

LAS REDES SOCIALES PROFESIONALES Y EL EMPLEO. UNA REALIDAD EN ESPERA⁴⁴⁶

M^a Carmen Aguilar del Castillo

*Profesora Colaboradora Doctora.
Universidad de Sevilla.*

1. INTRODUCCIÓN

Si tuviésemos que destacar algunas de las características intrínsecas asociadas a internet, la web, ... etc. serían sin duda alguna, su generalidad, deslocalización y accesibilidad, que permite la visibilidad de millones de documentos, opiniones, teorías o informaciones, eliminando las barreras espaciales y temporales. Resulta paradójico, no obstante, que las inmensas posibilidades de acceso a la información sean, a su vez, su principal limitación por la dificultad que entraña seleccionar la más adecuada.

Internet como vehículo de información, es una realidad indiscutible utilizada en todos los ámbitos de nuestra sociedad incluido el Derecho. Con independencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, el Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo⁴⁴⁷ se están viendo afectados directamente por esta realidad. Las relaciones laborales están cambiando y sus paradigmas parecen estar tambaleándose tras la alteración, con mayor o menor intensidad, de algunos de sus elementos definitorios⁴⁴⁸. Desde el punto de vista del empleo el papel de internet, como un sistema de comunicación masiva, ha permitido ampliar los mercados laborales y superar las barreras locales de los sistemas tradicionales de colocación, asumiendo en la mayor parte de las ocasio-

⁴⁴⁶ El contenido de este trabajo forma parte del resultado científico del Proyecto de Investigación de I+D DER 2015-63701-C3-3-R "Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0".

⁴⁴⁷ CALVO GALLEG0, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Directores): Colocación y servicios de empleo, ed. Consejo Económico y Social, Madrid 2011, pp. 85-60.

⁴⁴⁸ SIERRA BENÍTEZ, M.: "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?", Rvta. Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 3, n° 4, oct-dic 2015; GINNÉS I FABRELLAS, A., GÁLVEZ DURAN, S.: Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo. La (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital, InDret, Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com.

nes el papel informativo de la prensa escrita. Las nuevas tecnologías “permiten la difusión de información de forma rápida y globalizada y están jugando un papel cada vez más significativo en los procesos de búsqueda y selección de empleos”⁴⁴⁹.

Internet es el mayor espacio en el que pueden volcarse todas las ofertas y las demandas de empleo, propuestas formativas u orientaciones profesionales, que cualquier empresa, institución o persona quieran realizar. Y aunque no todas compartan la misma finalidad sí participan del mismo interés: llegar al máximo número de destinatarios con independencia de que se conviertan o no, en clientes.

La amplia y no conclusa tipología de plataformas existentes en la Red hace inabarcable su acceso, su control y, por ende, su regulación. En el mercado de trabajo la universalidad de internet y su ausencia de fronteras dificulta considerablemente el desarrollo y aplicación de una determinada normativa cuando la actividad de estas plataformas, principal o no, consiste en la búsqueda de empleo. Y es a esta nueva realidad a la que hay que dar una respuesta jurídica, sin imponer una estructura cerrada que la encorsete. Respuesta que debe darse de fuera hacia dentro y no a la inversa, pues esta internacionalización y globalización del mercado de trabajo exige que Instituciones internacionales como la OIT y supranacionales como la Unión Europea sean las referentes, facilitando, desde el reconocimiento de la competencia que en materia de empleo tienen los Estados, la inclusión de todas estas webs y/o plataformas en su ámbito de aplicación a efectos de eficacia, coordinación y control de este mercado. En segundo lugar, serán los ordenamientos jurídicos internos los que definan las categorías jurídicas en las que puedan o no insertarse y sus efectos jurídicos.

En todo caso, resulta necesaria una regulación mínima que establezca y controle el cumplimiento de reglas básicas de funcionamiento para este mercado, garantizándose los derechos básicos de sus usuarios, demandantes y oferentes de empleo, con independencia del sujeto que opere en él.

⁴⁴⁹ GARCÍA GARCÍA, E., MAROTO ILLERA, R., PÉREZ BERMEJO, F., JIMENO SERRANO, JF.: “Nuevas tecnologías y mercado de trabajo. Especial atención al caso español” Rvta. Economía Industrial, n^o 348, Ministerio de Economía nov-dic. 2002 VI, p. 15; TULLINI, P.: “Il dilemma tra pubblico e privato nel mercato del lavoro” en AA.VV.: Un diritto in evoluzione. Scritti in onore di Yasuo Suwa., Editore Giuffrè Milano, 2007, p. 318.

La constatación progresiva de la subordinación de los distintos ordenamientos jurídicos a las necesidades de un mercado de trabajo⁴⁵⁰ plenamente integrado en un marco más amplio como es el de la política económica general⁴⁵¹ hace, entre otras razones, que las funciones que tradicionalmente han sido asumidas por los Servicios Públicos de Empleo sean compartidas en su gestión con otras entidades públicas o privadas⁴⁵². Nos encontramos ante un mercado desigual al que las políticas de empleo han de intentar armonizar desde su diversidad. Para ello es necesario identificar a todos los sujetos que en él intervienen, siendo la participación virtual en el proceso de colocación no reglada la que constituirá el objeto principal de este trabajo.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO, CONDICIONANTE CONCEPTUAL Y DE CONTENIDO DE LOS SUJETOS QUE OPERAN EN EL MERCADO DE TRABAJO

Atendiendo a las fuentes del derecho, consideramos necesario identificar qué entiende la normativa internacional y comunitaria por agencias o empresas privadas de empleo como referente obligado para identificar aquellas que sin utilizar esta denominación responden, o no, a los elementos constitutivos de estas actividades, fundamentalmente porque, pese a que las barreras geográficas cada vez se difuminan más en el mundo digital, siguen siendo necesarias barreras jurídicas.

2.1. LAS AGENCIAS PRIVADAS DE EMPLEO EN LA OIT

La necesidad de contar con agencias privadas de empleo no es una novedad en nuestro país ni a nivel internacional. La preocupación sobre su reconocimiento, o sobre la necesidad de su regulación es una cons-

⁴⁵⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El servicio público de Empleo Estatal", en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2016, p. 436.

⁴⁵¹ Artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo (BOE 24/10/2015) (TRLE) "La política de empleo se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea". Referido a la política de empleo en la Unión Europea, ALFONSO MELLADO, C.L.: "Estrategia Europea del Empleo", en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2016, pp. 336, 338-339.

⁴⁵² Artículo 2 b) TRLE.

tante para la OIT, sobre todo desde el año 1948 en el que se aprueba el Convenio 88 sobre el servicio de empleo⁴⁵³, limitándose la actuación de estas agencias a supuestos concretos. Las distintas vicisitudes que han ido atravesando desde sus inicios se completan con la inoperancia o pérdida de influencia que los servicios públicos de empleo han ido teniendo en la ordenación del mercado de trabajo⁴⁵⁴, sobre todo en su labor de intermediación. Esta realidad queda constatada con la adopción del Convenio n.º 96 OIT, en el que se reconoce el auge creciente de la intermediación privada, sobre todo desde el momento en el que las agencias de empleo privadas comienzan a autodisciplinarse⁴⁵⁵, provocando un punto de inflexión en su reconocimiento, derivado de la necesidad de regular su papel en el funcionamiento de los mercados de trabajo⁴⁵⁶.

En la conferencia de 1994 se acuerda someter a revisión el Convenio 96 para facilitar “un mejor funcionamiento de todas las agencias de empleo. En particular, debía elaborar principios generales y proporcionar orientaciones para proteger: i) los mercados de trabajo contra las prácticas reprobables o inmorales; ii) los intereses de los trabajadores, incluido el caso en que la estabilidad de los sistemas de relaciones laborales puede verse afectada por las prácticas de algunas agencias de empleo privadas, y iii) a los trabajadores contratados en un país para trabajar en otro”⁴⁵⁷. Será con el Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas⁴⁵⁸ con el que se consagra la legalidad y legitimidad de su actividad y se intenta dar respuesta a la mayor parte

⁴⁵³ Adoptado en la 31ª reunión CIT, en San Francisco, el 09 de julio de 1948 y que entraría en vigor el 10 de agosto de 1950, Ratificado por España el 30 de mayo de 1960.

⁴⁵⁴ Sobre el papel y su evolución normativa de las agencias privadas de empleo en el mercado de trabajo, en la OIT, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Colocación e intermediación: el modelo de la OIT” en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2016, pp. 415-420.

⁴⁵⁵ SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas, ed. Comares, Granada, 2009, pp. 15, 17-18.

⁴⁵⁶ Por ese motivo, el Consejo de Administración de la OIT decidió incluir en el orden del día de la Conferencia celebrada en 1994, para su discusión general, un punto sobre el papel de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento de los mercados de trabajo. El objeto de esta discusión era evaluar la eficacia de las normas de la OIT en la materia y pronunciarse sobre la conveniencia de elaborar nuevas normas o de revisar las existentes. <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notah1.htm>

⁴⁵⁷ Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, 1994, Informe VI <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notah1.htm>

⁴⁵⁸ Convenio adoptado en Ginebra, en la 85ª reunión OIT, el 19 de junio de 1997, entrada en vigor el 10 de mayo de 2000).

de las cuestiones planteadas sobre su incidencia y trascendencia en el mercado de trabajo.

El preámbulo de este nuevo Convenio refleja la existencia de un mercado de trabajo cambiante que precisa de una importante flexibilidad en su gestión y en la que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar un buen papel y facilitar con el control de su actividad, la protección de los trabajadores frente a los abusos o vulneración de derechos que puede llegar a generar el propio mercado⁴⁵⁹. Este reconocimiento, sin embargo, no es total en la medida en la que, sin poder prohibir su actuación, sí prevé la posibilidad de que los Estados, en aplicación del Convenio, puedan excluir determinadas categorías de trabajadores de su ámbito⁴⁶⁰.

De entre los aspectos más relevantes del Convenio 181 OIT, la conceptualización que se hace sobre qué o quién puede considerarse como agencias de empleo privadas y la delimitación de los derechos de los trabajadores que han de ser respetados en su acceso al mercado de trabajo son los más destacados. Con la previsión de distintos supuestos va a definir a las agencias privadas de empleo desde una perspectiva funcional⁴⁶¹ que, en todo caso, han de respetar y garantizar la protección del trabajador en el acceso a sus servicios y han de contar con una autorización previa para poder actuar.

De esta forma el Artículo 1.1 define a las agencias de empleo privadas como “toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo”: a) vinculación entre oferta y demanda de trabajo, a la que el convenio se refiere como (colocación clásica) y nosotros entendemos incluida en el concepto de intermediación. En este sentido “el intermediario puede definirse como la agencia de empleo privada que presta servicios tendentes a servir de vínculo entre una oferta y una demanda sin que la agencia participe en la relación de empleo”⁴⁶²; b) el empleo de trabajadores a través de las reglas de la interposición o cesión legal de trabajadores, es decir, a través de

⁴⁵⁹ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_507516.pdf

⁴⁶⁰ El Estado español lo ratificó íntegramente el 15 de junio de 1999 (BOE 13/09/1999).

