuando se trata de la contratación de trabajadores, por ejemplo en relación a la prestación de servicios o trabajos que pueden constituir un riesgo para la vida o salud de quien los realiza. De hecho, es lo que ha determinado la aparición de unas reglas especiales sobre recogida y tratamiento de datos sobre la salud de los trabajadores en la Ley 31/1995, 8 de noviembre, en las que huelga o está completamente de más -porque resulta de todo punto impertinente- el recurso al consentimiento del interesado<sup>118</sup>.

Hay además otras situaciones en las que la LO 15/1999 vuelve a excluir la pertinencia del consentimiento del afectado para el tratamiento de datos personales que podrían proyectarse también sobre determinadas relaciones de colocación de trabajadores. Es el caso por ejemplo de la excepción relativa a los datos personales recogidos "para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias", que podría afectar a los contratos de trabajo del sector público; o de la que se refiere a los datos cuyo tratamiento "tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado", que podría afectar a contratos de trabajo con riesgo para la salud de los trabajadores. En fin, tampoco se precisa el consentimiento para el tratamiento de aquellos datos que figuren en "fuentes accesibles al público" cuando el mismo "sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos del interesado" (art. 6.2).

---

118

La LO 15/1999 permite en todo caso sin necesidad de consentimiento de los afectados que "las instituciones y centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes" procedan al "tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con la legislación en materia de sanidad" (art. 8).

El que no sea preciso el consentimiento del trabajador para el tratamiento de los datos personales necesarios para el desarrollo de la relación de trabajo (para los datos no necesarios ni siquiera es posible, o en todo caso carece de relevancia, como hemos dicho) no confiere por otra parte una patente de curso absoluta a las empresas o los intermediarios de colocación para la utilización, aprovechamiento o cesión de tales informaciones, toda vez que la LO 15/1999 regula la posibilidad de que el trabajador pueda "oponerse" al tratamiento de sus datos personales. En su art. 6.4 esta ley establece en efecto que "en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal", de modo que "en tal supuesto el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado"; recuérdese a estos efectos que el interesado deberá haber sido informado en todo caso sobre el sometimiento de su persona a un proceso de recogida y tratamiento de datos privados.

El derecho de oposición tiene como consecuencia lógica y natural que el trabajador no podrá padecer perjuicio o represalia ninguna por impedir que sus datos personales sean objeto de tratamiento. Sin embargo, por la misma razón que hemos visto que el consentimiento del trabajador acaso no deba considerarse un argumento justificativo adecuado para la traslación al empresario de datos personales en los procesos de colocación, dada la "situación de necesidad de contratación" en que suelen encontrarse los trabajadores asalariados, tampoco debe concederse demasiado crédito en la práctica a un eventual derecho de oposición del trabajador al tratamiento de sus datos, pues resulta evidente que su ejercicio podría dañar sus expectativas en la empresa. Por ello, para evitar que el derecho de oposición quede en nada, deberán utilizarse todos los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales que consagra nuestro sistema (presunción de vulneración del derecho fundamental, garantía de indemnidad, etc). Pero, aún en este caso, debe tenerse en cuenta que la intimidad del trabajador no es el único bien jurídico tutelado, pues hay otros intereses -los de la empresa- constitucionalmente protegidos, de modo que podrían presentarse situaciones en que el derecho de oposición del trabajador tuviera que matizarse. Seguramente esta es la razón por la que la propia Ley de protección de datos aclara que la oposición no cabe en todo y en cualquier caso, sino sólo "por motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal". Parece evidente que con ello se busca establecer ya a escala de la regulación legal un mecanismo que permita amortiguar los conflictos que eventualmente puedan producirse entre la intimidad del trabajador y la tutela de los intereses de la empresa, aunque lo cierto es que su efecto práctico será una clara limitación de las facultades de oposición del trabajador<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Vid. J. THIBAUT ARANDA, "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *loc. cit.*, pp. 174 y 175.

Especialmente cautelosa se muestra la LO 15/1999 con la posibilidad de que los datos personales -todos ellos, tanto los especialmente protegidos como los que no lo son- puedan ser objeto de cesión o comunicación a una persona distinta del interesado. Dice concretamente la norma que la "comunicación" de datos personales a un "tercero" sólo cabrá "para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario" y "con el previo consentimiento del interesado". Bien es verdad sin embargo que la norma excluye la necesidad de consentimiento en una serie de situaciones, como cuando "la cesión esté autorizada en una ley", cuando se trate de "datos recogidos de fuentes accesibles al público" o cuando se trate de una "relación jurídica" libre y legítimamente aceptada "cuyo desarrollo, cumplimiento y control" implique necesariamente la conexión de los datos "con ficheros de terceros" (caso en que "la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique"); a estos casos añade la norma aquel en que la comunicación de los datos se haga a favor de determinadas instituciones públicas (Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, Tribunal de Cuentas, Jueces o Tribunales), cuando se haga "con fines históricos, estadísticos y científicos", o cuando lo comunicado sean "datos de carácter personal relativos a la salud" y ello "sea necesario para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero" o se haga "para realizar estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica" (art. 11.1 y 2). Cuando se precise el consentimiento, revocable en todo caso (art. 11.4), el mismo no será válido en caso de no haberse informado al interesado de la finalidad a la que se destinarán los datos o el tipo de actividad de la persona a la que se comunican los datos (art. 11.3). Ninguna de estas reglas se aplica cuando los datos transmitidos no estén referidos a una persona identificada o identificable, de haberse efectuado un proceso de disociación (art. 11.6).

La LO 15/1999 establece reglas especiales respecto del acceso a datos personales por quienes presten servicios al "responsable del tratamiento" de tales datos, definido previamente en el art. 3d de la ley como quien "decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento" (art. 12). Está claro que la norma está pensando primordialmente en el acceso a los datos personales por los "encargados del tratamiento" (quienes traten los datos por cuenta del responsable del tratamiento, según aclara el art. 3g de la ley), y también que su efecto principal es evitar en estos casos la aplicación de las reglas generales de comunicación de datos personales a terceras partes establecidas en el ya expuesto art. 11 de la LO 15/1999. La norma puede resultar importante en el terreno de la colocación de trabajadores, donde la condición de "encargado del tratamiento" podría corresponder a los intermediarios de la colocación y la de "responsable del tratamiento" a la empresa que contrata a los trabajadores (aunque el intermediario también puede asumir la condición de responsable del tratamiento)<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Vid. J. THIBAUT ARANDA, "La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", *loc. cit.*, p. 177.

Lo primero que se establece es que "no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento" (art. 12.1). En compensación, buscando fijar unas mínimas garantías de tutela de la intimidad de los afectados, la norma dispone que "la realización de tratamientos (de datos) por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los utilizará o aplicará con un fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas" (art. 12.2). A estas garantías de transparencia y fijación de las condiciones de prestación de los servicios de tratamiento de datos en el contrato y compromiso de buen uso de los mismos por el encargado del tratamiento, añade la LO 15/1999 la de "destrucción" o "devolución" de los datos, soportes o documentos al responsable del tratamiento una vez terminada la prestación contractual (art. 12.3), o la precisión de que "en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento", respondiendo en este concepto (art. 12.4).

La posibilidad de que, en las condiciones y dentro de los límites que se ha señalado, los datos personales de los trabajadores pasen a manos de terceras partes, e incluso de que puedan quedar objetivados mediante su incorporación en ficheros de datos -privados o públicos (en los servicios públicos de empleo, por ejemplo)- donde las referidas informaciones pueden utilizarse con fines a veces muy distintos a los originales, comporta riesgos evidentes para la privacidad. Aparte de límites, la LO 15/1999 articula por ello medidas específicas para evitar tales riesgos. Se trata, por un lado, de medidas subjetivas, que comportan el reconocimiento a los interesados de derechos de control de las informaciones que les afectan, tales como consultar en el Registro General de Protección de Datos la existencia de tratamientos de datos acerca de sus personas (art. 14), acceder a los datos personales que sean objeto de tratamiento (art. 15), rectificar o cancelar los datos inexactos, incompletos o cuyo tratamiento no se acomode a las exigencias legales (art. 16), o, en fin, reclamar la intervención de la Agencia de Protección de Datos (o en su caso el organismo competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas) (art. 18). Pero se trata también de la dotación de mecanismos objetivos para fiscalizar el uso que se da a esa información personal que trasciende y queda fijada en determinados registros. En este caso, la LO 15/1999 se encarga sobre todo de regular las condiciones de creación y funcionamiento de los ficheros en los que se registren datos de carácter personal, distinguiendo según sean de titularidad pública (art. 20) o privada (art. 25 a 27), pero también el régimen de transmisión o flujo de datos entre distintos sujetos (art. 21, 27 y 33) y de la definición y alcance de las llamadas "fuentes de acceso público", en las que constan una serie de datos privados de las personas a las que cualquier persona puede tener acceso, y que según la norma son el censo promocional, los repertorios telefónicos, las listas de personas de grupos profesionales y los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación (arts. 3j y 28).

No pueden pasarse por alto las reglas generales de seguridad en el tratamiento de datos personales que establece la LO 15/1999. Se trata de reglas que obligan principalmente al "responsable" y "encargado" del tratamiento de los datos, que buscan evitar la "alteración", "pérdida" y "tratamiento" o "acceso no autorizado" a los datos, y que se traducen en la necesidad de adoptar medidas de índole técnico y organizativo que en buena parte tienen que ver con las condiciones que deben reunir los ficheros y soportes de almacenamiento de la información. Dice en efecto la Ley de Protección de datos que "el responsable del fichero, y en su caso el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que estén expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural" (art. 9.1). En particular, se dice que "no se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas" (art. 9.2), aclarando que "los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos (especialmente protegidos) se fijarán reglamentariamente". Las referidas condiciones aparecen establecidas en el RD 1720/2007, 21 diciembre (arts. 79 y ss) y, más específicamente, el RD 994/1999, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que contengan Datos de Carácter Personal.

Las reglas de seguridad en el tratamiento de los datos personales no se proyectan sólo sobre los medios o técnicas de organización y almacenamiento de la información privada; dan lugar también a obligaciones personales por quienes tienen a su cargo los ficheros. En este sentido, la LO 15/1999 dice que "el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos o al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, el responsable del mismo" (art. 10).





---

### III. ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA COLOCACIÓN

#### 1. Funciones del Estado y de las CCAA en la organización del servicio público de colocación

La caracterización de la colocación como un servicio público en nuestro sistema no se resuelve como ya hemos dicho en un mero efecto de atribución de titularidad formal de la misma a los poderes públicos, compatible con la delegación completa del ejercicio de sus cometidos en manos privadas. Comporta, antes al contrario, la asunción efectiva por los mismos de funciones de gestión directa de tareas de colocación, y, consiguientemente, la necesidad de dotar o mantener unas mínimas estructuras o aparato público de prestación de servicios de colocación en el mercado de trabajo. Se trata de un rasgo distintivo fundamental de nuestro sistema de colocación, no extraño por cierto a las previsiones constitucionales, en las que se proclama el compromiso de los poderes públicos con la realización de una política de pleno empleo (art. 40.1), o se reconoce con toda claridad el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio (art. 35.1), y tampoco desde luego al proceso histórico de su conformación, entre cuyas constantes se cuenta sin duda la de asunción de la gestión de la colocación directamente -y en régimen monopólico, además- por estructuras de carácter público (locales, de sindicalismo corporativo, del Instituto Nacional de Empleo, etc). Y se trata, por otra parte, de algo debido, pues conviene no olvidar que el Convenio 88 de la OIT sobre el Servicio Público de Empleo (1948) obliga claramente a sus miembros, entre ellos España, a "mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo" (art. 1.1) que consistirá "en un sistema nacional de oficinas de empleo sujeto al control de una autoridad nacional" (art. 2) y que "deberá comprender una red de oficinas locales, y si ello fuere oportuno de oficinas regionales, en número suficiente para satisfacer las necesidades de cada una de las regiones geográficas del país y convenientemente situadas para los empleadores y trabajadores" (art. 3)<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Es verdad que estas normas, y también las internas de las que trataremos a continuación, no hablan propiamente de "servicio público de colocación", sino de "servicio público de empleo", pero ello no invalida las afirmaciones que estamos realizando, pues sí es cierto que el empleo es una realidad más amplia que la colocación (que incluye otras materias o aspectos como el fomento o promoción de la contratación laboral, las políticas activas, la formación profesional o las prestaciones por desempleo), es verdad también que comprende íntegramente en su seno toda la actividad de colocación; de este modo, puesto que puede decirse que "toda colocación es empleo" (no a la inversa, obviamente), es claro que todas las reglas de empleo que no aparezcan especificadas como reglas de promoción y fomento de contrataciones, políticas activas, formación profesional, prestaciones de desempleo, etc, deberán entenderse aplicables en materia de colocación; tal es precisamente lo que acontece con las que se refieren a la organización del sistema público de empleo, trasladables íntegramente a la colocación.

La dotación y vertebración del referido aparato público de colocación viene hoy sintéticamente recogida en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Sobre la base de la asunción de competencias por las distintas Comunidades Autónomas en la materia -conforme a lo dispuesto en los arts. 149.1.1 y 149.1.7 CE, y de acuerdo con lo que luego han ido estableciendo los Estatutos de Autonomía y las normas de transferencia de competencias-, esta ley se encarga ante todo de constatar la posibilidad de gestionar la colocación en el ámbito de las CCAA, confirmando así una realidad que ya había venido consumándose antes de su entrada en vigor en las correspondientes leyes reguladoras de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Pero, sobre esta premisa, se encarga también de organizar un servicio nacional de colocación (dentro del "Sistema Nacional de Empleo") que asumirá las funciones de gestión de colocación que desborden el ámbito de una Comunidad Autónoma y en general las que no hayan sido asumidas por éstas (el "Servicio Público de Empleo Estatal"), y, muy especialmente (a través de instrumentos como la "Estrategia Española de Empleo", el "Plan Anual de Política de Empleo", o el "Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo", entre otros), cometidos de racionalización y coordinación de este modelo descentralizado de gestión de la colocación, con objeto de que el mercado de trabajo no quede fraccionado y deje de operar como realidad unitaria, y para evitar que se pierdan las sinergias de gestión que solamente puede procurar una visión total o global de las demandas y ofertas de trabajo<sup>122</sup>.

Un primer nivel de organización de los servicios públicos de colocación viene en efecto establecido en el ámbito de las diversas CCAA, que habiendo asumido competencias en materia de empleo e intermediación laboral han dotado un aparato administrativo dedicado a la gestión de las tareas de colocación: los "Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas"<sup>123</sup>. Las competencias de que hablamos son por supuesto de mera gestión, nunca de regulación, pues esta corresponde únicamente al Estado, de acuerdo, por ejemplo, con la reserva en exclusiva al mismo de "la regu-

---

<sup>122</sup> Esta idea de unidad y globalización del mercado de trabajo, tan conveniente en términos de optimización de los resultados de la colocación, y por tanto tan beneficiosa para los intereses de los trabajadores, las empresas y el sistema económico en general, está de hecho incorporada expresamente en el ya referido Convenio 88 OIT (1948), que habla de un sistema "nacional" de empleo, sujeto al control de una autoridad "nacional" (art. 2) y que debería ser capaz de "organizar la compensación de las ofertas y demandas de trabajo de una oficina con otra, cuando la oficina consultada en primer lugar no pueda colocar convenientemente a los candidatos o cubrir adecuadamente las vacantes" (art. 6); por otra parte, es también esta incontestable tesis de que la unidad de mercado, más cuanto mayores sean las dimensiones del mismo, hace aumentar las posibilidades y las sinergias de la colocación, lo que ha llevado a la UE a dotar o establecer redes o estructuras de colocación capaces de hacer efectivo el principio comunitario de libre circulación de trabajadores, como puede ser el caso de la Red EURES.

<sup>123</sup> *Vid.* art. 17.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

lación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" (art. 149.1.1 CE). Así lo ha venido a confirmar la Ley 56/2003 en su art. 3, que atribuye al Gobierno de la Nación la competencia para "la aprobación de proyectos de normas con rango de ley y la elaboración y aprobación de las disposiciones reglamentarias en relación con la intermediación y colocación en el mercado de trabajo", y traslada a la competencia de las CCAA "en su ámbito territorial el desarrollo de la política de empleo, el fomento del empleo y la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidas", lo que seguramente incluye la gestión de la colocación<sup>124</sup>.

Las competencias de gestión de colocación asumidas por los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA son por cierto todas o al menos la mayoría de las que cabe ejercitar en esta materia, siempre por supuesto dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma. En relación en efecto a las operaciones de colocación radicadas en el ámbito geográfico de cada Comunidad (cuestión distinta son los criterios de radicación que deban utilizarse, siempre problemáticos y discutibles), las referidas competencias abarcan las siguientes materias: (1) la prestación directa de servicios de agencia o intermediación laboral a empresarios y trabajadores; (2) la autorización para actuar como agencia privada de colocación; (3) la suscripción de convenios con las entidades colaboradoras en la gestión de la colocación; (4) el control del cumplimiento de las normas de colocación; (5) el registro de datos e informaciones sobre demandas y ofertas de trabajo; (6) la coordinación de los servicios de colocación con otros estrechamente ligados a éstos y que también suelen tener asumidos las Comunidades autónomas, como son las políticas activas de empleo o la formación profesional<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Por supuesto, el valor de las menciones de la Ley 56/2003 es en esta materia meramente declarativo o interpretativo, pues por tratarse de una norma del Estado no es quien para decidir sobre la distribución de competencias entre éste y las Comunidades Autónomas (*nemo iudex in causa sua*); la asignación de competencias solo puede hacerse desde la Constitución, lo que significa que solo su intérprete supremo, el Tribunal Constitucional, puede dar las claves verdaderas de la delimitación de las mismas; la problemática de las leyes del Estado como mecanismos de asignación de competencias entre este y las CCAA, a propósito de otra materia como es la de Seguridad Social/Asistencia Social, puede verse en O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "Rentas de inserción, Seguridad Social y competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas", *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 521 y 522.

<sup>125</sup> Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas de las respectivas CCAA, las referidas competencias resultan de la misma Ley 56/2003, que tras reconocer la figura de los servicios Públicos de Empleo de las CCAA, asigna a los mismos las funciones de "gestión de la intermediación laboral, según lo establecido en el artículo 20 y siguientes de esta Ley, y de las políticas activas de empleo, a las que se refieren los artículos 23 y siguientes de esta misma disposición", así como el diseño y establecimiento de las "medidas necesarias para determinar las actuaciones de las entidades que colaboren con ellos en la ejecución y desarrollo de las políticas activas de empleo y la gestión de la intermediación laboral", siempre por supuesto "en sus respectivos ámbitos territoriales" y "en el ejercicio de sus competencias".

Los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA pueden ocuparse en efecto en primer lugar de la prestación de servicios directos de agencia o intermediación en el mercado de trabajo, atendiendo tanto a trabajadores como a empresas, lo que incluye no sólo la intermediación en sentido estricto sino también la orientación e información profesional y la selección de trabajadores. Están habilitados por consiguiente para recibir, clasificar y dar trámite a demandas y ofertas de trabajo, realizar entrevistas y pruebas de selección de trabajadores, interpretar y diseñar de manera personalizada las peticiones de ocupación, dándoles el perfil que requieran para ser más viables en el mercado de trabajo, casar solicitudes de trabajadores y/o empresarios, etc, y ello tanto cuando el servicio haya sido pedido voluntariamente por trabajadores y empresarios, como alternativo al que pueden prestar los intermediarios privados, como cuando el mismo se utilice preceptivamente o por exigencia legal (vgr., en la contratación de discapacitados con contratos temporales de fomento del empleo o en el marco de la relación especial de trabajo en centros especiales de empleo). Nótese por cierto además que la posible asunción simultánea de competencias en políticas activas de empleo o formación profesional coloca a los servicios de empleo de las CCAA en una situación muy propicia para realizar eficientemente estas tareas, pues no tiene sentido distribuir operaciones de gestión tan conectadas en sujetos distintos.

La segunda gran competencia de los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA en la materia que nos ocupa es sin duda la de autorización de las agencias de colocación, en el bien entendido de que las reglas sustantivas y procedimentales de la autorización, a las que nos referiremos más adelante, deben ser naturalmente las que resultan de las normas comunes que disciplinan la actuación de las agencias de colocación con carácter general en España -arts. 20 y siguientes de la Ley 56/2003 y RD 1796/2010, de 30 de diciembre-, lo que no implica como decimos que los servicios autonómicos estén impedidos para interpretar las referidas normas y por tanto gestionar o ejecutar sus decisiones de autorización con criterios propios, en función de las circunstancias del mercado de trabajo local, por así decirlo. La competencia autorizatoria que comentamos aparece expresamente recogida en el art. 21bis.2 de la Ley 56/2003, que distingue entre una autorización concedida por "el Servicio Público de Empleo Estatal en el supuesto de que la agencia pretenda realizar su actividad en diferentes Comunidades Autónomas" y la "equivalente de la Comunidad Autónoma en el caso de que la agencia únicamente pretenda actuar en el territorio de una Comunidad". Pese a lo que parece desprenderse de esta regla, la autorización tendrá en ambos casos "validez en todo el territorio nacional" (art. 21bis.2), pues el diferente cauce de obtención se relaciona con el lugar de radicación del centro o centros operativos de la agencia, una o más CCAA, y no -como parece en principio- con el alcance habilitante de la misma, idéntico como decimos en todos los casos, con independencia de que las agencias autorizadas en una Comunidad Autónoma tengan que tramitar la "ampliación" de actividad para operar fuera de su territorio (art. 3.1 RD 1796/2010). Este extremo, un tanto oscuro en la ley, lo aclara el RD 1796/2010 cuando refiere la competencia autorizatoria no al "ámbito de actuación de la agencia", como hace la ley, sino al lugar en que esté ubicado el centro o centros de

tros de trabajo desde los que la misma vaya a desempeñar sus operaciones<sup>126</sup>. En relación a las agencias de colocación que presten servicios utilizando exclusivamente medios electrónicos, la regla que se establece es que la autorización corresponderá siempre al Servicio Público de Empleo Estatal<sup>127</sup>.

A las competencias de autorización deben sumarse las de negociación y suscripción de convenios de colaboración con agencias de colocación previamente autorizadas, que permitirán a éstas operar como verdaderas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, asumiendo por delegación funciones que nunca podrían tener como agencias meramente autorizadas y obtener subvenciones y ayudas públicas, a condición por supuesto de que cumplan determinadas condiciones, particularmente las que imponga el convenio de colaboración que se suscriba (art. 21bis.5 Ley 56/2003 y arts. 16 a 20 RD 1796/2010, de 30 de diciembre)<sup>28</sup>. Sin olvidar por supuesto las que los servicios públicos de empleo autonómicos tienen en materia de vigilancia y control del cumplimiento de las normas de colocación (por ejemplo: el art. 7 RD 1796/2010 dice que "los servicios públicos de empleo realizarán un seguimiento y evaluación de las actividades de las agencias autorizadas que operen en su territorio")<sup>129</sup>, las de conocimiento, registro y tratamiento de datos e informaciones sobre demandas y ofertas de trabajo con fines de control y estadísticos (el art. 7.2 RD 1796/2010 habla de que "los servicios públicos de empleo de las CCAA, en relación con sus respectivos ámbitos de gestión, serán informados periódicamente de las autorizaciones de agencias de colocación y

---

<sup>126</sup> El art. 3.1 del RD 1796/2010 dice en efecto que la autorización corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal cuando las agencias de colocación o intermediación laboral "pretendan realizar su actividad desde centros de trabajo establecidos en diferentes Comunidades Autónomas" y al servicio equivalente de la Comunidad Autónoma "en el caso de que pretendan desarrollar su actividad desde centros de trabajo establecidos únicamente en el territorio de esa comunidad".

<sup>127</sup> Así lo establece expresamente la Ley 56/2003 (21bis.2) y el RD 1796/2010 (art. 3); el reglamento también da respuesta a las situaciones de ampliación del campo operativo de las agencias ya autorizadas, precisando al efecto que cuando "pretendan ampliar su ámbito de actuación realizando la misma desde centros que establezca en otras Comunidades Autónomas donde no los tuvieran deberán solicitar al Servicio Público de Empleo Estatal una ampliación de dicha autorización con ese fin".

<sup>128</sup> La competencia de los Servicios Públicos de Colocación Autonómicos —indudable en este punto: "los servicios públicos de empleo podrán suscribir convenios con las agencias que hayan sido autorizadas para operar en su ámbito territorial", art. 16 RD 1796/2010— alcanza incluso al diseño del "procedimiento para suscribir los convenios de colaboración con las agencias autorizadas para operar dentro del (...) correspondiente ámbito territorial", respecto al que la única exigencia que se establece es que podrá consistir en "la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa o cualquier otra forma jurídica ajustada a la normativa estatal y autonómica" (art. 19 RD 1796/2010).

