

DL

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL TRAS LA LEY 35/2010 Y LA LEY 3/2012

Gemma M^a Sobrino González*
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. EL CONCEPTO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL TRAS LA LEY 35/2010.-III. LAS NUEVAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN COMO AGENTES DE INTERMEDIACIÓN. III.1. La clasificación de las agencias de colocación. III.2. El régimen jurídico de las agencias de colocación. III.3. El deber de comunicación. III.4. La financiación de las agencias de colocación. III.5. El control de las agencias de colocación y la extinción de la autorización. -IV. LA ACTIVIDAD DE LAS ETT COMO INTERMEDIACIÓN LABORAL. -V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La intermediación laboral ha sido una de las materias abordadas por las dos últimas reformas laborales acontecidas en España, con el objeto de liberalizar la actividad abriéndola por completo a la iniciativa privada. El escenario anterior únicamente permitía la actuación de los SPE y de las agencias de colocación sin ánimo de lucro como únicos agentes de intermediación reconocidos y regulados jurídicamente. La Ley 35/2010 legaliza la intermediación privada lucrativa y la Ley 3/2012 permite la posibilidad de que también las Empresas de Trabajo Temporal puedan constituirse como agencias privadas de colocación con fines lucrativos.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente la política de colocación en España ha estado organizada y gestionada por los Servicios Públicos de Empleo (en adelante SPE), (art. 40 Ley Básica de Empleo –en adelante LBE–). De modo que, la única intermediación legalmente permitida ha venido siendo la de las oficinas públicas de empleo. No obstante, tras la reforma laboral de 1994 en que se aprueba la intermediación privada no lucrativa y la descentralización de la función pública intermediadora, coexiste una pluralidad de agentes mediadores en el mercado laboral. La Ley de Empleo (en adelante LE) en su primera versión del año 2003 actualiza la norma a las modificaciones señaladas y la ajusta a la realidad legislativa, pero no a la social, ya que seguía sin reconocerse legalmente a muchos de los sujetos privados que, con ánimo de lucro, intervenían en el mercado de trabajo. Sin duda, habría sido conveniente y necesario que la LE de 2003 hubiera incluido dichas figuras entre los agentes de intermediación privados para complementar debidamente la norma (RODRÍGUEZ-PINERO, 2003, 345) y ajustarla tanto a la realidad social vigente como al ordenamiento internacional expresado en el Convenio nº 181 de la OIT. Pero

* Profesora Titular de Universidad Acreditada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

no ha sido hasta Ley 35/2010 en que se legalizan todo tipo de agencias de colocación, públicas y privadas, con y sin ánimo de lucro, que se culmina con la Ley 3/2012 y la posibilidad de que las ETT se constituyan como agencias de colocación.

Entre los objetivos de la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010 figura la necesidad de “elevar las oportunidades de las personas desempleadas, especialmente los jóvenes” para lo que, entre otras, se articularán medidas de mejora de la intermediación laboral. El Capítulo IV de esta Ley recoge una serie de mecanismos para fomentar las oportunidades de acceso al empleo mediante la apertura a la colaboración público-privada en materia de intermediación laboral. Lo que implica la legalización de las agencias privadas con ánimo de lucro pero siempre preservando la centralidad y el fortalecimiento de los SPE de carácter estatal y autonómico. Y señalando que el Gobierno tiene la voluntad de seguir mejorando y potenciando los Servicios Públicos de Empleo en la medida en que la regulación de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro permitirán complementar la actividad de los SPE.

Pero, a la vez que se amplían los agentes privados de intermediación, conjuntamente deberá garantizarse un SPE eficaz y plenamente competitivo con ellos. La apertura a la mediación privada no puede realizarse en detrimento de la pública, sino que por el contrario esto debe suponer un reto para afianzar cada vez más los Servicios Públicos de Empleo. El Estado está obligado a garantizar un sistema de colocación homogéneo y en situación de igualdad y accesible a cualquier ciudadano. La intermediación privada, dirigida a quienes están mejor cualificados, no puede ofrecer mejor calidad que la pública, de orientación universal y gratuita. La regulación de los referidos agentes no debe conllevar la desatención de los SPE y relegarlos a la colocación de aquellos sujetos que poseen una escasa cualificación y por tanto son “incolocables”. La ampliación de sujetos privados de intermediación no puede suponer la degradación de los SPE y convertirlos en un Servicio marginal en beneficio de lo privado. Algo que sin duda viene ocurriendo desde la legalización de las agencias de colocación sin fines lucrativos en el año 1994, consecuencia de lo cual el SPE ha sido relegado a gestionar las prestaciones por desempleo, a realizar estadísticas de empleo y paro y a registrar los contratos de trabajo efectuados. El Servicios Públicos de Empleo ha sufrido un deterioro importante tras la entrada de las referidas agencias en la intermediación que debería ser subsanado precisamente ahora que interactúa una gran pluralidad de agentes mediadores.

Lejos de ello, la Reforma Laboral introducida por la Ley 35/2010 justifica la necesidad de legalizar los agentes privados de colocación con ánimo de lucro en base a que esto “permitirá complementar la actividad de los servicios públicos de empleo”. Lo que significa que, la legalización de las referidas agencias privadas de colocación van a desempeñar tareas adicionales, suplementarias, a las realizadas por los SPE. De donde se desprende que, aparentemente, dichas agencias van a ocupar un espacio propio que los SPE no entran a desarrollar. Con lo cual, se puede concluir que ambos tipos de intermediación, la pública y la privada, van a mantener su actividad en esferas diferentes de forma que la una complemente a la otra y de manera que ambas sean necesarias para poder ofrecer un correcto servicio de intermediación. Consiguientemente se establece una relación de dependencia entre ambos tipos de agentes, puesto que ninguno de ellos, separadamente estaría en condiciones suficientes para abordar y abarcar las actividades mediadoras en solitario en las condiciones de igualdad y de garantía de derechos que exige el legislador. Lo que pudiera suponer la renuncia del Servicio Público de Empleo a intermediar en aquellos sectores profesionales donde la gestión de las ofertas y demandas de empleo resultan de interés a los agentes privados de empleo por el atractivo económico que las caracteriza y se va a ver abocado, ya de manera formalmente establecida, a mediar únicamente en las demandas de trabajo de escasa cualificación y de difícil colocación. Por consiguiente, lo que se va a producir es un reparto de gremios en función de la previsible rentabilidad económica que lleve consigo cada uno de ellos. Las lucrativas agencias privadas de colocación se adueñarán exclusivamente de aquellos que signifiquen obtener un mayor beneficio (como es el caso de las Head Hunter que se centran exclusivamente en la colocación de personal de alta dirección cobrando por ello cifras que pueden alcanzar hasta el 25 por 100 del salario total anual atribuido a la oferta de empleo a satisfacer). Y, una vez más, los SPE quedaran destinados a tramitar las ofertas y demandas de empleo puramente residuales.

