

EL GOBIERNO DEL EMPLEO

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## **SUMARIO**

1. UNA PREMISA DE PARTIDA INVERSA A LA HABITUAL. 2. TRANSVERSALIDAD DEL GOBIERNO DEL EMPLEO, PLURALIDAD DE SUJETOS INVOLUCRADOS Y RELATIVIDAD DE LAS POLÍTICAS ESTRUCTURAS DE EMPLEO. 3. PRINCIPIOS Y CONDICIONANTES LEGALES AL EJERCICIO DE LA GOBERNANZA DEL EMPLEO. 3.1. Principios constitucionales fundadores. 3.2. Las limitaciones derivadas de la libertad empresarial de contratación. 3.3. Las limitaciones derivadas del derecho al trabajo. 3.4. La libertad profesional y las medidas de acción positiva. 3.5. Los incentivos al empleo. 4. LOS CONDICIONANTES DERIVADOS DEL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN.

## 1. UNA PREMISA DE PARTIDA INVERSA A LA HABITUAL

A estas alturas puede resultar manifiestamente difícil aportar grandes novedades en el análisis de las políticas de empleo, en la medida en que se trata de una materia profusamente analizada por la doctrina iuslaboralista, incluso me atrevería a decir de modo casi exhaustivo. Según la definición legal, “1. Integran la política de empleo las políticas activas de empleo y las políticas de protección frente al desempleo, cuyo diseño y ejecución deberán coordinarse mediante la colaboración de las Administraciones públicas con competencias en la materia y con la participación de los interlocutores sociales. 2. Conforman las políticas activas de empleo el conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas orientados a la contribución a la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo de pleno empleo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la Constitución y en el marco de la estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea”<sup>1</sup>. En todo caso, para una más fácil comprensión de las actividades a las que me refiero, aludo, en concreto, a las políticas de empleo como el conjunto de instituciones que, de manera directa, pretenden actuar sobre el mercado de trabajo: intermediación en la oferta y demanda de trabajo, servicios de asesoramiento y orientación a los demandantes de empleo, servicios de formación y reciclaje profesional en el marco de la inserción laboral, exclusiones, reservas y preferencias en la contratación, incentivos económicos a la creación neta de empleo general o a favor de determinados colectivos, gestión de los flujos migratorios.

A la vista de ello, el presente estudio, de alcance ciertamente modesto a tenor de lo anterior, pretende simplemente afrontar desde una perspectiva inversa a la que suele ser la habitual el gobierno del empleo y, en especial, el posible alcance material de las mencionadas anteriormente como manifestaciones típicas de las políticas de empleo. A tal efecto, por la perspectiva habitual entendemos aquellos estudios que parten por destacar la importancia de las que se conocen como políticas de empleo, para resaltar la gran

---

<sup>1</sup> Art. 2 Ley 3/2023, de 28 de febrero (BOE 1 de marzo), de Empleo.

capacidad que tienen las mismas para modelar el desarrollo del mercado de trabajo, sea en pro del logro del pleno empleo o en la consecución de una distribución más justa que evite la marginación o dificultades de los tradicionalmente excluidos. Y, precisamente partiendo de esa premisa de la decidida capacidad de modelar el mercado de trabajo este tipo de políticas de empleo, proceden a analizar su régimen jurídico de manera minuciosa. Sin embargo, lo cierto es que también constituye lugar común valorar que, a pesar de la enorme trascendencia de todos los instrumentos en manos de la política de empleo, los resultados siempre quedan bastante lejos de los objetivos perseguidos, salvo que se pretenda imputar a estos instrumentos resultados que provienen de otras instituciones o de otras políticas. Pues bien, respecto de estas instituciones directas que integran las llamadas políticas de empleo, nosotros pretendemos intentar justificar los resultados ciertamente limitados alcanzados hasta el presente por las mismas. Dicho de otro modo, intentar explicar por qué razón, si tantas posibilidades ofrecen las políticas de empleo y tan relevantes son, cuál es la razón de que, al mismo tiempo, se haga un diagnóstico negativo de sus resultados, cuando menos comprobando tales resultados desde nuestro concreto y actual mercado de trabajo. Adelantando nuestra tesis, consideramos que, cuando menos hoy en día, la premisa de partida es errónea: por muy completas y acertadas que sean las políticas de empleo que se diseñen dentro de nuestro sistema de relaciones laborales, las mismas siempre han de tener un impacto muy limitado, por cuanto que no es cierto que las mismas tengan una capacidad decisiva de incidir sobre el mercado de trabajo.

Para romper con la premisa generalizada a estos efectos que, como indicamos, no compartimos cuando menos con la intensidad sobre la que habitualmente se construye el análisis de estas políticas de empleo, resulta necesario recordar el marco, tanto jurídico como tecnológico, e, incluso, empresarial, en el que nos desenvolvemos, para captar el reducido margen de actuación que, en la práctica, presentan las instituciones típicas de la política de empleo y que, por tanto, las mismas condicionan decisivamente el gobierno del empleo.

## 2. TRANSVERSALIDAD DEL GOBIERNO DEL EMPLEO, PLURALIDAD DE SUJETOS INVOLUCRADOS Y RELATIVIDAD DE LAS POLÍTICAS ERICTAS DE EMPLEO

Al objeto de explicitar la tesis de la que arrancamos, lo primero a señalar es recordar que, el mercado de trabajo, como conjunción entre la oferta y la demanda de empleo, está sometido a un contexto complejo, sobre el que influyen multitud de factores y de reglas de funcionamiento. En esos términos, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social constituye tan solo un elemento más dentro de las múltiples facetas condicionantes de la evolución del mercado de trabajo. Desde luego, las reglas económicas, las prácticas sociales, las actitudes de los usuarios y consumidores, las estrategias empresariales

y sindicales y muchos otros datos influyen notablemente en el devenir del mercado de trabajo. De ahí, que los sujetos involucrados en las políticas de empleo sean múltiples, con protagonistas muy diversos, tanto privados como públicos. Dicho de otro modo, los protagonistas del gobierno del empleo son variados de nuevo, tanto poderes públicos (en lo legislativo y en lo ejecutivo), sean poderes centrales, autonómicos o locales, como instancias privadas (sea por vía de la negociación colectiva o de las políticas empresariales de contratación). Y al ser múltiples, los que se suelen considerar sujetos directos por excelencia de las políticas de empleo han de compartir protagonismo con esos otros sujetos y, por añadidura, en términos prácticos, en muchas ocasiones, con un papel más subalterno que principal.

Incluso dentro de la perspectiva de lo público, intervenciones tanto normativas como del poder ejecutivo de muy diversa confección inciden muy decisivamente sobre el propio empleo. Así, a mero título de ejemplo, inciden de manera directa sobre el empleo el diseño general de la política económica, de la política presupuestaria, de la política fiscal, de la política industrial, de la política educativa, de la política de vivienda, de la política familiar y un largo etcétera. A tal efecto, la norma laboral y las políticas de empleo en el sentido estricto del término constituyen tan sólo un elemento más, el que de manera más inmediata pretende incidir sobre el empleo y su estructura, pero desde luego no el único ni probablemente el principal hoy en día.

Más aún, centrados en la concreta perspectiva de lo laboral en el sentido institucional del término, conviene tener presente también que toda la legislación laboral y de Seguridad Social en su conjunto, así como todas las actuaciones de la Administración laboral, de una u otra forma, acaban repercutiendo sobre el mercado de trabajo tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa. Los mayores o menores márgenes de flexibilidad empresarial derivados de la legislación laboral inciden sobre las decisiones de empleo en manos del empleador, del mismo modo que las mayores o menores capacidades de control por parte de los trabajadores del ejercicio de los poderes empresariales condicionan, a la postre, también el empleo en un momento dado. Así, toda la regulación del contrato de trabajo, desde su celebración hasta su extinción, pasando por los derechos atribuidos a los trabajadores en el desarrollo de la relación laboral, las condiciones de trabajo y el margen del ejercicio de los poderes empresariales, acaban incidiendo sobre la creación del empleo, tanto desde su perspectiva cuantitativa, como desde el punto de vista cualitativo del empleo que se crea y de los grupos de trabajadores más favorecidos o más perjudicados en relación con su inserción en el mercado de trabajo. Incluso ello no sólo puede centrarse en el régimen jurídico del contrato de trabajo, sino que cabría extenderlo también a la vertiente del desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo, a los costes y la acción protectora de la Seguridad Social, incluso de la intervención judicial y administrativa de control del cumplimiento de la normativa social. En definitiva, todo el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, así como toda la intervención de la Administración en la ejecución de la legislación laboral y social puede

analizarse desde la perspectiva de su incidencia sobre el mercado de trabajo. Desde luego, ésta no debe ser la única perspectiva a tomar en consideración respecto de la funcionalidad y razón de ser del ordenamiento laboral, pero tampoco puede desconocerse el impacto inmediato que tiene sobre la evolución del mercado de trabajo.