<sup>129</sup> Específicamente respecto a las agencias colaboradoras, dice en el mismo sentido el art. 20 RD 1796/2010 que "los servicios públicos de empleo —en un plural sintomático— realizarán cuantas acciones sean necesarias para el seguimiento y evaluación de las acciones objeto del convenio (de colaboración), tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo" y específicamente "actividades de fiscalización y control respecto de las agencias que actúen como entidades colaboradoras de los mismos".

de las actividades realizadas"), o las de enlace y coordinación de los servicios de colocación con otros estrechamente ligados a éstos, y que también suelen tener asumidos las Comunidades autónomas, como las políticas activas de empleo o la formación profesional: si todos estos servicios suelen quedar implicados simultáneamente en el momento de la colocación y las competencias relativas a los mismos corresponden a los servicios de empleo de las CCAA es lógico que sean éstas las que sirvan más adecuadamente para su prestación coordinada y más eficiente<sup>130</sup>.

Fuera del alcance de los servicios de empleo de las CCAA quedan por supuesto aquellas competencias de colocación que no hayan sido asumidas por éstas (debido al principio de asignación residual de competencias al Estado del art. 149.1.3 CE), las que obviamente excedan el territorio de una Comunidad Autónoma, y, en fin, aquellas otras sobre las que se proyecten atribuciones que sea razonable gestionar de manera global y centralizada por razones de eficiencia, o que lleguen a involucrar funciones de la exclusiva competencia del Estado, relacionadas con la consideración del mercado de trabajo como realidad unitaria y de ámbito nacional y así con materias como la "regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" (art. 149.1.1 CE), las "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" (art. 149.1.13 CE) y aun la "estadística para fines estatales" (tan importante en el terreno de la colocación laboral) (art. 149.1.31 CE). En efecto, no se trata sólo de que el mercado de trabajo deba ser eficiente y ello condicione las posibilidades de un esquema de organización descentralizada de la colocación -que también- sino de que, por exigencia constitucional, tal y como se desprende de las antedichas previsiones, el mercado de trabajo español es único y de escala nacional, lo que obliga a partir de unas reglas que eviten su funcionamiento disperso y atomizado y a limitar y coordinar de algún modo los distintos servicios de colocación existentes.

---

<sup>130</sup> Es lógico, en efecto, que el mismo sujeto que hace las veces de intermediador laboral, analizando la demanda presentada por el trabajador (o la empresa), verificando las aptitudes de los solicitantes, y viendo las posibilidades reales de ubicar tales demandas en el mercado de trabajo, decida si conviene derivar al solicitante a políticas activas de empleo o a la formación profesional, de modo que estas competencias no estén diseminadas en sujetos distintos; "intermediación laboral", "políticas activas de empleo" y "formación profesional" son tres vertientes inseparables de una misma realidad que piden por ello ser gestionadas en unidad de acto por un mismo sujeto, y prueba de ello es que la Ley 56/2003, habla de ellas como los tres instrumentos fundamentales de la política de empleo (arts. 20 y siguientes).

Aparte por supuesto de lo que las consideraciones que acaba de hacerse implican en términos de retención por el Estado de las competencias de regulación de la colocación (ya lo hemos visto), o de la dotación de órganos, estructuras e instrumentos de coordinación de las políticas de empleo y colocación autonómicas en el marco del Sistema Nacional de Empleo (nos referiremos a ellas más adelante), corresponde señalar ahora que, en relación a las competencias de gestión y servicio de la colocación (intermediación, autorización de agencias, suscripción de convenios con entidades colaboradoras, etc.), las aludidas circunstancias han determinado la asunción por el Estado de las atribuciones a las que no pueden o han llegado a alcanzar las CCAA, y ello a través de un organismo especial: el Servicio Público de Empleo Estatal. Este importante organismo, encargado principalmente como es sabido de las prestaciones de desempleo, es por tanto quien se ocupará de (1) prestar, cuando proceda, los servicios directos de agencia e intermediación laboral que rebasen el ámbito de una Comunidad Autónoma (arts. 13h.1 y 17.1 a contrario de la Ley 56/2003); (2) conceder las autorizaciones para actuar como agencia de colocación cuando ésta vaya a tener centros operativos en más de una Comunidad Autónoma o vaya a prestar servicios de intermediación exclusivamente por medios electrónicos (art. 21.bis2 Ley 56/2003 y art. 3 RD 1796/2012); (3) suscribir convenios de colaboración con agencias de colocación que tengan centros operativos en más de una Comunidad Autónoma o "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 CCAA" (art. 16 RD 1796/2010); (4) la vigilancia y control del cumplimiento de las normas de colocación, el registro y tratamiento de datos e informaciones sobre demandas y ofertas de trabajo y la promoción de la coordinación de los servicios de colocación en el ámbito del Estado.

Comentario o mención especial merecen las competencias del Servicio Público de Empleo Estatal aludidas en último lugar. Comenzando por las de vigilancia y control del cumplimiento de las normas de colocación (el art. 10 de la Ley 56/2003 le encomienda la función de "seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo" y el RD 1796/2010 el "seguimiento y evaluación de las actividades de las agencias autorizadas que operen en su territorio"), debe señalarse que el Servicio Público de Empleo Estatal se encuentra en una situación privilegiada o muy a propósito para su desempeño, pues su posición de vértice del sistema, la información de la que dispondrá como consecuencia de sus atribuciones de centralización y tratamiento de datos de empleo o, particularmente, su competencia en materia de gestión de las prestaciones de desempleo, determinarán que el mismo se encuentre en óptimas condiciones para vigilar y perseguir los incumplimientos en materia de colocación, mucho mejores desde luego que las de los servicios de colocación autonómicos.

Por lo que respecta a las competencias de recepción, centralización, registro y tratamiento de datos en materia de colocación (demandas y ofertas de trabajo, respuestas que las mismas encuentran en el mercado, evolución y tendencias sectoriales, profesionales o territoriales del empleo, tasas de participación en la intermediación de agencias privadas, empresas de trabajo temporal u organismos públicos, etc), también aparecen claramente atribuidas al Servicio Público de Empleo en la legislación vigente. La Ley 56/2003 asigna de hecho a la competencia del mismo el mantenimiento de "las bases de datos generadas por los sistemas integrados de información del Sistema Nacional

de Empleo" y la elaboración de "estadísticas en materia de empleo, formación y protección desempleo a nivel estatal" (art. 13g), así como "llevar a cabo investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo y los instrumentos para mejorarlo, en colaboración con las respectivas Comunidades Autónomas" (art. 13i). La gestión centralizada de servicios de información acerca del comportamiento del mercado de trabajo en su globalidad no sólo es básica para el control eficiente del cumplimiento de las normas de colocación sino que resulta clave también a efectos de la confección de bases de datos y estadísticas de ámbito nacional, sin las cuales no es posible abordar solventemente tarea ninguna de gobierno del mercado de trabajo, pues resulta obvio que la adopción de políticas de empleo adecuadas y realistas (fomento y orientación de la contratación, programación de la formación profesional, etc), requiere que quien vaya a adoptarlas tenga una información global y fiable acerca del mercado que pretende afectar.

Por último, la vigente legislación también asigna al Servicio Público de Empleo Estatal competencias de fomento y promoción de la actuación coordinada de los distintos servicios de colocación. La Ley 56/2003 le atribuye en efecto la función de "coordinar las actuaciones conjuntas de los Servicios Públicos de Empleo en el desarrollo del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (art. 13e)", o la de "potenciar el Observatorio de Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal con una red en todo el territorio del Estado que analice la situación y tendencias del mercado de trabajo en coordinación con los distintos Observatorios que, en su caso, establezcan los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas" (art. 13f), siempre en el contexto de sus cometidos genéricos de "ordenación y desarrollo" de la política de empleo (art. 10). Esta función de dinamización o motorización de la coordinación de los diversos servicios de colocación, fundamental como hemos dicho en términos de eficiencia pero también de cumplimiento de la concepción constitucional de nuestro mercado de trabajo como único y nacional, es distinta en todo caso de los cauces o instrumentos que puedan utilizarse al efecto; a estos últimos vamos a dedicar precisamente el epígrafe que pasamos a abordar a continuación.

## **2. Principios e instrumentos de coordinación del sistema público de colocación**

Los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA y el Servicio Público de Empleo Estatal no cohabitan en nuestro mercado de trabajo de manera independiente unos de otros, sino que conviven integradamente dentro de un mismo "Sistema Nacional de Empleo", definido en la ley como "el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo" (art. 5 Ley 56/2003). El campo operativo de la referida "política" queda además legalmente configurado como unitario y referido a todo el territorio español (art. 2 Ley 56/2003), pues la Ley 56/2003 incluye entre sus objetivos, por ejemplo, el de "mantener la unidad de mercado de trabajo en todo el territorio nacional" (art. 2e) o el de "asegurar la libre circulación de los trabajadores y facilitar la movilidad geográfica (...) en el ámbito estatal" (art. 2f).

La existencia de una política de empleo unitaria y un Sistema Nacional de Empleo en el que se integrarían -junto con otros órganos o instrumentos- tanto el Servicio Público de Empleo estatal como



---

los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA (así lo establece expresamente como decimos el art. 5 Ley 56/2003), produce como consecuencia más destacada la aparición de mecanismos, fines, principios y reglas comunes a todo el Sistema, y consiguientemente la necesidad de sometimiento a los mismos tanto del Servicio Público de Empleo Estatal como de los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA. Vamos a comprobar a continuación que, aunque los referidos elementos comunes del Sistema Nacional de Empleo son muchos y bastante variados, una parte central y muy importante de su estructura está ocupada precisamente por la determinación de principios o la dotación instrumentos técnicos de coordinación de los distintos servicios públicos de colocación, pues el carácter descentralizado de nuestro sistema, por los riesgos que ello comporta, no sólo en términos de eficiencia, sino también de cumplimiento de las previsiones constitucionales, exige un esfuerzo especial de organización de elementos de vertebración y funcionamiento unitario<sup>131</sup>.

La base o premisa de partida del Sistema Nacional del Empleo en materia de colocación es la referencia de su campo o ámbito operativo al mercado de trabajo español, concebido como unitario, total y libre por supuesto de fronteras interiores. Se trata en cierto modo, como ya hemos visto, de una exigencia constitucional, y en línea con ello la Ley 56/2003 incluye expresamente entre los fines del mismo el de "asegurar la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio español (...) así como la libre circulación de los trabajadores" (art. 6.1f); conviene recordar que, como ya se ha señalado, entre los objetivos de la política de empleo la Ley 56/2003 incluye los de "mantener la unidad de mercado de trabajo en todo el territorio nacional" (art. 2e) y "asegurar la libre circulación de los trabajadores y facilitar la movilidad geográfica (...) en el ámbito estatal" (art. 2f). Sin perjuicio por tanto de su legitimación originaria en la Constitución, la distribución de las competencias de gestión de la colocación -sólo de gestión- entre el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA sólo podría entonces justificarse materialmente por razones prácticas o utilitarias, relacionadas, por ejemplo, con el acercamiento de las estructuras de gestión pública de la colocación a las particularidades del mercado de trabajo en los ámbitos geográficos de referencia. Serían en efecto razones mera gestión -proximidad del servicio a la realidad en que debe operar, eficiencia, calidad de la actividad desempeñada- las que justificarían la organización descentralizada de un servicio público de colocación esencial y constitutivamente unitario y referido a la totalidad del mercado de trabajo español. Funcionalmente, por tanto, la descentralización de las competencias de gestión de

---

<sup>131</sup> No puede extrañar por ello que entre las funciones básicas del Sistema Nacional de Empleo se incluya expresamente la de "garantizar la coordinación y cooperación del Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas" (Ley 56/2003, art. 9.2).

la colocación en las CCAA casi respondería a las mismas razones que dan cobertura, por ejemplo, a la conveniencia de que la política de empleo tenga en cuenta "las características específicas y diversas de los diferentes territorios promoviendo la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales" (art. 2.3 Ley 56/2003), o a la necesidad de darle un enfoque de "dimensión local" (art. 4)<sup>132</sup>.

Partiendo del carácter nacional y unitario del mercado de trabajo español, así como de la necesidad de integrar todos los servicios públicos de colocación en el marco del Sistema Nacional de Empleo, conviene señalar que de los términos de la Ley 56/2003 cabe extraer un conjunto de principios, básicos y generales, a los que quedan sometidos todos aquellos servicios, cualquiera que sea su ámbito de funcionamiento, a saber: (1) eficiencia, modernidad y calidad de los servicios públicos de empleo, lo que incluiría aspectos como la elevación de las tasas de contratación laboral (fomento de la contratación) (art. 6.1a), la gestión rápida de las demandas y ofertas de empleo (art. 6.1b), la adecuación o ajuste cualitativo entre lo que las partes han pedido y lo que se les ofrece (art. 6.1c), la evaluación periódica de los resultados de la gestión (art. 6.2) y/o la puesta al día y modernización permanente de las tecnologías y los criterios de organización del servicio (art. 8.4 ); (2) gratuidad absoluta de los servicios públicos de intermediación laboral, tanto para los trabajadores como para los empresarios (art. 6.1b), incluso cuando los mismos hubieran sido asumidos por las agencias de colocación colaboradoras (art. 22.4); (3) garantía de actuación conforme al principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo (art. 2a, 22.1 y 22bis); (4) en fin, respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, particularmente el derecho de intimidad y de protección de datos de carácter personal (art. 2.a y 22.1).

Aparte de estos principios más básicos o generales, de los que ya nos hemos ocupado o nos ocuparemos con detalle en otros pasajes de este trabajo, los servicios públicos de colocación -todos, estatal y autonómicos -, quedan también sometidos a otra serie de principios muy importantes, acaso de carácter más específico u operativo. Uno de ellos es el de participación, que exige que el Sistema Nacional de Empleo se organice permitiendo la presencia en el mismo de "las organizaciones empresariales y sindicales más representativas", tanto en el Servicio Público de Empleo Estatal

---

<sup>132</sup> La pertenencia de España a la UE, y por consiguiente a un mercado único, libre de fronteras entre los países miembros, y en el que debe quedar garantizada la libre circulación de trabajadores, ha determinado en cualquier caso que ya ni si quiera pueda hablarse de un mercado de trabajo español sino como parte de un único mercado de trabajo de dimensión comunitaria, circunstancia de la que, como no podía ser de otra manera, se ha hecho eco la Ley 56/2003; así, en su art. 2e, esta norma proclama como objetivo de la política de empleo "asegurar la libre circulación de trabajadores y facilitar la movilidad geográfica tanto en el ámbito estatal como en el europeo", estableciendo también como fin del Sistema Nacional de Empleo el de "asegurar la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio español y su integración en el mercado único europeo así como la libre circulación de trabajadores"(art. 6f).

como en los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA (art. 8.1 Ley 56/2003). Otro es el de fomento de la colaboración público-privada en la colocación (y operaciones colindantes: políticas activas, formación profesional, etc) (art. 6.1g y h), en la convicción de que la apertura a la intervención privada en esta materia puede facilitar el acercamiento a la realidad del mercado de trabajo y mejorar la eficiencia y la calidad del servicio (art. 8.3). La integración y coordinación de la colocación con operaciones próximas o conexas, como la dispensación de prestaciones de desempleo, las políticas activas de empleo o la formación profesional, es otro de los principios que deben regir la actuación de los servicios públicos de colocación dentro del Sistema Nacional de Empleo (art. 2b), como también la atención a las peculiaridades regionales, locales o sectoriales del mercado de trabajo, necesaria para garantizar un trato adaptado y efectivamente igualitario en todos los ámbitos del mercado de trabajo (arts. 2e y 4). Sin olvidar, por supuesto, la exigencia de transparencia y aseguramiento de la libre circulación de trabajadores en el funcionamiento del mercado de trabajo (art. 8.2).

Dos principios más cabe añadir para cerrar este capítulo de criterios de actuación que afectan tanto al Servicio Público de Empleo estatal como a los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA. No se trata ahora principios destinados a regir el modo de organización o gestión de tales servicios (principios "orgánicos"), sino más bien de principios por los que se dotan contenidos de reconocimiento y tutela directa de los derechos e intereses de los trabajadores (o en su caso de los empresarios) (principios "dogmáticos"). El primero de ellos es el de atención individualizada de los trabajadores y empresas que soliciten la actuación de los servicios públicos de colocación. La Ley 56/2003 habla de facilitar "una atención individualizada a los desempleados" (art. 2c) y de "proporcionar servicios individualizados a la población activa dirigidos a facilitar su incorporación, permanencia y progreso en el mercado laboral, así como a las empresas para contribuir a la mejora de su competitividad" (art. 2h); la individualización del servicio público de colocación también aparece claramente formulada en las normas reguladoras del Catálogo de servicios a la ciudadanía de los Servicios Públicos de Empleo (art. 19quater y ss). El segundo es potenciar o hacer hincapié en la colocación de trabajadores pertenecientes a colectivos con especiales dificultades de ocupación, que suelen quedar al margen de los servicios de las agencias lucrativas de colocación por no resultar rentable en muchos casos la gestión de sus demandas de empleo. La Ley 56/2003 establece como objetivo de la política de empleo "garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 9.2 de la Constitución Española en el acceso al empleo" así como "la libre elección de profesión u oficio" (art. 2a), proclamando más concretamente la necesidad de

"asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años" (art. 2d)<sup>133</sup>.

Pero, como venimos diciendo, la vigente legislación de empleo no sólo se ocupa de establecer fines o principios comunes para todos los servicios públicos de empleo. En el marco del Sistema Nacional de Empleo se encarga igualmente de dotar cauces o estructuras que hagan posible canalizar materialmente la actuación coordinada y coherente de los servicios de colocación estatal y autonómicos. Las referidas estructuras consisten básicamente en tres cosas distintas: (1) órganos o agentes capaces de integrar y coordinar en su seno a las distintas entidades o servicios con competencias de colocación laboral: la "Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales" y el "Consejo General del Sistema Nacional de Empleo"; (2) instrumentos o dispositivos capaces de soportar las acciones y medidas de coordinación que requiere el sistema: la "Estrategia Española de Empleo", el "Plan Anual de Política de Empleo", el "Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo", o el "Catálogo de servicios a la ciudadanía de los Servicios Públicos de Empleo"; (3) fines u objetivos comunes a todos los servicios públicos de colocación articulados globalmente a escala del Sistema Nacional de Empleo en su totalidad, capaces por tanto de inducir convergencia u homogeneización: vgr., el análisis global del mercado de trabajo con el fin de diseñar las políticas de empleo y/o determinar la situación nacional de empleo, la adaptación de los servicios públicos de empleo a las necesidades del mercado, etc.

Respecto a los instrumentos subjetivos de coordinación, dice el art. 7a de la Ley 56/2003 que la "Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales" es el "instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas en materia de política de empleo", "especialmente en lo relacionado con la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo". Es la instancia de "participación autonómica" en el Sistema Nacional de Empleo y cuenta con competencias en la "elaboración" del "Plan Anual de

---

<sup>133</sup> A la "tutela de colocación reforzada" de trabajadores con especiales dificultades para encontrar empleo vuelve a referirse la Ley 56/2003 en su art. 19octies; en cualquier caso es una proclamación que no solo afecta a los servicios públicos de colocación sino que se transmite también a la agencias privadas de colocación; el art. 21bis de la Ley 56/2003 incluye en este sentido, entre los deberes de estas agencias, el de "elaborar y ejecutar planes específicos" para la colocación de determinados "trabajadores desempleados" y autoriza expresamente la presencia de "entidades colaboradoras especializadas" para la colocación de "colectivos con especiales dificultades de inserción laboral" (art. 22.2); similares reglas se contienen en el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, de agencias de colocación (por ejemplo, art. 5g).

Política de Empleo" y la "Estrategia Española de Empleo", que tiene lugar sobre la base de unos proyectos que corresponde presentar inicialmente al Servicio Público de Empleo Estatal (art. 13d) y que tiene que aprobar finalmente el Consejo de Ministros (art. 4bis.1 y 4ter.2). En cuanto al "Consejo General del Sistema Nacional de Empleo", dice la ley que "es el órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo", lo que explica su composición: "un representante de cada una de las CCAA y por igual número de miembros de la Administración General del Estado, de las organizaciones empresariales y de las organizaciones sindicales más representativas"; buscando, por cierto, el equilibrio en la formación tripartita del órgano, la ley establece que "para la adopción de acuerdos se ponderarán los votos de las organizaciones empresariales y sindicales para que cada una de estas dos representaciones cuente con el mismo peso que el conjunto de los representantes de ambas administraciones" (art. 7b). En cuanto a sus funciones, ligadas a la consecución de los objetivos del Sistema Nacional de Empleo, de acuerdo con lo establecido en el art. 9 Ley 56/2003, tienen carácter principalmente consultivo: el art. 7b de la Ley 56/2003 habla de funciones de "consulta e informe" en la elaboración de la "Estrategia Española de Empleo" y el "Plan Anual de Política de Empleo"; lo mismo hacen el art. 4bis.1 y el art. 4ter.2 cuando, respectivamente, regulan la "Estrategia Española de Empleo" y el "Plan Anual de Política de Empleo"<sup>134</sup>.

La "Estrategia Española de Empleo" es el primero de los instrumentos objetivos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo a que se refiere el art. 7bis.a de la Ley 56/2003. Se trata de una programación plurianual de la política de empleo en el conjunto del Estado que aprueba el Gobierno, con la participación y consulta previa de las CCAA y los agentes sociales a través de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, y cuyo objeto es (1) analizar la situación y tendencias del mercado de trabajo español, (2) fijar objetivos y establecer orientaciones de política de empleo para el conjunto del Estado y también para cada una de las CCAA, (3) aprobar un sistema de indicadores cuantitativos y cualitativos que permitan el seguimiento de los objetivos y su grado de cumplimiento y, por último, (4) dotar indicativamente un presupuesto de actuación que incluirá fondos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado, el Fondo Social Europeo u otras fuentes de financiación (art. 4bis 1 y 2). Con el fin de reflejar de forma completa todas las políticas activas de empleo que se desarrollen en el conjunto del Estado, dice la ley que la Estrategia Española de Empleo deberá incluir también "la información correspondiente a las acciones y medidas de estas políticas que las CCAA realizan con recursos económicos propios" (art. 4bis.3). Igualmente -se precisa-, deberá someterse a "una evaluación anual" con el fin de conseguir su "mejora permanente" y, llegado el caso, su "revisión" o "actualización" (art. 4bis.4).

---

<sup>134</sup> El desarrollo reglamentario de la "Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales", y sobre todo del "Consejo General del Sistema Nacional de Empleo" (funciones, composición, organización interna, funcionamiento, adopción de acuerdos, etc), se encuentra en el RD 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo.

La Estrategia Española para el Empleo vigente, que por ahora es la única adoptada, válida para el periodo 2012-2014, ha sido aprobada mediante el RD 1542/2011, de 31 de octubre. En materia de colocación, establece líneas de actuación como "facilitar el acceso a un trabajo apropiado en el tiempo más rápido posible, en especial en el caso de los colectivos que merecen atención preferente en esta Estrategia" (jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, discapacitados, personas en situación de exclusión social) (punto 3), el establecimiento de un "modelo de servicios" y un régimen de "tratamiento individualizado" de las demandas de trabajo, mediante el diseño de itinerarios personalizados de ocupación (puntos 4.1 y 4.2), la necesidad de orientar o dirigir los servicios públicos de colocación al ámbito de la empresa (punto 4.3), la debida consideración de las peculiaridades locales y territoriales del mercado de trabajo (punto 4.4), la potenciación de la colaboración público-privada en la gestión de la colocación (punto 4.5), la modernización y utilización de medios electrónicos (punto 4.6) o también la introducción de criterios de calidad en la gestión (punto 4.9)<sup>135</sup>.