II. EL CONCEPTO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL TRAS LA LEY 35/2010

El nuevo modelo de intermediación laboral se ha efectuado principalmente mediante la modificación del art. 20 de la LE y la elaboración de un nuevo art. 21. bis de la LE.

La primera versión del art. 20 de la LE definía la intermediación laboral prácticamente en los mismo términos que el art. 38 de la derogada LBE: como “el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación. (...) teniendo por finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades”. Una definición a la que la Ley 35/2010 incorpora dos nuevos apartados en los que se matiza que “también se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación” (apartado 2.º). Así como, que, “con independencia del agente que la realice, la intermediación laboral tiene la consideración de un servicio de carácter público” (apartado 3.º).

Simultáneamente, el nuevo art. 21 bis a la LE ofrece la actual definición de agencias de colocación como “aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el art. 20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como la orientación e información profesional, y con la selección de personal” (apartado 1.º). “Las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad a que se refiere el art. 20.2” (apartado 2.º).

Estos dos conceptos están íntimamente ligados entre sí, ya que la noción que ofrece el legislador de intermediación laboral no solamente delimita la actividad en sí sino que también va a ser el eje fundamental que determine la noción de agencia de colocación.

La definición recogida en el nuevo art. 20 de la LE y el art. 2 del Real Decreto Ley 1796/2010 por el que se regulan las agencias de colocación (en adelante RDAC) concuerdan con lo establecido en el Convenio n.º 181 de la OIT, sobre las agencias de empleo privadas de 1997, si bien, cabe señalar alguna descorrelación significativa entre el contenido del nuevo art. 20 de la LE y dicho Convenio de la OIT. Este último señala en su art. 1 que se considerará agencia de empleo privada 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) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución; c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”. Sin embargo, el recién inaugurado art. 21 bis de la LE, así como su norma de desarrollo (RDAC) no solamente no matizan la posibilidad de que una agencia de colocación pueda realizar una única de las actividades citadas o varias de ellas; sino que tampoco prevé el reconocimiento de las agencias dedicadas a la cesión de mano de obra (ETT) como posibles agencias de colocación y por consiguiente agentes de intermediación laboral. El legislador español, lejos de cumplir con el contenido del Convenio n.º 181 de la OIT mantiene la estricta separación entre la actividad de intermediación y la de interposición construyendo un sistema jurídico que no solamente se aleja de la realidad sino también de lo dispuesto por la OIT. Seguramente, se debiera haber aprovechado la modificación legislativa de las ETT llevada a cabo por la Ley 35/2010, para poner al día este tipo de agencias no solamente en lo concerniente a la Directiva comunitaria sobre ETT sino también respecto al referido Convenio de la

OIT. Algo que ha sido retomado y subsanado por la reciente Ley 3/2012, que, de manera precipitada y un tanto incompleta, ahora sí permite que las ETT puedan operar como agencias de colocación, aunque sin entrar a modificar el citado art. 20 de la LE.

Lejos de ello, el estrenado art. 20 LE actualiza el concepto de intermediación laboral pero únicamente incorporando la actividad de recolocación (en adelante OPC) dentro de la definición que recoge. Una incorporación que además ofrece ciertas peculiaridades que deben ser tenidas en cuenta. Llama la atención que el legislador tan solo contemple esta actividad para los supuestos derivados de procesos de reestructuración empresarial en los que el Plan Social o el acuerdo establecido entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios prevean un programa de recolocación. La necesidad de vincular el OPC a la reestructuración empresarial para considerarla como actividad de intermediación conlleva a plantear el interrogante de qué atribución tendrán las agencias de colocación que desempeñen tareas de OPC de todo tipo, ligadas o no a planes de reestructuración. Según el tenor literal de la Ley, que se mantiene estrictamente en el art. 2 del RDAC, parece que solo se considerarán agencias privadas de colocación aquellas empresas OPC que se limiten única y exclusivamente a desempeñar esta labor en relación con los referidos procesos de reestructuración y mediante acuerdo social. Lo que supone que, las empresas OPC que vayan más allá en su campo de actuación proporcionando programas individuales de OPC demandados por las empresas, o aquellos de la índole que sea contratados unilateralmente por el empresario, una vez más, se encontrarán en los límites de la anomia legal.

III. LAS NUEVAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN COMO AGENTES DE INTERMEDIACIÓN

El art. 21 de la Ley de Empleo reconoce y enumera la relación de sujetos que únicamente pueden actuar como agentes de intermediación en el mercado de trabajo español, formando parte del Sistema Nacional de Empleo. Este precepto, que se ha mantenido intacto tras las modificaciones introducidas por la Ley 35/2010 y la Ley 3/2012 considera como tales a los Servicios Públicos de Empleo Estatales y Autonómicos; a las agencias de colocación, debidamente autorizadas y a “aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior”. En consecuencia, el modelo de colocación actualmente diseñado se configura con la suma de intervenciones de agentes públicos y privados, con y sin ánimo lucrativo.

El art. 21 bis de la LE recoge el concepto de agencia de colocación en concordancia con el de intermediación laboral y establece el régimen jurídico de aplicación para todas las agencias de colocación, indistintamente de su naturaleza pública o privada y de su animolucrosidad o no, desarrollado con mayor detalle por el RDAC 1796/2010, que mantiene algunos rasgos de su derogado predecesor RD 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.

El RD 1796/2010 aborda el concepto de agencia de colocación (en línea con lo establecido en la LE), los tipos de agencias de colocación en que ahora se configura el tejido privado de intermediación, en función del cual también se recoge el régimen de constitución, funcionamiento y desarrollo de la actividad de cada una de ellas.

III.1. La clasificación de las agencias de colocación

La Exposición de Motivos del RDAC retoma el discurso iniciado en el art. 20.3 LE referido a la consideración de la intermediación laboral como un servicio de carácter público, con independencia del tipo de agente que medie en la actividad, ya sea público o privado con o sin ánimo lucrativo. Con ello se está aludiendo a la configuración del servicio como una actividad sometida a la intervención estatal. Es decir, como una actividad que no puede operar libremente, sino que, por el contrario está sujeta a la autorización previa de los SPE para poder ser ejercida en el marco de la legalidad. Lo que significa que hay un control por parte de los SPE para garantizar que quienes operan en el ámbito de la intermediación laboral lo hacen sujetos a los parámetros establecidos y en los términos previstos por el legislador (VALDÉS, 2010, 45).