Naturalmente, dentro del limitado y modesto objetivo del presente estudio, no podemos abarcar la variedad de normas e instancias que intervienen en el mercado de trabajo; ni siquiera podemos abarcar la amplitud del conjunto del ordenamiento laboral que incide sobre el mercado de trabajo, lo que nos obliga a centrarnos en lo que habitualmente entendemos como las instituciones y sujetos que, de manera directa, se entiende que actúan sobre el empleo. Insistimos, en este momento nos vamos a centrar en las normas y en las políticas laborales en este último sentido estricto, por constituir ambas las que inciden de manera más directa a la evolución del empleo y, en particular, por resultar el contenido que, institucionalmente, más inmediatamente afecta a nuestra materia.

Eso sí, a la vista de que nos vamos a centrar exclusivamente en lo que institucionalmente son normas y políticas de empleo en el sentido estricto del término, resulta obligado tener presente la capacidad limitada de incidencia de estas normas y políticas sobre el mercado de trabajo. Es obligado, hacer hincapié en estos momentos iniciales en el hecho de que, paradójicamente, por lo que se refiere a las actuaciones de los poderes legislativos y ejecutivos en materia estricta de empleo, éstas probablemente en la actualidad no constituyen, ni mucho menos, los instrumentos más decisivos al respecto. Me atrevería incluso a afirmar que, en nuestro modelo económico y jurídico, el gobierno del empleo no se desarrolla en lo esencial a través de las instituciones propias de la política de empleo, entendida esta en el sentido estricto que habitualmente le atribuimos.

### 3. PRINCIPIOS Y CONDICIONANTES LEGALES AL EJERCICIO DE LA GOBERNANZA DEL EMPLEO

En clave jurídica es obligado arrancar por los principios constitucionales que fundamentan el desarrollo de las políticas de empleo por parte de los poderes públicos, así como por los objetivos generales marcados por tales políticas.

#### **3.1. Principios constitucionales fundadores**

A tal efecto, hay que referirse ante todo al reconocimiento constitucional del derecho y el deber de trabajar, reconocido dentro de la sección 2ª del

capítulo 2<sup>a</sup> del Título I CE entre los derechos y deberes de los ciudadanos<sup>2</sup>. Aunque el texto constitucional no llega a elevarlo al rango de derecho fundamental, debe resaltarse que no se trata de una mera declaración programática, sino de una estricta prescripción normativa, con consecuencias materiales efectivas. Por añadidura, se trata de un reconocimiento constitucional cuyo destinatario no es sólo el poder público, como también para cierto tipo de manifestaciones resulta igualmente exigible a los poderes privados, particularmente a los empresarios: acceso al trabajo en condiciones de igualdad, derecho a la ocupación efectiva, causalidad del despido, etc.

Por lo que refiere al deber de trabajar, éste debe insertarse en un contexto general de libertad del ciudadano, del que deriva la voluntariedad de trabajar y la correlativa prohibición de las diversas formas de trabajo forzoso. Ello determina que no pueda imponerse a nadie una obligación directa de trabajar como deber jurídico pleno, si bien el deber constitucional sí que legitima al Estado a “penalizar” o contemplar efectos perjudiciales sobre los ociosos resistentes a cualquier forma de colaboración en el desarrollo económico; por ejemplo, ello puede justificar el establecimiento de mecanismos que obliguen a los desempleados a una búsqueda activa de empleo, a su reciclaje profesional y a la consiguiente pérdida de las prestaciones económicas públicas por desempleo en caso contrario.

El derecho al trabajo tiene sobre todo una implicación colectiva, en cuanto que determina un mandato a los poderes públicos de desarrollo de políticas de empleo que faciliten la incorporación al mercado de trabajo de quienes pueden y quieren un empleo. Por ello conecta inmediatamente con el mandato dirigido a los poderes públicos para que garanticen las condiciones favorables para el progreso social y económico<sup>3</sup>. Mención específica se efectúa al efecto en orden a que los poderes públicos fomenten una política que garantice la formación y readaptación profesionales<sup>4</sup>. En esos términos, las políticas de empleo no deben ser exclusivamente abstractas y genéricas sobre el conjunto de la población, sino que, conforme al correspondiente mandato constitucional, además, deben tener concreciones prácticas en específicos grupos o individuos, con particular atención a aquellos que manifiestan una mayor dificultad o carencias en su posibilidad de incorporarse plenamente al mercado de trabajo<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 35.1 Constitución Española: “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo”.

<sup>3</sup> Artículo 40.1 Constitución Española: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

<sup>4</sup> Artículo 40.2 Constitución Española: “Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

<sup>5</sup> Art. 9.2 Constitución Española: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean

A partir de lo anterior, cabe diferenciar tres posibles funcionalidades de las políticas públicas en materia de empleo. En primer lugar, las políticas de empleo pueden desarrollar una labor de transparencia, facilitando el funcionamiento del mercado de trabajo y evitando aquellos obstáculos que pudieran dificultar el libre desenvolvimiento del encuentro entre oferta y demanda. En segundo lugar, las políticas públicas de empleo pueden propiciar una racionalización del mercado, de modo que, creen instrumentos que favorezcan el encuentro entre oferta y demanda de empleo, al tiempo que localicen las bolsas de posible contratación. En tercer lugar, las políticas de empleo pueden encauzar la libre voluntad de contratación laboral, con vistas a corregir los efectos negativos de un mercado basado en la oferta y la demanda de empleo. Esta triple funcionalidad ha de entenderse complementaria las unas de las otras, de modo que no deben concebirse como antagonicas entre sí.

Eso sí, para poder aquilatar debidamente el alcance de las tres funcionalidades precedentes habilitadas por los principios constitucionales antes referidos, resulta obligado tomar en consideración igualmente los límites a los que se enfrenta la gobernanza del empleo. Una vez más, resulta obligado tener presente que estos límites no son irrelevantes y, por ello, condicionan con intensidad la capacidad de impacto de las políticas públicas de empleo.

### 3.2. Las limitaciones derivadas de la libertad empresarial de contratación

Así, ante todo, las políticas de empleo en nuestro ordenamiento constitucional se desarrollan en el marco de un modelo de economía de mercado, basado en la libertad de empresa<sup>6</sup>; libertad que viene reforzada por el correlativo reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea<sup>7</sup> y con amplia tutela en el marco de la libertad de establecimiento<sup>8</sup> y de libre prestación de servicios<sup>9</sup>.

---

reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

<sup>6</sup> Art. 38 Constitucional Española: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

<sup>7</sup> Artículo 16 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

<sup>8</sup> Art. 49 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.

<sup>9</sup> Art. 56 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de

Por tanto, la premisa de partida no es otra que la del reconocimiento a las empresas de la libertad de contratación. Aunque el Estatuto de los Trabajadores parte del presupuesto de la voluntariedad en la prestación de servicios como garantía de la plena libertad del trabajador<sup>10</sup>, que impida cualquier forma de trabajo forzoso, por imperativo constitucional esa regla de la voluntariedad se ha de predicar también respecto de la posición del empleador. Ello implica que, dentro de un modelo de economía de mercado, el empleador es al final quien decide si contrata o no a un trabajador, incluso que, si decide celebrar un contrato de trabajo, selecciona libremente a quien contrata.

Lo anterior ya nos permite identificar las medidas que, en ningún caso, pueden desplegarse como políticas de empleo dentro de nuestro modelo de libertad de empresa, por muy efectivas e impactantes que las mismas podrían ser en orden al logro del pleno empleo. Se trata de una regla referencial imprescindible, que nos aboca a que resulten inviables medidas fuertes de imposición de determinadas políticas de empleo al empleador. Hagámoslo, comenzando por las más impositivas en términos de obligatoriedad jurídica.

Así, por ejemplo, indicando algo obvio, pero que no está de más dejar sentado, en ningún caso se le pueden imponer al empleador obligaciones de contratación de manera directa de un número mínimo de trabajadores. Quedan muy lejos, no sólo en el tiempo sino también en nuestro vigente modelo constitucional, las experiencias recurrentes durante la Segunda República de obligada contratación de un determinado número de jornaleros en cada finca rústica. Ni esta fórmula ni ninguna otra semejante resultan aceptables dentro de nuestro modelo jurídico dominante dentro de un Estado de derecho basado sobre la libertad empresarial de contratación. No deja de resultar llamativo que otros argumentos o fundamentos jurídicos, por ejemplo, los relacionados con la seguridad de los usuarios y consumidores, incluso con la seguridad de los propios trabajadores, pueden determinar la exigencia de realización de determinadas tareas y actividades con un número determinado de trabajadores. Sin embargo, razones de mantenimiento y mucho menos de creación de empleo, permitirían, en ningún caso, reglas impositivas de contratación mínima de trabajadores en las empresas. Ni siquiera en el ámbito de lo público ello sería admisible, en la medida en que, aunque en este territorio no se podría apelar a la libertad de empresa, sí que constituye condicionante similar el principio de “eficacia” como referente de actuación de la Administración Pública<sup>11</sup>.

De ahí que, en términos cuantitativos, en aras de lograr que se produzca un incremento neto del empleo existente, lo único que cabe es establecer medidas indirectas de incentivo empresarial a la contratación de trabajadores.

---

la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”.

<sup>10</sup> Art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores: “Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios”.

<sup>11</sup> Art. 103.1 Constitución Española: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Incentivos que lo pueden ser en el terreno de mayores dosis de flexibilidad empresarial o menores costes laborales para los trabajadores que se contratan.