El "Plan Anual de Política de Empleo" es el segundo instrumento de coordinación del Sistema Nacional de Empleo que recoge la Ley 56/2003 (art. 7bis.b). Su aprobación, al término de un proceso en el que también intervienen las CCAA y los agentes sociales a través de los órganos de participación y consulta del Sistema Nacional de Empleo, corresponde al Consejo de Ministros, que a través del mismo "concretará, con carácter anual, los objetivos de la Estrategia Española de Empleo a alcanzar en el conjunto del Estado y en cada una de las Comunidades Autónomas, así como los indicadores que se utilizarán para conocer el grado de cumplimiento de los mismos" (para alcanzar estos objetivos dice la ley que el plan contendrá también "las acciones y medidas de políticas activas de empleo que se propongan llevar a cabo, tanto las CCAA en el ejercicio de sus competencias de ejecución de las políticas activas, como el Servicio Público de Empleo estatal en ejecución de la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos") (art. 4ter Ley 56/2003). Se trata en definitiva de una proyección de ejecución anual de la Estrategia Española de Empleo, que no debe confundirse, por cierto, con los "Planes nacionales de acción para el empleo" (art. 3.3 Ley 56/2003),

---

<sup>135</sup> La Estrategia Española de Empleo 2012-2014 especifica y aclara los objetivos que deben conseguirse en su punto 6, mediante sendos cuadros en que se distinguen "objetivos estratégicos" (vgr., "promover el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo, adaptados a las necesidades específicas de las personas participantes", "promover las visitas a empresas para facilitar la información de los Servicios Públicos de Empleo", "disminuir el tiempo de búsqueda de empleo por parte de las personas desempleadas"), y "objetivos operativos", mucho más definidos y perfilados, e incluso "cifrados": vgr., "incrementar la oferta de orientación profesional para alcanzar una cobertura del 100 por 100 de las personas desempleadas", "promover el trabajo en red de los servicios de orientación profesional en el ámbito laboral, impulsando las sinergias entre Servicios Públicos de Empleo y Entidades Colaboradoras", "fortalecer el sistema de indicadores de evaluación así como las metodologías de seguimiento y control en el marco del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo", "garantizar una difusión y publicidad no sexista de todas las ofertas laborales", etc; y, de acuerdo con lo establecido en el art. 4bis.2 Ley 56/2003, también establece criterios de seguimiento y evaluación del cumplimiento de los objetivos propuestos (punto 7), así como indicaciones de dotación presupuestaria y financiación de las acciones que deben emprenderse para la consecución de los objetivos establecidos (punto 8).

ligados al cumplimiento o materialización en España de las indicaciones que se establezcan en el marco de la Estrategia Europea de Empleo, y que vienen a constituir por cierto otro importante instrumento objetivo de coordinación de los servicios de empleo y colocación, con la particularidad ahora de que el ámbito de la misma no es ya nacional sino comunitario<sup>136</sup>.

En fin, el "Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo" es el tercero de los instrumentos objetivos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo a que se refiere el art. 7bis de la Ley 56/2003. Se trata de "un sistema de información común" que se organizará con "una estructura informática integrada y compatible" y que será "el instrumento técnico que integrará la información relativa a la intermediación laboral, la gestión de las políticas activas de empleo, y la protección por desempleo, que realicen los Servicios Públicos de Empleo en todo el territorio del Estado". El propio art. 7bis se encarga de precisar más su funcionalidad estableciendo que garantizará que se lleven a cabo de forma adecuada (1) "las funciones de intermediación laboral sin barreras territoriales"; (2) "el registro de las personas demandantes de empleo"; (3) "la trazabilidad de las actuaciones seguidas por éstas en sus relaciones con los Servicios Públicos de Empleo"; (4) "las estadísticas comunes"; (5) "la comunicación del contenido de los contratos"; (6) "el conocimiento de la información resultante, entre otros ámbitos, de la gestión de la formación para el empleo, la orientación profesional, las iniciativas de empleo y las bonificaciones a la contratación, así como las actuaciones de las agencias de colocación"; (7) "el seguimiento y control de la utilización de fondos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado o de la Unión Europea para su justificación".

---

<sup>136</sup> Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012 se aprobó el Plan Anual de Política de Empleo (PAPE) para 2012 (BOE de 4 de agosto); invocando expresamente el contexto de escasez de recursos determinado por la crisis económica, y ligando las medidas adoptadas a la Reforma Laboral y al Programa Nacional de Reformas de España 2012 (documento que recoge la estrategia de política económica del Gobierno para su remisión a la Comisión Europea), el PAPE 2012, por lo que respecta a la colocación, establece como objetivos prioritarios los de "acentuar la colaboración público-privada con el fin de realzar los mecanismos de búsqueda de empleo por los desempleados", "desarrollar medidas para colectivos específicos, con especial atención a las personas con discapacidad" y la "modernización de los Servicios Públicos de Empleo" (punto 4); a tal fin, habla de la "introducción de nuevos instrumentos para la orientación profesional y la intermediación en el mercado laboral, cuyo objetivo es mejorar la eficiencia de los servicios destinados a proporcionar orientación profesional de los desempleados y a la intermediación entre la oferta y demanda en el mercado de trabajo, con el objetivo de reducir la duración de las situaciones de desempleo y aumentar la cantidad y calidad de los emparejamientos entre oferta y demanda de trabajo" así como de la "coordinación y evaluación por parte de los Servicios Públicos de Empleo", con objeto de "mejorar la eficiencia de los servicios públicos encargados de gestionar las políticas activas de empleo, mediante una adecuada coordinación entre las diferentes administraciones competentes y la implantación de una cultura de la evaluación en materia de políticas activas de empleo" (punto 6, c y e), proponiendo al efecto medidas o acciones como las de "elaborar itinerarios de inserción" personalizados, suscripción de "convenios de colaboración con las agencias de colocación para la inserción laboral", "participación de las entidades colaboradoras en la gestión de ofertas de empleo dirigidas a desempleados" o la "modernización" de los Servicios Públicos de Empleo mediante "planes de modernización de las oficinas de empleo" o el "fomento de las nuevas TIC para el empleo" (punto 8); todo ello sometido evaluación mediante el establecimiento de marcadores o indicadores que permitan verificar el cumplimiento de los objetivos (punto 9).

No cabe duda de que el referido instrumento es la clave de bóveda, o en todo caso una pieza maestra, en el funcionamiento integrado del Sistema Nacional de Empleo, muchos de cuyos objetivos esenciales están claramente en función de cómo rinda este sistema de información. La existencia de una estructura capaz de organizar la información del mercado de trabajo y del empleo de manera centralizada y coherente a escala de todo el Estado, vertebrada además sobre una base tecnológica informática, va a condicionar en efecto elementos tan importantes del Sistema Nacional de Empleo como su capacidad para coordinar efectivamente la actuación de los distintos Servicios Públicos de Empleo, la gestión de las ofertas y demandas de trabajo en el espacio de todo el Estado, y así la garantía de una verdadera libertad de circulación de trabajadores sin fronteras o límites interiores, la posibilidad de controlar las situaciones de fraude en las prestaciones de desempleo vinculadas al rechazo de ofertas de empleo adecuadas, la coordinación efectiva de las acciones de intermediación y orientación laboral con las políticas activas de empleo, el funcionamiento eficiente así como la evaluación en la consecución de los objetivos de los servicios de colocación, la confección de estadísticas y estudios de mercado de trabajo fiables sobre las que proyectar medidas de regulación, gobierno o intervención pública, el control del gasto público ligado a las acciones en materia de empleo y colocación, el seguimiento de los sujetos privados a quienes se ha permitido actuar como intermediarios laborales (agencias de colocación, empresas de trabajo temporal), o la coordinación con el mercado de trabajo europeo.

Al sistema de información común vuelve a referirse la Ley 56/2003 al establecer los "principios de organización y funcionamiento" del Sistema Nacional de Empleo, en el contexto concretamente de los principios de "transparencia en el funcionamiento del mercado de trabajo" y "libre circulación de trabajadores" (art. 8.2). Habla en efecto la ley en este contexto de "integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información", encomendando a los Servicios Públicos de Empleo (estatal y autonómicos) la "creación, explotación y mantenimiento de un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada y compatible" (art. 8.2a). Y, desde el lado de los trabajadores y empresarios, se refiere concretamente a la necesidad de que se ponga en marcha un sitio común en red telemática -"base de datos común, Portal único de Empleo"- que "posibilite la difusión de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo", para lo cual "los servicios públicos de empleo registrarán todas las ofertas y demandas de empleo en la base de datos del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo", garantizando el Servicio Público de Empleo Estatal "la difusión de esta información a todos los ciudadanos, empresas y administraciones públicas como garantía de transparencia y unidad de mercado" (art. 8.2b). Ya en el terreno específico de las agencias de colocación, la ley vuelve a decir que "reglamentariamente se regulará un sistema telemático común que permita integrar el conjunto de la informa-



ción proporcionada por el Servicio Público de Empleo y por los servicios de las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación autorizadas de manera que éstos puedan conocer en todo momento las que operan en su territorio"<sup>137</sup>.

Un instrumento objetivo más de coordinación o vertebración del sistema Nacional de Empleo cabe mencionar, ahora al margen de los típicos o nominados a los que se refiere el art. 7bis de la Ley 56/2003: el "Catálogo de Servicios a la Ciudadanía" (arts. 9.7 y 19bis a 19quinquies). El referido catálogo, que constituye como es natural una determinación de los servicios que los agentes públicos de empleo tienen que estar en condiciones de prestar a los ciudadanos, sea como trabajadores o como empresarios, es obvio que tiene como primera y más directa finalidad la de definir una serie de derechos subjetivos de los ciudadanos frente a los servicios públicos de empleo, con la intención seguramente de crear conciencia de exigencia en la prestación de los referidos servicios y así de mejorar la eficiencia y la calidad de la gestión del empleo. Sin embargo, no puede negarse que indirectamente o de modo reflejo el referido catálogo provoca también un efecto de vertebración del Sistema Nacional de Empleo, que se deja sentir muy claramente, por cierto, en el terreno de la colocación laboral.

Primero, porque muchos de los derechos del catálogo tienen constitutivamente una dimensión nacional, de modo que su realización reclama una gestión de los mismos a escala de todo el mercado de trabajo español: es el caso, por ejemplo, del derecho a "una información y gestión de ofertas de empleo adecuadas" (art. 19quater.1.2), que no puede satisfacerse más que cuando la información y la gestión de la oferta de empleo vayan referidas al mercado de trabajo en su totalidad, no

---

<sup>137</sup> Las agencias tendrán por ello que "disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo" (art. 21bis.4d de la Ley 56/2003). El RD 1796/2010 contiene el desarrollo reglamentario del sistema unificado de información en materia de agencias de colocación: por un lado, establece que "la información relativa a las autorizaciones concedidas, así como las autorizaciones para la modificación del ámbito de actuación de las agencias de colocación, al objeto de que pueda ser conocida tanto por los servicios públicos de empleo como por la ciudadanía, quedará integrada en el espacio telemático común del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo" (art. 3.3); por otro lado dice que el espacio telemático común permitirá (1) "comunicar electrónicamente las autorizaciones 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", (3) realizar el debido "suministro de información periódica por las agencias a los servicios públicos de empleo, (4) "cumplimentar la memoria anual", o (5) aportar por las agencias de colocación colaboradoras "la información resultante de su gestión" (art. 6). El desarrollo "general" del Sistema de Información del Servicio de Empleo se encuentra en el RD 1722/2007, de 21 de diciembre, sobre órganos, instrumentos de coordinación y Evaluación del Sistema Nacional de Empleo (arts. 26 a 29).

a partes fraccionarias del mismo. Segundo, porque la Ley 56/2003 reconoce expresamente que con el catálogo no sólo se busca determinar los derechos subjetivos de los ciudadanos sino establecer una base de derechos comunes con el fin de que todos jueguen con las mismas oportunidades de colocación cualquiera que sea el lugar en el que residan. El art. 9 de la Ley 56/2003 dice con toda claridad que es función del Sistema Nacional de Empleo "determinar y tener actualizado un catálogo de servicios a la ciudadanía, a prestar por los Servicios Públicos de Empleo, que garantice en todo el Estado el acceso, en condiciones de igualdad, a un servicio público y gratuito de empleo"; el art. 19ter.1 reitera esta misma norma, diciendo que el catálogo debe recoger "los servicios comunes" que deben prestar todos los servicios públicos de empleo, con independencia de que cada uno de ellos pueda ampliar o desarrollar tales servicios en su ámbito territorial. Puede decirse por ello que el catálogo de servicios, en cuanto definido a la medida del Estado, produce un efecto de homogeneización de las condiciones de colocación, al menos de las referidas a los derechos en él incluidos<sup>138</sup>.

Por último, hemos dicho que el establecimiento de fines u objetivos comunes a todos los servicios públicos de colocación es capaz de inducir también convergencia u homogeneización en la disposición o el desarrollo de las partes del referido sistema. Es verdad que la unidad de los fines no determina la unidad de los medios, no impidiendo por tanto que los distintos servicios públicos de colocación elijan distintos métodos o caminos para alcanzar unos objetivos comunes a todos. Pero no lo es menos que la referida comunidad de objetivos dispone la situación más para la coordinación y coherencia de los servicios públicos de colocación que para el resultado contrario. Este efecto se aprecia con bastante claridad en la mayor parte de los objetivos generales de la política de empleo (art. 2 Ley 56/2003): no discriminación y efectiva igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, así como libre elección de profesión u oficio; coordinación de la intermediación laboral con las políticas activas de empleo y la protección por desempleo; enfoque individualizado de la intermediación laboral; protección específica de la colocación de colectivos de trabajadores con especiales dificultades de ocupación, etc; y también en los fines del Sistema Nacional de Empleo: consolidación de un servicio público de empleo gratuito y eficiente; colaboración público privada en la gestión de la colocación; evaluación del servicio. En todo caso, el efecto es más claro cuando ya no es que se trate de fines comunes sino de objetivos referidos globalmente al Sistema Nacional de Empleo en su conjunto, como puedan ser por ejemplo el análisis global del mercado de trabajo con el fin de diseñar las políticas de empleo y/o determinar la situación nacional de empleo (art. 9.6) o la adaptación del Sistema Nacional de Empleo a la necesidades del mercado (art. 9.4).

---

<sup>138</sup> La coherencia interna del sistema vendrá favorecida también por el hecho de que la prestación de los servicios públicos de empleo tendrá que seguir en todos los ámbitos, estatal y autonómicos, un procedimiento para el que los arts. 19sexies y 19septies de la Ley 56/2003 establecen unas reglas comunes, relativas al enfoque individual y personalizado de los servicios (entrevista inicial, elaboración de un itinerario personal e individualizado de empleo) y a la firma del "acuerdo personal de empleo".

### 3. Gestión privada de la colocación: las agencias de intermediación laboral

#### a) Espacios de la gestión privada de la colocación

La consideración de la colocación como servicio público, y aun la regla que exige que los poderes públicos asuman directamente su gestión mediante la dotación de las estructuras administrativas correspondientes, no ha determinado la exclusión total de la participación de sujetos privados en la intermediación laboral. De hecho, no ha sucedido así ni siquiera en la época de máxima intervención pública de la colocación, cuando no es ya que estuvieran prohibidas las agencias lucrativas de colocación, sino cualquier tipo de intermediación laboral, también la no lucrativa, incluida la posibilidad de que los propios contratantes pudieran gestionar de manera directa y autónoma -sin participación de intermediarios- sus demandas y ofertas de trabajo. En efecto, más allá de la tolerancia que en la práctica ha mostrado este sistema de máxima intervención pública de la colocación con operaciones de gestión privada (bolsas de empleo de centros de formación, ofertas nominativas de trabajo, etc)<sup>139</sup>, lo cierto es que jurídicamente se ha permitido el funcionamiento de entidades de colocación privadas, y el mejor ejemplo son sin duda las "empresas de selección de personal"<sup>140</sup>.

Es verdad en efecto que los gabinetes de selección de personal han resistido al monopolio público de la colocación y a la prohibición de la actividad privada de intermediación laboral incluso siendo entidades cuya participación en los procesos de colocación de trabajadores tiene lugar con ánimo de lucro, pues de verdaderas empresas se trata. Y ello al margen de que la legalidad de su actuación no se haya reconocido de manera directa, mediante una regulación ad hoc de su actividad, sino mediante un silencio elocuente que ha sido interpretado más como permiso que como prohibición. Posteriormente, la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, en su art. 40 (y el propio ET de 1980 en su art. 16.2), otorgaría carta de naturaleza a estas empresas al imponerles la obligación de "hacer constar en sus anuncios el número de la demanda en la Oficina de Empleo y la identificación de ésta"<sup>141</sup>. En el caso de los gabinetes de selección de personal ha podido más en definitiva la liber-

<sup>139</sup> La referida tolerancia fáctica no ha estado exenta de efectos perniciosos, pues ha permitido a los agentes privados de la intermediación laboral actuar "al abrigo de todo control jurídico"; vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma de la intermediación laboral", *Relaciones Laborales*, 21-22 (2010), p. 136.

<sup>140</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo", *La Reforma del mercado de trabajo y de la seguridad...cit.*, p. 233.

<sup>141</sup> La actividad de las empresas de selección de personal habría venido desarrollándose "en los intersticios de la prohibición de actividades lucrativas de intermediación", por utilizar la gráfica y afortunada expresión de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación", *loc. cit.*, p.4.

tad de empresa (está permitido lo que no está prohibido) que el criterio restrictivo y de control propio de la normativa de colocación (está prohibido lo que no está permitido). Sin ningún género de dudas, ello tiene que ver con el hecho de que estas empresas no realizan propiamente operaciones de intermediación, sino actividades de medición de las capacidades de los aspirantes a la cobertura de unos puestos de trabajo ofertados con un determinado perfil, lo que las sitúa en un terreno más próximo a una actividad científico-técnica (la selección de trabajadores se hace conforme a parámetros de un saber técnico, y es por ello susceptible de control y no sospechosa de arbitrariedad) que a la intermediación especulativa<sup>142</sup>, alejando el riesgo de que puedan incurrir en las desviaciones históricas originales de las agencias de colocación (nepotismo, discriminación, cobro de precios desorbitados a los trabajadores y otros abusos)<sup>143</sup>.

Sea como fuere, es indudable que la participación privada en la gestión de la colocación experimenta un giro muy acusado con la reforma laboral de 1994, que reconoce la posibilidad de que los contratantes puedan gestionar por sí mismos sus demandas y ofertas de trabajo y, sobre todo, de que determinados sujetos privados, en el sentido de no pertenecientes al aparato público de la colocación (aun pudiendo ser entidades públicas: vgr., Universidades, Ayuntamientos, etc), puedan actuar como intermediarios laborales: las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal (con la particularidad en el caso de estas últimas de que su actividad no es propiamente intermediación sino interposición, como ya hemos señalado). A partir de este momento, el régimen de la participación de sujetos privados en la gestión de la colocación ha discurrido siempre en el sentido de promocionar y facilitar este modo de gestión, primero abriendo la posibilidad de que estos servicios puedan desempeñarse con ánimo de lucro, ampliando las operaciones o tareas de colocación que pueden asumir los sujetos privados (intermediación, orientación e información, selección de personal), o facilitando las condiciones de obtención y disfrute de la correspondiente autorización administrativa (Reforma 2010), luego abriendo la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal puedan llegado el caso desempeñar funciones de agencia de colocación (Reforma de 2012), y finalmente admitiendo la subcontratación de las actividades de colocación (Reforma de 2013). Es evidente así que la institución a través de la que se ha canalizado principalmente esta tendencia liberalizadora de la gestión de la colocación ha sido sobre todo la de las agencias de colocación. El análisis de su régimen de actuación a la luz de la normativa vigente nos dará por ello la medida y el alcance real de la participación de los sujetos privados en la colocación laboral.

---

<sup>142</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo", *La Reforma del mercado de trabajo y de la seguridad...cit.*, p.234.

<sup>143</sup> También la publicitación de ofertas de trabajo a través de los medios de comunicación, realizada asimismo de modo lucrativo, se ha practicado lícitamente durante el periodo de máxima intervención pública de la colocación laboral; en este caso, ello obedece seguramente a la "neutralidad" de este tipo de intermediación, en la que el tercero no asume más tarea que la de aportar un soporte o plataforma de comunicación de la oferta de trabajo sin realización de operaciones de agencia, dinamización, orientación, acercamiento de posiciones o promoción de nuevas oportunidades de contratación laboral.

Tal y como ya hemos señalado, la parte de la intermediación laboral que puede ser asumida en régimen privado por las agencias de colocación se corresponde actualmente no sólo con la intermediación en sentido estricto -valoración de perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación de trabajadores en busca de ocupación y de los requerimientos y características de los puestos de trabajo ofertados, con vistas a su casación- sino también con actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo como la "orientación e información profesional" y la "selección de personal" (art. 21bis.1 Ley 56/2003 y art. 2.1 RD 1796/2010). Es por tanto sólo a propósito de estas actividades, pero de todas ellas, respecto de las que cabe hablar de gestión privada de la colocación, y ello tanto cuando la misma se lleva a cabo en régimen de autorización (mediante agencias meramente "autorizadas", administrativamente habilitadas para operar autónomamente, aunque "en coordinación" con los Servicios Públicos de Empleo, según precisa su normativa) como en régimen de "colaboración"(agencias previamente autorizadas que suscriben un convenio de colaboración con los Servicios Públicos de Empleo en el que asumen mayor grado de compromiso a cambio de, principalmente, ventajas de financiación pública). Téngase presente en efecto que la distinción entre agencias meramente autorizadas y colaboradoras, presente a lo largo y ancho de la regulación de las agencias de colocación, no opera cuando se define el objeto o la actividad de las mismas, objeto o actividad que en consecuencia debe entenderse igual para los dos casos (art. 21bis.1 Ley 56/2003 y art. 2.1 RD 1796/2010).

#### *b) La autorización administrativa de las agencias de colocación*

El desempeño en cualquier caso por las agencias de colocación de las operaciones de intermediación referidas queda siempre sometido al cumplimiento de varias normas y/o condiciones, entre las que destaca la de autorización administrativa. La sujeción de las agencias a autorización, que encaja en la concepción de la colocación como servicio público (art. 20.3 Ley 56/2003), viene claramente prefigurada en la Exposición de Motivos del RD 1796/2010, de 30 de diciembre, de Agencias de Colocación, donde la gestión privada de la colocación es presentada como una especie de remedio extraordinario y último, de funcionalidad meramente utilitaria -mejorar la eficiencia del sistema de colocación-, pero que no debería hacernos perder la perspectiva de que la actividad de colocación es central y sustancialmente una actividad pública, de ahí precisamente la reserva a los Servicios Públicos de Empleo de la facultad de decidir previamente qué sujeto privado puede pasar a asumir tales funciones. Literalmente, dice el referido documento que la apertura a la gestión privada de la colocación, máxime cuando la misma se autoriza incluso en régimen lucrativo (como es el caso), obedece a la ineludible necesidad de "iniciar una apertura a la colaboración público-privada entre los agentes que intervienen en la intermediación laboral, preservando en todo caso la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico de forma que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación", pues lo que simplemente se busca es "la mejor colaboración entre agentes públicos y privados" complementando "la actividad que ya desarrollan los servicios públicos de empleo con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo" y así de lograr una "más eficaz intermediación, proporcionando a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus caracte-

terísticas y facilitando a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades”<sup>144</sup>.

Cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, lucrativa o no, puede solicitar autorización para actuar como agencia de colocación (art. 21 bis1 y 2 Ley 56/2003 y art. 2 y 3 RD 1796/2010). Deberá a tal fin presentar en el Servicio Público de Empleo competente -preferentemente por medios electrónicos- una solicitud en la que se harán constar los datos identificativos del proyecto de gestión como agencia: identificación de la entidad solicitante, denominación de la entidad, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social y ubicación de los centros de trabajo desde donde va a realizar la actividad. Junto con la solicitud, deberá presentarse también una documentación en la que se acreditará el cumplimiento de unas mínimas condiciones de solvencia para el desempeño de la actividad, a saber: (1) Memoria-proyecto técnico y de gestión para el ámbito solicitado, que especificará las actividades a desarrollar, la ubicación y descripción del centro o centros desde donde vaya a desarrollarse su actuación, las previsiones de dotación de personal, la descripción de los sistemas informáticos compatibles con los de los servicios públicos de empleo y en general aquella otra información que permita evaluar la solvencia técnica del proyecto; (2) Declaración responsable, en el modelo que determine la Administración competente, en la que conste que la entidad solicitante se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social (y, en el caso de tratarse de una persona jurídica, que la entidad está debidamente constituida e inscrita en el registro correspondiente) y de que no se halla incurso en circunstancia alguna de las que prohíben contratar con la Administración, conforme a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Por razones obvias, las agencias que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos estarán exentas de señalar la ubicación del centro o centros de trabajo desde los que se realizarán las operaciones; las administraciones públicas, por su parte, no están sometidas a la exigencia de presentación de una declaración responsable (art. 9 RD 1796/2010).

