

El procedimiento de colocación, revisitado

- Sumario: A) *La necesaria impregnación constitucional de la normativa primaria.* B) *Los actos previos a la mediación.* 1. *La terminación del contrato de trabajo.* 2. *Causa justificada para amortizar vacantes.* 3. *Inscripción en las listas de solicitantes de empleo.* 4. *Actuaciones previas del Servicio Público de Empleo.* C) *La relación triangular de mediación.* 1. *Control público de la mediación y titularidad de la potestad selectiva.* 2. *Los procedimientos de colocación: las peticiones nominativa, numérica y anónima.* a) *Petición nominativa.* b) *Petición numérica.* c) *Petición anónima.* 3. *El procedimiento español.* a) *Las ambigüedades legales.* b) *Principios de actuación del Servicio Público de Empleo.* a') *Legalidad.* b') *Objetividad.* c') *Veracidad.* d') *Diligencia.* c) *Los criterios de prelación de candidatos.* d) *La responsabilidad por daños del Servicio Público de Empleo.* e) *Libertad de contratar y no discriminación.* f) *Rechazo por el candidato de una oferta adecuada de empleo.* D) *Supuestos especiales.* 1. *Minusválidos.* 2. *Extranjeros.* 3. *Colocación interterritorial.* a) *Compensaciones internas.* b) *Compensaciones internacionales.* 4. *Servicios de Trabajo Temporal.* a) *Trabajos de colaboración social.* b) *Trabajos en puertos de interés general.* c) *Asistencia hospitalaria concertada de la Seguridad Social.* 5. *Empleo comunitario.*

A) LA NECESARIA IMPREGNACION CONSTITUCIONAL DE LA NORMATIVA PRIMARIA

La Ley sobre el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Básica de Empleo han consagrado en 1980 la concepción tradicional del procedimiento de colocación, como instrumento auxiliar de la iniciativa privada en la búsqueda de contratos de trabajo; una ida absolutamente liberal, plena de confianza hacia la bondad del mercado y sus leyes fácticas, y recelosa del intervencionismo público. En su fondo late «el principio de subsidiaridad» de lo público, olvidando las admoniciones de los mismos padres del liberalismo político sobre los peligros de la ley natural: considerando que el mercado de trabajo opera en el ámbito de la economía, de la administración de las cosas, antes que en el ámbito de la política, de la administración de las personas, la legislación sobre el empleo ha seguido hasta ahora fielmente los postulados del liberalismo económico que formulara Adam SMITH. Y así, se ha dicho que la actividad de mediación pública en el empleo no pasa de ser, entre nosotros, mera certificación burocrática de encuentros contractuales, instrumento de racionalidad informativa de demandas y ofertas de trabajo¹. La selección de la

* Profesor Agregado de Derecho del Trabajo, Universidad de Sevilla.

¹ VALDÉS: *Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo*, «RPS», 117 (1978), pág. 59.

contraparte la realizan los propios interesados, y concretamente el empleador, como línea de tendencia cuando el pleno empleo no existe. Las leyes no interfieren los hábitos del mercado al fijar imperativamente un procedimiento de colocación, pues desean sencillamente aportar transparencia a un tráfico marcado por la separación y el desconocimiento entre las dos partes genéricas de la contratación, los empleadores y los trabajadores: del análisis que sigue podremos deducir como principio general del ordenamiento español que la selección de trabajadores se deja al arbitrio de las empresas, sin ninguna homologación o control garantizador del interés general. La mediación del Instituto Nacional de Empleo sólo se diferencia de un contrato de mediación mercantil en que viene impuesta *ex lege*, pero la diferencia decae en los casos en que ésta llega a ser obligatoria; por lo demás, el objetivo es el mismo, aportar una información de la situación del mercado a los concretos interesados y también a terceros.

Tras la Constitución de 1978, sin embargo, este esquema tradicional sufre una profunda transformación en sus objetivos que altera de raíz su anodina posición secundaria. No encontraremos, ciertamente, en la Ley fundamental una referencia al procedimiento de colocación privada del tipo prescrito para la selección de funcionarios en el artículo 103, donde viene consagrado «el acceso a la fundación pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad»². Pero sí encontraremos ciertos mandatos a los poderes públicos y determinados derechos fundamentales que forzosamente inciden en la regulación aquí comentada, dotándola de elevadas miras y haciendo necesaria la urgente integración de los amplios silencios legales. El procedimiento de colocación se define ahora como el vector resultante de tres fuerzas constitucionales: la primera, el mandato a los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40) estimula la multiplicación de fórmulas y cauces para la colocación, especialmente el fortalecimiento del servicio público de empleo; la segunda, compuesta por los derechos fundamentales al trato igual y a la libre elección de profesión u oficio (arts. 14 y 35), se opone a todo cuando signifique para el individuo la pérdida de una oportunidad de colocación a tono con sus aptitudes a causa de la arbitrariedad, la falta de información, la fatalidad, en suma: de todo factor que disminuya injustamente el grado de libertad atribuible a un ciudadano en la búsqueda de oportunidades laborales³; la tercera, desperdigada en cuatro artículos de perfil econó-

² Criterios de difícil aplicación, no obstante venir formulados en leyes ordinarias con bastante anterioridad al texto constitucional: con cierta resignación, los comentaristas apuntan que las discriminaciones conscientes son mucho más difusas en el empleo público, a pesar de los concursos y las oposiciones, debido a la escasa capacidad de funcionamiento de las estructuras de reclutamiento, y a la gran cantidad de aspirantes, que hacen imposible no introducir criterios subjetivos y discriminatorios: MARIANETTI, intervención en el debate sobre reforma de la colocación, ocupación y política de mano de obra, en el número especial sobre *Collocamento e mercato de lavoro*, de los «Quaderni di Rassegna Sindacale», 61 (1976), pág. 8. A mi juicio, los abusos del poder político para favorecer a su clientela en la colocación funcional no son mayores, sino quizá equivalentes, a los del poder económico para favorecer a la suya en la colocación laboral.

³ El principio de igualdad ante la ley del artículo 14, Const., ha visto reconocida su eficacia frente a particulares (*Drittwirkung*) por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Sentencias de 2 de julio y 23 de noviembre de 1981, y por la doctrina científica, de forma mediata a causa de la regulación del artículo 41, 2, LOTC, es decir, siempre que su violación viniera consentida por una sentencia judicial; cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO: *El principio de igualdad y las relaciones laborales*, «RPS», 121 (1979), páginas 389 y 390; del mismo, *No discriminación en las relaciones laborales*, apud. BORRAJO

mico, prohíbe las discriminaciones positivas en el empleo, es decir, la selección de trabajadores afines a la empresa en detrimento de otros más capaces: colocar individuos de bajo rendimiento rechazando otras opciones claramente mejores rompe desde luego la productividad de las empresas, y tolerado a gran escala, supone una fuerte traba al progreso y al desarrollo económico, por lo que chocaría con el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para que defiendan la productividad en las empresas libres (art. 38), fomenten el progreso social y económico (art. 40), desarrollen todos los sectores económicos (art. 130), así como socavaría el principio de que toda la riqueza del país está subordinada al interés general (art. 128).

¿Cómo insertar los portulados constitucionales en el rancio procedimiento de colocación mantenido por las leyes ordinarias? Problema de múltiples ramificaciones y de radicales consecuencias, que abordaremos estudiando cómo está regulado actualmente dicho procedimiento en la legislación española diaria, para introducir los elementos ausentes en el diseño, y exigidos por la malla constitucional.

B) LOS ACTOS PREVIOS A LA MEDIACION

1. La terminación del contrato de trabajo

El procedimiento de colocación comienza, antes de tomar contacto las partes por intermedio de la oficina de empleo, con la imposición de dos obligaciones legales dirigidas a obtener esa información del mercado laboral que es la clave de la intervención pública: por un lado, trabajadores y empleadores deben comunicar al Instituto Nacional de Empleo la terminación del contrato de trabajo cuando se produzca, por otro, el trabajador debe inscribirse en las listas de parados disponibles que obran en el propio INEM. De inmediato llama la atención la forzosidad de unos actos cuya trascendencia dista mucho de estar clara, dado que la terminación del contrato de trabajo no coincide necesariamente con la necesidad de contratar a un nuevo trabajador o de colocarse nuevamente, e incluso acaecen con motivo de la terminación de contratos numerosos supuestos de amortización de puestos de trabajo o de retirada «voluntaria» del mercado laboral por parte del trabajador desempleado⁴;

et al., *El Estatuto de los Trabajadores*, vol. IV, Madrid, 1983, pág. 334 y sigs.; QUADRA: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, pág. 47 y sigs.; PALOMEQUE: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, 1983, pág. 87 y sigs.; MARTÍNEZ EMPERADOR: *Despido discriminatorio y recurso de amparo constitucional (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23-11-1981)*, «REDT», 10 (1982), pág. 261 y sigs. En cuanto a la libre elección de profesión u oficio proclamada por el artículo 35 Const., tendría aquí oportunidad de hallar una vía de expresión, solventando así las dudas sobre su operatividad, al haberse dicho que el juzgar si la actividad desarrollada se conforma a las dotes naturales o a la capacidad adquirida por el estudio no es siquiera pensable en un sistema como el nuestro, pues sería «una libertad liberal, si alguna vez hubo alguna»: MANCINI: *Articolo 4*, apud BRANCA et al., *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Bolonia, 1975, pág. 266.

⁴ La disminución de la población activa por la retirada de numerosas personas que, estando en edad laboral, vienen desanimadas por la situación del mercado y prefieren abandonar sus pretensiones de un trabajo subordinado —especialmente jóvenes, mujeres casadas y trabajadores maduros— ha sido constante en España en la década de los setenta y en la actual, a pesar del crecimiento vegetativo de la población en general. La población ocupada pasó de 12.160.100 personas en 1976, a 10.777.700 en 1982: TAMAMES et al., *Anuario El País*, 1983, Madrid, 1983, pág. 316.

no obstante, la obligación de comunicar el término del contrato tiene ciertas finalidades que vamos a ver inmediatamente.

Las normas reguladoras de esta obligación de comunicar la sitúan en un momento posterior a la obligación de solicitar del INEM los trabajadores que se necesiten para ocupar vacantes en la empresa, lo cual coincide con la realidad en empresas de nueva creación, cuando el centro de trabajo ha quedado listo para iniciar su funcionamiento y han de reclutarse los primeros trabajadores, pero no es este el supuesto normal consistente en la sustitución o rotación de trabajadores en un puesto de trabajo más o menos antiguo; al situar el legislador en primer lugar el reclutamiento y después la terminación del contrato nos movemos en una lógica abstracta que dificulta la visión de algunos problemas reales, y en especial el de si podrían los sindicatos o los representantes de personal comunicar la terminación de los contratos, y el de si es de alguna manera obligatoria la cobertura de la vacante producida por dicha terminación.

El artículo 42 de la Ley Básica de Empleo impone la obligación de comunicar el fin del contrato al trabajador y empleador afectados⁵, y ello parece cerrar la puerta a otros sujetos probablemente interesados en propagar la noticia: no sólo el propio INEM, sino los sindicatos, los representantes de personal e incluso las organizaciones benéficas o sociales comprometidas en la lucha contra el paro estarían dispuestas a «rastrear» los empleos disponibles y a dejar constancia de las nuevas posibilidades surgidas. La concurrencia de tan variados sujetos pone de relieve que el artículo 42 de la Ley Básica de Empleo sólo impone la obligación a determinadas personas, pero no es una norma prohibitiva para otras eventuales acciones; la cuestión a plantear, en consecuencia, es la de si los mencionados terceros poseen un interés, un derecho o un deber de comunicación que obviarán las numerosas omisiones de las ex partes del contrato. Por cuanto hace al INEM, sus cometidos de equilibrar el mercado y de política activa de empleo le imponen como deber jurídico en sentido estricto la constatación de oficio de las vacantes que se van produciendo, con la colaboración actualmente de la Inspección de Trabajo, deber en el cual vendría incluido el estimular al empleador para la cobertura del puesto de trabajo. Los sindicatos, cuyo protagonismo mediador en otras épocas ha quedado puesto de relieve por los análisis históricos, no demuestran al presente demasiado entusiasmo en asumir por sí mismos las tareas de colocación, aunque probablemente cumplirían una eficaz labor en lugares y sectores a donde no penetra la red de oficinas públicas, y supondría para ellos un venero de afiliación; a los sindicatos resulta fácil hasta cierto punto conocer la situación del empleo en las empresas medianas y grandes, e incluso en las pequeñas donde tienen implantación, y pueden centralizar el flujo informativo hacia el INEM con menos recelos e incertidumbres que el trabajador individual, escasamente conocedor de la legislación al uso: la promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios

⁵ El artículo 16 de la LET sólo la exige al empleador, en una discrepancia notable para dos leyes tan cercanas en el tiempo, y que tendrá alguna repercusión en materia de sanciones por el incumplimiento, aparte de resolverse con la prevalencia de la lex posterior, es decir, de la Ley Básica de Empleo: en este sentido, para las discrepancias entre los artículos 16, LET, y 44, LBE, de parecido tenor, ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, pág. 392

(artículo 17 Const.), y su presencia en los órganos colegiados del INEM engranan con los planteamientos de clase de un sindicalismo que no puede constreñirse a los trabajadores ocupados para hacerlos titulares cuanto menos de un derecho a colaborar con el INEM en este aspecto⁶. Los representantes legales del personal, por su parte, pueden estar interesados en evitar una reducción de plantilla por diversas razones, que van desde su propia desaparición o debilitamiento por el condicionante numérico a que vienen sujetos, hasta el empeoramiento de las condiciones laborales del personal restante, pasando por los imperativos de la solidaridad de clase; pero al contrario, en otras ocasiones chocarían con las expectativas futuras del personal al que representan si intervinieran en la incorporación de nuevos trabajadores a la empresa, y si la razón de ser que los anima es justamente administrar el interés colectivo del personal, no puede adscribirse un derecho a comunicar las vacantes existentes, sino un *interés legítimo* a coadyuvar al efecto con el INEM en los casos concretos en que ello pueda beneficiar al personal representado: ciertamente, el artículo 64, 1, 3, a), LET, atribuye a los comités de empresa la emisión de informes a la autoridad laboral en todo supuesto de extinción o suspensión, por causas económicas o tecnológicas, de contratos⁷, y el artículo 61, LET, considera a los representantes como el órgano de «participación» de los trabajadores en la empresa, por lo que si la obligación de comunicar las vacantes al INEM atañe a la empresa, también «participarían» de la obligación los representantes obreros, argumentos ambos desechables, ya sea porque el informe a la autoridad laboral no puede considerarse extensible al INEM, ya sea por la falacia de la participación en su pintoresca versión subrogatoria⁸. Finalmente, otras entidades, como ciertas organizaciones profesionales⁹, asociaciones juveniles¹⁰, colegios profesionales¹¹, etc., pueden comprender dentro de sus fines estatutarios este tipo de

⁶ No creo, por el contrario, en la existencia de una obligación jurídico-privada del sindicato frente a sus afiliados en paro, excepto cuando los estatutos o acuerdos del mismo así lo previeran; especial interés por colaborar en la detección de vacantes tendrían los sindicatos de mujeres y de parados, careciendo la ilicitud de los últimos, declarada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 11 de abril de 1979 (tres sentencias), 6 y 15 de diciembre de 1979 y 21 de marzo de 1981, de justificación en nuestro ordenamiento: me remito a lo dicho en mi *Derecho sindical*, Madrid, 1980, págs. 113 y 114. Sindicatos de mujeres existen ya desde la Edad Media y Moderna en las ciudades importantes, como París o Sevilla: *vid.* CARANDE: *Sevilla, fortaleza y mercado*, Sevilla, 1975, página 51; SÁNCHEZ BURSON: *La relación laboral en la Sevilla del Antiguo Régimen*, en curso de publicación; en cuanto a los sindicatos de parados, es habitual encontrarlos en Derecho comparado europeo. Los pronunciamientos jurisprudenciales antevistos no impiden la existencia de numerosos sindicatos de parados en nuestro país, que han celebrado en marzo de 1983 su primera reunión a nivel estatal para aprobar una tabla reivindicativa donde se pide una política económica contra el paro, derogación de la LBE, participación en el control de las oficinas de empleo, etc.