⁴⁶¹ ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: *La Intermediación Laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: Servicios Públicos de empleo y entidades afines*, ed. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 167.

⁴⁶² FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: “La intermediación laboral virtual”, *Rvta. De Treball, Economia i Societat*, nº 22, 2001.

empresas de trabajo temporal; y c) aquellas otras que incluyan otros servicios, sin especificar cuales, aunque citando como ejemplo la actividad de información sobre la búsqueda de empleo sin necesidad de vincular oferta ni demanda⁴⁶³. Será este último supuesto el que pueda ser objeto de exclusión por los Estados en el momento de ratificar el Convenio⁴⁶⁴.

Nos encontramos ante una enumeración poco exhaustiva y muy flexible en cuanto a su conceptualización. No obstante, ninguna de las empresas que tenga encaje en alguno de los supuestos previstos podrá desarrollar su actividad si previamente no han sido autorizadas para ello. Se trata de una exigencia constitutiva que deberá ser desarrollada por cada uno de los ordenamientos jurídicos internos⁴⁶⁵, teniendo siempre en cuenta que los principios y obligaciones que los sustentan son comunes a cualquiera de los supuestos previstos en el Convenio 181.

La regulación normativa internacional sobre el papel de estas empresas en el mercado de trabajo español plantea problemas de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que solo se dota de régi-

⁴⁶³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "Colocación e intermediación..." op. cit. pp. 424; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La Intermediación en el mercado de trabajo*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, p. 131.

⁴⁶⁴ <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notah1.htm>

⁴⁶⁵ En nuestro País esta autorización ha sido sustituida, tras la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Empleo, por una declaración responsable, de tal forma que en su artículo 33.2 establece que "Las agencias de colocación podrán iniciar su actividad desde el día de la presentación de la declaración responsable, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las administraciones competentes..." La disyuntiva generada sobre la consideración o no de servicio público a todas aquellas actividades que, incidiendo directamente en la empleabilidad del sujeto, no tienen la consideración de intermediación parece hacer recaer esta obligación solo sobre los sujetos legalmente autorizados, como son agencias privadas de colocación y las empresas de trabajo temporal, obviando la existencia de otros sujetos que también intervienen en el proceso de colocación y que, podrían tener encaje en la normativa internacional. Sobre la consideración o no de servicio público de todas aquellas actividades legalmente previstas que inciden en la empleabilidad del demandante de empleo, junto a la intermediación, SÁNCHEZ RODAS, C.: *La orientación e intermediación directa en el empleo*" Rvta. *Temas Laborales*, nº 125/2014; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: "Mercado de Trabajo e Intermediación Laboral", en DEL REY GUANTER, S. (Dir.) MARTÍNEZ FONS, D., SERRANO OLIVARES, R. (Coordinadores): *La reforma del Mercado de Trabajo y su impacto en el sistema de Relaciones Laborales. Novedades de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, p. 52; Sobre la oportunidad de la autorización, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo. Análisis y propuestas*, ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 477-478; Sobre los efectos jurídicos de la falta de autorización en el ordenamiento jurídico italiano, DONINI, A.: "Mercato del lavoro sul web: regole e opportunità" Rvta. *Diritto delle Relazioni Industriali*, num. 2/XXV 2015, Giuffrè Editore, Milano, pp. 436-438, 440-443.

men jurídico a aquellas entidades que desarrollan funciones de intermediación⁴⁶⁶, como son las agencias privadas de colocación⁴⁶⁷ y las empresas de trabajo temporal⁴⁶⁸. No obstante, en aplicación del principio de jerarquía normativa, el Convenio 181 de la OIT una vez ratificado por España⁴⁶⁹, debería haber formado parte de nuestro derecho interno a través de una ley o norma jurídica que lo incorporase. Con la nueva Ley de Empleo se ha perdido una oportunidad importante sobre la previsión de un régimen jurídico concreto para todos aquellos sujetos que realicen alguna de las actividades de colocación utilizando las nuevas tecnologías, con independencia de la naturaleza jurídica que revistan. Desde el control de estas actividades se facilita la coordinación con los servicios públicos de empleo y la adopción de políticas activas de empleo acordes con las necesidades reales del mercado de trabajo, siendo permeable su regulación a la aparición de nuevos sujetos o la desaparición de los ya existentes.

2.2. LA LIBERALIDAD DE LAS EMPRESAS PRIVADAS DE EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea no puede decirse que exista un modelo específico de colocación, ni una normativa comunitaria sobre la materia, pese a que sus políticas económicas y laborales están muy condicionadas por el objetivo del empleo⁴⁷⁰. No obstante, todas las actuaciones que se rea-

⁴⁶⁶ En este sentido, aunque referido a la Ley de Empleo de 2003, SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo..., op. cit. pp. 26-29.

⁴⁶⁷ Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (BOE 31/12/2010).

⁴⁶⁸ Artículo 33.2 TRLE y Artículo 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE 2-6-1994).

⁴⁶⁹ Artículo 1.5 Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

«BOE» 25/07/1889. SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo..., op. cit., p. 29.

⁴⁷⁰ El logro de un alto nivel de empleo en la Unión Europea aparece como objetivo para la consecución de un mercado común y de una unión económica y monetaria desde su creación a partir del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, adoptado en Roma en 1957. Objetivo que se ha mantenido a través de los distintos Tratados y que, de forma expresa también recoge el Tratado de Maastricht, en el que en su artículo 3 señala que "la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social...". Para conseguir este objetivo, ha optado por la coordinación de las políticas de empleo de los distintos Estados miembros, dentro de una Estrategia Europea para el Empleo en lugar de aprobar una normativa europea, en CALVO GALLEGO, FJ., RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. (Di-

lizan descansan en uno de los principios básicos y más importantes de su ordenamiento jurídico como es la libre circulación. La consolidación de este derecho ha afectado, entre otras cuestiones, al empleo y a sus instrumentos habiendo seguido éstos la misma evolución que en la OIT y en los Países miembros pasándose de un modelo monopolístico de gestión del mercado de trabajo a través de los servicios públicos de empleo a una progresiva liberalización caracterizada por la participación de la iniciativa privada⁴⁷¹.

El artículo 3.2 del TUE⁴⁷² establece que “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas...”. Este derecho se ha construido bajo la necesidad de suprimir las restricciones que dificulten o impidan la movilidad de los ciudadanos, de cualquier Estado miembro a otro.

El empleo como objetivo del derecho comunitario se centra en la necesidad de facilitar el acceso de los trabajadores⁴⁷³ a cualquier puesto de trabajo que pueda ofertarse dentro de la Unión y a la posibilidad de responder a las ofertas efectivas de trabajo⁴⁷⁴ a través de los servicios de empleo públicos o privados existentes en cada uno de los Estados miembros o en el ámbito de la propia Unión Europea.

Dentro del mercado de trabajo, la colocación es considerada como una actividad económica por lo que todas las acciones que se realicen para su consecución, con independencia de la entidad que las desarrolle, su estatuto jurídico o su modo de financiación, tendrán la consideración

rectores): Colocación y servicios de empleo, op. cit. pp. 446-447; Sobre los efectos del sometimiento del Derecho del Trabajo a la economía y su independencia de la política de empleo, CASAS BAHAMONDE, ME.: “La transformación del Derecho del Trabajo” en ALARCÓN CARACUEL, MR., MIRÓN, MM.: “El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 202-208.

⁴⁷¹ SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo e intermediación Laboral en las Comunidades Autónomas. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004, p. 315.

⁴⁷² Versión consolidada, Diario Oficial de la Unión Europea C 202/15, (7-6-2016) http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0023.01/DOC_2&format=PDF

⁴⁷³ Este concepto “comprende a los demandantes de empleo, con independencia de que mantengan o no una relación laboral en el momento considerado”, en considerando 7º del Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) nº 492/2011 y (UE) nº 1296/2013 Diario Oficial de la Unión Europea L 107/1, de 22 de abril de 2016.

⁴⁷⁴ Artículo 45.3 a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (DOUE C 115, 09/05/2008).

de empresa en sentido comunitario. La liberalidad de esta actividad no sólo afecta a las funciones que les son propias sino también a los sujetos o entidades que las prestan. Como parte integrante de las distintas estrategias de empleo, el derecho comunitario ha de garantizar la participación de todos sus ciudadanos en el intercambio entre oferta y demanda⁴⁷⁵ y en todas sus actividades complementarias. Para ello se prevé la existencia de los Servicios Públicos de Empleo como las entidades que han de garantizar el ejercicio de este derecho de forma gratuita y en igualdad de condiciones. No obstante, su intervención obligada no significa que su gestión no pueda ser compartida por otros sujetos o entidades de carácter privado. Es precisamente la falta de definición comunitaria y de homogeneización sobre qué o quiénes pueden ejercer esta actividad lo que llevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a interpretarlo.

La Sentencia Macrotron⁴⁷⁶ como pionera de esta interpretación, a la que le han seguido otras sentencias en la misma línea⁴⁷⁷, considera que un servicio público de empleo es una empresa en la medida en la que ejerce una actividad económica y como tal su actividad está sujeta a las reglas de libre competencia como garantía de la libre circulación de ciudadanos. El carácter monopolista del servicio público de empleo alemán, entiende que constituye un abuso de posición dominante en el mercado⁴⁷⁸. Se trata de una interpretación muy amplia condicionada, no obstante, a la ineficacia de los servicios públicos de empleo⁴⁷⁹. La

⁴⁷⁵ Artículo 46 TFUE (antiguo artículo 40 TCE). “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo 45, en especial: d) estableciendo los mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo y facilitar su equilibrio en condiciones tales que no se ponga en grave peligro el nivel de vida y de empleo en las diversas regiones e industrias”. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Apuntes sobre libre circulación trabajadores y cuestiones conexas” en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2016, p. 314.

⁴⁷⁶ STJCE, de 23 de abril de 1991, Asunto C-41/90 Oberlandesgericht München (República Federal de Alemania), contra Klaus Höfner y Fritz Eiser y Macrotron GmbH

⁴⁷⁷ Sobre la libre prestación de servicios entre Estados miembros, STJUE, de 18 de junio de 1998, Asunto C-266/96; STJUE, de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-55/96, Job Centre coop.arl.

⁴⁷⁸ LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: La intermediación en el mercado..., op. cit., p. 181.

⁴⁷⁹ STJUE, de 8 de junio de 2000, Asunto C-258/9817, procedimiento penal contra Giovanni Carra y otros, Considerando 17: “... El Estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo cuando no la realizan dichas oficinas infringe el artículo 90, apartado 1, del Tratado si crea una situación en la que las oficinas públicas de empleo se ven necesariamente obligadas a infrin-

Comisión y el abogado del asunto Macrotron, comparten la misma interpretación sobre lo que hay que entender por falta de eficacia. No se trata tanto de no poder prestar el servicio como del hecho de no poder satisfacer de forma adecuada la exigencia de una de las partes o de las dos. La STJUE establece que “cuando un derecho nacional otorga un derecho exclusivo a alguien y dicha persona no logra los bienes y servicios a que se refiere el derecho exclusivo este fracaso puede representar un abuso de posición dominante”. Esta posición deviene de la finalidad garantista que la raíz de la posición de monopolio les otorga a los servicios públicos de empleo y que “solo se justifica si se satisfacen plenamente las exigencias del mercado, en caso contrario esta posición desaparecería generándose la necesidad, según las reglas de la competencia, de crear otros cauces para la satisfacción de sus necesidades”⁴⁸⁰.