---

<sup>144</sup> La vinculación de la autorización administrativa, y el novedoso carácter lucrativo de la actividad de intermediación en el reglamento de agencias de colocación de 2010, queda definitivamente acreditada en la Disposición Transitoria Primera de esta norma, que, previa la concesión de una moratoria de 6 meses desde su entrada en vigor, somete a las agencias autorizadas para actuar en régimen no lucrativo conforme al anterior reglamento de 1995 a la nueva autorización administrativa del reglamento de 2010; dice, en efecto, la referida previsión que “según lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, las agencias de colocación autorizadas de acuerdo con el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, dispondrán de un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este real decreto para adecuarse a la nueva regulación de las agencias de colocación y solicitar la correspondiente autorización”, plazo durante el que “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”.

Hemos señalado ya cuál es el Servicio Público de Empleo en el que tendrá que presentarse la solicitud de autorización para actuar como agencia de colocación. Será el de una Comunidad Autónoma cuando se trate de agencias que pretendan desarrollar su actividad desde centros de trabajo establecidos únicamente en el territorio de una Comunidad y será el Servicio Público de Empleo Estatal cuando las agencias pretendan realizar su actividad desde centros de trabajo establecidos en diferentes CCAA (art. 3.1 RD 1796/2010). Cualquiera que sea el caso, la autorización será "única" y "tendrá validez en todo el territorio nacional" (art. 21bis.2 Ley 56/2003 y art. 3.1 RD 1796/2010), lo que supone que, aun obtenida en una Comunidad Autónoma, "tendrá validez para gestionar ofertas de trabajo y solicitudes de empleo de todo el territorio español". Bien es verdad que, "cuando 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", lo que parece suponer que la validez nacional de la misma está condicionada por este trámite de ampliación, sin cuya realización por tanto no pueden desempeñarse funciones de agencia fuera de la circunscripción inicialmente autorizada<sup>145</sup>. Hemos visto también que tratándose de agencias que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos la autorización corresponderá, por razones obvias, al Servicio Público de Empleo Estatal (arts. 21bis.2 Ley 56/2003 y 3.1 RD 1796/2010).

El servicio público de empleo competente, previa instrucción del procedimiento conforme a la Ley 30/1992 (Capítulo II del Título IV), practicado el requerimiento de subsanación de la solicitud si hubiere lugar (art. 9.4 RD 1796/2010) y los informes preceptivos, resolverá la solicitud en un plazo máximo de tres meses (art. 11.1 RD 1796/2010), plazo cuyo vencimiento sin notificación de resolución expresa al interesado "supondrá la estimación de la solicitud por silencio administrativo" (art. 21bis.2 Ley 56/2003). La decisión, particularmente la denegatoria, no es desde luego discrecional, pues deberá basarse en criterios materiales, y particularmente, según precisa la norma, en "falta solvencia técnica suficiente para desarrollar la actividad de intermediación", carencia de "centros de trabajo adecuados, teniendo en cuenta su dimensión, equipamiento y régimen de titularidad de los mismos

---

<sup>145</sup> El procedimiento para esta "ampliación de autorización" viene establecido en el art. 13 del RD 1796/2010, donde se establece que "en el caso de que una agencia de colocación 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, será de aplicación para conceder la autorización por el Servicio Público de Empleo Estatal lo establecido en el artículo 9, a excepción de lo previsto en su apartado 3.b, y en los artículos 10 y 11"; deben por tanto cumplirse los mismos requisitos que se exigen para la autorización inicial salvo el de la presentación de una "declaración responsable", que es precisamente lo que prevé el referido art. 9.3b.

o ausencia de "experiencia mínima previa en ejecución de programas de empleo y/o gestión de recursos humanos" (art. 11.2 RD 1796/2010); la decisión estimatoria no requiere obviamente motivación, aunque sólo sea porque el servicio de empleo siempre tiene la opción de dejar transcurrir el plazo de tres meses para que la autorización se entienda concedida en virtud de silencio positivo, según ya hemos tenido ocasión de señalar<sup>146</sup>.

Una vez obtenida, la autorización como agencia de colocación "tendrá una vigencia inicial de cinco años, y se podrá prorrogar después de forma indefinida". No sólo se ha ampliado el periodo de vigencia de la autorización inicial en comparación con lo que establecía el anterior reglamento de agencias de colocación de 1995 (un año), sino que se han ablandado también los requisitos para la prórroga de la misma, que se hace indefinida la primera vez que se solicite sin que el interesado tenga además que acreditar que persisten las condiciones que justificaron inicialmente la autorización, pues la norma parece remitir la verificación de este extremo a las actuaciones que emprenda el servicio público de empleo. En efecto, el art. 12 del RD 1796/2010 dice que "los servicios públicos de empleo comprobarán que se mantienen los requisitos y condiciones que determinaron su otorgamiento y que no concurre ninguna de las causas para su extinción previstas en el artículo 14, en cuyo caso se producirá su renovación automática". La solución es como decimos completamente distinta de la que consagraba el anterior RD 735/1995, de 5 de mayo, que exigía de la agencia interesada en renovar la autorización la presentación de la documentación acreditativa de que se continuaban cumpliendo las condiciones justificativas de la decisión autorizatoria (balance de gastos e ingresos, memoria de la actividad desarrollada y presupuesto y previsión de actividades del período que se prorroga) y el pronunciamiento "de forma expresa" del servicio público de empleo "sobre la concesión de la prórroga solicitada", todo ello a la vista de la documentación presentada y si subsistieran las condiciones y requisitos que dieron lugar a la autorización inicial" (y ello sólo para la concesión de la primera prórroga, de un año de duración, pues para la segunda y la definitiva tenían que volver a cumplirse estas exigencias; art 14 del RD 735/1995, de 5 de mayo, de Agencias de Colocación)<sup>147</sup>.

Como acabamos de apuntar, la autorización está sometida inicialmente a un plazo de caducidad de 5 años, de modo que es posible que se extinga al llegar el término referido si el servicio público de empleo competente estimara que la agencia ha dejado de cumplir los requisitos que justificaron su autorización inicial (aunque como también hemos visto el régimen de "prórroga automática" que establece la norma dispone hoy las cosas para que la autorización no se extinga por esta causa de

---

<sup>146</sup> Los criterios de decisión vienen concretados en un documento interno del Servicio Público de Empleo Estatal sobre "Homogeneización de criterios para la autorización de las agencias de colocación que realicen actividades de intermediación laboral reguladas en el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre" y pueden verse en <http://www.sistemanacionalempleo.es/pdf/agencias/criterios.pdf>.

<sup>147</sup> Vid. G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, "La intermediación laboral tras la Ley 35/2010 ...", *loc. cit.*, p. 115.



“caducidad”)<sup>148</sup>. En todo caso, puesto que no se trata de una autorización incondicionada, sino causalizada, y ligada por consiguiente al cumplimiento de determinadas condiciones materiales (el art. 5a RD 1796/2010 les exige “mantener las condiciones y requisitos que posibilitaron la concesión de la autorización”), puede extinguirse en cualquier momento en el que se diera alguna de las siguientes circunstancias: (1) “incumplimiento por parte de la agencia de colocación de cualquiera de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente establecidos”; (2) “inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable, descubierta tras la concesión de la autorización”; (3) “renuncia o cierre de los centros de trabajo”. La revocación de la autorización deberá hacerse -recuérdese que estamos afectando a las libertades de empresa y de prestación de servicios- mediante “resolución motivada del órgano competente estatal o autonómico, previa comunicación a la agencia del acuerdo adoptado por el mismo, concediéndose el correspondiente trámite de audiencia”. Frente a ella siempre es posible interponer recurso (art. 14 RD 1796/2010)<sup>149</sup>. Cualquiera que haya sido la causa legal de extinción, puesto que, según acredita su enumeración, siempre resulta imputable de uno u otro modo a la agencia, el reglamento termina estableciendo que “la agencia asumirá las responsabilidades que se pudieran derivar, en su caso, frente a sus usuarios, a consecuencia de dicha extinción”<sup>150</sup>.

### *c) Principios generales y reglas técnicas aplicables a las agencias de colocación*

La autorización administrativa no es la única condición que deben cumplir las agencias de colocación en nuestro sistema. Hemos señalado ya que las mismas, como cualquier intermediario laboral, están sometidas en su actuación a tres reglas o principios fundamentales, a saber: (1) el principio de gratuidad, que impide que, aun siendo lucrativas, las agencias de colocación puedan repercutir

<sup>148</sup> La doctrina ha criticado este alargamiento a 5 años del periodo de duración inicial de la autorización, al entender que “puede favorecer el florecimiento de agencias de colocación que oportunamente tan solo pretendan instalarse en el mercado de trabajo durante periodos de alta demanda de sus servicios, y que al no buscar mantenerse más allá de 5 años pudieran eludir ciertas responsabilidades e imperativos legales con plena intencionalidad, para evitar restricciones a sus actividades; el riesgo de ampliar a 5 años el periodo previo de prueba para adquirir autorización indefinida puede conllevar que solo aquellas agencias de colocación que pretendan conseguirla cumplan fehacientemente con lo establecido en la ley”; vid. G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, “La intermediación laboral tras la Ley 35/2010...”, *cit.*, p. 116.

<sup>149</sup> La posibilidad de recurso certificaría la falta de discrecionalidad de la decisión administrativa en esta materia; vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “El nuevo régimen de las agencias...”, *cit.*, p. 9.

<sup>150</sup> *Vid.* art. 14 in fine RD 1796/2010.

coste alguno a los trabajadores (serán los empresarios quienes tendrán en su caso que asumir estos costes, salvo en el caso de que se trate de agencias "colaboradoras", que tampoco pueden cobrar a las empresas, a cambio de lo que perciben financiación pública); la gratuidad se predica de cualesquiera actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, incluida la orientación y selección de trabajadores, por ejemplo (art. 16.2 ET, art. 22.4 Ley 56/2003, y art. 5d RD 1796/2010); (2) el respeto a la intimidad de las personas trabajadoras en la solicitud y tratamiento de sus datos (art. 16.2 ET, art. 22.1 Ley 56/2003 y art. 5e RD 1796/2010); (3) el principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo (arts. 16.2 ET, 22 y 22 bis Ley 56/2003 y art. 5e RD 1796/2010).

El principio antidiscriminatorio, que debe entenderse en su sentido más fuerte -como verdadera exigencia de igualdad, no de mera inexistencia de discriminación, según tendremos ocasión de analizar- está consagrado en la legislación vigente además en su vertiente material, como compromiso de los agentes de la colocación, en principio públicos pero también privados, de tomar partido y adoptar "acciones positivas" en relación a determinados grupos de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo (de acuerdo la idea-fuerza de "igualdad material" que incorpora la Constitución en su art. 9.2). Es por esto que el art. 21bis.4c de la Ley 56/2003 obliga a las agencias a "elaborar y ejecutar planes específicos" para la colocación de determinados colectivos de desempleados (lo mismo dispone el art. 5g del RD 1796/2010). Y posee la misma orientación sin duda la regla del art. 21bis.4f de la Ley 56/2003, relativa a la obligación de las agencias de "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"<sup>151</sup>.

Las agencias de colocación no sólo están sometidas a las referidas exigencias básicas o de principio, sino también a otras más técnicas o utilitarias, ligadas ora con la consecución de determinados objetivos de eficiencia, ora con la prevención del fraude, ora con el control de la actuación de las

---

<sup>151</sup> Regla que vuelve a reproducir el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, en su art. 5 letras "i" y "j".

mismas. El sometimiento a los "acuerdos u otros instrumentos de coordinación" (art. 4 RD 1796/2010) que las agencias puedan suscribir con los servicios públicos de empleo "para favorecer la colocación de los demandantes de empleo" (art. 22.3 Ley 56/2003) pertenece sin duda a este género<sup>152</sup>. También la exigencia de "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. 5I RD 1796/2010). Y lo mismo cabe decir de las reglas de obligan a las agencias a "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) y en general a informar a los servicios públicos de empleo sobre sus actuaciones. En este sentido, el art. 21bis.4a de la Ley 56/2003 dice que las agencias de colocación deben "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". El RD 1796/2010 las ha obligado a "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 DA 1ª, así como información sobre su actividad económica como agencia de colocación" (art. 5n)<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Las referencias a los acuerdos de coordinación y a la actuación coordinada de las agencias de colocación autorizadas con los servicios públicos de empleo son muy escasas en la regulación de la intermediación laboral (Ley 56/2003 y RD 1796/2010), por lo que no termina de quedar claro en qué consistirán las referidas medidas; según la doctrina "ello puede ser consecuencia de la dificultad misma de establecer fronteras de actuación entre el papel de los servicios públicos de empleo y el de las agencias privadas de colocación"; vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "El nuevo régimen de las agencias privadas ...", *cit.*, p. 14.

<sup>153</sup> Los indicadores de eficacia vienen definidos en la Disposición Adicional 10 del RD 1796/2010 en los siguientes términos (suponiendo que mayor número comporta mayor eficacia): a. número de personas atendidas por las agencias; 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. Termina diciendo la norma que los referidos indicadores de eficacia "serán evaluados cada dos años a efectos de suscripción de posibles convenios de colaboración entre las agencias y los servicios públicos de empleo".

Es muy importante subrayar en este punto que la tradicional prohibición de "subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida" (art. 5f RD 1796/2010), ha sido levantada -al menos parcialmente- por el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. A través de su Disposición Adicional 2, en efecto, esta previsión confiere una nueva redacción al art. art. 5f RD 1796/2010 que excluye de la prohibición la subcontratación a favor de "otras agencias de colocación autorizadas", salvedad que debe incluir sin duda a las ETTs que dispongan de autorización para actuar como agencias, y que alcanza por cierto a cualesquiera operaciones desempeñadas por las agencias, pues la norma refiere la regla -indiferenciadamente- a cualquier tipo de "actividad objeto de autorización". Sin ninguna duda, nos encontramos ante una medida con la que se busca hacer rendir al máximo la red de agencias de colocación española, promocionando el contacto y el intercambio de informaciones y servicios entre las mismas con objeto de dinamizar la colocación, de manera que no queden sin cobertura solicitudes por razones como la falta de especialización o la eventual sobrecarga de tareas por las agencias de colocación. Como ya hemos apuntado, el hecho de que estemos ante la modificación de un reglamento operada mediante Decreto-Ley, algo bastante frecuente en los últimos tiempos, explica la deslegalización que en este punto introduce la D. Final 7 del RD Ley 11/2013, pues sólo así se abre la posibilidad de la modificación reglamentaria cuando llegue el momento: en efecto, la previsión dice que "las determinaciones incluidas en las normas reglamentarias que son objeto de modificación por este real decreto-ley podrán ser modificadas en el futuro por normas de rango reglamentario".

También se incluyen aquí sin ninguna duda las normas que incorporan la exigencia de "transparencia" en la actuación de las agencias de colocación (art. 22.1 Ley 56/2003), y muy especialmente las que determinan su sometimiento a controles públicos. El RD 1796/2010 establece en este sentido que las agencias de colocación "están 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. 5k), y dice a continuación que "los servicios públicos de empleo realizarán un seguimiento y evaluación de las actividades de las agencias autorizadas que operen en su territorio", precisando que las actuaciones de control se "llevarán a cabo con la debida coordinación, seguimiento y evaluación a través de los órganos e instrumentos del Sistema Nacional de Empleo (7 RD 1796/2010). A tal fin, dice también la norma que "los órganos de participación del Servicio Público de Empleo Estatal y de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, en relación con sus respectivos ámbitos de gestión, serán informados periódicamente de las autorizaciones de agencias de colocación y de las actividades realizadas" (art. 7.1 del RD 1796/2010)<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> La intensidad o grado de control de las agencias de colocación, parece en todo caso, bajo si lo ponemos en comparación con la anterior regulación de 1995; *vid.* G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, "La intermediación laboral tras la Ley 35/2010 y la Ley 3/2012", *cit.*, pp. 120 y 121.

No es aventurado en cualquier caso afirmar que la regla instrumental más novedosa que afecta a la actuación de las agencias de colocación es la que les impone medios informáticos de gestión, que deberán ser además compatibles con el espacio telemático del sistema nacional de empleo. La regla aparece recogida la Ley 56/2003, que dice que "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 éstos puedan conocer en todo momento las agencias que operan en su territorio" (art. 21bis.3), y que, en línea con ello, obliga también a las agencias a "disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo"( art21bis.4d).

El desarrollo reglamentario del referido espacio telemático se contiene en el RD 1796/2010, que dice que "dentro del marco del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo" (ya hemos aludido a él) se creará "un espacio telemático común al objeto de integrar el conjunto de la información proporcionada por el Servicio Público de Empleo Estatal y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación autorizadas, así como la información que estas agencias les suministren". La norma reglamentaria aclara qué permitirá hacer el referido espacio telemático a los interesados: (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 (nótese que el art. 8 del RD 1796/2010 confiere a los desempleados "el derecho a ser informados 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"); (3) cumplimentar la "Memoria anual y realizar el suministro de información periódica" al servicio público de empleo a que están obligadas las agencias de colocación; (4) aportar los servicios públicos de empleo, si se tratara de agencias colaboradoras, 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. (art. 6). Nótese además -y esto es fundamental, pues permitirá a los interesados acceder a todas las ofertas y demandas de trabajo- que el art. 5m del RD 1796/2010 vincula la necesidad de disponer de "sistemas informáticos compatibles y complementarios con el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo" también a la actividad de "suministro de información sobre demandas y ofertas de empleo así como del resto de actividades realizadas como agencias de colocación autorizadas", buscando

que la información fluya "al menos con periodicidad mensual y exclusivamente por medios electrónicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos"<sup>155</sup>.

*d) Agencias de colocación especiales: recolocación, ETTs y agencias colaboradoras*

Las reglas a las que nos hemos referido hasta ahora constituyen, por así decirlo, el régimen jurídico general de las agencias de colocación autorizadas. Pero la legislación vigente no se refiere sólo a estas agencias, que podríamos llamar comunes u ordinarias, sino también a subtipos o especies determinadas de agencias de colocación. Habla por un lado de empresas o agencias de recolocación, cuando se encarguen de gestionar la búsqueda de ocupación de trabajadores que hayan perdido su ocupación en procesos de reestructuración empresarial (ya nos hemos referido a ellas más arriba). Reconoce por otra parte la posibilidad, también estudiada más arriba, de que las tareas o cometidos de agencia puedan ser asumidos por empresas de trabajo temporal (lo que nos sitúa ante el nuevo fenómeno, antes prohibido, de un sujeto que puede desempeñar a la vez funciones de interposición y funciones de intermediación en el mercado de trabajo). Y, sobre todo, habilita la opción de que las agencias de colocación autorizadas y autónomas puedan convertirse en agencias colaboradoras de los servicios públicos de empleo, pasando a tener atribuciones y desempeñar tareas inasequibles a las agencias meramente autorizadas, todo ello cuando se suscriba un convenio de colaboración con el servicio público de empleo competente, convenio en el que las nuevas competencias y facultades de la agencia vienen acompañadas de nuevos deberes y responsabilidades y que, en todo caso comportan también la obtención de financiación con cargo a fondos de carácter público (razón por la que estas agencias no pueden cobrar tampoco a las empresas).

Estas agencias de colocación especiales se someten con carácter general por supuesto a las reglas comunes de las agencias de colocación, con independencia de que su peculiaridad pueda matizar tales reglas o requerir la aplicación de algunas más específicas. Así, por ejemplo, tanto las empresas de recolocación como las empresas de trabajo temporal deberán ser autorizadas como agencias de colocación para poder desempeñar funciones de intermediación en el mercado de trabajo. Recuérdesse en este punto que la Ley 3/2012 restauró la obligación de las empresas de trabajo temporal de tramitar in integrum la autorización administrativa como agencia de colocación para poder desempeñar funciones de intermediación laboral, obligación que en el precursor RD Ley 3/2013 había quedado muy diluida al exigirse sólo la presentación de una declaración responsable, como ya hemos analizado más arriba. Otra cosa es que la especialidad de las mismas determine la necesidad de matizar las reglas generales o de poner en marcha otras específicas, como decimos. Esto

---

<sup>155</sup> El espacio telemático es ya operativo en <http://www.sistemanacionalemplo.es/agencias.html>

se ve claramente en las agencias de recolocación, que sólo pueden ocuparse de operaciones de intermediación referidas a ciertos trabajadores (los excedentes en procesos de reestructuración empresarial) y hacerlo en los términos que dispone el ordenamiento a través de previsiones especiales (por ejemplo, la que determina que el coste de los servicios prestados sólo puede repercutirse sobre la empresa que cesa a los trabajadores, no la que los contrata, según hemos podido señalar también más arriba)<sup>156</sup>.

Mención aparte merecen las agencias de colocación colaboradoras, agencias autorizadas que han suscrito un convenio de colaboración con los servicios públicos de empleo por el que quedan habilitadas con nuevas atribuciones (y nuevos deberes y responsabilidades) a cambio de financiación pública (razón por la que, como hemos dicho, no sólo no pueden cobrar a los trabajadores, sino tampoco a los empresarios). Aunque a las agencias colaboradoras se refiere la Ley 56/2003 (arts. 21, 21bis.1 y 21bis.5), la determinación de su régimen de actuación viene en el RD 1796/2010 de 30 de diciembre, que se ocupa de establecer cinco tipos de reglas, a saber: (1) subrayar la exigencia de que se trate de agencias previamente autorizadas; (2) definir el servicio público de empleo con el que la agencia puede suscribir el convenio de colaboración; (3) establecer el procedimiento para la suscripción de los convenios, así como su objeto y contenido; (4) determinar la obligaciones específicas de las agencias de colocación como entidades colaboradoras; y (5) establecer reglas específicas de fiscalización y control de la actuación de las agencias colaboradoras.

Comienza en efecto el RD 1796/2010 diciendo que las agencias de colocación "autorizadas" podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo mediante la suscripción de un "convenio de colaboración", convenio que deberá concertarse con el servicio público de empleo competente en el ámbito territorial para el que previamente haya sido autorizada la agencia: "los servicios públicos de empleo podrán suscribir convenios con las agencias que hayan sido autorizadas para operar en su ámbito territorial", dice literalmente la norma. Específicamente, la previsión establece que 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 -se precisa además- "la competencia para la firma de los convenios recaerá en la persona titular de la Dirección General del Organismo" (art. 16).

Al procedimiento de suscripción de los convenios se refiere el art. 19 del RD 1796/2010, que dice 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

---

<sup>156</sup> En verdad, tal y como hemos señalado más arriba, las empresas de recolocación, como agencias de colocación que son, podrían ocuparse también de los trabajadores objeto de extinciones individuales, claro que en este caso estarían actuando como agencias de colocación comunes, por lo que no serían de aplicación las reglas específicas de las empresas de recolocación sino las generales de intermediación.

dentro del mismo". Queda por tanto en manos de cada servicio de empleo regular el procedimiento del convenio de colaboración. La norma simplemente añade a esto que "el procedimiento podrá consistir en la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa o cualquier otra forma jurídica ajustada a la normativa estatal y autonómica".

Mucho más detallada es la regulación del objeto y contenido de los convenios de colaboración. La norma dice que 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" y que, a tal efecto, 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) medios materiales, humanos y económicos que empleará la agencia para acometer las acciones previstas; (f) colectivos de demandantes destinatarios de los servicios; (g) seguimiento y evaluación; (h) definición de los sistemas de comunicación de la información; (i) mecanismos de comunicación para dar cumplimiento al deber de informar acerca de eventuales rechazos de ofertas de trabajo por los desempleados; (j) indicadores de eficacia; (k) procedimiento y trámite para su modificación, así como la determinación de las causas de su extinción. La norma dispone finalmente que "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" (art. 18).

También es detallado el RD 1796/2010 al establecer las obligaciones específicas de las agencias de colocación como entidades colaboradoras. Tras imponerles las que les corresponden como agencias autorizadas (las que recoge el art. 5), la norma exige la sujeción "a lo establecido en el convenio de colaboración", y "específicamente": (1) "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"; (2) "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, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio", comunicación que "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"; (3) "realizar las acciones objeto del convenio de colaboración en los términos y condiciones señalados en el mismo"; (4) "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"; (5) "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"; (6) "en caso de tratarse de entidades con ánimo de lucro, deberán realizar al menos un cuarenta por ciento 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 diez por ciento de actividad con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo" (art. 17).

