

MIGUEL C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO



PUBLICO Y PRIVADO  
EN EL MERCADO  
DE TRABAJO  
DE LOS NOVENTA

*LECCIÓN INAUGURAL*

*CURSO ACADÉMICO*

1994-95



**U**niversidad de Huelva







PUBLICO Y PRIVADO  
EN EL MERCADO  
DE TRABAJO  
DE LOS NOVENTA



349.2  
ROD  
pub

MIGUEL C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO  
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PUBLICO Y PRIVADO  
EN EL MERCADO  
DE TRABAJO  
DE LOS NOVENTA

LECCIÓN INAUGURAL CURSO ACADÉMICO  
1994-95



Universidad  
de Huelva



Septiembre, 1994

© SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE HUELVA

© Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo

Impreso en España. Printed in Spain

ISBN: 84-88751-03-6

Depósito Legal: S-765-1994

EUROPA ARTES GRÁFICAS, S.A.

## PRESENTACIÓN

Excmo. Sr. Presidente de la Junta de Andalucía, Excmo. Sr. Consejero de Educación y Ciencia, Excmo. y Magnífico Sr. Presidente de la Comisión Gestora de la Universidad de Huelva, Excmas. e Ilmas. Autoridades, Compañeros Universitarios, Sras. y Sres.

En el Derecho del Trabajo hablar de temas de actualidad es siempre aventurado. La importancia del trabajo asalariado como elemento fundamental en las organizaciones sociales contemporáneas, la relevancia de los intereses afectados por su regulación, y la propia mutabilidad de la realidad social que está llamado a ordenar determinan que sea ésta una rama del ordenamiento que demanda una constante y continua atención en todos sus aspectos. Aun así, la propia mutabilidad del sistema de relaciones laborales, y la necesidad de una reacción normativa que adapte su marco jurídico a las nuevas situaciones, imponen un ritmo de cambios normativos en el Derecho del Trabajo que hace que continuamente nos enfrentemos a nuevas normas laborales, que exigen la atención y



el análisis de los estudiosos de la disciplina. La necesidad de adaptar en todo momento el aparato doctrinal a un ordenamiento vigente en cambio constante obliga a desarrollar unos análisis de actualidad que a veces distraen al investigador del estudio de las grandes líneas u orientaciones de esta rama del Derecho, haciéndole perder la perspectiva y limitándolo al papel de comentarista o glosador de los últimos cambios legales. Esto es siempre un peligro en el mundo del Derecho. Ya decía MONTAIGNE de su tiempo, y me temo que su opinión no mejoraría mucho en el nuestro, que «todo hormiguea de comentaristas; de autores, hay gran carestía».

El peligro de centrarnos excesivamente en lo inmediato presenta, sin embargo, una nueva dimensión en el momento presente, en el que el Derecho del Trabajo se enfrenta a una transformación que podemos calificar de histórica, con una reforma de las piezas básicas de la legislación laboral de un contenido y alcance que llega a convulsionar los propios pilares de la disciplina. La reciente reforma de las leyes laborales iniciada a finales de 1993 y continuada a mediados del presente año va mucho más allá del mero cambio normativo, para incidir en principios y formas de entender el Derecho que se consideraban intrínsecos al propio Derecho del Trabajo. Ante la magnitud del



cambio, los laboristas nos enfrentamos a la necesidad de realizar un doble análisis, que no se limite al nuevo marco normativo sino que llegue a la identificación de las nuevas bases sobre las que se pretende articular el ordenamiento jurídico-laboral.

Lo importante y reciente de las reformas producidas justifica, y casi impone, que cualquier estudio laboral se refiera a eso que se ha venido denominando, de manera más o menos impropia, la «reforma del mercado de trabajo», o al menos a alguno de los muchos aspectos afectados por ésta. De ahí que la elección del tema para esta lección viniera prácticamente impuesta por los acontecimientos. A pesar de ello, la amplitud de estas reformas, la gran cantidad de aspectos del Derecho laboral afectados permiten una cierta discreción a la hora de elegir cuál de ellos será objeto de atención; porque creo más acertado ceñirme en mi estudio a alguna de las múltiples facetas de la reforma, antes que realizar un análisis global de ésta.

Analizar marcos jurídicos de nueva creación presenta el inconveniente de la falta de una base jurisprudencial y doctrinal adecuada sobre la que trabajar. Ello obliga a ampliar las perspectivas de estudio, para buscar su contexto de referencia en el pasado, en sus antecedentes normativos, analizando las razones de



la reforma, y su auténtico alcance. Será desde el punto de vista de los fines pretendidos que se podrá valorar la idoneidad o las limitaciones de los medios propuestos.

De todos los aspectos de la reforma del mercado de trabajo me ceñiré a uno de ellos, que considero de particular importancia y significado; todo ello, por supuesto, sin menospreciar en absoluto la importancia de los demás aspectos tratados. Analizaré los distintos aspectos de la reforma que afectan a las fases anteriores a la celebración de contratos de trabajo, esto es, a los distintos actos jurídicos tendentes a favorecer el encuentro de la oferta y demanda de trabajo para la celebración de acuerdos de intercambio de trabajo por su retribución. En otras palabras, estudiaré el marco jurídico del mercado de trabajo en sentido estricto o económico.

## DEL MERCADO DE TRABAJO Y SUS PARTICULARIDADES

El punto de partida de mi estudio debe ser necesariamente el mercado de trabajo, entendido éste desde un punto de vista económico como la concurrencia de oferta y demanda de trabajo en un momento dado; esto es, la confluencia de las personas que acuden al mercado a ofrecer sus servicios personales, estando dispuestos a someterse al poder de dirección de otro, y de los sujetos, personas o empresas, que necesitan de mano de obra, y están dispuestos a contratarla a cambio de una remuneración. En sus últimos términos, en el mercado de trabajo existirían dos sujetos naturales, trabajadores y empresarios, que concurrirían en él para ofrecer sus servicios los primeros, y para contratar éstos los segundos; el encuentro de ambos sujetos lleva eventualmente a la celebración de acuerdos entre ellos, por los que se determina la cantidad y calidad del trabajo a prestar, y su precio. Desde un punto de vista jurídico, estos acuerdos se



formalizan a través de contratos de trabajo, sometidos a las normas del Derecho del Trabajo.

La importancia de este mercado en las economías contemporáneas está, creo, fuera de toda duda. El trabajo asalariado se ha generalizado hasta convertirse en la principal fuente de ingreso para las economías domésticas; de las posibilidades de que las personas dependientes de las rentas de su trabajo encuentren una ocupación adecuada a sus características y necesidades dependerá en gran parte su bienestar y su propia supervivencia. Y la disponibilidad de mano de obra de las características adecuadas y en las cantidades necesarias determina directamente la capacidad productiva y la competitividad de las empresas, hasta el punto de que ROBERT REICH, secretario de trabajo del Presidente CLINTON, haya afirmado en un reciente libro de enorme resonancia que la verdadera riqueza de las naciones está en la calidad de su fuerza de trabajo. De un correcto funcionamiento de su mercado de trabajo, que permita satisfacer las demandas de las empresas y alcanzar niveles aceptables de empleo, dependerá en gran medida el bienestar de una sociedad.

El mercado de trabajo no es sólo un elemento central de las economías contemporáneas, sino que también supone un mercado con unas peculiaridades



muy marcadas. Según se ha dicho, se trata de un mercado en el que las dimensiones espacial y temporal juegan un papel especialmente relevante, debiendo los intercambios producirse en un lugar y momento determinados (JIMENO, 1993). Por otro lado, se trata más que de un mercado único y cohesionado, de la agregación de mercados múltiples, cada uno de los cuales con perfiles diferenciados y necesitado de actuaciones singularizadas (VALDÉS DAL-RE, 1987). Es, además, un mercado de unas enormes dimensiones, con unos flujos de entrada y salida en el empleo de considerables magnitudes, que producen un número muy elevado de contrataciones. Los niveles de información de los que se debe disponer para poder tomar decisiones adecuadas son difíciles de obtener por los mismos mecanismos naturales del mercado. Por último, el objeto de transacción, el trabajo humano, presenta unas particularidades respecto de otros productos o servicios que determinan profundas irregularidades en el funcionamiento de oferta y demanda. De todas estas particularidades se deriva que la coexistencia de demandas y ofertas insatisfechas sea más frecuente que en otros mercados (JIMENO, 1993).

El buen funcionamiento del mercado de trabajo es determinante del bienestar social. Y este mercado,



por sus propias características, no puede funcionar por sí mismo a unos niveles de eficiencia adecuados, teniendo en cuenta su importancia social. De ahí que se haya llegado a decir que «el mercado de trabajo es un candidato natural a la existencia de intermediarios que ayuden a que empleadores con puestos de trabajo vacantes y trabajadores en paro cualificados para ocupar esos puestos de trabajo se pongan en contacto» (JIMENO, 1993).

## MECANISMOS DE INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DE TRABAJO

La realidad demuestra lo acertado de esta afirmación. Prácticamente coincidiendo con los inicios de la generalización del trabajo asalariado en el sistema de producción establecido con la Revolución Industrial fueron surgiendo distintos mecanismos de intervención en el mercado de trabajo, orientados fundamentalmente en un primer momento a la satisfacción de las demandas de mano de obra de las empresas. Lo relevante de los intereses afectados por el buen funcionamiento del mercado determinaron también desde bien pronto una presencia de sujetos públicos entre estos mecanismos de intervención, primero a través de iniciativas de las entidades locales, después por medio de la creación de los denominados servicios públicos de empleo, que actuaban a nivel nacional. La necesidad de estos mecanismos de intervención determinó su aparición; el valor económico de sus servicios llamó a la iniciativa privada en esta actividad; su importancia social, y los efectos negativos



de la intervención privada, hicieron lo propio con la pública.

La intervención en el mercado de trabajo supone la introducción de otros sujetos, amén de los demandantes y ofertantes de trabajo, cuya función no es la de concurrir con ellos en esta oferta y demanda, sino contribuir a la celebración de acuerdos entre éstos, superando las dificultades que las dimensiones y la complejidad del mercado pueden producir para la celebración de transacciones. Esta intervención puede producirse a través de múltiples formas: acumulación y circulación de información, establecimiento de redes de contactos, etc...; dos son, sin embargo, los modelos de intervención que se han generalizado en las economías occidentales, hasta ocupar un papel central en el funcionamiento del mercado de trabajo.

En una primera modalidad, los sujetos que colaboran en la contratación reúnen la información disponible sobre ofertas y demandas de trabajo, y a través de un proceso de selección ponen en contacto a demandantes adecuados para un determinado puesto de trabajo con su ofertante. Estos sujetos van a actuar no ofreciendo y contratando servicios laborales, sino mediando entre esta oferta y demanda de trabajo, canalizando la información disponible, y poniendo en contacto trabajadores y empresarios individuales



para facilitar con ello la celebración de acuerdos para el intercambio de estos servicios por su retribución; en términos jurídicos, mediando entre las partes para facilitar la celebración de contratos de trabajo. Esta actividad puede presentar múltiples formas y modalidades; para los efectos de este estudio la calificaremos como *actividad de colocación o de mediación en el mercado de trabajo*.

En una segunda modalidad de intervención se produce la entrada de sujetos en el mercado de trabajo que no se van a limitar a mediar entre la oferta y la demanda de mano de obra, sino que van a tener un papel mucho más incisivo, actuando a la vez como ofertantes y demandantes de trabajo. La actividad de estos sujetos consiste en la contratación de trabajadores (con lo que actúan como demandantes de mano de obra) para suministrarlos a otras empresas necesitadas de los servicios de éstos (actuando entonces como oferta de mano de obra). Estas empresas se dedican a satisfacer las demandas de mano de obra de otras empresas, ofreciéndoles los servicios de trabajadores que permanecen en todo momento empleados por aquéllas. Para los efectos de este estudio la calificaremos de *actividad de préstamo de mano de obra*.

Ambas actividades presentan indudables elementos en común: en ambos casos se trata de sujetos que



intervienen directamente en el mercado de trabajo, y cuyos servicios satisfacen las necesidades de mano de obra de las empresas, y de empleo de los trabajadores. Además, estas dos actividades, en mayor o menor medida, van a servir de mecanismos de regulación del mercado de trabajo, facilitando su funcionamiento fluido y equilibrado. En tercer lugar, las dos son actividades con un claro contenido económico, y que pueden convertirse en el objeto de empresas actuando con ánimo de lucro; ello por tratarse en ambos casos de servicios que satisfacen necesidades de empresas, por las que éstas están dispuestas a pagar, y cuya operación produce unos determinados costes de producción.

Igualmente fuera de toda duda están las diferencias entre estas dos actividades. Desde un punto de vista económico, y aunque he tratado ambas actividades en pie de igualdad, lo cierto es que la importancia de ambas no es, ni con mucho, similar: la mediación es una actividad prácticamente necesaria para el funcionamiento del mercado de trabajo, cuya existencia es indispensable para que éste pueda operar con la suficiente fluidez; es por ello que en todas las economías desarrolladas se han articulado mecanismos de distinto tipo para cumplir esta función. El suministro de mano de obra, por más que pueda resultar de utili-



dad para las empresas, para los trabajadores y para agilizar el funcionamiento del mercado, tiene una importancia mucho menor, pudiendo considerarse, desde este punto de vista, mucho más contingente. Su ámbito natural de actuación se ciñe a determinadas demandas de mano de obra, de carácter urgente o temporal, y a colectivos de trabajadores también determinados; no en vano su aparición como tal actividad ha sido mucho más tardía, y no se ha extendido a la totalidad de las economías desarrolladas, sin que de ello se hayan derivado perjuicios significativos para el funcionamiento del mercado de trabajo. En última instancia, la colocación es un mecanismo ordinario de disposición de mano de obra para las empresas, al que se recurre en principio para satisfacer cualquier demanda de ésta, en tanto el prestamismo laboral es un instrumento de flexibilidad para las empresas que lo utilizan, al que se acude para demandas de trabajadores muy precisas y diferenciadas.