Así pues, el RD 1796/2010 contiene algunos rasgos de su derogado predecesor RD 735/1995 que preveía un régimen legal de agencias de colocación sin fines lucrativos bajo un sistema que precisaba a) la exigencia de autorización concedida por el SPE; b) el condicionamiento de tal requisito a la actuación coordinada con el SPE, en las condiciones establecidas en el también necesario “convenio de colaboración”; y c) la garantía “en su ámbito de actuación” del “principio de igualdad en el acceso al empleo”.

La nueva regulación de las agencias de colocación mantiene el sistema de autorización como requisito que han de observar dichas agencias para constituirse como tales y que deberá solicitarse ante el SPE correspondiente en función del ámbito territorial en que se vayan a establecer los centros para la realización de la actividad (art. 3 del RDAC).

La Ley 35/2010 y el RDAC también conservan la técnica de suscripción del convenio de colaboración, pero únicamente para las agencias de colocación que deseen actuar como entidades colaboradoras de los SPE (arts. 16 y 17 del RDAC). De manera que, el legislador diferencia entre dos tipos de agencias en base a su condición o no de agente colaborador con el SPE sin tener en consideración la existencia o carencia de búsqueda de beneficio económico alguno.

Las agencias de colocación no se clasifican en función de si actúan con o sin ánimo de lucro, sino en relación a si operan de forma autónoma o como colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo. De forma que todas ellas deben disponer de la preceptiva autorización administrativa y las que se configuran como entidades colaboradoras de los SPE, además, deben firmar el correspondiente convenio de colaboración. En consecuencia, la regulación de las agencias de colocación cuenta con un conjunto de reglas generales de aplicación a todas ellas, contempladas en la propia Ley y en el RDAC, y otro tanto de carácter especial e individual, detallado en cada uno de los convenios de colaboración firmados.

El procedimiento de concesión de la autorización se inicia a instancia de la entidad correspondiente mediante solicitud ante el órgano competente del SPE a través de los medios electrónicos establecidos.

Una vez presentada la solicitud, el SPE competente dictará resolución concediendo o denegando la autorización en el plazo máximo de tres meses (art. 11.1 del RDAC). Al término de éste periodo y en caso de no emisión de respuesta el RDAC supone la desestimación de la solicitud por silencio administrativo (art. 11.2 del RDAC). Una denegación que, sin embargo, está obsoleta y no actualizada a la reforma laboral introducida por la Ley 3/2011. Sin duda alguna, cuando el legislador ha modificado esta materia en el art. 21 bis. 2 de la LE ha olvidado ponerlo en correlación con lo establecido en el RDAC, lo que no deja de ser bastante llamativo. La nueva interpretación que ahora recoge el art. 21 bis. 2 de la LE considera como positivo el silencio administrativo ante la falta de notificación expresa. La reforma laboral de 2012 ha suprimido la desestimación de la referida solicitud cuando llegado el plazo máximo del procedimiento de autorización no se produjese notificación, con objeto de garantizar una adecuada protección de los trabajadores, que venía observando el art. 21 bis. 2 de la LE. Con este nuevo mecanismo de silencio positivo se facilita y se agiliza la concesión de la autorización convirtiéndose en un mero trámite administrativo que no garantiza control alguno de su supervisión.

En cuanto a la vigencia de la autorización el art. 14 del derogado RD 735/1995 señalaba una duración de 1 año, que necesitaba ser prorrogada por 1 año más mediante solicitud de la agencia correspondiente, antes de que la autorización se convirtiera en indefinida y siempre tras la verificación del cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el referido Real Decreto. La actual normativa ha suprimido estos tiempos y ha optado por establecer unos periodos y mecanismos un tanto más laxos que podrían suponer un aminoramiento del control que recae sobre las agencias de colocación ahora constituidas. El actual art. 12 del RDAC señala una vigencia inicial de la autorización de 5 años que podrá ser prorrogada automáticamente de forma indefinida una vez que los SPE comprueben que se mantienen los requisitos y condiciones que determinaron su otorgamiento. De manera que, se reducen los trámites para alcan-

zar la autorización indefinida sin que, además, se precise la solicitud de renovación por parte de la agencia, pudiéndose acceder a ella de manera mucho más ágil y sin tanto control por parte de la Administración. Algo que sin duda pudiera favorecer el florecimiento de agencias de colocación que oportunamente tan solo pretendan instalarse en el mercado de trabajo durante periodos de alta demanda de sus servicios y que al no buscar mantenerse más allá de 5 años pudieran eludir ciertas responsabilidades e imperativos legales con plena intencionalidad para evitar restricciones a sus actividades. El riesgo de ampliar hasta 5 años el “periodo previo de prueba” para adquirir la autorización indefinida puede conllevar que solo aquellas agencias de colocación que pretendan conseguirla cumplan fehacientemente con lo establecido en la Ley.

III.2. El régimen jurídico de las agencias de colocación

Todas las agencias de colocación debidamente autorizadas, indistintamente de cómo se constituyan, están sometidas a la Ley de Empleo y al RDAC. Y las que se configuren como agencias colaboradoras de los SPE, además, también lo estarán al Convenio de Colaboración que hayan suscrito con el SPE pertinente. De tal modo que, se establece un régimen jurídico general para todas las agencias de colocación, y uno añadido referido exclusivamente a las colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo.

Esta diferenciación es novedosamente introducida por el RDAC, puesto que el derogado RD 735/1995 recogía un régimen jurídico de carácter único en el que se requería la suscripción del referido Convenio para todas las agencias de colocación. De facto, el Convenio era un requisito obligatorio que formaba parte del procedimiento de autorización puesto que la totalidad de las agencias de colocación se configuraban como entidades colaboradoras del SPE (arts. 1 y 13 del RD 735/1995). Sin embargo, con la Reforma Laboral de 2010, aunque todas las agencias de colocación estarán coordinadas con el SPE tan solo serán colaboradoras de éste aquellas que lo deseen y cumplan con el correspondiente Convenio de Colaboración.

Por ende, las normas reguladoras de las agencias de colocación son dos: una de carácter general y otra de carácter particular. La primera está integrada por la Ley de Empleo y el RDAC, dirigida a todas las agencias de colocación. La segunda es una norma específica que constituye el marco de actuación de cada agencia de colocación, y que se fija, caso por caso, en el correspondiente Convenio de Colaboración formalizado con el Servicio Público de Empleo. De manera que, dichos Convenios se adaptan plenamente a las circunstancias de cada agencia de colocación al ser diseñados para cada situación concreta. Con anterioridad al RDAC el problema era la inexistencia de reglas comunes y uniformes para los diversos Convenios que se suscribían, lo que conllevaba tratamientos diferenciados entre las distintas agencias y cierta inseguridad jurídica. Sin embargo, el RD 1796/2010 subsana esta situación mediante una doble técnica en la que, por una parte se extrae del contenido de los Convenios la regulación de las obligaciones de las agencias de colocación siendo ahora el propio RDAC quien las regula; y por otra, también el RDAC se encarga de determina el contenido mínimo que han de recoger dichos Convenios. De modo que, con todo ello se evita la situación anterior que permitía la posibilidad de que los citados Convenios estableciesen condiciones u obligaciones diferentes en relación con el SPE.