⁷ Artículo 64, LET, en relación con los artículos 47 y 51, LET, y con el Decreto 696/1980, de 14 de abril, sobre modificación, suspensión y extinción de las relaciones de trabajo.

⁸ Planeando en contra de las ampliaciones mencionadas se encuentra el deber de sígilo adscrito a la representación de personal por el artículo 65, 2, LET, el cual menciona expresamente la reserva en torno a los informes emitidos respecto a extinción y suspensión de contratos por causas económicas y tecnológicas.

⁹ En los últimos años, las Asociaciones de Médicos en Paro de diversas provincias han mostrado particular actividad en las reivindicaciones de empleo, sobre todo en la denuncia de situaciones límite de pluriempleo médico o de faltas de deontología, y bien podrían extender su acción a estas cuestiones.

¹⁰ Especialmente sensibles al paro se manifiestan las «juventudes» de los partidos de izquierda y organizaciones juveniles de la Iglesia Católica, bien que sin profundizar excesivamente en el tema de la plena utilización de los puestos de trabajo.

¹¹ Ley catalana de Colegios Profesionales, de 17-12-1982, artículos 4.º, 1, b) y 4.º, 1, c).

actividades, y numerosos ciudadanos tendrán un interés directo en agilizar la eventual cobertura de esos puestos de trabajo, v. gr., por tratarse de la profesión u oficio poseídos, de manera que todos ellos tienen legitimación para coadyuvar con la Administración del empleo: no nos hallamos ante una acción pública, aunque por la amplitud de quienes pueden intervenir se aproxima bastante.

2. Causa justificada para amortizar vacantes

Como hemos visto, la legislación vigente distingue y separa la comunicación de fin de un contrato, de la petición de candidatos por el empresario para cubrir el puesto vacante, en su caso; ello significa la independencia o autonomía entre uno y otro actos jurídicos, y así, cabe el cumplimiento del primero sin necesidad de pasar luego al segundo, pues desde el lado del empresario existen dos justificaciones posibles: una, la temporalidad del contrato ahora finiquitado, y otra, la amortización del puesto de trabajo en cuestión. Sin embargo, las razones expuestas no son universales, y requieren sustanciales matizaciones: un contrato temporal puede adscribirse a un puesto de trabajo permanente, a virtud de la legislación de coyuntura últimamente plasmada en los Decretos 1445/1982 y 3887/1982, sobre fomento del empleo, por lo que se extinguirá la relación laboral, pero no por ello el puesto de trabajo, o dicho de otra manera, la necesidad de ese trabajo en la empresa; de modo que no podría argüirse en estos casos la inexistencia objetiva vacante, y el empleador debería ceder a los derechos y principios constitucionales, no descuidando la petición de nuevos trabajadores; claro que el empleador tiene una segunda baza en su poder, a no confundir con la negligencia o desidia, y es la voluntad consciente y deliberada de amortizar el puesto de trabajo: la mayoría de las Reglamentaciones de Trabajo vigentes declaran esta libertad¹², y la exigencia legal de consentimiento de los representantes obreros o autorización administrativa se refiere a la suspensión o extinción de relaciones laborales, no de vacantes; sólo algunas débiles barreras obstaculizan este poder patronal, cuales son algunas Reglamentaciones de Trabajo¹³, los Decretos de reconversión de sectores en crisis en cuanto limiten el número de despidos en el sector¹⁴, y los acuerdos colectivos que consagran el mantenimiento del

En especial, el nuevo Estatuto de la Organización Médica Colegial, Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, asigna como competencia a los Colegios Médicos en su artículo 3.º, 4 «la colaboración con los poderes públicos en la consecución... del ejercicio de la Medicina»: BORRAJO: *Colegios Profesionales y sindicatos en el sector médico*, «RSS», 15 (1982), páginas 157, 168 y 169.

¹² Conforme al siguiente texto o parecido: «Aun dentro de la plantilla inicial y sucesivas, las empresas podrán amortizar libremente las vacantes que se produzcan por cualquier causa, sin perjuicio de la promoción del personal existente por vía de ascenso»: así, *Ordenanza laboral de la Construcción, Vidrio y Cerámica*, de 28 de agosto de 1970, artículo 66; *OL. Limpieza de edificios y locales*, de 15 de febrero de 1975, artículo 19; *OL. Radiodifusión*, de 31 de enero de 1977, artículo 25; libertad con simple comunicación a la autoridad laboral y/o a los representantes de personal, en *OL. Siderometalúrgica*, de 29 de julio de 1970, artículo 13; *OL. Junta de Energía Nuclear*, de 10 de marzo de 1976; artículo 34; *OL. Prensa*, de 9 de diciembre de 1976, artículo 48; *OL. Industria Azucarera*, de 19 de noviembre de 1975, artículos 52 y 53.

¹³ Exigen autorización administrativa para reducir la plantilla de puestos de trabajo. Cfr. MONTAYA: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, pág. 475. El incumplimiento no conlleva la obligación de cubrir vacantes, sino de una mera sanción pecuniaria.

¹⁴ El desbordamiento de cuyo número tampoco supone la nulidad del despido, sino la falta de subvenciones y demás ayudas estatales, señaladas por la Ley 21/1982, de 9 de

empleo a cambio de congelación salarial¹⁵. Ahora bien, toda libertad tiene sus límites en el mundo del Derecho, y consentir la arbitraria eliminación de puestos vacantes chocaría frontalmente con los numerosos preceptos constitucionales anteriormente analizados, permitiendo un comportamiento antisocial que pondría en peligro las serias expectativas de otros ciudadanos. A mi juicio, la Constitución ha introducido en nuestro ordenamiento la necesidad de una causa razonable, de un *giustificato motivo*, para suprimir una vacante y, en consecuencia, para no concurrir al mercado de trabajo ofreciendo el empleo disponible: al INEM compete, por sí o por delegación, indagar las razones, que deberá suministrar el empleador so pena de incurrir en responsabilidad¹⁶.

La no comunicación del fin de un contrato acarrea la posibilidad de una sanción económica impuesta por el Ministerio de Trabajo al empresario infractor¹⁷.

¿Cuáles son los fines perseguidos por la obligación de comunicar? Tenemos ya los datos necesarios para conocerlos, y consistirían en los siguientes:

1. Información del mercado potencial de trabajo, a efectos de estadísticas y de planificación de políticas activas de mano de obra.

2. Control del empleo frente al empresario, en razón a la amplia gama de bonificaciones y subvenciones dependientes unas veces de la subsistencia del contrato de trabajo¹⁸, otras, de su extinción¹⁹.

junio —no así las eventuales de la Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo—, y la tramitación de los despidos por los trámites ordinarios.

¹⁵ Cuyo incumplimiento generaría en el mejor de los casos acciones conflictivas por los sindicatos firmantes, dada la renuencia de los empresarios a garantizar el cumplimiento, como ha probado la experiencia italiana de «gestión común de la crisis» desde 1974, según he analizado en mi libro *El control sindical de las empresas en Italia*, Madrid, 1981. En España han proliferado, pudiendo citarse a título de ejemplo, el CCT, RENFE, de 21-12-1981, cláusula 11, y varios CCT del Campo andaluzes. Véanse convenios colectivos de 1978 a 1981 en GONZÁLEZ-POSADA: *Los convenios colectivos de eficacia general y su aplicación a las PYME*, apud VALDÉS *et al.*, *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid, 1982, pág. 145 y sigs., diferenciando entre aquellos que poseen «cláusulas de defensa de la plantilla laboral» y los que contienen «cláusulas de fomento del empleo», y otros con cláusulas de control sindical, o contratación exclusivamente por vía de las Oficinas de Empleo; también, CRUZ GARCÍA-MURCIA: *La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)*, por aparecer en «RPS», 137 (1983).

¹⁶ Como veremos *infra*, el procedimiento de colocación español no contempla expresamente un mecanismo de garantía en beneficio del o los trabajadores afectados, el cual debe inducirse del ordenamiento en general.

¹⁷ Artículo 34, Ley Básica de Empleo; la no comunicación se considera falta leve por el artículo 32 del mismo cuerpo legal, que no contempla en cambio falta ni sanción alguna al trabajador por dicho motivo en sus artículos 33 y 35.

¹⁸ Ayuda fiscal al empleo, reducción de cuotas a la Seguridad Social, subvenciones por creación de puestos de trabajo, y otras: cfr. la Ley 21/1982, de reconversión industrial, concierto INFEM-CEOE de 3 de marzo de 1982, y los Decretos 1445/1982 y 3887/1982, sobre fomento del empleo, principalmente. Cfr. OIT: *Fiscal Measures for employment promotion in developing countries*, Ginebra, 1974; CALLE: *Política fiscal y empleo*, Madrid, 1981; PREST: *Incentivos fiscales al empleo*, «RIT», 83 (1971), pág. 353 y sigs.; FRAILE: *Incentivos fiscales al empleo: un estudio*, «Crónica Tributaria», 33 (1980), página 85 y sigs.

¹⁹ Ayudas para la jubilación anticipada de trabajadores desde los 60 años, subrogación del Fondo de Garantía Salarial en las indemnizaciones por despido debidas por empresarios insolventes, o con menos de 25 trabajadores, etc.: cfr. Orden Ministerial de 22 de enero de 1982 sobre el plan de inversiones de la Unidad Administradora de Protección al Trabajo, y artículos 33 y 56, LET.

3. Control del empleo frente al trabajador, debido a las prestaciones, subsidios y demás ayudas pecuniarias y en especie reconocidas a los desempleados con derecho a ellas. Probablemente sea esta la motivación principal de la obligación analizada, debido a los ingentes costos financieros de la cobertura del desempleo, y quizá por ello el legislador insista ante el empresario, y no ante el trabajador, a la hora de exigirla.

3. La inscripción en las listas de solicitantes de empleo

Al trabajador compete, además de comunicar la extinción de su contrato, inscribirse como solicitante de empleo en el registro de parados del INEM, por lo común en unidad de acto, pero no necesariamente: el artículo 42, 2 de la Ley Básica de Empleo subraya la autonomía de la inserción en el registro al expresar que «los trabajadores estarán obligados a inscribirse en las Oficinas de Empleo cuando hayan de solicitar ocupación», lo cual supone una diferenciación temporal —la obligación nace en el momento de buscar ocupación, y no antes— y una diferenciación personal, pues quienes solicitan empleo pueden ser, a más de los que perdieron el anterior, jóvenes aspirantes a un primer empleo, «desanimados» que reingresan en el mercado de trabajo, o simplemente demandantes de un cambio de empleo²⁰. A diferencia de la obligación de comunicar el fin del contrato, ésta de inscribirse queda reforzada con una —en principio, grave— sanción al incumplimiento, pues el trabajador que demora el registro más de quince días a contar desde la terminación del contrato anterior o desde la resolución judicial o administrativa declaratoria de la terminación involuntaria²¹, pierde las prestaciones aseguratorias del período temporal comprendido entre la extinción del contrato y la tardía inscripción en el INEM (art. 36, RPD); sanción irrelevante, a decir verdad, para la mayor parte de los trabajadores, debido a los grandes «agujeros» causados en la cobertura aseguratoria del desempleo por los fuertes requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a ella^{21 bis}.

Los textos legales no resuelven con claridad la cuestión de dónde debe efectuarse la inscripción, pues el trabajador puede estar convencido de la inutilidad del registro en su localidad, y estimar mucho más eficaz acudir a las

²⁰ La independencia entre la comunicación de fin del contrato y la inscripción registral como parado existía en la legislación anterior, como señala VALDÉS: *Proceso de colocación*, pág. 45. Debe reconocerse también lo apuntado en páginas anteriores, en cuanto al abandono del mercado de trabajo por parte de numerosos parados, que no llegan a inscribirse en el INEM. Respecto al concepto de «trabajador» utilizado por el artículo 42, LBE, se interpreta en sentido amplio por el INEM a la hora de admitir inscripciones de jóvenes en busca de primer empleo, a diferencia de la interpretación estricta seguida para el otorgamiento de las prestaciones y subsidios por desempleo en nuestro país, consecuencia del artículo 172 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 —«quienes... pierdan su ocupación»—, ahora sustituido por el artículo 17 de la Ley Básica de Empleo, manteniendo no obstante el concepto estricto.

²¹ A tenor de los diversos supuestos de trabajadores temporales y de despidos improcedentes o por fuerza mayor, crisis y otras causas objetivas, contemplados por el Reglamento de Prestaciones por Desempleo 920/1981, de 24 de abril, artículo 31 y siguientes; dicho RPD califica el plazo de quince días como de caducidad, haciéndose eco de una jurisprudencia surgida en 1976 «sin base ni justificación alguna», en opinión de LÓPEZ GANDÍA: *El régimen jurídico de la prestación por desempleo, tras el Reglamento de desarrollo de la LBE (algunos apuntes críticos)*, «RSS», 15 (1982), págs. 270-271.

^{21 bis} En diciembre de 1982, la cobertura de la prestación por desempleo era sólo del 37,44 por 100 de los parados, según datos del INEM recogidos por TAMAMES *et al.*, *Anuario*, pág. 316.

oficinas de empleo de localidades con mayores expectativas de empleo. La Ley de Relaciones Laborales de 1976 había ordenado la inscripción en la oficina de empleo del domicilio del trabajador, y la doctrina había precisado, en consecuencia, que había de ser una sola inscripción²², estando prohibida la inscripción múltiple, y que «domicilio» significaba el lugar de residencia efectiva, no el de residencia legal²³. En la actualidad, la prohibición de inscripción múltiple ha desaparecido, pues el artículo 42, 2, LBE, habla de inscripción «en las oficinas de empleo»; la duda queda suscitada por el artículo 7.º del Reglamento de Prestaciones por Desempleo 920/1981, el cual reconoce el derecho a prestaciones aseguratorias a los inscritos en la correspondiente oficina de empleo: expresión que parece circunscrita a la necesidad de inscribirse en la oficina de su domicilio efectivo para percibir las prestaciones mencionadas, sin ningún matiz prohibitivo en cuanto a la pluriinscripción, que tampoco viene sancionada, a despecho de sus pretendidos inconvenientes²⁴. De hecho se constata la práctica de la inscripción en diversas oficinas y localidades, e incluso en la misma oficina para diversas profesiones, por la evidente concentración de los parados en «bolsas» geográficas y/o sectoriales, no diluida por los ineficaces servicios de compensación interterritorial²⁵. Sus inconvenientes sólo podrán evitarse en el futuro, cuando los ordenadores permitan un registro general de parados, de empleos, y de su constante ajuste.