Desde un punto de vista jurídico las diferencias son aún más claras: los sujetos que gestionan la colocación de trabajadores permanecen al margen del eventual contrato de trabajo que se establezca entre el trabajador y el empresario puestos en contacto; mientras que las empresas de trabajo temporal contratan



directamente a los trabajadores, y ofrecen sus servicios a empresas clientes, que en ningún caso van a vincularse jurídicamente con los trabajadores cuyos servicios utilizan. En el primer caso se establece una relación laboral ordinaria, puramente bilateral, mientras que en el segundo la relación laboral se articula trilateralmente, con un trabajador vinculado jurídicamente con un sujeto, y prestando sus servicios para otro. Este carácter trilateral de la relación de trabajo, radicalmente diferente a la estructura tradicional de la relación de trabajo, es lo más característico del prestamismo laboral, y es prácticamente exclusivo de esta actividad. Constituye una forma alternativa de articular la prestación de servicios laborales, de reciente creación, y muy efectiva para hacer frente a ciertas demandas de mano de obra. Su particular estructura hace insuficiente al Derecho laboral vigente, de tal manera que los sistemas europeos han tenido que crear un auténtico Derecho de las relaciones triangulares de trabajo, con unas reglas y principios propios; de ahí que la actitud de los ordenamientos laborales haya sido mucho más desconfiada, y que en muchos casos haya llegado a estar prohibida como tal actividad.

Éstas son las dos principales formas de organizar la intervención de terceros en la celebración de con-



tratos de trabajo. Otra cosa es la dimensión organizativa de cada una de ellas, esto es, qué sujetos desarrollan estas actividades, y cómo se organizan para ello. Las posibles variaciones son, en teoría, múltiples: puede tratarse de sujetos privados, bien como empresas dedicadas profesionalmente a esta actividad, bien como otros sujetos interesados en el funcionamiento del mercado de trabajo; o puede tratarse de sujetos públicos, a través de distintas formas de organización. Desde otra perspectiva, estos sujetos pueden actuar en un mercado abierto, compitiendo con otros mediante la oferta y cobro de sus servicios, o bien existir un único sujeto actuando en régimen de monopolio. Desde el punto de vista de la finalidad de su actividad, por último, estas empresas pueden actuar con una finalidad lucrativa, obteniendo un beneficio de los servicios que prestan a trabajadores y empresarios, normalmente haciendo de éstos servicios pagados; o bien sin ánimo de lucro, bastando con el mejor funcionamiento del mercado para justificar los costes derivados del desarrollo de su actividad.

En general, la iniciativa privada suele desarrollarse con una finalidad lucrativa, actuando en un mercado de competencia más o menos libre; en la práctica de las economías occidentales ha dado lugar a *agencias privadas de colocación*, dedicadas profesionalmente a



esta actividad, y a *empresas de trabajo temporal (ETT)*, cuyo objeto es el préstamo organizado de mano de obra. El carácter privado del sujeto que opera en el mercado de trabajo no supone necesariamente, sin embargo, que éste actúe con finalidad lucrativa: la experiencia de distintos sistemas de relaciones laborales muestra organismos privados sin esta finalidad, organizados y sostenidos por organizaciones empresariales y sindicatos: bolsas de empleo, *hiring-halls*, etc... En cuanto a la iniciativa pública, su finalidad es por definición no lucrativa, no siendo en última instancia más que el desarrollo del papel que corresponde al Estado en el mercado de trabajo.

Todas estas dimensiones se combinan en la práctica, dando lugar a múltiples variantes; varían sustancialmente, en general, las soluciones adoptadas para la colocación y para el prestamismo laboral, con papeles muy diferentes para la iniciativa pública y la privada. En cuanto a la actividad de colocación, el papel predominante es de la iniciativa pública, por lo general a través de la creación de servicios públicos de empleo, que operan de forma gratuita a un nivel nacional; la iniciativa privada es limitada en esta actividad: bien prohibiéndola sin más, reconociendo con ello el monopolio de los servicios públicos de empleo; bien limitando la actuación de agencias privadas de



colocación a ciertos sectores particulares del mercado de trabajo –por ejemplo, altos directivos o artistas–; bien limitando la legalidad de la iniciativa privada a la no lucrativa, prohibiendo las demás agencias de colocación; bien admitiendo la actuación de sujetos privados en ciertas fases del procedimiento de colocación, como puede ser la selección del trabajador idóneo entre los posibles candidatos; bien, por último, admitiendo en general la iniciativa privada, pero sometién-dola a múltiples controles y requisitos. En general, lo público y no lucrativo prima en la actividad de colocación, aun sin excluir otras soluciones alternativas.

En el prestamismo laboral la situación es muy distinta. En los Estados que lo admiten, la práctica totalidad de los de nuestro ámbito, el papel principal lo ocupa la iniciativa privada, que crea empresas de trabajo temporal que compiten entre sí por los potenciales clientes en un mercado propio, con una finalidad marcadamente lucrativa. El papel de la iniciativa pública en esta actividad es a todos los efectos inexistente, si no es el de control de la actividad de estas empresas; no ha sido hasta muy recientemente que se han creado ETT públicas, normalmente orientadas a colaborar en la colocación de colectivos de trabajadores con especiales dificultades para el empleo.



De esta manera, puede decirse que en general la actitud estatal ha sido tradicionalmente restrictiva respecto del papel de la iniciativa privada en materia de colocación, de tal manera que en muchos casos ésta ha sido totalmente excluida; respecto del prestamismo laboral la tolerancia ha sido mayor, aun cuando la iniciativa privada en este campo ha sido sometida a numerosos controles, operando en un marco normativo sumamente rígido. Y digo tradicionalmente porque en los últimos tiempos las tornas parecen haber cambiado en algunos sistemas, que manteniendo la rigidez en el tratamiento del trabajo temporal, o flexibilizándolo ligeramente, han adoptado una actitud mucho más abierta respecto de la colocación.

Las diferencias en el reparto de papeles entre ambas iniciativas en una y otra actividad responden a la diferente importancia de cada una de cara al funcionamiento del mercado de trabajo, y de la propia experiencia histórica de cada sistema laboral. Respecto de la actividad de colocación, la necesidad de contar con unos servicios que cubrieran la totalidad del mercado de trabajo, con una especial atención a los sectores con mayores dificultades para el empleo, y que pudiera combinar las funciones de colocación con otras de política de empleo, determinaron que el



papel protagonista lo tuviera la iniciativa pública, ya que la privada difícilmente podría generar una oferta adecuada; la existencia de un servicio público único producía, por otra parte, importantes economías de escala. La experiencia de muchos países demostraba además que la iniciativa privada daba lugar a efectos no deseados: dada su finalidad lucrativa, tendía a concentrarse en aquellos colectivos mejor retribuidos o de más fácil colocación, distribuyéndose de forma irregular sus servicios; los costos de su utilización para trabajadores y empresarios solían ser elevados, dependiendo excesivamente de la situación del mercado de trabajo en cada momento; por último, era frecuente un funcionamiento discriminatorio, utilizándose como instrumentos de lucha antisindical. En general, en sistemas económicos en los que el trabajo es, como tan sabiamente lo ha expresado ALONSO OLEA, un bien escaso, se considera que éste es demasiado importante o valioso como para dejarlo en manos de la iniciativa privada, siendo la pública, si no tan eficiente, al menos mucho más equitativa en su gestión y reparto.

Existe, además, un condicionante mucho más sutil, pero no por ello menos efectivo, en este reparto de papeles en materia de colocación. Se trata de la valoración del trabajo humano como algo íntimamente



relacionado con la persona que lo presta, como una expresión de su personalidad que no puede ser tratado como una mercancía; de ahí que no sea moralmente admisible la obtención de un beneficio empresarial mediante el tráfico de mano de obra, porque esto no sería en última instancia más que lucrarse con el trabajo ajeno (CARNELUTTI, 1965), cuando no a costa de él. Una cierta idea de «moralización del mercado de trabajo» (RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, 1989) está en la base de muchas de estas limitaciones a la iniciativa privada.

En el prestamismo laboral la situación es muy distinta. Dada su conceptualización como mecanismo adicional de disposición de fuerza de trabajo, ciertamente marginal, y con efectos mucho menores en el mercado, nunca se ha planteado realmente la necesidad de una intervención pública efectiva; de ahí que haya sido un terreno prácticamente dejado a la iniciativa privada, creándose un mercado competitivo para las ETT. En todo caso, siempre han existido recelos hacia esta actividad, un poco por ese mismo planteamiento de principio de que no se puede obtener un lucro a costa del trabajo ajeno; y, sobre todo, porque la particular estructura triangular del trabajo temporal le hace ser un mecanismo altamente adecuado para la lesión de los derechos de los trabajadores y la



elusión de la legislación laboral, amén de resultar difícilmente controlable con un Derecho del Trabajo construido sobre la base de la relación bilateral tradicional. Como consecuencia de ello las ETT se han movido siempre en un marco legal rígido, sometidos a fuertes controles administrativos, y ocupando un nicho bien delimitado del mercado de trabajo; operan, además, en un régimen de monopolio para el prestamismo laboral, prohibiéndose todo aquél al margen del prestado por una ETT. La desconfianza hacia la iniciativa privada, que se admite en todo caso, se traduce en el régimen jurídico que se establece para sus operaciones, más que en su admisión o prohibición.



# EL MARCO INTERNACIONAL PARA LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL MERCADO DE TRABAJO

ste planteamiento de partida sobre el reparto de papeles entre la iniciativa pública y privada en el mercado de trabajo se ha reflejado también a nivel internacional; y es que éste es una de las áreas del Derecho del Trabajo en la que mayores condicionantes internacionales existen para los gobiernos nacionales. En el caso español, estas obligaciones se derivan tanto de la ratificación por nuestro gobierno de distintos textos normativos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como de nuestra pertenencia a la Unión Europea. Esta doble fuente de obligaciones para España, poco coordinada entre sí, parte de valoraciones totalmente distintas del mercado de trabajo y de los servicios que se prestan en su seno, por lo que su compatibilidad puede llegar a producir problemas, como se verá más adelante.

La actividad normativa de la OIT en esta materia se ha guiado por dos parámetros básicos bien defini-



dos (FONTANA, 1987): de un lado, proteger a los trabajadores contra la explotación que puede producir la existencia y actuación de intermediarios privados en el mercado de trabajo, intermediarios que operarían con una finalidad lucrativa y con una visión empresarial de su actividad; de otro, garantizar el papel del Estado en este mercado, asumiendo las responsabilidades que le corresponden y desempeñando, en general, un papel activo; todo ello, por supuesto, en relación con el principio general de esta organización, establecido ya en el artículo 427 del Tratado de Versalles que la creó, según el cual «el principio fundamental del Derecho del Trabajo consiste en que el trabajo no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio».

Siguiendo estos dos parámetros se ha desarrollado una importante normativa internacional en este campo, que ha definido dos direcciones fundamentales: en primer lugar, y en relación con el papel del Estado en el mercado de trabajo, *se ha impuesto la creación y mantenimiento de un servicio público de empleo (SPE)*. Tal mandato se preveía ya en el Convenio n.º 2 sobre desempleo, de 1919, y fue después desarrollado en el Convenio n.º 88, de 1948, relativo a la organización del servicio de empleo. En segundo lugar, y por lo que se refiere a la intervención de sujetos privados,



*se ha intentado erradicar de este mercado la actividad de mediación lucrativa.* Así, desde la Recomendación n.º 1 sobre desempleo, de 1919, se urgía a los Estados miembros a prohibir las «agencias retribuidas de colocación». Para dar cumplimiento a este mandato se adoptaron distintos convenios: el n.º 34 en 1933 y, sobre todo, el Convenio n.º 96 de 1949, ratificado por un número importante de Estados.

Del estudio de todos estos textos normativos se puede deducir el esquema de funcionamiento del mercado de trabajo impuesto por la OIT: debe existir un «servicio público y gratuito de empleo», cuya función será la de «mantener y garantizar el sistema de empleo para todos, y desarrollar y utilizar los recursos de producción» (art. 1.2 del Convenio n.º 88), a través de «un sistema nacional de oficinas del empleo, sujeto al control de una autoridad nacional» (art. 2), que «deberá estar organizado de suerte que garantice la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores» (art. 6). El control del mercado de trabajo debe estar, por ello, en manos públicas; no obstante, cabe reconocer un cierto papel a la iniciativa privada en este mercado. Superada ya la idea de su supresión total e incondicional, que era la que se contenía en el Convenio n.º 33, la actitud de esta organización, por más que mantenga su juicio negativo sobre



estas empresas privadas, va a ser más flexible y pragmática. Ya en la Recomendación nº 83 se afirmaba que, en vez de una supresión sin más, se debían hacer «esfuerzos sistemáticos para aumentar la eficacia del servicio del empleo *de suerte que haga innecesaria la existencia de oficinas privadas en cualquier rama profesional, salvo en el caso de que la autoridad competente estime que, por razones especiales, la existencia de dichas oficinas es conveniente o esencial*». Por su parte, el Convenio nº 96 va a dejar a los Estados firmantes una doble opción, que deberá indicar en el instrumento de ratificación de éste: bien aceptar las disposiciones de la parte II del Convenio, que impone la «supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y reglamentación de las demás agencias de colocación», en un plazo prefijado; o bien aceptar su parte III, que permite la operación de las agencias retribuidas de colocación, a condición que el Estado regule su actividad de tal manera que se garantice su vigilancia por parte de la autoridad laboral, a través de la concesión discrecional de una licencia anual, y el control de sus tarifas (art. 10 del Convenio).