De todas las obligaciones específicas referidas las más relevantes son sin duda las relativas al deber de informar a los servicios públicos de empleo acerca de las operaciones de intermediación realizadas así como las que tienen que ver con las condiciones de financiación de las agencias de colocación colaboradoras. Respecto a las primeras, la norma hace especial hincapié en el deber de poner en conocimiento de los servicios públicos de empleo las conductas de los trabajadores que puedan estimarse constitutivas de incumplimiento de las obligaciones de los solicitantes y perceptores de prestaciones de desempleo recogidas en el art. 231.1 LGSS (rechazo de ofertas de empleo adecuadas, negativa a participación en programas de empleo y acciones de promoción, formación o reconversión profesional y de mejora de la ocupabilidad, negativa a buscar activamente empleo, etc), todo ello con la finalidad de facilitar el control de las prestaciones y ayudas por desempleo y reducir el fraude en este tipo de ayudas<sup>157</sup>. Respecto a las segundas, destaca la prohibición de hacer cobro alguno tanto a trabajadores como a empresarios por la prestación de servicios (a cambio de lo cual podrán beneficiarse de las ayudas públicas que se estipulen en el convenio de colaboración), y en todo caso la exigencia de que la agencia colaboradora, sea o no lucrativa, garantice un mínimo de cofinanciación con cargo a sus propios recursos (40 por 100 en agencias lucrativas; 10 por 100 en agencias no lucrativas)<sup>158</sup>, recursos que, como acabamos de señalar, no podrán proceder del cobro de los servicios a empresarios y trabajadores, sino de otras fuentes de financiación<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Vid. G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, "La intermediación laboral tras la Ley 35/2010...", *cit.*, p. 118.

<sup>158</sup> El establecimiento del referido porcentaje de autofinanciación para las agencias lucrativas constituye según un sector de la doctrina "una exigencia no prevista en la ley" que es "contraria a su espíritu y posiblemente discriminatoria", que en último término "es producto de la inercia de la desconfianza en el pasado hacia las agencias privadas de colocación" y en todo caso no encaja con los fines de la nueva regulación legal, que quiere deparar a las agencias lucrativas una función realmente decisiva en la dinamización del mercado de trabajo, objetivo que queda truncado o interferido por lo dispuesto en el reglamento; vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "El nuevo régimen ...", *loc. cit.*, p. 12.

<sup>159</sup> La doctrina ha criticado el trasvase de fondos públicos a las entidades privadas de colocación, entendiendo que sería mejor emplear ese dinero en la mejora de los servicios públicos de empleo, cuyo buen funcionamiento haría tendencialmente innecesaria la presencia de intermediarios privados; vid. G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, "La intermediación laboral tras la Ley 35/2010...", *cit.*, pp. 119 y 120.

Finalmente, el RD 1796/2010 establece en su art. 20 reglas también específicas para el seguimiento y evaluación de las agencias colaboradoras. Así, establece que "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", lo que no impedirá que los servicios públicos no tengan que realizar por sí mismos "cuantas acciones sean necesarias para el seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo". Muy singularmente, la norma establece que "los servicios públicos de empleo realizarán actividades de fiscalización y control respecto de las agencias que actúen como entidades colaboradoras de los mismos", vigilando en particular que "se cumplen los porcentajes de actividad contemplados en el artículo 17.f)" (umbrales de financiación propia), primero "una vez transcurridos los primeros seis meses de vigencia del convenio de colaboración" y después "anualmente". El incumplimiento de esta obligación es considerado "causa de extinción del convenio".

No cabe duda que a la luz de la normativa vigente las agencias de colocación que suscriban los correspondientes convenios de colaboración parecen estar llamadas a ser las entidades colaboradoras por excelencia de los servicios públicos de empleo. Téngase en cuenta que los Planes de Servicios Integrados para el Empleo que regulaba el anterior reglamento de agencias de colocación de 1995 se suprimen en la Disposición Transitoria del RD 1796/2010, que dispone que "las solicitudes de suscripción de nuevos convenios (para el desarrollo de planes de servicios integrados para el empleo) presentadas y no aprobadas a la entrada en vigor de este real decreto, quedarán sin efecto a partir de esa fecha". Sin embargo, no parece que esté totalmente excluida la posibilidad de la participación de otros sujetos en la gestión de la colocación. Cuando el art. 21 de la Ley 56/2003 se refiere a "los agentes de la intermediación" la norma incluye entre ellos "aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior". El art. 23.2 de la Ley 56/2003, se refiere por su parte al posibilidad de "contar con entidades colaboradoras especializadas" para realizar el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo cuando se trate de "colectivos con especiales dificultades de inserción laboral". Siendo sin duda los más importantes colaboradores, no parece por tanto que las agencias de colocación sean los únicos sujetos con opciones de intervenir, participar o colaborar en la intermediación laboral.

## IV. LA ELECCIÓN DE TRABAJADORES ASALARIADOS

### 1. Conceptuación y rasgos del “conflicto de elección” de trabajadores

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, también forma parte del entramado de la colocación la decisión empresarial de elegir a un determinado trabajador para celebrar el contrato (o, en su caso, la propuesta que previamente hayan podido efectuar quienes actúan como intermediarios laborales, trátase de Servicios Públicos de Empleo, agencias de colocación o empresas de selección de personal). Sucede así por cuanto tal decisión, lógicamente previa a la estipulación del contrato mismo, es uno más de los actos ordenados a la concertación de la relación de trabajo, de acuerdo con la conceptualización que se ha hecho de la colocación como conjunto de actuaciones de las partes previas al contrato de trabajo y que tienen por fin precisamente su celebración. Del mismo modo que es colocación la conducta de ofrecer o solicitar información en el mercado de trabajo, inscribirse en una agencia de intermediación o en la oficina de empleo, o realizar pruebas de selección con vistas a la celebración de un contrato de trabajo, lo es también la conducta por la que se determina y decide qué persona se elige para trabajar en la empresa. Las reglas o principios que rigen la selección y elección de trabajadores son por consiguiente reglas y principios de colocación, por lo que será preciso ocuparse de ellas aquí. Se trata en cualquier caso de una región muy particular de la colocación, por lo que hemos decidido analizarlas en un capítulo separado y específico.

La decisión empresarial de elegir un determinado trabajador para el contrato resulta esencialmente conflictiva, hasta el punto de que puede hablarse realmente de un conflicto típico, frecuente y recurrente de elección de trabajadores, circunstancia que explicaría por cierto la aparición de un importante conjunto de reglas de derecho en torno a la elección de trabajadores, reglas de las que trataremos de dar cuenta a continuación. Dos razones, conectadas o combinadas entre sí, están en el origen de este carácter esencialmente conflictivo de las decisiones de elección de trabajadores. Por una parte, la enorme trascendencia de tales decisiones, en tanto que determinan la distribución o reparto de un bien muy escaso y a la vez de una importancia capital para las personas como es el trabajo. Por otra parte, la sobreabundancia de demandantes de empleo, que hace que a las ofertas de colocación concurren más trabajadores de los puestos que se necesita cubrir, lo que produce como consecuencia que la decisión de la empresa de elegir a un determinado trabajador comporte normalmente la exclusión de otros trabajadores, abonando el campo al conflicto.

Es muy importante tener presente que el conflicto típico del que tratamos ahora se suscita sólo y exclusivamente a propósito de la elección del trabajador, no respecto de otros efectos o manifestaciones de la decisión de la empresa que conduce a la celebración del contrato. No pertenece a este

conflicto típico, señaladamente, la decisión de la empresa de contratar o no contratar trabajadores, o de definir el número o cifra de los trabajadores que se contrata, y tampoco la de establecer o determinar las modalidades de contratación que procede utilizar o en general los términos y condiciones en que debe estipularse la relación de trabajo; el primer género de decisiones (decisión de contratar o no contratar, o de establecer el número de los contratados), porque estamos ante aspectos que se sitúan de lleno dentro del margen de libertad y discrecionalidad de la empresa, y que por tanto -y por definición- no pueden dar lugar a conflicto; el segundo género de decisiones (definir las condiciones de empleo y trabajo) porque, aun siendo relativas a aspectos esencialmente conflictivos, deben abordarse desde la relación laboral ya constituida, lo que nos desplaza al terreno de las normas reguladoras de las relaciones de trabajo y en consecuencia al Derecho del Trabajo mismo.

La adecuada caracterización del conflicto de elección de trabajadores requiere además partir de la premisa de que la decisión de seleccionar a un demandante de empleo, y no a otro, corresponde central y finalmente a la empresa, con independencia de que haya podido valerse de los servicios y el apoyo de terceros (pronto veremos cómo contribuye la presencia de estas personas a determinar ciertos rasgos específicos del conflicto de elección de trabajadores, y particularmente a derivar ciertas responsabilidades hacia estos colaboradores). Ello permite polarizar en principio de modo claro el conflicto en torno a dos sujetos, el trabajador y la empresa, y de este modo ver más claramente que las tensiones de "elección del trabajador" pueden ser -son de hecho- muy similares a las que afectan a la misma relación de trabajo, lo cual no es de extrañar considerando que la elección del trabajador es el origen mismo de esta relación. Tanto es así que la colocación de trabajadores, y específicamente su elección por las empresas, es uno de los ámbitos tradicionales de aparición de normas de protección de trabajadores, al partirse de la base de que la asimetría, debilidad y mayor vulnerabilidad de éstos frente a la empresa se hace presente no sólo una vez iniciada la relación laboral sino también en las fases previas y preparatorias del contrato de trabajo. Obviamente, aparte de las consideraciones generales que acaba de hacerse, importantes por ejemplo para interpretar las normas aplicables, la identificación del empresario como actor central en la decisión de elegir a los trabajadores que se contrata convierte al mismo en principio en destinatario y responsable primario del cumplimiento de las normas reguladoras de estas cuestiones.

Hay en cualquier caso en la elección del trabajador elementos -distintos al hecho obvio de que en ese momento todavía no ha nacido la relación contractual- que impiden abordar el conflicto de elección de trabajadores en términos del conflicto laboral típico entre el empresario y el trabajador, con un contrato ya en marcha, y que demandan nuevas consideraciones y reglas.

Uno de tales elementos es la participación, si no en la decisión final de elección del trabajador -que siempre corresponde al empresario, como decimos-, sí en alguna de las fases del proceso de elección, de terceras personas distintas de los contratantes, como puedan ser las agencias de colocación, las empresas de selección de trabajadores o los servicios públicos de empleo. Es verdad que estos intermediarios no deciden qué trabajador se elige, pero no lo es menos que sí contribuyen a cerrar o estrechar el ámbito de opciones con las que el empresario va a contar efectivamente para

decidir con quién se celebra el contrato, lo que supone un cierto modo de participación en el proceso de determinación del trabajador que será contratado. Esto, que por razones obvias es muy claro en las operaciones de selección de trabajadores, acontece también cuando el tercero desempeña puros cometidos de agencia, pues de esta manera también se contribuye a limitar los candidatos con los que puede contarse para el contrato, cuando no a predefinir de manera muy clara la persona o personas con las que se contratará.

Esta contribución o participación relativa de los intermediarios de la colocación en la elección de los trabajadores que van a ingresar en las empresas conlleva inevitablemente la obligación de cumplir las normas aplicables y de asumir las consecuencias y responsabilidades que puedan derivarse de su incumplimiento, siempre relativamente también, por supuesto, en función del peso efectivo que pueda tener su colaboración en la elección (o no) del trabajador. Es por esto que la normativa vigente establece que el sometimiento al principio de igualdad y no discriminación de las decisiones de elección de trabajadores -más adelante nos ocuparemos con detalle de esta regla- se predica no sólo de la empresa contratante, sino también de quien esté operando como agente o intermediario en un proceso de colocación. Así lo establece con toda claridad el art. 16 ET, pero sobre todo la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que consagra la obligación de los intermediarios de colocación de "velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo" y específicamente dice que "los gestores de la intermediación laboral, cuando en las ofertas de colocación apreciaren carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen comunicado la oferta" (art. 22bis). De cuáles sean los efectos de esta norma de control de las ofertas de colocación discriminatorias nos ocuparemos después, aunque ya puede anticiparse que comportará el deber de los intermediarios de colocación de no dar trámite y devolver tales ofertas a quienes las hubiesen formulado (sin incurrir por supuesto en responsabilidad contractual con la empresa cliente) so pena de considerarse partícipes de la vulneración de un derecho.

La participación relativa de los intermediarios de colocación en la elección del trabajador, al tiempo que determina la necesidad de que cumplan las normas de aplicación, produce inevitablemente como consecuencia la posibilidad de asignarles responsabilidades por incumplimiento. Es por ello que la eventual demanda que un trabajador pueda presentar contra una decisión empresarial de no contratarle por motivos discriminatorios, por ejemplo, podrá dirigirse también contra el agente intermediario a quien le sea imputable la misma conducta, que podrá obviamente ser declarado responsable de conculcar el derecho del trabajador exactamente de la misma manera y con los mismos efectos que lo sería el empresario (arts. 2p, 182 y 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social). Esta imputación de responsabilidad a los intermediarios de la colocación por conducta discriminatoria en el acceso al empleo se extiende al campo de las infracciones administrativas. El RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, tras identificar a los intermediarios de colocación como sujetos activos de las infracciones administrativas en el orden social (art. 2.7), tipifica como infracción muy grave de las agencias de colocación "establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad,

estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado" (art. 16.2).

Un segundo elemento que contribuye a la peculiaridad de los conflictos de elección de trabajadores, y que impide desde luego reducir tales conflictos a términos del que suele suscitarse típicamente entre empresarios y trabajadores en el marco de la relación de trabajo, guarda relación con otro dato al que ya se ha hecho alguna referencia y no es otro que la múltiple concurrencia de trabajadores para la cobertura de los puestos de trabajo ofertados por las empresas, consecuencia de la sobrea-bundancia de fuerza de trabajo y la escasez del empleo. Es esta una situación que en el terreno que ahora nos ocupa propicia como principal y muy trascendente consecuencia la de que la elección de un trabajador para el contrato comporta la exclusión de otros muchos, de modo que la decisión empresarial de contratación puede terminar eventualmente dañando las expectativas de contratación de los trabajadores excluidos. El efecto indicado, que no es ni mucho menos despreciable teniendo en cuenta el enorme valor del trabajo, hace que el conflicto de elección del trabajador no pueda plantearse exclusivamente en términos de una relación de confrontación entre el trabajador y la empresa (o en su caso quien esté haciendo las veces de agente intermediario de colocación) sino que deba incorporar también las tensiones o conflictos entre los distintos demandantes de empleo.

Bien entendido que la confrontación entre trabajadores en los procesos de selección de personal no existe obviamente cuando la decisión de elección corresponde de manera enteramente discrecional o soberana a la empresa (en general la discrecionalidad de la empresa excluye siempre el conflicto acerca de la decisión de contratación por razones obvias). En efecto, en aquellos supuestos o en la parte en que el empleador decide libremente a qué trabajador incluye en su empresa, va de suyo que no hay lugar para el conflicto entre trabajadores (o con el empresario, como decimos), pues, por definición, la decisión adoptada deberá entenderse conforme a derecho en todos los casos, con independencia de la preferencia que haya mostrado el empresario, lo que hace desaparecer toda base para impugnar la decisión adoptada. Los conflictos entre trabajadores (o con el empresario) se suscitarán sólo respecto de aquellas decisiones de empresa en que la elección de trabajadores haya debido someterse a derecho. En tales casos, cuando el trabajador se considere excluido por la decisión de la empresa de contratar a uno de sus contrincantes, su acción no sólo deberá entenderse dirigida frente al empleador sino también frente al trabajador que hubiera sido contratado. Procesalmente, éste tendrá por ello derecho a participar como interesado en la demanda que se haya interpuesto impugnando la decisión de la empresa (arts. 16.2, 17.1 y 177.1 LRJS). La circunstancia apuntada de que este tipo de conflictos sólo pueden suscitarse respecto a las decisiones de elección de personal que deban quedar sometidas a derecho explica sin duda el hecho de que la selección de trabajadores en la Administración o en el Sector Público sea el ámbito en el que más frecuentemente afloran estas situaciones de tensión entre trabajadores (y en general de impugnación de las decisiones de contratación de trabajadores).

## 2. La libertad de elección de trabajadores como regla o criterio general

No cabe duda de que el primer criterio llamado a regular la decisión, particularmente empresarial, de elección de trabajadores es el de libertad, consecuencia no sólo de los derechos constitucionales de propiedad privada (art. 33 CE) y libertad de empresa (art. 38 CE), que ofrecen evidentemente cobertura al referido poder de la empresa, sino también de la definición de la relación de trabajo -muy claramente en el art. 1.1 ET- como un verdadero contrato, contrato en cuyo contenido esencial se encuentra sin duda la libertad del empresario para elegir al trabajador<sup>160</sup>.

Si dejamos a un lado las concepciones relacionistas del vínculo laboral, y partimos de la base hoy indiscutida de que la relación de trabajo sólo puede soportarse sobre un contrato suscrito entre las partes (con independencia de que los contratantes, cuya voluntad se precisa para hacer nacer el vínculo laboral, no puedan luego pactar el contenido del mismo), va de suyo que el empleador debe tener derecho a elegir el trabajador que ingresa en la empresa. Esta libertad, de la que por cierto sólo disfruta el empresario -y no quienes puedan auxiliarle prestándole servicios de intermediación o agencia (empresas de selección, agencias de colocación, servicios públicos de empleo), sometidos como luego veremos a la disciplina rigurosa del principio de igualdad en sentido estricto-, comporta dos efectos distintos que conviene poner de relieve: por un lado, supone que el empleador tiene derecho a no contratar al trabajador que no quiera, sin que ninguna norma o instancia pueda imponérselo (libertad de contratación negativa); por otro, supone que el empresario tiene derecho a contratar al trabajador que quiera, sin que nada o nadie se lo pueda impedir (libertad de contratación positiva). La diferenciación de estos dos efectos de la libertad de contratación empresarial, aparentemente escolástica o académica, es de la mayor importancia, pues permite advertir que la fuerza o la potencia de la referida libertad de la empresa no siempre es la misma. Vamos a comprobar en efecto que en su dimensión negativa (derecho de no contratar a quien no se quiere) la libertad de elección empleador tiene mucha más fuerza que en su dimensión positiva (derecho a contratar a quien se quiera), sometida a no pocos límites y restricciones (comenzando por el derecho de la contraparte contractual a no hacer el contrato si no lo desea).

---

<sup>160</sup> En el caso especial de las “empresas de tendencia” la libertad de elección de trabajadores, vendría además reforzada por la aparición en escena de determinados derechos constitucionales específicos de estas empresas, como pueda ser el caso de los de libertad religiosa e ideológica; esto produce como efecto que empresas como periódicos, sindicatos, partidos políticos o colegios con ideario puedan valerse de un argumento más que los genéricos de libertad de empresa o derecho de propiedad para fundamentar una eventual decisión de no contratar a los trabajadores que reniegan de la doctrina oficial de la empresa, y que en condiciones normales, caso de tratarse de empresas ordinarias, podrían cuestionar la decisión de la empresa invocando sus derechos fundamentales individuales de libertad ideológica y religiosa; sobre el tema, *vid.* VVAA, Tratado Práctico de Derecho..., *op. cit.*, pp. 936 y 937.

Que la libertad es la regla general y básica de la que parte la regulación de la elección de trabajadores por las empresas es una verdad casi obvia que por otra parte viene a ser confirmada por la evidencia misma de los hechos. Varios argumentos lo corroboran. Si nos situamos por ejemplo en el escenario de los efectos que comporta una decisión empresarial de no contratación de trabajadores que resulta contraria a las normas -la no selección de un trabajador por motivos discriminatorios, pongamos por caso-, queda de manifiesto que en la práctica la empresa puede acabar a la postre evitando de facto la contratación del trabajador. Por muy contraria al ordenamiento que sea la decisión de no contratar a un determinado trabajador, es evidente que el ordenamiento no puede imponerle al empresario el trabajador que no quiere, en virtud del principio de incoercibilidad de las obligaciones de hacer, género al que pertenece sin duda una eventual decisión empresarial de no contratar a un determinado trabajador. El máximo efecto que podría obtener el trabajador discriminado en su acceso al empleo sería el derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios del empleador, nunca la contratación efectiva. Esta solución, netamente distinta de la que el sistema establece en casos de despido discriminatorio, donde la nulidad se castiga con la readmisión del trabajador, pone de manifiesto que al fin y al cabo el empleador decide quién no entra en su empresa<sup>161</sup>.

En la práctica, no sólo decide a la postre quién no entra (decisión negativa), sino también quién puede entrar en la empresa (decisión positiva). En verdad, puede decirse que el empleador tiene en cierto modo libertad también para emplear trabajadores saltándose los límites que restringen o circunscriben sus poderes de elección. El efecto que apuntamos se aprecia claramente en relación a las decisiones empresariales de contratar trabajadores incumpliendo por ejemplo las normas que exigen que el trabajador tenga una mínima edad, esté en posesión de la autorización para trabajar si es extranjero, u ostente determinada titulación para el desempeño de cierto tipo de trabajos, cuando así lo exija el ordenamiento jurídico. Es evidente que el empresario tiene que respetar estas exigencias cuando procede a elegir a sus trabajadores, y que no puede contratar a quien carezca de los requisitos que imponen las normas, sin embargo no lo es menos que su incumplimiento no anula completamente los efectos jurídicos del trabajo realizado. El art. 9.2 ET dice que "en caso de que el contrato resultase nulo" -como sucedería en los casos apuntados- "el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido" (el art. 36.5 LOEx asigna un grado de validez aun superior a los contratos de extranjeros que incumplan las autorizaciones preceptivas). La atribución de una relativa eficacia a las relaciones de trabajo suscritas en los términos ilegales que se ha indicado estaría poniendo de manifiesto una cierta libertad de facto de la empresa para contratar trabajadores en condiciones flagrante incumplimiento de los requisitos de contratación que imponen las normas.

---

<sup>161</sup> Vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Poder de dirección empresarial y esfera personal...op. cit.*, p. 140.



Es verdad que, tanto a este argumento como al anterior, puede reprocharse que el incumplimiento de las normas de elección de trabajadores produce consecuencias también fuera del ámbito estrictamente contractual, verdaderos efectos jurídicos de derecho público, y que los mismos revelan la existencia de una verdadera obligación empresarial de cumplir las normas, y por tanto la falta de libertad del empleador para elegir al trabajador que prefiera. La no contratación de un trabajador por motivos discriminatorios, aparte de la indemnización que comporta, constituye una infracción administrativa muy grave (art. 8.12 TRLISOS), y la misma consideración merecen las decisiones de contratación de trabajadores que no cumplen las condiciones de capacidad legalmente exigidas (arts. 8.1 y 37.1 TRLISOS). Con todo, siendo ello inobjetable en términos de argumentación jurídica, no lo es menos que de facto o en términos prácticos las circunstancias apuntadas indician una especie de amortiguación o debilitamiento de la determinación del legislador de restringir la libertad de contratación de los empresarios.

Hay un último argumento en todo caso, ahora ya a estrictamente jurídico, que certifica definitivamente la libertad del empleador para elegir a los propios trabajadores. Se trata de la facultad que el mismo tiene para decidir la extinción de los contratos de trabajo, que es verdad que no equivale a la de decidir a quién se contrata, pero que, en la práctica, sirve para conducir el mismo efecto de no mantener en la empresa a quien no se quiere. Se trata por tanto ahora simplemente de poner de relieve los mecanismos de que el empresario dispone para prescindir libremente de trabajadores, de demostrar que en general tiene derecho prescindir lícitamente de ellos, y así de acreditar que la empresa decide quien está en la plantilla.

Ciertamente son varias las herramientas que el ordenamiento pone a disposición del empresario para prescindir lícitamente de trabajadores. Una de ellas son los contratos temporales (estructurales, de fomento de empleo, formativos), que permiten a la empresa extinguir el contrato una vez llegado el término de la vigencia estipulada, con la obligación de abonar en algunos casos una indemnización de 12 días de salario por año de servicio, indemnización que, en los casos en que haya de abonarse, tampoco llegará a condicionar seriamente la intención del empresario de cesar al trabajador debido a su escasa magnitud, no solo por su baja cifra nominal sino también por el hecho de que por la naturaleza de estos contratos el trabajador acumulará periodos de prestación de servicios de corta duración. La circunstancia de que el número de las modalidades de la contratación temporal no sea precisamente pequeño, o de que la definición de su objeto resulte en algunos casos bastante elástica, contribuye sin duda a que los mismos hayan sido utilizados por las empresas como una manera de garantizar un margen de libertad en la extinción de las relaciones de trabajo.