4. Actuaciones previas del Servicio Público de Empleo

El INEM ha de proceder, por su parte, a ordenar las inscripciones en registros o ficheros según criterios uniformes, para facilitar la posterior selección. La aplicación de ordenadores electrónicos, urgente necesidad en estos tiempos de crisis, y habida cuenta de las positivas experiencias en otros países, no se está produciendo con la deseable rapidez, ni siquiera en Madrid y Barcelona²⁶. Tampoco cuida normalmente el INEM de verificar los datos suministrados por el inscrito, ni de efectuar tests de aptitud que puedan de alguna forma objetivar y respaldar posteriormente ante el empleador el envío de los inscritos más idóneos para el puesto ofrecido²⁷. Los registros o ficheros se

²² NINET: *La colocación en la Ley Básica de Empleo*, «RSS», 12 (1981), pág. 134, quien encuentra varias justificaciones para ello, y no exclusivamente la clarificación burocrática a efectos de causación del derecho a prestaciones por desempleo.

²³ VALDÉS: *Proceso de colocación*, pág. 47.

²⁴ Resta transparencia al mercado de trabajo, dificulta la política de empleo y conculca el principio de igualdad: VALDÉS, *op. cit.*, pág. 47.

²⁵ A pesar de que el INEM mantiene el criterio simple, como expresa en el folleto *Estadística de Empleo*, Madrid, mayo, 1982, pág. 12: «Los demandantes de empleo se inscriben en las Oficinas de Empleo del INEM que les corresponden, de acuerdo con su domicilio; y los ofertantes comunican el puesto de trabajo vacante existente en la Oficina de la localidad donde ésta se produzca». Posteriormente, el INEM ha liberalizado la inscripción, permitiendo hacer una sola, pero en cualquiera de sus oficinas.

²⁶ El INEM abandona paulatinamente sus funciones mediadoras ante la sobrecarga de las prestaciones por desempleo, como sucedió en otros países; la posible conexión a los ordenadores del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social plantea el inconveniente de la diversidad de sistemas de difícil o imposible coordinación en los heteróclitos ordenadores utilizados por los tres centros nacionales y por los territoriales de informática del Ministerio. Cfr. GONZÁLEZ SANCHO: *La gestión de la protección por desempleo: el INEM*, «RSS», 12 (1981), pág. 250; SÁEZ FERNÁNDEZ: *Movilidad laboral y servicios públicos de empleo en España*, «Papeles de Economía Española», 8 (1981), página 277, para las peticiones de informatización del sistema realizadas por los expertos.

²⁷ Los tests de aptitud forman uno de los cometidos habituales en los Servicios Públicos de Empleo de otros países, destacando el de los Estados Unidos a través de una

dividen tradicionalmente por sectores de actividad, y, dentro de ellos, por grupos profesionales; en la actualidad se utiliza la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, y la Clasificación Nacional de Ocupaciones, elaboradas por el INEM e inspiradas en las realizadas hace años por la OIT²⁸. De tiempo en tiempo, el legislador siente la necesidad de crear registros especiales para colectivos específicos de desempleados²⁹, expresión en España de los «programas especiales» para similares colectivos que conocen otros países. En cada registro, los solicitantes vienen inscritos por orden de llegada³⁰, facilitando posteriormente su presentación al empresario a tenor del tiempo de espera. La legislación vigente silencia estas cuestiones, probablemente por su inutilidad en un procedimiento donde la última palabra la tiene el empleador, y tiende a confiar en técnicas financieras y fiscales de fomento del empleo para hallar ocupación a los colectivos marginados.

C) LA RELACION TRIANGULAR DE MEDIACION

1. Control público de la mediación y titularidad de la potestad selectiva

Con la inscripción de los solicitantes de empleo en las listas del INEM culmina la fase previa, y puede comenzar el procedimiento de colocación propiamente dicho, con una dinámica que pone en contacto al empleador-ofertante, al INEM-mediador, y al trabajador-solicitante. Para comprender con nitidez la regulación legal hemos de clarificar previamente dos cuestiones teóricas que polarizan el debate científico: el control público de la mediación, y la potestad para seleccionar al trabajador idóneo.

A pesar de la opinión positiva hacia el reconocimiento de las agencias privadas de colocación, retribuidas o gratuitas, paulatinamente dominante a nivel internacional, y de las autorizadas voces defensoras en los últimos años de acabar con el monopolio público de la mediación en los países donde todavía rige³¹, no debemos confundir la prohibición de mediaciones privadas con la

combinación entre el Servicio CETA —Comprehensive Employment Training Act— y los Job Banks informatizados: *vid.* JIMÉNEZ DE LA ESPADA: *Informe sobre el Servicio de Empleo en los Estados Unidos*, apud VVAA: *Jornadas técnicas sobre concertación social y empleo*, Madrid, 1982, págs. 334 y 335. La Resolución de 27 de diciembre de 1982, del INEM, suprime pruebas de calificación profesional para determinadas actividades.

²⁸ Aprobadas ambas, respectivamente, por Decretos 25018/1974, de 9 de agosto, y 2240/1979, de 14 de agosto. El Servicio de Empleo de los Estados Unidos había aprobado su Diccionario de Profesiones en 1934. Véase sobre el tema RULL, «Revista de Trabajo», 3 (1968).

²⁹ De aprendices y de mujeres, la Orden Ministerial de 29 de septiembre de 1920, artículo 8.º; de mujeres, minusválidos y «readaptados», la Ley de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931, artículo 4.º; de aprendices, minusválidos y trabajadores a tiempo parcial, el Reglamento de Colocación Obrera de 9 de julio de 1959, artículos 45, 49 y 50. La legislación reciente sobre fomento del empleo de ciertas categorías de trabajadores ha ordenado en algún caso la constitución de registros especiales para dichas personas, como el de minusválidos por el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto —reparese en que dicho registro especial debería ya existir por haberlo ordenado el Reglamento de 1959 recién mencionado— y el de parados mayores de cuarenta años por el Decreto 1293/1970, de 30 de abril; ambos Decretos fueron derogados por el 1364/1981.

³⁰ Así, Reglamento de Colocación Obrera de 1959, artículo 51.

³¹ Significadamente, el Informe Cousté en Francia: *vid.* *El trabajo temporal (Informe Cousté: la experiencia francesa)*, Madrid, 1981, pág. 41 y sigs.; RAIMBAULT/SAUSSOIS: *L'organisation des rapports Etat-Industrie en matière d'emploi*, en «Le chômage. Politiques d'emploi et action collective», número monográfico de «Sociologie du Travail», 2 (1981), pág. 156.

obligación de comunicar al Servicio Público de Empleo la terminación y la celebración de contratos de trabajo. En efecto, esta obligación puede subsistir incluso en situaciones no monopolísticas, y se hace imprescindible para la elaboración de la política activa de empleo encomendada *ex lege* al Servicio Público; información sobre despidos y admisiones a cumplimentar por los afectados o, en su caso, por la agencia privada que medió en la negociación del contrato de trabajo.

Mayor intensidad polémica cobra el tema de la competencia para seleccionar al trabajador idóneo: ¿ha de ser un derecho del empleador, o una facultad del Servicio Público de Empleo? En tiempos pasados, cuando las oficinas públicas de colocación no existían o estaban controladas en su mayoría por los sindicatos, el debate tenía poco sentido; no así actualmente, cuando la red de oficinas públicas puede estimarse aceptable e infrautilizada, y queda garantizada su neutralidad por órganos directivos «tripartitarios» —como en nuestro país— o de composición múltiple. Quién debe seleccionar, si el empleador o el Servicio Público, supone un interrogante a resolver con nuevas perspectivas. *Prima facie*, parece obvio que quien puede lograr una mayor eficacia en la selección es el empleador interesado, y no solamente por las consecuencias económicas de una mala opción, sino también por su conocimiento de las concretas necesidades de la empresa y del entorno donde va a quedar ubicado el nuevo trabajador. Contra semejante tesis no cabe argumentar la existencia de otros criterios de selección distintos al de eficacia, en momentos de crisis económica, pues el legislador los ha abandonado expresa o tácitamente y recurre hoy a incentivos fiscales y financieros para colocar a trabajadores marginados, pero sí rebatir la propia tesis como inexacta y abocada a inconstitucionalidad: en efecto, la selección del empleador puede ser más subjetiva y arbitraria que la del Servicio Público, de cuya neutralidad hicimos mención, y su conocimiento de la empresa e interés diligente en la selección quedan invalidados por su desconocimiento pleno de los candidatos, cuando no por su proclividad hacia o contra uno determinado; en un buen número de casos, el empleador no decide por la profesionalidad del aspirante, sino por sentimientos, intuiciones o apariencias no compaginables con los principios y derechos constitucionales anteriormente analizados. En la adscripción de un puesto de trabajo no juega en solitario el derecho del empleador a organizar libremente su empresa, sino concurre con el derecho de los trabajadores a la libre elección de oficio y a la igualdad de trabajo, así como con el interés público al desarrollo económico-social. ¿Debe seleccionar, pues, un organismo imparcial, como el Servicio Público de Empleo? La selección «externa» tiene características similares al arbitraje, una técnica de solución de conflictos con amplia aceptación, pero en materia de empleo tropezamos con el inconveniente de la masificación y de la enorme riqueza de matices a ponderar: a mi juicio, el único criterio para decidir, en aplicación analógica del artículo 103 de la Constitución, radica en el mérito y capacidad de los solicitantes, lo cual nos desembaraza sólo a medias del problema, por cuanto a veces concurren solicitantes con méritos distintos, pero equivalentes³²; para superar

³² En una Circular de 2 de julio de 1982, la Dirección del INEM establece para las peticiones genéricas el *principio de aptitud e idoneidad*, considerando suprimidas las anteriores prioridades o preferencias; en caso de similar aptitud, se selecciona por la antigüedad en el registro. Estos criterios tienen el mínimo valor de una circular. La avanzada

estas dificultades, el mecanismo idóneo consiste en la aplicación analógica del procedimiento jurídico-público de «presentación», a cuya virtud designaría el Servicio de Empleo a varios candidatos, de entre los cuales decidiría el empleador su contraparte, con el aditamento posterior del período de prueba voluntario. De esta forma se compaginan los diversos intereses en liza, con un grado aceptable de ecuanimidad³³, sin necesidad de entrar en las insolubles polémicas sobre si debe tener prioridad el inscrito más antiguo, el de mayor dificultad para la colocación, el de cargas familiares superiores, etc.³⁴, argumentos a encuadrar en la Seguridad y en la Asistencia Sociales. Con ello, también, podría solventarse el tema de la colaboración de las agencias privadas con el INEM, para el caso de autorizarlas legalmente, como sería deseable.

2. Los procedimientos de colocación: las peticiones nominativa, numérica y anómica

Los procedimientos de colocación actualmente aplicados en los diversos países oscilan entre la hegemonía del empleador y la del Servicio Público de Empleo en la selección de candidatos, con mayor aceptación de la primera, y algún sistema intermedio^{34 bis}. Una clasificación a tenor de la petición efectuada por el empleador distinguiría los tres grupos siguientes:

a) Petición *nominativa*, de un trabajador determinado, con quien normalmente ha existido un contacto previo y viene requerido a la oficina de colocación por el simple objeto de cumplir el trámite legal. El empleador comunica una oferta de trabajo y simultáneamente la persona con la que va a contratar, desempeñando el Servicio de Empleo una mera labor de fedatario de la contratación directa realizada, útil para los cometidos aseguratorios y estadísticos del organismo, pero insuficiente para calificarla como mediación; de ahí que la doctrina califique desde este punto de vista a la petición *nominativim* como una «apariencia mediadora»³⁵, una mediación «pro forma», no apta para cumplir las exigencias constitucionales del procedimiento de colocación. El legislador español ha tenido ocasión de comprobar su venalidad en la efímera normativa sobre fomento del empleo de jóvenes y minusválidos de 1979-1981, al propiciar la concesión de incentivos numerosas corruptelas, pero no extraer de ello conclusiones de fondo³⁶, manteniendo la potestad del empleador para contratar directamente, como hace la mayor parte de los ordenamientos³⁷. En puridad, la petición nominativa tiene razón de ser en supuestos excep-

elaboración del Reglamento de Colocación permitirá clarificar el asunto con eficacia *erga omnes*. Ver *infra*, C.3.c.

³³ El probable supuesto de hallar únicamente un solicitante idóneo no agrava la cuestión, sino la resuelve *ab initio*.

³⁴ Constar las dudas en el debate de la CGIL sobre *Collocamento e mercato de lavoro*, citado, pág. 7 y sigs.

^{34 bis} MARIUCCI: *Intervento*, en VVAA: *Innovazioni nella disciplina giuridica del mercato del lavoro*, Milán, 1980, pág. 66, seguido entre nosotros por VALDÉS: *Servicios públicos de empleo y contratación*, pág. 194 y sigs., distingue entre modelo funcional y modelo intervencionista de colocación.

³⁵ VALDÉS: *Proceso de colocación*, pág. 51, en nota 48.

³⁶ Se limitó a suprimir la petición nominativa en la contratación fomentada por los incentivos: así, Decreto 1327/1981, de 19 de junio, sobre programa de empleo para minusválidos, artículo 3.º, derogado por el Decreto 1445/1982.