De esta manera, la existencia de estas agencias privadas va a ser posible, en primer lugar, a través de la voluntad expresa del Estado, ratificando la parte III



del Convenio y permitiendo con carácter general sus operaciones. Pero no va a ser ésta la única manera. Incluso en aquellos Estados firmantes de la parte II, que prevé su supresión, ésta va a quedar subordinada a la eficacia en la gestión y funcionamiento del mercado de trabajo. Esto se había ya insinuado en la Recomendación nº 83, al prever que la supresión de estas agencias debería hacerse a través de una mejora de los servicios públicos de empleo que hiciera innecesaria la existencia de oficinas privadas, como ya vimos. En el Convenio nº 96, por su parte, se dice que, a pesar del mandato de su supresión, «dichas agencias no deberán suprimirse hasta que no se haya establecido un servicio público del empleo» (art. 3.2); se añade, además, que el plazo fijado para la supresión de las agencias podrá variar para aquéllas que se ocupen de la colocación de categorías diferentes de personas (art. 3.3), y que, en casos excepcionales, se podrá inaplicar su prohibición «respecto a categorías de personas, definidas de manera precisa por la legislación nacional, cuya colocación no pueda efectuarse satisfactoriamente por el servicio público de empleo» (art. 5). Así, incluso donde el Estado no haya optado por admitirlas de manera general, podrá hacerlo en casos concretos, y siempre con vistas a garantizar la mayor eficacia posible en la colocación de los trabajadores.



Toda esta producción normativa se ocupa en exclusiva de la actividad de colocación, sin que se haga en ningún momento mención expresa alguna a la actividad de préstamo de mano de obra. La única postura oficial de la OIT sobre esta actividad se limita a entender aplicable el Convenio nº 96 a las ETT, con lo que el trabajo temporal quedaría sometido al mismo régimen que la colocación. La validez y los efectos de esta posición de la OIT es bastante discutible, toda vez que su única fuente es un Dictamen del Director General de esta organización, que en 1965 estimó que ambas actividades eran sustancialmente idénticas, y debían por ello quedar sometidas a un régimen común. Teniendo en cuenta que este Dictamen no constituye una interpretación auténtica del Convenio, ya que ésta sólo le corresponde al Tribunal Internacional de Justicia; y teniendo en cuenta también que fue elaborado antes de las primeras leyes europeas sobre ETT, con lo que el régimen jurídico de éstas era en gran parte desconocido, se trata de una opinión ciertamente discutible, y que, desde luego no ha sido seguida por los Estados miembros de la OIT, que han regulado el trabajo temporal como una actividad diferente a la colocación, sometida a un régimen también diferenciado. Creo que lo más acertado es partir de que la OIT no



ha adoptado decisión alguna respecto de esta actividad, que se mantiene al margen del Derecho Internacional del Trabajo; lo que se comprende perfectamente, dado su carácter marginal en el mercado de trabajo de los sistemas en los que esta actividad es legal, y su práctica exclusividad de países desarrollados, lejos de las prioridades de actuación de esta organización.

El diseño del mercado de trabajo en la normativa internacional es coherente con los objetivos sociales de la OIT, con su valoración del trabajo humano y del papel del Estado en su protección y promoción; y es tributaria también del momento histórico en que esta normativa se fue elaborando. De la misma manera, el segundo condicionante exterior en la ordenación legal del mercado de trabajo responde también a las características de la organización de la que procede: se trata de la Unión Europea, cuyo análisis jurídico del mercado es muy diferente al visto hasta ahora.

Como es sabido, la Unión Europea es una organización supranacional en cuya estructura las finalidades sociales o laborales aparecen bastante desvaídas. Al ser su principal objetivo la integración económica de sus Estados miembros, tiende a primar lo económico sobre lo social, en particular en lo relativo al



carácter económico de ciertas actividades, y al papel de los sujetos públicos y privados en el mercado, con una marcada defensa de la libre competencia en todas sus manifestaciones.

El Derecho comunitario en materia de colocación es bastante escaso, al margen de las obligaciones derivadas de la libre circulación de trabajadores, que amplían al ámbito geográfico de la Unión el mercado de trabajo en el que todo ciudadano comunitario podrá operar, y que reconocen un principio de igualdad de trato en el acceso a los servicios nacionales de empleo. Lo más significativo para la materia que estudiamos se contiene en un par de pronunciamientos del Tribunal de Justicia, que en realidad se limitan a calificar esta actividad desde el punto de vista jurídico-comunitario, determinando la aplicación de normativas enteras del Derecho europeo. La primera de ellas es la sentencia *VAN WESEMAEL*, de 18 de enero de 1979, en la que se establecen dos afirmaciones de importancia: en primer lugar, el carácter de servicio a los efectos del Derecho Comunitario que se predica de esta actividad, que está implícito en todo el tratamiento que de ella se hace en la sentencia; en segundo lugar, que a pesar de ello, y por afectar de manera directa a otros intereses –en particular, de trabajadores asalariados, y también el propio interés general en



el funcionamiento del mercado de trabajo—, justifica un tratamiento especial, algo más restrictivo y controlado.

Mayor trascendencia aún presenta la sentencia *KLAUS HOFNER & FRITZ ELSEER CONTRA MACROTON*, de 23 de abril de 1991, cuyos efectos en la ordenación normativa del mercado de trabajo en los Estados miembros de la Unión pueden resultar de enorme importancia, ya que en ella se analiza la propia validez del monopolio público en la colocación desde el punto de vista del Derecho comunitario. El Tribunal parte en su análisis del estudio de la propia actividad de colocación, con independencia de los organismos que la desarrollen, llegando a la conclusión de que se trata de una actividad económica, cuya naturaleza no resulta afectada por el hecho de que se confíe normalmente a instituciones públicas. En base a ello, y en base también a que en el derecho comunitario de la competencia el concepto de empresa incluye a toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico y de su fórmula de financiación, el Tribunal concluye que un organismo público que ejerce actividades de colocación puede ser calificado como empresa a efectos de la aplicación. El efecto directo de esta calificación es el sometimiento de los servicios públicos de empleo de



los Estados miembros al Derecho comunitario de la competencia; y en base a este Derecho, una legislación nacional que reconoce un derecho exclusivo en la actividad de colocación al servicio público de empleo, haciendo imposible el ejercicio de estas actividades por parte de sociedades privadas, crea una situación en la cual el instituto público de empleo se ve necesariamente forzado a quebrantar lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado, abusando de la posición dominante que ocupa en el mercado como consecuencia del monopolio del que disfruta en materia de colocación. Los efectos potenciales de esta decisión son enormes: si bien su alcance real no está del todo claro, parece cuestionar la validez de una de las premisas fundamentales en la organización jurídica del mercado de trabajo en los Estados europeos, la posición privilegiada de los servicios públicos de empleo, y la limitación de la iniciativa privada.

Respecto del trabajo temporal, la actitud de las instituciones comunitarias se apoya también en el carácter económico de esta actividad. Está fuera de toda duda su calificación como servicio a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1981, *JOHN WEBB*. En ella el Tribunal afirmó la inclusión de las ETT en el ámbito del artículo 60 del Tratado de Roma, al ser el



trabajo temporal una actividad profesional que reúne las condiciones establecidas por este precepto del Tratado, por lo que debía ser considerado como un servicio a los efectos de toda la normativa y jurisprudencia que sobre libre prestación de servicios recoge el Derecho comunitario. Ya en esta sentencia, sin embargo, se reconocía que el trabajo temporal, a pesar de ser un servicio a todos los efectos, era una actividad especialmente sensible desde un punto de vista profesional y social; y ello porque afectaba tanto a las relaciones en el mercado de trabajo como a los intereses legítimos de los trabajadores afectados. Esta existencia de particularidades en el tratamiento del trabajo temporal como servicio a efectos del Derecho comunitario se vio confirmada posteriormente en la sentencia *RUSH PORTUGUESA*, de 27 de marzo de 1990, en la que el Tribunal reconoció un régimen especial para la actividad internacional de las ETT, más cercano a la libre circulación de trabajadores que a la de servicios.

A diferencia de lo ocurrido con la actividad de colocación, en materia de trabajo temporal sí se cuenta con una cierta política de armonización comunitaria, que se ha traducido hasta la fecha en la aprobación de una única directiva, la 91/383, de 25 de junio de 1991, «por la que se complementan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y



la salud de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal». Esta directiva, que se plantea como una directiva específica de desarrollo de la directiva-marco sobre seguridad e higiene en el trabajo de 1989, se propone garantizar una igualdad de trato de estos trabajadores en todo lo relativo a la seguridad y salud laborales, a través de distintas medidas generales y específicas en materia de información, formación y atribución de responsabilidades.

Si se ponen en relación las posturas de la OIT y de la Unión Europea respecto del mercado de trabajo se ponen de manifiesto diferencias sustanciales que hacen dudar seriamente de su compatibilidad. Para la OIT la obligación básica es la de establecer un servicio público de colocación, y limitar paralelamente las posibilidades de actuación de sujetos privados, que merecen una valoración negativa. Frente a este reparto de papeles promovido desde instancias internacionales, la Unión Europea, sin presentar un modelo alternativo completo, se limita a garantizar el papel de estos sujetos privados. Es en el papel de estos sujetos donde se encuentran las principales diferencias entre ambos sistemas normativos, coherentemente con los fines de cada uno de éstos: para la Unión Europea la defensa de la competencia y la transparencia del mercado son fines en sí mismos,



mientras que para la OIT el objetivo fundamental lo constituye la defensa de la posición contractual de los trabajadores, sin que el funcionamiento del mercado interese más que desde el punto de vista de su eficacia. Para la Unión, la intervención pública y privada en el mercado de trabajo da lugar a actividades con un valor económico, y esto es lo que determina el régimen jurídico en que deben operar; para la OIT lo relevante es su importancia de cara a los trabajadores asalariados, por lo que se debe ante todo garantizar su eficacia, primando a los sujetos públicos, y excluyendo en lo posible el juego de los operadores privados. Nos encontramos ante dos auténticas filosofías opuestas, dos formas radicalmente distintas de entender una misma realidad (MOREIRO GONZÁLEZ & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, 1993).

A pesar de esta contradicción de principio, es posible un análisis más detallado que intente compatibilizar ambos enfoques. La OIT se inclina por un monopolio, pero admite la operación de agencias privadas en ciertos supuestos; en particular, cuando el servicio público de empleo no se encuentre en condiciones de cumplir regularmente su función. Esto es, *el establecimiento de un monopolio público en este sector se subordina a que éste se encuentre en condiciones de cumplir todas sus funciones respecto de todos los trabajadores*. En la sentencia MACROTON, por su parte, se afirma que el mono-



polio del servicio público de empleo constituía un abuso de posición dominante en la medida en que impedía el acceso a este mercado de sujetos privados; pero, también, *en la medida en que éste no se encontraba en condiciones de cumplir sus objetivos con eficacia*. De esta manera, también la jurisprudencia comunitaria parte de un papel secundario de la iniciativa privada en esta actividad; *sensu contrario*, un servicio público estatal que gestionara la colocación en régimen de monopolio y que hiciera frente de forma satisfactoria a la demanda de estos servicios, no estaría violando el Derecho Comunitario.

De esta manera, la eficacia del servicio público de empleo desempeñaría un doble papel, de cara a uno y otro ordenamiento: sería un criterio inspirador para su ordenación, de acuerdo con la OIT; y un test de legitimidad para su posición de monopolio para el Derecho europeo. En ambos sistemas jurídicos el criterio de la eficacia del servicio público podría cumplir en último término una misión común: delimitar el posible ámbito de actuación legítima de la iniciativa privada en el mercado de trabajo.

En última instancia, los problemas de coordinación entre el modelo de mercado de trabajo pretendido por la OIT y las exigencias del Derecho comunitario no son más que una nueva manifestación de un



fenómeno más amplio, de reciente aparición, de incompatibilidad y conflicto entre ambos órdenes normativos. Este conflicto, manifestado también en campos tales como la limitación del trabajo nocturno de la mujer, plantea delicados problemas jurídicos, relacionados tanto con la personalidad internacional de la Unión Europea como de la compatibilidad, respecto de los Estados miembros, de obligaciones internacionales generalmente anteriores al proceso de integración europea con las derivadas de éste. Este conflicto es consecuencia de las diferentes finalidades o filosofías de ambas organizaciones; y, también, del diferente momento histórico en que una y otra adoptaron su posición en este campo: la jurisprudencia comunitaria sobre el mercado de trabajo se ha producido en un momento en el que los ordenamientos europeos flexibilizaban sus legislaciones laborales, ampliando los ámbitos de actuación lícita de la iniciativa privada; el modelo de la OIT, por el contrario, responde a una concepción del Derecho laboral mucho más tradicional, cuya validez en la actualidad se pone en entredicho desde algunos sectores. El «conflicto OIT-UE» refleja en realidad la incompatibilidad de dos formas muy distintas de entender el Derecho del Trabajo, que parten de valoraciones casi enfrentadas del trabajo humano, y que pretenden finalidades también opuestas.