Si acaso, lo que se pueden establecer son mecanismos de contención de la destrucción de empleo ante ciertas vicisitudes de la relación laboral. En concreto, me refiero a medidas que permitan a las empresas extinguir los contratos de ciertos trabajadores, pero condicionado al mantenimiento neto del empleo por la vía de la contratación de otros trabajadores, de modo que, cuando menos, a corto plazo, ello no provoque destrucción de empleo. Me refiero en concreto, a las fórmulas típicas de los contratos de relevo o bien de las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria. Incluso, cabría mencionar en este contexto al despliegue importante en los últimos tiempos de políticas que pretenden evitar la destrucción de empleo por la vía del favorecimiento de las medidas temporales de suspensión contractual o de reducción de jornada. Eso sí, incluso este tipo de condicionantes empresariales al mantenimiento del empleo no pueden llevarse más allá de lo que permite la libertad de empresa, entendida como defensa de la productividad empresarial; y, por ello, el mantenimiento del empleo sólo se puede imponer siempre que ello no vaya en contra de la viabilidad empresarial en una economía competitiva. Por ello, a la postre, no va a ser la normativa laboral, sino la eficiencia de la política económica la que logre un real y efectivo mantenimiento del empleo existente. Dicho de otro modo, a la postre, no serán las políticas de empleo las que logren el gobierno hacia un pleno empleo sino políticas exógenas a las estrictamente laborales.

A partir de ahí cabría enfocar las políticas de empleo hacia la orientación de las decisiones empresariales hacia la contratación de determinado tipo de trabajadores desfavorecidos, naturalmente, en detrimento de otros. También desde este otro enfoque la libertad de contratación privada incluye la libertad de elección del trabajador idóneo desde la perspectiva subjetiva del empleador.

Naturalmente, ello no significa en modo alguno que sea absoluta esta libertad de selección de la contratación. Baste con señalar que la libertad de contratación laboral de la que goza la empresa en ningún caso podrá efectuarse con vulneración de la prohibición de discriminación garantizada constitucionalmente, de modo que el empresario no podrá seleccionar a los trabajadores a contratar con base en criterios que quepa calificar como discriminatorios. Eso sí, confundiendo habitualmente la prohibición de discriminación con el principio de igualdad de trato, conviene tener presente que el empresario, como poder privado, sólo está sujeto a la prohibición de discriminación en la selección contractual, pero no se encuentra obligado, como el poder público, al respeto al principio de igualdad. Ello supone, en concreto, como elemento diferencial que, mientras que la Administración Pública y, en general, el sector público, están obligados a someterse a criterios de mérito y capacidad en el proceso de contratación, ello no obliga al poder privado que se mueve en el estricto ámbito de la libertad de contratación privada.

Lo anterior no impide que las políticas de empleo puedan incidir sobre el proceso de selección empresarial, si bien lo sea de manera mucho más limitada. En efecto, la libertad de contratación empresarial es compatible con ciertas actuaciones de los poderes públicos, especialmente las que se sitúan en el plano de la transparencia, de modo que se eliminen los obstáculos que dificulten el libre ejercicio de la libertad de contratación laboral por parte de todas las empresas. Incluso, la libertad de contratación no puede entenderse que esté reñida con las políticas de empleo selectivas, dirigidas a fomentar la contratación de aquellos trabajadores que presentan mayores dificultades para su inserción en el mercado de trabajo.

Eso sí, todas estas políticas de empleo presentan un límite incuestionable, desde el instante en que sólo pueden funcionar en clave de incentivos indirectos, pero no pueden limitar al final la libre decisión de contratación empresarial, incluida la libertad de selección del trabajador a contratar, siempre, insistimos, que no se realice conforme a criterios que sean discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas.

Lo anterior, obliga a una lectura limitativa de determinadas previsiones legales actualmente presentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, conviene hacer mención del hecho de que se contempla la posibilidad legal de establecer “exclusiones” a la contratación a través de una norma con rango de ley (art. 17.2 ET). Una exclusión se presentaría como la primera manifestación fuerte de selección en la contratación; se trataría de impedir al empresario la posibilidad de contratar a determinado tipo de personas. El asunto se relaciona más directamente con una correlativa negación del derecho al trabajo para determinados demandantes de empleo y, por tanto, lo analizaremos con más detalle en ese momento. Pero si adelantemos que, con carácter general, en nuestro modelo constitucional no pueden establecerse exclusiones de contratación como medida de política de empleo, que vayan más allá de los impedimentos que rigen para los extranjeros extracomunitarios. Para el resto podrán identificarse razones de orden público que justifiquen de manera excepcional cierto tipo de exclusiones de empleo, pero desde luego, a nuestro juicio, la política de empleo en ningún caso puede situarse en ese territorio de las razones de orden público.

En un segundo nivel ahora no negativo de exclusión, se encuentran las positivas de “reserva”, también contempladas como posibles medidas a adoptar en el marco de una norma con rango de ley (art. 17.2 ET), que, incluso, se contemplan hoy en día como posible a través de los convenios colectivos (art. 17.3 ET). Incluso se trata de una reserva de ley posteriormente eliminada, por cuanto que se autoriza también a establecer medidas de reserva por parte del Gobierno, por tanto, por vía reglamentaria<sup>12</sup>. Así, hoy en día resulta pacífico y de unánime aceptación el establecimiento no sólo para el sector público, sino también para las empresas privadas de la obligación legal de contratación de

---

<sup>12</sup> Art. 33 Ley de Empleo.

un porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados respecto del volumen total de ocupación de la empresa<sup>13</sup>. Ello queda sobradamente justificado, a la vista de que, sin lugar a dudas, se trata del grupo de demandantes de empleo con mayores dificultades de inserción en el mercado de trabajo. Se trata del grupo con mayores *hándicaps* a la inserción laboral, no ya sólo por el posible impacto negativo de ciertos estereotipos sociales que, por desgracia, siguen presentes en nuestra sociedad, sino, sobre todo, por cuanto que se trata de personas que por sus características personales pueden resultar menos productivas para las empresas. Queda, por tanto, plenamente justificado por cuanto que, en una contratación exclusivamente sobre la base de elementos de mérito y capacidad del demandante de empleo, en principio, quedarían postergados los demandantes de empleo discapacitados. En esa clave ha de entenderse que normativamente se está permitiendo que los porcentajes de reserva a favor de los discapacitados establecidos legalmente puedan incrementarse a través de la negociación colectiva (art. 17.3 ET)

Ahora bien, el enfoque justificador de las reservas de discapacitados antes formuladas, nos permite afirmar que las reservas a la contratación han de efectuarse necesariamente con una lectura restrictiva, de modo que, sólo para casos tasados podría aceptarse una aplicación del sistema de cupos extensivo a otros supuestos en el marco de una política de empleo.

Entre esos posibles casos tasados se encontraría, sin lugar a dudas, la previsión de futuro anunciada de aprobación de una Ley de representación paritaria de mujeres y hombres, entre otros ámbitos, en los puestos de dirección de las medianas y grandes empresas. En concreto, lo anunciado es que deberán tener al menos un 40 % mujeres como consejeras en los consejos de administración y en los puestos de alta dirección tanto en las sociedades cotizadas en bolsa como en aquellas otras con más de 250 trabajadores o con una cifra anual de negocios de más de 50 millones de euros<sup>14</sup>. La situación de infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de dirección de las empresas en el sector privado sigue lejos de la paridad, a pesar de que desde hace años ya se siguen haciendo las oportunas recomendaciones y se intenta que ello constituya uno de los objetivos a lograr por parte de las medianas y grandes empresas a través de diversos mecanismos de *soft law*. Los lentos resultados que se vienen obteniendo por estas vías de intervención suave constituyen fundamento suficiente para adoptar una técnica más incisiva, ahora por la vía singular de la reserva de cuotas.

En todo caso, más allá de los concretos ejemplos mencionados, resulta difícil aceptar una lectura extensiva de esta posibilidad de reserva de cuotas

---

<sup>13</sup> Art. 42 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, texto refundido de la Ley de Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. Este porcentaje de reserva se establece como requisito para participar en los concursos de adjudicación de contratos públicos (art. 71.1 d de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público).

<sup>14</sup> <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2023/070323-rp-cministros.aspx>

como medida de política de empleo a generalizar. Por ello, no resulta en absoluto casual que, a estas alturas, no puedan encontrarse en el ordenamiento laboral otros supuestos de reserva en la contratación diversos a los dos mencionados. Incluso desde una perspectiva de eficacia material, un intento expansivo de la política de cuotas puede tener resultados de no adopción de estas medidas, minusvalorando el alcance de las que puntualmente se puedan adoptar.

Ciertamente, ello no impide el establecimiento de otras reservas a la contratación con vistas a garantizar derechos y bienes constitucionales de relevancia, como pueden ser la seguridad y salud en el trabajo, el desarrollo de conductas consideradas como delictivas y similares. Sin embargo, a nuestro juicio, basar tales reservas, que, de manera directa y esencial impiden el ejercicio de la libertad de contratación empresarial, sólo podrían concurrir en casos muy limitados, como son los concretamente mencionados. Así, la aceptación de los porcentajes de contratación obligada, o bien de promoción obligada a determinados puestos se presenta como excepción a la libertad empresarial de contratación laboral y de selección en los procesos de ocupación de puestos en el seno de la empresa. Dicho en sentido contrario, ha de entenderse que esa técnica fuerte de imposición de cuotas de contratación para un concreto grupo social tradicionalmente marginado en el mercado de trabajo no sería admisible utilizarla de manera general y expansiva desde la perspectiva de la libertad de contratación empresarial.