Un segundo mecanismo que el ordenamiento pone a disposición del empresario para facilitar la extinción de los contratos de trabajo es el desistimiento, que permite poner fin a las relaciones de trabajo en virtud de un mero acto de voluntad unilateral de la empresa, simplemente preavisando con la debida antelación y abonando las indemnizaciones que corresponda pero sin necesidad en cualquier caso de acreditar una causa justificativa. Es verdad que el desistimiento empresarial sólo se reconoce como causa extintiva en el ámbito de determinadas relaciones especiales de trabajo,

como las de alta dirección (art. 11 RD 1382/1985, de 1 de agosto) o las de empleo doméstico (art. 11 RD 1620/2011, de 14 de noviembre), o bien cuando las partes hayan estipulado en el contrato un periodo de prueba (art. 14 ET), pero no lo es menos que, especialmente por esta última, ha terminado generalizándose la posibilidad de que los contratos de trabajo finalicen en virtud de desistimiento (en el desistimiento en periodo de prueba el cese del trabajador no conlleva necesariamente además indemnización ninguna). La última reforma laboral ha potenciado esta vía de libre extinción del contrato al permitir un periodo de prueba de un año de duración<sup>162</sup>.

En fin, hay una tercera y definitiva razón que permite afirmar que en el ordenamiento laboral español el empresario está dotado como regla general de la facultad de cesar libremente a sus trabajadores, con independencia de que en algunos casos tenga que asumir cierto coste económico, no muy elevado según estamos indicando y vamos a confirmar ahora mismo. Tal razón no es otra que los efectos que se establece para los despidos sin causa -improcedentes-, que como es sabido resultan finalmente en la opción del empresario entre readmitir al trabajador o no hacerlo abonándole a cambio una indemnización. Con carácter general, en efecto, es el empresario quien decide si readmite o no al trabajador en un despido injustificado, lo que equivale a decir que el mismo es libre para cesar sin causa a los trabajadores. Es verdad que en caso de optar por la no readmisión el empresario tiene que indemnizar al trabajador, pero ni siquiera esta carga económica llega a condicionar en muchos casos la decisión del empleador de cesar sin causa a los trabajadores a su servicio. Al menos sucederá así respecto de los contratos de corta duración, toda vez que como es sabido la indemnización de despido se calcula a razón de la antigüedad del trabajador en la empresa. La última Reforma Laboral ha potenciado sin duda este efecto de "libre despido" al reducir los condicionamientos económicos de la decisión de cese injustificado del trabajador no sólo rebajando la cifra de la indemnización que debe abonarse sino también liberando ya definitivamente al empresario de pagar salarios de tramitación en casos de no readmisión<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> Siempre que se trate de empresas de menos de 50 trabajadores y el contrato —llamado de "apoyo a emprendedores"— se celebre por tiempo indefinido y a jornada completa (y "por escrito en el modelo que se establezca"); art. 4 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>163</sup> Adviértase en efecto que tras la Reforma de 2012 la obligación de abono de salarios de tramitación en caso de despido improcedente queda limitada al supuesto en que el empresario opte por la readmisión, con lo que el legislador parece estar premiando de algún modo la opción por la extinción del vínculo de trabajo; vid. nueva redacción del art. 56 (números 1 y 2) del Estatuto de los Trabajadores.

En verdad, las situaciones en las que la empresa no tendrá realmente libertad para llevar a cabo un despido injustificado son muy concretas, realmente contadas. Primero, cuando sea el trabajador despedido, y no el empresario, quien tenga reconocida la opción de elegir entre la readmisión o la indemnización, según sucede con los representantes de los trabajadores o, en algunos casos, con los trabajadores mismos, cuando el convenio colectivo les haya atribuido tal privilegio. Segundo, cuando la decisión de despido merezca la consideración de nula, por resultar discriminatoria, contraria a los derechos fundamentales o articulada en represalia al ejercicio por el trabajador de los derechos de protección e intereses familiares que refleja el ET. Tercero, cuando el despido improcedente afecte a un trabajador que ostente la condición de fijo (no temporal o indefinido no fijo) al servicio de la Administración Pública, supuesto en que el EBEP determina que procederá necesariamente la readmisión del trabajador (art. 96.2).

A estos casos de verdadera falta de libertad jurídica para cesar sin causa al trabajador, sólo pueden añadirse, como decimos, aquellos supuestos, cada vez más infrecuentes, a lo que parece, en que los afectados por el despido acumulen periodos largos de antigüedad en la empresa, toda vez que como hemos señalado la indemnización aumenta a razón del tiempo de servicios en la misma. En efecto, el empresario tenderá a pensarse dos veces la extinción sin causa del contrato de aquellos trabajadores por cuyo cese tenga que abonar indemnizaciones económicas de cierta consideración. Sin embargo, incluso en estos casos de falta de libertad económica para el despido hemos de decir que el empresario continuará teniendo intacta su libertad jurídica, puesto que abonando la indemnización tendrá a su alcance la posibilidad de extinguir lícitamente estos contratos. Los intérpretes suelen describir esta situación afirmando que en nuestro sistema el despido es "libre pero no gratuito", y a ello debe añadirse que, tras la Reforma Laboral de 2012, también más barato.

### **3. Límites, excepciones y condicionantes de la libre elección de trabajadores**

#### *a) Planteamiento y esquema de los límites de elección de trabajadores*

Pese a su fuerte arraigo y al innegable alcance de sus efectos, la libertad de elección de trabajadores no resulta ni mucho menos omnímoda o absoluta en nuestro ordenamiento. Acabamos de hacer referencia a algunas de las limitaciones de esta libertad, las que se expresan impidiendo el despido libre, al forzar radicalmente la readmisión del trabajador en determinadas situaciones (despido nulo, despido de representante de los trabajadores), o bien al estimular tal efecto imponiendo un coste de extinción inasumible para la empresa (despido de trabajadores con largos periodos de servicio en la empresa), y hemos dado cuenta también más arriba de la existencia de ciertos instrumentos jurídicos que podrían limitar asimismo la libre elección de trabajadores inhibiendo eventuales decisiones empresariales de utilización desviada o ilegal de estos poderes empresariales, como son las sanciones administrativas. Vamos a ocuparnos ahora de sistematizar y presentar con carácter más exhaustivo el conjunto de todas las limitaciones, excepciones y condicionantes de la libre elección de trabajadores, limitadas por cierto a su vez ("límites de los límites") por el objetivo de no desvir-

tuar la consecución de los fines de productividad, eficiencia y rentabilidad de la empresa, que como es sabido cuentan con un fuerte apoyo en el principio de libertad de empresa del art. 38 CE<sup>164</sup>.

No vamos a ocuparnos aquí de los "límites de hecho" de la libertad de elección de trabajadores, relacionados con factores como las dimensiones efectivas del mercado de trabajo, el nivel de desarrollo y vitalidad de la actividad económica, el estado de las comunicaciones y las tecnologías de la información, el grado de eficiencia de los sistemas de intercambio y gestión de información acerca de demandas y ofertas de trabajo, o la formación y especialización ofertada por el sistema educativo de referencia. Es evidente que la libertad del empresario de elegir trabajadores para su empresa (así como la de los trabajadores para hallar ofertas de empleo) es mayor cuanto mayores son las dimensiones del mercado en el que opera y la tasa de actividad económica y mejores son las comunicaciones, los sistemas de intercambio de información sobre ofertas y demandas de trabajo o los niveles de formación y especialización obtenidos por quienes se presentan como demandantes de empleo, pues resulta obvio que las opciones de elección aumentan o disminuyen en función de tales factores. Sin embargo, no vamos a ocuparnos aquí de estos condicionantes de la libertad de elección de la empresa, básicamente porque su naturaleza esencialmente fáctica sitúa a los mismos totalmente al margen de un planteamiento jurídico como el que ahora se pretende.

Nos concentraremos por el contrario exclusivamente en las limitaciones estrictamente jurídicas de la libre elección de trabajadores, que a la sazón son aquellas que derivan de lo establecido en las leyes o del reconocimiento de determinados derechos o libertades. Por supuesto, dentro del referido conjunto de limitaciones se encuentran las que se traducen en verdaderas prescripciones, o en su caso prohibiciones, de contratación de trabajadores, como pueda ser, respectivamente, el caso de las "reservas" o "preferencias" de contratación para determinados colectivos, o la interdicción de conductas de selección de personal contrarias al principio de igualdad y no discriminación o, simplemente, de contratación de trabajadores que no cumplan los requisitos exigidos por el ordenamiento para su contratación. La fuente de procedencia de la limitación -constitucional, legal, convencional o contractual- no es relevante (quedan incluidas las limitaciones derivadas de precontratos y situaciones similares), y tampoco lo es el modo en que opere, pues se incluyen las que determinen por ejemplo, no la elección de determinado trabajador, sino la mera regulación de un procedimiento o un conjunto de criterios de selección, como hacen frecuentemente los convenios colectivos (o sucede en todo caso en el acceso al empleo público indefinido). En este concepto amplio de las limitaciones jurídicas de la libre elección de trabajadores podrían incluirse no sólo las "limitaciones jurídicas puras", derivadas de mandatos jurídicos, prescriptivos o prohibitivos, sino también las que son fruto de operaciones de estimulación u orientación de las conductas de contratación, cuyo mayor exponente son sin duda las medidas del llamado "fomento del empleo".

---

<sup>164</sup> Las SSTC 83/1984, de 24 de julio, y 37/1987, de 26 de marzo, han puesto de manifiesto que las restricciones y limitaciones de la libertad de empresa deben ser razonables y no desvirtuar los intereses empresariales típicos por la eficiencia, la productividad y la rentabilidad de la organización productiva, pues la "defensa de la productividad o rendimiento de los factores de producción" se establece como deber de los poderes públicos en el artículo 38 de la Constitución"; *vid.* A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ Y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 151.

### *b) Requisitos de capacidad y aptitud legal del trabajador*

Si dejamos al margen la limitación de la libertad de contratación empresarial que deriva de la correlativa libertad de contratación del trabajador, incrustada lógicamente en la bilateralidad del contrato de trabajo, que pide el consentimiento de las dos partes, también del trabajador, es seguro que el primer conjunto de limitaciones de las que conviene dar cuenta aquí son las relacionadas con las condiciones subjetivas legalmente exigidas para la celebración del contrato de trabajo, es decir, los requisitos de capacidad y aptitud legal del trabajador. Se incluyen no sólo las condiciones genéricas de capacidad para hacer contratos de trabajo (edad y aptitud), aplicables a cualquier persona para todo tipo de contrato de trabajo, sino también las específicas que se exigen en casos o situaciones más concretas, sea por motivos preventivos y de salud, como acontece en determinados trabajos de riesgo, en los que se piden especiales condiciones psicofísicas o de salud (bomberos, vigilantes de seguridad), sea por razones de seguridad, como sucede en determinadas actividades técnicas cuyo desempeño requiere que el trabajador esté en posesión de determinada titulación (medicina, transporte, pilotaje de aeronaves, manejo de explosivos), sea, en fin, por motivos de interés general, como acontece en el caso de la actividad laboral de extranjeros extracomunitarios, cuyo trabajo en España requiere que estén provistos del correspondiente permiso o autorización para trabajar.

No es ahora el lugar ni el momento para analizar estas limitaciones ni las razones a que obedecen, pero sí es preciso señalar que son expresión en todos los casos de convicciones sociales asentadas acerca de las condiciones que deben reunirse, subjetiva y objetivamente, para celebrar un contrato de trabajo y desarrollar las actividades típicas del mismo en España. Está claro además que estamos ante requisitos que deben cumplir las empresas y que por tanto limitan la libertad de elección de trabajadores. Cuestión distinta es como ya hemos visto cual sea su alcance efectivo y práctico, pues en caso de incumplimiento no parece que la nulidad del contrato se imponga siempre, y en todo caso los efectos del mismo quedan consolidados en relación al trabajo efectivamente realizado, de modo que el efecto disuasorio parece quedar reducido a la aplicación de las sanciones administrativas que en cada caso corresponda conforme a las previsiones del TRLISOS.

### *c) Igualdad y no discriminación y derechos fundamentales de los trabajadores*

Un segundo género de limitaciones de la libertad de elección de trabajadores, sin duda el más importante y que más debate suscita, como prueba su litigiosidad, deriva de los derechos fundamentales de los trabajadores, en particular del derecho de igualdad y no discriminación, pues resulta evidente que la facultad del empresario de elegir a los trabajadores termina donde comienza la conculcación de uno de los referidos derechos. Por supuesto, como siempre sucede en estos casos de confrontación entre una libertad empresarial y el derecho fundamental de un trabajador, la cuestión estriba en establecer el alcance de los derechos en liza, operación que no es fácil y en la que debe atenderse a los criterios que viene ofreciendo la jurisprudencia, en particular del Tribunal Constitucional. No pueden dejar de tenerse en cuenta en cualquier caso las pautas procedentes de la Unión Europea, que en materia de acceso al empleo se concreten en importantes sentencias y en

Directivas como la 2000/78/CE (marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), 2000/43/CE (igualdad y no discriminación por origen racial o étnico) y 2006/54/CE (igualdad hombre mujer en el empleo y la ocupación), así como tampoco las indicaciones de origen legal (por ejemplo las que incorpora la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, sobre discriminación en el acceso al empleo en su art. 22 bis), y ello pese a tratarse de previsiones sometidas a la Constitución y a merced de la interpretación que haga de ella el Tribunal Constitucional. Nótese por otra parte que la interferencia de terceras partes en los procesos de selección y colocación de trabajadores (agencias, empresas de selección, servicios públicos de empleo) complica un poco más el panorama, pues siempre cabe suscitar la duda de cuál pueda ser el grado de vinculación de estos terceros por los derechos fundamentales de los demandantes de empleo, y en particular si sólo están obligados por la regla de no discriminación o también por el principio de igualdad.

El criterio que vienen utilizando nuestros tribunales para decidir cuándo una decisión de elección de trabajadores comporta vulneración de un derecho fundamental (libertad ideológica o religiosa, dignidad y derecho al honor, libertad de expresión, libertad de asociación, sindical o de huelga) o bien resulta discriminatoria (por razón de sexo, edad, etnia, estado civil, orientación sexual, discapacidad, etc) se resume en la mayoría de los casos en la aplicación del principio de proporcionalidad, en el sentido de que la elección efectuada por la empresa, o quien corresponda, en cuanto potencial afectación del derecho fundamental de un trabajador, no lo es en acto si aparece orientada hacia la consecución de un objetivo legítimo (un bien jurídico protegido, señaladamente la productividad y rentabilidad de la explotación empresarial; véanse las SSTC 83/1984, de 24 de julio, y 37/1987, de 26 de marzo), mas sólo en la medida en la que el derecho fundamental padezca en la medida estrictamente necesaria para la consecución de aquel objetivo, el daño producido por la tutela del mismo no supere el que tendría lugar protegiendo el derecho fundamental, y a condición finalmente de que no haya otra manera posible de conseguir el objetivo o bien jurídico que se busca con la decisión.

En verdad, no abundan las sentencias sobre conflictos de selección o admisión de trabajadores por vulneración de derechos fundamentales o discriminación. La reclamación de los trabajadores frente a decisiones o actos de la empresa discriminatorios o contrarios a derechos fundamentales tiene lugar sobre todo en el seno de una relación laboral constituida y ya en funcionamiento, no antes o con carácter previo a la misma. Lo normal, en efecto, es que el trabajador invoque este tipo de derechos al reclamar contra medidas del empresario tales como sanciones disciplinarias, decisiones de movilidad y modificación de condiciones de trabajo, exclusiones de ascensos o ventajas o beneficios disfrutados en la empresa, o sobre todo despidos, situaciones que presuponen en todo caso la existencia de un contrato de trabajo. Es lógico, pues sólo en estos casos, no cuando la relación de trabajo todavía no ha nacido, experimenta el trabajador una pérdida tangible, distinta de la mera vulneración de un derecho fundamental, que le mueve a interponer una reclamación judicial. Si el trabajador simplemente tiene la condición de candidato o aspirante a un empleo, la pérdida de la expectativa de contratación que comporta una decisión empresarial de no incorporarlo a su organización, incluso constituyendo una conducta discriminatoria o vulneradora de un derecho fundamental, quedará en la mayoría de las ocasiones sin respuesta, pues la falta de percepción de un daño

o perjuicio hará que prefiera orientar sus energías a buscar nuevas ofertas de trabajo y no a distraer su tiempo en inciertas y caras aventuras judiciales, máxime teniendo en cuenta que necesitará trabajar cuanto antes para procurarse el sustento.

El trabajador es consciente por otra parte de que en el contexto de la vigente legislación laboral el grueso de la tutela que ofrece el ordenamiento se activa una vez que el contrato de trabajo se ha perfeccionado y se ha originado la relación de trabajo, de modo que las garantías para los meros aspirantes o candidatos a un puesto de trabajo resultan más bien escasas. La prueba más evidente de ello es que la decisión irregular de no contratación de los trabajadores nunca determina la imposición forzosa del contrato a la empresa (incoercibilidad de las obligaciones de hacer), sino solo una indemnización por daños y perjuicios cuya cuantía no resultará además especialmente elevada, toda vez que el daño moral no será particularmente relevante. De hecho, la indemnización se limita normalmente en estos casos a cubrir los costes del proceso judicial, bien es verdad que será tanto mayor cuanto más grosera sea la vulneración de la normativa de acceso al empleo, más avanzado y próximo al contrato se encuentre el proceso de colocación y mayores sean en general los costes -incluidos los de oportunidad- asumidos por el trabajador en las actuaciones de preparación del contrato<sup>165</sup>.

No abundan en consecuencia las sentencias que se hayan ocupado de las facultades de selección de personal de la empresa y su relación con los derechos fundamentales de los trabajadores y el principio de no discriminación, lo que obliga a importar y trasladar a este ámbito -sin grandes ni graves inconvenientes, por otra parte- la doctrina que los tribunales, y particularmente el Tribunal Constitucional, han venido elaborando en el marco de la relación de trabajo acerca de los derechos fundamentales. Las escasas sentencias dedicadas específicamente a tratar sobre decisiones de la empresa de excluir o no contratar trabajadores por motivos pretendidamente discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales de los trabajadores no introducen además criterios originales o distintos de los comunes en esta materia. Sin embargo, ello no exime de dar cuenta de algunas

---

<sup>165</sup> Vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Poder de dirección empresarial...op. cit.*, p. 140, que matiza en efecto que "no puede valorarse del mismo modo, ni siquiera desde la perspectiva de la indemnización, la situación de quien ni siquiera participó en el proceso de selección con la de quien superó varias pruebas y fue excluido en el momento final (...); mientras en el primer caso no parece haber más posibilidad que ordenar el cese en la actitud empresarial y reconocer el derecho del perjudicado a presentarse a otros procesos de selección (en las condiciones legalmente debidas), en el segundo los tribunales han atribuido en alguna ocasión un derecho preferente a incorporarse a la empresa en futuros procesos de provisión de puestos de trabajo", citando a tal efecto la STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2005.



de ellas, originadas principalmente, por cierto, en tres tipos de situaciones distintas: (1) cuando la exclusión de trabajadores no se practica en relación a un trabajador de manera individualizada, sino de manera plural o genérica, como sucede cuando las condiciones de acceso al empleo se establecen en las bases de una oferta contractual pública (edad, sexo, estatura, idioma); (2) cuando, por su propia naturaleza, la circunstancia excluyente proyecta sus efectos no sólo sobre el candidato, sino sobre el colectivo al que el mismo pertenece, de tal modo que la no contratación del trabajador puede interpretarse como equivalente a voluntad de no contratación de cualquier otro candidato del mismo grupo, máxime cuando cabe entender que la referida conducta es extrapolable a otras empresas, lo que viene a cerrar el mercado de trabajo completamente a cierto tipo de trabajadores (etnia, discapacidad, orientación sexual); (3) cuando la exclusión del trabajador se produce sobre la base de una fortísima expectativa de contratación, de modo que se produce la ruptura inesperada de una tendencia o una inercia que anunciaba la inminente celebración del contrato (no renovación de contratos temporales).

Es en efecto en estas tres situaciones típicas en las que, bien por la implicación de intereses a escala colectiva, que rebasan los de un único trabajador, bien por la fuerte expectativa individual de contratación existente, la decisión empresarial de no contratar a un trabajador suele tener contestación en forma de reclamación, originándose así el correspondiente litigio.

De la reclamación frente a condiciones de ingreso impuestas generalmente a los trabajadores en convocatorias públicas de acceso al empleo se ocupa la STS de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999/10091), que resuelve la impugnación del Sindicato Comisión de Trabajadores de Aviación (CTA) de una convocatoria pública de la Compañía "Iberia, LAE" para la cobertura de plazas de auxiliares de vuelo (tripulantes de cabina de pasajeros), pretendidamente discriminatoria, en la que se establecían los siguientes requisitos para realizar las pruebas: (1) tener una edad entre 18 y 25 años; (2) tener una estatura comprendida entre 1,64 y 1,82 centímetros para las mujeres y entre 1,74 y 1,90 centímetros para los hombres; (3) en caso de necesitar lentes correctoras de visión (no más de dos dioptrías), utilizar micro-lentillas; (4) adecuada imagen.

Según la sentencia, las citadas condiciones de acceso no constituyen discriminación ninguna en el acceso al empleo, y ello por aparecer justificadas y obedecer a criterios objetivos y razonables, vinculados a los factores que requiere la naturaleza del trabajo a desarrollar.

Respecto a la edad máxima de 25 años, dice la sentencia que partiendo del hecho de que la media de edad de la plantilla de auxiliares de vuelo se sitúa en 40,1 años "es perfectamente justificable la decisión empresarial de tratar de rejuvenecer la plantilla de auxiliares de vuelo, actividad que requiere notoriamente unas condiciones psico-físicas especiales, dada la singular naturaleza de la actividad aérea, derivada del medio y condiciones en que se lleva a cabo"; circunstancias consustanciales al trabajo desempeñado, tales como "los desplazamientos, los cambios horarios, la atención al pasaje en todas sus facetas, incluso las que se refieren a situaciones de emergencia o catástrofe, hacen que el requisito de edad constituya una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable, lo que le priva del carácter discriminatorio".



En relación a las exigencias de estatura, la sentencia las entiende justificadas "por cuanto que las aeronaves, sus dependencias, pasillos, cabinas, etc, tienen unas determinadas dimensiones, que impiden llevar a cabo el trabajo adecuadamente por encima o por debajo de ellas (...), teniendo en cuenta, por ejemplo, la altura a la que están situadas las repisas de equipajes o la de las puertas de acceso o de emergencia"; se trata además de un requisito que puede relacionarse con "una imagen de homogeneidad de talla" que es justificada en cierto tipo de trabajos o servicios "para los que se exige una uniformidad en la vestimenta" (Fuerzas de Seguridad del Estado, vigilantes jurados, etc); por otra parte, aclara la sentencia que la eventual discriminación por razón de sexo que podría derivarse de la imposición de una estatura mínima existiría "si no se hubiese hecho diferenciación alguna entre hombres y mujeres, pero lo cierto es que la convocatoria se cuida en establecer dos parámetros distintos para unos y otros, teniendo en cuenta las variaciones medias de estatura que estadísticamente entre ellos se suele producir", lo que vuelve a redundar en la "homogeneidad" de la "imagen de la empresa (...)" ante los clientes y en relación con la que ofrecen otras compañías aéreas".

Tampoco es "arbitraria o carente de justificación" la exigencia de que los tripulantes de cabina de nuevo ingreso "tengan una visión adecuada y, aun cuando tengan dos dioptrías o menos, que utilicen microlentillas y no gafas". Nuevamente "las características del puesto de trabajo y especialmente las situaciones de emergencia que en la navegación aérea pueden surgir, son las que determinan la razonabilidad de impedir que quienes han de atender al pasaje en situaciones de normalidad, pero también en las extremas, puedan perder parte de la visión bruscamente si se vieran privados de las gafas correctoras" (de hecho, las normas técnicas de aviación civil establecen requisitos psico-físicos de agudeza visual y/o corrección de la vista).

Por último, tampoco se considera discriminatorio el requisito de "buena imagen", pues "se trata de una empresa privada de servicios que opera en régimen de libre competencia, en el sector de líneas aéreas, en el que precisamente los tripulantes de cabina o auxiliares de vuelo son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en esa actividad en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad.

Pertenece también a este género de sentencias de impugnación de condiciones de acceso al empleo establecidas en las bases que regulan las convocatorias de ingreso la STC 6/2011 de 14 febrero, en la que se considera contraria a la garantía de indemnidad la exclusión de las bolsas de empleo de la "Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA" de todos los trabajadores que hubieran sido despedidos con anterioridad de esta empresa, y se limita por tanto la libertad empresarial para elegir a los propios trabajadores. Según la sentencia, la vulneración de la indemnidad no exige acreditar la intención empresarial de tomar represalias contra el trabajador por una reclamación anterior, sino sólo el daño o perjuicio y su relación de causalidad con la interposición de una reclamación previa frente a la empresa. Tal era lo que sucedía precisamente en este caso, en el que la causa de la exclusión en el empleo fue haber sido despedido, situación que aunque no necesariamente requeriría una previa impugnación del trabajador, lo que demostraría que la condición no buscaba represen-

der a quien hubiera reclamado contra la empresa, bien podría ser consecuencia de una reclamación, como era el caso precisamente, pues se trataba de despidos fruto de una reclamación judicial (trabajadores temporales cuyos contratos se habían declarado extinguidos por llegada del término y que fueron impugnados obteniendo la consiguiente calificación judicial de despido). La sentencia entiende que como los trabajadores experimentan objetivamente un daño como consecuencia de las reclamaciones presentadas contra la empresa, hasta el punto de que no habrían sido excluidos de la bolsa si no hubieran presentado reclamación ninguna frente a sus ceses, estamos ante una clara vulneración de la garantía de indemnidad en la que resulta irrelevante que no haya quedado acreditado ánimo lesivo ninguno por parte de la empresa.