## EL MODELO CLÁSICO DE COLOCACIÓN EN ESPAÑA

Una vez delimitados los condicionantes internacionales a los que España debe someterse en la ordenación legal de su mercado de trabajo, un segundo elemento a considerar es el punto de partida de la reforma de éste; esto es, el modelo en vigor hasta 1993, y sobre el que incidieron las distintas medidas hoy en vigor.

El modelo de colocación vigente hasta 1993 puede ser calificado sin muchos excesos como «clásico», desde varios puntos de vista: seguía en primer lugar la línea imperante en la mayoría de los ordenamientos de nuestro ámbito, encuadrándose en lo que se ha venido denominando «modelo socialdemócrata» de organización de los servicios públicos de empleo (VALDÉS DAL-RE, 1993), caracterizado, por que «el papel de la iniciativa privada ha cedido históricamente ante el intervencionismo, incluso ante el monopolio público de los servicios de colocación» (RAMÍREZ MARTÍNEZ, 1993). En segundo lugar, ha



sido un modelo vigente desde un momento histórico muy temprano, estando sus raíces en un texto normativo tan remoto como la Ley de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931, permaneciendo inalterado en sus líneas esenciales hasta la reforma de 1993. De ahí que esta forma de organización del mercado de trabajo merezca una cierta atención, ya que sólo partiendo de su conocimiento puede entenderse en sus propios términos el alcance de lo reformado; según se ha dicho, el procedimiento de colocación merece ser revisitado (OJEDA AVILÉS, 1983).

La ley de 1931 estableció un sistema público de oficinas de colocación, orientado principalmente a una mejor circulación de información en el mercado de trabajo (MARTÍN VALVERDE, 1989); también se prohibía la existencia de agencias privadas de pago. La Ley de Colocación de 10 de febrero de 1943 incidió en estas mismas líneas de intervención, aunque con una mayor intensidad: respecto del sistema público, porque imponía su utilización a trabajadores y empresarios, obligándoles a inscribirse en sus oficinas; respecto de los sujetos privados, porque los prohibía fueran de la clase que fueran.

Estas líneas maestras del sistema se mantuvieron en el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1975, y en la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, que extendió la prohibición preexistente a las únicas



agencias privadas de colocación todavía permitidas, las del servicio doméstico. El Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 creó el Instituto Nacional de Empleo, al que atribuyó, entre otras, la gestión del servicio público de colocación.

En la misma tendencia se inscriben los dos textos normativos que sentaron el régimen jurídico del mercado de trabajo en toda la década de los ochenta: la Ley Básica de Empleo de 8 de octubre de 1980 (en adelante, LBE), y el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores de 8 de marzo de 1980 (en adelante, ET). Es del estudio de estos textos legales que deduciré la estructura legal del mercado de trabajo en nuestro país durante este período. Para ello seguiré la principal línea de estudio que ha guiado este análisis: el papel de la iniciativa pública y de la privada respecto a los mecanismos de intervención en el mercado de trabajo.

Respecto de la primera cuestión, y en cumplimiento de las obligaciones internacionales antes estudiadas, se creó un servicio público de empleo, caracterizado legalmente por ser un «servicio nacional, público y gratuito», según señalaba el artículo 40 de la Ley Básica de Empleo; la gestión de este servicio correspondía al Instituto Nacional de Empleo (INEM), lo que garantizaba su carácter público. La gratuidad se garantizaba al no preverse en la ley



retribución alguna por los servicios prestados a trabajadores y empresas individuales, financiándose la estructura del INEM por otras vías.

Pero estatalidad y gratuidad no agotaban las notas que definían los SPE en el ordenamiento español de los ochenta (VALDÉS DAL-RE, 1993). Otro carácter fundamental en su funcionamiento era su carácter obligatorio, tanto para empresarios como para trabajadores, que debían necesariamente acudir al INEM en caso de necesitar un trabajador o un empleo, respectivamente. Este carácter obligatorio del servicio público de colocación no estaba expresamente formulado, sino que se derivaba de la interacción de varios preceptos legales: de los artículos 42.1 LBE y 16.1 ET, que obligaban a las empresas a «solicitar previamente en las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesiten»; y del artículo 42.2 LBE, que imponía a los trabajadores la obligación de «inscribirse en las Oficinas de Empleo cuando hayan de solicitar colocación». De la combinación de ambas obligaciones se derivaba el principio general de que toda contratación de trabajadores en el mercado de trabajo español debía realizarse con la participación del SPE, con lo que la colocación vía INEM se constituía en la regla en nuestro Derecho.

El alcance de esta obligación era, en realidad, bastante más reducido de lo que podía parecer a pri-



mera vista, en cuanto esta regla general admitía ciertas excepciones, previstas en distintos cuerpos legales, y que abrían la posibilidad de lo que se denominaba la «contratación directa» del trabajo; esto es, la posibilidad de que trabajadores y empresarios entraran en contacto al margen de los servicios públicos de empleo. Esta contratación directa se permitía de forma general en aquellas localidades en las que no existiera Oficina de Empleo (artículo 16.1 ET); y cuando la empresa acudiera a un concurso público para cubrir las vacantes de las que dispusiera, siempre que éste se adaptara a las previsiones del artículo 7 del Real Decreto-ley 1/1986.

También se permitía la contratación directa de forma subsidiaria, si realizada la intervención del servicio público sus gestiones no llegaban a un resultado adecuado. Así, por mandato del artículo 16.1 ET, el empresario podía contratar directamente a los trabajadores cuando la Oficina Pública de Empleo no le facilitase los demandados en un plazo de tres días, o cuando no contratase a los que la Oficina le hubiese facilitado. Igualmente se admitía la contratación directa cuando «no pudiera atenderse a una oferta de empleo por no existir en el Instituto Nacional de Empleo demandantes inscritos que reúnan los perfiles profesionales que se exigen par cubrir el puesto de trabajo», según preveía el artículo 44.2 LBE.



Sin embargo, no basta con esta mención a las posibilidades de contratación directa para entender el verdadero grado de obligatoriedad de la actuación de los servicios públicos de empleo, ya que incluso allí donde éstos actuaban suministrando trabajadores a las empresas el poder de decisión de éstas no quedaba sustancialmente limitado. En efecto, la decisión de contratar o no al trabajador propuesto correspondía al empleador: el artículo 42.4 LBE reconocía el derecho de las empresas a «elegir libremente entre los trabajadores inscritos en las respectivas oficinas de empleo»; y la adecuación o no del trabajador propuesto a la vacante se determinaba «a juicio del empleador», según señalaba expresamente el artículo 44.2 LBE. La no contratación del trabajador propuesto abría, como vimos, la vía de la contratación directa. Las únicas limitaciones a este poder de decisión empresarial eran el respeto a «las preferencias establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias», previsto en el artículo 42.4 LBE; y la prohibición de «las decisiones individuales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo (...) por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco



con otros trabajadores en la Empresa y lengua dentro del Estado español» contenida en el artículo 17.1 ET.

No era ésta la única vía abierta al poder de decisión empresarial. Ante el silencio de la ley sobre el carácter de las ofertas de empleo que debían presentarse al servicio público se abrió la posibilidad de que éstas fueran tanto genéricas como nominativas; esto es, que se solicitara de forma indiscriminada un trabajador para cubrir un puesto determinado, correspondiendo al INEM su selección de entre todos los posibles candidatos, a través de una solicitud genérica; o bien que se solicitara un trabajador determinado y ya individualizado, identificándolo de entre todos los demandantes de empleo, por medio de una solicitud nominativa. En este segundo caso, la actuación de los servicios públicos de empleo no suponía en realidad más que formalizar unos contactos realizados con anterioridad, y al margen del INEM; la búsqueda, selección y acuerdo entre trabajador y empresario se habían producido ya antes de acudir a la Oficina de Empleo, a través de otros mecanismos privados de colocación. La opción por uno u otro tipo de oferta es fundamental para determinar el grado de control público del mercado de trabajo, y ha dado lugar a importantes debates en otros sistemas laborales: la falta de una mención expresa en este sentido en el nuestro supuso abrir de hecho ambas posibilidades



a los empresarios, que optaban por una u otra sin condicionantes legales para ello.

De esta manera, las posibilidades de contratación directa, el respeto a las facultades decisorias del empleador y la posibilidad de presentar ofertas nominativas de empleo delimitaban en sus justos términos el alcance de la obligatoriedad en la utilización de los servicios públicos de empleo, que se predicaba como característica del modelo de mercado de trabajo vigente en los ochenta.

Una última característica del servicio público de colocación establecido por la LBE era su carácter exclusivo, que tampoco aparecía formulado de manera expresa, pero que se deducía de diversos preceptos legales: en concreto, de los artículos 16.1 ET y 40.2 LBE, según los cuales se prohibía «la existencia de agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo». Ésta era la postura de partida a la hora de delimitar el ámbito de la iniciativa privada en el mercado de trabajo: su prohibición generalizada, expresada en términos sumamente radicales (ya que se llegaba a prohibir no su actividad, sino su propia existencia), y amplios (alcanzando a las agencias «de cualquier clase y ámbito funcional», y fuera cual fuera el tipo de contratación al que se dedicaran).



La prohibición de las agencias privadas de colocación aparecía falta de todo desarrollo normativo, por lo que la determinación de su alcance exigía alguna construcción hermenéutica. En cuanto a su objeto, éste debía ser el de la colocación, entendida tal en sentido técnico, como la actividad consistente en «proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas». Se hacía referencia, además, a «agencias de colocación», dando a entender que se trataba de sujetos privados dedicados de forma sistemática y organizada a esta actividad. Lo determinante de la prohibición, por último, no era la finalidad lucrativa o no de sus actividades, sino su carácter privado; identificado éste, la prohibición operaba automáticamente, sin necesidad de la concurrencia de otros elementos.

Las agencias privadas de colocación, lucrativas o no, quedaban así prohibidas. La ley abría, sin embargo, ciertas vías para la actuación de sujetos privados en la actividad de colocación. Así, los artículos 16.1 ET y 40.2 LBE admitían, de una forma ciertamente rocambolesca, la existencia y operación de lo que denominaba «agencias o empresas dedicadas a la selección de trabajadores», al someterlas a ciertos controles; quedaba fuera de duda su carácter pri-



vado, y la posibilidad de que actuaran con una finalidad lucrativa. Su objeto, sin embargo, estaba mucho menos claro; dado que éste no podía ser la colocación, pues ello las convertiría en agencias de colocación prohibidas, su actividad debía reducirse a una única fase de todo el proceso de colocación: la discriminación, de entre todos los candidatos a un determinado puesto de trabajo, del más adecuado para ocuparlo. Actuarían como colaboradores del empresario en su actividad de reclutamiento, representándolo ante los servicios públicos de empleo, y sin poder llegar a contactar directamente con los trabajadores sin el concurso de éste.

Junto a las agencias de selección quedaba abierto a los empleadores algún otro instrumento auxiliar en la colocación al margen del servicio público de empleo: la posibilidad de realizar concursos públicos prevista en el Real Decreto Ley 1/1986; y el recurso a la publicidad directa de las ofertas de empleo cuando no encontrara la oficina de empleo trabajadores adecuados, admitido por el artículo 44.2 LBE.

Una vez analizados los distintos elementos que estructuraban el modelo clásico de colocación en España estamos en condiciones de delimitar adecuadamente el campo dejado a la iniciativa privada durante su vigencia. El monopolio público era ciertamente orgánico, en la medida en que sólo se admitía



al INEM como servicio organizado de colocación; era también pretendidamente funcional, ya que se reconocía su carácter obligatorio. Esta última calificación como monopolio funcional era mucho más discutible, ya que aunque se tendía a imponer su utilización en cualquier contratación laboral se abrían numerosos espacios para la contratación directa y la utilización de instrumentos privados de auxilio en la colocación.

La aparente contradicción entre el monopolio orgánico del INEM y los espacios abiertos a la iniciativa privada se solucionan atendiendo al elemento organizativo: en el modelo clásico de mercado de trabajo, la única actividad organizada de colocación legalmente admitida era la pública; la privada, que operaba allí donde era posible la contratación directa y en los trámites anteriores a las ofertas nominativas, se admitía en tanto careciera de este carácter. Los únicos mecanismos privados de contratación autorizados eran los extrainstitucionales (VALDÉS DAL-RE, 1993), informales o no organizados. De esta manera, en el modelo clásico de colocación la frontera entre lo lícito y lo ilícito en la actividad privada de colocación se situaba en su carácter organizado; el espacio para la iniciativa privada se limitaba a ciertos supuestos, y sin poder constituir nunca una actividad sistemática y continuada.