Así pues, los nuevos Convenios de Colaboración que se suscriban tendrán como objeto señalar las actividades que van a desarrollar las agencias de colocación colaboradoras de los SPE: a) el ámbito de aplicación; b) la duración (de 1 a 2 años); c) la descripción de las acciones concretas a desarrollar; d) la forma de financiación de las acciones objeto del convenio, con expresión de su vinculación a los resultados fijados, entre otras.

En cuanto a las obligaciones de las agencias de colocación, desenclavadas ya del Convenio de Colaboración, el RDAC las regula separando las que van destinadas a la totalidad de las agencias de colocación, y las que van dirigidas exclusivamente a las que se constituyen como entidades colaboradoras de los SPE.

Con carácter general, todas las agencias de colocación deben garantizar “en su ámbito de actuación los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo” en línea con lo señalado en el art. 16.2 ET, el art 22.bis de la LE. Además de, a) prestar servicios gratuitamente para los trabajadores; b) garantizar el respeto a la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos, sometiendo la actuación en esta materia a la normativa aplicable de protección de datos de carácter personal; c) no subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida.

Y con carácter especial, las agencias colaboradoras de los SPE, además deberán a) suministrar la información que se contemple en el convenio de colaboración, en el formato que se requiera, y específicamente en relación con las personas atendidas y sus perfiles, así como en relación con las ofertas de empleo y los perfiles que correspondan con las mismas; b) comunicar los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo; c) realizar las acciones objeto del convenio de colaboración en los términos y condiciones señalados en el mismo; d) estar sujetas a las acciones que pudieran realizar los SPE con el fin de efectuar el seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio de colaboración; y e) garantizar la gratuidad del servicio para los trabajadores y empleadores en los términos establecidos en el artículo 22.4 de la Ley de Empleo.

III.3. El deber de comunicación

De entre las obligaciones señaladas cabe destacar la importancia de que las agencias de colocación dispongan de sistemas informáticos compatibles y complementarios con el Sistema de Información de los SPE (SISPE: sistema mediante el que se intercomunican todos los sistemas de información de los Servicios Públicos de Empleo, estatal y autonómicos), con el objeto de que puedan remitir la oferta y demanda de empleo de que disponen y concorra toda ella junto con la recogida en las oficinas públicas en una única fuente datos común. Sin duda alguna, este deber permitirá incluir a las agencias de colocación dentro de la red SISPE exigiendo a estas empresas la colaboración y comunicación sistemática de todas y cada una de las ofertas y demandas de empleo recibidas. Si bien, esta transmisión de datos no tiene previsto que se realice de manera automática de forma que cada vez que una agencia de colocación registre una oferta o demanda de empleo simultáneamente se grabe en la base de datos general que maneja SISPE. Lejos de ello, el nuevo art. 21 bis. 4.a) de la LE prevé que dicha información sea remitida por las agencias de colocación periódicamente en los plazos de tiempo que determine el reglamento de desarrollo. Lo que inicialmente fue totalmente inobservado por el Borrador del RDAC, habiendo sido corregido por el texto definitivo que fija un plazo mínimo mensual de periodicidad que evita el grave vacío. No obstante, este plazo podría reducirse para el caso de las agencias de colocación colaboradoras con los SPE, por tanto habrá que estar a lo dispuesto en el convenio de colaboración de cada una de ellas, de manera que bien podría ocurrir que se marcasen periodos diferentes de tiempos en cada uno de ellos. De forma que, una vez más, la inexactitud legislativa va a permitir que haya distintos ritmos de comunicación de los referidos datos y que las agencias de colocación puedan continuar apropiándose de las ofertas y demandas de empleo suscritas en sus dominios sin que fluyan por toda la red de colocación en tiempo real.

El objetivo debería ser que el Sistema de Empleo dispusiese del global de los datos relacionados con las ofertas y demandas de empleo distribuidos entre todos los agentes mediadores que operan en el mercado de trabajo, ya sean públicos o privados. De manera que todos ellos emitiesen y dispusiesen de la misma información para facilitarla a los demandantes de los servicios de intermediación. Sin embargo, tal y como está configurada la fórmula de comunicación de datos de las agencias de colocación al Servicio Público de Empleo y el espacio telemático común en el SISPE, no parece que las ofertas y demandas de empleo de dichas agencias se vayan a incorporar a las bases de datos a la que tienen acceso los usuarios del SPE. Sino que, más bien dicho proceso de comunicación va a tener como finalidad establecer el control sobre la labor de intermediación de las referidas agencias. De modo que, la ciudadanía tan solo tendrá acceso directo a la “relación actualizada de agencias de colocación autorizadas” por los SPE a

través de las webs de éstos (art. 6.2 del RDAC); pero no a las ofertas y demandas de empleo que se registran en ellas. Cuestión que queda del todo recalcada en el único precepto que regula el derecho a la información. El art. 8 del RDAC señala que “las personas que se inscriban como demandantes de empleo tendrán derecho a ser informadas por los Servicios Públicos de Empleo sobre las agencias de colocación autorizadas que operan en su territorio”, sin hacer alusión alguna al derecho a la información de las ofertas y demandas de empleo que mueve el mercado de trabajo.

Si el fin principal de la política de empleo es “ofrecer a los desempleados, bajo los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, transparencia, gratuidad, efectividad y calidad en la prestación de servicios, una atención preventiva y personalizada por los servicios públicos de empleo (...)” (Exposición de motivos de la Ley de Empleo) lo correcto es que la información referida a la intermediación fluya de manera eficaz, sin fugas o apropiaciones de la misma. Los datos relativos a las ofertas y demandas de empleo deberían ser considerados de interés social a la vez que protegidos de su mala utilización. Esto permitiría que ninguna empresa pudiera adueñarse de los mismos produciendo segregaciones de la actividad y multiplicidad de inscripciones de los demandantes de empleo en diferentes agencias empleo. Agilizaría el sistema en cuanto a la rapidez de casaciones; favorecería la movilidad geográfica y laboral en todo el territorio nacional, pudiéndose así compensar ofertas y demandas de empleo entre diversos territorios, de manera que la optimización en la distribución de los recursos humanos permitiría realizar una política orientada al pleno empleo. Garantizaría la igualdad de trato y no discriminación; así como un nivel de calidad y seguridad en la información que procuraría una gestión eficaz de los mismos. Proporcionaría a los Servicios Públicos de Empleo una visión global de la evolución del mercado de trabajo en todo el Estado lo que aseguraría la elaboración de las estadísticas nacionales sobre la evolución del mercado laboral que permitirían, no sólo mantener el grado actual de conocimiento del mismo, sino también afianzar la elaboración de las propuestas normativas básicas en materia de políticas activas de empleo que resulten necesarias en cada momento. En definitiva constituiría una gran base de datos bajo la que poner en circulación el total de la información referida a la colocación, democratizando y socializando al cien por cien la actividad.