Un caso diferente al de las cuotas en la contratación, serían los supuestos en los que, por motivos diversos, la empresa debe efectuar una contratación y el ordenamiento laboral exige que lo sea respecto de un perfil determinado. Un caso singular al respecto, que igualmente puede entenderse como lícito, sería la actual regulación de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva respecto de los trabajadores en empresas y en actividades profesionales, donde se observa una situación de infrarrepresentación de las mujeres<sup>15</sup>. Me refiero en concreto a la previsión, que expresamente se califica

---

<sup>15</sup> Disposición adicional 10ª Estatuto de los Trabajadores: Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.— 1. En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

b) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora.

2. Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas.

de excepcional, de que se establezca una posibilidad de introducir vía convenio colectivo una edad inferior a la general admitida (68 años), siempre que ello venga acompañado de la necesaria contratación simultánea de una mujer por tiempo indefinido y a tiempo completo. Desde luego, una cláusula de este tipo no puede objetarse en ningún caso cuando la misma venga incorporada a un convenio de empresa o ámbito inferior, por cuanto que sería el propio empresario quien se comprometería a condicionar su libertad de contratación. Incluso dentro del marco general de la política de empleo reconocida constitucionalmente resultaría admisible que ello se extendiese a los convenios colectivos sectoriales, por mucho que aquí la cláusula se establece por unos representantes que, conforme al modelo español, no han sido designados como tales por los empresarios directamente afectados por la misma. Desde luego hubiera sido más limpio que se hubiera otorgado a la empresa la libre decisión de jubilar o no en estas condiciones a trabajadores de menos de 68 años. En todo caso, la regulación vigente puede considerarse correcta y admisible dentro del respeto a los condicionantes constitucionales, a la vista del cúmulo de requisitos establecidos en el concreto supuesto de hecho, que garantizan una edad mínima del trabajador a jubilar, un derecho a la percepción plena de la pensión de jubilación, unido a una situación singular de infrarrepresentación en el doble nivel del ámbito funcional del convenio y de la actividad de la persona a jubilar, aparte de un acuerdo al respecto entre los interlocutores sociales alcanzado a través del pacto específico en convenio colectivo.

---

Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

La aplicación de esta excepción exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) La persona afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

b) En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

c) Cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad.

La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada”.

En todo caso, se trae a colación el caso concreto como un ejemplo de excepción a la libertad de contratación empresarial. En definitiva, entendemos que esta técnica de imposición como obligación jurídica en el sentido estricto del término de la contratación de un concreto perfil de demandante de empleo es admisible en este caso por las singularidades concurrentes, sin que pueda considerarse como extensible a otros grupos de trabajadores, ni siquiera como universalizable como técnica de corrección de la situación de infrarrepresentación de la mujer en el mercado de trabajo.

En conclusión, a la vista de todo lo anterior, la gobernanza del empleo se encuentra limitada tanto por el alcance muy restringido de las exclusiones a la contratación y de las reservas a la contratación, de modo que, el ámbito en el que principalmente se puede desenvolver es en el de las preferencias en la contratación, si bien entendida esta como medidas de fomento o incentivo indirecto a la contratación, sea por vía de mayores dosis de flexibilidad contractual o bien por vía de reducción de costes. Incluso, sin poder entrar en mayores detalles en estos momentos, esas medidas de incentivo indirecto pueden encontrar importantes límites, bien porque unas medidas de mayor flexibilidad de condiciones de trabajo o de menores costes laborales para los colectivos con mayores dificultades en la contratación precisarán de su debida justificación objetiva y razonable para no caer en conductas discriminatorias de dobles escalas, sean económicas o de condiciones laborales.

De otro lado, la libertad de contratación empresarial incide también sobre la intermediación en la contratación laboral, en el sentido de que los servicios de colocación, sean públicos o privados, no pueden actuar en su gestión como intermediarios en términos tales que condicionen la selección de los trabajadores a contratar por parte del empleador. Dejando al margen la actuación en el terreno de la contratación por parte de la Administración Pública y, en general, del sector público, para las que, desde la perspectiva que estamos analizando, no se puede reclamar el mandato constitucional relativo a la libertad de empresa, quedan superados los antiguos modelos de intermediación donde el empleador debía solicitar al servicio de empleo la relación de trabajadores a contratar, de modo que, era el propio servicio de empleo quien seleccionaba a los concretos demandantes de empleo a contratar por la empresa a partir del perfil profesional de necesidades indicado por la empresa. Más allá de los posibles incentivos indirectos a la contratación que se puedan establecer a través de las medidas de fomento del empleo, la libertad de empresa impide que, vía intermediación en la colocación, los servicios de empleo limiten la libertad de selección empresarial.

Visto desde otra perspectiva, la libertad de empresa se ha de entender que se extiende también a los propios servicios de intermediación en la colocación, como sujetos de la gobernanza del empleo. En efecto, la libertad de empresa también desemboca en la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo puedan asumir el monopolio de la intermediación. El primer referente en términos históricos se produjo cuando por parte del Tribunal de Luxemburgo se consideró que resultaba contrario a la libre circulación de ser-

vicios impedir la existencia de agencias cuando el servicio público no podía satisfacer la demanda existente en el mercado de trabajo para cierto tipo de actividades como eran las de alta cualificación profesional<sup>16</sup>. Tales pronunciamientos entiendo que han de situarse en su momento histórico, en el que aún existía un marco de dominante monopolio de los servicios públicos, y tales sentencias fueron el arranque a un reconocimiento de la iniciativa privada en la intermediación del mercado de trabajo. Por ello, superado ese escenario, la situación actual no tiene vuelta atrás; si se quiere, dicho con mayor contundencia, en estos momentos tanto la libre circulación de servicios propia del acervo europeo como la libertad de empresa, conducen a entender que tales agencias deben poder actuar en el conjunto del mercado de trabajo y no sólo para el personal de alta cualificación profesional. En definitiva, dejando al margen supuestos excepcionales que mencionaremos inmediatamente a continuación, la gobernanza del empleo por lo que afecta a la intermediación debe partir del pleno y necesario reconocimiento de las agencias privadas como intermediarios entre la oferta y la demanda de empleo en la colocación. Dicho en sentido negativo, no cabe aludir a la presencia de intereses generales, razones de orden público o naturaleza pública del servicio prestado, para establecer un modo de monopolio de la intermediación, en términos tales que se impida la actividad de intermediación privada. Diríamos que, incluso, no es incompatible diseñar la intermediación como servicio público gratuito para los trabajadores y la libertad de empresa en la actividad de intermediación en el mercado de trabajo<sup>17</sup>. Una cosa es que la situación bien sensible del proceso de colocación requiera imponer a las agencias privadas de colocación el sometimiento estricto, no sólo al principio de no discriminación, sino también al principio de igualdad de trato, así como que se le imponga la imposibilidad de percibir cantidad alguna por la prestación de sus servicios de intermediación a los demandantes de empleo, y otra distinta es que se impida que tales agencias actúen libremente ofreciendo sus servicios, sin monopolios posibles por parte de los servicios públicos de empleo. Y del mismo modo, nada obliga a que el poder público esté obligado a establecer convenios por medio de los cuales se financie a tales agencias privadas, como un instrumento de fomento de éstas. Esto último ya se encuentra en el estricto ámbito de la libertad de diseño de las políticas públicas en atención a las opciones de quien en cada momento las asuma y gestione.

Las limitaciones precedentes, tanto de imposibilidad de actuación del servicio público como actividad monopolística, como de exclusión de la posibilidad de contratación directa incluida la supresión de la capacidad de selección del trabajador a contratar, en algunos casos, muy singulares, puede encontrar una excepción admisible. Me refiero, por ejemplo, al supuesto de que por razones singulares queda justificado que que las Administraciones Públicas si acuden a los servicios de intermediación lo deban hacer necesaria-

---

<sup>16</sup> SSTJUE 21 de abril de 1991, asunto Macrotron C-41/90; 11 de diciembre de 1997, asunto Job Centre C-55/96.

<sup>17</sup> Art. 42.4 Ley de Empleo.

mente dirigiéndose a los servicios públicos de empleo y, por tanto, no puedan acudir a las agencias de colocación<sup>18</sup>. O bien, como segundo ejemplo, al supuesto concreto de la contratación de discapacitados por parte de los Centros Especiales de Empleo, que, necesariamente, lo han de realizar a través de las Oficinas de Empleo, siendo estas últimas quienes seleccionan los trabajadores a contratar conforme al previo perfil profesional que le indique la empresa<sup>19</sup>. Una vez más, habría que afirmar que la precedente constituiría una excepción, admisible constitucionalmente en el límite, pero que, en ningún caso, podría considerarse como una actuación extensible a otros supuestos.