La LBE y el artículo 16 ET delimitaban el régimen jurídico de la actividad de colocación; por lo que se refiere al prestamismo laboral, lo más característico del sistema español durante todo este tiempo, y lo que lo distinguía de otros sistemas de nuestro ámbito, era la prohibición generalizada de esta actividad. El artículo 43 ET, siguiendo una larga tradición legislativa, prohibía «el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan»; esto es, se establecía un único régimen para el prestamismo laboral, independientemente de su finalidad o modalidad organizativa: su prohibición, y la aplicación de un completo aparato sancionador. En este marco jurídico, esta actividad quedaba desterrada de nuestro sistema, al menos en teoría, tanto para sujetos privados como públicos, lucrativos y no lucrativos, organizados o no.

Así las cosas, lo más característico del régimen jurídico del mercado de trabajo durante esta época eran las fuertes limitaciones que se imponían a la iniciativa privada: el monopolio público en la colocación no dejaba espacio alguno para la iniciativa privada organizada, aunque quedaran numerosas vías



abiertas para cauces extrainstitucionales o informales de colocación privada; la actividad de prestamismo laboral quedaba prohibida en todos sus términos, con independencia de la naturaleza del sujeto que la desarrollara y de la finalidad con la que lo hiciera. Ambos aspectos van a ser sustancialmente alterados con la reforma iniciada a partir de finales de 1993.



# LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO DE 1993: MARCO Y FINES

Para entender la reforma de los instrumentos de intervención en el mercado de trabajo producida a partir de 1993 hay que señalar el desarrollo de este mercado a lo largo de la década de los ochenta, y la situación en la que éste se encontraba a principios de los noventa, cuando comienza a plantearse la reforma laboral.

Los servicios públicos de empleo, apoyados en su situación de monopolio y en el carácter obligatorio de su intervención, habían ido dotándose de medios e infraestructuras, extendiendo su red de oficinas por todo el Estado; medios que, en general, eran comparables a los de otros Estados comunitarios (RAMÍREZ MARTÍNEZ, 1993). La adecuación de estos medios debe relativizarse en todo caso, teniendo en cuenta que la actividad de colocación era tan sólo una de las múltiples que desarrollaba el INEM.



Según un estudio reciente, las oficinas de la Administración supusieron, en el período comprendido entre 1987 y 1992, la primera forma de búsqueda de empleo para casi un 90% de los desempleados (QUIRÓS & ALCAIDE, 1994). El grado de efectividad real de su intervención fue, sin embargo, mucho más reducido: la gran incidencia de las ofertas genéricas de empleo en la práctica de nuestro mercado llevó a que en tan sólo un 9% de las colocaciones producidas entre 1989 y 1992 el INEM haya actuado como un auténtico intermediario, poniendo en contacto efectivamente oferta y demanda de trabajo (JIMENO, 1993); en los demás casos, en los que vía oferta nominativa trabajador y empresario habían ya contactado previamente, el INEM se limita a formalizar un encuentro contractual ya realizado. En su conjunto, el INEM venía a participar en alrededor de un 20% del total de contrataciones producido (RAMÍREZ MARTÍNEZ, 1993). De ahí que se afirmara que «a pesar de su posición de monopolio, la participación del INEM en la colocación laboral es bastante baja y que su eficacia como intermediario no parece excesiva» (JIMENO, 1993); y ello no sólo por una posible carencia de medios humanos y materiales, sino también, y sobre todo, porque «las oficinas públicas de empleo han venido desempeñando, en lo sustancial, funciones descarnadamente burocráticas, comportándose (...)



como simples notarios de encuentros contractuales, la mayor parte de las veces celebrados fuera de los circuitos oficiales de colocación» (VALDÉS DAL-RE, 1993).

La escasa incidencia real de los servicios públicos de empleo en el mercado de trabajo real se vio acompañada por un progresivo establecimiento de sujetos privados dedicados a las actividades de colocación y, sobre todo, al prestamismo laboral. Las agencias privadas de colocación, más o menos ocultas como consultoras en materia de selección, empezaron a operar en sectores particulares del mercado de trabajo, como el del personal directivo o de alta cualificación, ante una actitud más o menos permisiva de las autoridades públicas. Más grave aún era el caso de las empresas de trabajo temporal, que se beneficiaron de construcciones jurisprudenciales restrictivas en la aplicación de la prohibición de la cesión de mano de obra, para llegar a funcionar en una auténtica situación de «legalización *de facto*». En uno y otro caso se produjo una progresiva separación del modelo legal de mercado de trabajo, abriendo campos para la iniciativa privada allí donde ésta no era legalmente posible; una de las características de la puesta en práctica de este modelo a lo largo de la década fue, precisamente, su escasa eficacia como mecanismo de



regulación del mercado de trabajo, que en la realidad se escapaba de unos cauces legales dotados de escasa practicabilidad.

Esta falta de eficacia de los servicios públicos de empleo se produce, además, en un contexto económico particularmente difícil, como es de todos conocido. Las cifras por repetidas no pierden su dramatismo: índices de desempleo que giraban en torno al 20%, con una tasa de actividad inferior al 50% de la población en edad activa; una irregular distribución de la tasa de desempleo, que se concentra en determinados colectivos, y con un destacado porcentaje de paro de larga duración; grandes desajustes entre la cualificación y las experiencias de los trabajadores en paro y los requisitos para optar a los puestos ofrecidos, que llegan a explicar hasta un 30% del total de colocaciones no producidas. Si bien es evidente que la situación del mercado de trabajo depende principalmente de otros factores, y que es en éstos donde debe encontrarse la solución a la crisis de empleo que atravesamos, desde principios de la década se planteó que los servicios públicos de empleo, y en general el marco legal del mercado de trabajo, no estaban contribuyendo como debían a esta solución. Un mercado de trabajo como el de los ochenta exigía unos mecanismos de intervención mucho más ágiles y efectivos, que sin embargo no fueron acometidos



por el legislador laboral, orientado tradicionalmente hacia otros instrumentos de política de empleo: «otras medidas de política de empleo, como (...) aquellas orientadas hacia el aumento de la transparencia en el mercado de trabajo han tenido una escasa relevancia en la política de empleo española, la cual ha girado fundamentalmente en torno a la contratación laboral» (FLÓREZ SABORIDO, 1994).

Sin embargo, la generalizada sensación de inoperancia de los servicios públicos de empleo no fue acompañada de un auténtico debate sobre su reforma, planteado en términos rigurosos, de tal modo que a finales de la década todavía se podía afirmar que el papel de los servicios públicos de empleo era todavía «un debate pendiente» (VALDÉS DAL-RE, 1987). Esta «ausencia entre nosotros de una reflexión colectiva sobre la crisis de identidad de los servicios públicos de empleo» contrastaba con la situación de otros sistemas laborales de nuestro ámbito, en los que sobre todo a partir de la segunda mitad de la década se produjeron constantes adaptaciones y reformas, buscando un nuevo modelo de mercado de trabajo que resultara más eficiente en una situación de altos niveles de desempleo. En general, la línea de actuación más común se orientaba hacia una reestructuración de los servicios públicos de empleo, y hacia una ampliación del



papel de la iniciativa privada en las distintas actividades de intervención, buscando una oferta más plural y flexible de mecanismos de acceso al empleo. Si una línea de tendencia puede trazarse en la Europa comunitaria a lo largo de los últimos años ochenta y primeros noventa en materia de ordenación del mercado de trabajo, ésta ha sido sin duda la apertura progresiva hacia mayores ámbitos de actuación de sujetos privados, tanto en materia de colocación como de prestamismo laboral.

No fue hasta principios de los noventa que se planteó con seriedad la reforma del INEM y del régimen jurídico del mercado de trabajo. En 1991 se constituyó en el seno de este organismo una «Mesa para la reforma», que se ocupó de distintos aspectos de su actividad. Lo escaso de los resultados de estos primeros debates llevó a decir en la reforma del INEM que era «més el soroll que les nous», que eran más el ruido que las nueces (ROJO TORRECILLA, 1993). En 1992, el Plan de Convergencia 1992-96 presentado por el Gobierno en marzo de 1992 se ocupó en detalle de los servicios de colocación, señalando que «se hace necesario abordar una reforma en profundidad del Instituto Nacional de Empleo, principal órgano (...) en la mediación y colocación en el mercado de trabajo». Uno de los objetivos de la reforma era especialmente expresivo de la dirección en la que ésta se



planteaba, al afirmarse que se pretendía «crear un marco legal similar al que ya existe en otros países comunitarios para facilitar la colocación de los trabajadores». Sin embargo, en el documento entregado por el Gobierno en julio de 1992 a las partes sociales como base de esta posible reforma, y aunque en él se hacía una marcada crítica al monopolio público de colocación, identificando las principales causas que explicaban su ineficacia, no se llegaba a plantear en ningún caso su supresión (RAMÍREZ MARTÍNEZ, 1993).

También en el Documento sobre la reforma del mercado de trabajo entregado por el Gobierno al Consejo Económico y Social en demanda de dictamen se planteaba una alteración de la posición de los servicios públicos de empleo, aunque sin llegar a plantear alternativas concretas a su posición de monopolio. Sí se planteaba ya, rompiendo con la tradición legislativa española, la legalización de las empresas de trabajo temporal como modalidad lícita de prestamismo laboral, para lo que se había elaborado un proyecto de ley también remitido al Consejo.

Donde más claramente se señalaron las líneas de una posible reforma del INEM fue en el texto base para la discusión del pacto social que presentó el Gobierno en septiembre de 1993, con el título de «Acuerdo Social: Medidas del Gobierno» (TRIGO, 1993), en donde se planteaba directamente el papel



de los servicios públicos de empleo, entre otras, en materia de colocación. El punto de partida era la conveniencia de mantener un servicio público y gratuito de empleo, alterando sus mecanismos de funcionamiento. Pero sí se planteó ya la conveniencia de suprimir su situación de monopolio, mediante la admisión de otros sujetos, públicos y privados, que entraran en competencia con el INEM; igualmente se volvía a plantear la legalización del trabajo temporal. La coexistencia de distintos sujetos actuando en el mercado de trabajo se consideraba entonces como un elemento dirigido a aumentar la eficacia de los servicios públicos de empleo, más que como un ataque a su posición o a su propia existencia.

A pesar del planteamiento del Gobierno de enmarcar la reforma de las actividades de colocación y prestamismo laboral en el contexto de una reforma global y en profundidad del mercado de trabajo, la primera medida que efectivamente alteró el régimen vigente en esta dirección se desmarcó del resto de las iniciativas planteadas, y fue adoptada, en compañía de otras, a través de una norma que precedió en algunos meses al grueso de la reforma. Se trata del Real Decreto-Ley 18/1993, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, aprobado el 3 de diciembre de 1993, y publicado el 7 del mismo mes.



Este RDL precedió de alguna manera la amplia reforma del Derecho del Trabajo iniciada por el Gobierno socialista, estableciendo algunas medidas que fueron desarrolladas por normativas posteriores. Contenía una serie de reformas del Derecho vigente en dos grandes aspectos: las modalidades contractuales, introduciendo la figura del contrato de aprendizaje y alterando sustancialmente el régimen del trabajo a tiempo parcial y el contrato en prácticas; y, sobre todo, modificando de forma radical el marco jurídico del mercado de trabajo en nuestro país.

La justificación de la adopción singularizada de estas medidas, anticipándose a la reforma global que se pretendía originalmente, y del recurso a una forma de legislación de urgencia del tipo del Real Decreto-Ley, aparecen en la Exposición de Motivos del RDL 18/1993:

«La gravedad de la situación económica y su incidencia en el mercado de trabajo concede prioridad a la necesidad de acometer, de manera decidida y urgente, la reforma de las relaciones laborales con el objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo.

(...)

«Aunque los objetivos que se persiguen con la reforma son globales y exigen una profunda modificación del Estatuto de los Trabajadores, algunas de



las medidas que se proponen en dicho contexto, tendentes a optimizar las posibilidades de colocación existentes, favorecer la inserción laboral de los jóvenes sin formación profesional específica o sin experiencia laboral o posibilitar el trabajo de un mayor número de personas, exigen su adopción mediante una disposición legislativa que adopte la forma del Real Decreto-ley, no sólo por la urgente necesidad de dar respuesta a quienes se encuentran en situación de desempleo, sino además para no dejar abierto un marco de expectativas y un cuadro transitorio de contrataciones que pudiera repercutir desfavorablemente en el empleo. De ahí la utilización de esta fórmula legislativa como la más adecuada para los propósitos que se trata de alcanzar».

Uno de los objetivos fundamentales de la reforma de diciembre de 1993 se refiere a la intervención en el mercado de trabajo, teniendo como objetivo «mejorar los servicios públicos de empleo». En realidad, más que reformar éstos se altera su papel en el procedimiento de colocación, reduciendo la intensidad y el rigor de su actuación; y se amplía el ámbito de juegos de la iniciativa privada en el mercado de trabajo. Teniendo en cuenta que los servicios públicos de empleo «no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas formas de empleo, cuya respuesta adecuada a éstas requiere la máxima especialización y proximidad a las fuentes de



empleo», se adoptan dos medidas: se posibilita la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos (art. 1º); y se permite la actividad de las empresas de trabajo temporal (art. 2º). El tratamiento unitario de ambas actividades, colocación y trabajo temporal, se justifica por la estrecha interacción existente entre ambos mecanismos reguladores del mercado de trabajo (FLÓREZ SABORIDO, 1994).

Estas dos medidas tendrían un efecto positivo también doble: de un lado, hacer «más transparente y operativo el mercado de trabajo»; de otro, permitir que el servicio público de empleo oriente su actividad «hacia los colectivos que realmente necesitan su intervención para garantizar la igualdad de oportunidades en el derecho de acceso al trabajo».

