

SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COLOCACIÓN EN ESPAÑA,
Y ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA

*Fco. Javier Calvo Gallego**
*Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo**
Alberto Valdés Alonso
*Universidad de Huelva
Universidad Carlos III de Madrid

1. LAS CLAVES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COLOCACIÓN EN ESPAÑA

Teniendo en cuenta las dificultades, técnicas y de todo tipo, que la regulación del mercado de trabajo presenta, el régimen de la colocación parece a primera vista sorprendentemente sencillo. En efecto, un análisis de la normativa hoy vigente en España nos ofrece la visión de un régimen claro, que no plantea grandes problemas de principio al intérprete. Esta sencillez no es consecuencia de un acierto técnico en su articulación y puesto en práctica, puesto que como veremos tal acierto no ha existido; es consecuencia del propio diseño del legislador, que ha optado por un sistema en el que se produce un claro reparto de espacios de actuación entre los distintos sujetos que se dedican a esta actividad, reparto que queda lo suficientemente claro como para evitar problemas interpretativos serios.

Esta sencillez tiene, en realidad, orígenes remotos, pues se remonta al régimen anteriormente vigente para la colocación en España, régimen aún más sencillo al que las últimas reformas han añadido algún factor de complejidad. Vamos a hablar, así, de dos regímenes de la colocación en España, el

anterior y el posterior a las reformas de 1993-94. De la comparación de estos dos modelos se deducirán las claves del régimen jurídico hoy vigente para la colocación en España.

Antes de la reforma de la colocación iniciada por el Real Decreto-Ley 18/1993, el régimen jurídico de esta actividad se había caracterizado por una notable estabilidad y simplicidad. En efecto, las bases de su regulación se remontan a la Ley de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931, cuyas líneas esenciales se mantuvieron sin grandes cambios hasta las reformas de 1993. Durante la década de los ochenta, inmediatamente antes de la reforma, fueron dos los textos normativos básicos que establecieron el régimen jurídico del mercado de trabajo: la Ley Básica de Empleo de 8 de octubre de 1980, y el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores de 8 de marzo de 1980¹.

Las líneas esenciales de este modelo de colocación, que podemos denominar "clásico" por su larga pervivencia, coinciden con lo que se ha venido denominando como "modelo socialdemócrata" de ordenación de la intermediación en el mercado de trabajo, caracterizado por un papel principal e imperialista de la iniciativa pública, que asume la responsabilidad y la gestión de la actividad de colocación, reduciendo paralelamente al mínimo el papel de la iniciativa privada². En el reparto de papeles entre lo público y lo privado se producía un marcado desequilibrio a favor del primero de estos términos, reduciendo al segundo a un papel marginal³.

Este modelo era, por lo demás, común en la mayoría de los sistemas de relaciones laborales nacionales, como consecuencia de la aceptación de unos valores comunes sobre la responsabilidad de los poderes públicos en el mercado de trabajo, la valoración del trabajo y la posibilidad de obtener un beneficio a su costa. En la extensión de este modelo común tuvo un protagonismo singular la Organización Internacional del Trabajo, que, partiendo de la declaración en su misma Constitución de que "el trabajo no es una mercancía", había elaborado un conjunto normativo bastante completo en el que definía estas líneas básicas de reparto de funciones entre las dos iniciativas. La actividad de la Organización Internacional del Trabajo se había orientado en dos direcciones fundamentales: *imponer a los Estados miembros el manteni-*

1. Un completo estudio de este modelo en VALDÉS DAL-RE, "Servicios públicos de empleo y contratación laboral", en BORRAJO DACRUZ, "Comentarios a las leyes laborales", tomo IV, Madrid, 1983, pg.187. Véanse también OJEDA AVILES, "El procedimiento de colocación, revisitado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 14, 1983, pg.203 sigts; del mismo, "Los servicios de colocación en España", *Revista de Seguridad Social*, nº 15 y 17, 1983.

2. VALDES DAL-RE, "Servicios públicos de empleo, crisis económica y paro", *Relaciones Laborales*, nº 16-17, 1993, pg.25.

3. Cifr. VALDES DAL-RE, "El papel de los servicios públicos de empleo: un debate pendiente", *Relaciones Laborales*, tomo 1987-I, pg.27.

*miento de un servicio público de empleo*⁴, *de un lado, y erradicar de este mercado la actividad de mediación lucrativa*, de otro⁵.

La puesta en práctica de este modelo se articuló en España mediante la creación de un servicio de colocación, a cargo de un Instituto Nacional de Empleo⁶, que se caracterizó legalmente por ser un "servicio nacional, público y gratuito". Se trataba, además, de un servicio obligatorio, al que debían acudir necesariamente trabajadores y empresarios; y ello porque, como consecuencia de la interconexión entre varios mandatos legales, la colocación vía INEM se convertía en la regla en nuestro Derecho, aunque se admitía en ciertos supuestos lo que se denominaba "contratación directa" del trabajador⁷; esto es, la posibilidad de que trabajadores y empresarios entraran en contacto al margen de los servicios públicos de empleo.

En relación con el papel de la iniciativa privada, hay que señalar otra de las características esenciales del INEM en esta época: *su carácter exclusivo*, que tampoco aparecía formulado de manera expresa, pero que se deducía de diversos preceptos legales⁸. La iniciativa privada no quedaba sin embargo completamente excluida del mercado de trabajo, pues se le reconocían ciertos espacios de actuación⁹. Aún así, lo más característico del régimen jurídico del

4. Tal mandato se preveía ya en el Convenio nº 2 sobre desempleo, de 1919, y fue después desarrollado en el Convenio nº 88, de 1948, relativo a la organización del servicio de empleo. Sobre su puesta en práctica en los distintos sistemas laborales nacionales, véase V.V.A.A., "Jornadas Europeas sobre los servicios públicos de empleo y política de empleo", Madrid, 1984, *passim*.

5. Así, desde la Recomendación nº 1 sobre desempleo, de 1919, se urgía a los Estados miembros a prohibir estas agencias, utilizando una terminología, "agencias retribuidas de colocación", que va a ser mantenida en los convenios y recomendaciones posteriores. Para dar cumplimiento a este mandato se adoptaron distintos convenios: el nº 34 en 1933 y, sobre todo, el Convenio nº 96 de 1949, ratificado por un número importante de Estados.

6. Un completo estudio de esta institución en OJEDA AVILES, "Los servicios públicos de empleo en España (II): el Instituto Nacional de Empleo", *Revista de Seguridad Social*, nº 17, 1983, pg.27.

7. Esta contratación directa se permitía de forma general en aquellas localidades en las que no existía Oficina de Empleo (artículo 16.1 ET); y cuando la empresa acudiera a un concurso público para cubrir las vacantes de las que dispusiera, siempre que éste se adaptara a las previsiones del artículo 7 del Real Decreto-ley 1/1986. También se permitía la contratación directa de forma subsidiaria, si realizada la intervención del servicio público sus gestiones no llegaban a un resultado adecuado. Así, por mandato del artículo 16.1 ET, el empresario podía contratar directamente a los trabajadores cuando la Oficina Pública de Empleo no le facilitase los demandados en un plazo de tres días, o cuando no contratase a los que la Oficina le hubiese facilitado. De la misma manera se permitía la contratación directa cuando "no pudiera atenderse a una oferta de empleo por no existir en el Instituto Nacional de Empleo demandantes inscritos que reúnan los perfiles profesionales que se exigen para cubrir el puesto de trabajo", según preveía el artículo 44.2 LBE.