La reducción del proceso de colocación a criterios economicistas implica el reconocimiento, como sujeto de este mercado, de toda entidad que desarrolle alguna de las actividades propias tanto de la intermediación, como de la colocación, entre la que se incluye la selección de trabajadores. Aunque la prestación de este servicio se hará sin sujeción a requisitos previos de constitución ni de funcionamiento⁴⁸¹, el ejercicio de su actividad si estará sometido al cumplimiento del derecho a la libre circulación de trabajadores y al respeto de los derechos de contenido social que le afecten⁴⁸².

gir los términos del artículo 86 del Tratado. Así sucede en particular cuando se cumplen los siguientes requisitos: Las oficinas públicas de empleo no están manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para todos los tipos de actividad...”. Sobre la eficacia de los SPE de los distintos países europeos y su importancia real en la empleabilidad de los trabajadores a través de funciones de intermediación, a partir de una comparativa entre los años 1998 y 2006 ALUJAS RUIZ, J.A.: “Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en la Unión Europea” Rvta. EKonomiaz, n^o 71 2^o cuatrimestre 2009.

⁴⁸⁰ LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación en el mercado..., op. cit., p. 195; SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo... op. cit. pp. 47, 49.

⁴⁸¹ La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior L 376/36 (DOUE 27-12-2006, reconoce en su artículo 1, la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, no formando parte de las exclusiones de estos servicios, previstas en su artículo 2, ninguna de las actividades propias de la colocación. Aunque sí, por ejemplo, las de las empresas de trabajo temporal; siendo el objetivo de la Unión Europea la libertad para el desarrollo de actividades económicas y no la igualdad de los ciudadanos se entiende la incardinación de la actividad de intermediación en el derecho de libre competencia, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación en el mercado..., op. cit. pp. 179-197; SERRANO FALCÓN, C.: Servicios Públicos de Empleo..., op. cit., pp. 47, 52.

⁴⁸² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 303, de 14/12/2007).

La relación entre desarrollo económico y empleo ya se planteaba en el Informe Delors o Libro blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo⁴⁸³ en el que se pone el acento sobre la necesidad de elaborar políticas dentro de la Unión y en cada uno de los Estados miembros que favorezcan el pleno empleo. Para lograrlo considera necesario mejorar desde la eficiencia la actividad y el funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo, promoviendo como una posible solución facilitar el acceso a la intermediación en el empleo de las empresas privadas⁴⁸⁴. Por otro lado, este Informe preconiza el contenido de las distintas Estrategias que sobre el empleo se han ido adoptando por la UE y que fijan como objetivo la creación de más y mejores empleos, aunque el carácter cualitativo de este objetivo ha ido cediendo hacia un elemento cuantitativo del mismo, rebajando incluso sus propios objetivos, pasando de uno tendente a la consecución del pleno empleo⁴⁸⁵ a alcanzar, tras las sucesivas crisis y sobre todo la actual, una población ocupada de al menos el 75 % de la población de entre 20 y 64 años⁴⁸⁶.

Respecto a las empresas privadas de empleo, la competencia de los Estados Miembros sobre el desarrollo de su régimen jurídico⁴⁸⁷ provoca, cada vez con más frecuencia, y a falta de una normativa comunitaria

⁴⁸³ COM (93) 700. MONTOYA MELGAR, A.: "El Libro Blanco de la Comisión Europea y la reforma laboral española" Rvta. Española de Derecho del Trabajo, Cívitas, nº 68, 1994, pp. 863-872; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo... op. cit. p. 326.

⁴⁸⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El servicio público de Empleo Estatal", op. cit. p. 442.

⁴⁸⁵ En la Orientación número 17 de la Estrategia Europea del Empleo se contempla como objetivo el desarrollo de "políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial", CALVO GALLEGU, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Directores): Colocación y servicios de empleo, op. cit., p. 447; En la Cumbre Extraordinaria de Lisboa se cuantifica por primer vez este pleno empleo para el año 2010, en el 70% de toda la población activa en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo..., op. cit., p. 330.

⁴⁸⁶ Comunicación de la Comisión por la que se adopta la Estrategia Europea para el crecimiento y el empleo. Europa 2020, Bruselas, 3.3.2010 COM (2010). Sus Directrices van dirigidas a la consecución de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en el que, entre otros objetivos se incremente la participación de los distintos sujetos en el mercado de trabajo, se reduzca el desempleo, se promueva la inclusión social y se facilite un aprendizaje permanente para adecuarse a las necesidades del mercado.

⁴⁸⁷ "El empleo sigue permaneciendo en el ámbito de las atribuciones estatales, por lo tanto, la intervención supranacional se hace, básicamente, a través de las relaciones intergubernamentales, por lo que las Directrices emanadas de las distintas Cumbres adolecen de exigibilidad" RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo..., op. cit., p. 339.

armonizadora⁴⁸⁸, la exclusión del mismo de webs y plataformas que con distinta intensidad intervienen en el mercado de trabajo. Su falta de calificación jurídica no implica, como ya hemos dicho, que en el ejercicio de su actividad no estén sometidas a las exigencias de la libre circulación de trabajadores⁴⁸⁹ y a las reglas del libre mercado y competencia⁴⁹⁰, en el que la transparencia en su funcionamiento y la prohibición de toda discriminación constituyen la garantía de su propio cumplimiento.

3. LA COLOCACIÓN COMO FIN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO⁴⁹¹

Trasladar la normativa comunitaria y la de la OIT al concepto de mercado de trabajo y de empleo nos acerca a multitud de opciones que, aparentemente, responderían de forma plena a todos los elementos constitutivos de las Agencias Privadas de Empleo pero que cuando se subsume en las legislaciones nacionales presentan elementos o características que les excluyen del concepto.

La falta de coincidencia plena entre el contenido del Convenio 181 y el Real Decreto 1796/2010, por el que se regulan las agencias privadas de colocación, hace que se excluya de esta consideración a cualquier ente que, aun participando activamente en el mercado de trabajo, no se identifique plenamente con sus elementos definitorios, llegándose a una situación de ilegalidad en el ejercicio de su actividad o cuanto menos de alegaldad.

⁴⁸⁸ Sería deseable la adopción de una Directiva Marco que dote a la actividad de colocación de un régimen jurídico armonizado para todos los Países de la Unión Europea, integrando en su contenido al Convenio 181 de la OIT, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Derecho del Trabajo y disciplina de mercado" Rvta. RL, n° 21, 2001, p. 6; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo..., op. cit., p. 343.

⁴⁸⁹ Artículo 45 TUE (antiguo artículo 39 TCE). 2. "La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo." Sobre la consideración del derecho al trabajo como derecho de libertad, tanto en sentido positivo y negativo en el Derecho Comunitario, CALVO GALLEGO, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Directores): Colocación y Servicios de Empleo, op. cit., pp. 70-72; En todo caso "tiene que haber un equilibrio entre el principio de protección del trabajador y el parámetro de rendimiento o eficiencia económica vinculado a la libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado" en SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo e intermediación..., op. cit., p. 474.

⁴⁹⁰ LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: La intermediación en el mercado..., op. cit. pp. 196-197.

⁴⁹¹ SERRANO FALCÓN, C.: Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España" en AA.VV.: la política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales 2016, evolución normativa desde 1980, 429-432.

Su falta de regulación no puede, sin embargo, servir de justificación para prohibir o ignorar su existencia, cuando la ilegalidad de su actividad no proviene del contenido de la misma sino de su incardinación o no en los supuestos legales sobre quien puede realizarla. Cualquier valoración jurídica que sobre estos entes pueda hacerse, ha de provenir de la identificación de su actividad como propia de la intermediación y/o colocación para lo que es necesario definir qué se entiende legalmente por ellas.

Legalmente no existe un concepto sobre colocación, definiéndose a través de la finalidad que con la misma se persigue. Dentro del acervo jurídico-normativo internacional y europeo al proceso de colocación laboral, “se la equipara con un procedimiento dinámico en el que las diferentes acciones que lo conforman se disponen de forma ordenada para favorecer el acceso al mercado de trabajo de los ciudadanos”⁴⁹². En nuestro ordenamiento jurídico participa de un doble significado, por un lado, se refiere a “la actividad realizada por los poderes públicos dirigida a conseguir que los trabajadores sin empleo puedan acceder a un puesto de trabajo”⁴⁹³ y por otro “facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas”⁴⁹⁴. La colocación como fin de cualquier política de empleo busca la materialización de los contratos de trabajo y para conseguirlo se sirve de la intermediación y de la coordinación entre las políticas activas de empleo y las políticas pasivas para hacerla efectiva⁴⁹⁵.

La intermediación laboral, por su parte, es un término que aparece y se define en la Ley de Empleo del año 2003⁴⁹⁶ para referirse a la intervención de los poderes públicos en el mercado de trabajo, frente al término tradicional de colocación⁴⁹⁷. Su creación ha dado lugar a

⁴⁹² SALAS PORRAS, M.: “El proceso de colocación laboral”, en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales 2016, p. 480.

⁴⁹³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El servicio público de Empleo Estatal”, op. cit. p. 437.

⁴⁹⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Los Servicios Públicos de Empleo” en AA.VV.: Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Mergablum, Sevilla, 2005, 4 162-163.

⁴⁹⁵ Artículo 5 TRLE “Son instrumentos de la política de empleo los siguientes: a) La intermediación laboral. b) Las políticas activas de empleo. c) La coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo”.

⁴⁹⁶ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, (BOE 17/12/2003).

⁴⁹⁷ La diferencia conceptual del término: intermediación en la Ley de Empleo en relación con el Convenio 88 OIT y Convenio sobre el servicio de empleo de 1948, en RA-

una importante confusión terminológica que, aún hoy, plantea dudas interpretativas sobre su contenido utilizándose, incluso por la propia Ley, como término sinónimo al empleo o colocación cuando realmente es solo un medio de éste⁴⁹⁸.

Orgánicamente la intermediación en el mercado de trabajo es “un instrumento básico de la política de empleo, en la que cabe la colaboración con la sociedad civil, con respeto a los principios constitucionales y de acuerdo a criterios de objetividad y eficacia”⁴⁹⁹ y que se define como “el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación”⁵⁰⁰. Se trata de la prestación de un servicio público⁵⁰¹ a partir del cual se busca conectar a los trabajadores que demanda un empleo con los empresarios que lo ofertan a través de una actividad de mediación que puede ser desarrollada tanto por un sujeto público como privado⁵⁰².

La acción de intermediación, como instrumento de la política de empleo⁵⁰³, es un elemento más dentro de los que definen la colocación que necesita para su cumplimiento de todas aquellas actividades que facilitan la conclusión del proceso de conectar la oferta con la demanda⁵⁰⁴.