Además de la información referida a las ofertas y demandas de empleo, las agencias de colocación colaboradoras de los SPE, y únicamente ellas, deberán comunicar los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, previstas en el art. 231.1 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). Es decir, dar traslado de lo que el anterior art. 7.4 del RD 735/1995 señalaba como “los rechazos de ofertas de los solicitantes y perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo, con información sobre el empleo ofrecido y las causas de su no aceptación”. Por consiguiente, las referidas agencias colaboradoras van a convertirse en una extensión del SPE para el control de los citados incumplimientos como ya preveía el derogado RD 735/1995 para las agencias de colocación sin ánimo de lucro.

III.4. La financiación de las agencias de colocación

El RD 735/1995 permitía que las agencias de colocación sin ánimo de lucro pudieran percibir cuantías económicas del empresario y del trabajador, pero exclusivamente limitadas a los gastos ocasionados por los servicios prestados, sin hacer alusión al control de tarifas y sin que la Administración las fijase (SOBRINO, 2006, 320). También podían recibir subvenciones, y otras posibles ayudas destinadas a entes públicos y privados, siempre que no superasen en su totalidad el coste global de la actividad a desarrollar por la agencia beneficiaria de la misma.

Con el actual Real Decreto 1796/2010, parece que las agencias de colocación pudieran obtener una financiación similar a la señalada, pudiendo encontrar como fuente de ingresos: las prestaciones cobradas a los empresarios (sin restricción alguna); las percepciones por los gastos ocasionados de los servicios prestados a los demandantes de empleo (sin limitaciones); y las subvenciones procedentes de los Servicios Públicos de Empleo.

De forma indirecta, la LE y el RDAC reconocen las dos primeras fuentes de financiación, y, de manera expresa, el art. 16 del RDAC observa que las agencias de colocación constituidas como entidades colaboradoras de los SPE podrán "recibir financiación de los mismos, mediante la suscripción del convenio de colaboración". Por ende, se conserva el mismo sistema de financiación de las agencias de colocación, pero restringiendo la posibilidad de recibir subvenciones económicas de los SPE a las agencias de colocación de carácter autónomo.

Lo más alarmante se refiere al silencio total con que el RDAC reconoce la subvención pública de la intermediación privada. Esta norma se limita a reconocer tal posibilidad sin hacer alusión alguna a cómo se va a acceder a ella, cómo se van a determinar las cuantías económicas que corresponden, o como se va a proceder a ejercer el control de la misma. Tal y como está redactado el art. 16 del RDAC pudiera entenderse que dichas cuestiones quedan relegadas a lo que establezca el Convenio de Colaboración, pero si así fuera debería estar reflejado en el art. 18 del RDAC que alude al objeto y contenido de dichos Convenios, y es algo que no sucede. En definitiva, cabe afirmar que el art. 16 del RDAC vincula la posibilidad de recibir las citadas subvenciones a que así se haga constar en el Convenio de Colaboración, pero los requisitos, la gestión y el control de la misma queda abocado a la absoluta anomia legal con los peligros que ello entraña. Ni tan siquiera el art. 20 del RDAC referente al seguimiento y evaluación de la actividad de las agencias colaboradoras incluye alguna mención al respecto; tan solo aluden al control que ejercerán los SPE de que dichas agencias cumplan con los porcentajes de actividad de fondos no provenientes de los SPE (un 40 por 100 para las agencias de colocación con fines lucrativos y un 10 por 100 para las que no lo persiguen).

La legitimación de este sistema de subvención vendría dada por el cumplimiento de las agencias de una función pública, mediante concierto de colaboración con el organismo encargado de ella. Su justificación económica estaría vinculada a la reducción de costes por desempleo que conllevaría la exitosa colocación de trabajadores; y por supuesto permitiría reducir el precio de los servicios que prestan este tipo de agencias de colocación.

Pero los efectos negativos que puedan derivar de este régimen de subvenciones son de mayor calado, máxime cuando no existe ningún precepto legal que regule y limite su gestión. El riesgo de que los Servicios Públicos de Empleo dejen de realizar determinadas actividades delegándolas en los agentes privados, y el enriquecimiento de estos últimos por el apoderamiento consentido de dichas actividades en régimen de monopolio suponen una preocupación alarmante de en lo que verdaderamente puede llegar a convertirse el sistema de colocación español. Basta con poner un ejemplo real para lustrar la referida intranquilidad.

En el año 2001 el INEM firmó un contrato con la Asociación Española de Consultoras de OPC (AECO). Se elaboró el I Programa Experimental Timonel 2002 que comprendía la autorización de las técnicas OPC para la resinserción laboral de cuatrocientos parados de larga duración (B.O.E. 17-11-2001), (SOBRINO, 2006, 385).

El Programa Timonel 2002 estaba destinado básicamente a personas mayores de 45 años de edad, en situación de desempleo de más de 1 año, sin derecho a percibir la correspondiente prestación y que estaban inscritas en el INEM como demandantes de empleo.

Como todos los servicios OPC, la empresa contratante fue la que abonó los gastos del mismo. En este caso, el INEM asumió un gasto de 1.800 € por cada persona acogida al programa, y 5.409 € por cada desempleado recolocado.

Curiosamente, el Programa Timonel se llevó a cabo en los años 2001-02, cuando la intermediación privada con ánimo de lucro no estaba permitida y solo podían operar en esta actividad los agentes debidamente autorizados que acreditasen su falta de animolucridad. Este ejemplo demuestra cómo, a pesar de las prohibiciones legales, la mediación privada lucrativa existía en España y además los SPE contrataban sus servicios a costes excesivamente gravosos. Pues bien, ahora, ya sin cortapisa legal alguna que restrinja el ánimo de lucro de los agentes de co-

locación y con las posibilidades que abre la nueva regulación jurídica, este tipo de situaciones podrían producirse con mayor facilidad. Así pues, los fondos públicos con los que cuenta el SPE pudieran ser utilizados para este tipo de actuaciones, en lugar de que con ellos se fortalezca el sistema público. Por lo que, este último quedará relegado a la mera gestión de las prestaciones por desempleo y elaboración de datos estadísticos sobre empleo. El legislador ha optado por una fórmula que se aleja de lo importante que sería incrementar el papel de los SPE y los ahorros financieros que ello supondría para el Erario Público.