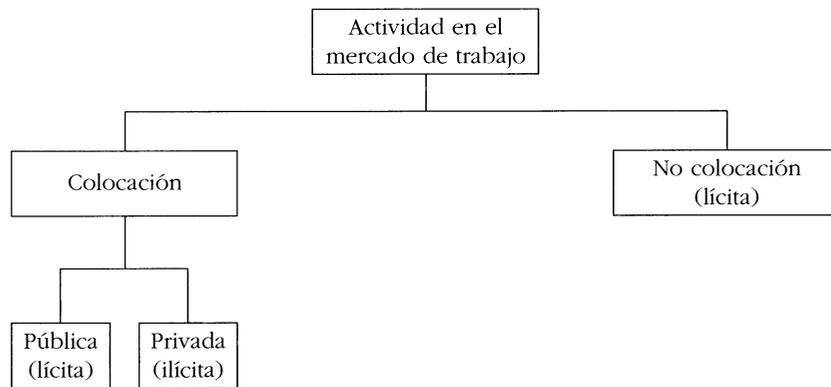
8. En concreto, de los artículos 16.1 ET y 40.2 LBE, según los cuales se prohibía "la existencia de agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo".

9. La ley abría, sin embargo, ciertas vías para la actuación de sujetos privados en la actividad de colocación. Así, los artículos 16.1 ET y 40.2 LBE admitían, de una forma ciertamente rocambolesca, la existencia y operación de lo que denominaba "agencias o empresas dedicadas a

mercado de trabajo durante esta época eran las fuertes limitaciones que se imponían a la iniciativa privada¹⁰.

Una vez definido el papel de ambos tipos de sujetos en el mercado de trabajo, se puede identificar el mecanismo jurídico a través del cual el legislador laboral de la época había establecido el límite entre lo lícito y lo ilícito en esta actividad. Pues el punto de partida debe necesariamente ser el de que, en un mercado tan intervenido y regulado como el de trabajo, no toda actividad de intermediación era per se lícita, sino que se diferenciaba entre una legal y otra ilegal. Para definir este límite se utilizaban dos criterios o factores, de cuya presencia se deducía el carácter legal o no de la actividad: el primero era un elemento material, que se trataba de una actividad de colocación, de intermediación en el mercado de trabajo, pues se preveía un régimen diferente para la colocación en sentido estricto y para otras actividades cercanas y auxiliares, pero no idénticas —como la selección—; el segundo, el carácter público o privado de los servicios. La combinación de los dos factores determinaba la legalidad o no de la actividad: si era colocación en sentido estricto, el carácter público o privado del sujeto que la realizaba determinaba la legalidad o no de la actividad. Y ello de forma absoluta: en los términos en los que estaba definido el papel del INEM, el mero hecho de ser un sujeto privado determinaba la ilicitud de la colocación que éste pudiera desarrollar. Ser o no ser actividad de colocación; y ser un sujeto público o privado determinaban que se estuviera a un lado u otro de la ley.

El modelo clásico de colocación



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

10. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Público y privado en el mercado de trabajo de los noventa”, Huelva, 1994.

Este modelo clásico perdió su vigencia con un proceso de reforma iniciado en 1993, y cuyos hitos legislativos fundamentales son bien conocidos: el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre de 1993¹¹, uno de cuyos objetivos fundamentales se refería precisamente a los servicios públicos de empleo; la Ley 10/1994, “sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación”, que formalizó como ley ordinaria el contenido del RDL 18/1993; la Ley 11/1994, “por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social”; la Ley 14/1994, de 1 de junio, “por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”; el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores; y el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, “por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo”. A partir de estos textos se debe construir el nuevo modelo de mercado de trabajo que se pretende introducir en nuestro país¹².

En este modelo se reordenan los papeles de la iniciativa pública y privada; y esto se hace manteniendo en parte las líneas de definición de lo lícito y lo ilícito utilizadas en el modelo clásico de colocación, completándolas con otros criterios o factores nuevos. Por lo que a la iniciativa pública se refiere, el servicio público de empleo mantiene los caracteres de “servicio nacional, público y gratuito” que hasta entonces le habían caracterizado¹³. Pierde, sin embargo, su consideración de servicio obligatorio, pues en el régimen actualmente vigente no existe una obligación para los empleadores de “solicitar previamente (...) los trabajadores que necesiten”, como antes de 1993 se hacía, sino tan sólo un deber de registrar o comunicar la celebración de los contratos, según éstos deban o no celebrarse por escrito; obligación ésta que opera *a posteriori*, una vez celebrado el encuentro contractual entre trabajador y empresario por cualquier vía¹⁴. De esta manera, la intervención del INEM se

11. Sobre este Real Decreto, desde el punto de vista de la colocación, CASAS BAAMONDE & PALOMEQUE LÓPEZ, “La ruptura del monopolio público de empleo: colocación y fomento del empleo”, *Relaciones Laborales*, nº 5-6, 1994.

12. Sobre el régimen actualmente vigente del mercado de trabajo, véase CRUZ VILLALÓN, “El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores”, *Temas Laborales*, nº 32, 1994; GARCÍA MURCIA, “Las nuevas normas sobre colocación y cesión de trabajadores”, *Temas Laborales*, nº 31, 1994; MARTÍN VALVERDE, “La supresión del monopolio público en la colocación”, en V.V.A.A., “Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García”, Madrid, 1995; MERCADER UGINA, “La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1994; RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El proceso de colocación: intervencionismo administrativo e iniciativa privada”, en ALARCÓN CARACUEL (coord.), “La reforma laboral de 1994”, Madrid, 1994; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Público y privado en el mercado de trabajo”, op.cit. supra; VALDÉS DAL-RE, “Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 2 y 3, 1995.

13. Según señala el aún vigente artículo 40.1 LBE.

14. Persiste, en cambio, la obligación de los trabajadores demandantes de empleo de inscribirse en estas oficinas públicas.

limita a constatar acuerdos ya producidos, en cuya celebración habrá podido o no intervenir, puesto que en ningún caso se señala que esta intervención pública sea necesaria; la relación entre la contratación vía INEM y la contratación directa, que era de regla y excepción en el modelo clásico, pasa a ser de igualdad, como alternativas a las que se podrá acudir libremente, correspondiendo la decisión al empleador.

De la misma manera, pierde el INEM su carácter de servicio exclusivo de empleo, de único agente autorizado para la intervención en el mercado de trabajo, pues en el modelo reformado de colocación se da entrada a otros sujetos, tanto públicos como privados, a los que se atribuye expresamente la competencia de desarrollar actividades de colocación: “*las agencias privadas de colocación*”¹⁵, cuya existencia y actuación se admiten de forma limitada, pues se sigue manteniendo aún la prohibición de “*la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos*”.