³⁷ Así, Ley danesa de 1 de septiembre de 1977; *pakistaní* de 8 de diciembre de 1976; *australiana* de 29 de agosto de 1978; *sueca* de 21 de abril de 1977; *rumana* de 5 de noviembre de 1976, etc.

cionales, como el trabajo artístico, de alta especialización o de «tendencia» —v. gr., una oficina parlamentaria—, y su predicamento actual obedece a la inercia histórica antes que a una organización racional y justa del mercado de trabajo; leyes tenidas por muy avanzadas han acabado restringiendo su uso al mínimo indispensable³⁸, a pesar de la fuerte resistencia de los empresarios a remitir una potestad tradicional.

b) Petición *genérica o numérica*, limitada a la exposición de las características del puesto de trabajo ofrecido, y dirigida *ad incertam personam* a través del Servicio de Empleo. No es en sí misma el polo opuesto a la *nominativim* antevista, pues la indecisión del empleador no conlleva necesariamente la potestad decisoria del Servicio de Empleo. Caben dos modelos alternativos: 1. Con *mediación pura*, cuando el Servicio, al recibir la petición del empleador, en vía varios candidatos, de los cuales selecciona éste el, a su juicio, idóneo; a su vez hay dos submodelos de la mediación pura, a segundas de que el empleador pueda pasar a la contratación directa de no quedar satisfecho con los solicitantes presentados³⁹, o deba por el contrario elegir forzosamente de entre los propuestos en esa o en ulteriores presentaciones del mediador⁴⁰. 2. Con *mediación vinculante*, cuando el Servicio designa y envía al candidato que debe aceptar el empleador. Se produce una «admisión obligatoria», hasta ahora utilizada con profusión en circunstancias excepcionales del país o de ciertos colectivos: así, en varios países surgió una abundante legislación sobre empleo forzoso de mutilados de guerra al terminar las dos Guerras Mundiales⁴¹, que se extendió a otros grupos de personas marginadas, como los minusválidos, deportados e internados, ex tuberculosos, e incluso a sectores sobre los que recaían las dificultades económicas con especial intensidad, como cabezas de familia numerosa o jornaleros agrícolas⁴²; esta-

³⁸ La Ley 300/1970, *italiana*, Statuto dei Lavoratori, admite las peticiones nominativas en su artículo 34 «exclusivamente para los integrantes del núcleo familiar del empleador, para los trabajadores de tendencia —'concetto'— y para los pertenecientes a concretas categorías de trabajadores altamente especializados, a establecerse por Decreto...»; los supuestos vienen ampliados por la Ley sobre «servicios de empleo, movilidad de los trabajadores e integración salarial y práctica de experimentos-piloto en materia de consignación al empleo», de 1981, artículo 9.º Sobre el práctico incumplimiento de estas restricciones se había manifestado la doctrina: ASTROLOGO/RICOLFI: *Governare il mercato di lavoro*, en SCAMUZZI *et al.*, *Riforma del collocamento e mercato del lavoro*, Milán, 1981, pág. 89 y sigs.; BRUNO: *Disoccupazione giovanile e azione pubblica*, «Il Mulino», Bolonia, 1980, pág. 265; ICHINO: *Il collocamento impossibile. Problemi e obiettivi della riforma del mercato del lavoro*, «Riforma e Potere», 47 (1982), pág. 21. Finalmente, el Acuerdo Interconfederal de enero de 1983 solicita una flexibilización urgente del sistema actual. Ley sudanesa de 13 de marzo de 1974, las admite sólo para empresas con menos de diez trabajadores, empleos de duración inferior a tres meses, familiares del empleador, apoderados y presidiarios: si la oficina de colocación no ofrece candidatos, queda abierta la contratación directa.

³⁹ Así, el artículo 16, LET: los empresarios «podrán contratar directamente cuando... no contratasen a los que la Oficina les haya facilitado»; artículo 44, LBE: «Cuando no pudiera atenderse a un oferta de empleo por no existir en el Instituto Nacional de Empleo demandantes inscritos que reúnan los perfiles profesionales que se exigen para cubrir el puesto de trabajo solicitado, a juicio del empleador, éste podrá... contratar directamente». Analizaremos estos dos artículos con mayor detenimiento más adelante.

⁴⁰ Ley sudanesa de 13 de marzo de 1974, sobre empleo, Serie Legislativa de OIT, 6 (1975), artículo 13: las empresas con más de diez trabajadores deberán solicitar a la Oficina de Colocación que le proponga uno o varios candidatos competentes, y deberá elegir uno de ellos.

⁴¹ *Italia*, Decreto-ley de 14 de junio de 1917 y leyes posteriores de 1947 y 1950; *Francia*, Ley de 26 de abril de 1924 y Decreto de 13 de enero de 1956, principalmente.

⁴² Así, en *Italia*, admisión obligatoria de minusválidos desde 1947, cabezas de familia numerosa desde 1945, deportados e internados desde 1945-1946, ex tuberculosos desde 1948, ciegos desde 1957, sordomudos desde 1958, inválidos para el servicio y sus cón-

blecían una solidaridad obligatoria de los empresarios con los grupos afectados, en una especie de beneficencia privada cuyo alcance venía restringido a un «cupo» de trabajadores en función de la plantilla de la empresa o —para los jornaleros— del número de hectáreas y naturaleza del cultivo, reforzándose la obligatoriedad mediante condenas penales o —en el segundo caso— detracciones fiscales equivalentes al empleo frustrado⁴³. Hoy día, un sector doctrinal, quizá mayoritario, considera inapropiadas las fórmulas privadas expuestas, habiendo decaído su aplicación al avanzar en su recorrido legislativo⁴⁴, y defiende la cobertura de estos grupos por la Seguridad Social; razones de dignidad social de las personas afectadas mantienen, sin embargo, las normas en vigor con leyes y proyectos de leyes aparecidos en los últimos años⁴⁵. Para nosotros, el problema capital radica en la constitucionalidad de estas medidas, pues si antes hemos llegado a una conclusión negativa respecto a la petición nominativa por el empleador, estos supuestos, en las antípodas de aquél, pueden chocar con intereses generales y con derechos fundamentales del empleador reconocidos en la Ley fundamental: ¿no estamos ante un caso de contrato forzoso, de *diktierter Vertrag*, contrario a la libertad de empresa y a la propiedad privada de los artículos 33 y 38 Const.? Para algunos, la admisión obligatoria de trabajadores implica la constitución administrativa de una relación laboral⁴⁶, si bien la *communis opinio* doctrinal observa que el rechazo por el empresario de los trabajadores asignados no lleva a la imposición forzosa del contrato de trabajo por la Oficina de Colocación, sino a una sanción penal o administrativa⁴⁷, de donde en último extremo quedan a salvo el consentimiento del empresario —*coactus, tamen voluit*— y por ello también la naturaleza contractual de la colocación, presente además en las posibilidades de extinción ofrecidas por el período de prueba posterior⁴⁸. Con

yuges desde 1950, viudas y huérfanos de guerra desde 1965, todos los cuales reciben una normativa conjunta con la Ley de 2 de abril de 1968; el imponible de mano de obra agrícola fue declarado nulo por la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de diciembre de 1958, por inspirarse sólo en el intento de aliviar el paro agrícola, sin ninguna finalidad productiva en el sentido del artículo 44 de la Constitución italiana, por lo que la doctrina ha considerado factible una asignación vinculante en el sector agrícola, si justificada en el doble fin de obtener la razonable explotación del suelo y de establecer relaciones sociales equitativas: PERA: *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milán, 1965, págs. 124 y 125; en España, donde ha sido históricamente frecuente el «reparto» de jornaleros agrícolas por acuerdo entre Ayuntamientos y terratenientes en los campos andaluces, la incipiente legislación sobre asignación obligatoria en el campo, dictada en 1932, culminó con un Decreto de 1955 que no llegó a aplicarse.

⁴³ PERA: *Assunzioni obbligatorie*, págs. 251 y 262 y sigs. En España existen asimismo «cupos» para inválidos de guerra, como tendremos ocasión de ver al estudiar el empleo de minusválidos.

⁴⁴ FRANCESCHELLI: *Considerazioni sulle proposte di riforma della disciplina delle assunzioni obbligatorie*, «Rivista Giuridica del Lavoro», 8-9 (1981), I-418 y 426.

⁴⁵ En Italia se han presentado numerosos proyectos de ley en las últimas legislaturas, a la búsqueda de un mayor realismo en la legislación de 1968; en España, el cupo obligatorio de minusválidos desapareció con el Decreto 1327/1981, de 19 de junio, reapareciendo con la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre minusválidos, artículo 38.

⁴⁶ Así, PUGLIATTI, TREVES y PERA: *vide* la exposición en este último, *Assunzioni obbligatorie*, pág. 267.

⁴⁷ Así, BARASI, SANTORO, MIGLIORANZI, NAPOLETANO, PUGLIATTI, MAZZONI, SPINELLI, SIMI, VIESTI, DE MARTINI, MORTATI, ARDAU, BRANCA, PERA: *vide*, por todos, NAPOLETANO: *Collocamento e contratto di lavoro*, Milán, 1954, pág. 69 y sigs.; PERA, *op. cit.*, página 267.

⁴⁸ La doctrina italiana polemiza sobre el uso del período de prueba para defraudar el «imponible», lo que no tiene objeto cuando el «cupo» forzoso debe estar cubierto permanentemente, y el despido de un minusválido implica la admisión de otro minusválido, pongamos por caso: cfr. PERA: *Assunzioni obbligatorie*, pág. 244 y sigs.; NAPOLETANO: *Collocamento*, pág. 46.

todo, el cumplimiento *in natura*, o si se quiere, forzoso, de una obligación semejante, no sería el primero y único caso de limitación de un derecho subjetivo, y todos los ordenamientos conocen restricciones legales en aras de la «función social de la propiedad», tan antiguas como las servidumbres de paso, de vista o de luces⁴⁹; por su parte, nuestra Constitución concibe a los derechos de propiedad y de empresa como limitados por el interés social en los artículos 33, 38 y otros.

c) Petición *anómica*. La mayoría de los ordenamientos otorgan al empleador la posibilidad de elegir entre oferta nominativa o genéricamente, según su interés, y le dejan además la selección del candidato, que ratificará en el período de prueba. En este procedimiento sincrético, la asignación vinculante de la Oficina de Empleo aparece raramente, para lograr la colocación de concretos grupos de trabajadores marginados, en la forma ya vista. Rige el principio de libertad (unilateral) plena, al extremo de poder contratar directamente si no satisfacen los solicitantes, si bien el trabajador viene compelido a aceptar la colocación, por razones vitales y aseguratorias⁵⁰.

3. El procedimiento español

a) Las ambigüedades legales

Solventadas las cuestiones de fondo, podemos analizar el procedimiento español. Dos reglas lo encuadran dentro del último modelo referido, el de petición anómica^{50 bis}: en primer lugar, «las empresas estarán obligadas a solicitar previamente en las Oficinas de Empleo los trabajadores que necesitan» (arts. 42, LBE, y 16, LET); en segundo lugar, «las Empresas podrán elegir libremente entre los trabajadores inscritos en las respectivas Oficinas de Empleo, dejando siempre a salvo las preferencias establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias» (art. 42, LBE). En la normativa no existen pistas sobre la clase de petición a realizar por el empresario, si nominativa o numérica, lo cual viene interpretado como permisivo de ambas, y sólo en algunas normas referentes a la colocación de grupos específicos de trabajadores surgen matizaciones que veremos *infra*: no en balde el cometido del INE Mse limita en la Ley Básica de Empleo a «ayudar» a empresarios y tra-

⁴⁹ En nuestro ordenamiento, a diferencia del italiano o francés, no existe legalmente el *nemo cogi potest ad factum*, salvo en las obligaciones personalísimas de hacer, artículo 1.098 del Código Civil y 924, LEC; y en este caso de empleo forzoso, el empleador estaría obligado a un «patir», no a un «facere», a mi juicio, lo que comporta desde el punto de vista técnico-jurídico un cambio de tratamiento fundamental. *Vid.* GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRRADI: *Ejecución forzosa por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosas determinadas*, «Revista de Derecho Procesal Iberoamericano», 379/4 (1974), pág. 851 y siguientes; para los tratamientos jurisprudenciales y de la legislación laboral en Italia y Francia, mucho más avanzados que la legislación civilista, cfr. BORRÈ: *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Nápoles, 1966; MAZZAMUTO: *L'attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles, 1978; JEANDIDIER: *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 4^e (1976), pág. 700 y sigs.

⁵⁰ Los economistas neoclásicos entienden, en tal sentido, que el alargamiento de la duración media del paro se debe a la crisis, pero también a la elevación del nivel de vida, que permite al parado mantener la situación: VIMONT: *L'avenir de l'emploi. L'illusoire, le possible. Réflexion sur les mécanismes de l'emploi et du chômage*, París, 1981, pág. 128. El argumento supone a lo sumo un aplazamiento de la compulsión a trabajar por falta de medios económicos, no su eliminación.

^{50 bis} Ver en parecido sentido VALDÉS: *Servicios Públicos de Empleo y contratación*, páginas 199 y sigs.

bajadores en la colocación. Indicio del celo patronal en conservar las potestades tradicionales, tanto como de su desconfianza frente a la mediación pública, es el elevado porcentaje de colocaciones nominativas sobre el total de las obtendias, muy sensible a la legislación: el 79 por 100 en 1978, el 71 por 100 en 1979, el 90 por 100 en 1982. Presumiblemente provengan las peticiones numéricas de las grandes empresas, por la objetivación del procedimiento selectivo, y para oficios de elevada fungibilidad o despersonalización, como lleva a sospechar el dato de ser las empresas de la Construcción asiduas clientes de las Oficinas de Empleo⁵¹. Tampoco ofrece la legislación ninguna pista sobre una eventual petición del empresario a varias Oficinas, o a Oficinas distintas a la del lugar de trabajo, cuestión de relativa importancia durante conflictos colectivos locales, origen de su prohibición en otras épocas⁵²; hay una oscura referencia en el artículo 42, LBE, al ordenar la elección entre los trabajadores inscritos en las respectivas Oficinas de Empleo, sin mayor importancia al existir una amplia libertad de contratar para el empresario, toda vez que puede rechazar a los propuestos por la Oficina local y contratar a continuación directamente como desee. El legislador sólo aspira a que el empresario haga la petición inicialmente al INEM, sin importarle el resultado final: por ello considera falta grave no hacer la petición de trabajadores al Servicio, disponiendo unas sanciones jamás aplicadas⁵³. A nivel de práctica administrativa, desde el día 1 de octubre de 1982 permite el INEM que las ofertas de empleo puedan presentarse en cualquier Oficina, corresponda o no al domicilio social o al centro de trabajo, siempre que sea en una sola.

Recibida la petición, el INEM no cumple otra tarea en los supuestos nominativos que tachar de la lista de trabajadores inscritos al designado por el empresario, mediación ficticia que a nuestro juicio propende a inconstitucionalidades, por las razones discutidas en páginas anteriores. En cambio, la petición numérica le otorga la posibilidad de ordenar las cantidades conforme a criterios justos y razonables. La situación de transitoriedad por la que

⁵¹ Para SÁEZ FERNÁNDEZ: *Movilidad laboral y Servicios Públicos de Empleo en España*, «Papeles de Economía Española», 8 (1981), págs. 275-276, donde más se utiliza el INEM es en sectores con mucho trabajo no cualificado, como la Construcción, en el 75 por 100 de los casos.

⁵² Decreto de 30 de abril de 1919 y Ley de Términos Municipales de 1932. Los problemas suscitados por la Ley, así como el uso alternativo de otros métodos para evitar el esquirolaje foráneo, en DÍAZ DEL MORAL: *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas*, Madrid, 1973, pág. 330. El artículo 53 del Reglamento de Colocación Obrera de 1959, decía: «Las Empresas están obligadas a solicitar de la Oficina que corresponda a su residencia y encuadramiento los trabajadores que precisen para el desarrollo de sus actividades». Este criterio ha sido abandonado actualmente por el INEM, que obliga a ofrecer el empleo en la Oficina que corresponda al centro de trabajo donde se produzca la vacante.