MÍREZ GONZÁLEZ, L.M.: “Contexto Normativo y Legal de la Intermediación Laboral en España y Andalucía”. Revista Trabajo n° 24, Universidad de Huelva 2011, pp. 93-94; SALAS PORRAS, M.: “La Intermediación Laboral en Europa: Distintas Perspectivas de una Misma Realidad”. Cuadernos del Mercado de Trabajo n° 6/2011; pp. 35-48.

⁴⁹⁸ En todo caso, la existencia de un concepto legal de intermediación “no es óbice de que aún siga existiendo a juicio de algunos autores- numerosas deficiencias técnicas e incoherencias que hacen que el tratamiento de esta materia esté aun disperso y fragmentado”, RAMÍREZ GONZÁLEZ, L.M.: “Contexto Normativo y Legal de la Intermediación Laboral en España y Andalucía”. op. cit. p. 93, 94; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La Intermediación en el mercado..., op. cit., p. 112; SÁNCHEZ RODAS, C.: “La orientación e intermediación...” op. cit. pp. 89-113.

⁴⁹⁹ Exposición de Motivos de la Ley 53/2003, de Empleo.

⁵⁰⁰ Artículo 31 del TRLE.

⁵⁰¹ Artículo 31.3 TRLE. Sobre la intermediación como servicio público y la adaptación del concepto cuando es prestado por un ente privado, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La Intermediación en el mercado..., op. cit., pp. 235-239.

⁵⁰² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Los Servicios Públicos de Empleo”, op. cit. pp. 162-163; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El servicio público de Empleo Estatal”, op. cit. pp. 447, 592.

⁵⁰³ El status jurídico de política activa de empleo se consigue “con la normativización de sus aspectos procedimentales, de los sujetos intervinientes, de las relaciones jurídicas que constituyen y de los estatutos de derechos y obligaciones en que las mismas consisten”, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El servicio público de Empleo Estatal”, op. cit. p. 441.

⁵⁰⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación laboral..., op. cit.

Aunque no puede establecerse una identidad plena entre las medidas integrantes de este proceso para todos los supuestos de intermediación, si resulta fácil identificar una serie de actos preparatorios que son comunes a todos ellos como la elaboración previa de una base de datos, la clasificación de las ofertas y las demandas o la búsqueda y preselección de los demandantes de empleo con un perfil adecuado a la oferta presentada⁵⁰⁵. Se trata de una información que no solo va a servir a la intermediación, sino que como instrumento de la colocación va a permitir definir nuestro mercado de trabajo, identificar sus necesidades, carencias o excesos o, detectar los nuevos nichos de empleo. Todos estos datos van ser tenidos en cuenta por otros de sus instrumentos como son la información, la orientación profesional, la formación profesional y el empleo⁵⁰⁶.

Dentro de ellos la orientación profesional como política activa de empleo tiene como función primordial “la de guiar eficazmente al usuario demandante de empleo hacia áreas efectivamente demandadas por los empleadores”⁵⁰⁷, orientándole sobre el propio mercado de trabajo, sobre sus salidas profesionales, en función de sus competencias y capacidades y sobre la necesidad, en su caso, de la formación profesional requerida para ello. Forma parte de esta orientación el acceso a los distintos programas o cursos formativos contenidos en el Sistema de Formación para el empleo⁵⁰⁸ más adecuado a sus necesidades.

Se trata de un servicio personalizado dirigido tanto a trabajadores empleados como desempleados. Para los primeros, la orientación personalizada se fundamenta en el artículo 23.3 del TRET⁵⁰⁹ y va dirigida a

⁵⁰⁵ SALAS PORRAS, M.: “El proceso de colocación laboral” en..., op. cit. p. 481; CALVO GALLEGU, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Directores): Colocación y servicios de empleo, op. cit. p. 20.

⁵⁰⁶ Artículo 36.1 Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, “Se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”.

⁵⁰⁷ SALAS PORRAS, M.: “El proceso de colocación laboral” en..., op. cit. p. 481.

⁵⁰⁸ Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. (BOE 10-09-2015).

⁵⁰⁹ Artículo 23.3 TRET “Los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta cinco años. El derecho se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado

la recualificación profesional como necesidad de mantenimiento del puesto de trabajo o para la promoción profesional.

Respecto de los trabajadores desempleados la orientación y, en su caso, la elaboración de un itinerario personalizado⁵¹⁰ se convierte en un derecho⁵¹¹ e incluye, entre otras acciones, su capacitación profesional en función de su formación, cualificación y competencias acreditadas, el aprendizaje de técnicas de búsqueda de empleo y la preparación para las entrevistas de empleo o formación para el autoempleo⁵¹². Se trata, en definitiva, de “facilitar que el demandante de empleo mejore su posición en el mercado de trabajo y la búsqueda de trabajo por cuenta ajena”⁵¹³, excluyéndose del contenido de este derecho a los trabajadores autónomos, lo que no se contradice con las acciones de asesoramiento para el autoempleo que se les ofrece a los demandantes de empleo como vía de acceso al mercado laboral⁵¹⁴.

por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva...”; SALAS PÓRRAS, M.: “El proceso de colocación laboral” en..., op. cit. p. 482; SÁNCHEZ RODAS, C.: “La orientación e intermediación...”, op. cit.

⁵¹⁰ Artículo 28.2 TRLE.

⁵¹¹ Así parece deducirse del contenido del apartado 3 del Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 (BOE 23/09/2014) (EEAE), en el que dentro del eje 1 de las políticas de activación para el empleo, en el que se compendian los objetivos estructurales sobre orientación, se prevén: la realización de un diagnóstico individualizado para poder “gestionar itinerarios individuales personalizados de empleo que incluyen una propuesta de derivación a acciones para la mejora de la empleabilidad (desarrollo de aspectos personales, búsqueda activa de empleo, trayectoria formativa individual, emprendimiento, entre otros)” y todo ello desde el conocimiento del mercado de trabajo a través de la información recibida por los Servicios Públicos de Empleo y del desarrollo que éstos hacen sobre las políticas activas y pasivas de empleo.

⁵¹² Artículo 37.1 TRLE; En el 2. Eje de las políticas de activación para el empleo de la EEAE). Se trata de elaborar y programar cursos de formación a partir de un seguimiento personalizado, en el que el centro de atención es el trabajador parado y las necesidades reales de la empresa. La formación ha de aportar una posibilidad real de encontrar trabajo. La adecuación de la formación a las necesidades de trabajador y empresa “puede ayudar a frenar la tendencia a que los programas de perpetúen a sí mismos con el único fin de mantener la amplitud del menú de cursos”, en MALO OCAÑA, M.A.: “Las políticas activas de mercado de trabajo en España en medio de la gran recesión”, en PÉREZ INFANTE, J.I., RUESGA BENITO, S.M., VALDÉS DAL-RE, F. (Directores): Relaciones Laborales en la crisis. España 2011, ed. Cinca, Madrid, 2012, p. 109.

⁵¹³ SÁNCHEZ RODAS, C.: “La orientación e intermediación...” op. cit.

⁵¹⁴ Eje 1. de la EEAE sobre orientación 1.1. “Informar sobre el mercado de trabajo y las medidas y servicios ofrecidos por los Servicios Públicos de Empleo: Informar sobre el mercado de trabajo y las ofertas de empleo existentes, las políticas activas y pasivas de los Servicios Públicos de Empleo, así como los incentivos y medios disponibles para el apoyo a las iniciativas emprendedoras y la mejora de la cualificación”.

La identificación de la actividad de estos sujetos con toda o parte de los instrumentos propios de la colocación nos va a servir para conocer el grado o nivel de su implicación en el mercado de trabajo y la necesidad de proceder a su regulación.

4. LAS PLATAFORMAS VIRTUALES Y LA INTERMEDIACIÓN

En el ámbito de la tecnología la plataforma virtual se define como “un sistema que permite la ejecución de diversas aplicaciones bajo un mismo entorno, dando a los usuarios la posibilidad de acceder a ellas a través de internet”⁵¹⁵. Cuando este entorno es el mercado de trabajo, lo realmente importante es el papel que desempeñan las nuevas tecnologías sobre sus tres pilares básicos, la demanda, la oferta y las instituciones que lo regulan⁵¹⁶ y dado que una de sus principales características “es que facilitan el tratamiento y la difusión de la información, éstas también han contribuido a facilitar el emparejamiento entre desempleados y puestos de trabajo vacantes”⁵¹⁷.

Las Tics han alterado la forma de organización del mercado laboral y las normas de incorporación de la mano de obra al sistema productivo⁵¹⁸. De entre los distintos efectos que genera esta situación, se aduce la reducción de costes asociados a la búsqueda de empleo como uno de los más relevantes y la mejora en su eficacia de la intermediación laboral⁵¹⁹. La utilización de las Tics como herramientas de búsqueda de empleo añade un dinamismo a una posible intermediación laboral de la que carecen los sistemas tradicionales afectando muy directamente a los procesos y procedimientos de desarrollo propios de la intermediación⁵²⁰ y del resto de actividades propias del proceso de colocación.

⁵¹⁵ <http://definicion.de/plataforma-virtual>.

⁵¹⁶ HERCE SAN MIGUEL, J.A.: Prólogo del libro, en AA.VV.: Nuevas tecnologías, nuevos mercados de trabajo, Fundación SEPI, ed. Mundi-Prensa, Madrid 2008, p. 9.

⁵¹⁷ GARCÍA GARCÍA, E., MAROTO ILLERA, R., PÉREZ BERMEJO, F., JIMENO SERRANO, J.F.: “Nuevas tecnologías y mercado de trabajo” op. cit. p. 15.

⁵¹⁸ PÉREZ GARCÍA, J., PULIDO SAN ROMÁN, A.: Mercado de trabajo y tecnologías de la información op. cit., pág 18.

⁵¹⁹ TULLINI, P.: C’e lavoro sul web? Rvta. Labour&Law Issues, vol. 1, n° 1, 2015, pp. 5-6; ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: La intermediación laboral como instrumento..., op. cit., p., 235; GARCÍA GARCÍA, E., MAROTO ILLERA, R., PÉREZ BERMEJO, F., JIMENO SERRANO, J.F.: “Nuevas tecnologías y mercado de trabajo”, op. cit. p. 15.

⁵²⁰ Siguiendo las reflexiones de los distintos informes realizados por la OIT justificativos, entre otros, del Informe que prepara la Oficina de la Organización, para la Conferencia de 1997, donde se adopta el convenio 181, el suministro de información sobre la oferta y la demanda contribuye a la transparencia del mercado de trabajo, facilitando

No se puede negar la ingente cantidad de datos que internet posee de cada uno de nosotros, todos ellos extraídos de la información que directa, indirectamente, voluntaria o involuntariamente facilitamos a la Red y que puede ser utilizada para realizar un perfil sobre nosotros cuando una empresa busca candidatos. Esta actividad, aunque con una mayor complejidad, no difiere de la solicitud tradicional de “referencias” sobre la aptitud y actitud de un trabajador, escapando por tanto al interés del derecho⁵²¹.