Esta previsión legal nos llama la atención sobre la introducción de un nuevo elemento o factor diferenciador, que aparece a partir de ahora en pie de igualdad a los otros elementos antes referenciados en la identificación de los límites de la licitud y de la ilicitud en el mercado de trabajo: el elemento del carácter lucrativo o no de los servicios de colocación. Lo que el legislador laboral pretende es mantener un cierto grado de “moralización del mercado de trabajo”¹⁶, que excluya por completo el lucro en la actividad de colocación, coherentemente con unas asunciones de partida sobre el valor del trabajo humano y la relevancia social del mercado de trabajo.

No será éste el único elemento novedoso introducido por la reforma para distinguir lo legal de lo ilegal en el mercado de trabajo. Las mismas normas legales introducen, bien que de una manera menos llamativa, otro elemento cuya virtualidad a estos efectos es en todo punto similar: *la autorización del INEM*. Decimos que se introduce de una manera menos llamativa porque el artículo 16.2 ET se refiere a las “agencias de colocación sin fines lucrativos”, sin hacer referencia a este elemento como determinante de la legalidad de la colocación. Sin embargo, este mismo precepto dispone acto seguido que “el Servicio Público de Empleo podrá autorizar (...) la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos”. En consecuencia el artículo 2 del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, establece entre las “condiciones de actuación de las agencias de colocación” el “estar previamente autorizadas por el Instituto Nacional de Empleo”. La exigencia de autorización administrativa, que es utilizada como instrumento de control del mercado de trabajo por los poderes

15. Sobre el régimen jurídico de esta figura tras la reforma, véase SANCHEZ PEGO, “Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral”, *Documentación Laboral*, nº 43, 1994; y ESCUDERO RODRÍGUEZ & MERCADER UGUINA, “Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 1995.

16. La expresión es de RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Cesión de trabajadores y contrata de mano de obra”, *Relaciones Laborales*, tomo 1986-I, pg.33.

públicos, en la práctica se convierte en un requisito de validez de la actuación de las agencias de colocación.

El legislador estatutario utiliza en este punto una técnica similar a la usada con las empresas de trabajo temporal, la autorización administrativa como instrumento de control y factor determinante de la legalidad de una actividad en el mercado de trabajo. Si bien no se hace referencia a ella de una manera tan palmaria a como se hace en el artículo 43 ET, en el cual se afirma que “la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas”. Pero el régimen jurídico es similar: una misma actividad puede ser lícita o ilícita en función de que el sujeto que la realice esté autorizado o no para ello, con independencia de las condiciones en que ésta se realice. Así lo corrobora el artículo 28.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el que se califica como infracción muy grave “ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa”.

El origen de esta técnica está, en realidad, en la normativa internacional. El convenio nº 96 obliga a los Estados que opten por admitir la existencia de agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos a “estar sujetas a la vigilancia de la autoridad competente”, así como a “poseer una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad competente” (artículo 10, apartados a) y b)). Si se trata de agencias retribuidas sin fines lucrativos, la obligación será de “poseer una autorización de la autoridad competente y estar sujetas a la vigilancia de dicha autoridad”.

Por el contrario, en el nuevo régimen queda por completo alterada una de las claves del modelo clásico de colocación, el del carácter público o privado de los sujetos que se dedicaran a la colocación. En efecto, el nuevo artículo 16 del Estatuto prohíbe “la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos”, y no “la existencia de agencias privadas de colocación”. Lo relevante es la finalidad por la que unos sujetos se dedican a la colocación, no su naturaleza jurídica; dentro de cada uno de los tipos posibles, agencias lucrativas y no lucrativas, se podrán encontrar sujetos públicos y privados.

La apertura que del mercado de trabajo opera la reforma de 1994 es más amplia de lo que parece a primera vista, pues se está abriendo la puerta a ambos tipos de agencias, las públicas y las privadas. Así lo indica el artículo 1.2 del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, que dispone que “podrán tener la condición de agencias de colocación las personas físicas o jurídicas, *cualquiera que sea su naturaleza jurídica*, que actúen sin fines lucrativos”.

En realidad, ni siquiera en el modelo clásico de colocación el dato del carácter público del sujeto era por sí mismo absolutamente determinante. Es cierto que en el modelo clásico lo esencial para determinar la legalidad de una actividad de colocación era que el sujeto tuviera un carácter público o privado; pero esta calificación no operaba de forma automática en función exclusivamente de la naturaleza del sujeto que la desarrollara. O, al menos,

no funcionaba de una manera biunívoca: bastaba con que un sujeto fuera privado para que la actividad de colocación fuera ilícita; pero por el contrario el que el sujeto fuera público no determinaba *per se* su legalidad, siendo posible en teoría que hubiese actividad de colocación ilícita también a cargo de sujetos públicos.

Esto se derivaba del propio artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores, cuya redacción, a pesar de que ser aparentemente rotunda y clara, resultaba confusa a estos efectos; en efecto, cuando se decía que se prohibía "la existencia de agencias privadas de colocación", se estaba dando a entender que lo relevante, lo que justificaba su prohibición, era precisamente su carácter privado; llegando aún más lejos, y en una interpretación *contrario sensu*, podía aceptarse la existencia de "agencias públicas de colocación" como un tipo genérico, habilitándose a los poderes públicos de forma general para la creación de éstas. La realidad era muy distinta, pues el punto de partida de todo el sistema era la calificación del INEM como un monopolio público de colocación; y monopolio era frente a todos, públicos y privados, sin que se planteara la existencia de un espacio para otros sujetos, aún públicos. La frontera entre lo lícito y lo ilícito estaba, es cierto, en lo público/privado; pero asumiéndose que en lo público iba a estar operando de forma exclusiva el INEM.

Esta diferencia entre el INEM y el resto de los sujetos públicos se mantiene en el sistema hoy vigente; pero adquiere una mayor importancia si cabe, pues se prevé la posibilidad de que existan otros sujetos al margen del INEM que desarrollen lícitamente actividades de colocación. Sujetos que, en principio, se prevén privados y no lucrativos; pero que cabe esperar se vean acompañados por otros públicos, cuyo carácter lucrativo vendría dado, además de por mandato legal, por su propia naturaleza de sujetos prestadores de servicios públicos.

Esta distinción entre lo público y el INEM puede parecer un poco exagerada, cuando partimos de una unidad esencial del sujeto público, que concentra su actividad de colocación en una agencia especializada única; de hecho, no llegó a plantear problemas durante la vigencia del modelo clásico de colocación. En el modelo actual la situación ha cambiado radicalmente, pues se detecta una clara voluntad de distintos sujetos públicos, en particular Comunidades Autónomas y autoridades locales, por entrar en el mercado de trabajo, desarrollando actividades de colocación en su propio territorio. Ahora sí pueden plantearse problemas¹⁷.