Entendido en sentido amplio el término intermediación en el mercado de trabajo, la misma consideración se puede realizar respecto de la actividad de puesta a disposición de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal. Una cosa es que se trate igualmente de una actividad especialmente sensible, con riesgos de incremento del desequilibrio contractual entre trabajador y empleador, que requiere una regulación reforzada de tutela del trabajador puesto a disposición y de control de la actividad desarrollada por las empresas de trabajo temporal, y otra bien diferente es que ello en modo alguno puede justificar una prohibición de actuación de estas empresas en el ámbito de la puesta a disposición para la realización de actividades de carácter temporal.

Finalmente, ni siquiera es posible que, a partir de la existencia de un modelo de intermediación tanto público como privado, ello habilite a imponer a las empresas la necesidad de que las mismas, lo quieran o no, deban acudir a los servicios públicos o privados de colocación cuando deseen contratar a un trabajador. Una vez más habría que afirmar que la libertad de contratación laboral, basada en la libertad de empresa, implica la posibilidad, en todo caso, de la contratación directa por parte de las empresas, sin necesidad de acudir a las entidades de intermediación. Recuérdese al efecto, la condena a España por el sistema monopolístico existente en su momento en el sector de la estiba y desestiba, que impedía la autocontratación por parte de las

---

<sup>18</sup> “En los supuestos en los que las normas que regulen los procedimientos para la selección de personal de carácter temporal al servicio de las administraciones públicas permitan acudir a los servicios públicos de empleo, éstas utilizarán exclusivamente los servicios de los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas o, en su caso, del Servicio Público de Empleo Estatal” (disp. adic. 2ª Real Decreto 1796/2010, de 30 de octubre, BOE 31 de diciembre), por el que se regulan las agencias de colocación.

<sup>19</sup> “Los titulares de los Centros Especiales de Empleo deberán solicitar de la correspondiente Oficina de Empleo los trabajadores minusválidos que pretendan emplear, describiendo detalladamente en las ofertas que formulen los puestos de trabajo que vayan a cubrir, las características técnicas de los mismos y las circunstancias personales y/o profesionales que deben reunir los trabajadores. Recibidas las ofertas, la Oficina de Empleo recabará de los Equipos Multiprofesionales informe sobre los trabajadores que, encontrándose inscritos como demandantes de Empleo, se adecuen a las características del puesto de trabajo. La Oficina de Empleo facilitará a las Empresas los trabajadores que estén en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate” (art. 4.2. Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, BOE 8 de agosto).

empresas armadoras<sup>20</sup>. A tenor de ello, a nuestro juicio, ello sería igualmente extensible para la actividad de las empresas de trabajo temporal, en el sentido de que dentro de nuestro modelo constitucional no sería posible la propuesta efectuada por algunos de obligar a las empresas a que ciertas necesidades de contratación temporal se canalizasen necesariamente a través de las empresas de trabajo temporal; incluso en un marco regulativo en el que la tutela laboral del trabajador fuese más intensa con esta fórmula de exclusividad de la contratación vía empresas de trabajo temporal, ello sería de todo punto contrario a la libertad de contratación directa por parte de las empresas, basada en la libertad de empresa constitucionalmente reconocida. Confirma esta tesis la sentencia ya citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la obligatoriedad de que las empresas contratasen con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por parte de una sociedad anónima de gestión de estibadores portuarios.

### 3.3. Las limitaciones derivadas del derecho al trabajo

Lo habitual de nuevo en esta materia suele ser destacar, como hemos apuntado anteriormente, que las políticas de empleo encuentran su fundamento y tienen como finalidad lograr dar efectividad al derecho al trabajo<sup>21</sup>. El derecho al trabajo, a diferencia de otras libertades públicas, no se disfruta y ejerce exclusivamente a partir de una prohibición de injerencia en el libre desenvolvimiento del ciudadano, sino que requiere de acciones directas de intervención por parte del poder público para favorecer tanto creación de empleo como la calidad de éste. De ahí que, el primer fundamento constitucional de las políticas de empleo lo sea el precepto que reconoce a todos los españoles el derecho al trabajo, incluso con precedencia al precepto que, de manera explícita, contempla un mandato dirigido a los poderes públicos en orden a desarrollar una política orientada al pleno empleo.

Ahora bien, en lugar de insistir en una idea, hoy en día plenamente pacífica, me interesa en estos momentos compensarla con el contrapunto de partida: la prohibición de injerencias o de establecimiento de obstáculos al derecho al trabajo en aras de la política de empleo. Si se quiere, dicho de otro

---

<sup>20</sup> STJUE 11 de diciembre de 2014, asunto C-576-13, ECLI:EU:C:2014:2430: “Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado”.

<sup>21</sup> Art. 35.1 Constitución Española: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

modo, la imposibilidad de adoptar medidas restrictivas del derecho al trabajo, provocan, como efecto reflejo, unas decisivas limitaciones al despliegue de las políticas de empleo. Reiteraríamos aquí lo dicho en relación con la libertad empresarial de contratación, en el sentido de que las políticas de empleo no pueden constituir justificación para establecer exclusiones a la contratación, pues ello va directamente contra el derecho al trabajo.

Precisamente como puntual excepción a lo anterior, al reconocerse el derecho al trabajo a “los españoles”, lo que sí se permite es excluir a los extranjeros extracomunitarios, eso siempre que carezcan de la pertinente autorización para trabajar. Eso sí, sin olvidar la jurisprudencia constitucional que considera que una vez empleados por ostentar tales permisos no cabe establecer ningún tipo de diferencias en condiciones de trabajo entre ellos, por cuanto que ello comportaría directamente un tratamiento discriminatorio vedado por el propio texto constitucional. En estos términos, todos los límites en el acceso al mercado de trabajo que se pueden establecer para los extranjeros extracomunitarios, resultan de todo punto inviables para los españoles, incluidos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que gozan de la libre circulación de trabajadores bien conocida y que no requiere de mayor detalle en estos momentos.

Lo anterior, no podría llevar a considerar que el margen de actuación de los poderes públicos en relación con los extranjeros se presenta como mucho más amplio en el control del mercado de trabajo. Precisamente, la amplia capacidad política de gestión de los flujos migratorios de los extranjeros extracomunitarios, con base en el control derivado de la concesión o denegación tanto del permiso de residencia como de trabajo, se fundamenta precisamente en el dato que a éstos no se les reconoce el derecho al trabajo. Eso sí, tampoco debe dejar de tenerse presente que, incluso respecto de los extranjeros extracomunitarios, en el terreno de la efectividad de las políticas de empleo, tampoco el control de los flujos migratorios está en manos del poder público y de ahí que tampoco en este terreno las autorizaciones para trabajar constituyan un instrumento definitivo en la gestión del mercado de trabajo. Los flujos migratorios en la práctica también dependen de muchos otros factores, comenzando por las propias necesidades derivadas del juego de la demanda y de la oferta de trabajo. Prueba de ello es que una política muy restrictiva en el acceso al mercado de trabajo por parte de los trabajadores extranjeros, en la práctica, lo que puede provocar es exclusivamente un incremento indeseado del empleo irregular, pero no una gestión pública de tales flujos; y, a la inversa, en tiempos de fuerte recesión económica prolongada en el tiempo se producen flujos migratorios de retorno, más allá de las medidas legales directas que se adopten para su favorecimiento.

En todo caso, lo que hoy en día es claro es que para los nacionales españoles y para ciudadanos comunitarios no es posible establecer medidas de exclusión en la contratación como medida de política de empleo. Curiosamente, tales excepciones son posibles con base en otros fundamentos, pero no con los relacionados con la política de empleo. Así, la exclusión más rele-

vante, al margen de la ya mencionada de los extranjeros extracomunitarios, se encuentra en la tradicional exclusión de la contratación laboral, incluso de la actividad como autónomo, de los menores de 16 años, salvo el caso muy especial de la realización de trabajos en los espectáculos públicos<sup>22</sup>. Lo que me interesa destacar en estos momentos es que esta exclusión no se realiza en el marco de las políticas de empleo, sino como una forma de protección de los menores (así precisamente se denomina en el Estatuto del Trabajo Autónomo), con la finalidad de garantizar que, durante la primera fase de la vida de la infancia y la adolescencia, las personas se puedan dedicar al juego y a su formación sin cargas ni responsabilidades de trabajo.