La realidad, sin embargo, es mucho más compleja, no se trata solo de la búsqueda de datos. Estos en sí mismos no son inteligentes, ni dinámicos, es necesario filtrar la información con la que contamos para poder responder a las preguntas que se formulan, pasando del denominado *big data* al *Smart data*⁵²². No se trata solo de acumular información sino de darle un tratamiento inteligente para la consecución de un fin. Pese a lo abstracto del concepto, la disciplina del *Smart data* está pensada para alcanzar resultados concretos a partir de la resolución de problemas también concretos⁵²³. Por lo que, cuando estos datos son recepcionados, filtrados, tratados o gestionados en una plataforma o red social con el propósito de relacionar a su titular, demandante de empleo, con empresas o contactos profesionales que pudieran estar interesados en ellos o, a la inversa esta intervención se aproxima más a la figura de un mediador que a la de un mero instrumento que facilita o posibilita un contacto profesional. El hecho que el manejo de todos estos datos se realice aparentemente de forma automática no significa que detrás de cada plataforma, red o algoritmo realizado no haya profesionales que los creen, desarrollen y den soporte a estas nuevas tecnologías⁵²⁴. Ha-

el cumplimiento de los objetivos de la intermediación, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La Intermediación en el mercado..., op. cit., p. 157; FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: “La intermediación laboral virtual”, op. cit.

⁵²¹ “Por ejemplo en el sector de recursos humanos las compañías pueden conocer mucho más sobre los candidatos a un puesto gracias a los datos que ofrecen sus redes sociales”, http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento_digital/1478535225_341110.html

⁵²² “La acumulación de datos o “el big data gravita sobre cuatro uves (el volumen de datos, la velocidad con la que se toman y transfieren, la variedad de fuentes y la veracidad), el smart data añade una uve más: el valor que producen para tomar decisiones y ejecutar acciones en consecuencia”, explica ESTEBAN GARCÍA-CUESTA, director del máster de Big Data Analytics de la Universidad Europea de Madrid, http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento_digital/1478535225_341110.html

⁵²³ “En el smart data lo primero no es recopilar información, ni poner el foco en la tecnología, sino enfocarse en resolver el problema. Es una disciplina pensada desde el primer momento para alcanzar resultados concretos”. http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento_digital/1478535225_341110.html

⁵²⁴ PÉREZ GARCÍA, J., PULIDO SAN ROMÁN, A.: Mercado de trabajo y tecnologías de la información...” op. cit., p. 21.

cen falta personas que hagan brotar los *Smart* de los *data* para garantizar criterios de calidad y eficiencia⁵²⁵, es decir, de gestionar los recursos de los que se disponen para la consecución de un determinado fin.

La intermediación va más allá de contar con la información suficiente para hacerla efectiva. Pese a su aparente sencillez casar una oferta concreta con un perfil determinado de un trabajador no es tarea fácil siendo el resultado de esta acción, realizada por un mediador, el que la define. Y este es uno de sus problemas fundamentales: identificar la figura del mediador. Cuando se habla de la intervención de un tercero en el proceso de intermediación pensamos en una persona física, sin embargo, esta creencia queda superada, en la mayor parte de las ocasiones, por la realidad virtual. Como se ha dicho la cantidad de datos, voluntarios o no, que todos introducimos en internet hace que, mediante incontables algoritmos y métodos de análisis, pueda extraerse un perfil de cada uno de nosotros bastante certero. Si esa utilidad se concentra en el ámbito profesional, la adecuación de un puesto de trabajo a las características de uno o varios trabajadores podrá realizarse en fracciones de segundo⁵²⁶, lo que no implica que la actividad de intermediación desaparezca, pero sí la forma de entenderla y su relevancia como elemento central e identificativo de la calificación jurídica de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo⁵²⁷.

La ausencia de límites territoriales en la utilización de plataformas virtuales no significa que no hayan de someterse al ordenamiento jurídico interno del país donde, regularmente o no, realicen su actividad, pero tampoco que afecte a su naturaleza jurídica que en ningún caso se verá alterada por realizarse a través de internet⁵²⁸.

⁵²⁵ “Aunque con los avances que está habiendo en Inteligencia Artificial las herramientas van a ser cada vez más sencillas de manejar a un nivel técnico y probablemente lo que se necesite entonces sea gente que sepa hacer las preguntas pertinentes, como psicólogos o filósofos”, concluye el experto. Mentes que hagan brotar lo smart de los data.” http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento_digital/1478535225_341110.html

⁵²⁶ En el informe saliente de la 81 reunión de la Conferencia de la OIT en la que se determina la necesidad de modificar el Convenio 96 ya se vislumbra el papel que las TICs van a desempeñar en el mercado de trabajo, entendiendo que a “raíz del desarrollo de sistemas de difusión por mensajería informática y por teletexto, algunas agencias se especializan en la utilización de ordenadores para crear bancos de datos relativos a las ofertas de empleo y a los postulantes”, las nuevas tecnologías irán “suplantando los métodos tradicionales”, FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: “La intermediación laboral virtual”, op. cit.

⁵²⁷ El mercado de trabajo actual también está alterando la comprensión tradicional del papel y del funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo desplazando la intermediación del centro de su actividad en CALVO GALLEGU, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: Colocación y servicios de empleo..., op. cit. p. 12.

⁵²⁸ SERRANO FALCÓN, C.: Servicios Públicos de Empleo..., op. cit., p. 252.

El carácter poliédrico de las plataformas digitales, en general, y de las relacionadas con el empleo, en particular, necesitan para su contextualización jurídica o no, la identificación previa de la existencia de conceptos básicos integradores de la colocación.

5. EL MERCADO DE TRABAJO Y SUS OTROS AGENTES

De la multitud de sujetos públicos o privados que intervienen en el mercado de trabajo a través de la Red de Internet⁵²⁹, solo nos van a interesar aquellos que, al menos formalmente, no forman parte de ese mercado, bien porque no se ajustan a los parámetros legales o porque su objetivo principal son las relaciones y la búsqueda de contactos y no la de empleo. Dentro de los primeros y, en nuestro ordenamiento jurídico, las empresas de selección o los portales de empleo son un claro ejemplo del mismo y dentro de los segundos las redes sociales y en concreto las autodenominadas profesionales serían otro.

El papel que desempeñan las empresas de selección⁵³⁰ a través de internet, al menos en apariencia, podríamos denominarlo “tradicional”. Sus elementos definitorios no van a verse alterados, por el hecho de desarrollar su actividad virtualmente, encontrándose con los mismos problemas identificativos en su proximidad a la intermediación⁵³¹. Se trata de empresas que actúan “bajo el principio de libre iniciativa económica y de competencia mercantil”⁵³², práctica consolidada por el derecho internacional y el ordenamiento comunitario⁵³³ y que tienen como “misión fundamental la de satisfacer las necesidades de determinadas empresas en un mercado de trabajo altamente especializado. Su intención no es la de conseguir y ayudar a un trabajador a buscar un empleo sin más, sino la de facilitar a la empresa-cliente pretendientes que se adecuen al perfil del puesto de trabajo”⁵³⁴, para

⁵²⁹ DONINI, A.: “Mercato del lavoro sul web...”, op. cit. p. 435.

⁵³⁰ Sobre su clasificación y régimen jurídico, SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo..., op. cit., pp. 220-223.

⁵³¹ El análisis que normalmente se hace sobre estas empresas versa sobre la licitud o no de su actuación, en SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo..., op. cit. pp. 218-219 y su ausencia de regulación en, ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: La Intermediación Laboral como un instrumento eficaz..., op. cit., pp., 168 y 171.

⁵³² SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo e intermediación..., op. cit. p. 469.

⁵³³ STJCE, de 23 de abril de 1991, Asunto C- 41/1990 TJCE, Hofnery Elsecaseo y STJUE, de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-55/96, Job Centre coop.arl.

⁵³⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación en el mercado de trabajo, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pp. 87-89; SERRANO FALCÓN, C.:

ello pueden buscar los candidatos entre sus propias bases de datos o fuera de ellas.

Dirimir la posición de las empresas de selección dentro de internet como elemento excluyente de su consideración como intermediarios en el mercado de trabajo, resulta muy difícil toda vez que la Red facilita la existencia de bases de datos que permiten acercarla a esta actividad. Si tradicionalmente estas empresas son contratadas directamente por una empresa para que les facilite los candidatos más idóneos a sus necesidades, cada vez con más frecuencia esta oferta es subida a internet por la propia empresa de selección a la que da respuesta con candidatos de su base de datos⁵³⁵, por lo que siempre habrá que estar al caso concreto para determinar si realmente actúa o no como empresa de selección. Disyuntiva que aún se hace más difícil de solucionar en nuestro derecho interno toda vez que este papel también le es atribuido a las agencias de colocación, por tratarse de una actuación relacionada con la búsqueda de empleo⁵³⁶.

Junto a estas empresas también podemos encontrarnos con portales de empleo que funcionan como meros transmisores de información de las ofertas y demandas existentes sin que se les haya practicado ningún tipo de filtro o éste sea mínimo como, por ejemplo, una clasificación genérica por sectores de producción. El problema fundamental de estos portales radica, principalmente, en la cantidad de información que puede emitir y en la dificultad de seleccionar lo que realmente pueda interesarle al demandante u oferente de empleo. Una variedad de estos portales que simplifica de forma considerable cualquier búsqueda relacionada con la oferta o la demanda son los denominados metabuscadores⁵³⁷, se trata de unas webs que se encargan de seleccionar todas

Servicios públicos de empleo..., op. cit., p. 224; SERRANO FALCÓN, c.: "Colocación e intermediación: el modelo legal..." op. cit., p. 473; conceptualmente a través de la intermediación las empresas eligen directamente al candidato, en la selección la empresa lo elige para ofrecérselo a la empresa-cliente, SERRANO FALCÓN, C.: Servicios Públicos de Empleo..., op. cit., pp. 218-222.

⁵³⁵ BRITO ÁLVARO, E.: Como encontrar trabajo..., op. cit., p. 197.

⁵³⁶ Artículo 33.1 del TRLE, "Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal". LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: "Mercado de Trabajo e Intermediación Laboral" ..., op. cit., p. 50.

⁵³⁷ Son motores de búsqueda que generalmente, no cuentan con una base de datos propia, sino que reflejan datos que ofrecen otras páginas. "Se trata de una web que agrupa las ofertas de trabajo de otras páginas sin necesidad de ir mirando una por una. De este modo la cantidad de tiempo que se dedica a ver las ofertas de empleo publicadas se ve reducida". <http://www.citapreviainem.es/metabuscadores-de-empleo/>; En un ranking de metabuscadores realizado en 2015, los cinco metabuscadores más votados

las ofertas que hay en la red y que, a partir de un simple tratamiento de datos, en función del interés manifestado por el demandante, facilita su acceso por un solo camino, realmente es un portal de portales⁵³⁸ que se limita a simplificar la búsqueda en materia de empleo.