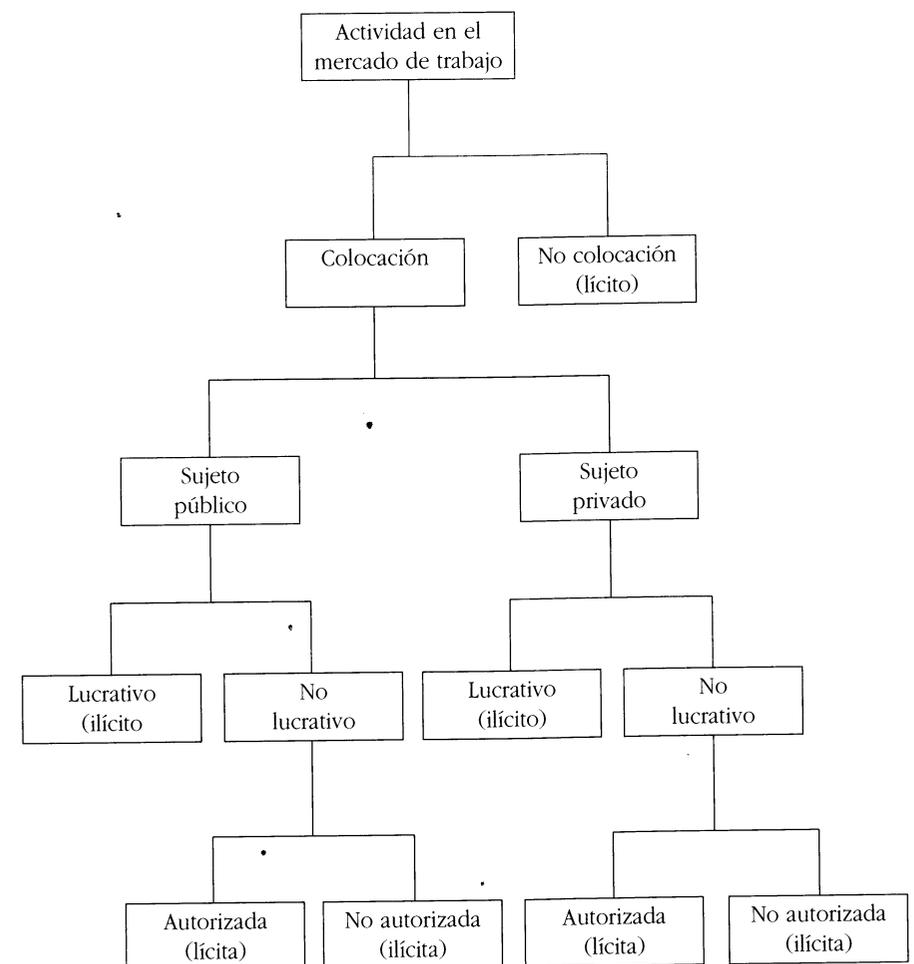
De esta manera, en el régimen hoy vigente, para poder determinar la legalidad de una determinada actividad en el mercado de trabajo habrá que

17. CASAS BAAMONDE, "Convergencia Europea, reformas del mercado de trabajo y territorialización de las políticas y de los servicios públicos de empleo", *Relaciones Laborales*, tomo 1993-II, pg.22 ss.

considerar tres elementos, uno material, otro funcional, y otro formal: la naturaleza de la actividad desarrollada, esto es, qué funciones se están efectivamente desarrollando; la finalidad por la que el sujeto realiza esta actividad; y la existencia de una autorización para llevarla a cabo. Estos factores actúan en cascada: primero hay que analizar si la actividad desarrollada es o no de colocación; después hay que comprobar si se presta a título gratuito o lucrativo; por último hay que comprobar si el sujeto está o no autorizado. En realidad, lo que ocurre es que a medida que se avanza en este análisis se van planteando distintas opciones, que van a determinar una u otra calificación.

Así:

Lícito e ilícito en el mercado de trabajo



En función de que se vaya eligiendo uno u otro de los caminos, la calificación que se dará a la actividad será de licitud o ilicitud.

Como se dijo al principio de este trabajo, este régimen mantiene la nota de simplicidad que ya había caracterizado al modelo clásico de colocación, aunque qué duda cabe de que el régimen actual es algo más complejo que el anterior, pues habrá que considerar un elemento más en la determinación de lo lícito y lo ilícito. Pero con todo la situación no es excesivamente complicada, pues si se tienen en cuenta estos tres elementos, y se sigue su análisis de una manera ordenada, no deben presentarse en principio mayores problemas en esta tarea. Este continuismo no debe sorprender, toda vez que el nuevo modelo no supone una alteración completa del clásico, sino un mero ajuste. El nuevo modelo mantiene las que son a nuestro juicio las ideas esenciales del modelo anteriormente vigente, la responsabilidad de los poderes públicos y la exclusión del lucro sobre el trabajo ajeno, que se mantienen con un ajuste más cuantitativo que cualitativo. No es ajeno a ello el hecho de que el nuevo modelo se mantiene aún dentro de las coordenadas fijadas por la normativa de la Organización Internacional del Trabajo, que se basa precisamente en estas ideas.

2. ALGUNOS PROBLEMAS TÉCNICOS DEL MODELO VIGENTE DE COLOCACIÓN

A pesar de esta aparente simplicidad, el modelo actualmente vigente de colocación en España no deja de plantear algunos problemas puramente técnicos, anteriores incluso a los numerosos de eficacia o de política del Derecho que puede plantear. Nos referimos a simples problemas de interpretación, ajenos a cualquier valoración del modelo en sí mismo, o de sus principios; problemas que pueden dificultar su puesta en práctica.

2.1. El concepto de "colocación"

El primero de los elementos que debe considerarse, tanto en el modelo clásico como en el actual, para analizar la legalidad de una determinada actividad en el mercado de trabajo es precisamente la naturaleza de ésta, esto es, que se trate efectivamente de colocación, pues sólo ésta queda sometida al régimen jurídico expuesto, que es distinto al de otras posibles actividades que se puedan desarrollar en este mercado¹⁸.

A primera vista, esta cuestión no debería plantear problemas, ya que de lo que se está hablando precisamente es el del régimen jurídico de la actividad

de colocación, lo que exige una delimitación previa de ésta tanto por el legislador como por el intérprete. Sin embargo, la realidad dista de estar tan clara, en parte por problemas de definición legislativa de lo que es colocación, y, sobre todo, de diferenciación de éste frente a otras actividades en el mercado de trabajo¹⁹.

La base normativa para definir la actividad de colocación a estos efectos la proporcionan los artículos 38 y 43 de la Ley Básica de Empleo. El primero se refiere a un concepto más amplio, el de "política de colocación", que se define como "las acciones tendentes a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas". El segundo señala que, dentro de las funciones del Instituto Nacional de Empleo se encuentran la de "ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a las empresas a contratar a los trabajadores apropiados a sus desarrollos". Ninguno de estos preceptos nos proporciona desde luego una definición clara, precisa y delimitada de lo que sea la colocación. Algo más específico es el artículo 1 del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, que regula, entre otros, a las agencias de colocación sin fines lucrativos: para esta norma, estas agencias la colocación supone "ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades".

Podemos acudir a la normativa internacional para buscar una definición más completa de esta actividad; así, para el Convenio nº 88 sobre servicios públicos de empleo define la actividad de éstos como la consistente en "ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo conveniente, y a los empleadores a contratar a trabajadores apropiados a las necesidades de las empresas". El Convenio nº 96, por su parte, define como agencia de colocación con fines lucrativos a "toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador, o un trabajador a un empleador".