Más allá de este supuesto, no cabe que se establezca una exclusión del trabajo. El ejemplo más elocuente de ello se encuentra en la imposibilidad de exclusión en el otro extremo vital, la superación de una determinada edad. Precisamente, en una de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional, no por antigua menos influyente, consideró inconstitucional establecer una imposibilidad de trabajar con carácter general a partir de una determinada edad, precisamente porque negaba el derecho al trabajo a españoles que alcanzasen una determinada edad<sup>23</sup>. Es cierto que se trata de un pronunciamiento matizado, en la medida en que abre vías a la imposibilidad de trabajar en ciertas profesiones que exijan plenas capacidades profesionales para evitar riesgos a terceros y que, incluso, acepta cierto tipo de limitaciones a la continuidad en el trabajo en aras de una política de reparto generacional de empleo. En concreto, la jurisprudencia constitucional lo admite cuando la medida de “jubilación” forzosa se integre dentro de una política general de fomento o reparto de empleo, dirigida, en particular, a incentivar la incorporación de las nuevas generaciones de jóvenes en los puestos de trabajo ocupados hasta el presente por los trabajadores de edad más avanzada y siempre que quienes pierden su empleo tengan garantizados unos ingresos económicos dignos vía la correspondiente pensión de jubilación. Más aún, no puede dejar de olvidarse el pronunciamiento complementario que validó las cláusulas de “jubilación” obligatoria en los convenios colectivos, en un equilibrio de aplicación del principio de proporcionalidad con importantes garantías de no perjuicio

---

<sup>22</sup> Art. 6.1 Estatuto de los Trabajadores: “se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años”; art. 6.4 Estatuto de los Trabajadores: “La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados”; art. 9 Estatuto del Trabajo Autónomo: “1. Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos se estará a lo establecido en el artículo 6.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

<sup>23</sup> “Es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad” (STC 22/1981, de 2 de julio, BOE 20 de julio). Complementariamente a ello, se considera discriminatorio por razón de edad excluir de una convocatoria a quien tenga más de 30 años de experiencia profesional (STJUE 17 de noviembre de 2022, asunto C-304/21, ECLI:EU:C:2022:897).

a quienes pierden su empleo<sup>24</sup>, condicionantes que han estado siempre presentes en las regulaciones sucesivas que han permitido este tipo de cláusulas convencionales. En todo caso, incluso en estos supuestos, no se trata de una auténtica jubilación forzosa vía convenio colectivo de quien supera determinada edad, sino exclusivamente la licitud de introducir una causa de extinción contractual conectada con la superación de una determinada edad; tan es así que, incluso en estos supuestos de extinción contractual por edad, a nadie se le obliga en términos jurídicos a jubilarse, por cuanto que ello no comporta en ningún caso la imposibilidad de que esa persona que pierde el empleo pueda volver a ser contratada. Incluso una lectura finalista de estas cláusulas convencionales debe conducir a interpretar que sería válido a todos los efectos un contrato de trabajo celebrado con personas que superan dicha edad dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo que incorpora la cláusula de “jubilación” obligatoria. Una cosa es que este supuesto tan singular sea muy difícil que se produzca en la práctica, por el propio interés del trabajador afectado, y otra muy diferente es que, en términos legales, no sea posible. Más aún, conviene recordar que, incluso la percepción de la pensión de jubilación, sea “obligatoria” o voluntaria, en ningún caso produce efectos irreversibles, pues, si bien la pensión pública es compatible con cierto tipos de trabajos (para trabajos a tiempo parcial o que no superen determinada cuantía retributiva), nada impide a un jubilado volver a la actividad laboral contratándose al tiempo que se suspende durante ese período de tiempo la percepción de la pensión de jubilación; incluso son posibles hoy en día fórmulas de jubilación activa que comportan compatibilidades adicionales.

En definitiva, sobre lo que me interesa hacer hincapié es que todas esas posibles medidas de exclusión de la contratación o del mantenimiento del empleo se tienen que basar en una premisa de excepción más que justificada a las limitaciones que con las mismas se puedan establecer al derecho al trabajo de unos para favorecer el de otros. Dentro de esas posibles medidas de excepción se podrían traer a colación también aquellas otras que limitan el ejercicio de determinadas profesiones, pero esto otro lo remitimos al apartado siguiente, por conectar más con la libertad de elección de profesión u oficio.

### **3.4. La libertad profesional y las medidas de acción positiva**

En los mismos términos, entiendo que hasta el momento presente se le ha otorgado escasa relevancia a la libertad constitucional de elección de profesión u oficio como marco referencial de cualquier tipo de política de empleo, en términos tales que la misma ha de constituir una de las primeras funciones a desplegar por cualquier política de empleo, al propio tiempo que constituye, en paralelo, una de sus limitaciones. La libertad profesional posee igualmente una notable trascendencia en esta materia, por cuanto que la misma ha de

---

<sup>24</sup> STC 58/1985, de 30 de abril (BOE 5 de junio).

interpretarse no sólo en sentido formal, sino también con un alcance material. Formal, en cuanto que no puede limitarse el acceso a determinadas profesiones o trabajos a ciertos ciudadanos, salvo que razones de orden público lo justifiquen. Material, en el sentido de que las políticas públicas deben propiciar la igualdad de oportunidades en el acceso a todo tipo de empleo, impidiendo la conformación de mercados de trabajo cerrados de acceso posible sólo a ciertos grupos, o resultados de mercados de trabajo segmentados que dificulten el acceso a niveles superiores profesionales a determinados colectivos que habitualmente presentan mayores *handicaps* para lograrlos. Qué duda cabe de que ese sentido material permite justificar en determinadas ocasiones la adopción de medidas de acción positiva en favor de estos grupos de trabajadores con especiales dificultades de acceso a tales profesiones, para hacer real y efectiva la libertad de elección de profesión u oficio. De principio, este tipo de medidas de acción positiva tienen un claro fundamento constitucional en el mandato a los poderes públicos para promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE). En términos conceptuales, ello supone que este tipo de medidas de acción positiva no se sitúan en el ámbito estricto de la discriminación y, a tenor de ello, no gozan de una protección tan fuerte como sucede con las reacciones antidiscriminatorias. No obstante, también conviene advertir que, en algunos supuestos, el legislador ha deseado reforzar el efectivo cumplimiento de las medidas de acción positiva, en términos tales que califica los incumplimientos de las medidas de acción positiva de discriminatorias, en la medida que presupone que la inexistencia de tales medidas provoca efectos negativos idénticos a los de una conducta discriminatoria en el sentido estricto del término. Ejemplo paradigmático de esto último es el tratamiento como discriminatorio del incumplimiento del deber de adaptación del puesto respecto de los trabajadores discapacitados. Se le da un tratamiento como discriminatorio a todos los efectos, con todas las consecuencias que ello tiene, por parte de la normativa internacional<sup>25</sup> y nacional<sup>26</sup>, adicionalmente avalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>27</sup> y por nuestro Tribunal Constitucional<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Artículo 2 Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>26</sup> Artículo 66 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (*BOE* 4 de diciembre), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Artículo 6.1 a Ley 15/2022, de 12 de julio (*BOE* 13 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

<sup>27</sup> STJUE 11 de septiembre de 2019, asunto Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18.

<sup>28</sup> STC 51/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:51. En determinados supuestos se interpreta incluso que el deber de realizar ajustes razonables incluye la obligación de destinar al trabajador a otro puesto de trabajo para el que el discapacitado pueda realizar conforme a lo que son sus competencias, si resulta que no es apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto para el que fue contratado (STJUE 10 de febrero de 2022, asunto c-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85). Se interpreta que es contraria a esta Directiva una legislación nacional que establece la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva no cumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, y que no permite comprobar si el mencionado funcionario puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables, de lo que deriva su despedido objetivo (STJUE 15 de julio de 2021, C-795/19, TartuVangla, ECLI:EU:C:2021:606). Del

Por otro lado, cabe entender que tienen todo el aval las políticas orientadas a corregir las situaciones de infrarrepresentación, para empezar, de las mujeres, que experimentan claros efectos de techo de cristal en puestos de especial responsabilidad y cualificación profesional, pero no solamente para ellas, sino, con mayor motivo, para otros ciudadanos que, en situaciones aún más difíciles, se enfrentan a la posibilidad de acceder a muchos otros empleos y no sólo a los superiores. Eso sí, al mismo tiempo, esas medidas de acción positiva han de ser necesariamente proporcionadas y, como bien es sabido, tienen sus límites, pues de lo contrario pueden tener un efecto *boomerang*, pues su diseño no puede llegar a impedir la libertad de elección de profesión u oficio del conjunto de la ciudadanía.

Como adelantamos al final del apartado precedente, podemos también identificar cierto tipo de requisitos o exigencias para el ejercicio de determinadas profesiones, lo que puede leerse también en la práctica como limitaciones indirectas a la realización de ciertos trabajos. Desde luego, las titulaciones profesionales en ciertas ocasiones condicionan el ejercicio de determinados oficios, siendo ello claro para el régimen de la movilidad funcional (art. 39.1 ET), pero que, obviamente, va más allá de ello por cuanto que limita las posibilidades de contratación para estas labores de quienes no posean dichas titulaciones. Incluso, en algunas ocasiones, se establecen edades máximas que presuponen la incapacidad del sujeto para ejercer determinadas profesiones que requieren de plenitud física por parte del mismo (por ejemplo, controladores aéreos, pilotos de líneas aéreas, vigilantes de seguridad)<sup>29</sup>. Finalmente, en sentido negativo, para ciertos trabajos se exige que se carezca de antecedentes penales. Así, por ejemplo, para quienes su trabajo implique contacto habitual con menores<sup>30</sup>. Asimismo, se exige para la contratación de directivos, empleados de entidades de crédito la ausencia de

---

mismo modo se considera que la Directiva en cuestión se opone a que una persona invidente sea privada de toda posibilidad de ejercer las funciones de jurado en un proceso penal, sin evaluar la posibilidad de ajustes razonables (STJUE 15 de octubre de 2021, asunto, asunto, C-824/19, ECLI:EU:C:2021:862).