⁵³ Multa económica, en la cuantía que «reglamentariamente se determine», y pérdida automática de las bonificaciones que viniera disfrutando con cargo a la Seguridad Social, artículo 34, LBE, números 1 y 3. La pérdida de bonificaciones aseguradoras no tiene sentido aplicada a esta falta grave, pues recaería sobre otros contratos de trabajo, ya que las bonificaciones dichas se conceden para contratos celebrados a través del INEM, y además deja fuera a otras subvenciones y ayudas, de tipo fiscal y financiero. En la legislación anterior, el Decreto de Interposición y Mediación 3677/1970, de 17 de diciembre, sancionaba con la consolidación como fijo de plantilla de los trabajadores contratados sin acudir al INEM, norma recogida asimismo en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, artículo 19, 3, sin parar mientes en que mediante tal sanción se consagraba el «delito», que por lo demás quedaba impune cuando se celebraba el contrato para fijo de plantilla, precisamente.

transcurre el INEM desde hace una década ha conducido a venalidades impunes en la manipulación de competencias, favoreciendo la colocación de unos y perjudicando la de otros, por lo cual hemos de hacer referencia a los principios de actuación, a los criterios de selección y a las responsabilidades atinentes al Instituto.

b) Los principios de actuación del Servicio Público de Empleo

La actuación de las Oficinas de Empleo públicas debe sujetarse a los cuatro principios siguientes:

a) Legalidad

El INEM no puede atender a peticiones contra la ley, la moral o las buenas costumbres, y este amplio epígrafe comprende desde actividades penalmente sancionadas —traficantes de drogas, contrabando, prostitución, mercenarios...— hasta peticiones discriminatorias —de trabajadores masculinos, no sindicados, menores de cuarenta años, etc.—⁵⁴: según puede verse, algunas peticiones ilícitas pueden tener eficacia haciendo caso omiso de la parte inválida. Igual sucede con las ofertas bajo condiciones de trabajo inferiores a las mínimas legales, en otros tiempos escrupulosamente rechazadas⁵⁵. Tampoco está permitido al INEM incurrir en ilegalidad él mismo, proponiendo conforme a criterios discriminatorios, por ejemplo, a sólo los miembros de un sindicato o partido político.

b') Objetividad

El Servicio de Empleo no puede servir propios intereses en la mediación, ni tampoco sus funcionarios; en buena parte la objetividad viene exigida por el principio anterior de legalidad (art. 103 Constitución: «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»), pero implica una carga positiva, un comportamiento activo dirigido a evitar condicionantes personales, arbitrarias o interesadas: a impulsos de simpatía o antipatía no se organiza un mercado de trabajo.

c') Veracidad

El mediador público no puede omitir, exorbitar o deformar los datos en su poder, ni siquiera en aras de un mejor resultado; tampoco puede crear artificialmente «situaciones» óptimas o pésimas para estimular la celebración del contrato: si en el tráfico civil un mediador puede cantar las alabanzas de una determinada transacción, incurriendo en *dolus bonus* que no empece a

⁵⁴ La discriminación debe interpretarse, evidentemente, en el sentido dado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no existiendo cuando el trato desigual responde a razones objetivas y justificadas. VALDÉS: *Proceso de colocación*, pág. 55, en nota 58, alude al principio de igualdad en la selección, incluye en el principio de legalidad expresado en texto.

⁵⁵ Por ejemplo, los Estatutos de la Oficina de Colocación del Ayuntamiento de Madrid determinaban en un artículo adicional que deberían rechazarse las ofertas que no respondieran a un salario mínimo: MINISTERIO DE TRABAJO: *Bolsas de Trabajo (u Oficinas de Colocación)*, Madrid, 1920, pág. 43.

la validez de la propia mediación y del contrato, el tráfico mercantil exige a los agentes mediadores «proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a los contratantes» (art. 95, 2 del Código de Comercio), lo cual ha de aplicarse por analogía al tráfico laboral, tan masificado como el mercantil.

d') Diligencia

La racionalización del mercado de trabajo, el aprovechamiento al máximo de los puestos de trabajo gracias a una intervención mediadora, convierte a la diligencia en uno de los principios fundamentales de actuación para el INEM⁵⁶. La tardanza fuera de toda medida hace inútil a la entera estructura, y de ello es consciente el legislador cuando permite a los empleadores desvincularse de la mediación pública si en el plazo de tres días ésta no ha cumplido su misión (art. 16, LET). La rapidez en el servicio no cabe imputarla únicamente a los funcionarios involucrados en la concreta morosidad, sino principalmente a los órganos directivos del INEM, responsables de la óptima asignación y utilización de los limitados recursos disponibles.

c) Los criterios de prelación de candidatos

¿Debe proponer el INEM a los inscritos en sus listas conforme a un orden preestablecido? Históricamente, el criterio de prelación habitual ha sido el de antigüedad en el registro, con independencia del tiempo de paro o de otras circunstancias personales⁵⁷. Criterio tan rudimentario simplifica la mediación pública en modelos poco elaborados, aunque desprecia otros argumentos de mayor peso que el *prior in tempore*, como el de mérito y capacidad del artículo 103 Constitución, o el de la necesidad del empleo, además de suponer, desde la fría perspectiva estadística, un mayor gasto de prestaciones aseguratorias⁵⁸. Para supuestos de igualdad en el tiempo han llegado a arbitrarse criterios complementarios⁵⁹. Respecto a la colocación de grupos marginados o de difícil empleo se ordenó en alguna ocasión el derecho de tales personas a ser propuestos preferentemente, medida sin trascendencia ni eficacia desde el punto y hora en que la potestad de seleccionar compete al empresario, y quizá por ello en la actualidad ha optado el legislador por omitir todo criterio de prelación o preferencia, pasando a fomentar el empleo de grupos determinados a través de incentivos fiscales, financieros o aseguratorios. Sólo un derecho a propuesta preferente dictado para los cabezas de

⁵⁶ Recogido por la Ley de Colocación Obrera de 1931, en el artículo 9.º: «Actuará con la mayor objetividad dentro de sus funciones, registrando con absoluta veracidad las situaciones en que entienda y procurando con máxima diligencia la adecuada colocación para los obreros sin trabajo.»

⁵⁷ Así, Orden Ministerial de 29 de septiembre de 1920, artículo 9.º: «riguroso orden correlativo para las colocaciones, según el número de inscripción del parado.»

⁵⁸ Al disminuir la prestación por desempleo, en tramos de seis meses, del 80 por 100 al 70 y luego al 60 por 100 de la base reguladora, para finalizar en un subsidio del 75 por 100 del SMIG —arts. 20 y 26, LBE—, emplear a los más antiguos en el registro viene a equivaler a colocar a quien percibe una prestación de bajo costo, mientras permanecen con derecho a cobertura los situados en los tramos de mayor cuantía. Desde luego, el argumento no debe ser tenido en consideración desde una perspectiva asistencial.

⁵⁹ Por ejemplo, el Decreto 3281/1977, de 16 de diciembre, sobre empleo juvenil, aludía a las cargas familiares, minusvalidez o edad.

familia numerosa por una antigua legislación aún en vigor ha planteado dudas respecto a su subsistencia, la cual debe rechazarse a la vista de la tendencia actual del legislador, manifestada en el artículo 17, 3, LET⁶⁰. En resumen, la legislación ordinaria otorga al INEM completa discrecionalidad en la propuesta de candidatos, aunque a nivel constitucional se detecte otra postura e internamente, con discutible eficacia, una Circular de 2 de julio de 1982 indique como criterios selectivos los de idoneidad y aptitud, y, en su caso de igualdad, el de antigüedad en la inscripción.

d) La responsabilidad por daños del Servicio Público de Empleo

La actuación dolosa, morosa o negligente de las Oficinas de Empleo, causante de daños a terceros, ¿permite la deducción de responsabilidades a favor de los perjudicados? Un líder sindical boicoteado por el Servicio, un empleador en urgente demanda de especialistas, tardíamente suministrados, ¿pueden exigir una indemnización por el lucro cesante y el daño emergente? Tampoco aquí hallamos respuesta en las normas sobre colocación, pero la Constitución y las leyes administrativas consagran en general la responsabilidad por la actuación de los órganos administrativos, «siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios»⁶¹, y a ella y al procedimiento establecido para su reclamación se sujeta el INEM.

e) Libertad de contratar y no discriminación

Cumplida por el INEM su función, el empleador ofertante tiene ante sí a uno o varios trabajadores con las características exigidas y dispuestos a contratar. Si el artículo 1.262 del Código Civil indica que los contratos se perfeccionan con «el concurso de la oferta y de la aceptación», ¿podemos proclamar la existencia de un contrato de trabajo a partir de este momento? ¿Ha quedado cerrada al empresario la posibilidad de retractarse de su oferta, y, de hacerlo, debe indemnizar a la parte perjudicada? Evidentemente no: hemos afirmado en líneas anteriores el encuadramiento del procedimiento de colocación español dentro de los sistemas más liberales para el empleador, y

⁶⁰ «El Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedan al primer empleo.» En el mismo sentido LÓPEZ GANDÍA: *La protección de grupos específicos de trabajadores entre Seguridad Social y fomento del empleo*, «RSS», 12 (1981), pág. 205; a favor de su vigencia, SUÁREZ, citado por el anterior, *ibidem*; dudoso, GARCÍA NINET: *La colocación en la Ley Básica de Empleo*, «RSS», 12 (1981), pág. 150. El Gobierno ha utilizado posteriormente la autorización del artículo 17, 3, LET, para regular el fomento del empleo de diversos grupos no mencionados por dicho artículo, entre los cuales se hallan los trabajadores «con responsabilidades familiares» —Decreto 1364/1981, de 3 de julio, y Decreto 1445/1982, de 25 de junio—, aunque no mediante preferencias de empleo, y ha dispuesto ciertos privilegios en materia de prestaciones y subvenciones por desempleo para el grupo comentado. La antigua legislación a que me refiero en el texto es la Ley de Familias Numerosas 25/1971, de 19 de junio, y su Reglamento, Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre; el incumplimiento de este Decreto preferente de los cabezas de familia numerosa no recibía sanción específica alguna en el Reglamento de Sanciones de dicha ley, promulgado por Decreto 509/1973, de 22 de marzo.

⁶¹ Artículo 106, 2 Constitución, 1.903 Código Civil, 40 a 49 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, 358 y siguientes del Código Penal, 78 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, etc. Sobre la unidad de régimen de todos los órdenes administrativos, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1977, pág. 317 y sigs.

este carácter se evidencia con mayor fuerza precisamente ahora, permitiéndole retirar la oferta, que no puede por ello calificarse técnicamente como oferta a persona indeterminada⁶²; a tal solución abocan los artículos 16, LET, y 44, 2, LBE, aunque al no coincidir en su contenido han dado lugar a equívocos que han llevado a algunos a considerarlos contradictorios entre sí⁶³, aunque más bien parecen expresar la misma regla, con un distinto grado de condensación. En efecto, el artículo 16, LET, dispone que el empleador podrá contratar directamente, es decir, prescindir de la mediación pública, cuando no exista oficina de empleo en la localidad, no se les facilite por la oficina los trabajadores solicitados en el plazo de tres días, o no contratases los que la oficina les haya facilitado; en cambio, el artículo 44, 2, LBE, parece dar un giro al autorizar la contratación directa sólo en el caso de no poder atenderse al empleador por no existir en el INEM demandantes inscritos con la idoneidad profesional requerida, a juicio del propio empleador. *Prima facie*, la amplitud de la primera norma contrasta con la estrechez de la segunda, siendo esta última la que debe prevalecer, en cuanto ley posterior; pero en un análisis detenido, las diferencias quedan reducidas al caso de no existir oficina de empleo en la localidad: a tenor de la norma prevalente, ello no exime al empleador de presentar la oferta en la oficina más próxima, es decir, de integrarla en el circuito del INEM, obligación plenamente justificada desde la perspectiva de las funciones constitucionales asignadas al Instituto. Por lo demás, la inexistencia de trabajadores idóneos en las listas del INEM, a que alude la norma prevalente, puede abarcar, en un esfuerzo armonizador, a la inexistencia temporal —retraso en más de tres días en la proposición de candidatos por la oficina de colocación— mencionada por la LET. En resumen: el empleador tiene libertad para contratar directamente si, habiendo solicitado mano de obra a la oficina de empleo más próxima, no le proporciona trabajadores idóneos, o no los considera como tales el empleador, o vienen facilitados con un retraso superior a tres días. En otro caso, la omisión del cauce INEM implica falta grave del empresario, sancionable con multa y pérdida de las bonificaciones que viniera disfrutando de la Seguridad Social⁶⁴. Hasta el momento, no conozco ningún caso de imposición de sanciones a un empresario por contratar directamente sin pasar por el INEM, y de cualquier forma, las consecuencias previstas por el legislador social son puramente administrativas —multa y pérdida de bonificaciones—, sin ninguna referencia a la responsabilidad del empleador frente a trabajadores postergados injustamente: un parado que utiliza el procedimiento establecido para llegar a un puesto de trabajo cuyo acceso se le cierra por una discriminación palmaria, debe tener un cauce procesal para obtener amparo frente al acto ilícito; no sólo la Constitución impone un trato no discriminatorio entre particulares, según viene interpretado su artículo 14 por el Tribunal Constitucional, sino que también hay normas generales del Código

⁶² Entera libertad, según VALDÉS: *Proceso*, pág. 51 y sigs., aunque matizada para las peticiones nominativas; no es *pollicitatio* para ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, pág. 389, ni siquiera una oferta en sentido técnico-jurídico, al no existir declaración negocial; en igual sentido VALDÉS: *Servicios Públicos de Empleo*, pág. 236.

⁶³ ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 392, considera la existencia de diferencias importantes entre ambos, a resolver por la preferencia de la norma posterior en el tiempo, la LBE.

⁶⁴ Multas desde 100.000 hasta quince millones de pesetas: artículos 32, 2, a) y 34, 2, LBE. Ver *supra*, nota 53. —

Civil⁶⁵, del Convenio OIT número 111, sobre discriminaciones en la colocación y en el trabajo⁶⁶, y de la LET, artículos 4.º y 17⁶⁷. El trabajo dignifica y justifica al individuo, y su distribución no puede hoy día dejarse en manos de la arbitrariedad. Por ello, entiendo que los trabajadores postergados tienen en nuestro ordenamiento la vía procesal laboral para demostrar su mejor derecho al empleo —y también los sujetos y organizaciones, especialmente los sindicatos, a los que la ley reconoce un interés al buen funcionamiento del mercado de trabajo y de la política de empleo—, y, en caso de obtener sentencia declaratoria en tal sentido, ésta debe además significar la nulidad del contrato de trabajo contra *legem*⁶⁸. Contra esta solución se manifiesta erróneamente la jurisprudencia constante del Tribunal Central de Trabajo, en Sentencias de 8 de julio de 1982, 22 de mayo de 1973, 16 de noviembre de 1973 y 12 de marzo de 1979, que alegan la incompetencia de los Tribunales laborales, ex artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral⁶⁹. Otro tipo de responsabilidad civil, como la indemnización de daños y perjuicios, exigirá la demostración del daño y en el mejor de los casos aprovechará al individuo, no a la colectividad de trabajadores y al interés general.

f) El rechazo por el candidato de una oferta adecuada de empleo

Los trabajadores en búsqueda de empleo no tienen la misma libertad de los empleadores para contratar o no, pues la legislación de Seguridad Social impone cortapisas de alguna importancia: en concreto, el parado que rechazara una oferta de empleo *adecuada* pierde seis meses de prestaciones por desempleo, y de rechazar una segunda oferta durante tales seis meses, queda extinguido su derecho a prestaciones⁷⁰; naturalmente, la eficacia de la compulsión a contratar depende de la cobertura aseguratoria, que con los drásticos recortes de la LBE ha disminuido aceleradamente, y actualmente apenas comprende a un tercio de la población desempleada. Jurídicamente, la cuestión principal estriba en definir qué se entienda por «oferta de colocación adecuada»; el artículo 23, LBE, acoge una definición muy amplia: la que se corresponda

⁶⁵ Artículo 1.902; jurisprudencia constante del Tribunal Supremo entiende que quien ejercita un derecho está fuera de las condiciones que producen la obligación impuesta en este artículo, salvo que el derecho se actúe por su titular en forma abusiva —Sentencias de 13 de junio de 1942, 13 de junio de 1950 y 12 de febrero de 1952, entre otras—, como sería el caso del empleador que contratara a quien él deseara, pero de forma discriminatoria.