La puesta en práctica de estas medidas se articula técnicamente a través de dos intervenciones:

– en primer lugar, se derogaron los artículos 16, apartados 1, 2 y 3, y 43 del Estatuto de los Trabajadores, que establecían las principales limitaciones a la iniciativa privada en el mercado de trabajo, así como otras de la Ley Básica de Empleo.

– en segundo lugar, se introdujo un capítulo I que, bajo el epígrafe de «De la colocación», contenía dos artículos: uno dedicado al «ingreso al trabajo» y otro a la «cesión de trabajadores».



El artículo 1º de RDL 18/1993, dedicado al «ingreso al trabajo», señalaba lo siguiente:

«1.- Los empresarios están obligados a registrar en la Oficina Pública de Empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, los contratos que deban celebrarse por escrito, o a comunicar, en igual plazo, las contrataciones efectuadas, aunque no exista obligación legal de formalizarlas por escrito.

2.- Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. El Servicio Público de Empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados».

El artículo 2º se dedicaba a la «cesión de trabajadores», y según su texto

«La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan».

La derogación normativa operada por el RDL 18/1993 operó desde el día siguiente al de su publica-



ción en el Boletín Oficial del Estado, por mandato de su Disposición Final Segunda. No supuso, sin embargo, la sustitución automática del modelo clásico de colocación por el nuevo, delimitado en su articulado, ya que éste exigía de una normativa de desarrollo sin la cual era totalmente inoperante. Hacía falta una normativa que estableciera el marco jurídico para la actuación de las agencias privadas de colocación, y la elaboración de los correspondientes convenios con el servicio público de empleo, según preveía el artículo 1º; como también hacía falta una ley que hiciera posible la creación y autorización de las ETT. De hecho, y a pesar de contenerse en una norma de urgencia como es el Real Decreto-ley, la reforma del mercado de trabajo prevista en 1993 no ha sido actuada todavía, a varios meses ya de su publicación; esta inadecuación de la técnica utilizada al marco normativo en el que aparecían las distintas medidas adoptadas ha sido considerada como uno de los aspectos jurídicamente más negativos de toda la reforma (CASAS BAAMONDE & PALOMEQUE, 1994).

El contenido del RDL 18/1993 fue trasladado en mayo de 1993 a la ley 10/1994, «sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación», con lo que aquél perdió de su carácter excepcional y temporal y pasó a integrarse como un elemento más, con cierta



vocación de permanencia, en el ordenamiento jurídico laboral. A partir de su entrada en vigor, el régimen vigente del mercado de trabajo en España se contiene en este texto legal, al que haremos las referencias oportunas a lo largo de su estudio. Poco después se promulgó la ley 14/1994, de 1 de junio, en la que se establecía el régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, con lo que se regulaba por primera vez en España con carácter general una modalidad lícita de prestamismo laboral. Estos textos constituyen hasta la fecha el núcleo normativo de la regulación de la intervención en el mercado de trabajo en España, junto a otros preceptos de la Ley Básica de Empleo no derogados por la Ley 10/1994. A partir de estos textos intentaré construir el nuevo modelo de mercado de trabajo que se pretende introducir en nuestro país; modelo que, como ya he indicado, no es aún totalmente operativo.

# EL NUEVO MARCO JURÍDICO DE LA INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DE TRABAJO: INICIATIVA PÚBLICA Y PRIVADA

El punto de partida para la elaboración del nuevo modelo de mercado de trabajo en España debe ser el mantenimiento del INEM como servicio nacional, público y gratuito, según señala el aún vigente artículo 40.1 LBE. Este organismo continuará desempeñando, entre otras funciones, las de colocación, lo que garantiza la presencia de la iniciativa pública en esta actividad. Su estructura y competencias permanecen en gran medida inalterados, y lo que la ley 10/1994 altera sustancialmente es el grado de intensidad de su intervención: el INEM, aun manteniendo sus características esenciales, va a perder así algunas de las que se le predicaban en el modelo clásico de regulación de este mercado.

El INEM pierde en primer lugar su carácter obligatorio, que era claro en el Derecho anterior. En el actualmente vigente no existe una obligación para los



empleadores de «solicitar previamente (...) los trabajadores que necesiten» como entonces, sino tan sólo un deber de registrar o comunicar la celebración de los contratos, según éstos deban o no celebrarse por escrito; obligación ésta que opera *a posteriori*, una vez celebrado el encuentro contractual entre trabajador y empresario por cualquier vía. Persiste, en cambio, la obligación de los trabajadores demandantes de empleo de inscribirse en estas oficinas públicas. De esta manera, el papel del INEM se limita a constatar acuerdos ya producidos, en cuya celebración habrá podido o no intervenir, puesto que en ningún caso se señala que esta intervención pública sea necesaria. La relación entre la contratación vía INEM y la contratación directa, que era de regla y excepción en el modelo clásico, pasa a ser una de igualdad, como alternativas a las que se podrá acudir libremente, y correspondiendo la decisión al empleador.

Pierde el INEM, en segundo lugar, su carácter exclusivo, como único agente autorizado para la intervención en el mercado de trabajo. En el Derecho vigente, tanto agencias públicas como privadas podrán existir, por lo que el INEM pasará de su posición de monopolio a competir con éstas ofreciendo servicios sustancialmente idénticos, al menos por lo que a la actividad de colocación se refiere; no parece



que al menos por el momento el INEM vaya a entrar en el mercado del trabajo temporal.

Los nuevos sujetos que hacen su aparición en el mercado de trabajo de los noventa no son necesariamente privados, ya que en ningún caso se impone este carácter. Pero sí deberán operar todos sometidos a un mismo régimen, por lo que la iniciativa pública, de canalizarse a través de estas nuevas figuras, deberá hacerlo adoptando formas organizativas privadas, y actuando de acuerdo con el régimen jurídico común. Es previsible, con todo, que un porcentaje sustancial de estas nuevas figuras lo constituyan sujetos privados, actuando con una finalidad más o menos lucrativa.

La primera figura que aparece en el régimen vigente es la *agencia privada de colocación*. La ley 10/1994 no las admite de forma general, sino que sólo autoriza la existencia de un tipo determinado de ellas, aquéllas carentes de finalidad lucrativa, subsistiendo la prohibición para las demás. Se sigue prohibiendo, así, «la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos». La Ley no da una definición de estas agencias, limitándose a indicar cuándo existirá este carácter no lucrativo que hará posible su legalidad: «siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente



a los gastos ocasionados por los servicios prestados». En lo demás hay que construir esta figura con los escasos elementos disponibles: en cuanto a su objeto, éste es la colocación; lo que deba entenderse por ésta en sentido técnico no presenta particulares problemas, ya que los arts. 38 y 43 LBE la definen como la actividad dirigida a «proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas». Se habla también de «agencias», lo que indica una dedicación organizada y profesional a esta actividad.

En cuanto a su régimen jurídico, éste aparece previsto en el artículo 1.2 de la ley 10: para su actividad deben celebrar un convenio de colaboración con el servicio público de empleo, que exigirá un informe previo del Consejo General del INEM; tras el convenio podrán obtener la autorización administrativa que parece imprescindible para poder operar legalmente (CASAS BAAMONDE & PALOMEQUE LÓPEZ, 1994). Será del contenido de estos convenios y autorizaciones, y de la previsible normativa de desarrollo, de donde se deduzca el régimen jurídico concreto de sus actividades.

El elemento que más ha llamado la atención de todo el régimen jurídico de las agencias privadas de



colocación ha sido sin duda la obligación de actuar de forma no lucrativa. Esta limitación indica una voluntad del legislador de no romper radicalmente con la situación anterior, abriendo el paso a la iniciativa privada tan sólo parcialmente; permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España, a la vez que quizá salve también las posibles consecuencias de la doctrina MACROTON en nuestro ordenamiento.

Se ha subrayado la dificultad de definir este carácter; la propia ley señala, sin embargo, cuándo los servicios serán considerados lucrativos o no, atendiendo a su coste y a su precio. Será difícil determinar, en todo caso, el costo de unos servicios de este tipo, y más que hacerlo caso por caso habrá que acudir a los balances anuales de cada agencia, para estudiar su estructura de costes e ingresos, e identificar así la existencia de un lucro empresarial.

También ha llamado la atención este elemento desde el punto de vista de la viabilidad de estas empresas: dado el carácter económico de la actividad de mediación, y el coste elevado que supone, se ha planteado cuál será el ámbito real de esta previsión legal, en la medida en que no habrá sujetos privados que quieran iniciar unas actividades de las que no podrán obtener beneficio alguno. Esta crítica resulta, a



mi juicio, superficial: primero porque las agencias privadas deben ser no lucrativas, pero no necesariamente gratuitas; la misma ley prevé que cobren por sus servicios, hasta el límite de los costes de producción, por lo que no tendrán que operar necesariamente a fondo perdido o con pérdidas. Ello a diferencia del INEM, que por mandato de la LBE continuará ofreciendo servicios gratuitos. Segundo porque existe un gran número de organizaciones públicas y privadas que pueden estar interesadas en ofrecer unos servicios con un marcado carácter social: administraciones públicas, entidades educativas, organizaciones sindicales y empresariales, organizaciones no gubernamentales con una finalidad altruista o social, todos estos sujetos pueden, y deben, estar interesados en la organización de servicios de colocación, que, en función del carácter y los fines de cada una, serán ofrecidos a sus afiliados, simpatizantes o al público en general. Tercero, porque la mención legal a «los gastos ocasionados por los servicios prestados» es lo bastante amplia como para incluir gastos de personal, como las retribuciones de los sujetos empleados por estas agencias, lo que abre una puerta importante al autoempleo en la colocación: siempre que los ingresos se repartan en concepto de retribuciones y no de beneficios empresariales nos estaríamos moviendo en el ámbito de la legalidad. Cuarto, porque la prohibición afecta a la



actividad exclusiva de colocación lucrativa, dejando abierta la puerta a una oferta conjunta de estos servicios con otros, que sí podrán ser lucrativos, como parte integrante de un paquete de servicios ofrecidos en el mercado. Así las cosas, el ámbito efectivo de la actividad privada de colocación permitida quizás llegue a ser mayor de lo que pudiera parecer.

La segunda modalidad de intervención que se introduce con la reforma es el trabajo temporal, que se califica en la ley 10/1994 como una modalidad particular de cesión de trabajadores que, a diferencia de las demás, puede ser lícita si se adapta al marco legal previsto para ello. Esta previsión se ha desarrollado en la ley 14/1994, que más que regular una determinada actividad se ocupa de establecer el régimen jurídico de unos determinados sujetos empresariales, las ETT, a las que se atribuye en exclusiva el desarrollo del prestamismo laboral lícito en España; así, en su artículo 1<sup>º</sup> se afirma que:

«se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados».

El régimen jurídico de las ETT establecido por la ley 14 sigue en líneas generales a sus antecedentes europeos, limitando el ámbito de la actuación lícita



de estas empresas a determinados supuestos de necesidades temporales de mano de obra, y estableciendo un sistema de derechos para los trabajadores temporales, que es acompañado de distintos mecanismos de garantía de su cumplimiento. En el modelo legal no se distingue según la naturaleza pública o privada de la ETT, pero bien a las claras se intuye que se pretende crear un mercado de servicios de trabajo temporal en el que concurren empresas privadas constituidas al amparo de la ley, compitiendo entre sí por los clientes potenciales; el papel de la administración pública es principalmente de control de esta actividad, para lo que la ley le atribuye instrumentos potencialmente eficaces: obligaciones de información, autorizaciones previas, sanciones específicas... Aunque ello no prejuzga la posibilidad de que organismos públicos creen sus propias ETT, como ha ocurrido en algunos países europeos, parece que el trabajo temporal se deja fundamentalmente a la iniciativa privada, coherentemente con su calificación como servicio empresarial con un mercado contenido económico, y con su carácter de alternativa a otras formas de gestión de la mano de obra.

El campo de actuación de la iniciativa privada se amplía sustancialmente con la reforma, y ésta puede ser quizás su nota más destacada: se amplía porque



las vías de contratación alternativas al INEM se ponen en pie de igualdad a la intervención de éste; y porque se facilita la contratación al margen del INEM mediante la disponibilidad de otros instrumentos auxiliares de la contratación, agencias privadas y ETT.

De esta manera, y poniendo en relación todos los elementos disponibles, se puede elaborar el siguiente cuadro de instrumentos auxiliares disponibles a las empresas para la solución de sus necesidades de mano de obra, todos ellos en iguales condiciones en cuanto a su recurso:

- se podrá , en primer lugar, acudir al INEM, que continuará ofreciendo sus servicios de mediación en la contratación;

- se podrá, como alternativa, contratar directamente al trabajador, si se prefiere y si se cuenta con los contactos necesarios para ello, a través de canales no institucionales de colocación;

- se podrá, igualmente, disponer de los servicios de una agencia de colocación no lucrativa, cuyos servicios serán sustancialmente similares a los ofrecidos por el INEM, y podrán no ser gratuitos;

- se podrá recurrir libremente a la publicidad directa de las ofertas de empleo, ante la derogación



del artículo 44.2 LBE que la permitía únicamente en determinados supuestos;

- se podrá realizar un concurso público para la provisión de las vacantes, en condiciones no muy claras dado el silencio legal;

- se podrán utilizar los servicios de un gabinete de selección, cuyo régimen queda también bastante incierto;

- por último, y como alternativa a la contratación directa del trabajador a través de las vías antes señaladas, se podrán obtener sus servicios a través de una ETT; si bien en este caso tan sólo cuando la demanda de mano de obra reúna los requisitos legalmente previstos para ello.