Nótese por otra parte que en relación al establecimiento de requisitos de edad máxima en las convocatorias de acceso al desempeño de cierto tipo de trabajo en el sector público la jurisprudencia ha venido resolviendo que tales limitaciones constituyen discriminación por razón de edad cuando se establecen de manera generalizada, mas no cuando se especifican en relación a cierto tipo de trabajadores o servicios cuyo correcto desempeño puede exigir que determinado porcentaje de la plantilla se encuentre en condiciones físicas adecuadas. La STC 37/2004, de 11 de marzo, juzga inconstitucional la exclusión de los concursos de acceso a la función pública local de aquellas personas a las que faltan menos de 10 años para cumplir la edad de jubilación forzosa que opera en este ámbito, por tratarse de una limitación indiscriminada y general que se proyecta indistintamente sobre toda la función pública local. Por el contrario, la STJUE de 12 de enero de 2010 (C. Wolf) admite el establecimiento de una edad máxima de 30 años para la contratación de funcionarios en el servicio de bomberos por considerar que en ese caso específico, por el tipo de trabajo desempeñado, que requiere una fortaleza física que declina a partir de los 40 o 50 años, el buen funcionamiento del servicio justifica que un determinado porcentaje de la plantilla esté ocupado con trabajadores menores de aquella edad, lo que convierte en lícito el límite máximo de admisión de los treinta años<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> El establecimiento de edades máximas de contratación justificadas por las características específicas de cierto tipo de trabajos, ya se había admitido por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia 75/1983, de 3 de Agosto (edad máxima de 60 años para acceso al cargo de interventor municipal), y ha vuelto a serlo recientemente en sentencia 29/2012, de 1 de marzo (exigencia de tener una edad que diste más de 10 años de la que determina el paso a la situación de "segunda actividad" para el acceso por concurso de movilidad con ascenso a puestos de policía local). Por otra parte, debe tenerse en cuenta también, que en nuestro ordenamiento ha terminado suprimiéndose la posibilidad de establecimiento por convenio colectivo de edades máximas de capacitación para trabajar, pues la disposición adicional décima ET que las permitía ha pasado a decir tras la Ley 3/2012 que "se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas"; pero nótese en cualquier caso que estas cláusulas habían sido declaradas conformes con las reglas comunitarias de no discriminación por razón de edad en la STJCE de 16 de octubre de 2007 (*Palacios de la Villa*), al no ser genéricas y aparecer condicionadas por la consecución de ciertos objetivos de empleo.

La impugnación por los demandantes de empleo de decisiones empresariales de no contratación contrarias a derechos fundamentales ha tenido lugar también como hemos dicho en situaciones en que la causa de no admisión del trabajador se relacionaba con rasgos o circunstancias personales claramente compartidos por un grupo o colectivo de personas, factor o dimensión interindividual o colectiva que se encuentra sin duda en la base de tales impugnaciones. Cabe citar a este respecto la STJCE de 10 de julio de 2008 (Feryn) dictada en una reclamación de discriminación por razón de origen racial o étnico interpuesta por el Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Centro para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo) contra una empresa belga de instalación de puertas en viviendas privadas (Feryn NV) que hizo pública su voluntad de no admitir en su seno a trabajadores de origen marroquí por el recelo que podrían mostrar sus clientes hacia las personas de la citada nacionalidad, y el consecuente rechazo de los servicios ofrecidos por la empresa. Dando aplicación a la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, de aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, viene a decir la sentencia que la conducta de la empresa constituye una discriminación directa en el acceso al empleo al no haber sido capaz de probar circunstancia o hecho ninguno que salve o dé cobertura a la decisión de no contratar a los trabajadores de determinada etnia (no se admite el argumento económico-sociológico de las preferencias de los clientes) y operar la presunción de vulneración del derecho de no discriminación fijada en la Directiva aplicable.

La etnia como condición de acceso al empleo ha sido examinada también en una serie de sentencias ocupadas de analizar la denegación de permisos de trabajo a solicitantes de ciertas etnias que los pedían para trabajar en negocios o "empresas étnicas" (vgr., restaurantes de comida paquistaní, hindú o china). La STS (cont-adm.) de 8 julio 2003 (RJ 5940) dice que no cabe denegar el permiso de trabajo a un paquistaní que solicita ser empleado como cocinero en un restaurante de comida típica de ese país argumentando la existencia de solicitudes de empleo de cocineros españoles, toda vez que las peculiaridades de aquella cocina en contraste con los hábitos culinarios españoles justifica una orientación de la oferta de empleo hacia los trabajadores de determinada etnia y la exclusión de los españoles, y así el consiguiente derecho a obtener el permiso de trabajo. En el mismo sentido se pronuncia la STS (cont-adm.) de 20 marzo 2003 (RJ 4151) a propósito del puesto de cocinero en un restaurante de comida hindú, o la STS (cont-adm.) de 13 de febrero de 2003 (RJ 2234), para el cocinero de un restaurante chino. En verdad, tales ofertas de empleo "étnicamente orientadas" no se consideran discriminatorias por cuanto no dejan fuera del acceso al empleo a trabajadores de un colectivo o género discriminado, como podría ser la "clase" de los trabajadores de nacionalidad española, y es sabido que la discriminación requiere el trato peyorativo de quien está enclausado en un grupo tradicional o típicamente estigmatizado, y no lo contrario como sucede en este caso<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> Vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Poder de dirección empresarial...op. cit.*, p. 167.

Las reclamaciones frente a decisiones de no contratación contrarias a las reglas antidiscriminatorias o en general a los derechos fundamentales de los trabajadores se han planteado por último en los supuestos de no renovación de contratos temporales. Pertenece a este género la STC 196/2004, de 15 de noviembre, en la que se plantea la constitucionalidad de la decisión de una empresa de no renovar el contrato a una trabajadora -realmente se trataba de desistimiento en periodo de prueba- a la que se detectan rastros de cannabis en un análisis de orina, y en la que se examina el alcance de las facultades empresariales de elegir libremente a los trabajadores cuando entran en pugna con el derecho a la intimidad. Dice la sentencia que los reconocimientos médicos no deben orientarse a la búsqueda de datos o informaciones íntimas de cuyo rastreo no se haya dado cuenta al trabajador que los haya consentido, como es el caso del consumo de drogas, sin que haya ninguna razón suficientemente fuerte de tutela de la salud o la seguridad del trabajador, compañeros de trabajo o terceros que justifique las referidas pesquisas como legalmente debidas (en cuyo caso podrían hacerse sin su consentimiento). El mero interés de la empresa en reducir los costes de personal no justifica el acceso a la intimidad corporal del trabajador en previsión de eventuales situaciones de incompatibilidad de la salud del trabajador con el desempeño del puesto, pues tal tipo de informaciones no puede usarse para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica con propósitos de selección de personal o similar. La no contratación de la trabajadora como consecuencia de las informaciones obtenidas en las pruebas médicas, aunque sólo hayan revelado la incompatibilidad con el puesto de acuerdo con los criterios generales de selección (por consumo de drogas), y no el tipo de droga efectivamente consumida, es por ello considerada vulneración del derecho fundamental a la intimidad.

La STC 173/1994, 7 junio, considera por su parte nula, por discriminatoria, la decisión de la empresa de no renovar el contrato temporal de una trabajadora por causa de embarazo. Si es verdad que con carácter general la decisión de renovar o no un contrato temporal constituye una decisión libre del empresario, no lo es menos que tal libertad termina donde empieza una conducta de discriminación por razón de sexo, como acontece cuando se deja de contratar a una trabajadora debido a su embarazo, situación muy estrechamente ligada al sexo y a la que la referida sentencia, siguiendo a otras anteriores, extiende la tutela antidiscriminatoria. En cuanto al efecto de la nulidad de la decisión de la empresa, la sentencia no lo cifra sólo en la mera obligación de indemnizar por daños y perjuicios, como correspondería considerando el carácter incoercible de la decisión de renovación del contrato, no exigible ex lege, sino que va más allá proclamando la readmisión obligatoria del trabajador, como sucede en los casos de despido nulo, por entender que aunque el contrato temporal estaba terminado la relación laboral subsistía de manera ininterrumpida. Dice concretamente que los efectos de la decisión de la empresa de no renovar el contrato "pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental, o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio", de modo que "como en el presente caso el efecto anulador afectaría a la denegación de la prórroga", eliminada esa denegación, "habría de entender prorrogada temporalmente o contratada por un nuevo período el primitivo contrato temporal para el fomento del empleo". No bastará por cierto

en estos casos con acreditar el estado de embarazo, como sucede en el despido de embarazadas, sino que deberá probarse que la decisión de no renovación del contrato obedece precisamente al estado de gestación de la trabajadora, pues lo relevante no es el embarazo sino la discriminación por el embarazo.

La readmisión del trabajador es también el efecto que determina la STS de 26 febrero 2008 (RJ 2008\3038) para un caso de no renovación de contrato temporal por entenderse que la decisión de la empresa se basa en una previa reclamación del mismo y es contraria a la garantía de indemnidad. Bien es verdad, sin embargo, que en este caso la previa reclamación del trabajador se basaba en el carácter fraudulento de la contratación temporal, lo que podría alterar los términos de la cuestión, pues si tal fuera el caso lo que se presenta como una decisión de no renovación ya no sería tal sino una decisión de extinción de un contrato de trabajo indefinido, que, por obedecer a una previa reclamación del trabajador, podría considerarse un despido nulo cuyo efecto sería precisamente la readmisión del trabajador.

A este género de sentencias de no renovación de contratos temporales pertenecen sin duda las que han ido apareciendo en la peculiar y conflictiva relación de trabajo de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza (hoy regulada en el RD 696/2007, de 1 de junio, como relación de trabajo de carácter indefinido aunque susceptible de extinción, entre otras causas, por revocación de la idoneidad para enseñar religión católica por la autoridad eclesiástica). Sin duda, la sentencia de referencia es la STC 38/2007, de 15 de febrero, dictada en una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a las normas reguladoras del modo de designación de estos profesores en un caso cuya aplicación había llevado a la autoridad eclesiástica a no renovar el contrato de una profesora de religión (educación infantil y primaria) por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado. Viene a decir la sentencia que el "juicio de idoneidad religiosa", tal y como aparece regulado en las normas que establecen el sistema de selección de estos trabajadores (el Acuerdo con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 1979 y la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo), que permite a la autoridad eclesiástica decidir mediante criterios confesionales quien está en condiciones de impartir la docencia de religión católica, es conforme con los términos de la Constitución. Pero sobre todo importa poner de relieve los argumentos que se utilizan para fundamentar el fallo, pues de ellos se derivan interesantes criterios sobre el alcance y los límites de la capacidad o margen de maniobra de la empresa -la autoridad eclesiástica- para condicionar el acceso al trabajo de quien quiera ser profesor de religión católica en centros públicos de enseñanza.

La constitucionalidad del juicio de idoneidad religiosa, tal y como aparece configurado en las normas que lo establecen, se apoya en la sentencia principalmente en tres fundamentos: (1) el derecho de libertad religiosa de la confesión católica y el deber expreso de cooperación con ella de los poderes públicos (art. 16 CE), así como el compromiso público con la garantía del derecho a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE); (2) el principio de neutralidad o no confesionalidad del Estado (art. 16.3 CE), que

veda cualquier tipo de confusión entre las funciones estatales y las funciones religiosas, impidiendo por tanto que los poderes públicos intervengan en el juicio de idoneidad religiosa, que habrá de quedar en el seno de la confesión conforme a sus criterios internos, hasta el punto de que tal es la fórmula que se estima más adecuada para entender adecuadamente satisfechas las exigencias constitucionales de acceso al empleo público, como es el caso de los profesores de religión en centros públicos de enseñanza (interdicción de la arbitrariedad, mérito y capacidad, etc) (arts. 9.3 y 103.3 CE); (3) la compatibilidad del referido sistema de selección de trabajadores con el control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad eclesiástica y el sometimiento de las mismas a las prescripciones constitucionales, particularmente las de reconocimiento de derechos fundamentales a los trabajadores (libertad ideológica y religiosa individual de los trabajadores, no discriminación, derecho a la intimidad, libertad sindical, derecho de huelga, entre otros).

Dice concretamente la sentencia que el juicio de idoneidad religiosa, y por tanto la no renovación del contrato de la trabajadora por convivir more uxorio con un hombre distinto de su marido, no vulnera la Constitución por tratarse de una decisión apoyada en motivos estrictamente religiosos, al constituir el matrimonio un elemento o parte esencial de la doctrina católica (otra cosa sería que la decisión respondiera, por ejemplo, al hecho de la afiliación a determinado sindicato o a la participación en medidas de huelga o conflicto) y cumplirse además la exigencia de proporcionalidad, por considerarse que tal conducta constituye una falta muy grave a los deberes que debe asumir quien está en la posición de profesor de religión católica, que no sólo comportan el conocimiento de los correspondientes dogmas sino el testimonio de su cumplimiento mediante su práctica ejemplarizante en la vida privada (la sentencia aclara en este punto que el deber de acomodación de la conducta del trabajador al ideario de la confesión es en estos casos más intenso que en las empresas de tendencia, en las que basta como es sabido la mera neutralidad o respeto de los referidos mandatos, compatible con una vida privada del trabajador no estrictamente ajustada a ellos). Un sistema de selección basado en un juicio de idoneidad de estas características no comporta necesariamente vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores y tampoco de las reglas constitucionales de acceso al empleo público, quedando en consecuencia habilitada la posibilidad de que el trabajador no vea renovado su contrato por la observancia en su vida privada de ciertas conductas radicalmente incompatibles con los fundamentos del catolicismo.

La STC 51/2011, de 14 de abril, dictada en recurso de amparo, no considera sin embargo lícita la no renovación del contrato de una profesora de religión católica por haber contraído matrimonio con un divorciado, al entender que el juicio de idoneidad religiosa de la autoridad eclesiástica, de motivación indudablemente religiosa, como es preceptivo, no es ahora ponderado al invadir de modo indebido y desproporcionado los derechos fundamentales concurrentes del trabajador, particularmente su derecho a "no sufrir discriminación por razón de circunstancias personales, libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar". Dice la sentencia que el hecho de que la trabajadora hubiese contraído matrimonio civil "aparece por completo desvinculado de su actividad docente, pues no se le imputa en modo alguno por el Obispado (...) que en sus enseñanzas como profesora de religión y moral católicas

haya incurrido en la más mínima desviación de los contenidos de tales enseñanzas establecidos por la Iglesia Católica", de modo que la falta de coherencia con la doctrina católica sobre el matrimonio que se le imputa lo es en relación con una decisión tomada "en el legítimo ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, derecho que implica la consiguiente libertad de elección del cónyuge, elección que, dadas las circunstancias -divorcio del cónyuge-, obligaba a acogerse necesariamente a la forma civil del matrimonio". Por ello, y puesto que no consta que "la demandante hubiere hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada (constando, por el contrario, que la demandante manifestó al Delegado diocesano su disposición de acomodar su situación conyugal a la ortodoxia católica, dado que su marido pretendía solicitar la nulidad de su anterior matrimonio), debe considerarse irregular la decisión de no renovación del contrato, pues el juicio de no idoneidad religiosa "no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE)", máxime "cuando, según se desprende de las actuaciones, la demandante, a la sazón de estado civil soltera, no tenía otra opción que acogerse a la forma civil legalmente establecida si quería contraer matrimonio con el hombre elegido, dado que éste se hallaba divorciado de su anterior cónyuge, pero no había obtenido la nulidad canónica del anterior matrimonio".

*d) Particularidades del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo*

De todos los derechos fundamentales del trabajador es acaso el principio de igualdad y no discriminación el que, por su transversalidad y extensión, más expuesto está a vulneración en los procesos de colocación de trabajadores, y, del mismo modo, el que más seriamente circunscribe los poderes empresariales de elección de trabajadores. Es inevitable por ello detenerse en su examen y realizar algunas indicaciones particulares sobre su funcionamiento.

La primera es que el referido principio no afecta igualmente a los poderes selectivos de los empresarios y a los poderes selectivos de quienes actúan como intermediarios en la colocación. Según ya hemos anticipado, los empresarios solamente quedan obligados por la exigencia de no discriminación, y no por la de igualdad, lo que quiere decir que disponen de margen para elegir arbitraria y caprichosamente a sus trabajadores siempre que la referida decisión no resulte discriminatoria (con la evidente excepción de la Administración Pública, cuyo sometimiento a las reglas constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, legalidad y elección de trabajadores por mérito y capacidad excluye toda posibilidad de selección discrecional o arbitraria). De este margen de discrecionalidad carecen por completo los intermediarios laborales (Servicios Públicos de Empleo, agencias de colocación, empresas de selección de personal), por encontrarse sometidos no sólo a la disciplina antidiscriminatoria sino también al principio de igualdad: su actividad y la propuesta de selección que formulen deberá por tanto obedecer siempre a criterios objetivos y justificados, entre otras cosas porque la intermediación no debe restringir gratuitamente las opciones de acceso a la ocupación de los demandantes de empleo y porque además no deja de ser una actividad instrumental que debe



garantizar que el empresario disponga de las máximas opciones para ejercer su margen de elección discrecional de trabajadores<sup>168</sup>. Es por ello que, si bien se mira, el art. 22.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, proclama el sometimiento de las operaciones de intermediación laboral, cualquiera que sea el sujeto que las lleve a cabo, público o privado, no solo al principio de no discriminación sino también al de "igualdad" de oportunidades en el acceso al empleo<sup>169</sup>.

Una segunda indicación que conviene hacer es que la regla de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo cuenta con importantes precisiones a nivel de desarrollo legal. El art. 22bis de la Ley 56/2003 encarga a los intermediarios laborales, públicos y privados, el cometido de "velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo". Y precisa a continuación la que puede ser una de las manifestaciones del referido deber cualificado o proactivo de protección de la regla de no discriminación en el acceso al empleo a cargo de los sujetos encargados de la intermediación laboral, a saber: que "los gestores de la intermediación laboral cuando en las ofertas de colocación apreciaren carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta". Quedan por tanto los intermediarios laborales imbuidos de una competencia de control antidiscriminatorio de las propuestas recibidas de las empresas que les obliga a comunicar a las mismas el carácter discriminatorio de su solicitud, y que -cabe entender- les impide tramitar una petición empresarial discriminatoria, que deberá ser reformulada y reconducida a derecho, de acuerdo con los criterios que puede proponer el mismo intermediario, para que pueda ser gestionada. Debe tenerse presente que en otro caso, si el sujeto intermediario diera cauce a una propuesta discriminatoria, el mismo seguramente habría de ser declarado responsable de discriminación, aparte, por supuesto, de incumplimiento de las reglas del art. 22bis.1 de la Ley 56/2003<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> La exigencia de igualdad no impide por supuesto la especialización o sectorialización de los servicios y/o agencias de intermediación laboral, en la medida en la que el criterio utilizado al efecto sea una justificación objetiva y razonable para la exclusión del servicio de determinados grupos de trabajadores; *vid.* R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, "Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad social. La selección de personas en las Administraciones Públicas", *Relaciones Laborales*, 2 (1995), p. 1203.

<sup>169</sup> La regla es similar a la que establece específicamente el art. 16.2 ET respecto de las agencias de colocación, sometidas tanto a exigencias de no discriminación como al principio de igualdad; en cierto modo, ello es consecuencia también de la consideración de la actividad de intermediación laboral, aun la ejercitada por sujetos privados, como "un servicio de carácter público" (art. 20.3 Ley 56/2003), circunstancia que excluiría los elementos de discrecionalidad en el desempeño de las referidas tareas de intermediación laboral; es por esto también por lo que seguramente la propia Ley 56/2003 establece que "los servicios públicos de empleo garantizarán que el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo corresponda con carácter general al servicio público de empleo y las agencias de colocación debidamente autorizadas", no a otros sujetos (art. 22.2).

<sup>170</sup> *Vid.* VVAA, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo (Volumen I)* (dirección y coordinación de A. Martín Valverde y J. García Murcia), Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 900.



En su afán de precisar al alcance las reglas antidiscriminatorias en el acceso al empleo, el art. 22bis.2 de la Ley 56/2003 incorpora dos importantes previsiones, destinadas ahora tanto a los intermediarios laborales como a las empresas, y que tienen que ver con el sexo de las personas que aspiran a encontrar ocupación. La primera es que "en particular se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar". La segunda, complemento de la anterior, y con la que se busca dar respuesta a una práctica frecuente en las relaciones laborales, aclara que "en todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno sólo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico"<sup>171</sup>.

La tercera y última indicación tiene que ver con las dimensiones o el alcance que en nuestro ordenamiento se atribuye al principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, y así, por tanto, de la limitación efectiva de los poderes de elección o selección de trabajadores. En este sentido, debe comenzar señalándose que la tutela antidiscriminatoria no aparece referida en nuestro sistema sólo a las discriminaciones directas, sino también respecto a las indirectas, es decir, aquellas en las que el trato desfavorable queda oculto bajo una apariencia de conducta lícita en la que la elección del trabajador simula haberse hecho de acuerdo con criterios neutros, pero que en la práctica proyectan el grueso sus efectos negativos sobre un colectivo discriminado. La expansión de la tutela antidiscriminatoria por el cauce de las discriminaciones indirectas es muy clara en las Directivas comunitarias de igualdad (art. 2 de la Directiva 2000/78/CE, marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; art. 2 de la Directiva 2000/43/CE, igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; art. 2 de la Directiva 2006/54/CE, de igualdad entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación) y aparece ya claramente incorporada en los arts. 4.2c y 17. 1 del ET, que protegen frente a la discriminación directa y también indirecta en el acceso al empleo<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> Adviértase por cierto que la jurisprudencia comunitaria viene entendiendo la discriminación por razón de sexo en sentido amplio, incluyendo en el ámbito de la protección de esta regla el embarazo y la maternidad (STJCE de 5 de mayo de 1994, *Gabriele Habermann-Beltermann contra Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V.*; STJCE de 14 de julio de 1994, *Carole Louise Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd*) o también a los transexuales (STJCE de 30 de abril de 1996, *P contra S y Cornwall County Council*) ; la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo no se ha extendido sin embargo a la homosexualidad, que no se considera propiamente discriminación por razón de sexo sino, en su caso, discriminación por orientación sexual (STJCE de 17 de febrero de 1998, *Grant contra West Trains Ltd*).

<sup>172</sup> La ya referida previsión del art. 22bis.2 de la Ley 56/2003, en la que se considera en todo caso discriminatoria "la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico" constituye una regla contra la discriminación indirecta, y recoge una jurisprudencia que considera discriminación indirecta establecer exigencias o requisitos de fuerza o estatura para el desempeño de trabajos en los que tales condiciones no resultan realmente necesarias; STJCE de 9 de febrero de 1999 (*Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez*) o STC 41/1999, de 22 de marzo.

Pero debe señalarse también que la tutela antidiscriminatoria adquiere en el terreno del acceso al empleo un nivel proactivo o beligerante, de compromiso y lucha contra las situaciones sociológicas o fácticas de discriminación, a través de las llamadas "acciones positivas", que suponen la adopción de medidas por los poderes públicos -incluyendo la alteración interesada u "orientada" de la normativa reguladora de acceso a la ocupación- con el objeto de quebrar e invertir arquetipos o tendencias de trato discriminatorio socialmente implantados pero que conviene neutralizar, lo que supone un nuevo nivel de limitación de las facultades de elección o selección de trabajadores. Las acciones positivas, que en nuestro sistema encuentran sin duda acomodo en el art. 9.2 CE, proceden también en buena medida del Derecho Comunitario, y no hay más que acudir a las Directivas de igualdad antes aludidas para confirmar este extremo. Se trata en cualquier caso de medidas límite, que por su carácter desequilibrante o compensador, se encuentran bordeando el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y que por consiguiente deben establecerse y administrarse con mucha cautela. Varias sentencias se han tenido que ocupar por ello de analizar la compatibilidad de estas medidas con el principio de igualdad y no discriminación, tanto del TJCE (17 octubre 1995, Kalanke; 11 noviembre 1997, Marschall; 28 marzo 2000 Badeck), como de nuestro Tribunal Constitucional (sentencias 128/1987, 16 julio, 109/1993, 25 marzo, o 269/1994, 3 octubre). Y es por ello también que el establecimiento de preferencias, reservas o en general medidas que alteren las facultades empresariales de elegir libremente a sus trabajadores, se encuentra sometido a importantes restricciones y limitaciones en los números 2 y siguientes del art. 17 ET<sup>173</sup>.