Esta actividad, sin embargo, se transforma cuando se incrementa su complejidad, es decir, cuando estas webs cuentan con suficientes datos para la elección de candidatos o la búsqueda de empleo a través de ella⁵³⁹, de tal forma que con la aplicación de determinadas operaciones matemáticas identifican perfiles concretos y facilitan los datos de contacto. Por tanto, y aunque siempre hay que estar al caso concreto, se trataría de una actividad que va más allá de la simple notificación de la existencia de un potencial contratante⁵⁴⁰ encontrándonos más próximos a alguna de las actividades propias de la colocación que a una mera información.

Un ejemplo de esta realidad son las redes sociales, sobre todo las de carácter profesional en las que, cada vez con más frecuencia, se utilizan para la búsqueda de empleo. Internet se ha convertido en un escaparate en el que hay que estar. Cualquier persona o profesional que busque un puesto de trabajo u ocupación ha de posicionarse en la red, lo que se consigue participando y compartiendo⁵⁴¹ sus competencias, capacidades y habilidades. Las redes sociales están alterando el proceso normal de la búsqueda de empleo tanto para las empresas como para los demandantes de empleo.

Lo primero que puede llegar a generar confusión sobre su papel en el mercado de trabajo es su propia denominación. Lo que entendemos como “redes sociales” son en realidad una web creada para prestar un servicio bajo una estructura de red social, en la que “sus usuarios, personas, organizaciones u otras entidades, puedan conectar e interactuar entre ellos”⁵⁴². En definitiva, se trata de crear una red clientelar que se va extendiendo en progresión geométrica con los contactos que

fueron, por este orden a: Jobatus, Indeed, Opcionempleo, Mitula y Jobrapido <http://listas.20minutos.es/lista/los-mejores-metabuscadores-de-empleo-de-espana-400452>

⁵³⁸ Son solo bancos de datos informáticos que transmiten información, en LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación en el mercado de trabajo, op. cit., p. 104; BRITO ÁLVARO, E.: Como encontrar trabajo..., op. cit., p. 197.

⁵³⁹ FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: “La intermediación laboral virtual”, op. cit.

⁵⁴⁰ ALARCÓN CASTELLANOS, MM.: La Intermediación Laboral como Instrumento..., op. cit., p. 238.

⁵⁴¹ BRITO ÁLVARO, E.: Como encontrar trabajo..., op. cit., p. 235.

⁵⁴² BRITO ÁLVARO, E.: Como encontrar trabajo..., op. cit., p. 233.

sus miembros hacen o los que el sistema genera automáticamente. Y en la que el empleo es solo una “pestaña” más entre su numerosa oferta de opciones que faciliten esas relaciones.

A través de estos contactos el empresario, en su papel tradicional de oferente, buscará al trabajador más idóneo a sus necesidades entre toda la información que aparece recogida en la red y que puede ser o no de carácter laboral, siendo sus propios departamentos de recursos humanos los que hayan de valorar esta información. Estas nuevas relaciones también pueden alterar la posición del trabajador convirtiéndolo en sujeto activo en la búsqueda de empleo, es decir, no se trata de facilitar un Curriculum o demostrar unas competencias o capacidades, sino que además es el propio trabajador el que ofrece directamente sus servicios, porque conoce las necesidades de la empresa y los perfiles que demanda o, sencillamente al interesarse por la empresa, su actitud le genera esa necesidad. Cuando estas relaciones, en un sentido u otro, se producen a través de contactos directos entre los interesados, sin más mediación que la de servir de soporte a esta relación, la red social actúa como tal.

Al tratarse de redes sociales de carácter profesional parece deducirse que todos sus usuarios tendrán esta consideración y que las relaciones que en ella se desarrollen se harán en este plano⁵⁴³. Es decir, se trataría de “personas que practican habitualmente una profesión de la cual viven”⁵⁴⁴ y que generalmente la ejercen por cuenta propia. No obstante, el carácter profesional de estas redes sociales hay que entenderlo como un concepto inclusivo en el que lo realmente importante son las competencias o habilidades que una persona posee o puede acreditar, con independencia de si las ha obtenido a través de su experiencia laboral, profesional o de vías formales o no de formación⁵⁴⁵ y que le per-

⁵⁴³ En la concepción de esta idea se encuentra el desarrollo que la economía colaborativa está teniendo en internet y su utilización interesada por la economía de mercado para establecer diferencias, en muchos casos inexistentes, entre actividad profesional y no profesional, SIERRA BENÍTEZ, EM.: “Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral” en AA.VV.: El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral, ed. Laborum, Murcia 2016, p. 253.

⁵⁴⁴ Concepto dado por la RALE en su tercera acepción de “profesional”.

⁵⁴⁵ Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral (BOE 25/08/2009); AGUILAR DEL CASTILLO, MC.: “La visibilidad de la experiencia laboral” en MORALES ORTEGA, J:M (Coord.): El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos, ed. Laborum, 2016, pp. 181-182.

mite desarrollar con plena capacidad una actividad remunerada por cuenta propia o ajena.

Las redes sociales profesionales se centran en multitud de tareas, entre la que se encuentra la relativa al empleo, actividad que adquiere carácter de habitualidad⁵⁴⁶ cuando gran parte de sus usuarios lo convierten en el objetivo central de su pertenencia a la misma. A diferencia de los portales de empleo, las redes sociales no suelen anunciar sus ofertas de trabajo de forma indiscriminada⁵⁴⁷ o, al menos, no lo hacen con la publicidad propia de aquellos. Los usuarios demandantes de empleo no van a tener acceso a sus bases de datos sino solo a aquellas ofertas que, en función de su perfil, considera el propio sistema que responden mejor a sus exigencias. Por lo tanto, solo tendrán conocimiento de su existencia tras superar el filtro que la propia red prevea⁵⁴⁸ sin que el demandante de empleo conozca los parámetros del mismo. Al gestionar y relacionar las ofertas y demandas los sujetos se sitúan en una posición bidireccional en la que el demandante de empleo va a aparecer tanto como sujeto pasivo como activo en su búsqueda de empleo. Pasivo porque es el propio sistema el que le facilita información sobre todas las ofertas disponibles que se ajustan a su perfil y activo porque a partir de ese conocimiento será el demandante de empleo el que tome la iniciativa para dirigirse a la/s empresa/s que considere responden mejor a sus intereses. Por otro lado, las empresas oferentes también reciben la misma información sobre el trabajador pudiendo o no tomar directamente la iniciativa para establecer el contacto en función de los datos recibidos. En estos supuestos la red social no solo es el vehículo que facilita y permite el conocimiento entre las partes, sino que también lo gestiona. Es la gestión de estos datos lo que nos hace plantearnos la pregunta sobre la calificación jurídica de las redes sociales cuando intervienen directamente en las relaciones entre oferta y demanda que se generan en el mercado de trabajo.

CALVO GALLEGÓ, FJ.: "Los mayores en el nuevo derecho del empleo" ..., op. cit. pp. 341-349, 409; CAMAS RODA, F.: "La edad y la formación para el empleo. Especial referencia a la estrategia de aprendizaje permanente en el ámbito europeo y español" en CABEZA PEREIRO, J, BALLESTER PASTOR, MA. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Directores): La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2009, pp. 321-329.

⁵⁴⁶ La habitualidad es una de las características que integran el concepto de intermediación laboral, LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: La intermediación en el mercado..., op. cit., p. 121.

⁵⁴⁷ Algunas redes sociales sí crean plataformas de empleo donde solo se recogen ofertas de trabajo como LinkedIn Jobs <https://es.linkedin.com/jobs/view-all>

⁵⁴⁸ LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: La intermediación en el mercado..., op. cit., p. 109.

6. LAS REDES SOCIALES PROFESIONALES COMO EMPRESAS PRIVADAS DE EMPLEO, ENTRE SU CALIFICACIÓN JURÍDICA FORMAL Y MATERIAL

Resulta innegable la participación de las redes sociales profesionales en el mercado de trabajo, así como la ausencia de límites territoriales en el desarrollo de su actividad. La conjunción de ambas realidades dificulta de forma considerable su calificación jurídica, por cuanto que son los distintos ordenamientos jurídicos quienes la definen. No obstante, la internacionalización de su actividad y la aplicación del principio de jerarquía normativa permiten sustraernos de los derechos internos en favor del derecho comunitario e internacional.

Comenzando por el ámbito jurídico menos normado, el derecho comunitario, su consideración como empresa privada de empleo dependerá de la regulación jurídica del Estado miembro donde desarrolle su actividad, de tal forma que en nuestro País solo tendrán esa consideración aquellas que tengan por objeto el desarrollo de funciones de intermediación. En el resto de supuestos estas entidades serán calificadas como “empresas” en el momento en el que participan en un mercado, aunque sea el de trabajo realizando alguna de las actividades propias del mismo, sin estar sujetas a más exigencias que las derivadas del respeto a la libre circulación y a las reglas de la libre competencia⁵⁴⁹.

Una segunda interpretación sobre su calificación o no como empresa privada de empleo hay que buscarla en el derecho internacional, en concreto en alguno de los supuestos previstos en el Convenio 181 OIT. En este caso resulta difícil subsumir a una red social como instrumento de relaciones en alguno de sus supuestos, sin embargo, cuando su intervención fomenta las posibilidades reales de colocación de sus usuarios desde el acercamiento entre oferta y demanda, favorece una opinión contraria. No obstante, y a diferencia de lo que ocurre en la normativa comunitaria, el Convenio 181 exige que para tener la consideración de empresas privadas de colocación y poder actuar como tales, la autorización se convierte en requisito constitutivo de la misma.

A tenor de lo dicho la posibilidad de calificar como empresa privada de empleo a una red social puede llegar a ser cuestionable. Sin embargo, como se ha repetido en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, no se trata de aplicar un determinado régimen jurídico que en, alguno de los supuestos, pocas o ningunas consecuencias jurídicas va a tener sobre su incumplimiento, cuanto analizar si una actividad como la que

⁵⁴⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo..., op. cit., pp. 339-343.

desarrollan estas redes sociales coincide o no con la prevista normativamente.

La falta de amparo jurídico interno de las redes sociales las acerca, en la prestación de sus servicios relacionados con la empleabilidad de sus usuarios y en su actividad de información sobre la búsqueda de empleo, al tercero de los supuestos previstos en el Convenio 181 en el que, por la amplitud y flexibilidad de su casuística, favorece su inclusión en el concepto de empresas privadas de empleo⁵⁵⁰, pero también la limitación de su conducta solo a la aplicación de Códigos Deontológicos⁵⁵¹ como los previstos en la de la Recomendación número 188 de la OIT⁵⁵² que lo desarrolla.

La inclusión de la actividad de las redes sociales en los otros dos supuestos es más cuestionable, aunque su dificultad obedece más a la falta de elementos definitorios tradicionales que a su integración en uno de sus determinados conceptos. Obviando la posibilidad de desarrollar funciones de interposición en el mercado de trabajo, cuya trascendencia jurídica en nuestro país puede conllevar, incluso responsabilidad penal, nos vamos a centrar solo en el primero de ellos, es decir, en la posibilidad de que desarrollen funciones de intermediación, entendiéndola siempre desde su constatación material y no formal de la misma.