Bien claro está que en el nuevo modelo muchas más son las vías abiertas al empleador para entrar en contacto con los trabajadores que necesita; y que en muchas de ellas es la iniciativa privada la que organizará y prestará los servicios de intermediación en el mercado de trabajo. Desde este punto de vista, la reforma de 1993 supone una indudable reordenación del papel de lo público y lo privado en este particular mercado, con una marcada ampliación de los ámbitos de intervención lícita de sujetos privados. Pero ello no debe necesariamente suponer una reducción de la presencia de la iniciativa pública; antes bien, uno de



los objetivos de la reforma es precisamente mejorar su eficacia, mediante el acicate que supone tener que competir con sujetos privados en base a una oferta de servicios similares, y mediante la reducción de su carga de trabajo al desviarse una parte de las ofertas y demandas de empleo a los cauces privados. Los servicios públicos de empleo deben seguir cumpliendo su función, y estarán en condiciones de hacerlo bien, ya que cuentan con la infraestructura y experiencia necesarias para ello, y ofrecerán sus servicios, además, de forma gratuita. El INEM podrá dedicarse a otras funciones de política de empleo, y en materia de colocación se podrá concentrar en aquellos sectores más degradados del mercado. La coexistencia de lo público y lo privado en el mercado de trabajo de los 90 no debe entenderse necesariamente como un juego de «suma-cero» en el que la ampliación del uno limite al otro; ambas iniciativas deben competir entre sí, pero su concurrencia debe ser entendida más como una agregación, como una ampliación de los instrumentos puestos a disposición de los trabajadores y empresarios en la búsqueda de acuerdos mutuamente satisfactorios. La reforma debe llevar a una oferta plural de servicios de colocación tanto para empresarios como para trabajadores, que permita adecuarlos a las características y necesidades de cada colectivo de trabajadores y de cada sector de produc-



ción, contribuyendo a la reducción del nivel de desempleo. En un mercado de trabajo ciertamente degradado, pero también cada vez más diversificado; en un sistema productivo en transformación; en una sociedad cada vez más plural, las vías de ingreso al mercado de trabajo deben ofrecer la variedad y riqueza suficientes para que las empresas obtengan la mano de obra de la calidad y en la cantidad que necesitan, y para que los trabajadores obtengan empleos adecuados a sus necesidades y posibilidades. Éste es el objetivo de la reforma, y en estos términos deberá evaluarse cuando efectivamente se ponga en práctica.

# NUEVAS FORMAS DE INTERVENCIÓN, Y SU ENCUADRE EN EL DERECHO VIGENTE

ero no debemos ceñirnos en exclusiva a este criterio para evaluar la reforma de 1993. Ésta ha abierto nuevas vías para la actuación legal de mecanismos de intervención, públicos y privados; con ello se pretende adecuar el marco jurídico a una realidad que se había ido separando cada vez más del modelo legal teóricamente vigente, a medida que las necesidades empresariales, y el propio dinamismo de la iniciativa privada, iban creando nuevas modalidades de intervención. Agencias privadas de colocación, empresas de trabajo temporal y otras formas no institucionalizadas de intermediación han adquirido así carta de naturaleza, y un marco jurídico más o menos definido para sus operaciones. Desde este segundo punto de vista debe evaluarse también la eficacia de la reforma, en ese acercamiento, que se pretende total, entre el modelo legal y la realidad del mercado de trabajo.



Un análisis de la práctica del mercado de trabajo nos muestra que la reforma no establece un marco lo suficientemente amplio como para englobar la totalidad de las formas de intervención que en los años 90 se pueden identificar en su seno. La pluralidad y diversidad de vías de acceso al empleo superan ampliamente lo pretendido por el legislador laboral. Y es que han surgido una serie de prácticas, de servicios empresariales novedosos que difícilmente pueden encontrar su encuadre en alguna de las figuras legalmente previstas. En la mayoría de los casos se trata de actividades desarrolladas por la iniciativa privada, con una finalidad abiertamente lucrativa, lo que lleva a plantear si se trata de prácticas no ya al margen de la legalidad vigente, sino directamente enfrentadas a ella. Se trata, también, de servicios no ofrecidos, o al menos no en la medida adecuada, por la iniciativa pública, y que se corresponden con necesidades concretas de las empresas, lo que debe llevarnos a pensar en la oportunidad de su prohibición.

Un ejemplo muy claro de estas prácticas difícilmente enmarcables en el nuevo edificio normativo lo constituyen los *servicios de outplacement*, figura muy reciente, y por ello poco conocida. Su origen se remonta a los años 60, y en la actualidad se encuentra establecida en la mayor parte de las economías occi-



dentales, habiendo llegado recientemente a España. Se trata de una actividad de servicios ofrecidos por empresas especializadas, y prestados a empresas que se enfrentan a un proceso de reducción de plantilla. Su principal función es facilitar este proceso, tanto antes como después de que los despidos –«separaciones», en la terminología utilizada por estas empresas– se produzcan. Antes del despido, preparando a los directivos de la empresa encargados de llevarlo a cabo, y preparando una estrategia para los trabajadores afectados. Después de éste, prestando sus servicios a estos trabajadores, en distintos frentes: desde un punto de vista psicológico, auxiliándoles a «recuperar la confianza perdida», y a asumir el trauma del despido; desde un punto de vista profesional, preparándoles para su reentrada en el mercado de trabajo, indicándoles sus posibilidades profesionales, y proporcionándoles una formación adecuada para la búsqueda del nuevo empleo. Ofrecen, en general, un amplio espectro de servicios, que serán contratados por la empresa cliente en función de sus preferencias, necesidades y posibilidades de gasto; sus servicios, además, pueden prestarse a través de programas individuales y colectivos.

Para el análisis de esta figura desde el punto de vista que nos interesa existe un dato fundamental a



tener en consideración: los servicios de «outplacement» son contratados exclusivamente por la empresa que efectúa los despidos, no admitiéndose en principio que puedan acudir a ellas los trabajadores afectados por iniciativa propia, como tampoco se admite que acudan a ellas empresas con vacantes de mano de obra para satisfacer sus necesidades. Ofrecen, según la publicidad que ellas mismas manejan, «un apoyo permanente para ayudar a las personas a encontrar el empleo adecuado sin límite de tiempo ni fronteras»; en esta misma publicidad se señala que «no somos headhunters, consultoría de selección de personal o agencia de empleo». Y ello es en gran parte cierto, ya que no es su función el proporcionar empleo a un desempleado, o un trabajador a una empresa; si bien éste es el fin último de la operación de «outplacement», esto se conseguiría de forma indirecta, mediante el apoyo y la formación al sujeto demandante de empleo, para hacerlo más competitivo en el mercado de trabajo. Desde este punto de vista, se ha afirmado que «ayudan al trabajador a preparar y llevar a cabo su demanda de empleo, pero no median entre esa demanda y ofertas efectivas de trabajo» (RAMÍREZ MARTÍNEZ, 1993).

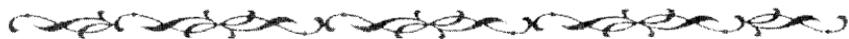
Sin embargo, determinados aspectos del conjunto de actividades que realizan pueden provocar algunas



dudas desde el punto de vista de la legalidad laboral vigente. Así, entre sus posibles servicios se incluye la utilización de sus contactos con otras empresas para la celebración de entrevistas de trabajo, o incluso para obtener información sobre vacantes de empleo, y comunicarlas a los trabajadores incluidos en uno de sus programas. Esta actividad se acerca desde luego a la mediación en el mercado de trabajo, con todos los problemas que esto plantea.

En segundo lugar, existen determinadas modalidades de «outplacement» colectivo que se aproximan también a la actividad de colocación. Se trata de aquellos casos en los que se crea una «antena de empleo», un equipo de personas encargadas de crear una bolsa de empleo para los trabajadores incluidos en el programa (RAMÍREZ MARTÍNEZ, 1993). En estos casos se crearía una especie de bolsa de trabajo limitada al colectivo de trabajadores afectados, ocasional y no lucrativa, y que se acercaría bastante, bien que con un origen totalmente privado, a los mecanismos extraordinarios de colocación para determinados sectores creados en distintos países para hacer frente a las consecuencias de los procesos de reconversión industrial.

La legalidad de estas últimas prácticas sería discutible, ya que entran materialmente en el concepto de



colocación; y los servicios de «outplacement» son retribuidos. El hecho de que lo sean por la antigua empleadora del trabajador, y no por éste o la nueva empleadora, los sujetos entre los que se celebra la nueva relación de trabajo, debe sin duda tener efectos en la calificación de esta actividad. De acuerdo con la normativa internacional, el concepto de agencia privada de colocación con fines lucrativos se refiere a «toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador, o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener *de uno u otro* un beneficio material directo o indirecto»; el artículo 1.2 de la ley 10/1994 tan sólo hace referencia a los «fines lucrativos» de la agencia, aunque en una interpretación *sensu contrario* de este precepto se puede entender que esa finalidad lucrativa consiste en que «la remuneración *que reciban del empresario o del trabajador*» supere los gastos de los servicios realizados. Así las cosas, la única manera de salvar la legalidad del «outplacement» es entender que constituye una actividad lucrativa desde el punto de vista de la empresa que contrata sus servicios; pero que para los empresarios y trabajadores puestos en contacto su carácter es gratuito.



Igualmente discutible es la legalidad de las empresas conocidas generalmente como de «*head-hunters*». El «*head-hunting*»-«cazatalentos» en la terminología española— es un servicio empresarial también reciente, y algo más extendido en España que el «*out-placement*»; son unos gabinetes de selección altamente especializados, que operan exclusivamente con directivos de la más alta cualificación o con trabajadores con una gran especialización técnica. Actúan sobre todo por iniciativa de las empresas que necesitan de una persona con unas características muy definidas, e inician en base a ello la búsqueda de la persona más capacitada disponible; lo más característico quizás de su actividad es que no se limitan a actuar en el colectivo de los trabajadores demandantes de empleo, sino que van a entrar en contacto también con trabajadores ya empleados, ofreciéndoles la oportunidad de cambiar de empleo para cubrir la vacante sobre la que trabajan. Desde este punto de vista, lo peculiar de los cazadores de talentos es que buscan sobre todo ofrecer un trabajador de características determinadas a una empresa que lo necesitan; el trabajador, por lo general, no suele necesitar el empleo.

Desde el punto de vista que nos interesa, estas empresas incidirían directamente en la actividad de



colocación, dedicándose principalmente al reclutamiento de estos trabajadores, más que a su selección (RAMÍREZ MARTÍNEZ, 1993). En la contratación de sus servicios la empresa cliente se limita a señalar las características del puesto a cubrir, realizando la agencia todas las actividades que llevan a la «oferta» de un determinado trabajador –o de varios– para que aquélla lo contrate. Esta incidencia en la actividad de colocación les colocaría en el punto de mira de la normativa en vigor sobre esta materia, planteando serias dudas sobre su legalidad.

Por otra parte, también está fuera de toda duda su carácter lucrativo, ya que se trata de empresas dedicadas profesionalmente a esta actividad, y que obtienen su beneficio empresarial de la diferencia entre sus costes de operación y el precio de sus servicios; precio que, dado lo especializado de sus servicios y el particular nicho del mercado de trabajo en el que actúan, suele ser bastante elevado.

De su objeto y finalidad no cabe deducir otra cosa que su oposición al régimen jurídico vigente, que no prohíbe ya la iniciativa privada en la colocación, pero sí la lucrativa. Esta calificación, similar por otra parte a la que se podía hacer durante la vigencia del modelo clásico de colocación, contrasta sin embargo con la realidad, en la que se percibe claramente la



actividad de estas empresas, ante una actitud de tolerancia administrativa. De nuevo la iniciativa privada va más allá del marco legalmente admitido para ello.

Un tercer tipo de prácticas cuya legalidad puede ser discutida lo constituyen *las bolsas de trabajo de instituciones educativas*, públicas y privadas. Quizás uno de los fenómenos más llamativos en el mercado de trabajo de los últimos años, como consecuencia de la crisis del empleo y de las limitaciones de los SPE, haya sido la utilización de distintas actividades de colocación como un elemento más en el marketing de ofertas educativas, en particular en el sector privado. Esta oferta, en principio limitada a instituciones privadas de post-grado, se ha generalizado a todo tipo de instancias y niveles de formación, habiendo sido asumida también en tiempos recientes por las Universidades públicas; existe ya la convicción general de que se trata de un elemento más en los contenidos mínimos de cualquier oferta educativa, al menos en ciertas titulaciones.

Naturalmente, los servicios ofrecidos por estas instituciones varían sustancialmente, y en la misma medida lo hace la calificación jurídica que de ellos puede hacerse. La formación para la elaboración del currículum-vitae y las entrevistas de trabajo no presentan, a mi juicio, problema alguno. Otra cosa ocurre



con las «bolsas de trabajo» que estas empresas ofrecen; en ellas se tramitan ofertas de empleo, y se pone en contacto a los estudiantes con empleadores potenciales. En este tipo de servicios se estaría produciendo una auténtica intromisión en el ámbito de actividad de los servicios públicos de empleo, llegando a cubrir todas las fases del proceso de colocación. La legalidad de estas bolsas de trabajo dependería entonces de los dos elementos señalados en el artículo 1 de la ley 10/1994: de su autorización por la Oficina Pública de Empleo, previo el correspondiente convenio de colaboración; y, sobre todo, de su finalidad no lucrativa, lo que obligaría a analizar el coste y el precio de los servicios que prestan.