III.5. El control de las agencias de colocación y la extinción de la autorización

El derogado Real Decreto 735/1995 utilizaba el Convenio de Colaboración para establecer los mecanismos de control de las agencias de colocación de manera que, su incumplimiento suponía la extinción de la autorización y en consecuencia de las actividades autorizadas. Junto a esta causa de extinción, también se consideraba a dichos efectos la terminación del plazo de duración concebido; la vulneración del principio de igualdad en el acceso al empleo, así como de los requisitos y obligaciones legales recogidas en el RDAC; el mutuo acuerdo de las partes; la solicitud de la agencia de colocación, por incumplimiento del INEM de las estipulaciones contenidas en el Convenio de Colaboración; y las causas establecidas expresamente en el Convenio de Colaboración.

Como medida de control, el art. 4 del RDAC también señalaba la obligación de que las agencias de colocación llevaran a cabo una contabilidad separada en las actividades relacionadas con la intermediación. Esto permitía una vigilancia más adecuada por parte de la Autoridad Laboral con el fin de determinar si la agencia de colocación cumplía o no los requisitos legales exigidos y, en particular, si carecía o no de ánimo de lucro. Además, se establecía un control financiero por el que se debía realizar una auditoría de cada ejercicio anual por entidades independientes que diera como resultado un dictamen expreso sobre la idoneidad, racionalidad de las cuantías y el equilibrio de gastos e ingresos de la agencia. Por tanto, se trataba de un control que permitía a los SPE conocer los datos sobre la adecuación de la gestión y sobre la acomodación de las agencias a las exigencias legales. Y, por último, las citadas agencias debían realizar y presentar anualmente ante el SPE una memoria de actividades y una previsión de las del año siguiente, según los contenidos fijados en el Convenio de Colaboración.

El antiguo Real Decreto sobre agencias de colocación era mucho más preciso a la hora de establecer medidas de control de la actividad de intermediación privada. Cierto es que era importante el control de la falta de animolucrosidad de las referidas agencias y que debido a ello era preciso establecer los ya mencionados criterios de vigilancia. Si bien, el que el nuevo sistema permita todo tipo de agencias de colocación, públicas y privadas, con y sin ánimo de lucro, no significa que por ello se deba renunciar a controlar la actividad que estas desempeñan, máxime cuando se trata de un servicio vinculado a un bien social escaso, como es el empleo, íntimamente ligado al art. 35 de la Constitución Española (en adelante CE) que defiende el derecho y el deber de trabajar.

El nuevo Real Decreto 1796/2010 no prevé ningún mecanismo de control de las agencias de colocación de carácter autónomo; y tan solo recoge unas leves alusiones de seguimiento y evaluación únicamente referidas a las agencias de colocación constituidas como entidades colaboradoras. De manera que, aparentemente las agencias de colocación autónomas no están sometidas a ningún tipo de vigilancia y las que son colaboradoras habrán de estar a lo dispuesto en el art. 20 del RDAC. Este precepto legal tan solo alude a la necesidad de que las citadas agencias faciliten “cuantos datos, documentación e información sean necesarios, en los soportes informáticos o medios que se establezcan, para evaluar el resultado de las acciones convenidas”; asimismo, los SPE “realizarán cuantas acciones sean necesarias para el seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo”; y se realizarán actividades de fiscalización y control para comprobar “que cumplen los porcentajes de actividad contemplados en el art. 17.f)” (un 40 por 100 las agencias de colocación con fines lucrativos y un 10 por 100 para las que no lo persiguen). Y nada señala respecto a los

plazos de tiempo en que dichas agencias deben notificar la información; en qué periodos el SPE va a realizar el seguimiento y evaluación de las citadas actuaciones; ni cuáles podrían ser los efectos en caso de detectar alguna anomalía.

El RDAC no solamente no previene tales cuestiones sino que además, ni tan siquiera contempla la posibilidad de que se puedan extinguir los Convenios de Colaboración. No hay rastro de alusión a esta cuestión, por consiguiente, parece que, aunque las agencias colaboradoras incumpliesen con el contenido de los citados Convenios, esto no sería causa de su rescisión.

El RDAC tan solo señala la posibilidad de extinción de la Autorización para todas las agencias: a) por incumplimiento de cualquiera de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente establecidos; b) por inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable, descubierta con posterioridad a la concesión de la autorización; y c) por renuncia o cierre de los centros de trabajo.

Así pues, el nuevo RDAC resta las causas de extinción de la autorización de las agencias de colaboración en relación al RD 735/1995. Atrás queda el incumplimiento del Convenio de Colaboración; la terminación del plazo de la duración de la Autorización; o la vulneración del principio de igualdad en el acceso al empleo, como causas expresas que dan por concluida la Autorización.

IV. LA ACTIVIDAD DE LAS ETT COMO INTERMEDIACIÓN LABORAL

El escenario legal previo a la Ley 3/2012 ha venido reconociendo a las empresas de trabajo temporal (en adelante ETT) única y exclusivamente la cesión de mano de obra como actividad propia. Si bien, las funciones de las ETT van más allá de la mera contratación de trabajadores para cederlos a una empresa usuaria. Las ETT, además, ejecutan investigaciones de mercado para conocer las actividades y necesidades de las empresas clientes, proceden a la creación de bases de datos informatizadas sobre los usuarios del servicio (oferentes y demandantes de empleo), seleccionan de entre los trabajadores aquellos que se ajustan al perfil solicitado y les forman para ofrecer una mayor calidad del servicio a la empresa usuaria (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1991, 161. LÓPEZ, 2000, 138).

Este conjunto de funciones que desempeñan las empresas de trabajo temporal constituyen la actividad material de las agencias de colocación. Las tareas de las ETT tienen conexiones evidentes con la intermediación laboral ya que se desenvuelven con ocasión de la colocación de trabajadores. No puede negarse que existe una relación entre las ETT y la función de colocación, pues en suma el objeto de la actividad de trabajo temporal no es otro que facilitar a la empresa usuaria un trabajador dotado de ciertos perfiles profesionales, actividad ésta que precisa de una previa información sobre el mercado de trabajo y sobre las cualificaciones de los demandantes de empleo.