El problema de la definición de colocación no es tanto saber qué es esta actividad, cuanto diferenciar ésta de otras actividades próximas en el mercado de trabajo²⁰. Y ello es fundamental porque, como vimos, si una determinada práctica empresarial entra dentro de esta categoría, debe ser necesariamente sometida a escrutinio de acuerdo con la técnica señalada en páginas anteriores para comprobar su legalidad. Ser o no ser actividad de colocación puede determinar la legalidad o ilegalidad de una práctica en el mercado de trabajo;

19. No es este un problema exclusivo de España. Ver, respecto de la situación francesa, ROUSSEAU, "Conseils en recrutement, chausseurs de têtes et notion de placement", *Droit Social*, nº 6, 1990, pg.545.

20. Sobre las distintas actividades que se desarrollan en el mercado de trabajo, y su régimen jurídico, ver G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, París, 1992, especialmente pg. 17 y ss.

18. Sobre el concepto de colocación véase DE VAL TENA, "La intermediación en el empleo: un aspecto de la reforma del mercado de trabajo", en en MONEREO PEREZ (coord.), "La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral", Granada, 1996, pg.199 ss.

de ahí que para que el sistema pueda funcionar con normalidad sea necesario contar con elementos suficientes para poder delimitar la colocación de las actividades próximas a ella.

Esto no ocurre en la actualidad, pues la definición de colocación de la que disponemos no cumple con estos requisitos. Y ello porque se está definiendo más una función que una determinada actividad. En efecto, cuando se habla de “poner en contacto a un trabajador con un empleador, o a un empleador con un trabajador”, en realidad se está haciendo referencia a una pluralidad de actividades, calificadas por su objetivo final, que es precisamente conseguir este contacto. Múltiples actividades pueden ser incluidas dentro de esta categoría: la intermediación completa, por supuesto, pero también alguna de sus fases, como la selección, la publicidad de las ofertas de empleo, la constitución de bolsas de trabajo, la realización de entrevistas de trabajo, etc... En rigor, todos los sujetos que actúan en el mercado lo hacen con vistas a conseguir este resultado final, variando tan sólo en el grado de participación de cada uno; así, las agencias de colocación desarrollan esta tarea, pero también lo hacen en mayor o menor medida las empresas de outplacement, los gabinetes de selección, los periódicos especializados en búsqueda de trabajo, las páginas de anuncios de los periódicos, los programas de empleo de las televisiones, los servidores de INTERNET que ofrecen servicios de empleo, las bolsas de trabajo de las instituciones educativas y colegios profesionales, etc....²¹

De esta manera, la falta de una definición clara de lo que pueda calificarse como “colocación” a los efectos que aquí interesan provoca la paradoja de que ésta pueda extenderse a la práctica totalidad de las actividades que se producen en el mercado de trabajo para mejorar su funcionamiento; todas ellas, en efecto, se dirigen en última instancia a “proporcionar un trabajador a un empleador, o un empleo a un trabajador”²². Y, lo que es más grave, produciría el efecto, igualmente paradójico, de que sólo los sujetos expresamente autorizados para desarrollar la actividad de colocación podrían actuar legalmente en este mercado; esto es, el servicio o los servicios públicos de empleo, y las agencias de colocación sin finalidad lucrativa, públicas o privadas. Todos los demás estarían automáticamente excluidos.

Por supuesto que una conclusión de este tipo es del todo exagerada, y si se trae a estas páginas lo es exclusivamente para poner de manifiesto que nos encontramos ante un auténtico problema de indefinición de la actividad sobre la que opera todo este aparato jurídico. Y ante una situación de este tipo se

deben intentar introducir elementos que nos permitan delimitar el concepto de colocación de una forma adecuada, asegurando los niveles de precisión que la aplicación exige. A continuación propondremos algunos elementos que puedan contribuir a esta concreción.

2.1.1. Un primer elemento que no parece expresado en el régimen vigente, ni lo estaba tampoco en el anterior por cierto, es el del *carácter organizado y sistemático de la actividad de colocación*, que se trate de una colocación realizada de forma más o menos permanente, como objeto de una actividad empresarial. Esto es, que hay que distinguir una colocación como actividad empresarial, a la que se dedicarían las agencias de colocación y los servicios públicos de empleo, y una colocación ocasional o casual, realizada de forma esporádica y sin continuidad. Esta distinción no aparece expresa en la normativa vigente, pero cabe deducirla de un análisis sistemático de ésta. En efecto, de un lado tenemos que el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores no prohíbe la colocación sin más, sino la existencia de agencias privadas de colocación; lo que parece indicar que para estar incurso en la prohibición hay que dedicarse de forma organizada a esta actividad. En esta dirección parece apuntar también el artículo 1 del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, que regula, entre otros, a las agencias de colocación sin fines lucrativos: para esta norma, estas agencias “se configuran como entidades que colaboran con el Instituto Nacional de Empleo en la intermediación en el mercado de trabajo y tienen como finalidad ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades”. La “finalidad” de la agencia debe ser precisamente la actividad de colocación, si bien no parece que de forma exclusiva; en todo caso el Real Decreto les exige, para poder obtener la autorización para actuar, acreditar “su finalidad de intermediación en el mercado de trabajo con el fin de colaborar en la colocación” (art.11.2), así como demostrar la disposición de una infraestructura adecuada para poder dedicarse a ella (art.11.3).

También la normativa internacional nos sirve de referencia en esta distinción: el Convenio nº 96 sobre agencias de colocación habla de estas como “cualquier organización que sirva de intermediario” en la colocación, lo que evoca desde luego a una prestación empresarial de sus servicios, en cuanto sistemática y estable.

Que la actividad de colocación relevante a efectos legales lo es tan sólo la organizada se desprende también de un elemento aún más relevante: la admisión de la contratación directa del trabajador, que hoy es general. En los casos en que se contrata al trabajador directamente, es previsible que se haya utilizado algún mecanismo de intermediación, total o parcial, puesto que las dificultades del mercado de trabajo hacen casi imposible acudir directamente a éste sin más; de hecho, estos cauces extraoficiales, opacos o sumergidos, son los que canalizan la inmensa mayoría de las contrataciones: contactos personales, familiares, etc... En todos estos casos se trata de actuaciones que

21. GALLEG0 MORALES, “La emergencia de nuevos agentes en los procesos de colocación. Perspectivas y peligros”, en MONEREO PEREZ (coord.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, 1996, pg.161 ss.

22. En extenso RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, “Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, en MONEREO PEREZ (coord.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, 1996, pg.227 ss.

materialmente podrían considerarse como de colocación, pues su finalidad es la ya conocida de suministrar un trabajador a un empleador, o viceversa; y en todos los casos son actividades realizadas no de un modo empresarial, sino ocasional y asistemático.

La conclusión es clara: no todo auxilio o colaboración en la contratación de un trabajador supone colocación a efectos legales, sino tan sólo aquella que constituye el objeto empresarial de una organización especializada. Todo lo que carezca de este carácter quedará fuera del régimen jurídico antes señalado.