La determinación de este último dato puede presentar, a mi juicio, dificultades. Aunque en principio se contratan los servicios de una institución educativa en base a la formación que ofrece, siendo sus servicios de orientación profesional meramente complementarios, pueden plantearse problemas si se cambia de óptica y se tiende a valorar más la disponibilidad de estos servicios que la propia enseñanza ofertada; esto es, cuando se da más atención a la titulación y a los eventuales contactos que a la formación que se obtiene. En estos casos, y desde un punto de vista material, se estarían «comprando» los servicios de



colocación de la institución educativa, a través del pago de una formación que no es querida más que como forma de acceder a éstos. El mismo funcionamiento del mercado de trabajo, que en la práctica tiende a beneficiar a los graduados por las instituciones que han sabido crear y mantener una mejor imagen, colabora en la producción de este efecto. Desde este punto de vista, el carácter no lucrativo de los servicios de colocación ofertados queda hasta cierto punto en entredicho: serían servicios retribuidos, y su costo se repercutiría en el estudiante a través de la matrícula que paga.

No son éstas las únicas prácticas empresariales que pueden incidir más o menos directamente en la prohibición de la actividad de colocación privada y lucrativa. Pensemos en los *gabinetes de selección*, que quedan ahora en una situación de práctica desregulación. Separar la actividad de colocación de la de la selección es siempre difícil; en el modelo clásico de colocación, en el que la intervención pública era obligatoria, la selección podía identificarse como una colaboración con el INEM, actuando las agencias como representantes de los empleadores, y operando una vez se hubieran cumplido las obligaciones de registro de las ofertas, y hubiera seleccionado la oficina pública a los posibles aspirantes al puesto. En el



nuevo modelo legal, en el que esta obligación ha desaparecido, el gabinete de selección puede actuar sin el concurso del INEM, acudiendo directamente al mercado de trabajo. Pero en este caso ya no estaría haciendo selección, sino que estaría «proporcionando a los trabajadores un empleo adecuado y facilitando a los empleadores la mano de obra necesaria»; esto es, estaría desarrollando una auténtica colocación, lo que le incluiría en el ámbito de la prohibición del artículo 1.2 de la ley 10/1994. En el nuevo marco legal, la única forma de salvar la legalidad de la selección como tal actividad independiente es incorporarla a los servicios ofrecidos por el INEM, haciendo imprescindible un recurso a los servicios públicos de empleo que la reforma ha intentado liberalizar.

Mayores dificultades presentan aun las prácticas empresariales que dan lugar a relaciones triangulares de trabajo. De acuerdo con la ley 10/1994, todo supuesto de cesión de trabajadores que no sea realizado por una ETT debidamente autorizada estará prohibido, y sujeto a un intenso aparato sancionador. El legislador se mueve en esta materia en la dicotomía cesión-prohibida/trabajo temporal-permitido, y todo lo que no sea de un tipo lo será del otro. El problema se plantea cuando se constata la existencia de numerosos supuestos de cesión de trabajadores, a



veces prestados de forma sistemática y organizada, a veces esporádicamente en determinados tipos de organizaciones empresariales, cuya prohibición, por más que legalmente fuera de toda duda, parece excesiva o inadecuada.

El más clásico de estos supuestos es el de *la movilidad de trabajadores en el seno de grupos de empresas*, al que la jurisprudencia ha calificado materialmente como cesión de forma reiterada, pero al que se resistía a aplicar el régimen del artículo 43 ET; también en el ámbito de las administraciones públicas han surgido distintas prácticas materialmente calificables como de cesión, fundamentalmente en el ámbito de convenios de colaboración entre distintas entidades administrativas, que se cedían entre sí su personal laboral. Con el nuevo artículo 2 de la ley 10/1994 las posibilidades de actuación de la jurisprudencia quedan limitadas, ya que ante la constatación de que no es trabajo temporal no queda otra opción sino aplicarle la prohibición.

Otros supuestos surgen en relación con figuras contractuales de aparición más reciente en nuestro país: *los centros de negocios*, que alquilan despachos y material de oficina, pero que pueden llegar a suministrar también trabajadores de secretaría; *los arrendamientos de locales en grandes superficies comerciales*, en



los que trabajadores contratados por una empresa prestan servicio en las instalaciones y con los medios de otra, sin que de cara al cliente se llegue a distinguir entre ambas; *la subcontratación de determinados servicios y actividades*, como la seguridad o la informática, en los que la base material y organizativa es mínima, y lo fundamental es el personal puesto a disposición; *las empresas dedicadas a la organización de congresos*, que suministran azafatas y traductores; *las empresas de botones*, que realizan pequeños encargos para sus clientes por medio de personal puesto a su disposición...

La tipología es amplísima, y en todas estas prácticas se producen cesiones de mano de obra al margen del marco legal para el trabajo temporal, lo que cuestiona su legalidad. Y ello en el contexto de un sistema productivo en transformación, caracterizado por la terciarización y por la descentralización de todo tipo de obras y actividades. El mundo deportivo nos ha proporcionado recientemente una nueva modalidad, ciertamente singular: jugadores de fútbol que son contratados por sociedades constituidas a tal efecto, y que luego son cedidos gratuitamente a entidades deportivas, que se hacen cargo del pago de sus fichas, reteniendo la sociedad empleadora los derechos de traspaso del jugador. Para el régimen establecido por la ley 10/1994 el carácter gratuito de la



cesión no es relevante para su calificación como una práctica ilegal.

La conclusión a la que se debe llegar a partir del análisis de todas estas modalidades contractuales es, una vez más, la separación entre la realidad empresarial y el marco jurídico previsto para ordenarla. La reforma ha establecido un régimen jurídico que no es lo suficiente amplio como para encuadrar en él a todos los mecanismos de intervención en el mercado de trabajo que la práctica empresarial ha ido creando. Desde este segundo punto de vista, la eficacia de la reforma del mercado de trabajo de 1993 debe ser puesta en entredicho; ya *a priori* se presenta como una intervención legislativa insuficiente para adecuar la realidad material a la jurídica, como la apertura de unos espacios de juego para la iniciativa privada que ya antes de ponerse en práctica resultan demasiado estrechos.



## CONCLUSIÓN

En 1910 ANTONIO ROYO VILLANOVA, en su libro «Cuestiones obreras», decía al comparar la situación española con la extranjera: «Es un poco triste que en materia de oficinas de colocación no conozcamos en España todavía más que el órgano oficioso de los memorialistas, las porteras y las tiendas de ultramarinos, y eso en lo referente a las criadas de servicios». Ciertamente las cosas han cambiado sustancialmente en nuestro país en los ochenta años transcurridos desde esta reflexión, y si algo caracteriza la reforma del mercado de trabajo de 1993, y desde luego la realidad empresarial española, es la existencia de múltiples y diversos canales para acceder a unos empleos que son desgraciadamente cada vez más escasos. Que esta pluralidad de vías sea adecuada para la delicada situación de este mercado será algo que sólo podrá evaluarse con la puesta en práctica de este nuevo modelo legal, que ya presenta *prima facie* algunas limitaciones frente a la realidad de un mercado de trabajo dinámico y original, en el que van surgiendo



nuevas modalidades de intervención a medida que las necesidades empresariales y sociales las van demandando.

Desde el punto de vista de los estudiosos de las relaciones laborales, el nuevo reparto de espacios entre lo público y lo privado en el mercado de trabajo supone un aumento considerable de la complejidad de la realidad objeto de nuestra atención, así como la ruptura de una larga tradición legislativa sobre la que nos habíamos acostumbrado a trabajar. Esta reforma, pero en general también el resto de las reformas producidas a lo largo de 1994, deben plantearnos una nueva forma de entender el Derecho del Trabajo, que cambia sustancialmente de contenidos y que relativiza algunos de sus principios considerados inalterables. La dificultad de nuestra tarea es evidente: como juristas, tenemos que valorar una reforma sin precedentes en su alcance, poniendo de manifiesto sus lagunas y puntos oscuros, y sentando los criterios para su evaluación; como científicos, tenemos que llegar a conocer un marco jurídico que supone prácticamente una nueva forma de entender las relaciones laborales; como docentes, tenemos que enseñar su contenido y significado a nuestros alumnos y al resto de los operadores jurídico-laborales.



El mercado de trabajo de los noventa será complejo y rico, con nuevos actores y con nuevas relaciones entre éstos y los preexistentes. La pluralidad será quizás su nota definitoria más clara; estudiar y enseñar esta realidad plural será nuestra responsabilidad. Decía GRACIÁN en su «Arte de la prudencia» que «más se precisa hoy para ser sabio que antiguamente para formar siete»; difícilmente podría expresarse mejor la situación a la que nos enfrentamos en este momento los docentes de las relaciones laborales.

La reforma del mercado de trabajo ha culminado una fase de turbulencias en el Derecho del Trabajo con una auténtica tempestad. Podrá gustar o no hacerlo, pero aquí está, y ha establecido las nuevas reglas del juego para las relaciones laborales de la década de los noventa; en cualquiera de los casos, hay que enfrentarse a este tema con apertura de ideas, lejos de prejuicios, conscientes de nuestro papel como juristas. Y es precisamente en los ámbitos universitarios donde debe encontrarse esta actitud. Ya decía SHAKESPEARE que contra la estupidez los propios dioses luchan en vano. No somos dioses, pero sí somos una Universidad, y nuestra tarea debe ser la lucha contra la estupidez en todas sus manifestaciones. No podemos agarrarnos a lo que ya conocemos, porque acabaríamos siendo cajas de resonancia



de nuestras propias limitaciones. En una Universidad que adoptó como lema el ambicioso «atrévete a saber», no está de más que sus profesores no olvidemos la importancia del «atrévete a aprender».

Muchas gracias, y les deseo a todos un feliz y provechoso curso 1994-95.

## REFERENCIAS

- CASAS BAAMONDE & PALOMEQUE LÓPEZ, «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo». *Relaciones Laborales*, nº 6/7, 1994.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*; Madrid, 1994.
- FLÓREZ SABORIDO, *La contratación laboral como medida de política de empleo en España*; Madrid, 1994.
- JIMENO, «La reforma del Instituto Nacional de Empleo como mecanismo de intermediación en el mercado de trabajo», *Boletín del Círculo de Empresarios*, n.º 57, 1993, pg. 235.
- FONTANA, «Las empresas de trabajo temporal en las normas comunitarias y en el Derecho Internacional del Trabajo», *Revista de Trabajo*, n.º 88, 1987.
- MOREIRO GONZÁLEZ & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el mercado de trabajo», *Documentación Laboral*, n.º 41, 1993.



- OJEDA AVILÉS, «El procedimiento de colocación, revisitado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 14, 1983, pg. 203.
- QUIRÓS TOMÁS & ALCAIDE CASTRO, «Formas de búsqueda de empleo en España en el período 1987-1992», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 1994, pg. 102.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, *El proceso de colocación: intervencionismo público e iniciativa privada*; Comunicación presentada a las V Jornadas Catalanas de Derecho Social; Barcelona, diciembre de 1993.
- TRIGO, «La reforma del INEM y el mercado de trabajo en España»; *Boletín del Círculo de Empresarios*, n.º 57, 1993, pg. 235.
- VALDÉS DAL-RE, «El papel de los servicios públicos de empleo: un debate pendiente», *Relaciones Laborales*, tomo 1987-I, pg. 27.
- VALDÉS DAL-RE, *Ingreso al trabajo*, en BORRAJO DACRUZ (Coord.), *Comentarios a las leyes laborales*, tomo IV; Madrid, 1988.
- VALDÉS DAL-RE, «Servicios públicos de empleo, crisis económica y paro», *Relaciones Laborales*, n.º 16/17, 1993.

## ÍNDICE

Presentación .....	7
Del Mercado de Trabajo y sus particularidades .....	11
Mecanismos de intervención en el Mercado de Trabajo .....	15
El Marco Internacional para la Ordenación jurídica del Mercado de Trabajo .....	29
El modelo clásico de colocación en España .....	45
La reforma del Mercado de Trabajo de 1993: marco y fines.....	59
El nuevo Marco Jurídico de la intervención en el Mer- cado de Trabajo: iniciativa pública y privada .....	73
Nuevas formas de intervención, y su encuadre en el derecho vigente .....	85
Conclusión .....	101
Referencias .....	105



SE ACABÓ DE ESTAMPAR  
ESTA LECCIÓN INAUGURAL DEL CURSO ACADÉMICO 1994-95  
EN LOS TALLERES DE EUROPA ARTES GRÁFICAS, S.A.  
CON EL TÍTULO *PÚBLICO Y PRIVADO EN EL MERCADO*  
*DE TRABAJO DE LOS NOVENTA*  
EL DÍA 21 DE SEPTIEMBRE  
DE 1994  
FESTIVIDAD DE  
SAN MATEO











UNIVERSIDAD DE HUELVA  
BIBLIOTECA



000066548



Universidad  
de Huelva

ISBN 84-88751-03-6



9 788488 751034