⁶⁶ De 1958, ratificado por España en 1967 y publicado en el BOE el 4 de diciembre de 1968.

⁶⁷ Artículo 4.º, 2, c): «los trabajadores tienen derecho... a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, etc.». *Vid.* in extenso RODRÍGUEZ-PIÑERO: *No discriminación en las relaciones laborales*, citado. Para VALDÉS: *Servicios Públicos de Empleo*, página 242 y sigs., las dificultades técnicas para probar y sancionar la discriminación en el ordenamiento vigente hacen prácticamente imposible perseguirla, requiriéndose para ello una reforma legal.

⁶⁸ Sanción establecida en el artículo 17, LET, norma más específica que el artículo 1.902, CC.

⁶⁹ El número 1 de dicho artículo confiere la competencia procesal laboral, efectivamente, para los conflictos que se produzcan como consecuencia del contrato de trabajo, y es obvio que en estos casos no existe aún contrato; pero el número 7 la confiere genéricamente para los litigios por incumplimiento de leyes y disposiciones de carácter social que no tengan señalado otro procedimiento especial, y ¿no tienen carácter laboral el artículo 17, LET, y el Convenio OIT núm. 111? Indica MONTERO AROCA: *El proceso laboral*, vol. I, Barcelona, 1979, pág. 69, que el supuesto ha sido aplicado en alguna rara ocasión, como la STS de 15 de marzo de 1966.

⁷⁰ Artículos 22, LBE, y 12, c), de su Reglamento.

con las aptitudes físicas y profesionalmente pueda ser cumplida por el parado y no suponga cambio en la residencia habitual del mismo, salvo que tenga posibilidades de alojamiento apropiado en el lugar de empleo, resolviendo en caso de controversia el Director Provincial de Trabajo en el plazo de cinco días. Así, un médico cirujano en paro deberá aceptar una oferta de pinche en un hotel de la costa donde le proporcionan alojamiento so pena de perder las prestaciones por desempleo. La excesiva amplitud vino recortada un año más tarde por el Acuerdo Nacional de Empleo entre el Gobierno y las asociaciones profesionales más representativas, equiparando su cláusula III.8 oferta adecuada a oferta dentro de la propia categoría profesional, no computándose aquélla donde el salario ofrecido fuera inferior a la prestación actualmente percibida por el parado⁷¹. Ahora bien: la naturaleza jurídica del ANE, controvertida⁷², levanta objeciones sobre su carácter vinculante: no es norma jurídica, sino acuerdo que compromete a las partes firmantes, entre ellas al Gobierno, el cual debe hacerla observar a sus organismos y entes autónomos, dentro de los cuales está el INEM, responsable de las sanciones a los desempleados que rechazaran ofertas; pero no compromete a terceros, y por ende los Tribunales, Comunidades Autónomas en su caso, etc., deben aplicar la rígida normativa de la LBE. Defender como apropiado un elevado umbral sancionador, tipo ANE, en respeto de las vitales prestaciones por desempleo, no significa que el parado *deba* rechazar sin más las ofertas no adecuadas, sino que no está obligado a aceptarlas forzosamente: en Alemania Federal, el 41 por 100 de los parados acepta finalmente puestos de trabajo que no corresponden a la profesión deseada⁷³, conducta a seguir cuando los actuales recursos económicos del desempleado disminuyen paulatinamente. Cuestión distinta es si por oferta adecuada hemos de entender a cualquier contrato de trabajo, incluso temporal, a tiempo parcial o en prácticas. Si respondemos afirmativamente, podemos incurrir en situaciones límite, como la de sancionar a un trabajador por no aceptar un empleo de una hora, mientras que la negativa excluiría a un tipo de contratos en vertiginosa expansión en estos últimos años; la LBE, sólo establece en su artículo 22 que las

⁷¹ El ANE suaviza el supuesto de hecho sancionable, rechazar una oferta adecuada de empleo, que debe enmarcarse dentro de la categoría profesional del parado, o en una oferta más, dentro de los grupos profesionales que defina el Consejo General del INEM, y en su defecto, de los grupos de cotización a la Seguridad Social. La Ley sueca de 5 de junio de 1973, artículo 5.º, es bastante más concreta que el ANE: «Una oferta de empleo se considerará adecuada si: 1.º, habida cuenta de los empleos disponibles, la oferta tiene debidamente presentes las capacidades profesionales del solicitante de empleo y otras calificaciones para el trabajo, así como otras consideraciones de índole personal; 2.º, las condiciones de empleo son comparables a las establecidas para trabajadores cuyo empleo se rija por convenio colectivo o, a falta de éste, si tales condiciones son razonables comparadas con las que correspondan en una empresa semejante a trabajadores que efectúen tareas y posean calificaciones análogas; 3.º, no se trate de un empleo en un lugar de trabajo en que exista un conflicto del trabajo como consecuencia de una acción directa con arreglo a la ley o a las disposiciones de un convenio colectivo; 4.º, las condiciones que reúnen en el lugar de trabajo responden a las disposiciones de la legislación o a las prescripciones de la autoridad relativas a las medidas de prevención de enfermedades o de accidentes». Los problemas suscitados por el concepto de empleo adecuado y su adaptación al Convenio OIT núm. 44, en LÓPEZ GANDÍA: *El régimen jurídico de la prestación*, págs. 282-283. La Comisión Consultiva Nacional, prevista por la disposición final octava LET para definir los ámbitos funcionales de los convenios y el catálogo de actividades, y reverdecida por el Acuerdo Interconfederal de 15 de febrero de 1983, artículo 11, puede contribuir a clarificar estos problemas.

⁷² Cfr., por ejemplo, ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, págs. 513-514.

⁷³ GUTIÉRREZ NUEZ: *Instrumentos de la política de empleo en la República Federal Alemana*, pág. 436.

prestaciones por desempleo quedarán en suspenso mientras se realice un contrato de duración inferior a seis meses, lo que aplicado en términos estrictos llevaría a situaciones odiosas en comparación con el caso paralelo de quien se halla en desempleo parcial⁷⁴: en consecuencia, es precisa una interpretación armonizadora, que pienso debe estar entre dos alternativas: o bien la equiparación al desempleo parcial, disminuyendo las prestaciones aseguratorias en proporción a la jornada contratada en el nuevo empleo, y suspensión de ellas cuando el empleo fuera temporal, pero de jornada completa⁷⁵, o bien la fórmula del ANE, III.8, manteniendo las prestaciones aseguratorias cuando el nuevo contrato de trabajo conllevara un salario inferior a éstas⁷⁶. Al ser más favorable para el trabajador, debería aceptarse la segunda alternativa, que desde el punto de vista burocrático tiene además la virtud de una menor complejidad, acogiendo una práctica administrativa que ya no puede reclamarse a un ANE sin vigor desde 31-12-1982.

D) SUPUESTOS ESPECIALES

Acabamos de examinar el procedimiento de colocación normal u ordinario, del cual se apartan cinco contados casos que pasamos a analizar:

1. *Minusválidos*

La guerra civil deparó una profusa legislación sobre reserva de puestos de trabajo para mutilados de guerra franquistas⁷⁷, cuyas últimas manifestaciones, formalmente vigentes, hallamos en la Ley de 11 de marzo de 1976: su disposición común número 8 dispone la reserva del 5 por 100 de las vacantes

⁷⁴ El cual permite el percibo de prestaciones por desempleo «en proporción» a la reducción de trabajo sufrida: Reglamento de Prestaciones por Desempleo 920/1981, artículos 6.º y 15, 3. Para éstas y otras situaciones intermedias en cuanto a su repercusión sobre la prolongación de las prestaciones por desempleo, LÓPEZ GANDÍA, *op. cit.*, página 276 y sigs.

⁷⁵ Cfr. artículo 14, 3 del Reglamento de Prestaciones por desempleo.

⁷⁶ «Las ofertas no se computarán —dice el ANE— cuando el salario ofrecido sea inferior al importe de la prestación por desempleo que se estuviera percibiendo en cada momento».

⁷⁷ Nada menos que el 80 por 100 de las vacantes existentes el 18 de julio de 1939 en toda la Administración pública y en las empresas concesionarias de servicios públicos debieron ser cubiertas con mutilados, ex combatientes, ex cautivos y familiares de las víctimas de guerra, a tenor de la Ley de 25 de agosto de 1939, con antecedentes en el Decreto de 12 de marzo de 1937; su artículo 3.º no dejaba lugar a dudas sobre la identidad de los beneficiados: debían ser «ex cautivos por la Causa nacional que hayan luchado con las armas por la misma o que hayan sufrido prisión en las cárceles o campos rojos durante más de tres meses, siempre que acrediten su probada adhesión al Movimiento desde su iniciación y su lealtad al mismo durante el cautiverio... huérfanos y otras personas económicamente dependientes de las víctimas nacionales de la guerra y de los asesinados por los rojos...», etc.». La Ley de 17 de julio de 1947 derogó la anteriormente citada respecto a los porcentajes, ahora reducidos al 20 por 100 de las vacantes. En cuanto a las empresas privadas no concesionarias de servicios públicos, debieron reservar el 25 por 100 de sus vacantes de subalternos para los mutilados útiles, excepto las empresas del sector primario, y hasta «el 50 por 100 de las vacantes de porteros de fincas urbanas deberá ser puesto por cada propietario» a disposición de la Junta Inspectora de Mutilados: Ley de 26 de diciembre de 1958. Sólo un derecho preferente, sin cupo y junto a ex guardias civiles, ex policías y ex cabos del Ejército, les reconocía el Decreto de 10 de agosto de 1963, sobre vigilantes jurados en la industria y el comercio. Para la evolución posterior, SAGARDOY: *Protección al empleo de colectivos específicos*, apud BORRAJO et al., *El Estatuto de los Trabajadores*, vol. IV, pág. 479 y sigs.

en las Administraciones públicas y las empresas concesionarias de servicios públicos para el Cuerpo de Mutilados, sus hijos y sus viudas. El cumplimiento de tan compleja normativa parece haber sido escaso, y tras la Constitución peca de discriminatoria contra los mutilados de guerra republicanos, ex artículo 14. En cuanto aquí interesa de aquella legislación inconstitucional, la cobertura de vacantes por los mutilados y sus familiares no requería la mediación de las oficinas de empleo. Desde el campo de la Seguridad Social, otra línea normativa comienza en los años sesenta a establecer cupos de vacantes para los disminuidos físicos y psíquicos⁷⁸, concretamente un 2 por 100 de las vacantes que se fueran produciendo «por causas naturales o biológicas» en empresas con más de 50 trabajadores fijos, debiendo efectuarse la oferta ante la oficina de empleo correspondiente, que debía tener actualizado un registro de minusválidos *ad hoc*⁷⁹; no se arbitraba ningún procedimiento especial, aunque la escasa aplicación de estas normas obligaba a un distinto comportamiento de los tres sujetos de la relación de empleo. La legislación sobre fomento del empleo interrumpió en 1981 los burlados cupos, prefiriendo las subvenciones y bonificaciones a las empresas que emplearan minusválidos⁸⁰, ahora reguladas por el Decreto 1445/1982, de 25 de junio, artículo 24 y siguientes: el artículo 26 dispone la presentación de la oferta de contrato para minusválidos en la correspondiente oficina de empleo, con descripción detallada de los puestos a cubrir, características técnicas de los mismos y capacidad física que debe tener el trabajador para cubrirlos; la oficina de empleo contrastará la oferta con las capacidades de los inscritos en su registro de minusválidos en base al informe de su órgano calificador, y remitirá al empleador los candidatos idóneos, volviendo el procedimiento al cauce ordinario, es decir, dejando en manos de aquél la contratación o no de cualquiera de ellos, con los límites constitucionales ya estudiados. A diferencia de otros países, donde el empleo de minusválidos viene planificado en programas específicos y alentado a través de diversas formas de propaganda⁸¹, o

⁷⁸ Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, base VIII.34: «Sin perjuicio de las normas que se establezcan sobre los cupos de readaptados y rehabilitados a que habrán de dar ocupación las empresas, en proporción a sus plantillas respectivas... se montarán Centros Piloto, etc.». El mandato vino desarrollado por la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, artículo 142 y el Decreto sobre Minusválidos de 22 de agosto de 1970, artículos 10 y 11. La Ley general de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 regula el tema en el artículo 151.

⁷⁹ Artículos 11 y 12 del Decreto sobre Minusválidos de 1970, en relación con los artículos 41 y siguientes del Reglamento de Colocación Obrera de 9 de julio de 1959.

⁸⁰ Decreto 1327/1981, de 19 de junio; aunque el Decreto 2531/1970 también acordaba bonificaciones aseguratorias en su artículo 16. *Vid.* MONTROYA: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, págs. 684; ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1981, página 179; ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1981, pág. 411 y siguientes; LÓPEZ GANDÍA: *La protección de grupos específicos de trabajadores entre Seguridad Social y fomento del empleo*, «Revista de Seguridad Social», 12 (1981), página 189 y sigs. No obstante, la Ley 13/1982, de 17 de abril, sobre integración social de los minusválidos, reimplanta el cupo del 2 por 100 en empresas con más de 50 trabajadores fijos.

⁸¹ Por ejemplo, en Gran Bretaña, el Servicio para Minusválidos es un servicio especial de la Manpower Services Commission, dirigido a asesorar a este colectivo y a conectar con los empresarios, colocando en 1979/1980 a unos 60.000, y proporcionando unos 14.000 trabajos a domicilio o en talleres especiales para minusválidos con dificultades de desplazamiento: GARCÍA PASIGLI: *Instrumentos de la política de empleo en el Reino Unido*, en VVAA: *Jornadas técnicas sobre concertación social y empleo*, Madrid, 1982, página 418. En Alemania Federal, las empresas con más de 15 trabajadores deben reservar el 6 por 100 de sus plazas a minusválidos, pagando en otro caso una multa de 100 marcos por minusválido no empleado, suma que se destina a programas específicos

disfrutaban de una atención exclusiva⁸², el legislador español cree mejor el cuadro de subvenciones y bonificaciones referido⁸³. Por último, y también desde la Seguridad Social, normas de escaso rango dispusieron en 1974 la reserva del 75 por 100 de vacantes de personal subalterno para minusválidos y mayores de cuarenta años en los establecimientos de la Seguridad Social y mutuas patronales de accidentes de trabajo⁸⁴, asimismo de aplicación incontrolada.