---

<sup>173</sup> Entendidas en un sentido amplio, las medidas de acción positiva no se circunscribirían solo a las clásicas de establecimiento de "reservas y preferencias" sino que podrían incluir también, por ejemplo, las muy decisivas reglas de "alteración de la carga de la prueba" que acompañan los procesos de reclamación frente a conductas o decisiones pretendidamente discriminatorias de la empresa (o en general vulneradoras de derechos fundamentales), como es el caso concretamente de los arts. 96.1 y 181.2 LRJS; bastará con probar indicios de discriminación (o vulneración del derecho fundamental) para que tal censurable conducta pueda presumirse realizada, lo que deberá hacerse a menos que el empleador sea capaz de demostrar que su decisión o conducta tiene justificación objetiva y razonable y cumple al tiempo el requisito de proporcionalidad; en muchos casos la jurisprudencia ha admitido como existencia de indicios de discriminación el "dato estadístico", considerando discriminatoria —salvo prueba en contrario—, por ejemplo, una conducta excluyente que se proyecta mayoritariamente sobre mujeres, y no sobre hombres; STJCE de 17 de octubre de 1989, *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening (Danfoss)*; y STJCE de 23 de diciembre de 1989, *M.L. Ruzius-Wilbrink contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidschienen*.

Para empezar, dice la referida norma que este tipo de medidas sólo podrán establecerse por ley (art. 17.2), sin perjuicio de la capacidad que se atribuye al Gobierno para "regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo" (art. 17.3)<sup>174</sup>. Al margen del alcance que pueda asignarse a esta atribución de competencias al Gobierno -en la que quedan incluidas sin duda las medidas de fomento del empleo, como la propia norma precisa a renglón seguido, pero en la que pueden caber también verdaderas medidas de acción positiva (de "reservas" y "preferencias" habla literalmente la norma)-, lo que queda claro a partir de ella es que los convenios colectivos no podrán con carácter general establecer este tipo de medidas. La aprobación de medidas de acción positiva es un tema de enorme trascendencia y alcance que no quiere dejarse en manos de la autonomía colectiva, y que por ello queda reservado a los poderes normativos del Estado (esto es lo que explica que las medidas de acción positiva más claras que ha establecido nuestro ordenamiento en el terreno del acceso a la ocupación, que son las reservas a favor de discapacitados, hayan aparecido precisamente en una norma con rango de ley: la Ley 13/1982, de Integración Social del Minusválido, art. 38). Con una única excepción, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de hombres y mujeres, que es la relativa a las acciones positivas por razón de género, para cuya introducción sí quedan habilitados los convenios colectivos en los términos y condiciones que dispone el art. 17.4 del ET: sólo podrán establecerse "reservas" y "preferencias relativas", para caso de igualdad de méritos en los candidatos concurrentes (de "cuotas flexibles" se habla en estos casos), no "preferencias absolutas", que darían prioridad por encima de cualquier consideración sobre los méritos de los candidatos<sup>175</sup>.

#### *e) Otras limitaciones de la libertad de elección de trabajadores*

La restricción o el condicionamiento de la libertad de elección de trabajadores puede advenir también por otros cauces distintos a los hasta ahora reseñados. Si dejamos al margen las "preferencias" o las "reservas" a favor de ciertos colectivos de trabajadores, a las que acabamos de referirnos como manifestaciones del principio de no discriminación en el acceso al empleo en su vertiente de "acciones positivas", las limitaciones de la libre elección de las que queremos ocuparnos ahora acaso pueden clasificarse en tres grupos distintos: (1) las que pueden derivar de los compromisos asumidos

---

<sup>174</sup> La "congelación de rango" que imponen las referidas previsiones puede seguramente ponerse en conexión con la STC 83/1984, de 24 de julio, en la que se establece que en general las limitaciones de la libertad de empresa —reconocida en el art. 38 CE— deben establecerse por normas con rango suficiente.

<sup>175</sup> En este sentido, debe tenerse en cuenta que el TJCE en sentencia de 6 julio 2000 (Abrahamsson), ha resuelto que se opone al art. 2 Directiva 76/207/CE una norma nacional según la cual debe ser seleccionado un candidato del sexo infrarrepresentado cuando los méritos que el mismo acredita para el desempeño del puesto sean notoriamente inferiores a los de su contrincante del otro sexo, conclusión de la que se desprende la imposibilidad de establecer "preferencias absolutas" que no tengan en cuenta los méritos de los candidatos concurrentes por vulnerar la exigencia de objetividad.

en convenio colectivo de someter la elección de trabajadores a criterios objetivos o a la valoración de órganos o comisiones con presencia de representantes de los trabajadores (procesos de selección); (2) las que tienen que ver con la puesta en marcha por los poderes públicos de medidas de estimulación económica con objeto de decantar la contratación hacia ciertos colectivos de trabajadores, o determinado tipo de modalidades contractuales (medidas de fomento del empleo); (3) las que pueden nacer a partir de la asunción por el empresario de compromisos de contratación futura, en la medida en la que determinan al mismo a la celebración del contrato con una persona concreta y en determinados términos, so pena de incurrir en responsabilidad (precontratos y tratos previos).

Respecto al primer género de limitaciones, las que pueden derivar de los compromisos asumidos en convenio colectivo de someter la elección de trabajadores a criterios objetivos, o incluso a la valoración de órganos o comisiones con presencia de representantes de los trabajadores (procesos selectivos), debe decirse que son relativamente frecuentes en la práctica convencional, en especial las primeras, en menor grado las segundas<sup>176</sup>. Se trata en cualquier caso de limitaciones de carácter procedimental, pues no obligan al empresario a contratar o no a determinado trabajador, sino sólo utilizar los cauces de selección específicos que se establecen en el convenio<sup>177</sup>. Cuestión distinta es la verdadera virtualidad de limitación o restricción de la libre elección del empresario que pueda atribuirse a tales fórmulas, siempre de corto alcance: no es extraño de hecho que los propios convenios que las establecen proclamen a continuación el valor de la libertad del empresario para decidir los trabajadores a los que contrata<sup>178</sup>. Pese a la existencia de estos mecanismos, el empresario retendrá en efecto siempre su derecho a no contratar a quien no quiera, pues aparte de que podrá incluir en los contratos, que además podrían ser de corta duración, un periodo de prueba, sucede que en caso de que no lo incluyera el despido injustificado del trabajador no acarrearía grandes costes para la empresa, dado que la indemnización generada sería mínima y además no tendría que pagar salarios de tramitación. Jurídicamente, por tanto, estamos ante una limitación débil de la libertad de elección de trabajadores, lo que no quiere decir que la misma no pueda ser fuerte en otros términos, por ejemplo, en términos de "clima de relación" con los trabajadores y con sus representantes ("paz social")<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "Selección y colocación de trabajadores", *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva. Estudio de los convenios colectivos de sector (1994-1996)* (Dir. J. García Murcia), Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, pp. 45 y 46.

<sup>177</sup> Vid. VVAA, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo... op. cit.*, p. 943.

<sup>178</sup> Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "Selección y colocación de trabajadores", *ibidem*, p. 47.

<sup>179</sup> Vid. VVAA, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo... op. cit.*, p. 943.

Los programas de fomento del empleo que aprueban los poderes públicos vienen también a limitar la libertad del empleador de elegir a los trabajadores (o el tipo o modalidad contractual), pues sólo la contratación en las condiciones preestablecidas determinará que el empresario llegue a obtener las reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, o incluso las subvenciones económicas, que establece el programa de fomento del empleo. La repercusión de estos estímulos económicos sobre las decisiones de contratación de las empresas es incuestionable, aunque es verdad que no nos encontramos ante una verdadera limitación jurídica de la libertad de elección de trabajadores -que el empresario mantiene íntegramente, y prueba de ello es que ninguna responsabilidad asume si contrata a un trabajador o utiliza una modalidad contractual distinta de las que llevan aparejado el beneficio de fomento del empleo-, sino ante un mero "condicionamiento" de la misma. El encauzamiento de la decisión empresarial hacia la contratación de los trabajadores que se desea no tiene lugar en virtud de una exigencia jurídica estricta, sino en virtud de un condicionamiento económico -un premio- introducido mediante una medida de política de empleo que no afecta a la libertad de elección de la empresa en el plano jurídico, sino en el plano de racionalización organizativa y de costes. Dicho sea de paso, esto no quiere decir que la medida sea menos efectiva. De hecho acaso pueda pensarse que lo sea más que una medida jurídica de limitación de la libertad de contratación (que además siempre suscitaría la cuestión de si invade la libertad de empresa); realmente, el problema de estas medidas no es la efectividad, sino de coste.

Finalmente, la libertad del empresario de elegir a los trabajadores puede verse limitada por la previa asunción de compromisos de contratación futura, en la medida en la que el empresario vendrá determinado a cumplir tales compromisos si quiere evitar incurrir en responsabilidad.

Es lo que sucede, en primer lugar, en el caso de las promesas o precontratos de trabajo, concepto en el que deben incluirse las listas de espera y las bolsas de trabajo<sup>180</sup>. No es ahora el lugar ni el momento oportuno para analizar en detalle este tipo de figuras, pero sí puede decirse que el precontrato, como verdadero contrato que es, obliga al empresario a contratar al trabajador en las condiciones y en el plazo que se haya fijado en el mismo (la exigencia legal de determinación del objeto obliga a que estos extremos y las principales condiciones del precontrato hayan quedado determinados, o por lo menos sean determinables, so pena de nulidad), de modo que si no lo hace tendrá que indemnizar al trabajador por incumplimiento. El precontrato no implica en efecto que el empresario tenga obligatoriamente que contratar al trabajador en la fecha estipulada, por tratarse de una obligación de hacer, y por tanto una prestación incoercible, pero sí el deber de indemnizar al trabajador en caso de incumplimiento, circunstancia que evidentemente condiciona y limita de manera muy seria la libertad del empleador de contratar a la persona que más le apetezca. Tendrá que optar entre contratar gratis a quien previamente ha prometido contratar, o contratar a la persona de su preferencia, en cuyo caso deberá indemnizar al precontratado<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> Vid. VVAA, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo... op. cit.*, pp. 944 y 945.

<sup>181</sup> Vid. SSTS de 30 de marzo de 1995 (RJ 1995/2352).

Algo similar cabe decir de los tratos previos o preliminares, pues el inopinado abandono de las negociaciones y actos de preparación del contrato de trabajo por la empresa también puede generar responsabilidad económica (culpa in contrahendo). La jurisprudencia ha estimado en efecto que el trabajador puede demandar al empresario por daños y perjuicios cuando, sin haberse otorgado promesa o compromiso precontractual ninguno, el empresario abandone el proceso de negociación de un contrato de trabajo en las siguientes condiciones: (1) los tratos previos o negociaciones han de estar en un estadio avanzado pero todavía no consumado, es decir, no deben haber cristalizado en compromiso precontractual o contractual, pues en este caso estaríamos en la situación anterior; (2) precisamente el avanzado estado de las negociaciones, junto con la conducta y declaraciones de la empresa, ha de haber inducido al trabajador a incurrir en una serie de gastos o inversiones como consecuencia de la creación de una expectativa de contratación inminente; (3) el trabajador ha de incurrir efectivamente en estos gastos, de buena fe y sin incurrir en negligencia (cualquier persona con una diligencia media habría hecho lo mismo en una situación similar); (4) el empresario abandona posteriormente las negociaciones de manera injustificada prescindiendo de la contratación del trabajador. Cumpliéndose estas condiciones, y siempre de manera muy cautelosa, la jurisprudencia ha reconocido -necesariamente por la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1902, al no existir propiamente contrato ninguno- el deber de la empresa de indemnizar al trabajador por los daños y perjuicios causados<sup>182</sup>.

Por lo que aquí interesa, es preciso reseñar que este tipo de pronunciamientos viene a comportar una limitación más de la libertad del empresario para elegir libremente a sus trabajadores, en el sentido de que cuando los actos de preparación del contrato de trabajo hayan llegado a una situación como la descrita, el empresario no será libre de elegir a una persona distinta de aquella con la que ha estado negociando, so pena de incurrir en responsabilidad. De nuevo tendrá que optar entre contratar sin coste especial a aquel trabajador con quien ha entablado negociaciones o contratar al trabajador que prefiera, en cuyo caso tendrá que asumir el coste de indemnizar al otro trabajador, lo que es tanto como decir que se encuentra limitado en su capacidad de elegir libremente a los empleados.

---

<sup>182</sup> Vid.TS (civil) de 16 de diciembre de 1999 (RJ 8978) y también de 16 de mayo de 1988 (RJ 4308).

## RECAPITULACIÓN FINAL

La colocación puede definirse como el conjunto de operaciones en virtud de las cuales el trabajador y el empresario -o eventualmente determinados intermediarios- preparan la celebración de un contrato de trabajo futuro. Es un concepto amplio y abstracto en cuyo seno se alojan acciones de muy distinta naturaleza, entre las que se incluye la divulgación e intercambio de información sobre ofertas y demandas de trabajo, la agencia e intermediación laboral, la selección de trabajadores, e incluso la decisión de contratar a unos trabajadores y no a los otros. Su correspondencia en el derecho de los contratos serían los tratos preliminares, aunque es verdad que se trata de un concepto que desborda esta consideración por su componente de proyección de un negocio jurídico claramente asimétrico como el contrato de trabajo. La colocación finaliza en todo caso con la contratación del trabajador, aunque es verdad que hay situaciones de contratación laboral en las que, más allá del cambio de trabajo por salario, adquiere un peso decisivo analizar si el trabajador tiene las características que justificarían un contrato indefinido o estable, y que de este modo vienen a funcionar "materialmente" como dispositivos de colocación: el periodo de prueba, los contratos temporales y los formativos, o los contratos con ETTs son claros ejemplos de ello.

La conceptualización de la colocación laboral no constituye una tarea meramente académica, pues dependen de ella importantísimas consecuencias prácticas, y ello tanto en el plano de la diferenciación -externa- de la colocación frente a actividades que no lo son como en el plano de la diferenciación -interna- entre las distintas operaciones o manifestaciones de la colocación. Así, por ejemplo, la exclusión de la colocación de la preparación de contratos civiles o mercantiles de servicios aclara qué tipo de normas deben aplicarse en este tipo de situaciones y cuáles son las que deben considerarse cuando lo que se proyecta es la celebración de un contrato de trabajo. Por otra parte, la distinción interna entre actividades de selección e intermediación, o más recientemente, entre publicación de ofertas en la prensa o en entornos web, donde la oferta puede recibir un trato promocional o dinámico muy evidente, puede resultar capital a efectos de determinar en qué casos va a ser preciso obtener autorización administrativa para desempeñar las tareas o cometidos de que se trate.

La evolución de las normas de colocación de los últimos años apunta hacia la homogeneización de buena parte de las operaciones de colocación, en el sentido de igualar el tratamiento jurídico que se dispensa a todas ellas, y, consiguientemente, permitir que sean íntegramente asumidas por un mismo sujeto o persona. Ello tiene mucho que ver con la liberalización que se ha producido en este terreno, que ha terminado determinando que la mayoría de estas actividades pueda desempeñarse a través de la iniciativa privada en régimen lucrativo, lo que ha llevado a que un mismo sujeto pueda asumir íntegramente -una vez provisto de la pertinente autorización administrativa- funciones de

agencia laboral, selección de trabajadores, orientación profesional, etc. El proceso ha llegado incluso al punto de permitir que las empresas de trabajo temporal puedan de hecho actuar como verdaderas agencias de colocación (una vez obtenida, por supuesto, la autorización administrativa exigida al efecto).

La colocación laboral no ha sido ajena por otra parte a la aparición de internet y las tecnologías web. Cada vez más frecuentemente y en mayor medida las ofertas y demandas de trabajo son objeto de publicación en la red, que en muchos casos, mediante determinadas aplicaciones informáticas, llega a operar como verdadero motor de intermediación laboral ejercitando auténticas funciones de agencia. Acaso consciente de que el límite entre operaciones de mera publicación de información de ofertas y demandas de trabajo y genuinas operaciones de intermediación y agencia laboral no resulta fácil de establecer, y buscando no dejar de la mano el control público de un fenómeno en pleno crecimiento y de indudables repercusiones sociales y para el interés general, la legislación vigente ha optado por extender la exigencia de autorización administrativa a cualesquiera "entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos". Habiendo tal casación será preciso por tanto obtener la autorización administrativa que se exige a las agencias de colocación (así como cumplir el resto de reglas que las afectan, como puede ser el caso, señaladamente, de la prohibición de cobrar al trabajador por tales servicios) sin necesidad de entrar a analizar si se ejercitan funciones de mera divulgación de ofertas o demandas de trabajo o verdaderas tareas de agencia o intermediación laboral.

Si comparamos el vigente sistema de colocación con el que ha venido rigiendo en España desde principios del siglo XX (cuando aparecen las primeras leyes en la materia) y llega hasta la primera gran reforma laboral de 1994 (que introduce los primeros cambios sustantivos en este terreno), las diferencias resultan verdaderamente mayúsculas, hasta el punto de que bien puede hablarse de modelos netamente distintos. Realmente, hemos pasado en España de un sistema de colocación de monopolio público, en el que está prohibida la intermediación privada, también la no lucrativa, y que incluso impide a empresarios y trabajadores la autogestión de sus demandas y ofertas de trabajo, obligándoles a canalizarlas a través de las estructuras o circuitos administrativos dotados al efecto (las oficinas públicas de colocación), a un modelo -mucho más próximo a la "realidad normada", por otra parte- en el que, sin negarse el carácter esencialmente público de la colocación laboral, la misma se ha liberalizado bastante, no sólo porque permite que sean los trabajadores y empresarios involucrados en la celebración del contrato quienes gestionen la colocación por su cuenta, sino también, y principalmente, porque se permite la intermediación privada, cuya ejecución se admite además en régimen lucrativo, incluyendo la posibilidad de desempeñar gran cantidad de operaciones y la participación en ello de las ETTs.

El sesgo liberalizador y de privatización que acaba de apuntarse, que es sin duda el rasgo evolutivo más claro y característico del sistema de colocación español, obedece principalmente al objetivo de mejorar la eficacia de los mecanismos de interconexión de ofertas y demandas de empleo en el mercado de trabajo, como ponen de relieve los preámbulos de las sucesivas normas de reforma de



la colocación laboral en España. Constatada en efecto la rigidez e ineficiencia del original sistema monopólico público de colocación y su total falta de sintonía con la realidad del mercado de trabajo, el legislador habría optado, en lugar de por la mejora del aparato público de colocación, por la liberalización del mismo, seguramente asumiendo que era la manera más barata e inmediata de mejorar su eficiencia -presumiéndose que la gestión privada funciona mejor- y siguiendo también el ejemplo de otros países de la Unión Europea en los que el modelo de gestión privada había venido dando buenos resultados (y con los que España tenía que empezar a medirse en el entorno del mercado único), así como las últimas orientaciones de la OIT, en las que, por primera vez, comienza a verse en la intermediación privada una solución adecuada para resolver los problemas de mal funcionamiento de los mercados de trabajo, y muy particularmente del desempleo.

La búsqueda de la eficiencia, por el camino de la privatización y liberalización que acaba de apuntarse, no ha determinado en cualquier caso la negación del carácter esencialmente público de la actividad de colocación, en la que no sólo está en juego la distribución de un bien escaso y de alto valor como es el trabajo, sino también la protección de un sujeto cuya posición de contratante débil se exacerba por la necesidad que experimenta de hacer el contrato y por la competencia en que entra con otros desempleados, y que resulta incluso trascendente para el control y el gobierno de los flujos de las demandas y ofertas de trabajo (política de empleo), cuestiones todas ellas de indudable interés general. Es por ello que las normas vigentes continúan proclamando con toda claridad el carácter público de la colocación, hasta el punto de establecer que la gestión privada de la misma sólo podría afectar o proyectarse sobre el ejercicio de la colocación, nunca sobre su titularidad. El aparato público de colocación debe seguir existiendo y asumiendo las competencias básicas en la materia, competencias entre las que se encuentra, precisamente, la autorización y el control de la actividad de los sujetos que participan a título privado en la colocación.

La autorización administrativa es sin duda la principal expresión de control -de carácter preventivo- que expresa el sistema a propósito de la gestión privada de la colocación. Es en cualquier caso una exigencia que ha perdido fuerza con las últimas reformas de la legislación laboral (tiene ahora un amplio periodo de validez de 5 años, se prorroga automáticamente, puede obtenerse por silencio positivo, etc), lo que contribuye a despejar las dudas que podrían suscitarse sobre su compatibilidad con las normas comunitarias sobre libre prestación de servicios. Pero no es la única restricción que se impone a la participación privada en la colocación. Es muy importante también la exigencia de gratuidad para el trabajador, cuya compatibilidad con la gestión de la colocación en régimen lucrativo se obtiene trasladando al empleador el coste íntegro de los servicios prestados, situación que no consideramos contraria al principio de igualdad. Y no lo es menos, por otra parte, la exigencia de proteger los derechos fundamentales de los demandantes de empleo, y particularmente dos que suelen sufrir o padecer especialmente en los procesos de colocación, a saber: por un lado, el derecho a la intimidad y al tratamiento de los datos sensibles que suelen aflorar en estas situaciones, y, por otro, el derecho de no discriminación en el acceso al trabajo.

Los referidos derechos fundamentales no se afirman sólo frente sujetos o intermediarios privados sino, en general, frente a cualquier intermediario o agente de colocación -incluidas las oficinas y servicios públicos-, y también frente al mismo empleador. Como los intermediarios laborales, el empresario debe respetar la intimidad y la esfera privada del trabajador, cuidándose de no requerir datos personales impertinentes para el desempeño profesional y de custodiar adecuadamente los que haya obtenido en el proceso de colocación, pero sobre todo debe evitar que la elección de un trabajador en perjuicio de otro comporte discriminación. Si es verdad de que la decisión de elegir los trabajadores es libre, y no está sometida a las exigencias de igualdad constitucional (salvo en el caso, por ejemplo, de tratarse de una Administración pública), no lo es menos que no puede ser discriminatoria, lo que impide que la empresa fundamente su decisión de excluir a un trabajador en virtud, por ejemplo, de su etnia, sexo o religión, salvo que por el tipo de empresa de que se trate (vgr., empresas de tendencia) o la naturaleza de la tarea a desempeñar resulte que alguna de las referidas circunstancias personales, inicialmente causantes de discriminación prohibida, puedan justificar objetivamente y en la proporción adecuada la decisión de la empresa de no contratar a los trabajadores.

Una última característica presenta el sistema español de colocación de trabajadores y es la de la organización de su aparato público en régimen descentralizado. Frente a una situación original de Administración única y centralizada, la puesta en marcha del Estado Autonómico tras la entrada en vigor de la Constitución ha terminado dando lugar a la traslación a las Comunidades Autónomas de importantes competencias de colocación, competencias que no llegan a ser de legislación, sino de mera gestión, pero que han conducido en la práctica a la aparición en cada Comunidad Autónoma de servicios propios de colocación de trabajadores, que han quedado apoderados no sólo para llevar a cabo las funciones de control y autorización administrativa de las agencias de colocación, sino también para desarrollar verdaderos servicios de intermediación laboral, selección y orientación a instancia de empresas y trabajadores. Las referidas competencias autonómicas deben entenderse sin perjuicio de su ubicación en un sistema de empleo único para todo el Estado en el que debe buscarse el objetivo de un mercado de trabajo operando realmente a escala de todo el territorio nacional y en el que todos los trabajadores tengan las mismas oportunidades de empleo, razón por la que, aparte de retenerse las principales competencias normativas en la materia, se dotan múltiples vías de homogeneización y coordinación de las políticas de colocación, entre las que destacan órganos como la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales o el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo o instrumentos como la Estrategia Española de Empleo, los Planes Anuales de Política de Empleo o, sobre todo, el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, un sistema de información común de ámbito nacional que se organizará con una estructura informática integrada y compatible y que operará como instrumento de integración de datos relativos por ejemplo a demandas intermediación laboral, políticas de empleo, elaboración de estadísticas y ofertas y demandas de trabajo (Portal Único de Empleo).