6.1. LA REALIDAD VIRTUAL EN EL CONTACTO ENTRE OFERTA Y DEMANDA

La puesta en contacto entre oferta y demanda como finalidad de la intermediación es el resultado de la suma de un conjunto de actividades que lo completan⁵⁵³, no siendo siempre fácil identificar las fases preparatorias del proceso de colocación en las redes sociales.

Se están realizando actividades propias de la intermediación desde el momento en el que el usuario introduce sus datos identificativos, su formación, especialidad o profesión y a partir de ellos se generan otros nuevos a solicitud de la web. Datos que se van a ir expandiendo como

⁵⁵⁰ En este sentido, DONINI, A.: "Mercato del lavoro sul web...", op. cit., p. 437; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: "Mercado de Trabajo e Intermediación Laboral", op. cit.

⁵⁵¹ SERRANO FALCÓN, C.: Servicios Públicos de Empleo..., op. cit., p. 217.

⁵⁵² Recomendación 188 sobre las agencias de empleo privadas adoptada en la 85ª reunión celebrada en Ginebra, el 19 de junio de 1997. Disposición 2.2 "Cuando sea conveniente, la legislación nacional aplicable a las agencias de empleo privadas debería completarse con normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional".

⁵⁵³ Artículo 2 del RD 1796/2010, son actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo la orientación, la información profesional y la selección de personal.

en un árbol de decisiones y que van a ser analizados, procesados y valorados a través de una aplicación matemática. Se trata de un algoritmo, generalmente único, con innumerables variables que permite otorgar un valor determinado a cada uno de los datos que se le someten y que será igual para todos los usuarios que posean esa cualidad, competencias, capacitación, formación o cualquier otra circunstancia personal o profesional evaluable.

La suma de todos estos datos va a configurar un determinado perfil profesional del usuario sobre el que la propia red va a actuar en función de las ofertas de trabajo de que dispone. La preferencia de un candidato sobre otro dependerá de las características del puesto de trabajo que se ofrezca, siendo la propia oferta quien las defina. El sistema, a partir de ellas, será quien elija y pondere el resultado final a través de la suma de los valores que inicialmente atribuyó a un conjunto de datos objetivamente individualizados y atribuibles al sujeto. La idoneidad del candidato vendrá dada por un determinado perfil, que podrá coincidir con el inicialmente atribuido al usuario y que es el resultado de una valoración subjetiva condicionada por las exigencias de la oferta de trabajo⁵⁵⁴, pudiéndose atribuir perfiles diferentes en función de las distintas necesidades que se generen.

Quién o como se realice esta valoración no afecta a la existencia de una intervención activa, como tampoco lo hace la traslación de los resultados obtenidos a las partes interesadas, oferente y demandante. La participación de las redes sociales profesionales en el mercado de trabajo es una realidad desde el momento en el que todo lo que rodea a uno de sus usuarios puede convertirse en datos matemáticamente analizables, cuyo resultado puede llegar a predecir comportamientos y definir capacidades y aptitudes para el desarrollo de una determinada actividad.

A diferencia de las webs que realizan una mera transmisión de información, las redes sociales profesionales además de tener conocimiento del número y cualidades de los demandantes que entran en relación con el oferente⁵⁵⁵, gestionan los datos y determinan su nivel de com-

⁵⁵⁴ No se trata solo de cuantificar los conocimientos acreditados, sino que el sistema ha de interpretarlos para dar respuesta al perfil solicitado. Las nuevas formas de trabajo reclaman unas cualidades en los sujetos que difícilmente pueden valorarse objetivamente, en CALVO GALLEGU, FJ.: "Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo", Rvta. Creatividad y Sociedad, nº 26, dic.2016, p. 210.

⁵⁵⁵ FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: "La intermediación laboral virtual", op. cit.; ALARCÓN CASTELLANOS, MM.: La Intermediación Laboral como un Instrumento eficaz..., op. cit., p. 238.

plementariedad, resultado que comunica a ambos sujetos a través de su propia web o cualquier otro medio de comunicación como emails, *whatsapp* o mensajes a móviles⁵⁵⁶.

La forma en la que se facilita el contacto entre oferta y demanda es la que plantea problemas interpretativos sobre si se realiza o no una labor de intermediación, por entenderse que, en la relación virtual, solo se facilitan los datos de contacto dejando a la voluntad de las partes establecerlo. Esto es cierto, pero también lo es que no solo se facilita esta identificación, sino que se personaliza en función de la oferta requerida. Cuando una empresa busca candidatos para un determinado puesto de trabajo, resulta difícil entender que no va a ponerse en contacto con ellos cuando la propia plataforma tras elegirlos, facilita todos los datos que le hacen compatible con la oferta y todos los necesarios para promover su encuentro físico o virtual.

Creemos conveniente incluir la figura del mediador virtual, por entender que toda la labor identificativa previa no solo forma parte de la intermediación, sino que la concluye. En la mediación tradicional se concierta una entrevista y se envía al candidato, con la intermediación virtual el resultado es el mismo, pero la puesta en contacto la genera el propio sistema cuando busca perfiles concretos y no generales para una oferta individualizada y facilita la información necesaria para realizarla. Por otro lado, la utilización de las nuevas tecnologías para facilitar el contacto, es mucho más eficaz y responde mejor a la disponibilidad de las partes para celebrarlo. Conocimiento y rapidez que favorece la eficacia de la gestión y el dinamismo en el mercado de trabajo, pero que también necesita de un sistema de control adecuado que garantice los derechos de los sujetos intervinientes y la transparencia en la gestión de los datos. El mercado de trabajo no puede ignorar esta realidad, porque solo se puede controlar aquello que existe.

6.2. LINKEDIN COMO REALIDAD EMPÍRICA

De entre las distintas redes sociales de carácter profesional LinkedIn es sin duda una de las más importantes, calificándose ella misma como

⁵⁵⁶ FERNÁNDEZ GARRIDO, J.: "Los retos de los Servicios Públicos de Empleo. Una visión externa" Rvta. Trabajo, n^o 24, 2011, p. 114. Sobre las inercias analíticas de los datos que provocan efectos negativos en el mercado de trabajo y en las políticas de empleo, TEZANOS, JF.: El trabajo perdido. ¿Hacia una civilización postlaboral? Ed. Biblioteca Nueva, Madrid 2001, pp. 52 y ss.

“la mayor red profesional del mundo”⁵⁵⁷. En su concepto de profesional incluye a todos sus usuarios en función de su capacidad y competencias con independencia de si ha realizado alguna vez una actividad profesional, si lo ha hecho por cuenta propia o ajena o si en la actualidad está trabajando o desempleado.

Plantear la posibilidad de que esté realizando una actividad de colocación obedece a la importancia que tienen en la conclusión de relaciones profesionales lucrativas y de contratos de trabajo, a través de contactos entre sus usuarios⁵⁵⁸.

Es evidente que las relaciones profesionales y laborales que se generan a través de esta red influyen en la empleabilidad de los sujetos que la integran. Pero también lo es, que, entre sus distintas opciones de actividad, la búsqueda de empleo sea una de ellas. Referirse a esta red social es abrir la puerta a posibilidades de trabajo. Como ya hemos mencionado anteriormente cuando estas relaciones surgen por los contactos que la propia red favorece, sin más intervención que una afinidad profesional, esta intervención tiene poca o nula relevancia jurídica. No obstante, cuando se accede con la intención de clicar en la pestaña de empleo que figura en su página de inicio, se acerca más a las actividades propias de la colocación, facilitando al usuario, en función del perfil que le atribuye, distintas soluciones formativas, que la misma plataforma ofrece u orientaciones para mejorar su perfil.

La diferencia con el sistema tradicional de mediación es la inmediatez en la que se produce esta relación y conexión entre los datos, característica, no por repetida, menos cierta de la propia Red.

Solo a título de ejemplo y sin entrar a valorar la oportunidad de su gratuidad en la prestación de alguno de sus servicios y teniendo en cuenta el sentido amplio del término “profesional” la propia red social anuncia entre sus novedades para el año 2017 una plataforma mucho más potente y renovada, frente a la anterior *Premium*, sería la *Premium Career* para los profesionales y *Business* para las empresas⁵⁵⁹. La primera ofrece, entre sus ventajas, un acceso ilimitado a la formación ayudando a los usuarios “a identificar sus habilidades para avanzar” en su carrera profesional o mejorar su “marca” para conseguir un em-

⁵⁵⁷ <https://es.linkedin.com/>. Solo nos interesa LinkedIn como red social y no su vertiente LinkedIn jobs, <https://es.linkedin.com/jobs/view-all> que actúa como plataforma de empleo, donde solo se recogen ofertas de trabajo.

⁵⁵⁸ Sobre algunos elementos identificativos de esta red social en DONINI, A.: “Mercato del lavoro sul web...”, op. cit., p. 442.

⁵⁵⁹ <http://www.trecebits.com/2017/02/10/las-novedades-incorpora-linkedin-premium/>

pleo. También facilita información detallada sobre las características del puesto de trabajo y de la compañía a la que se opta, incluido el salario que se ofrece y la existencia de otros puestos de trabajo dentro de la misma, aunque no coincidan plenamente con su perfil.

Respecto a la opción *Business* para las empresas la elección de un candidato puede hacerse solicitando información sobre alguien que se conoce o buscarlo a través de un perfil determinado, siendo suficiente para que la plataforma vuelque toda la información de que dispone sobre los posibles candidatos incluir palabras claves como ubicación o profesión. Esta elección se hace a través de un filtrado de datos, mejorado en esta nueva aplicación, en el que se combinan variables como sectores, idiomas, empresa actual, empresa anterior, formación o nivel de educación, entre otros muchos.

En cualquiera de los supuestos y, según la propia compañía LinkedIn, el acceso a esta nueva plataforma no solo facilita al empresario la búsqueda de los candidatos más idóneos a su oferta de trabajo sino también sus datos de contacto para enviarles un email. La diferencia de esta actividad con la de intermediación es quién envía el mensaje. Duda que desaparece si se accede a estos candidatos a través de la herramienta *Recruiter Lite*, que permite “encontrar con mayor rapidez a los candidatos pasivos más relevantes y contactarlos directamente mediante un mensaje *InMail*, incluso si no se conocen”.

Su calificación como agencia privada de colocación, puede resultar excesiva para nuestro derecho interno, toda vez que el legislador es muy restrictivo en su identificación, no obstante, es difícil cuestionar su participación en el mercado de trabajo como sujeto de intermediación laboral, al menos en el desarrollo de alguna de sus actividades.