2.1.2. Un segundo elemento a considerar en esta delimitación de lo que sea colocación puede ser el del *carácter completo de la intermediación*, entendiéndose por esto que se realicen el conjunto de actividades conducentes a poner en contacto ofertantes y demandantes de empleo. En otras palabras, que hay que distinguir según la actividad desarrollada abarque todas las fases del proceso de colocación, concluyendo eventualmente con la puesta en contacto, o se limite tan sólo a alguna de éstas. Teniendo en cuenta que el proceso de colocación es largo y complejo, abarcando a una larga serie de actividades, esta diferenciación es relativamente sencilla. Nos puede servir, por ejemplo, para distinguir la actuación de un gabinete de selección, que cubre esta fase del proceso, o de una empresa de *outplacement*, que abarca distintas fases previas a la colocación a cargo del trabajador, de una agencia de colocación, que las efectuaría todas. También con la utilización de este criterio dejaríamos fuera de la colocación a actividades tales como el suministro de publicidad sobre ofertas de empleo en los distintos medios de comunicación y en la red.

De nuevo la normativa internacional nos proporciona alguna pista en este punto, pues de acuerdo con el artículo 1.a) del Convenio nº 96 no se entienden comprendidos dentro de la definición de agencias de colocación “a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tengan por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores”.

2.2. El concepto de “no lucrativo”

Como antes se vio, uno de las claves del régimen actual de la colocación en España es el del carácter lucrativo o no de los servicios que la forman, estableciéndose una diferenciación radical de regímenes jurídicos en función de este elemento. Pues bien, todo lo dicho respecto del concepto de colocación puede reproducirse respecto del de lucro en ella: que para poder ser operativo a los efectos que la ley le concede debe ser lo suficientemente preciso y bien determinado. De lo contrario el régimen actual adolecerá de inseguridad e inoperatividad.

En este caso los materiales normativos de los que disponemos son, al menos a primera vista, más adecuados, por su precisión y claridad: tenemos, en efecto, una definición legal de lo que debe considerarse como búsqueda de lucro en la colocación, que aparece ya en el mismo artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores. De acuerdo con el apartado 2º de este precepto legal, se entenderá que una agencia de colocación no actúa con finalidad lucrativa “siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados”. Esta definición es completada en el Real Decreto 735/1995, cuyo artículo 2.1 señala, entre las “condiciones de actuación de las agencias de colocación”, la de “carecer de fines lucrativos”, lo que supone que “la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limitará exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. A tal fin, se consideran servicios prestados la oferta o presentación a los empleadores de los trabajadores solicitados por los mismos, siempre que dichos trabajadores se adecuen al perfil profesional de los puestos de trabajo a cubrir existentes en las empresas”.

La distinción entre actividad de colocación lucrativa y no lucrativa tiene su origen en el Convenio nº 96 de la OIT, destinado a regular las “agencias retribuidas de colocación”, que podrán tener o no aquél carácter lucrativo. Se entiende, en concreto, que una agencia de colocación privada tiene fines lucrativos cuando presta sus servicios a trabajadores y empresarios “con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto”, mientras que carecen de éstos las que “sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera”.

Estas previsiones no se limitan a proporcionarnos pistas en la identificación del carácter lucrativo de unos servicios, sino que también nos ponen sobre aviso respecto de la que es, a nuestro juicio, la mayor dificultad del régimen vigente en este punto: que la ley no obliga a proporcionar *servicios gratuitos de colocación*, sino *servicios de colocación no lucrativos*, que podrán ser ofertados con un precio a los que lo utilicen, siempre que este precio no suponga un beneficio empresarial para la agencia de colocación. De esta manera, para analizar la legalidad de una actividad de colocación no basta con un criterio tan fácil como el de que ésta sea gratuita o no, sino que por el contrario podrá ser legal en ambos casos. Solo que en el caso de que una actividad de colocación se preste con un precio, habrá que entrar en el análisis de éste para determinar si incluye o no un beneficio empresarial, y será este elemento el que determine su legalidad o ilegalidad. Nos enfrentamos así a la necesidad de entrar en el contenido de este precio, realizando un análisis de sus partidas que supone indudablemente una dificultad añadida a las ya existentes.

Por otro lado, con esta definición legal no se está excluyendo, a nuestro juicio, toda posibilidad de lucro o beneficio empresarial en la colocación. Sólo

se impide que este lucro se obtenga a costa de los usuarios concretos de cada servicio de colocación. Nada impide que, por ejemplo, la agencia de colocación obtenga beneficios con otras actividades relacionadas con el mercado de trabajo de las que pueda ocuparse: procesos de selección, publicidad, etc... No hay que olvidar que, a diferencia de lo que ocurre con las empresas de trabajo temporal, la legislación vigente no obliga a que las agencias de colocación se dediquen de forma exclusiva a esta actividad; lo que es coherente con un modelo de colocación en el que se pretende actúe una variedad de sujetos públicos y privados. No hay que dejar por ello de lado la posibilidad de un reparto de beneficios en una empresa dedicada a la colocación, lo que viene a complicar aún más las cosas.

Al propio legislador laboral no se le ha escapado este problema, y en consecuencia ha intentado hacer frente a esta dificultad, suministrando unos elementos de valoración con los cuales realizar este análisis. De esta manera, la legislación vigente nos proporciona varios elementos para definir el lucro, o mejor la falta de éste, en la colocación, tanto en los conceptos que pueden ser cargados lícitamente a los usuarios, como en los supuestos en los que se puede producir el cobro de estos servicios. Respecto del primer elemento, se limitan los conceptos que podrán ser cobrados a los usuarios del servicio, siendo éstos los imprescindibles para compensar los gastos producidos por la prestación de éste. Respecto del segundo, se podrá cobrar el precio tan sólo si se produce "la oferta o presentación a los empleadores de los trabajadores solicitados por los mismos", si bien, eso sí, "siempre que dichos trabajadores se adecuen al perfil profesional de los puestos de trabajo a cubrir existentes en las empresas".

No parece difícil determinar a *priori*, con estos elementos normativos, cuál es el carácter de una determinada colocación, puesto que se cuenta con una definición clara y precisa de las partidas que podrán imputarse a quienes se han beneficiado de ésta. El problema en este caso se mueve a otro nivel, pues no es un problema de definición, sino de prueba. Mejor dichos, que las definiciones de las que disponemos, que sí es suficientemente claras y precisas, pueden ser fácilmente burladas por medio de una configuración ficticia de las partidas de ingresos y gastos. De ahí que en ocasiones pueda resultar difícil determinar cuándo existe o no ese carácter lucrativo que la ley señala como determinante de la legalidad o no de la actividad.

Un ejemplo concreto puede servir para poner de manifiesto las posibilidades de eludir la prohibición de lucro en la colocación: no hay lucro cuando el precio de los servicios se limita al imprescindible para sufragar los gastos que éstos han ocasionado, sin incluir lucro alguno. Pero hay que entender que entre los costes del servicio se encuentran los del personal de la agencia de colocación. Imaginemos que un particular es propietario de una agencia de colocación; lo que de ella obtenga sería ilícito si fuera lucro, no si fuera remuneración de los servicios prestados a ella. Bastaría de esta manera con fijar unas remuneraciones elevadas para el trabajador-propietario para camuflar, y legalizar de paso, un beneficio empresarial que la ley pretende evitar.