<sup>29</sup> Para la jubilación forzosa de los controladores aéreos, disp. adic. 4ª Ley 9/2010, de 14 de abril, modificada por la disp. final 1ª de la Ley 26/2022, de 19 de diciembre (BOE 20 de diciembre), avalado por las SSTs 29 de junio de 2021, rec. 4062/2018, ECLI:ES:TS:2021:2617; 14 de abril de 2021, rec. 4320/2018, ECLI:ES:TS:2021:1468, 18 de febrero de 2020, rec. 969/2018, ECLI:ES:TS:2020:834. Este criterio resulta igualmente defendido desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal de Luxemburgo interpretando que ello no constituye discriminación por razón de la edad a tenor de la normativa europea para el personal de vuelo (STJUE de 7 de noviembre de 2019, C-396/18, Cafaro). Por el contrario, sí se entiende discriminatorio cuando queda a criterio discrecional del Gobierno decidir la jubilación o no de Magistrados al cumplimiento de determinada edad (STJUE 5 de noviembre de 2019, asunto C-192/18, Comisión contra Polonia).

<sup>30</sup> Art. 13.5 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, modificada por la Ley 45/2015, de 26 de julio; art. 58 Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Ello no puede extenderse de manera generalizada a toda la plantilla de la empresa con independencia de que directamente trabajen o no con menores (AEPD, Informe 0401/2015).

antecedentes penales respecto de ciertos delitos e, incluso, ausencia de cierto tipo de sanciones administrativas<sup>31</sup>. Hay otros supuestos en los que también se exige para ejercer la profesión una habilitación oficial concedida por la autoridad pública, en términos tales que dicha habilitación sólo se concede si el interesado carece de antecedentes penales. Así se prevé, por ejemplo, para los servicios de seguridad privada<sup>32</sup>. Algo similar se prevé para el personal de cabina en el tráfico aéreo<sup>33</sup>. Lo mismo podría referirse en relación con la exigencia de la colegiación como abogado<sup>34</sup>.

En todo caso, lo que más me interesa destacar de todos estos ejemplos de exclusiones indirectas del ejercicio de ciertas profesiones, no es otra cosa que el que las mismas no pueden entenderse que se justifiquen en el marco del desarrollo de las políticas de empleo, sino que son motivaciones de orden público diferentes. En todos estos casos lo que está presente es el establecimiento de limitaciones en aras de la seguridad e integridad física de los usuarios y consumidores, de la tutela de personas en situaciones de especial vulnerabilidad o bien de atajar posibles conductas de corrupción. Nada de ello tiene que ver de manera directa con las políticas de empleo, por mucho que favorezca un funcionamiento sin riesgos para terceros del ejercicio de determinadas profesiones.

---

<sup>31</sup> Art. 40 del Reglamento de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aprobado por el RD 304/2014, de 5 de mayo, BOE 6 de mayo:

<sup>1</sup> Los procedimientos de los sujetos obligados deberán garantizar altos estándares éticos en la contratación de directivos, empleados o agentes conforme a lo dispuesto en el artículo 30.2 de la Ley 10/2010 de 28 de abril. A estos efectos, se aplicarán a estos colectivos los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial que les resulte de aplicación.

<sup>2</sup> En defecto de normativa específica, para la determinación de la concurrencia de altos estándares éticos en directivos, empleados o agentes del sujeto obligado, se tomará en consideración su trayectoria profesional, valorándose la observancia y respeto a las leyes mercantiles u otras que regulen la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas del sector de actividad de que se trate.

<sup>3</sup> No se considerará que concurren altos estándares éticos cuando el empleado, directivo o agente:

a) Cuento con antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación por delitos dolosos contra el patrimonio, y contra el orden socioeconómico, contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, delitos contra la Administración Pública y falsedades.

b) Haya sido sancionado mediante resolución administrativa firme con la suspensión o separación del cargo por infracción de la Ley 10/2010, de 28 de abril. Esta circunstancia se apreciará durante el tiempo que se prolongue la sanción”.

<sup>32</sup> Arts. 27 y 28 Ley 5/2014, de 4 de abril (BOE de 5 de abril), de seguridad privada. En estos casos es a la Administración Pública a quien le corresponde controlar en el momento de conceder la habilitación oficial que se carece de antecedentes penales, en tanto que va contra el derecho a la protección de datos que la empresa exija que el candidato a contratar no tiene tales antecedentes (STS 12 de mayo de 2022, rec. 70/2020, ECLI:ES:TS:2022:1860).

<sup>33</sup> Art. 2.1 y anexo apartado 1.2 Reglamento CE 300/2008, de 11 de marzo, DOUE de 9 de abril, sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil.

<sup>34</sup> Art. 13.2 a del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, BOE 10 de julio.

### 3.5. Los incentivos al empleo

A la vista de todo lo anterior, con todas las simplificaciones posibles, puede concluirse que las medidas de *hard law* en el marco de las políticas de empleo, sin excluir su corrección en determinados supuestos, no son el instrumento prevalente ni decisivo en el desarrollo del conjunto de las intervenciones de los poderes públicos en el ámbito de la gobernanza del empleo. Por ello, la centralidad en el gobierno del empleo en este ámbito se produce a través de medidas de *soft law*: orientación al empleo, intermediación en el mercado de trabajo, formación y reciclaje profesional, incentivos económicos y bonificaciones a la contratación laboral.

De ahí que el centro de atención se haya situado de manera prevalente en los incentivos a la contratación laboral<sup>35</sup>. Se trata de una línea de actuación con larga tradición entre nosotros, que se basa esencialmente en la reducción de los costes laborales, lo más habitual por vía indirecta de bonificación en las cotizaciones sociales. De manera generalizada se establecen para colectivos predeterminados de trabajadores, de modo que pretenden incidir, sobre todo, en el perfil del trabajador a contratar. Estas políticas selectivas buscan identificar aquellos segmentos de la población con mayores dificultades en su integración en el mercado de trabajo, al objeto de intervenir con particular intensidad entre ellos. Si las preferencias por contratar a los trabajadores más competitivos y productivos llevan de principio a excluir de antemano a cierto perfil de demandante de empleo, las políticas públicas buscan fomentar con mayor intensidad la contratación de este tipo de personas, con vistas a compensar el desequilibrio de partida en el que se encuentran en la búsqueda de empleo. En estos momentos, legalmente se considerarán colectivos vulnerables, que requieren de atención prioritaria en las políticas activas de empleo las siguientes personas: jóvenes especialmente con baja cualificación, desempleados de larga duración, discapacitados, personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes

---

<sup>35</sup> Por todos, Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero (BOE 11 de enero), de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales. La lista ni siquiera es exhaustiva, desde el momento en el que el listado legal es abierto, por cuanto que advierte a la relación enumerada lo es entre otros colectivos de especial vulnerabilidad<sup>36</sup>. No cabe la menor duda de que puede existir aceptación unánime y pacífica sobre que los colectivos mencionados por la norma responden todos ellos al perfil de demandantes de empleo con claras dificultades de inserción en el mercado de trabajo. A mayor abundamiento, el esfuerzo financiero que se realiza con estos incentivos es de primer nivel, cuando se calcula que el mismo viene a representar el 25 % del gasto total en políticas activas del mercado de trabajo. En todo caso, a los efectos que me interesa destacar más, la lista es tan numerosa y el número posible de destinatarios resulta tan elevado, que se mantiene el tradicional riesgo de que el abanico de supuestos se presente casi como un menú a la carta, sin grandes posibilidades de impacto real en el logro buscado de condicionar realmente la capacidad de decisión empresarial a la hora de seleccionar al colectivo a contratar. Baste a tal efecto con mencionar los supuestos más amplios, en términos numéricos, como son los relativos a jóvenes, que no se restringe, aunque lo parezca, a los de baja cualificación, desempleados de larga duración, mayores de 45 años, trabajadores provenientes de sectores en reestructuración, por sólo mencionar a los más significativos. No puede ocultarse que la larga presencia de este tipo de políticas de incentivos, dirigidas a un elevado número de destinatarios, ha consolidado una cultura de contratación donde el resultado hasta el momento presente ha sido el de un elevado peso muerto de este tipo de incentivos; peso muerto derivado de que el proceso de contratación se invierte en las fases de decisión empresarial y, por tanto, no orientan la contratación de los trabajadores hacia aquellos que tienen realmente un perfil de demandantes de empleo con mayores dificultades de inserción en el mercado de trabajo: las empresas primero seleccionan a la concreta persona que deciden contratar y, sucesivamente, en cuál de los colectivos esta persona se integra a efectos de beneficiarse de las correspondientes bonificaciones en la contratación, incluso sin que llegue a rechazar la selección inicial si advierten que la persona inicialmente seleccionada no responde a ninguno de los perfiles de beneficiarios de las bonificaciones. En definitiva, se trata de una cultura tan asentada que provoca el efecto de ineffectividad de las bonificaciones respecto de los objetivos que persiguen, en el sentido de que, en la mayoría de las ocasiones, no condicionan en la práctica el proceso selectivo empresarial. La propia exposición de motivos de la nueva regulación sobre este tipo de incentivos es consciente del problema cuando indica que con ello se pretende “simplificar el sistema de incentivos a la contratación y aumentar su eficacia mediante una mejor orientación, teniendo en cuenta la revisión del gasto (spending review) llevada a cabo por la Autoridad Independiente

---

<sup>36</sup> Art. 50 Ley de empleo. Con carácter complementario a lo anterior, art. 4 Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero antes citado. Si bien se advierte una notable sintonía entre las dos normas, no hay plena coincidencia entre ambas, por cuanto que la segunda identifica algunos colectivos no mencionados en la primera, como pueden ser las personas víctimas de violencia sexual, mujeres en contexto de prostitución.

de Responsabilidad Fiscal (AIREF), y con la que se pretende dar solución a los problemas detectados en el marco normativo vigente”. Eso sí, para lograr ese resultado no basta con una voluntariosa declaración de intenciones, sino con cambios de orientación decididos y concretos. Dicho de otro modo, romper con la dinámica tradicional del proceso de selección en la contratación requiere de cambios profundos en las opciones de prioritaria atención. En todo caso, comoquiera que no se puede negar que la regulación actual de la materia es muy reciente y contempla algunas novedades significativas, la confirmación o no de los temores advertidos requerirá esperar a comprobar los resultados prácticos que proporcione la misma.