7. EFECTOS DE LA INDIFERENCIA CONSCIENTE DE UNA REALIDAD

No puede entenderse ninguna Estrategia sobre empleo si no es desde la premisa del reconocimiento de todos los agentes que intervienen o tienen capacidad real de hacerlo en el mercado de trabajo. La Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 aprobada en el marco de la Estrategia Europa 2020⁵⁶⁰, así lo pone de manifiesto,

⁵⁶⁰ Comunicación de la Comisión denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM(2010) 2020 de 3.3.2010] aplicada en el marco del semestre europeo a través de orientaciones de política económica de los países de la UE y la UE (Recomendación del Consejo (UE) 2015/1184) y de orientaciones para la política de empleo de los países de la UE (Decisión del Con-

cuando prevé como objetivo global “la coordinación, para identificar y canalizar de forma ordenada los esfuerzos que realizan los distintos agentes del sistema para mejorar la eficacia y eficiencia de las políticas a favor de la activación para el empleo”. Entendiendo que todas aquellas actuaciones que se ajusten a alguno de los objetivos estructurales⁵⁶¹ previstos en la Estrategia deberán ser consideradas integrantes de la política activa de empleo o de intermediación laboral⁵⁶². La falta de reconocimiento de las redes sociales profesionales como agentes del sistema implica tanto la ignorancia de su actividad, como de sus efectos sobre la exigida eficacia y eficiencia de la política de empleo y la calidad del servicio público que presta.

La importancia de estas webs en el mercado de trabajo es una realidad innegable que precisa de unos mínimos normativos exigibles para el ejercicio de su actividad⁵⁶³. La complejidad de su regulación, entre otras razones, por sus propias estructuras orgánicas, diversidad de objetivos o por su, prácticamente, ilimitado ámbito territorial hace que sea el derecho internacional o, en su caso comunitario los que, a falta

sejo (UE) 2015/1848). Para España la Recomendación del Consejo, para el segundo semestre, de 12 de julio de 2016 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2016 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2016 de España (2016/C 299/02) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aem0028>; MULAS GRANADO, C. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, R.; “El Empleo en España Frente al Reto de la Estrategia 2020”. Cuadernos del Mercado de Trabajo nº 6/2011, pp. 12-13.

⁵⁶¹ “Los objetivos estructurales, tienen naturaleza estable, por lo que precisan políticas y actividades que se mantengan en el tiempo y que, dependiendo de las circunstancias del mercado, requerirán mayor o menor atención en momentos determinados, pero difícilmente se van a interrumpir por completo”. Estos objetivos se estructuran en 6 grandes Ejes: orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional del Sistema Nacional de Empleo. Todos estos objetivos serán desarrollados de forma mucho más intensa a través de la definición de los objetivos estratégicos o prioritarios que les afecten. https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_empleo/estrategia_14_16.pdf

⁵⁶² “Una actuación que no se ajuste a ningún objetivo estructural no podrá ser considerada de política activa de empleo o de intermediación laboral” https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_empleo/estrategia_14_16.pdf

⁵⁶³ Aunque referido a la economía colaborativa la conclusión 8.1.2 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 25 y 26 de mayo de 2016 (2016/C 303/05) “ha defendido, de forma reiterada y coherente, que cualquier actividad económica debe estar amparada por el Derecho; lo que, al contrario, también ha defendido es que esta regulación puede ser de varios tipos que deben articularse de forma armoniosa”; continuando con este tema y sobre la necesidad de implicar conjuntamente a todo el ordenamiento jurídico, RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal” Rvta. Creatividad y Sociedad, nº 26, Dic. 2016, pp. 63-65.

de una regulación interna en los distintos Estados, les sea de aplicación en los términos ya vistos⁵⁶⁴.

El acceso al empleo es un derecho de todos los ciudadanos que ha de ser garantizado por los poderes públicos, por lo que su “no existencia” genera una falta de reconocimiento de derechos y obligaciones en cascada. Siendo uno de sus objetivos el acceso al empleo para sus usuarios, resulta innegable la trascendencia que estas webs tienen en el mercado de trabajo, por lo que su actividad ha de estar sujeta a las reglas de la transparencia⁵⁶⁵, información y control exigibles a todas las entidades privadas que actúan en él alterándolo. Solo desde este reconocimiento se puede garantizar la gratuidad por la prestación de servicios, la igualdad de todos sus usuarios, la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el acceso al empleo y el respeto a la intimidad y dignidad a las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos⁵⁶⁶.

La eficacia y eficiencia de la actividad de intermediación y colocación que tienen atribuida los servicios públicos de empleo⁵⁶⁷ solo es entendible desde la cooperación y coordinación público-privada⁵⁶⁸ exigible

⁵⁶⁴ Países de la Unión Europea que han ratificado el Convenio 181 http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/es

⁵⁶⁵ Artículo 34.1 TRLE “La intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos”.

⁵⁶⁶ Exposición de Motivos del RD 1796/2010; La Decisión de 8 de mayo de 2014 adoptada por el Consejo de Ministros Europeo, aunque dirigida a los servicios públicos de empleo de los distintos Estados Miembros, centra su objetivo principal en la necesidad de cooperación entre todos ellos como requisito esencial para implementar las distintas políticas de empleo dentro de la Estrategia Europa 2020. Se trata de la prestación de un servicio de interés económico general del que forman parte, artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada. (DOUE C 326/01 de 26/10/2012) y artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 303, de 14/12/2007). SÁNCHEZ RODAS, C.: “La orientación y la intermediación...” op. cit.; ALUJAS RUIZ, J.A.: “La Eficacia del Servicio Público...” op. cit.

⁵⁶⁷ Son considerados como servicios de interés general y están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁵⁶⁸ Artículo 13. 3º TRLE “Los Servicios Públicos de Empleo son los responsables de asumir, en los términos establecidos en esta ley, la ejecución de las políticas activas de empleo, sin perjuicio de que puedan establecerse instrumentos de colaboración con otras entidades, que actuarán bajo su coordinación”. SALAS PORRAS, M.: “El proceso de colocación laboral” en... op. cit., p. 484; DONINI, A.: “Mercato del lavoro sul web...”

a todos los agentes que intervienen en la prestación de este servicio público⁵⁶⁹. El principio de transparencia y de unidad de mercado⁵⁷⁰ exige el conocimiento de toda la información relativa a las ofertas y demandas de empleo existentes, incluidas las gestionadas por las redes sociales, para su difusión a todos los ciudadanos, empresas y administraciones públicas. Esta información garantiza no solo su necesaria coordinación, sino que facilita la eficacia del propio Sistema, como integrador de la política de empleo de cada país⁵⁷¹.

La falta de regulación interna no puede justificar la ignorancia de su actividad, aunque esta sea consciente. No se trata de prohibirla o perseguirla, sino de reconocerla como requisito para su control.

8. CONCLUSIONES

Sobre internet se desarrolla el mayor mercado de trabajo que en la actualidad existe en el que conviven entidades plenamente regladas frente a las que actúan con total indemnidad. Es necesario controlar este mercado desde su oferta, pero, fundamentalmente, desde el contenido de la misma, al menos cuando se trata de sujetos que jurídicamente están excluidos de su ámbito de regulación, pero que cuentan con una estructura capaz de afectarlo directamente.

op. cit., p. 434, 440; TULLINI, P.: "Ragioni e filosofie della collaborazione tra pubblico e privato nel mercato del lavoro", Rvta. Diritti Lavori Mercati, II, 2011, p. 578; sobre la necesidad de cooperación entre todos los agentes del mercado, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo..., op. cit., p. 309.

⁵⁶⁹ Exposición de Motivos del RD 1796/2010.

⁵⁷⁰ En el artículo 13.2 se establece la "Existencia de una base de datos común, Portal Único de Empleo, que posibilite la difusión de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo, respetando lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal", siendo responsabilidad del Servicio Público de Empleo garantizar su difusión a todos los ciudadanos, empresas y administraciones públicas como garantía de transparencia y unidad de mercado". SOBRINO GONZÁLES, GM.: "La red EURES: un instrumento para la movilidad europea", en VALDÉS DAL-RE, F. ZUFIAUR NARVAIZA, JM.: Hacia un mercado europeo de empleo, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2006.

⁵⁷¹ ALARCÓN CASTELLANOS, MM.: La Intermediación laboral como un instrumento..., op. cit., p. 238; DONINI, A.: "Mercato del lavoro sul web...", op. cit., p. 450; Conclusión y Recomendación 1.7. del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "La evolución de la naturaleza de las relaciones de trabajo y su impacto en el mantenimiento de un salario digno, así como la incidencia de los avances tecnológicos en el sistema de seguridad social y el Derecho laboral", (DOUE C 303/07 de 19-08-2016); <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notah1.htm>.

No se trata tanto de identificar la actividad que realizan las redes sociales profesionales, la cual evidentemente constituye una premisa ineludible, cuanto el alcance jurídico y reconocimiento legal que se le otorga a la misma. La eficacia en la gestión del mercado de trabajo como exigencia de la política de empleo hace necesaria una revisión de la identificación de los sujetos que intervienen en él y de la regulación de sus obligaciones. Internet no es, ni puede ser el caos para el mercado de trabajo. Muy al contrario, consideramos que es imprescindible para su desarrollo y para promover los principios que lo inspiran. Pero, para ello es necesario que se establezcan unas mínimas reglas de funcionamiento que garanticen su respeto.

El largo camino que, normativamente hablando, parece estar recorriendo la aceptación de estas nuevas realidades hace necesaria una actuación de los poderes públicos que garanticen unos mínimos que, sin afectar al libre mercado o a la libertad de movilidad en la Red, protejan el sistema y a sus sujetos, pudiendo intervenir directamente a través de medidas coercitivas si no actúan conforme a derecho.

La actuación sobre estas redes sociales ha de operarse en un doble sentido: jurídico y material, aunque ambos han de confluir necesariamente en un punto determinado, que es la capacidad de control sobre la misma. Jurídicamente les será de aplicación el derecho internacional en la medida en la que los países donde intervienen hayan ratificado los correspondientes Convenios de la OIT y comunitario si se trata de Países miembros. En ambos casos han de ser los derechos internos los que den contenido a su régimen jurídico.

Esto nos lleva a la realidad material de la actividad de las redes sociales, en cuanto es esta la que se aproxima a la intermediación y colocación como instrumentos de la política de empleo. La diversa casuística con la que podemos encontrarnos impide atribuir, con carácter general, funciones de intermediación a las actividades relacionadas con la gestión de datos, aunque muchas de ellas, por la complejidad del proceso de evaluación, valoración, adecuación y transmisión de los mismos, nos puede llevar a la conclusión de que realmente desarrolla esta función incluso de forma mucho más eficaz y objetiva que la realizada a través de un mediador físico.

La delgadez en la línea divisoria sobre qué se entiende por “poner en contacto la oferta y la demanda” nos lleva a concluir que es necesaria una nueva definición de intermediación, en la que se integren todas las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías como vehículos de comunicación y no solo de transmisión de datos.

No se trata de prohibir la intervención de las redes sociales en el mercado de trabajo, sino de reconocer su actividad como sujeto activo del mismo y dotarlas de un régimen jurídico concreto lo suficientemente amplio o flexible como para poder responder con las debidas garantías al mayor número de realidades posibles. Solo así se podrá minorar la distorsión que estas realidades provocan o pueden llegar a hacerlo en el propio mercado de trabajo y en el desarrollo de las distintas políticas de empleo.

La dificultad actual de adoptar una calificación jurídica unívoca para estas actividades, con independencia de la web o plataforma que la desarrolle, no significa que puedan actuar libremente en el mercado de trabajo, sino que en cualquier caso y, siempre que actúen en el ámbito de la Unión Europea o de la OIT estarán sometidas a las exigencias de las reglas de la transparencia que lo define.