2. Extranjeros

La especificidad del procedimiento de colocación de los extranjeros en España tiene un origen histórico, cual es la fiel dependencia de la legislación vigente al Decreto de 29 de agosto de 1935, sobre colocación de extranjeros, donde se confiere al Ministerio de Trabajo la competencia para autorizar la contratación de estos trabajadores, en un momento en que el Servicio de Colocación Obrera estaba integrado dentro del Ministerio⁸⁵; al tener actualmente personalidad distinta el INEM respecto del Ministerio de Trabajo, el mantenimiento de las competencias de éste en materia de trabajo de extranjeros suplanta la intervención de aquél, desbaratando en este punto una política unitaria de empleo. La legislación vigente presupone, así, unos contactos directos y previos entre el empleador y el trabajador extranjero, tras los cuales debe el primero presentar la documentación requerida ante la Administración Laboral, que solicita un informe no vinculante al INEM y concede o deniega el permiso de trabajo solicitado⁸⁶; tan escasa importancia tiene el

para este colectivo: en 1979 existían de tal forma 15 centros de formación especiales, 18 instalaciones de reconversión, y 306 talleres específicos, percibiendo además los empresarios que contrataran a minusválidos una subvención entre 8.000 y 18.000 marcos por contrato: GUTIÉRREZ NÚEZ: *Instrumentos de política de empleo en la República Federal Alemana*, en VVAA: *Jornadas técnicas sobre concertación social y empleo*, página 439.

⁸² En Estados Unidos, cada oficina de empleo tiene un encargado de minusválidos, con diversas funciones: en 1979, quedaron registrados 782.000 disminuidos, fueron asesorados 157.117, colocados 212.000 y sometidos a test 42.602; JIMÉNEZ DE LA ESPADA: *Informe sobre el servicio de empleo de los Estados Unidos*, en VVAA: *Jornadas técnicas*, pág. 337.

⁸³ Los «centros de empleo protegido», que en el Decreto sobre Minusválidos 2531/1970, de 22 de agosto, disfrutaban de bonificaciones sustanciales y de unas subvenciones con cargo al Fondo Nacional de Protección al Trabajo, han visto desaparecer las primeras en el Decreto 1445/1982, aunque no las segundas, que permanecen en la Orden Ministerial de 22 de enero de 1982, sobre programas a desarrollar por la Unidad Administradora del referido Fondo; los centros de empleo protegido se caracterizan por estar formados «mayoritariamente» por minusválidos. El Decreto 1445/1982 ha sido desarrollado en esta materia por la Orden de 15 de febrero de 1983, sobre ayudas públicas a disminuidos. Para la Ley 13/1982, *vid.* SAGARDOY, *op. cit.*, 517.

⁸⁴ Orden Ministerial de 11 de enero de 1974 y Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 29 de octubre de 1974; la norma 2.ª de esta Resolución dicta la prioridad de su preferencia sobre las estatutarias existentes, las cuales quedan absorbidas en el 75 por 100 mencionado. A su vez, dentro del 75 por 100 se reparten las vacantes en atención al carácter de minusválido y/o mayor de cuarenta años.

⁸⁵ El «Servicio de Colocación Obrera y Crisis de Trabajo» pasó a denominarse con la Dictadura «Sección de Extranjeros» de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo. Las autorizaciones en forma de «tarjetas de identidad profesional» establecidas por el Decreto de 1935 venían reguladas además por las Ordenes de 4 de diciembre de 1935, 5 de enero de 1938 y 6 de septiembre de 1938.

⁸⁶ Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, artículos 3.º y 6.º, para los permisos de trabajos normales, preferentes y especiales: los primeros se conceden por la Dirección Provincial de Trabajo y los otros dos por la Dirección General de Empleo. El incumplimiento de estos trámites genera una sanción administrativa, sin afectar a la validez del contrato ni a la

informe del INEM, que viene omitido para los permisos de validez restringida⁸⁷. Por otra parte, establece la legislación actual que no pueden concederse permisos de trabajo a extranjeros cuando algún español manifieste el deseo de ocupar el puesto solicitado y acredite ante el Ministerio reunir la competencia precisa para desempeñarlo, todo ello dentro del plazo de un mes desde la solicitud⁸⁸; aunque la tercería del español no cabe para cargos de confianza o de práctica temporal, o frente a extranjeros casados con nacional o refugiados políticos o parientes próximos del empleador, y cuando sea notoria la escasez de mano de obra española en la actividad ofrecida⁸⁹. Del procedimiento especial para extranjeros quedan exceptuados los súbditos iberoamericanos, portugueses, andorranos y filipinos, con la única obligación para las empresas que los empleen de registrar el contrato en el Ministerio de Trabajo, «a efectos estadísticos y de control»⁹⁰, y, se sobreentiende, de cumplir con el procedimiento ordinario ante el INEM; exención de trámites que juega asimismo para los refugiados, una vez obtenido el «documento de identidad», a virtud del Estatuto de los Refugiados, ratificado por España y publicado en el BOE de 21 de octubre de 1978⁹¹.

capacidad laboral del extranjero: Sentencias TCT de 24-11-1978 y 2-11-1976, y MOYA: *La capacidad del trabajador extranjero en Derecho Internacional privado español*, «REDT», 10 (1982), pág. 223 y sigs.

⁸⁷ Decreto 1031/1980, artículo 7.º; a ellos se refiere en particular la Orden de 4 de octubre de 1979.

⁸⁸ Artículo 9.º del Decreto 1870/1968, de 27 de julio. Inicialmente, la Orden de 4 de diciembre de 1935 ensayaba una técnica promocional del sindicalismo al disponer al respecto: «Los españoles que figuren inscritos en Asociaciones profesionales... podrán formular su petición directamente al Servicio de Colocación Obrera y Crisis de Trabajo del Ministerio del Ramo, o por medio de las Asociaciones profesionales a que pertenezcan, las cuales, en todo caso, gozarán de personalidad para acudir al Ministerio de Trabajo... exponiendo cuanto estimen procedente sobre la posibilidad de encontrar profesionales españoles de la especialidad que se requiere y sobre cualquier otro extremo que consideren conveniente deducir.»

⁸⁹ Artículo 11 del Decreto 1870/1968; cfr. MONTAÑA, *Derecho del Trabajo*, págs. 512 y 513.

⁹⁰ Orden de 15 de enero de 1970, artículo 4.º La exención queda sin efecto práctico al implantarse por Decreto de 2 de junio de 1978 el «documento unificado», pues para obtener el permiso de residencia es necesario tramitar previamente el permiso de trabajo; no obstante, ver la reciente STS de 3-11-1982. De igual modo, la libre circulación de trabajadores establecida por el Tratado de Establecimiento hispano-alemán de 23-4-1970 para el territorio y los nacionales de ambos países, sin trámites especiales, se encuentra sin aplicación práctica: *vid.* para ambos casos GOMIS: *Aspectos sociales de la integración de España en las Comunidades Europeas*, Madrid, 1979, pág. 180.

⁹¹ Cabría plantear la duda de si las distinciones apuntadas entre españoles, iberoamericanos y restantes extranjeros no incurren en violación constitucional y de los Convenios OIT sobre discriminación en el empleo y la ocupación —núm. 111, de 1958—, y sobre trabajadores migrantes —números 97, de 1949, revisado, y 143, de 1975—; la Constitución, en efecto, establece el principio de trato igual en su artículo 14, pero entre los españoles, y reconoce a los extranjeros en su artículo 13 libertades y derechos públicos, sin mencionar la esfera de la contratación laboral, mientras el artículo 35 reconoce el derecho al trabajo y otros derechos laborales a todos los españoles, de nuevo. En cuanto al Convenio OIT núm. 111, sobre discriminación en el empleo y la ocupación, prohíbe «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en... ascendencia nacional» a la hora de emplear, lo que, según ha interpretado la OIT en diversas ocasiones, no se refiere a los extranjeros, sino a los nacionales del país con una ascendencia distinta a la dominante: VÁLTICOS: *Derecho Internacional del Trabajo*, Madrid, 1977, pág. 272. El Convenio OIT *ad hoc* sobre trabajadores migrantes es el número 97, el cual impone el trato igual en condiciones de trabajo, no en la contratación —art. 6.º—, y lo mismo ocurre en el número 143 —arts. 12, g) y 14—, todavía en fase de calificación. Por su parte, el artículo 17, LET, declara nulos los preceptos reglamentarios y las declaraciones discriminatorias por razón del origen y la raza, entre otras causas, sin demasiada claridad. La doctrina entiende deseable la igualdad de trato con los nacionales: así, ZAMORA: *Esquema estatal de las fuentes del Derecho laboral*, «REDUCM», núm. 58, pág. 76 y si-

A mi juicio, toda esta normativa sobre permisos de trabajo es nula por discriminatoria, al infringir el artículo 17, LET, y el trabajador extranjero sólo tiene obligación de obtener el permiso de residencia.

3. Colocación interterritorial

Hemos visto los recelos y cortapisas del legislador ante ofertas de un empleador a trabajadores foráneos, de distinta localidad o país, y de igual forma analizamos en páginas anteriores la falta de compulsión sobre los parados a aceptar empleos fuera de su lugar de residencia, al desestimarlos como oferta adecuada de empleo. Ello no obstante, los Convenios OIT y las leyes sobre colocación han contemplado habitualmente un grupo de medidas referentes a la «compensación» interlocal e internacional —cooperación estadística e informativa entre países, oficinas regionales, centrales y sectoriales, etcétera—, al objeto de atender los desajustes del mercado de trabajo a amplio nivel, tratar de eliminar las «bolsas de paro» en determinadas zonas geográficas, y cuidar los movimientos migratorios individuales y colectivos. Distinguiremos fundamentalmente dos clases de compensación interterritorial, utilizando las denominaciones que a veces acoge el legislador español para diferenciarlas: las migraciones internas —dentro de las fronteras del Estado— y las emigraciones.

a) Hasta recientemente las compensaciones internas venían reguladas por el Reglamento de Colocación Obrera de 1959 y por la Orden Ministerial de 18 de diciembre de 1972: cuando un empleador ofertaba trabajo no atendible en la localidad, o ya dirigido a un trabajador de localidad distinta, y cuando un trabajador manifestaba su deseo o su necesidad de trabajar en otra localidad, habíamos visto que bajo ciertas condiciones podían dirigirse uno y otro a las oficinas de empleo foráneas, registrando allí la oferta o la petición. Pero si las registraban en la oficina de la propia localidad, el artículo 64, RCO, impelía a ésta a comunicarse con otras oficinas para facilitar la contratación. Con especial cuidado se regulaban las migraciones colectivas —por lo general, de temporada o campaña—, que la mencionada Orden subvencionaba con cargo al Fondo Nacional de Protección al Trabajo. La mediación del servicio público de empleo se sobreentendía perfectamente pasiva, a petición de los interesados y de conformidad con ellos, concebidos tales desplazamientos como resultado de una promesa de contrato del empleador⁹²: no existía conciencia de instrumentalizar sistemáticamente las subvenciones y la mediación pública para eliminar las bolsas de paro, por ejemplo, en Andalucía, Extremadura y Galicia, o en el sector agrario, faltaban campañas de información y de propaganda, no había programas para explotar a fondo este recurso, lo cual, en puridad, era la tónica dominante en los servicios de empleo. La Ley Básica de Empleo ha derogado expresamente el RCO, y quizá tácitamente la Orden

guientes; RODRÍGUEZ-PIÑERO: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Madrid, 1982, pág. 29 y sigs.; en la CEE, el Reglamento 1612/68 suprimió el permiso de trabajo, implantando la igualdad de trato: RIBAS/JONCZY/SECHE: *Derecho Social Europeo*, Madrid, 1980, págs. 62-63; RODRÍGUEZ-PIÑERO, *op. cit.*, página 38 y sigs. Un sondeo efectuado por el FIES: *Actitudes de la población española ante el empleo y el paro*, «Papeles de Economía Española», 8 (1981), pág. 333, daba un 68 por 100 de encuestados favorables a impedir la inmigración en nuestro país.

⁹² Su análisis pormenorizado, en VALDÉS: *Proceso de colocación*, pág. 59 y sigs.

antecitada⁹³, aunque la obligación de facilitar compensaciones interlocales subsiste para el INEM en virtud de los Convenios OIT y de sus competencias genéricas, mientras las subvenciones a los desplazados permanecen asimismo en las Ordenes que regulan la Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo.

b) Las compensaciones a nivel internacional tienen de común con las internas su reducido volumen en los últimos años, prácticamente limitado a la emigración de temporada a Francia. La obsoleta Ley de Emigración en vigor determina el monopolio público de la mediación entre el empleador extranjero y el emigrante, y lo asigna al Instituto Español de Emigración con la colaboración del INEM: al IEE compete «todo lo relativo» al reclutamiento y contratación de dichos trabajadores⁹⁴, y en todo caso, la autorización y fiscalización de las operaciones no asumidas directamente, subvencionando las emigraciones asistidas con cargo al referido Fondo Nacional de Protección al Trabajo⁹⁵. La mediación pública adopta, aquí también, un carácter pasivo o reflejo, aunque al menos realice cierta actividad difusora de las ofertas de trabajo extranjeras entre los trabajadores españoles, y emprenda la contratación de los trabajadores necesarios para atender algunas ofertas públicas extranjeras⁹⁶. La escasa coordinación entre IEE e INEM permite ofrecer las colocaciones extranjeras a trabajadores ocupados, en lugar de concentrar íntegramente las ofertas sobre los desempleados; por ello, y por la necesidad de unificar una política de mano de obra en nuestro país, el IEE debería desaparecer como ente autónomo e integrarse en el INEM, dentro del cual podría continuar desarrollando las actividades secundarias —culturales, formativas— de su competencia.

4. Servicios de Trabajo Temporal

En algunos países europeos, el SPE ha asumido funciones de interposición en el empleo temporal, administrando los contratos de trabajo y constituyéndose en empleador formal, mientras el empresario que utiliza a los trabajadores le paga una tasa por servicio y queda aliviado de la burocracia consiguiente

⁹³ Para ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, pág. 395, hay «razonables dudas» sobre la vigencia de la Orden Ministerial, aunque parece fundamentar su opinión en que la LBE no mencione la ayuda a las migraciones internas, lo que, sin embargo, contradice el artículo 10, 2, d), LBE, al prever «ayudas a los trabajadores en caso de movilidad geográfica, funcional o profesional de los mismos».

⁹⁴ Artículo 20, 2 de la Ley de Emigración de 21 de julio de 1971.

⁹⁵ Ya el Decreto de 2 de junio de 1960 y la Orden Ministerial de 19 de octubre del mismo año habían iniciado la práctica de las «bolsas de viaje», con cantidades ciertamente ínfimas, pues las de 1960 eran, por ejemplo, de 3.700 pesetas a Brasil y de 4.500 a Argentina. El FNPT asumió las subvenciones, que llegaron a alcanzar cifras globales cuantiosas, decayendo a la mitad en los años ochenta.