#### 4. LOS CONDICIONANTES DERIVADOS DEL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN

Para concluir con este rápido análisis, creo que resulta obligado señalar también que en esta materia están influyendo, por vía indirecta, de manera notable, los procesos generales de digitalización. Se trata aquí de destacar cómo, más allá del marco legal, los cambios tecnológicos están provocando efectos intensos en las prácticas contractuales, con efecto reflejo sobre el propio juego de las instituciones establecidas al efecto.

Sin poder detenerme en todos los aspectos, teniendo en cuenta que en alguna pequeña monografía he estudiado lo relativo a la protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación, lo que me permite remitirme a ella y, al propio tiempo, centrarme en estos momentos, sobre todo, en los cambios que se están produciendo en los procesos de búsqueda de empleo, con el efecto que ello está provocando sobre la tradicional intermediación en el mercado de trabajo.

A pesar de que no poseemos datos estadísticos concretos de contraste, hay indicios más que suficientes como para poder considerar que se está produciendo una importantísima deriva hacia los procedimientos de búsqueda de empleo a través de internet por parte de los demandantes de ocupación y, en idénticos términos, de publicación de las ofertas de empleo por parte de las empresas. Ciertamente debemos dejar al margen las formas más clásicas de contratación por vías de proximidad (familiares, amigos, red social local y similares), que mantienen un mecanismo muy tradicional de contratación directa, de encuentro sin intermediación, que tradicionalmente ha escapado a las vías institucionales de intermediación, sean públicas o privadas; esas formas clásicas perviven en lo esencial, aunque en algunos casos también han pasado a vehicularse a través de procedimientos digitalizados. Especialmente, me interesa resaltar que el fenómeno de la digitalización está impactando con intensidad, sobre todo, respecto de los procesos de colocación hasta hace pocos años gestionados por los agentes oficiales típicos y tradicionales de la intermediación, sean públicos o privados. En efecto, se percibe cómo las empresas de medianas y grandes dimensiones, que tienen sus propios de-

partamentos de recursos humanos o bien que acuden a simples gabinetes de selección, difunden directamente sus ofertas de empleo a través de las redes sociales. Y, en correspondencia con ello, cada vez más, los demandantes de empleo intensifican sus búsquedas también directamente a través de las redes sociales.

El efecto reflejo indirecto no es otro que el de la pérdida de peso e influencia de los agentes intermediadores clásicos, lo sean tanto públicos como privados. En algunos casos, el fenómeno se llega a reconducir por la vía de que aquellas entidades que de manera profesionalizada y exclusiva desarrollen su actividad a través de un específico y propio portal de internet sin oficinas físicas, se les da el tratamiento de agencias de colocación que desarrollan labores de intermediación a todos los efectos. Por tanto, se trata de sujetos que se les mantiene dentro del entramado institucional de los intermediarios en la colocación y, con ello, se someten al régimen jurídico completo contemplado a todos los efectos. Ello resulta especialmente relevante a los efectos de la imposición de la obligatoriedad de sometimiento al principio de igualdad de trato en los procesos de selección por parte de las agencias de colocación y las facultades de control establecidas al efecto por parte del Servicio Público de colocación<sup>37</sup>.

Por otra parte, la anterior posibilidad de calificación de estos portales como intermediarios en la colocación podría no suceder siempre, por cuanto que hay dos supuestos, cuando no tres, que podrían escapar por completo a la consideración de intermediarios en la colocación.

En primer lugar, cuando el portal de internet no se dedica profesionalmente o en exclusiva a los procesos de intermediación que estamos tratando y, por tanto, no se puede calificar en términos jurídicos de agencias de colocación virtuales, lo que puede provocar que escapen a los controles legales establecidos a los efectos. Sin la menor duda, aquellos que desarrollan esa actividad como un servicio sin pretensión de profesionalización escaparían por completo a las actuales previsiones legales. Más discutible serían aquellos otros supuestos en los, dentro de un servicio profesionalizado y, si se quiere, lucrativo, no concurre la actividad en exclusiva y hasta qué punto ello pudiera calificarse como una actividad ilícita no permitida por la regulación vigente.

El segundo supuesto que escapa a la vía de la institucionalización de la intermediación es cuando la oferta de empleo a través de las redes sociales la efectúa directamente la empresa y es ella quien recibe en los mismos términos los currículum de los demandantes de empleo. En estos casos no existe intermediación alguna, por cuanto que estamos ante fenómenos de contratación directa.

El tercer supuesto puede derivar de la interpretación exacta que se le otorgue a una nueva previsión legal que puede resultar peligrosa en función de

---

<sup>37</sup> Artículo 43.2 f Ley de Empleo.

cómo se aplique la misma. Me refiero al dato de que cuando la nueva Ley define qué se entiende por intermediación laboral, indica que “En cualquier caso, para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados”<sup>38</sup>. El problema puede residir en que una interpretación literal de esta regla podría conducir a ciertos portales que realizan labores lucrativas de puesta en contacto entre trabajadores demandantes de empleo y empresas que efectúan ofertas de trabajo, diseñen un procedimiento de actuación por medio del cual afirmen que ellas llevan a cabo toda la labor por medios automatizados y que, por tanto, conforme a la definición legal, no están efectuando una labor de intermediación laboral. Es decir, se trataría para estos portales de un fácil mecanismo para afirmar que quedan fuera del tratamiento como agencias de colocación y que, por tanto, las mismas no se someten a los condicionamientos ni a los controles establecidos al efecto por la normativa vigente. El error de técnica jurídica en este caso, que no podemos ni debemos ocultar, deriva del hecho de haber introducido este elemento de automatización en el procesamiento de los datos en la definición de la intermediación, cuando debería haberlo hecho en el momento de establecer su tratamiento o régimen jurídico. La única forma de salvar este riesgo es realizar una interpretación finalista de la norma, considerando como torticera o fraudulenta la que deriva de la dicción literal del precepto: lo que pretende el legislador materialmente es que quien realice esta labor de puesta en conexión de las ofertas y demandas de empleo, aunque lo haga por canales virtuales, desarrolle en todo caso una labor de intermediación laboral, de modo que, siendo un intermediario laboral, se somete al imperativo en todo caso de no poder realizar dicha actividad exclusivamente por medios automatizados.

A mayor abundamiento, la previsión legal es confusa, en la medida en que también pudiera entenderse que está alterando los condicionantes establecidos al efecto por el Reglamento de la Unión Europea sobre protección de datos personales. En efecto, es obligado tener presente que conforme a este Reglamento todo interesado tiene derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos en él o afecte significativamente de modo similar<sup>39</sup>. A destacar que en una intermediación su actividad por excelencia es la de “elaboración de perfiles” y que ello, sin lugar a dudas, tiene efectos jurídicos en el demandante de empleo y, por efectos derivados, también en la empresa que realiza la oferta de empleo. Por tanto, la obligatoriedad de que la intermediación laboral no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados se impone y se imponía con antelación a lo que se establezca en la Ley de Empleo, de modo que no es algo que derive como novedoso por

---

<sup>38</sup> Artículo 3 c Ley de Empleo.

<sup>39</sup> Art. 22.1 Reglamento (UE) 2016/1679, de 27 de abril (DOUE 4 de mayo), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por la que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

parte de esta norma. Más aún, esa regla del Reglamento es tan universal que abarca cualquier otra entidad que sin realizar intermediación procese datos en el marco de la colocación de trabajadores; por ejemplo, respecto de las empresas de selección o respecto de la puesta a disposición por parte de las empresas de trabajo temporal o por parte de las plataformas digitales de reparto de mercancías en el momento de asignar encargos a sus trabajadores. Incluso, la previsión legal en la Ley de Empleo no podría interpretarse como una fórmula de reforzamiento de la imposibilidad de tratamiento automatizado de los datos, por cuanto que estuviera excluyendo a todos los efectos las excepciones que se permiten a esta imposibilidad conforme a lo establecido por el propio Reglamento de la Unión Europea<sup>40</sup>. Si bien no cabe impedir que los Estados miembros sean más rigurosos, en términos tales que acoten mejor el juego de la excepción para cada caso concreto, lo que entendemos que no puede hacer el ordenamiento interno de los Estados miembros es eliminar por completo las excepciones contempladas por el Reglamento UE, ni siquiera es pensable que la Ley de Empleo estuviese pensando en llevar a cabo tal tipo de supresión completa.

---

<sup>40</sup> “2. El apartado 1 (imposibilidad de tratamientos automatizados) no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado”.