En definitiva, la actividad de las empresas de trabajo temporal y de las agencias de colocación atiende y da respuesta a solicitudes de mano de obra a instancia de un determinado empleador. De ahí que ambas organizaciones, junto con sus respectivas actividades, interposición e intermediación, fuesen contempladas conjuntamente en el preámbulo de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, que legaliza tanto las agencias privadas de colocación como las ETT para alcanzar, por ambas vías, un mismo fin genérico: hacer “más transparente y operativo el mercado de trabajo”.

Dada la cercanía entre las actividades desempeñadas por las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal, no puede negarse que son organizaciones muy próximas en su actuación. El debate doctrinal al respecto ha estado caracterizado por la bipolarización de opiniones acerca de la consideración o no de las ETT como agentes intermediadores del mercado de trabajo, sin llegar a ninguna conclusión.

La solución al referido debate fue aportada por la OIT, cuyo Convenio nº 181, califica la interposición como una actividad propia de las agencias de colocación. Es decir, la OIT no hace una alusión directa a la labor de las empresas de trabajo temporal, sino que juzga la interposición como complementaria de la intermediación y a su vez las conceptúa equivalentes.

Esta conclusión refleja el resultado del dictamen que dio solución al interrogante planteado por el Gobierno de Suecia en el año 1965 a la OIT acerca de si las ETT eran o no agentes mediadores en el mercado laboral, y en consecuencia, si debía o no aplicárseles el Convenio nº 96 de la OIT. Dado que dicho Convenio no se refería expresamente a las ETT y que hasta dicha fecha no existía ningún Convenio que las contemplase, se instó a la propia OIT para que resolviera la situación.

El Director General de la OIT comenzó analizando el ámbito de aplicación del Convenio nº 96, según el cual por “agencia retribuida de colocación”, habría que entender “las agencias de colocación con fines lucrativos, es decir, toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador, o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno y otro un beneficio material directo o indirecto”. La cuestión principal para resolver el supuesto era determinar si el Convenio, al referirse a “trabajador” y “empleador”, estaba limitando su campo de aplicación únicamente a los supuestos en los que la relación contractual se establecía entre el empresario y el trabajador, permaneciendo la agencia como un mero intermediario no vinculado con un contrato de empleo con sus trabajadores. De esta manera, el interrogante giraba en torno a la distinción entre las actividades de colocación y de trabajo temporal, para determinar la aplicación de la normativa internacional de aquélla a ésta, carente hasta el momento de una regulación específica en instrumentos internacionales (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1992, 50).

Según la interpretación del Director General de la OIT “no parece que haya nada inherente en los términos “empleo” y “empleador” para dar un sentido restrictivo al Convenio”. El Informe examinó la relación que se establecía entre los trabajadores y las empresas usuarias de sus servicios, y llegó a la conclusión de que dicha relación era de tal índole que se ajustaba el criterio generalmente aplicado por los sistemas legislativos nacionales para determinar la existencia de una relación de empleo. La relación de trabajo real existía entre el trabajador y la empresa usuaria, mientras que la que se configuraba entre aquél y la agencia era puramente formal. En consecuencia, la agencia, en realidad, “sirve de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador”. Lo esencial para solucionar esta cuestión era la naturaleza real de la transacción, y no la forma jurídica que ésta pudiera revestir. Basándose en esta tesis, el Informe alcanzó la conclusión de que las referidas agencias tenían como objeto principal suministrar mano de obra y no los productos del trabajo; servir de “intermediarias para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador”. La aplicación de este criterio supuso que la actividad de las empresas de trabajo temporal fuese calificada de mediación en el mercado de trabajo, lo que las colocaba bajo la aplicación del Convenio nº 96.

El dictamen elaborado por el Director General de la OIT en el año 1966 equiparó las empresas de trabajo temporal con los servicios de colocación, con la intermediación laboral.

Tras dicha conclusión, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT adoptó la misma, que fue publicada en el Boletín Oficial OIT. Y en el año 1997 esta postura queda plasmada en el Convenio nº 181 de la OIT, sobre las agencias de empleo privadas. Durante los 30 años que transcurren desde la publicación del citado dictamen hasta su plasmación legislativa, las actuaciones de la gran mayoría de los Estados fueron de inobservancia y rechazo del mismo. Es más, numerosos países comenzaron a legalizar y reglamentar las ETT con absoluta indiferencia respecto a las consideraciones de la OIT. De manera generalizada, la regulación de las empresas de trabajo temporal se configuró en base a una naturaleza jurídica diferente de la de las agencias de colocación. Es decir, lejos de articular las ETT como agencias lucrativas de empleo, tal y como permite el Convenio nº 96, los Estados crearon empresas radicalmente separadas de la intermediación laboral. Todos los gobiernos

que legalizaron las ETT lo hicieron fundamentándose en la distinta naturaleza jurídica de cada actividad, lo que conllevó a la conceptualización de la intermediación y la interposición como prácticas totalmente diferentes. Si bien, ambas poseen una naturaleza funcional idéntica, la intermediación y la interposición laboral constituyen mecanismos para satisfacer demandas de mano de obra por parte de las empresas (CALVO, 1999, 260).

Las dudas que han venido rodeando la legalización de las empresas de trabajo temporal han quedado del todo solventadas mediante la inclusión y consideración que hace el Convenio n^o 181 de la OIT de las ETT como agentes mediadores en el mercado laboral.

El nuevo Convenio regulador de las agencias de empleo privadas incluye a las ETT en la definición de éstas. El art. 1.1 considera como servicios de empleo los consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica, que determine sus tareas y supervise su ejecución. Así pues, el concepto de agencias de empleo privadas engloba, entre otras, a las ETT, equiparando a la misma actividad la intermediación y la interposición en el mercado de trabajo. Pero el Convenio n^o 181 va más allá y también regula los derechos de los trabajadores en las empresas de trabajo temporal.

En el caso español la intermediación laboral está abierta a nuevos agentes privados formalizados como agencias de colocación y ETT. Si bien, el legislador ha venido regulando ambas organizaciones separadamente en cuanto que las considera relacionadas con actividades diferentes: la mediación y la interposición laboral. El ordenamiento laboral español no se ajusta a las directrices internacionales ni tan siquiera con la reciente Ley 3/2012 que permite a las ETT operar como agencias de colocación. Es cierto que la actual regulación se aproxima más al contenido del Convenio n^o 181 de la OIT y al menos no lo incumple.

No ha sido hasta la Ley 3/2012 en que se ha efectuado la adaptación legislativa española a la norma internacional, aunque no con rigurosidad plena. La última Reforma Laboral ha procedido a la liberalización absoluta del modelo de colocación español mediante la apertura de la intermediación laboral a las ETT, con el objeto de favorecer la empleabilidad de los trabajadores. La fórmula empleada ha consistido en la modificación del art. 16.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y del art. 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal; sin entrar a rectificar los art. 20, 21 y 21 bis de la LE con el fin de adaptar el concepto de intermediación laboral, el de agencia de colocación, así como la enumeración de los agentes de intermediación a la nueva situación.