Lo mismo podría ocurrir con otras partidas de gasto legalmente admitidas como precio de los servicios de colocación. La prohibición de lucro podría verse burlada mediante un cálculo amplio o exagerado de estos gastos, o mediante la inclusión de otros gastos generales de la agencia correspondientes a otras actividades, etc...

De esta manera, la puesta en práctica del modelo vigente de colocación, uno de cuyos objetivos es el de excluir el lucro en la colocación, podría quedar en entredicho mediante prácticas contables más o menos imaginativas. De nuevo el legislador laboral ha estado atento a esta posibilidad, y ha establecido mecanismos para controlar la veracidad y adecuación de los costes cargados a los usuarios de las agencias de colocación. Así,

- El artículo 4 del Real Decreto 735/1995 impone un "control financiero" especial a las agencias de colocación, de tal manera que éstas deberán "llevar una contabilidad separada y con arreglo a la normativa establecida, así como tener una cuenta bancaria independiente y exclusiva para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad".
- Este mismo precepto dispone que cada agencia "presentará al Instituto Nacional de Empleo auditorías de cada ejercicio anual, realizadas por entidades independientes, en las que se dictamine expresamente sobre la idoneidad, racionalidad de las cuantías y el equilibrio de gastos e ingresos".
- A la hora de solicitar la autorización para operar como agencia de colocación, los solicitantes "aportarán la documentación que en cada caso proceda, conforme a su naturaleza, acreditativa de la ausencia de ánimo de lucro", según dispone el artículo 11.3 del mismo Real Decreto.
- La solicitud de autorización se acompañará de una memoria-proyecto técnico que contendrá, como apartado necesario, un "presupuesto de gastos e ingresos con especificación de la remuneración a percibir del empleador o de los trabajadores por cada servicio prestado", por mandato del artículo 11.4.f) del real Decreto.
- El incumplimiento de la prohibición de obtener un lucro con el precio cargado por los servicios de colocación podrá dar lugar a la extinción de la autorización, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.1.c) del Real Decreto.
- Por último, el artículo 28.1 de la Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social califica como infracción muy grave "ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional".

Todos estos mecanismos pueden contribuir a implementar el mandato del legislador laboral de excluir el lucro en la colocación, permitiendo a las administraciones responsables estudiar las partidas que en concepto de gastos

se cargan a los usuarios de los servicios de una agencia de colocación. Aún así, los conceptos utilizados por el legislador en este punto son lo suficientemente genéricos e indeterminados como para permitir prácticas fraudulentas que eludan la prohibición legal de lucro; el control por las administraciones públicas y los interlocutores sociales deberá ser continuo y de cerca para evitarlo.

3. HACIA UN CONCEPTO INTEGRADOR DEL CONCEPTO DE COLOCACIÓN: EL CONVENIO Nº 181 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO

En fechas aún relativamente reciente la 85ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra en junio de 1997, aprobó el *Convenio nº 181 sobre agencias de empleo privadas*, así como *la Recomendación nº 188 sobre las agencias de empleo privadas*. Estos textos están llamados a alterar sustancialmente el marco internacional de la colocación, actualizando un marco normativo que había demostrado con creces su obsolescencia. Podemos señalar, a título sólo de ejemplo, dos aspectos aún mantenidos por la normativa internacional que habían quedado ampliamente superados por la evolución de los sistemas laborales nacionales: la equiparación entre colocación y prestamismo laboral, y la tendencia a excluir por completo la iniciativa privada del mercado de trabajo.

No pretendemos desarrollar ahora un estudio completo de este Convenio y Recomendación, que excedería de las dimensiones de una comunicación. Lo que se pretende tan sólo es poner de manifiesto una de las principales novedades de esta nueva normativa internacional, novedad que resulta del mayor interés de cara a la situación en España. Nos referimos al concepto de colocación con el que opera.

El Convenio 181 no se dirige, en realidad, a regular la actividad de colocación, sino que se ocupa de lo que denomina “agencias de empleo privadas”, ciñéndose de esta manera al papel de la iniciativa privada en el mercado de trabajo; de hecho se define su ámbito de aplicación en función de este dato, definiéndolo como al comprendido por todas las personas físicas o jurídicas, *independientes de las autoridades públicas*, que realizan actividades de empleo. Los poderes públicos no van a estar del todo ausentes de este convenio, pero aparecen tan sólo con ocasión de sus relaciones con estos sujetos, no respecto de su propia actividad de colocación, que continuará siendo regulada por los convenios clásicos en esta materia, fundamentalmente el nº 188.

Lo interesante a los efectos de este estudio es el concepto de colocación con el que se opera. De acuerdo con el artículo 1 del Convenio, se define a la agencia de empleo privado como un sujeto que “presta uno o más de los servicios siguientes en el mercado de trabajo:

- a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución;
- c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”.

La redacción de este artículo es lo suficientemente clara como para no exigir explicaciones. En el apartado a) se está haciendo referencia a lo que en este trabajo hemos venido denominado como “colocación”, utilizando la definición clásica que de esta actividad ha venido haciendo la OIT. En el apartado b) se hace referencia al prestamismo laboral, al trabajo temporal en la terminología legal española, indicando la relación triangular característica de esta actividad. En el apartado c) se hace referencia, por último, a un concepto mucho más novedoso, y mucho más indeterminado, el de “servicios relacionados con la búsqueda de empleo”, que puede englobar actividades de todo tipo.

El interés del convenio está, precisamente, en operar sobre un concepto nuevo de “servicios relacionados con el empleo”, concepto omnicompreensivo y tendencialmente exhaustivo que engloba a una pluralidad de actividades que presentan como elemento común, y vertebrador de la categoría, el de estar orientados hacia el mejor funcionamiento del mercado de trabajo. Son servicios todos ellos destinados a facilitar la actuación de los sujetos en este mercado, permitiendo que trabajadores y empresarios satisfagan sus demandas respectivas en éste. Como novedad del Convenio 181, se va a utilizar este concepto de empleo también respecto de las agencias privadas, unificando la terminología entre los sujetos públicos y privados. En el convenio 88, en efecto, se hablaba de servicios de empleo, y en el 96 de agencias de colocación. A partir de la entrada en vigor del 181, ambos sujetos, los públicos y los privados, desarrollarán una misma actividad, servicios de empleo.

La amplitud de este concepto, y el operar sobre un elemento identificador funcional, permite que se engloben en él actividades tan dispares como la colocación y el trabajo temporal. Actividades dispares en la medida en que su articulación jurídica es diferente, mediación en una, cesión en otra; relación bilateral en una, triangular en otra. Pero lo cierto es que las dos tienen una naturaleza funcional idéntica, a las dos se recurre para satisfacer una demanda de mano de obra en una empresa concreta. En el caso español esta unidad funcional es evidente, porque la ley 14/1994 hace coincidir los supuestos de puesta a disposición, a través de una empresa de trabajo temporal, con los de

contratación temporal directa, a través de una agencia o servicio de colocación. Nos encontramos ante prácticas mucho más cercanas de lo que pudiera pensarse a primera vista; lo que ocurre es que el análisis tradicional que de ellas se ha hecho, basado en la naturaleza jurídica de cada actividad, nos ha llevado a conceptualizarlas como prácticas radicalmente separadas y diferentes. El convenio de las OIT las acerca de nuevo, como no podía ser de otra manera desde un punto de vista estrictamente económico.