⁹⁶ El artículo 21, tras admitir la delegación de la actividad contractual en los organismos colaboradores, pasa a ordenar la «intervención» en todo caso del IEE en la contratación que lleven a cabo, de conformidad con Acuerdos o Convenios internacionales, las comisiones oficiales extranjeras o las representaciones autorizadas de los distintos países, empresas y organismos: tienen ante la vista, según parece, los Tratados de Cooperación económica y social relativamente frecuentes con los países de habla hispana, a virtud de los cuales se envían expertos de todas clases a trabajar temporalmente en aquellos países. Sobre la situación jurídica de estas personas, GALIANA: *El ámbito personal del derecho a la emigración*, Madrid, 1975. En general, para las funciones del IEE, cfr. MONTOYA: *Derecho del Trabajo*, pág. 512 y sigs.

al pago de salarios, aseguramiento, etc.⁹⁷. Se trata de supuestos de interposición pública, en unos países donde compite con la interposición privada —las «empresas de trabajo temporal»—, lícita bajo ciertos requisitos⁹⁸. El ordenamiento español conoce al menos tres casos en donde hallamos una estructura similar, y la heterogénea regulación de cada uno, atribuible a su relativa antigüedad, impone un análisis crítico, dirigido a su reforma por vía de una nueva regulación unitaria; en los tres casos, un ente público coloca bajo las órdenes de un tercero a los trabajadores integrados en su plantilla o «censo», manteniendo todas o las más importantes funciones derivadas de la titularidad del contrato de trabajo y cediendo al tercero el poder directivo y los resultados; por decirlo de una manera gráfica, aunque no técnica, el ente público mediador asume el «dominio eminente» sobre el trabajador, y cede temporalmente el «dominio útil» a un tercero. Cómo puede lograrse semejante fenómeno, y hasta qué punto nos aproximamos a una interposición pública en la relación laboral, son cuestiones que varían en cada caso, según veremos a continuación; pero la difuminación de garantías para el trabajador, situado ante un desdoblamiento atípico del empleador, debe ante todo resaltarse para postular la superación de normas rudimentarias.

a) Trabajos de colaboración social. En las prestaciones personales obligatorias a que un parado receptor de prestaciones por desempleo puede venir compelido temporalmente en base al artículo 6.º, LBE, y 38 y siguientes del Decreto 1445/1982, sobre fomento del empleo⁹⁹, el INEM actúa como mediador, seleccionando a los parados constreñidos a prestar el servicio de utilidad social para la Administración pública solicitante, pero, además, al tiempo que ésta dirige las labores y cubre el aseguramiento básico¹⁰⁰ y un «complemento de destino», aquél mantiene al parado en sus listas, le asigna el servicio y se lo retira, le garantiza la mayor parte de sus ingresos y, en su caso, lo sanciona. No hay contrato de trabajo, pero existe una relación laboral con empleador desdoblado, a virtud de las competencias asumidas por el INEM en esa relación laboral. La mínima utilización de la fórmula por las Administraciones públicas¹⁰¹, puede tener su origen en la escasa motivación de los

⁹⁷ Para el caso del Servicio de Trabajo Temporal belga, vid. BLANPAIN/LISEIN-NORMAN: *L'Office National de l'Emploi et le travail temporaire*, en INSTITUT INTERNATIONAL DU TRAVAIL TEMPORAIRE: *Le rôle de l'agence publique de placement sur le marché du travail temporaire*, Bruselas, 1980, pág. 21 y sigs.; BORREGUERO: *Instrumentos de política de empleo en Bélgica*, en VVAA: *Jornadas técnicas sobre concertación social y empleo*, página 321; para el START holandés, ASSCHER/VONK: *The Netherlands/Pays-Bas*, en IIT: *Le travail temporaire dans la société moderne. Etude comparative II*, Bruselas, 1981, págs. 131 y 135; ATTEMA: *State subcontracting for workers difficult to place*, en IIT: *Le rôle de l'agence publique de placement*, cit., pág. 95 y sigs. En cuanto a los proyectos de regulación italiana de una Agencia de Trabajo como empleadora interpuesta que sustituyera a la desacreditada Cassa Integrazione Guadagni, vid., «Revista de Trabajo», 65 (1982), pág. 158 y sigs.

⁹⁸ Cfr. DURÁN: *El trabajo temporal (La duración del contrato de trabajo)*, Madrid, 1980, pág. 28, en este sentido.

⁹⁹ La naturaleza jurídica de los trabajos de colaboración social como prestaciones personales obligatorias es ciertamente discutida en la doctrina; la mantuvo en la ponencia sobre *Las nuevas formas de contratación laboral*, Primeras Jornadas de Profesores Andaluces de Derecho del Trabajo, Córdoba, octubre de 1982; con dudas, también LÓPEZ GANDÍA: *El régimen jurídico de la prestación de desempleo*, pág. 282: «Tal relación oscila entre la prestación personal obligatoria... y el trabajo semilegal».

¹⁰⁰ Por riesgos profesionales, al tipo del 1,50 por 100, Orden de 27 de enero de 1982.

¹⁰¹ A tenor de los datos suministrados por el INEM, *Coyuntura del mercado de trabajo*, Madrid, 1982, págs. 12 y 13, para el mes de noviembre del mismo año, «el incremento relativo más importante —entre las medidas de fomento del empleo del Decreto

parados a cumplir la prestación y las mayores ventajas de la fórmula de empleo comunitario para dichas Administraciones, exentas en este segundo caso de complementar sus ingresos, como veremos *infra*. La anunciada supresión del empleo comunitario nos permitirá clarificar la virtualidad de los trabajos de colaboración social, que deberían de todas maneras venir reordenados bajo la férula del contrato de trabajo retribuido.

b) Trabajos en puertos de interés general. Es aquí la Organización de Trabajos Portuarios (OTP) la encargada de seleccionar a los trabajadores y asignarlos a las empresas portuarias, temporalmente por lo común: los empleadores tienen la obligación de acudir a la OTP para nutrir sus plantillas, y únicamente en el caso de no ver satisfecha su petición en el plazo de tres días, quedan libres de acudir al INEM¹⁰²; las peticiones a la OTP pueden ser tanto nominativas como numéricas, en cuyo último caso recibirá el empleador usuario un número suficiente de candidatos para atender sus necesidades, conforme a una estricta rotación y al criterio de antigüedad en las listas; las empresas no pueden rechazar las asignaciones efectuadas por la OTP, y los candidatos tampoco pueden negarse a acudir al trabajo ofrecido, so pena de determinadas sanciones¹⁰³. En cuanto a la relación laboral, si bien el contrato de trabajo viene celebrado en cada ocasión con la empresa portuaria¹⁰⁴, existe sin duda una *faktische Arbeitsverhältnis* con la OTP, con reglas estrictas sobre ingreso en el «censo» de trabajadores portuarios, período de prueba, ascensos, vacaciones, licencias y excedencias, tablas de rendimientos, salarios y «subsidios», etc., que delimitan inequívocamente una relación laboral OTP-trabajador, incluso superpuesta a la contractual con la empresa portuaria¹⁰⁵. En los últimos años, la aparición de sindicatos de estibadores y de asociaciones de empresas consignatarias, principalmente, han transformado el panorama con unas relaciones en ocasiones muy conflictivas y numerosos convenios colectivos locales; pero, a despecho de las invectivas contra la OTP como organización caduca surgida en la Dictadura, su cometido de atender el servicio público portuario y la coincidencia de fórmulas análogas en otros países europeos, demuestran su utilidad en orden a evitar hiatus asistenciales por las empresas privadas, garantizando la actividad en los puertos de interés general, por lo que escapa a su mera consideración como intermediario laboral. A mi juicio, su renovación pasa por constituir la, a efectos laborales, como Servicio de Trabajo Temporal en el sentido comparado del término, dejando al INEM la colocación de los trabajos hijos.

1445/1982— se produce en los programas de colaboración social», pero de las 52,126 colocaciones del mes producidas conforme al Decreto 1445/1982, sólo supusieron el 1,2 por 100.

¹⁰² Artículos 31 y 33 de la Orden de 16 de junio de 1981, que desarrolla el Decreto 2302/1980, de 24 de octubre.

¹⁰³ Artículos 34 y 38 de la Orden citada; la negativa del trabajo portuario, normalmente estibador, a la oferta de trabajo, conlleva la pérdida del «subsidio» de ese día; y si acepta la oferta y no acude a la empresa, queda excluido del «censo» de trabajadores hijos.

¹⁰⁴ Como lo demuestran algunos indicios, por ejemplo, el del artículo 23, *in fine*, Decreto 2302/1980: «Extinguido el contrato de trabajo de los trabajadores hijos de una empresa, provenientes del censo, por causa no imputable al trabajador, podrán aquéllos reintegrarse al mismo».

¹⁰⁵ *Vid. in extenso* la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios de 29 de marzo de 1974, y las funciones de los Consejos Locales de la OTP en el Decreto 2302/1980, artículo 12, así como la Orden de 16 de junio de 1981, artículo 4.º

c) Asistencia hospitalaria concertada de la Seguridad Social. La firma en 1970 de un Convenio entre los Ministerios de Educación y Ciencia y de Trabajo, sobre concertación temporal de los Hospitales Universitarios para atención de enfermos de la Seguridad Social, dio ocasión a la mayor parte de las Universidades del país de aliviar sus presupuestos mediante la firma de un reparto de funciones según la «Modalidad I» del Convenio, a cuya virtud asume el INSALUD (antes, INP) la financiación, dirección y administración del Hospital Universitario, figurando el Alma Mater como titular del centro y de los contratos de trabajo celebrados con su personal¹⁰⁶: así pues, la Universidad selecciona a los candidatos mediante un concurso nacional, previa publicación de las bases y evaluación por un comité de selección de personal *ad hoc*¹⁰⁷; nada dice de la petición a las listas de parados del INEM, como preceptúan la LET y la LBE, y a lo que no supone obstáculo la selección por el propio empleador, pero que las Universidades incumplen sistemáticamente. A continuación, celebra sendos contratos de trabajo con los candidatos elegidos, a los que retribuye, sanciona, despide, etc., pero cede la dirección de la actividad al INSALUD, en una dicotomía sustancialmente interpositoria¹⁰⁸, con algunos matices atípicos, como el hecho de cumplirse la actividad del INSALUD en un centro cuya titularidad pertenece al cedente, y que éste satisfaga sus objetivos didácticos al socaire de la actividad de aquél. De *lege ferenda*, parece conveniente atribuir el procedimiento de colocación al INEM, incluido el concurso o test entre los candidatos, contando con la deseable participación de la Universidad respectiva; más aún en la contratación de trabajadores temporales, para la que no exigen las normas vigentes ningún procedimiento especial, lo cual viene interpretado por cada Hospital concertado como mejor entiende, unas veces asignando las plazas mediante una comisión de contratación, otras al libre arbitrio de la gerencia, otras recurriendo al INEM, otras a la Bolsa de Trabajo del Colegio de Médicos, etc.

5. Empleo comunitario

Todavía actualmente con el carácter transitorio con el cual naciera hace más de una década, el empleo comunitario de los parados agrícolas parece haber llegado al momento de una revisión en profundidad; no obstante, el régimen que lo sustituya quizá mantenga alguno de sus trazos en cuanto al procedi-

¹⁰⁶ Convenio de 3 de marzo de 1970, artículo 6.º y siguientes, Modalidad I: «Concierto para la financiación y administración de hospitales clínicos ya existentes o de nueva creación por el Ministerio de Educación y Ciencia».

¹⁰⁷ Decreto 3500/1981, de 27 de noviembre, Sección 1.ª, Forma A, Base 14; para el caso de profesores numerarios, el procedimiento es el habitual de oposiciones universitarias.

¹⁰⁸ El Decreto 3500/1981, citado, contiene las bases del nuevo Convenio entre el Ministerio de Educación y Ciencia y el de Trabajo; en su Sección 1.ª, Forma A, Base 7.ª, indica: «En el caso de Hospitales Clínicos Universitarios, se hará constar con claridad que la vinculación y dependencia jurídica del personal del mismo corresponde a la Universidad». Para una estructura análoga Universidad-Seguridad Social en Suecia, TENGSAM: *L'Organisation des services de santé et de l'enseignement médical en Suède*, París, 1975, página 30; ver también RIBAS/ROUGEVIN-BAVILLE: *Les centres hospitaliers et universitaires et la réforme médicale*, «Droit Social», 9/10 (1962), pág. 488 y sigs.; LAMAS: *Importancia de la coordinación en la planificación hospitalaria. Ventajas e inconvenientes del sistema de conciertos de la Seguridad Social con instituciones públicas o privadas*, «RISS», 4 (1970), pág. 705 y sigs.

miento de colocación, o tarde aún en promulgarse, pareciendo aconsejable analizar aquí, siquiera mínimamente, las características actuales.

Lo más notable a reseñar de este procedimiento consiste en la perfecta anarquía normativa en que se desenvuelve, pues el Decreto 448/1978, de 11 de marzo, coordinador de todas las acciones y fondos de empleo comunitario agrícola, se ha visto «completado» y corregido por la Orden de 11 de junio de 1981, en sí misma reducida a un programa especial del INEM pactado entre el Gobierno actual y los autonómicos de Andalucía y Extremadura para mitigar el paro agrícola ¹⁰⁹, a su vez matizada e incluso desautorizada por Resoluciones de cada Gobierno Civil y cada Director Provincial de Trabajo, las cuales vienen finalmente «interpretadas» con liberalidad por cada INEM provincial. En síntesis, los parados agrícolas «identificados» como tales por una Comisión provincial donde participan los sindicatos agrarios más representativos, y en posesión de los requisitos establecidos por la normativa supra-indicada, quedan inscritos en un censo o lista del INEM y pueden venir empleados temporalmente por organismos públicos con obras y servicios territoriales cuyos planes hayan sido subvencionados por la Comisión provincial de asignación de los fondos de empleo comunitario ¹¹⁰. En estas colocaciones interviene el INEM seleccionando a los candidatos mediante un curioso baremo: un parado por familia de cuatro miembros o menos, dos por familia de composición mayor. Del resto, la mediación desemboca de nuevo en una relación laboral fáctica, pues «en ningún caso se considerará que existe relación laboral» con el organismo empleador, tampoco obligado a formalizar un contrato administrativo; las condiciones laborales y sociales son fijadas por el INEM ¹¹¹, a modo de ordenanza laboral no publicada. Evidentemente, la seguridad jurídica, el amparo judicial y algún otro principio de la Constitución, brillan aquí por su ausencia, y la renovación normativa debe atender principalmente, como en otros casos antevistos, a estos aspectos fundamentales en un Estado de Derecho, reconociendo la existencia de contratos de trabajo temporal con los organismos inversores.

¹⁰⁹ Bien que la mayor parte de tal paro esté concentrado en estas dos regiones latifundistas; los 2.500 millones repartidos en enero de 1983 para empleo comunitario fueron asignados a ambas en su 99,2 por 100, y el 0,8 por 100 restante correspondió al resto del país, en concreto a Murcia: INEM: *Coyuntura del mercado de trabajo*, págs. 13-14.

¹¹⁰ Previa a esta Comisión provincial, que es la más importante y viene presidida por el Gobernador Civil, se reúne otra Comisión provincial de Organismos inversores, fundamentalmente IRYDA(ICONA y Diputación, que procura coordinar los planes particulares.

¹¹¹ Últimamente, por una Circular interna de la Dirección General, de 25 de febrero de 1982.