Es cierto que, tal y como está configurada la redacción de los referidos preceptos de la Ley de Empleo, no existe ningún impedimento legal que obstaculice la actuación de las ETT en el terreno de la intermediación laboral, o que las reconozca como agencias de colocación. Por consiguiente, el legislador se ha limitado a reformular únicamente los artículos que suponían un freno para tales consideraciones. La nueva redacción del art. 16.3 del ET señala que, las empresas de trabajo temporal, además de realizar en exclusiva la actividad de cesión temporal de mano de obra, también podrán “operar como agencias de colocación, siempre y cuando presenten una declaración responsable mediante la cual se manifieste que cumple con los requisitos establecidos en la LE, y su normativa de desarrollo al SPE competente”. Sucintamente, el art. 1 de la Ley 14/1994 reitera que las ETT “podrán, además, actuar como agencias de colocación siempre y cuando presenten una declaración responsable mediante la cual se manifieste que cumple con los requisitos establecidos en la LE, y su normativa de desarrollo”.

El legislador entiende que las ETT, además de realizar actividades de interposición de mano de obra, también pueden decidir ampliar éstas a las vinculadas con la mediación laboral. De manera que, se están demarcando dos tipos de empresas de trabajo temporal: las que únicamente se dedican a la interposición y las que a ello suman tareas de intermediación. Una consideración que se aleja por completo de los planteamientos de la OIT y que mantiene las tradicionales diferencias entre la interposición y la intermediación laboral.

No resulta acertado clasificar separadamente la naturaleza jurídica de cada actividad, sino que, por el contrario, intermediación e interposición laboral deberían constituir una naturaleza funcional única en la medida en que ambas son inseparables y constituyen mecanismos para satisfacer demandas de mano de obra por parte de las empresas. Y es que, resulta imposible pensar en ETT que se dediquen en pureza a la interposición sin rozar siquiera leves actuaciones de intermediación. Ambas van unidas irremediamente y por consiguiente es absurdo plantear un escenario donde las empresas de trabajo temporal puedan optar por constituirse como agencias de colocación o no en base a si prestan actividades de colocación, puesto que todas y cada una de ellas las vienen realizando y por consiguiente todas son agencias de colocación.

Por esta razón, la posibilidad de que las ETT puedan operar como agencias de colocación tendría que haberse regulado de manera más precisa y completa. Debería haberse reelaborado el concepto de intermediación laboral del art. 20 de la LE haciendo una alusión expresa no solamente a la recolocación de trabajadores, sino también a la interposición, como nuevas actividades de intermediación.

También debería haberse modificado el art. 21 de la Ley de Empleo incluyendo a las empresas de trabajo temporal entre los agentes legales reconocidos en materia de colocación.

Y, por último, el art. 21 bis de la Ley de Empleo tendría que haberse adaptado a esta nueva reconsideración de la actividad de las ETT. Ya que, tal y como está redactado, el concepto de agencia de colocación está ligado exclusivamente al de intermediación laboral, y a las "actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como la orientación e información profesional, y con la selección de personal".

Las empresas de trabajo temporal son agencias de colocación que van más allá de las actividades tradicionalmente ligadas a éstas al haberse adaptado a las nuevas necesidades y demandas del mercado de trabajo. Las ETT realizan tareas de interposición que resultan inseparables de las de intermediación. No en vano, las ETT prestan ambas actividades en el mismo espacio físico, por parte de los mismos empleados y dirigido a los mismos usuarios. No hay diferenciación alguna de tareas que pueda argumentarse. Por tanto, las empresas de trabajo temporal deberían regularse como agentes de intermediación en toda su pureza, siendo añadidas a la lista de sujetos mediadores como agencias de colocación con características especiales dotadas de una reglamentación específica que legisle su actividad.

Sin embargo, tal y como lo ha instrumentalizado la Ley 3/2012, se está produciendo una situación de ventaja de las ETT sobre el resto de las agencias de colocación. Ya que, la regulación jurídica de las ETT no solamente se mantiene intacta sin sufrir modificación alguna, sino que además ahora pueden constituirse también como agencias de colocación, sometidas a la reglamentación oportuna, pero únicamente en la parte que se corresponde con las tareas de intermediación. De manera que, las obligaciones establecidas para las agencias de colocación, como la gratuidad del servicio para los trabajadores, solamente será aplicable a la parte de la actividad de las empresas de trabajo temporal que se registre como tal. Separar la interposición de la intermediación laboral permite que se establezcan regímenes jurídicos diferentes que en este caso van a suponer un agravio comparativo para las agencias de colocación tradicionales, colocando en clara situación de ventaja a las empresas de trabajo temporal frente a ellas.

Las ETT seguirán realizando la actividad de interposición de manera lucrativa y sin control alguno respecto a los honorarios que decidan establecer, a la vez podrán constituirse como agencias de colocación colaboradoras de los SPE y beneficiarse de las subvenciones económicas correspondientes. De forma que, bien podría suceder que percibiesen ingresos duplicados por una misma actividad cada vez que cedieran un trabajador a una empresa usuaria. Ya que, por una parte recibirían lo pactado en el contrato mercantil suscrito con la referida empresa y por otra la cuantía fijada en el convenio de colaboración con el SPE por haber colocado a un trabajador. Por consiguiente, en base a la nueva regulación, las ETT ahora podrán obtener mayores beneficios económicos realizando la misma actividad que han venido desarrollando tradicionalmente.

Por estas razones entiendo que, las empresas de trabajo temporal deberían catalogarse como agencias de colocación con una ordenación propia, separada del RDAC y que les impida constituirse como entidades colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo.

V. BIBLIOGRAFÍA

CALVO GALLEGO, F. J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y VALDÉS ALONSO, A.: “Sobre el régimen jurídico de la colocación en España y algunos de los problemas que plantea”, *Inserción Laboral*, Editado por la Universidad de Huelva, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Las Empresas de trabajo temporal en la Europa Comunitaria”, *Relaciones Laborales*, (1991-I).

Cesión de trabajadores y Empresas de trabajo temporal, Madrid, MTSS, 1992

Lecciones de Derecho del Empleo, Madrid, Tecnos, 2003.

SOBRINO GONZALEZ, G. M.: *La política de colocación*, Albacete, Bomarzo, 2006.

VALDÉS DAL-RE, F.: “La reforma de la intermediación laboral”, en *Relaciones Laborales*, 2010, nº 21-22 (monográfico especial sobre la Reforma Laboral 2010).