Con este acercamiento esta organización demuestra una envidiable coherencia, pues como es sabido desde 1965 su postura más o menos oficial sobre las empresas de trabajo temporal era la de equipararlas a las agencias de colocación²³. La nueva aproximación al problema supera las limitaciones de esta posición, considerando no que se trata de actividades idénticas, como señaló el Dictamen del Director General de la OIT de 1965, sino de dos actividades distintas, pero englobables en una categoría más amplia común, la de servicios relacionados con el empleo. Cada una mantiene su identidad y autonomía conceptual, pero se acercan desde un punto de vista funcional.

Otra ventaja de esta definición conceptual es que permite englobar a una multitud de actividades comunes en el mercado de trabajo, pero bastante dispersas desde un punto de vista conceptual, como la selección y la información. Teniendo en cuenta su finalidad, todas ellas pueden ser englobadas en una categoría amplia común, a pesar de tener distinta naturaleza jurídica.

Las consecuencias de esta integración en una única categoría general son múltiples: de un lado, le quita relevancia al problema de la indefinición del concepto de colocación, que vimos en páginas anteriores de este trabajo, pues tanto ésta como las demás actividades en el seno del mercado de trabajo forman parte de una misma categoría, quedando sometidas a un régimen jurídico común. Hagan colocación u otra actividad cercana, todas serán "agencias de empleo" y serán objeto de la aplicación de las normas del convenio.

Una segunda consecuencia, que entendemos igualmente ventajosa, es que el convenio permite recuperar para el control estatal una serie de actividades anteriormente excluidas de éste, por no ser estrictamente de colocación. La

implementación del convenio obligará a los Estados a reordenar el mapa de las actividades permitidas en el mercado de trabajo, sometiéndolas a su control como agencias de empleo. En el caso español, muchas de estas actividades quedaban fuera de este control estatal, que se ceñía en la práctica a las agencias de colocación en sentido estricto, y a los gabinetes de selección antes de la reforma. La liberalización que aparentemente realiza el Convenio en comparación con la situación normativa anterior tiene este paradójico efecto, el de ampliar el ámbito de actuación de los poderes públicos en el mercado de trabajo, no ya como prestadores de servicios sino como controladores de los sujetos privados a los que se confía esta prestación.

El principal inconveniente que presenta esta definición funcional de las actividades relacionadas con el empleo es, precisamente, su propia amplitud, pues una interpretación mismamente literal del artículo 1º del convenio permite englobar en la categoría residual de su apartado c) a prácticamente cualquier actividad, incluso aquéllas cuya relación con el funcionamiento del mercado de trabajo sea muy laxa o indirecta. Se trata de un concepto aún más amplio que el de colocación, en los términos en los que éste aparece actualmente definido en la normativa nacional e internacional; y cuyos límites no es que resulten difíciles de determinar, es que no existen. Operando con un concepto de este tipo habría que dar un tratamiento similar a una empresa de trabajo temporal, a una agencia de colocación, a un gabinete de selección, a una empresa que ofrezca servicios en red, a un suplemento económico o de empleo de una publicación periódica, a una bolsa de trabajo de una institución educativa, etc... Todas ellas serían "agencias privadas de empleo" a los efectos de la normativa internacional, y deberían estar sometidas por ello a un mismo régimen jurídico.

Desde un punto de vista finalista, cualquiera de las fases del proceso de colocación formaría parte de esta categoría, desde las previas al ingreso al mercado hasta las relacionadas con la formalización del contrato de trabajo. En lo que a nuestro Derecho vigente interesa, la actividad de los Servicios Integrados para el Empleo, que no desarrollan colocación en sentido técnico, estaría igualmente incurso en esta categoría, debiendo definirse como "otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo".

El abanico de actividades que podrían englobarse en esta categoría sería de esta manera inabarcable, como consecuencia de la propia complejidad que ha alcanzado el mercado de trabajo de finales de siglo. El empleo se ha convertido en una prioridad tal a todos los niveles que la prestación de servicios relacionados con éste se considera parte de los servicios ofrecidos al público por cualquier entidad vinculada con un servicio público: administraciones, colegios profesionales, sindicatos, medios de comunicación social, organizaciones empresariales, etc... Y, precisamente por ello, se ha convertido en una fuente potencial para el lucro empresarial que ha sido concienzudamente explotada por multitud de sujetos.

23. Sobre la posición de la OIT respecto de las ETT pueden consultarse, entre otra numerosa bibliografía, los estudios de BRONSTEIN, "Temporary work in Western Europe: threat or complement to permanent employment", *International Labour Review*, nº 3, 1991, pg.291; FONTANA, "Las empresas de trabajo temporal en las normas comunitarias y en el Derecho Internacional del Trabajo", *Revista de Trabajo*, nº 88, 1987, pg.90; PANKERT, "La OIT y el trabajo temporal", *Revista de Trabajo*, 1982, pg.31; RICCA, "Coexistencia de empresas privadas de trabajo temporal y servicios públicos de empleo", *Revista Internacional del Trabajo*, 1972; RODRIGUEZ-PINERO ROYO, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Madrid, 1992, pg.50; VALTICOS, "Las empresas de trabajo temporal y las normas internacionales de trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, 1973, pg.49; y VELDKAMP & RAETSEN, "Las empresas de trabajo temporal y las normas internacionales del trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, 1973, pg.171.

Que todas actividades queden sometidas a un control estatal nos parece adecuado. Que lo sean a título de agencia de empleo a todos los efectos puede resultar excesivo, puesto que el Convenio 181 somete a éstas a un grado de control en sus actividades que puede resultar inadecuado para algunas de ellas.

Nos enfrentamos, pues, de nuevo al problema de fijar los límites en la aplicación de una norma que opera para fijar su ámbito de regulación utilizando un concepto funcional, y por ello amplio y tendencialmente omnicomprendivo. Muchas de las reflexiones realizadas anteriormente, con ocasión del estudio del concepto de colocación, podrían ser repetidas en esta sede.

Lo que sí resulta interesante señalar es que el mismo Convenio 181 parece ser consciente de este problema, pues ofrece en su articulado una vía a los Estados que lo ratifiquen para limitar el concepto de empleo sobre el que opere su legislación nacional. Así, cuando se habla en el artículo 1.1.c) de "otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo" se señala que estos servicios no son per se parte del ámbito de aplicación de su regulación, sino que lo serán en la medida en que hayan sido "determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores". Esto es, que lo que en realidad se está haciendo es reconocer al Estado la posibilidad de equiparar, a los efectos de su régimen jurídico, a ciertas actividades desarrolladas en el seno del mercado de trabajo con las dos principales o centrales de éste, el prestamismo laboral y la colocación. En el ejercicio de esta opción será cada Estado, cumpliendo el requisito de la consulta con los interlocutores sociales más representativos, quien defina lo que se considerará como "actividad de empleo" en su propio sistema jurídico.